UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Livre 2006 Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale

Currat, Philippe

How to cite

CURRAT, Philippe. Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale. Genève : Schulthess, 2006. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83308

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Philippe Currat

Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Faculté de droit
de Genève

BRUYLANT
BRUXELLES

L.G.D.J

Schulthess §

Collection Genevoise

Philippe Currat

Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Faculté de droit de Genève

Philippe Currat

Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

BRUYLANT BRUXELLES 2006 L.G.D.J Schulthess § 2006

Thèse n° 764 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique: ‹Die Deutsche Bibliothek›.
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse ‹http://dnb.ddb.de›.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2006

ISBN 3 7255 5122 7 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
ISBN 2 8027 2213 1 Bruylant, Bruxelles
Diffusion en France Éditions Juridiques Associées/LGDJ, Paris

www.schulthess.com
www.bruylant.be
www.lgdj.fr

A Vafa

TABLE

Table **i**

Principales abréviations xiv

Introduction **1**

Chapitre 1 : Les crimes contre l'humanité en droit international pénal avant le Statut de la Cour pénale internationale **23**

I. Définition et évolution de la matière : le droit international pénal 23
A. Définition 23
B. La formation du droit international pénal 25
C. Le processus de codification du droit international pénal 28
II. Historique de la notion de crimes contre l'humanité 32
A. Les origines de la notion de crimes contre l'humanité 32
B. L'évolution et la cristallisation coutumière de la notion de crimes contre l'humanité 33
III. Historique de la Cour pénale internationale 36
A. De Nuremberg à Rome 36
B. Les travaux de la Commission du droit international 37
C. Les travaux préparatoires : de la Commission du droit international à la Conférence de Rome 38
1. Le Comité *ad hoc* de 1995 39
2. Le Comité préparatoire de 1996 40
D. Les travaux de la Conférence de Rome 42
E. Les travaux de la Commission préparatoire 45
1. Les Eléments des crimes 46
2. Le Règlement de procédure et de preuve 47

Première partie : Les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Chapitre 2 : La nature des Eléments des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale **51**

I. Eléments fondamentaux 51
A. Méthode 52
B. Contexte matériel 53
C. Contexte psychologique 55
II. L'article 9 du Statut : les Eléments des crimes 57
A. Nature des Eléments des crimes 57
B. Rôle des Eléments des crimes 58
C. Conformité des Eléments des crimes au Statut 58
III. L'article 10 du Statut : clause de réserve 60

IV. L'adoption des Eléments des crimes par l'Assemblée des Etats parties 62

Section 1 : Les éléments psychologiques ou « mens rea » des crimes contre l'humanité

Chapitre 3 : La commission intentionnelle des crimes contre l'humanité au sens de l'article 30 du Statut 67

I. L'élément psychologique au sens de l'article 30 du Statut de la Cour pénale internationale 69
A. Principes de base de l'élément psychologique au sens de l'article 30 du Statut 69
B. L'élaboration de l'élément psychologique dans les Eléments des crimes par la Commission préparatoire 72
C. La variété des éléments psychologiques au sein du Statut 75
II. L'intention 77
A. L'objet de l'intention : les éléments matériels des crimes contre l'humanité 77
B. La distinction entre « *comportement* », « *conséquences* » et « *circonstances* » 78
III. La connaissance 80
A. La connaissance requise des circonstances et des conséquences 81
B. Conscience et connaissance factuelle 82
C. Le moment de la connaissance 84
D. « *Wilful blindness* » 84
IV. L'élément psychologique de la complicité 86

Section 2 : Les éléments matériels ou « actus reus » des crimes contre l'humanité
A. Les éléments constitutifs généraux des crimes contre l'humanité

Chapitre 4 : Une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile 89

I. Les caractéristiques d'une attaque généralisée et systématique avant le Statut de Rome 89
II. Cas pratique : l'affaire *Naletilic et Martinovic* 92
III. L'*actus reus* : une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile 95
A. Une attaque 95
1. Actes énumérés à l'article 7 paragraphe 1 97
2. D'autres actes ou d'autres crimes 97
B. Une attaque généralisée ou systématique 98
1. Multiplicité des actes commis 98
2. La politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque 101
C. Une attaque lancée contre une population civile 105
IV. La *mens rea* : la connaissance de cette attaque et l'intention d'y participer 110
V. Conclusion : les éléments constitutifs de l'attaque 114
A. Eléments matériels 114
B. Eléments psychologiques 115
1. Intention 115
2. Connaissance 115

B. Les éléments constitutifs spéciaux des crimes contre l'humanité

Chapitre 5 : Le meurtre **119**
I. La protection de la vie en droit international 121
A. Le droit à la vie 121
B. Les exceptions autorisées 122
C. Les exécutions extrajudiciaires 124
D. La peine de mort 127
1. Une législation en vigueur 127
2. Les crimes les plus graves 128
3. Un jugement définitif 130
4. Les personnes protégées 132
5. Les conditions d'exécution 132
II. Les atteintes à la vie comme génocide et crimes de guerre dans le Statut de Rome 135
A. Le « *meurtre de membres du groupe* » comme crime de génocide 135
B. L'homicide comme crime de guerre 136
III. Cas pratique : les affaires *Jelisic*, *Blaskic* et *Krstic* 139
IV. L'*actus reus* du meurtre 142
A. Les crimes contre l'humanité de type « *meurtre* » et ceux de type « *persécution* » 142
B. Meurtre et assassinat 143
C. La mort de la victime 144
D. Le résultat de l'action ou de l'omission de l'accusé 145
E. Meurtre et extermination 146
V. La *mens rea* 148
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de meurtre 150
A. Eléments matériels 150
B. Eléments psychologiques 151
1. Intention 151
2. Connaissance 151

Chapitre 6 : L'extermination **153**
I. L'extermination en droit international 155
II. Imposer des conditions de vie propres à entraîner la destruction de personnes comme génocide et crimes de guerre dans le Statut de Rome 157
A. Extermination et génocide 157
B. Extermination et crime de guerre 159
III. Cas pratique : l'affaire *Vasiljevic* 161
IV. L'*actus reus* de l'extermination 163
A. Un grand nombre de meurtres 164
B. Les groupes visés 166
C. Les conditions de vie imposées 167
D. La mort comme résultat du crime 168
V. La *mens rea* 170
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de l'extermination 172
A. Eléments matériels 173
B. Eléments psychologiques 173
1. Intention 173
2. Connaissance 174

Chapitre 7 : La réduction en esclavage et l'esclavage sexuel 175
I. L'esclavage à travers les âges 177
II. L'esclavage en droit international des droits de l'homme 184
III. L'esclavage comme crime de guerre dans le Statut de Rome 186
IV. Cas pratiques : l'esclavage en Mauritanie 187
V. L'*actus reus* de la réduction en esclavage et de l'esclavage sexuel 189
A. L'esclavage en tant qu'exercice des pouvoirs liés au droit de propriété 190
1. La servitude est-elle constitutive de réduction en esclavage ? 193
2. Le travail forcé est-il constitutif de réduction en esclavage ? 195
3. L'exploitation des enfants 200
4. Le phénomène des enfants soldats est-il constitutif de réduction en esclavage ? 204
B. La traite des êtres humains 207
1. La traite et la prostitution aux fins d'exploitation sexuelle 208
2. La traite des enfants 215
3. Conclusion par rapport à la traite 217
C. L'esclavage sexuel 218
VI. La *mens rea* 221
VII. Conclusion : les éléments constitutifs de la réduction en esclavage et de l'esclavage sexuel 222
A. Les éléments constitutifs de la réduction en esclavage 223
1. Eléments matériels 223
2. Eléments psychologiques 223
a) Intention 223
b) Connaissance 224
B. Les éléments constitutifs de l'esclavage sexuel 224
1. Eléments matériels 224
2. Eléments psychologiques 224
a) Intention 224
b) Connaissance 225

Chapitre 8 : La déportation et le transfert forcé de population 227
I. La déportation et le transfert forcé de population en droit international des droits de l'homme 228
A. Les personnes déplacées 228
B. Les réfugiés 237
II. La déportation et le transfert forcé de population comme crime de guerre dans le Statut de Rome 245
III. Cas pratique : l'affaire *Stakic* 248
IV. L'*actus reus* de la déportation et du transfert forcé de population 252
A. La distinction entre déportation et transfert forcé 252
B. L'absence de motifs admis en droit international 254
C. La « *région où elles se trouvent légalement* » 255
D. L'expulsion ou d'autres moyens coercitifs 256
V. La *mens rea* 259
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de la déportation et du transfert forcé de population 261
A. Eléments matériels 261
B. Eléments psychologiques 262

1. Intention 262
2. Connaissance 262

Chapitre 9 : L'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique 263
I. La protection de la liberté en droit international des droits de l'homme 265
A. Le droit à la liberté personnelle 265
B. Les exceptions autorisées 266
C. L'admissibilité de dérogations en cas d'état d'urgence 268
II. Les formes d'emprisonnement comme crimes de guerre dans le Statut de Rome 272
A. Les détentions illégales comme crimes de guerre 272
B. La protection des personnes au pouvoir de l'ennemi 273
III. Cas pratique : l'affaire *Sikirica* 275
IV. L'*actus reus* de l'emprisonnement et autre forme de privation grave de la liberté physique 280
A. L'emprisonnement et les autres formes de privation grave de la liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international 281
B. Les conditions de détention 288
1. Le traitement humain et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine 289
2. Les expériences médicales ou scientifiques 292
3. La séparation des différentes catégories de prisonniers 294
4. La détention *incommunicado* 294
5. Conclusion quant aux conditions de détention 297
C. Les camps de concentration 297
1. Spécificité de la détention en camp de concentration 298
2. Typologie des camps 301
3. Conclusion quant aux camps de concentration 305
V. La *mens rea* 306
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique 308
A. Eléments matériels 308
B. Eléments psychologiques 308
1. Intention 308
2. Connaissance 309

Chapitre 10 : La torture 311
I. La torture à travers les âges 313
A. Dès l'Antiquité 313
B. La torture et la reine des preuves dans la procédure inquisitoire 315
C. La renaissance de la torture au XXème siècle 317
D. Bourreaux et victimes : professionnalisation de la torture 321
II. La torture en droit international 329
A. L'interdiction de la torture en droit international des droits de l'homme et des conflits armés 330
B. La définition de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants en droit international des droits de l'homme 333
1. La définition de la torture 333

2. La définition des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants 342
C. La torture en droit international des conflits armés 343
D. La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en matière de torture comme crime contre l'humanité 345
III. La torture comme crime de guerre dans le Statut de Rome 348
IV. Cas pratique : l'affaire *Naletilic et Martinovic* 350
V. L'*actus reus* de la torture 353
A. Le fait d'infliger une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales 353
B. La garde ou le contrôle exercé sur la victime 355
C. La qualité de l'auteur 356
D. Le viol comme torture 358
VI. La *mens rea* 361
VII. Conclusion : les éléments constitutifs de torture 362
A. Eléments matériels 362
B. Eléments psychologiques 362
1. Intention 362
2. Connaissance 363

Chapitre 11 : Le viol et les autres formes de violence sexuelle 365
I. Les violences sexuelles de masse 367
II. La protection de l'intégrité sexuelle par le droit international des droits de l'homme et des conflits armés 381
III. Le viol et les autres formes de violence sexuelle comme génocide et crimes de guerre dans le Statut de Rome 384
IV. Cas pratique : les affaires *Akayesu* et *Kajelijeli* 385
V. L'*actus reus* du viol, de la prostitution forcée, de la grossesse forcée, de la stérilisation forcée et des autres formes de violences sexuelles de gravité comparable 390
A. Le viol 391
B. La prostitution forcée 396
C. La grossesse forcée 402
D. La stérilisation forcée 406
E. Les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable 407
VI. La *mens rea* 410
A. Le viol 410
B. La prostitution forcée 410
C. La grossesse forcée 411
D. La stérilisation forcée 413
E. Les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable 413
VII. Conclusion : les éléments constitutifs de viol, de prostitution forcée, de grossesse forcée, de stérilisation forcée et des autres formes de violence sexuelle de gravité comparable 414
A. Le viol 414
1. Eléments matériels 414
2. Eléments psychologique 414
a) Intention 414
b) Connaissance 415

B. La prostitution forcée 415
1. Eléments matériels 415
2. Eléments psychologiques 415
a) Intention 415
b) Connaissance 416
C. La grossesse forcée 416
1. Eléments matériels 416
2. Eléments psychologiques 416
a) Intention 416
b) Connaissance 417
D. La stérilisation forcée 417
1. Eléments matériels 417
2. Eléments psychologiques 417
a) Intention 417
b) Connaissance 418
E. Les autres formes de violence sexuelle de gravités comparable 418
1. Eléments matériels 418
2. Eléments psychologiques 418
a) Intention 418
b) Connaissance 419

Chapitre 12 : La persécution 421
I. La persécution dans la jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale 423
II. La protection contre les discriminations en droit international des droits de l'homme 428
A. Les conventions générales de protection des droits de l'homme 428
B. La discrimination raciale 431
C. La discrimination religieuse 434
D. La discrimination à l'égard des femmes 434
E. La protection des minorités 435
F. L'apartheid 436
G. Le statut de réfugié 436
III. Cas pratiques : les affaires *Kordic et Cerkez*, *Krstic*, *Naletilic et Martinovic* et *Stakic* 438
IV. L'*actus reus* de la persécution 443
A. Les groupes visés 443
B. Les actes commis 447
C. Les motifs poursuivis 453
D. La corrélation avec tout crime contre l'humanité ou avec tout autre crime relevant de la compétence de la Cour 455
1. La corrélation avec tout crime contre l'humanité 457
2. La corrélation avec les autres crimes relevant de la compétence de la Cour 458
V. La *mens rea* 460
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de persécution 464
A. Eléments matériels 465
B. Eléments psychologiques 465
1. Intention 465
2. Connaissance 465

Chapitre 13 : Les disparitions forcées de personnes **467**
I. Le phénomène des disparitions forcées 469
II. Les disparitions forcées comme violations des droits de l'homme et du droit international des conflits armés 476
A. L'apparition des disparitions forcées de personnes dans les travaux des organes de protection des droits de l'homme 476
B. La jurisprudence des juridictions de contrôle en matière de droits de l'homme 478
1. Le Comité des droits de l'homme 478
2. La Cour interaméricaine des droits de l'homme 480
3. La Cour européenne des droits de l'homme 482
4. La Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine 485
C. Des instruments internationaux spécifiques aux disparitions forcées 486
1. La Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées 487
2. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes 488
3. Le Projet de Convention internationale sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées 489
D. Les lacunes du droit international des droits de l'homme en la matière 490
E. Le Rapport 2003 du Groupe de travail sur les disparitions forcées 493
F. Les disparitions forcées dans le droit international des conflits armés 495
III. Cas pratiques : l'affaire *Velasquez Rodriguez* 499
IV. L'*actus reus* des disparitions forcées de personnes 507
A. Arrestation, détention ou enlèvement 508
B. Le rôle de l'Etat ou d'une organisation politique 510
C. Le refus d'information 514
D. La soustraction à la protection de la loi 515
E. Le caractère continu du crime 516
V. La *mens rea* 518
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de disparitions forcées de personnes 520
A. Eléments matériels 521
B. Eléments psychologiques 522
1. Intention 522
2. Connaissance 522

Chapitre 14 : Le crime d'apartheid **523**
I. Le phénomène de l'apartheid en Afrique du Sud 525
II. L'apartheid dans le droit international des droits de l'homme et des conflits armés 529
A. La bataille des Nations Unies contre l'apartheid 529
B. L'apartheid comme violation systématique des droits de l'homme 535
C. Les textes conventionnels sur l'interdiction de l'apartheid 537
1. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale 537

2. La Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid 538
3. La Convention contre l'apartheid dans le sport 542
D. L'apartheid dans le droit international des conflits armés 542
E. La discrimination institutionnalisée dans le Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité 543
III. Cas pratiques issus des travaux de la Commission Vérité et Réconciliation 544
IV. L'*actus reus* du crime d'apartheid 548
A. Des actes inhumains 548
B. Un régime institutionnalisé 550
C. Un régime d'oppression systématique 551
D. Un régime de domination raciale 551
V. La *mens rea* 553
VI. Conclusion : les éléments constitutifs du crime d'apartheid 554
A. Eléments matériels 555
B. Eléments psychologiques 555
1. Intention 555
2. Connaissance 555

Chapitre 15 : Les autres actes inhumains de caractère analogue 557
I. Le régime de ces autres actes analogues dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda 559
II. Les atteintes à l'intégrité physique ou mentale comme violations des droits de l'homme 563
III. Les traitements inhumains comme crimes de guerre dans le Statut de Rome 565
IV. Cas pratique : l'affaire *Krnojelac* 567
V. L'*actus reus* des autres actes inhumains 572
A. Des actes inhumains de caractère analogue aux autres crimes contre l'humanité 572
B. Des actes causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale 573
C. Les châtiments corporels 575
VI. La *mens rea* 579
VII. Conclusion : les éléments constitutifs des autres actes inhumains de caractère analogue 580
A. Eléments matériels 580
B. Eléments psychologiques 580
1. Intention 581
2. Connaissance 581

Deuxième partie : De la responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Section 1 : De la responsabilité pénale individuelle pour crimes contre l'humanité

Chapitre 16 : La responsabilité pénale de l'individu pour crimes contre l'humanité 585
I. La responsabilité pénale individuelle dans le Statut de Rome 588
A. Définition de l'individu 589
1. Personne physique 589
2. Personne privée 590
3. Âge 592
4. Nationalité 592
B. Défaut de pertinence de la qualité officielle 593
1. Qualité officielle 593
2. Chef d'Etat ou de gouvernement 594
3. Membre d'un gouvernement ou d'un parlement, représentant élu 594
4. Agent de l'Etat 595
5. Conséquences pénales 595
C. Immunités et règles spéciales de procédure 596
II. Autres formes de responsabilité 599
A. Responsabilité de l'individu et responsabilité de l'Etat 599
B. Responsabilité de l'individu et responsabilité de l'organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique ou d'une organisation politique 600
C. Responsabilité de l'individu et responsabilité du supérieur hiérarchique 601
III. La commission des crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome 603
A. L'auteur direct 603
B. Les coauteurs 604
C. L'auteur médiat 606
D. La commission des crimes contre l'humanité par un groupe de personnes agissant de concert 608
IV. La participation à la commission des crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome 613
A. L'instigation 613
1. Ordonner la commission de crimes contre l'humanité 616
2. Solliciter ou encourager la commission de crimes contre l'humanité 617
B. La complicité 617
V. La tentative et le désistement en matière de crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome 621
A. La tentative 621
B. Le désistement 624
VI. Esquisse : le concours et les crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome 628

Section 2 : De la responsabilité pénale au sein de structures hiérarchiques pour crimes contre l'humanité

Chapitre 17 : La responsabilité pénale des chefs militaires pour crimes contre l'humanité 633

I. Introduction à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques 633
A. La responsabilité du supérieur hiérarchique 633
B. Responsabilité indirecte et responsabilité directe 636
II. Une hiérarchie militaire 639
A. Un chef militaire 640
B. Une personne faisant effectivement fonction de chef militaire 641
C. Les forces placées sous son autorité 642
D. Le commandement, l'autorité et le contrôle effectifs 646
III. Savait ou aurait dû savoir 650
IV. Les mesures à prendre 655
A. Les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir 655
B. Empêcher la commission du crime 657
C. Réprimer la commission du crime ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites 660
V. Le devoir d'agir du chef militaire 664
VI. La *mens rea* 666
VII. Conclusion : les éléments constitutifs de la responsabilité des chefs militaires 671
A. Eléments matériels 671
1. Commission 671
2. Omission 671
B. Eléments psychologiques 671
1. Intention 671
2. Connaissance 671

Chapitre 18 : La responsabilité pénale des autres supérieurs hiérarchiques pour crimes contre l'humanité 673

I. Une hiérarchie civile 675
A. Un supérieur hiérarchique 677
B. Les personnes relevant de sa responsabilité 680
C. Les activités relevant de sa responsabilité 681
D. L'autorité et le contrôle effectifs 683
II. Savait ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations claires 685
III. Les mesures à prendre 689
A. Les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir 689
B. Empêcher la commission du crime 691
C. Réprimer la commission du crime ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites 692
IV. Devoir d'agir 694
V. La *mens rea* 695
VI. Conclusion : les éléments constitutifs de la responsabilité des autres supérieurs hiérarchiques 696
A. Eléments matériels 696
1. Commission 696
2. Omission 696

B. Eléments psychologiques 696
1. Intention 696
2. Connaissance 696

Chapitre 19 : La responsabilité pénale de l'exécutant pour crimes contre l'humanité 699
I. Définition de l'exécutant 702
A. Une hiérarchie militaire ou civile 702
B. Position subordonnée militaire ou civile 703
C. Obéissance à l'ordre reçu 704
II. Responsabilité de l'exécutant 707
A. Obligation d'obéir 707
B. Présomption de légalité de l'ordre reçu 707
C. Connaissance de l'illégalité de l'ordre reçu 709
D. Obligation de désobéir 711
III. Illégalité manifeste 714
A. Illégalité manifeste de l'ordre reçu 714
B. Illégalité manifeste de l'ordre de commettre un crime contre l'humanité 715
IV. Conclusion : les éléments constitutifs de la responsabilité de l'exécutant 717
A. Eléments matériels 717
B. Eléments psychologiques 717
1. Intention 717
2. Connaissance 717

Section 3 : Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale : cas particulier des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Chapitre 20 : Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale dans le Statut de la Cour pénale internationale pour les auteurs de crimes contre l'humanité 721
I. La maladie ou déficience mentale 723
A. Les cas de maladie ou de déficience mentale 723
B. La privation de la capacité de comprendre ou de contrôler ses actes 724
C. Maladie ou déficience mentale et crimes contre l'humanité 725
II. L'intoxication 726
A. Les cas d'intoxication 726
B. La privation de la capacité de comprendre et de contrôler ses actes 727
C. L'*actio libera in causa* 728
D. Intoxication et crimes contre l'humanité 729
III. La légitime défense 730
IV. La contrainte et l'état de nécessité 733
A. Les conditions à la contrainte 736
1. Une contrainte 736
2. Des crimes contre l'humanité 737
3. La menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique 737
4. Les sources de la menace 739
a) Une autre personne 739
b) Des circonstances objectives 739

B. Les actes nécessaires et raisonnables pour écarter cette menace 740
C. La *mens rea* 740

Conclusion **745**

Annexes

Annexe I : Tableau récapitulatif des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale **751**

Annexe II : Lecture comparée de l'article 7 du Statut dans ses textes anglais, français et espagnol **761**

Bibliographie **767**

Index thématique **779**

Index des textes et conventions cités **789**

Index de la jurisprudence citée **799**

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
AIDP	Association internationale de droit pénal
AI	Amnesty International
AJIL	American Journal of International Law
BIT	Bureau international du travail
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme, dite Pacte de San José
CAfDHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
CCT	Comité contre la torture
CDI	Commission du droit international
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite Convention européenne des droits de l'homme
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
Commission EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ELSA	European Law Students Association
FIDH	Fédération internationale des droits de l'homme
HCDH	Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
HCR	Haut commissariat des Nations Unies aux réfugiés
HRW	Human Rights Watch
ILR	International Law Reports
IPEC	Programme international pour l'abolition du travail des enfants
JICJ	Journal of International Criminal Justice
MLR	Military Law Review
NEP	Nouvelles études pénales
OEA	Organisation des Etats américains
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OIT	Organisation internationale du travail
OMCT	Organisation mondiale contre la torture
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'unité africaine
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
RCADI	Recueil de cours de l'Académie de droit international
Rev. Trim. des DH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge
RTNU	Recueil des traités des Nations Unies
SCSL	Special Court for Sierra Leone
STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

INTRODUCTION

Homo sum : humani nihil
a me alienum puto - Terence

Le pire n'est pas toujours sûr, si l'on en croit le sous-titre de la pièce de Paul Claudel, *Le soulier de satin*. L'image correspond assez bien aux dernières évolutions du droit international pénal et à la création de la Cour pénale internationale. L'échec de la Conférence diplomatique de Rome, qui adopta le Statut de la Cour pénale internationale, le 17 juillet 1998, nous était presque promis. Il est vrai qu'un accord global ne fut atteint, après de très difficiles négociations, qu'au dernier jour de la Conférence. Une fois le Statut adopté à Rome, d'aucuns prévoyaient des années, sinon même des décennies d'efforts pour atteindre le seuil des soixante ratifications nécessaires à son entrée en vigueur, pourtant intervenue le 1er juillet 2002. Enfin, les faiblesses du Statut de Rome ne paraissent pas telles aujourd'hui que certains le craignaient et il est presque acquis que la Cour qui se met en place pourra assumer ses compétences avec indépendance et effectivité, dès les trois premières enquêtes ouvertes par le Procureur général, relatives à l'Ouganda, à la République centrafricaine et à la République démocratique du Congo.

Qu'est-ce que la Cour pénale internationale dans l'ordre juridique moderne ? Il est courant de parler du droit international pénal comme d'une branche nouvelle, embryonnaire, dont la réglementation est fragilisée par de nombreuses lacunes et de non moins nombreuses incohérences. Ceci tient essentiellement au fait que la justice pénale demeure, dans l'esprit du plus grand nombre, comme le symbole même de la souveraineté de l'Etat, seul habilité à juger les infractions pénales commises, selon les cas, sur son territoire, par ou contre ses ressortissants. La structure moderne de l'Etat, l'organisation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, permet l'élaboration et la promulgation d'une législation imposée aux individus, l'organisation d'un pouvoir judiciaire appelé, conformément à la loi, à réprimer les infractions commises et à en punir les auteurs, le tout sous l'autorité supérieure de l'Etat.

Le droit international, notamment en matière de protection des droits de l'homme, revêt une importance considérable, agissant comme une sorte de garde-fou à la toute puissante souveraineté des Etats, établissant des règles communes qu'ils reconnaissent devoir respecter. Encore faut-il que les instruments de protection des droits de l'homme reposent sur un système de mise en oeuvre efficace, qui, premièrement, énonce les droits protégés et, deuxièmement, supporte une juridiction internationale de contrôle, comme peut l'être le système européen avec l'action de la Cour européenne des droits de l'homme.

Force nous est de reconnaître que ce que l'on peut appeler la communauté internationale n'offre rien de comparable. Il n'y a pas d'autorité souveraine, pas de législateur qui puisse imposer des règles pénales et assurer la répression des contrevenants. Il y a près de deux cents Etats souverains, jaloux de cette qualité qui n'appartient qu'à eux et qui leur permet de revendiquer le droit de légiférer et de sanctionner en matière pénale.

L'action concertée des Etats, qui permet au droit international et à sa branche pénale de se développer, est faite d'intérêts, d'habitudes, de pratiques individuels. Les compromis nécessaires sont difficilement atteints et pas toujours clairement exprimés, ce qui permet de les interpréter selon ses propres sensibilités, selon ses propres habitudes, reflets des réglementations nationales.

L'échec de la répression pénale après la première guerre mondiale est symptomatique. Le succès qui a suivi sur ce point la seconde guerre mondiale l'est tout autant, directement provoqué par l'ampleur et la gravité des crimes commis, stimulant un réflexe de survie, qui poussa à proclamer : plus jamais ça ! De la même manière, la création des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda se situe à la croisée des chemins entre, d'un côté, l'extrême gravité des crimes une fois de plus commis et, de l'autre, une importante médiatisation qui provoqua un nouveau sursaut de conscience.

Les juridictions internationales de Nuremberg et Tokyo, de La Haye et Arusha, se sont mises en place dans des circonstances exceptionnelles, dans l'urgence, sans que ne les précédât une réflexion approfondie ni une volonté de pérenniser les solutions adoptées. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie apporte une solution adaptée à la gravité des crimes commis dans les territoires anciennement yougoslaves, celui pour le Rwanda principalement au génocide commis dans ce pays. La pertinence et la qualité de leurs travaux furent des réponses effectives aux attentes de justice.

C'est pourtant vrai, leurs statuts sont lacunaires, ne comportent pas de réglementation complète de la responsabilité pénale internationale, des motifs d'exonération de cette responsabilité, des formes de l'infraction ; leurs règles de procédure et de preuve se sont mises en place peu à peu, d'adjonctions en modifications, pour répondre aux questions pratiques posées par la tenue des procès et n'ont pas fait l'objet d'une réflexion approfondie, globale, précédente ; les sources du droit furent essentiellement celles de la coutume et des principes issus des droits nationaux et des droits de l'homme ; les définitions des crimes ne sont pas toujours cohérentes avec ces sources du droit. Malgré tout, les solutions adoptées, le plus souvent pertinentes, ont acquis la valeur qu'elles méritaient et forment aujourd'hui les précédents indispensables à la mise en place de la Cour pénale internationale.

Les tribunaux pénaux internationaux contemporains, de Nuremberg à La Haye, privilégient une procédure essentiellement accusatoire. Le rejet de la procédure inquisitoire signifie, notamment, l'absence de magistrat instructeur et entraîne que l'organe de poursuite et la défense assument la direction du procès, dont ils sont les principaux protagonistes, les magistrats du siège intervenant comme arbitres des débats. Ces juridictions respectent le principe des débats contradictoires, ce qui permet au Procureur et à la défense de discuter, devant les juges, au cours du

procès, les arguments, preuves et prétentions de l'autre partie, ce qui conduit également à des procès souvent extrêmement longs [1].

Toutefois, les instances pénales internationales contemporaines s'éloignent, sous divers aspects, des caractéristiques de la procédure accusatoire, ce qui est nécessaire en vue d'assurer l'équilibre du système et de prendre en considération les particularités de l'ordre international. En effet, outre les parties traditionnelles au procès pénal, les Etats peuvent intervenir, tant devant les deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda que, dans une bien plus large mesure, devant la Cour pénale internationale, lorsque leurs intérêts sont affectés [2].

Leurs règlements de procédure et de preuve permettent également, bien que ce ne soit pas, *stricto sensu*, à titre de partie, la comparution d'Etats, d'organisations ou de personnes en qualité d'*amici curiae*, les juges pouvant ainsi bénéficier d'informations complémentaires [3]. Enfin, le Statut de Rome reconnaît aux victimes le droit d'intervenir directement pour obtenir réparation des dommages et pertes qui leur ont été infligés [4].

La Cour pénale internationale est-elle pour autant comparable aux deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ? La réponse tient en l'analyse de deux points : la juridiction de la Cour et le droit applicable.

La Cour pénale internationale n'est pas une juridiction *ad hoc* établie dans l'urgence, sous la pression des événements. C'est une institution internationale, dont on parle depuis fort longtemps, qui a pris le temps de mûrir, de projets privés en échecs politiques. L'ampleur des travaux préparatoires et la profondeur des réflexions menées, par les délégations gouvernementales, de même que par les organisations non gouvernementales, a mené à un résultat de compromis, certes, mais à un résultat d'une dimension inconnue jusque là.

Le Statut de Rome n'a rien de commun avec ses prédécesseurs. Il aborde notamment la définition des crimes, l'étendue de la responsabilité pénale des individus, les justifications et excuses qu'ils pourraient invoquer, les principes généraux de droit pénal, l'organisation de la Cour, la procédure et la preuve. Complété des Eléments des crimes et du Règlement de procédure et de preuve, il offre une réglementation aboutie, point d'arrivée de décennies d'efforts et, certainement, point de départ d'évolutions futures intéressantes.

Le Statut de Rome est-il pour autant comparable à ce que nous connaissons, dans la plupart de nos pays, sous l'appellation de code pénal ou, en d'autres termes, constitue-t-il un Code international pénal ? Il n'en possède peut-être pas toutes les qualités. Cependant, il traite des principes généraux de droit pénal, de la définition des crimes, de l'organisation judiciaire et de la procédure, le tout en s'appuyant sur un droit applicable clairement déterminé, s'inscrivant dans un ordre juridique précis, et sur la mise en place d'une juridiction permanente et universelle.

---

[1] Sur toutes les questions de procédure, voir Anne-Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*.

[2] Voir l'art. 72 CPI et l'art. 108bis du Règlement de procédure et de preuve des TPIY et TPIR.

[3] Voir la règle 103 du Règlement de Procédure et de preuve de la CPI, l'art. 74 du Règlement de procédure et de preuve des TPIY et TPIR.

[4] Voir l'art. 75 CPI et les règles 94 à 99 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI. Devant les TPIY et TPIR, bien que les victimes ne jouissent pas d'une légitimation active aux termes de leurs Statuts et Règlements de procédure et de preuve, les juges leur reconnaissent le droit de demander une indemnisation de leurs préjudices.

Le Statut de Rome a fondamentalement bouleversé le droit international pénal. Il lui apporte l'autorité d'un traité international universellement salué, adopté par cent vingt Etats à Rome, entré en vigueur à peine quatre ans plus tard, ratifié aujourd'hui par nonante-sept Etats [5], la cohérence d'un instrument unique, la perspective d'une institution universelle et permanente. Oublions les archaïsmes, incohérences et lacunes trop souvent alléguées au profit du postulat inverse, dont nous démontrerons la pertinence en ce qui concerne les crimes contre l'humanité : le Statut est un tout cohérent qui, interprété correctement, offre des réponses complètes et pertinentes qui lui sont propres.

Ne prévoit-il pas lui-même, dans son article 10, son indépendance par rapport au droit international général et aux différents droits nationaux ? Il peut ainsi prévoir, de manière autonome, une réglementation différente du droit international coutumier ou des droits nationaux, qui, seule, s'appliquera devant la Cour pénale internationale. Si le Statut de Rome ne prévoit rien, il n'est pas obligatoirement lacunaire, peut-être ses auteurs n'ont-ils pas voulu réglementer telle ou telle question particulière, auquel cas il s'agit d'un silence qualifié. Nous n'admettrons qu'avec beaucoup de circonspection l'existence d'une lacune, en conclusion d'un processus d'interprétation complet.

L'évolution du droit international coutumier, l'évolution des systèmes pénaux nationaux, sont indépendantes de celle du Statut de Rome. Celui-ci dispose en effet : « *Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut* » [6], ce qui est interprété comme signifiant que le chapitre 2 du Statut « *shall have no limiting or prejudicing effect on international law* outside *the Statute* » [7]. Il semble toutefois évident que le Statut aura un impact prépondérant sur l'évolution de la matière. Il est aujourd'hui le seul instrument conventionnel de droit international pénal et, une fois terminés les travaux des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, la Cour pénale internationale demeurera la seule juridiction pénale internationale. Pour reprendre une formule de l'un des fondateurs de la matière, il est le droit international pénal de l'avenir.

Les crimes contre l'humanité sont de ceux sur lesquels la Cour pénale internationale est appelée à exercer sa juridiction. Leur définition a connu de nombreux aléas depuis leur apparition dans le vocabulaire international puis, plus tard, dans le droit international. Pour Hannah Arendt, le concept des crimes contre l'humanité, tel que formulé par le Procureur Robert Jackson au procès de Nuremberg, devint la première et la plus importante idée du droit international. Elle ajoute que seul le droit de l'homme correspond à l'unicité du crime contre l'humanité [8].

Les termes de crimes contre l'humanité engagent immédiatement à nous interroger sur la notion d'humanité, ou de manière plus juridique, sur la définition du bien protégé par l'interdiction de ces crimes. L'humanité peut être définie couramment comme la « *nature humaine* » ou « *le genre humain, les hommes considérés comme formant un être collectif* » (Littré). L'humanité est ainsi composée de tous les hommes peuplant notre planète, ou, pour reprendre la formulation du crime de

[5] Etat des ratifications au 15 mars 2005.
[6] Art. 10 CPI.
[7] Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 318, *ad* art. 10 CPI.
[8] Voir Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, pp. 870-871.

persécution à l'article 7 du Statut de Rome, sans discrimination aucune « *de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste (…) ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international* » [9].

Fondamentalement, le concept de crimes contre l'humanité regroupe les violations des droits élémentaires de l'individu, son critère déterminant reposant dans leur caractère inhumain, essentiellement dans le fait de causer de grandes souffrances ou de provoquer des atteintes graves à l'intégrité ou à la santé, physique ou mentale, de l'individu. En ce sens, la définition de ce qui est humain nous renvoie à l'essence de l'humanité. Est en effet humain ce qui concerne l'homme, qui appartient à l'homme en général ou qui a le caractère de l'humanité (Littré). Le genre humain regroupe ainsi l'ensemble des êtres humains et se confond avec l'humanité. Les choses humaines sont toutes les choses auxquelles l'homme prend part, nous ramenant à la citation de Térence, en exergue : « *Je suis homme, rien de ce qui est humain ne m'est étranger* ». Cette citation fut largement reprise au siècle des Lumières, notamment en rapport avec la définition de la morale, affirmant la conviction d'un modèle universel de l'homme, sensible et raisonnable ; dans le *Dictionnaire philosophique*, Voltaire a pensé l'homme comme moral par ses seules qualités, par sa seule nature. Dans la langue classique, l'humanité désignait ainsi tant la communauté des hommes que le principe moral qui les rends solidaires les uns des autres [10].

Dans la même veine, Helvétius affirmait qu'il est tout aussi impossible à l'homme d'aimer le bien pour le bien et le mal pour le mal. Sade et Kant lui donnèrent toutefois doublement tort. Kant en effet ne reconnaissait comme moral qu'un acte détaché de toute motivation personnelle, naturelle ou sentimentale : l'homme choisi le bien en tant que nécessité raisonnable. Sade quant à lui jouissait du plaisir de faire le mal [11]. Nous verrons tout au long des pages qui suivent que les termes « sadisme » et « sadique » reviennent souvent dans les témoignages ou la jurisprudence internationale.

De cette approche de l'humanité découle également un rapprochement nécessaire avec deux autres notions complémentaires, le bonheur et la philanthropie. L'*Essay on Man* (1734) d'Alexander Pope est un classique en la matière, qui estima que le bonheur est « *our being's end and aim* » [12]. Le philanthrope est quant à lui, littéralement, l'ami de l'humanité. Eschyle nous dépeignit ainsi dans son *Prométhée enchaîné* (525-446 av. J.-C) le héros attaché à une montagne pour avoir donné le feu aux hommes et avoir agi ainsi en « *φιλάνθρωπος* », c'est-à-dire en être humain, bon, bienveillant ou affable (Bailly). Au XVIIIème siècle, la philanthropie militait contre l'intolérance religieuse, la torture et l'esclavage. Dans l'*Encyclopédie*, Diderot fait le lien entre philanthropie et humanité, qu'il définit comme « *un sentiment de bienveillance pour tous les hommes (…) [Ce] noble et sublime enthousiasme se tourmente des peines des autres et du besoin de les soulager ; il faudrait parcourir l'univers pour abolir l'esclavage, la superstition, le vice et le malheur* ». En 1794, Condorcet synthétisa le point de vue des Lumières en écrivant : « *Les philosophes des diverses nations embrassant dans leurs méditations les intérêts de l'humanité entière sans distinction de pays, de race ou de secte formaient malgré la différence de leurs opinions spéculatives une phalange fortement*

[9] Art. 7 §1 lit. (h) CPI.
[10] Voir Michel Delon, *Morale*, *in* Vincenzo Ferrone & Daniel Roche s.d., *Le Monde des Lumières*, pp. 41 et ss.
[11] Voir Michel Delon, *Morale*, *in* Vincenzo Ferrone & Daniel Roche s.d., *Le Monde des Lumières*, pp. 41 et ss.
[12] Voir Philippe Roger, *Bonheur*, *in* Vincenzo Ferrone & Daniel Roche s.d., *Le Monde des Lumières*, pp. 49 et ss.

unie contre toutes les erreurs, contre tous les genres de tyrannies. Animés par le sentiment d'une philanthropie universelle, ils combattaient l'injustice (…) ils s'élevaient en Europe contre les crimes dont l'avidité souille les rivages de l'Amérique, de l'Afrique ou de l'Asie » [13].

Humain signifie aujourd'hui encore « *sensible à la pitié, bienfaisant, doux* » (Littré). La langue allemande, par exemple, offre sur ce point une distinction entre *Menschheit*, désignant les êtres humains en général, et *Humanität* ou *Menschlichkeit*, en référence à la compassion de l'homme envers les autres hommes. C'est d'ailleurs par les termes de *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, que la langue allemande désigne les crimes contre l'humanité, ce qui provoque cette remarque de Hannah Arendt : « *comme si les nazis avaient seulement manqué de gentillesse humaine, ce qui est assurément l'euphémisme du siècle* » [14].

Dans le même sens, le concept africain d'*ubuntu* est intéressant à relever. Bien que très difficile à traduire en français, il exprime le fait de se montrer humain et Desmond Tutu le définit ainsi : « *Lorsque nous voulons faire connaître tout le bien que nous pensons de quelqu'un, nous disons :* 'Yu, u nobuntu*', 'Untel a de l'ubuntu' ; ce qui signifie qu'il est tout à la fois généreux, accueillant, amical, humain, compatissant et prêt à partager ce qu'il possède. C'est aussi une façon de dire : 'Mon humanité est liée inextricablement à la vôtre' ou 'Nous appartenons au même faisceau de vies'. Nous avons un principe : 'Un être humain n'existe qu'en fonction des autres êtres humains'. C'est assez différent du 'Je pense donc je suis'. Cela signifie plutôt : 'Je suis humain parce que je fais partie, je participe, je partage'. Une personne qui a de l'ubuntu est ouverte et disponible, elle met les autres en valeur et ne se sent pas menacée s'ils sont compétents et efficaces, dans la mesure où elle possède une confiance qui se nourrit du sentiment qu'elle a d'appartenir à un ensemble, et qu'elle se sent rabaissée quand les autres sont rabaissés, humiliés, torturés, opprimés ou traités comme des moins que rien* » [15].

C'est également dans ce sens que le Mahatma Gandhi estimait, dans son autobiographie intitulée *The Story of my Experiment with Truth* (1927-1929) : « *It has always been a mystery to me how men can feel themselves honoured by the humiliation of their fellow-beings* » [16].

Le Statut de la Cour pénale internationale limite expressément le champ des victimes possibles de crimes contre l'humanité à des personnes civiles. Est-ce là dire que les membres de forces militaires ne font pas partie de l'humanité ? Il convient de garder en mémoire le statut particulier des forces militaires en droit international humanitaire et se souvenir que ses membres sont protégés par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels. Leur statut de combattant les définit et ils peuvent êtres victimes de crimes de guerre, tels que l'article 8 du Statut de Rome les a largement développés. Par ailleurs, dès qu'ils perdent ce statut de combattant, que ce soit par blessure, maladie, naufrage ou capture, ils sont à nouveau protégés contre des crimes contre l'humanité. Enfin, comme nous le verrons, il suffit que la population victime de crimes contre l'humanité soit essentiellement – et non exclusivement – civile, ce qui implique que la présence en son sein d'éléments militaires ne provoque pas la perte de sa qualité civile.

L'humanité doit également être perçue en perspective avec la légalité internationale. Un adage latin nous dit « *ubi societas, ibi jus* », là où il y a une société

---

[13] Voir Lynn Hunt, *Philanthropie*, *in* Vincenzo Ferrone & Daniel Roche s.d., *Le Monde des Lumières*, pp. 325 et ss.
[14] Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, p. 1283.
[15] Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, pp. 38-39.
[16] Mohandas K. Gandhi, *An Autobiography, The Story of my Experiment with Truth*, p.155.

naît un droit, et c'est toujours vrai. La société est ici à comprendre comme une collectivité humaine et le droit qu'elle se donne vise essentiellement à permettre à tous les hommes qui la composent de vivre en harmonie. La société internationale, au sens de collectivité humaine universelle – pour ne pas dire humanité – est régie par le droit international, que les Etats établissent et développent. Originellement tourné vers la réglementation des relations internationales entre les Etats, il reconnaît aujourd'hui une place prépondérante à l'individu, notamment comme victime ou auteur de crimes contre l'humanité [17].

Le renvoi au droit international est très largement présent dans le Statut de Rome en matière de crimes contre l'humanité. Ainsi, les droits de l'homme sont la source essentielle du droit applicable par la Cour pénale internationale puisque « *L'application et l'interprétation du droit (…) doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination* » [18]. La plupart des crimes contre l'humanité se définissent en rapport avec le droit international : la déportation est le fait de déplacer de force des personnes de l'endroit où elles se trouvent légalement, sans motif admis en droit international [19] ; l'emprisonnement doit intervenir en violation des dispositions fondamentales du droit international [20] ; la grossesse forcée doit être commise dans l'intention de commettre des violation graves du droit international, telle, par exemple, que la modification de la composition ethnique d'une population [21] ; la persécution doit être menée en fonction de critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international [22] ; enfin, les disparitions forcées sont commises dans le but de soustraire les victimes à la protection de la loi [23].

Il apparaît ainsi que nombreuses sont les sources du droit qui protègent l'humanité, en tant que collectivité humaine universelle et en tant que qualité humaine individuelle. Le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire tracent ainsi le cadre général de la protection de l'humain, le droit international pénal réprimant les crimes inhumains.

Bien plus et de manière générale, il est universellement reconnu, selon la célèbre clause de Martens, que les personnes civiles et les combattants restent en toutes circonstances sous la sauvegarde et sous l'empire des lois ou principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique [24]. Ainsi l'humanité est placée sous la sauvegarde politique de la communauté internationale des Etats, qui sont en quelque sorte les représentants de la communauté universelle des hommes, sauvegarde qui s'avère bien aléatoire dans l'histoire de l'humanité. En ce sens, les crimes contre l'humanité sont également des crimes contre la civilisation, comme le précisaient déjà les gouvernements de la France, de la Russie et de la Grande-Bretagne en 1915, en référence au massacre des populations arméniennes en Turquie.

Il ressort ainsi des nombreuses sources relatives aux crimes contre l'humanité, que l'on peut dégager une notion d'inhumanité par rapport aux crimes commis. La

---

[17] Voir not. Elisabeth Zoller, *International Criminal Responsibility of Individuals for International Crimes*, *in* Ginsburg & Kudriatsev, *The Nuremberg Trial and International Law*, pp 99-120.
[18] Art. 21 §3 *in initio* CPI.
[19] Voir Art. 7 §1 lit. (d) et §2 lit. (d) CPI, et *infra* chapitre 10.
[20] Voir Art. 7 §1 lit. (e) CPI, et *infra* chapitre 11.
[21] Voir Art. 7 §1 lit. (g) et §2 lit. (f) CPI, et *infra* chapitre 13.
[22] Voir Art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI, et *infra* chapitre 14.
[23] Voir Art. 7 §1 lit. (i) et §2 lit. (i) CPI, et *infra* chapitre 15.
[24] Voir préambule aux Conventions concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de La Haye de 1899 (Convention II) et de 1907 (Convention IV) ainsi que l'art. 1er §2 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977.

notion d'inhumanité est éminemment subjective et désigne davantage des actes provoquant une indignation générale qu'une qualification juridique clairement définie. Pour Mireille Delmas-Marty, les crimes contre l'humanité représentent l'interdit fondateur [25]. Nous pouvons toutefois en dégager deux aspects, que sont la gravité et l'ampleur des actes commis. La gravité souligne le caractère dangereux (Littré) des crimes commis. La question de la gravité de ces crimes a été soulevée par la Commission du droit international, dont le Rapporteur spécial a souligné qu'ils devaient être d'une extrême gravité ou considérés comme tels par la communauté internationale, car l'extrême gravité est un critère trop subjectif, qui laisse place à beaucoup d'incertitude [26].

Cette gravité particulière aux crimes contre l'humanité se retrouve dans leur universalité [27]. Il s'agit effectivement de crimes qui ont une portée internationale [28]. C'est ainsi que « *certain acts committed against our fellow human beings are so terrible, so intrinsically evil that they represent a crime to human race, to humanity as a whole* » [29]. Pour tout dire, ce sont de « *barbarous acts directed against a civilian population* » [30].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a relevé à maintes reprises l'extrême gravité des crimes contre l'humanité, les décrivant comme le fait de soumettre des individus à « *des conditions inhumaines* » ou « *à des actes inhumains* » ou bien encore les qualifiant de « *crimes de lèse-humanité* » [31].

Cette gravité se retrouve dans l'indignation, largement partagée, que suscite la commission de tels crimes. Vladimir Jankelevitch évoque ce qui relève de « *l'imprescriptible* » comme « *une chose innommable et terrifiante, une chose dont on détourne la pensée et que nulle parole humaine n'ose décrire* » ou « *[ce] crime sans nom est un crime vraiment infini dont l'inexpiable horreur s'approfondi à mesure qu'on l'analyse* » [32].

L'ampleur des crimes commis, se reflétant dans l'emploi du pluriel à l'article 7 du Statut de Rome, est le complément indispensable et la cause même de la gravité de ces crimes. Ils doivent être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. Un acte unique et isolé ne saurait être un crime contre l'humanité mais il est difficile d'établir objectivement un critère quantitatif. Mario Bettati s'offusque à juste titre : « *Exiger un nombre minimal de victimes heurte la conscience ! Et comment évaluer la massivité des violations ? A partir de combien de morts peut-on parler de crimes contre l'humanité ?* » [33]. La réponse est simple et complexe. S'il faut reconnaître que le crime contre l'humanité commence avec le premier crime commis contre la première

---

[25] Voir Mireille Delmas-Marty, *Les crimes contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, p. 489.
[26] Voir CDI, 13ème Rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ONU Doc. A/CN.4/466, 1995, p. 4.
[27] Le Professeur Gaetano Arangio-Ruiz exposait, par rapport aux crimes d'Etat, ce qui peut également valoir en matière de crimes contre l'humanité : « *Le degré de gravité d'un fait internationalement illicite devrait être déterminé par rapport à un certain nombre de facteurs, dont l'importance objective et la portée subjective de la règle violée, l'ampleur de la violation, l'élément subjectif, y compris le degré de participation de l'appareil d'Etat fautif et le degré de gravité de la faute (…) et, enfin, les effets de la violation* », CDI, 7ème Rapport sur la responsabilité des Etats, ONU Doc. A/CN.4/469, 1995, p. 17.
[28] Voir art. 1er CPI.
[29] Leslie Mansfield, *Crimes against humanity : Reflexions on the Fieftieth Anniversary of Nuremberg and a Forgotten Legacy*.
[30] L. H. MacCormack et G. J. Simpson, *A new International Criminal Regime ?*
[31] TPIY, Erdemovic, 1996, §§18 et 22.
[32] Vladimir Jankelevitch, article paru dans *Le Monde* du 3 janvier 1965 et développé dans *L'imprescriptible* en 1986.
[33] Mario Bettati, *Le crime contre l'humanité*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 298.

victime, ce premier crime n'est pas en soi suffisant, un dessein criminel plus large vers une certaine vastitude, tant du nombre de victimes que de l'entreprise criminelle, est toujours nécessaire [34].

Leur nature juridique est donc complexe car ils recouvrent deux types d'éléments constitutifs. Un élément constitutif général, identique pour tous les crimes contre l'humanité, qui est l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, et des éléments constitutifs spéciaux, propres à chacun des crimes énumérés à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, à savoir le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée, ainsi que toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, la persécution, les disparitions forcées, l'apartheid et tout autre acte inhumain de caractère analogue. De ces crimes, certains sont connus des droits nationaux et peuvent également relever de la criminalité courante, seule leur occurrence dans le cadre de l'attaque généralisée ou systématique exigée par le Statut de la Cour pénale internationale leur confère leur qualification particulière de crime contre l'humanité : c'est le cas du meurtre, de la torture ou du viol. D'autres au contraire revêtent en eux-mêmes une ampleur et une systématique qui confond dans leur occurrence les éléments constitutifs généraux et spéciaux, ou peuvent les confondre selon les cas : c'est l'extermination, la persécution, les disparitions forcées ou l'apartheid.

Les crimes contre l'humanité déshumanisent, car ils sont dirigés justement contre l'humanité des victimes et de la société. Les auteurs de ces crimes ont toujours besoin de dépouiller leurs victimes de leur humanité, utilisant même une langue « *qui s'efforce par tous les moyens de faire perdre à l'individu son essence individuelle, d'anesthésier sa personnalité, de le transformer en tête de bétail, sans pensée ni volonté, dans un troupeau mené dans une certaine direction et traqué* » [35]. C'est vrai des victimes de la seconde guerre mondiale, du viol de Nanjing par les troupes japonaises [36], à celles du régime nazi, comme de celles des guerres yougoslaves ou du génocide Rwandais.

Dans ce dernier cas, le terme « *inyenzi* », qui signifie littéralement cafard ou cancrelat, fut utilisé pour désigner les membres du Front Patriotique Rwandais, après avoir servi, dans les années 1960 pour désigner les Tutsi qui avaient envahi le Rwanda. Ainsi, en mars 1993, *Kangura* publia un article au titre révélateur : *Un cancrelat ne peut pas donner naissance à un papillon*. Il était ainsi écrit : « *Nous avons commencé en disant qu'un cancrelat ne peut pas donner naissance à un papillon. Et c'est vrai. Un cancrelat donne naissance à un autre cancrelat (…). L'histoire du Rwanda nous montre clairement qu'un Tutsi demeure toujours exactement identique à lui-même, qu'il n'a jamais changé. La malice, la méchanceté sont celles que nous connaissons dans l'histoire de notre pays. (…) Ils sont tous liés (…) leur méchanceté est la même. Les crimes inimaginables que les inyenzi d'aujourd'hui commettent (…) rappellent ceux commis par leurs aînés : tuer, piller, violer les jeunes filles et les femmes, etc.* » [37].

C'est dans ce sens que Yves Ternon souligne, particulièrement en rapport avec l'internement en camp de concentration : « *Loin des siens, privé d'amour et de*

---

[34] Voir Catherine Grynfogel, *Un concept juridique en quête d'identité : le crime contre l'humanité*.
[35] Viktor Klemperer, *LTI, La langue du IIIe Reich*, pp. 47 et 188.
[36] Voir Iris Chang, *The Rape of Nanking*, p. 44.
[37] Cité par Alison Des Forges, *Aucun témoin ne doit survivre. Le génocide au Rwanda*, pp. 92-93 ; voir également p. 66.

bonté, confronté en permanence à la peur et à la souffrance, ne recueillant pour se réchauffer que quelques étincelles de fraternité, il perd peu à peu son enveloppe humaine, puis sa conscience d'être. Par un même processus, si la victime cesse d'être humaine, son bourreau perd, lui, sa dignité d'homme. Le déni d'humanité déshumanise. L'inhumanité du bourreau l'exclut de la communauté des hommes et, par une réaction en chaîne, par le spectacle qu'il offre à sa victime, le bourreau contribue également à sa propre déshumanisation » [38].

L'inhumanité est contagieuse : « *On ne contemple pas le spectacle de l'homme déshumanisé, qui réalise ses exploits ou ses crimes monstrueux, sans que tous les concepts innés de dignité humaine soient remis en question* » [39]. Dans un passage de son ouvrage *Si c'est un homme*, Primo Lévi expose : « *Les personnages de ce récit ne sont pas des hommes. Leur humanité est morte, ou eux-mêmes l'ont ensevelie, sous l'offense subie ou infligée à autrui. Les S.S. féroces et stupides, les Kapos, les politiques, les criminels, les Prominent grands et petits, et jusqu'aux Häftlinge, masse asservie et indifférenciée, tous les échelons de la hiérarchie dénaturée instaurée par les allemands sont paradoxalement unis par une même désolation intérieure* » [40].

Dans le même sens, Robert Antelme décrivit ainsi son arrivée à Buchenwald : « *Quand on a vu (…) les premier rayés qui portaient des pierres ou qui tiraient une charrette à laquelle ils étaient attachés par une corde, leurs crânes rasés sous le soleil d'août, on ne s'attendait pas à ce qu'ils parlent. On attendait autre chose, peut-être un mugissement ou un piaillement. Il y avait entre eux et nous une distance que nous ne pouvions pas franchir, que les S.S. comblaient depuis longtemps par le mépris. On ne songeait pas à s'approcher d'eux. Ils riaient en nous regardant, et ce rire, nous ne pouvions pas encore le reconnaître, le nommer. (…) Mais il fallait bien finir par le faire coïncider avec le rire de l'homme, sous peine, bientôt, de ne plus se reconnaître soi-même. Cela s'est fait lentement, à mesure que nous devenions comme eux* » [41].

Les camps de concentration apparaissent comme le cadre idéal à la commission de crimes contre l'humanité. La notion de l'enfer leur est souvent reliée, surtout sous sa forme littéraire, allégorique, issue du quatrième chant de la *Divine comédie* de Dante. *Si c'est un homme*, de Primo Lévi, est ponctué de citations de *L'Enfer*, un chapitre entier étant même consacré au chant d'Ulysse ; certaines pages de Chalamov ou de Soljenitsyne contiennent également de nombreuses références dantesques. Rappelons que Dante représenta le plus terrible des cercles de l'Enfer comme un cercle de glace, ce qui correspond, ô combien, au froid vécu non seulement dans les camps de l'archipel du Goulag – Soljenitsyne décrit le travail forcé par des températures pouvant descendre au-delà de cinquante degrés en dessous de zéro, sans équipement particulier contre le froid – mais également dans les camps nazis, pendant les hivers de détention, durant les longues séances d'appel, les détenus y étant même parfois soumis entièrement nus [42].

Dans son ouvrage *Face à l'extrême*, Tzvetan Todorov cherche à démontrer que l'homme poursuit l'exercice de la volonté tant que sa conscience ne s'est pas éteinte et que, même dans les conditions extrêmes du camp, un choix existe toujours, par exemple celui de choisir sa mort, de créer de la musique ou de la poésie ou, simplement, de commettre un acte absurde, comme le fait Milena Jesenka lorsqu'elle déclenche l'alarme du camp de Ravensbrück, uniquement pour réhabiliter la notion

[38] Yves Ternon, *Le sens des mots. De mal en pis*, *in* Catherine Coquio, *Parler des camps, penser les génocides*, p. 101.
[39] Jean Améry, *Par delà le crime et le châtiment*, p. 48.
[40] Primo Lévi, *Si c'est un homme*, p. 130.
[41] Robert Antelme, *L'Espèce humaine*, p. 106.
[42] Voir Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, pp. 195 et ss.

d'acte libre [43]. Toutefois, la plupart des témoignages semble le contredire : Imre Kertesz parle du « *moyen de l'obstination* » [44], Charlotte Delbo écrivait : « *Je ne me disais rien. Je ne pensais rien. La volonté de résister était sans doute un ressort beaucoup plus enfoui et secret qui s'était brisé depuis, je ne saurais jamais* » [45], alors qu'Ana Novac désigne comme un « il faut » une sorte de volonté involontaire, de volonté malgré soi [46]. Varlam Chalamov exprime lui que la volonté en tant que telle résiste dans un corps encore valide mais fléchit en même temps que le corps s'affaiblit ; il montre qu'au camp le corps, le biologique, prime sur l'esprit [47].

Le camp est le lieu du dépouillement, la privation des objets personnels pouvant être ressentie comme le signe de la dégradation finale, Primo Lévi exprimant, par exemple : « *Plus rien ne nous appartient. Ils nous ont pris nos vêtements, nos chaussures, et même nos cheveux. (…) Ils nous enlèveront jusqu'à notre nom : et si nous voulons le conserver, nous devrons trouver la force nécessaire pour que derrière ce nom, quelque chose de nous, de ce que nous étions, subsiste* » [48]. Dans *Etre sans destin*, Imre Kertesz raconte qu'il a oublié son nom et qu'il lui fallut un certain temps pour qu'il le retrouve dans ses souvenirs, comme on retrouve un objet égaré [49]. Le corps lui-même représente un objet dont il faut se séparer. Luba Jurgenson relève que « *Dans l'expérience concentrationnaire, le corps humain est vu à travers la matérialité des objets, enfermés dans leur conditions de chose et qui à leur tour enferment l'homme dans une objectalité intrinsèque, le chosifient* » [50], citant Alexandre Soljenitsyne : « *Il faut se dire en franchissant le seuil : ma vie est finie, un peu tôt, mais je n'y puis rien. Je ne recouvrerai jamais la liberté. Je suis condamné à disparaître, maintenant ou un peu plus tard, mais plus tard, ce sera encore plus dur, et le plus tôt sera le mieux. Je ne possède plus rien. Mes proches sont morts pour moi et moi pour eux. A partir d'aujourd'hui, mon corps ne me sert plus de rien, il m'est étranger. Seuls mon esprit et ma conscience me restent chers et conservent de l'importance à mes yeux* » [51].

Les détenus ne possèdent rien. Dans les camps nazis, leurs valises, dans lesquelles, obéissant aux instructions reçues, ils avaient rangés leurs objets de valeur, leur étaient confisquées sur le quai, dès leur arrivée, ce qui était également vrai dans les camps soviétiques, comme le décrit Soljenitsyne : « *Et possédez le moins de choses possible, de façon à ne pas avoir à trembler pour elles ! N'ayez pas de valise, si vous ne voulez pas que l'escorte vous la démolisse au moment d'entrer dans le wagon (…) N'ayez pas de bottes neuves, pas de chaussures à la mode et n'ayez pas non plus de costumes 'pure laine' : de toute façon ils vous seront volés, retirés, confisqués, échangés (…). Si vous donnez tout sans combattre, l'humiliation empoisonnera votre cœur. Mais si vous résistez, vous resterez pour tout bien avec la bouche ensanglantée* » [52].

Le sociologue Wolfgang Sofsky a ainsi analysé le rôle et la place de la mort dans le camp de concentration nazi : « *Au camp, la mort n'était pas un événement extraordinaire, dont la maîtrise aurait exigé de la société qu'elle utilise des rituels de transition et du détachement. La mort de l'individu n'ébranlait pas la structure de groupe, ne menaçait pas l'unité sociale. Parce que la société du camp était une société de série, la mort*

[43] Voir Tzvetan Todorov, *Face à l'extrême*.
[44] Imre Kertesz, *Etre sans destin*, p. 191.
[45] Charlotte Delbo, *Auschwitz et après*, t. I, *Aucun de nous ne reviendra*, p. 104.
[46] Voir Ana Novac, *Les beaux jours de ma jeunesse*.
[47] Voir Varlam Chalamov, *Récits de la Kolyma*, p. 1018. Voir également Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, pp. 247-250.
[48] Primo Lévi, *Si c'est un homme*, p. 23.
[49] Voir Imre Kertesz, *Etre sans destin*, p. 277.
[50] Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, p. 299.
[51] Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du Goulag*, t. I, p. 101.
[52] Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du goulag*, t. I, pp. 363-364.

individuelle n'ouvrait aucune faille. Car dans la série, chacun était de trop. Qu'il vienne à disparaître, un autre prend immédiatement sa place. (…) Quand la mort peut atteindre n'importe qui, la survie devient provisoire. La société du camp n'avait plus qu'une existence révocable. L'agonie massive la séparait en une double masse : d'une côté la masse croissante des morts, de l'autre la masse des survivants, d'où sortaient ceux qui s'ajouteraient à la montagne des morts. (…) Elle ne pouvait plus que tenter d'ignorer les mourants et de créer un mur social d'indifférence » [53]. Sur cette base, Luba Jurgenson conclut que la nudité de la mort ne tient pas seulement à la nudité des cadavres mais également au manque de tout signe qui, normalement habille un décès : une tombe, un nom, un signe d'appartenance religieuse [54].

Dans le même sens, on peut relever le témoignage de Gustaw Herling : « *La mort dans les camps répand une autre forme d'effroi : son anonymat. (…) La certitude que personne n'apprendrait leur mort, que personne ne saurait jamais où ils avaient été enterrés, était l'un des plus grands tourments endurés par les prisonniers. (…) Cet aspect de la peur de la mort, ou mieux, de l'annihilation complète devint pour certains prisonniers l'objet d'une obsession* » [55].

Peut-être faut-il en conclure, ne fussent-ils si tragiques, avec David Rousset : « *Les camps sont d'inspiration ubuesque. Buchenwald vit sous le signe d'un énorme humour, d'une bouffonnerie tragique* ». La description qu'il en fait est en effet digne d'Ubu : « *Au petit matin, les quais irréels sous la crudité des sunlights, les SS bottés, le Gummi au poing, égrillards ; les chiens aboyeurs tendus sur la laisse souple et lâche ; les hommes accroupis pour sauter des wagons, aveuglés par les coups qui les prennent au piège, refluent et se heurtent, se bousculent, s'élancent, tombent, tanguent pieds nus dans la neige sale, englués de peur, hantés de soif, gestes hallucinés et raides de mécaniques enrayées. Et, sans transition, les SS dans la trappe, de grandes salles claires, des lignes nettes, des détenus fonctionnaires à l'aise, corrects, avec des fiches, des numéros, une indifférence apaisante ; des alignements stricts, en parade militaire, de tondeuses électriques qui dénudent les corps stupéfaits, à la chaîne, précises, implacables comme un jeu mathématique ; une baignoire obligatoire, un bain de crésyl visqueux et noir qui brûle les paupières ; des douches exaltantes où les pantins se congratulent avec des satisfactions naïves et magnifiques ; des caravanes sinueuses le long de couloirs étroits qui semblent ne jamais vouloir s'achever ; et la découverte d'immenses espaces : des parallèles de comptoirs avec un attirail de défroques, inventions tardives de tailleurs ivres et meurtriers, happées au passage, vite, toujours vite : les Galeries Lafayette d'une Cour des Miracles. Et encore des bureaux toujours plus encombrés de fonctionnaires, détenus impeccables et affairés, des visages gris et sérieux, surgis d'un univers kafkéen, qui demandent poliment le nom et l'adresse de la personne à prévenir de votre mort, et tout est inscrit très posément sur de petites fiches préparées à l'avance* » [56].

Survivre aux crimes contre l'humanité ne permet pas pour autant un retour aisé à la société, à l'humanité. En règle générale, bourreaux et victimes ont du mal à s'exprimer. Il est difficile pour l'auditeur ou le lecteur de se situer dans l'univers déshumanisé subi par la victime, qui rencontrera l'incrédulité, ou imposé par le criminel dont le témoignage, par exemple devant une juridiction pénale internationale, peut désorienter. Primo Lévi rapporte un rêve récurrent de nombreux détenus, identique pour l'essentiel : « *Ils se voyaient rentrés chez eux, racontant avec passion et soulagement leurs souffrances passées en s'adressant à un être cher, et ils n'étaient*

[53] Wolfgang Sofsky, *L'organisation de la terreur*, p. 256.
[54] Voir Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, p. 344.
[55] Gustaw Herling-Grudzínski, *Un monde à part*, pp. 186-187.
[56] David Rousset, *L'univers concentrationnaire*, pp. 13-15.

pas crus, ils n'étaient même pas écoutés. Dans sa forme la plus typique (et la plus cruelle), l'interlocuteur se détournait et partait sans dire un mot » [57].

Il est également difficile au témoin éventuel de ces crimes, d'en mesurer toute l'horreur, comme le relevait déjà en 1550, dans son *Histoire des Indes*, Bartolomé de Las Casas : « *Tous ces actes, et d'autres encore, étrangers à la nature humaine, je les ai vus de mes yeux et maintenant je redoute de les rapporter, et je ne m'en crois pas moi-même, me demandant si je n'ai pas rêvé* » [58].

Il est difficile de croire que l'on puisse survivre à de tels actes criminels ou, plus encore, de se rendre compte que les auteurs en sont des hommes comme les autres, qui ont des familles et sont souvent bien perçus de leurs camarades, et non des monstres. Hannah Arendt avait raison de souligner la banalité du mal. Souvent, les « *naufragés et rescapés* » [59] demeurent convaincus qu'ils ne pourront pas retrouver le monde d'avant et s'enferment dans le silence, plongeant les morts et les survivants dans la nuit et le brouillard, la vie et la mémoire disparaissant ensemble [60]. C'est ainsi que, parlant de l'un des crimes contre l'humanité que sont les disparitions forcées, telles que l'Argentine les connut, le psychanalyste Diego Garcia Reinoso donnait comme sens à ces crimes d' « *effacer les catégories de l'humain sur les deux versants de son existence : celui de la vie, celui de la mort, indissolubles* » [61].

La chaîne de télévision franco-allemande Arte a réalisé un reportage consacré aux *Hommes au triangle rose*, internés dans les camps de concentrations nazis en raison de leur homosexualité. Il est frappant de voir ces hommes, aujourd'hui nonagénaires ou presque, soixante ans après un retour à une vie « normale », être capable de parler de leur situation et des discriminations endurées avant l'arrivée au camp. Dès que leur est posée la question de savoir comment ils furent traités pendant leur internement en camp de concentration, ils ne sont capables d'aucun mot, le regard tremble et les larmes viennent. On touche clairement là l'inhumain et c'est pour cette raison que les camps de concentration sont en quelque sorte l'emblème des crimes contre l'humanité [62].

Dans un contexte nettement moins tragique mais qui n'en est pas moins révélateur, Stanley Milgram souligne également, dans son célèbre ouvrage consacré à la *Soumission à l'autorité*, que la dévalorisation intense de la victime avant la perpétration de l'action dirigée contre elle fournit une justification psychologique de la cruauté exercée à son encontre. Il tire notamment sur ce point la conclusion suivante de ses expériences, démontrant que la personne qui y jouait le rôle de l'élève était souvent mise directement en cause pour expliquer leur propre comportement par les sujets de l'expérience : « *beaucoup dénigraient âprement l'élève, mais chez eux, cette attitude était une* conséquence *de leur manière d'agir envers lui. Nous avons eu maintes fois l'occasion d'entendre des commentaires de ce genre : 'Il était si stupide et si borné qu'il méritait d'être puni.' Pour justifier leur comportement, ces sujets trouvaient nécessaire de déprécier la victime qui s'était elle-même attiré son châtiment par ses déficiences intellectuelles et morales* » [63].

---

[57] Primo Lévi, *Les naufragés et les rescapés*, p. 12.
[58] Bartolomé de Las Casas, *Histoire des Indes*, vol. II, p. 102.
[59] Voir Primo Lévi, *Les naufragés et les rescapés*.
[60] Voir Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*.
[61] Diego Garcia Reinoso, *Le Psychanalyste sous la terreur*, Vigneux, Matrice, 1988, p. 175, cité par Yves Ternon, *Le sens des mots. De mal en pis*, *in* Catherine Coquio, *Parler des camps, penser les génocides*, p. 108.
[62] *Paragraphe 175*, de Rob Epstein & Jeffrey Friedman, USA 2000.
[63] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 27.

Bien que dirigés contre l'humanité, ces crimes demeurent malgré tout une affaire d'homme. Le concept de crimes contre l'humanité englobe l'individu, comme victime ou comme auteur du crime, et l'humanité, comme victime abstraite ou, pour le moins, comme témoin. Le Statut de Rome reconnaît explicitement que ces crimes touchent l'ensemble de la communauté internationale, qu'ils revêtent ainsi une ampleur universelle [64].

Himmler avait déclaré, dans un discours du 9 juin 1942 : « *L'homme n'est absolument rien de particulier* », c'est vrai, il est l'humanité ou, selon Spinoza, « *res nobis similis* », une chose semblable à nous. L'inhumain est clairement défini par Spinoza comme la carence, la défection de la capacité imaginative à reconnaître l'appartenance à un genre commun. En substance, Spinoza écrit que l'humain ou l'humanité est la capacité de partager imaginairement les affects de ceux que nous reconnaissons de ce fait comme semblables à nous. C'est la réciprocité imaginative d'un *pouvoir-être-affecté*. Ainsi, on appellera inhumain celui qui n'est poussé, ni par la raison, ni par la commisération, à être secourable aux autres, car il ne paraît pas ressembler à un homme, « *is recte inhumanus appelletur, nam homini dissimilis esse videtur* » [65].

C'est de cette compassion dont fait part Gustaw Herling dans *Un monde à part*, décrivant son internement dans les camps de travail du Goulag soviétique et soulignant que le prisonnier, à un certain point de son évolution, « *n'a maintenant besoin que de deux choses : travailler et éprouver un sentiment de pitié. Non pas pitié pour lui-même, étant donné qu'il estime fondamentalement que ce par quoi il vient de passer est une victoire qu'il a remportée. Il ressent confusément que s'il veut ne pas rompre le fil ténu qui le relie toujours à son passé enterré, dans lequel il était une personne différente, il lui faut à tout prix faire naître en lui un sentiment de pitié pour ses compagnons de misère et de compassion pour les souffrances des autres, quelque chose qui puisse lui prouver qu'en dépit de sa transformation intérieure, il est bien resté un être humain. 'Peut-on vivre sans pitié ?' se demande-t-il la nuit, en se retournant sur sa couchette et en essuyant son front avec anxiété, alors qu'il tente de se souvenir si par hasard une fois, dans son passé effacé, il n'a pas éprouvé, comme seule réaction à la souffrance humaine, la même douloureuse indifférence qu'il ressent depuis sa renaissance. Peut-on vivre sans pitié ?* » [66]. L'auteur apporte une réponse positive, soulignant que, au camp, il est possible de vivre sans pitié, dans un univers où les hommes sont réduits au plus bas de la condition humaine et où le seul réflexe égoïste est de se sauver soi-même, tirant cette conclusion que « *la flamme du martyre volontaire est presque artificielle* » [67]. C'est pourtant cette forme de compassion pour les autres êtres humains qu'il retrouvera après sa libération, refusant de comprendre le geste d'un de ses anciens codétenus, qui, pour préserver sa place privilégiée de contremaître, sachant qu'il ne survivrait pas à un retour aux travaux généraux, accepta d'envoyer à la mort quatre des membres de sa brigade, allemands russifiés ou communistes qui fuirent le régime nazi, sous prétexte qu'il les entendît parler, en allemand, de l'avance rapide de Hitler. Mais l'auteur refusa de comprendre : « *Les jours de notre vie ne sont pas comme les jours de notre mort. J'avais retrouvé avec tant de difficultés la compagnie des hommes, et il fallait que je les abandonne volontairement ? Non, je ne pouvais pas prononcer ces paroles* » [68].

---

[64] Voir Préambule §4 CPI.
[65] Voir Spinoza, *Ethique*, Livres III, 27 et IV, 50.
[66] Gustaw Herling, *Un monde à part*, p. 137.
[67] Gustaw Herling, *Un monde à part*, p. 139.
[68] Gustaw Herling, *Un monde à part*, p. 455-459.

L'interrogation de Nietzsche est forte sur la question « *Que signifie vivre ? – Vivre – cela veut dire : rejeter sans cesse loin de soi quelque chose qui tend à mourir ; vivre – cela veut dire : être cruel et inexorable pour tout ce qui en nous n'est que faible et vieilli, et pas seulement en nous. Vivre – serait-ce donc : être impitoyable pour les agonisants, les misérables et les vieillards ? être sans cesse un assassin ? – Et pourtant le vieux Moïse a dit : 'Tu ne tueras point !'* » [69].

Comment alors expliquer que des individus commettent de telles exactions contre d'autres personnes, dont ils partagent l'humanité ? Pour le sociologue Wolfgang Sofsky, « *la violence résulte de l'humanité spécifique de l'homme* », elle tient à son désir de survie. Cette survie passe par la mort des autres car le survivant ne veut pas seulement être toujours là, il veut en plus être là quand les autres n'y sont plus. Les développements de Wolfgang Sofsky sont pessimistes : « *Tuer a toujours été l'une des jouissances les plus fortes de l'espèce humaine. Rien ne procure une vitalité plus forte que la possession de la mort. Celui qui dispose du pouvoir de tuer a soumis à sa volonté le pire des ennemis. Il peut se sentir invulnérable, en pleine forme et rempli de force vitale. Il croit savoir qu'il fera partie des derniers, qu'il sera le dernier survivant. L'acte de tuer trouve donc son fondement dans l'illusion de l'immortalité. L'homme tue pour survivre aux autres. Tuer n'est absolument pas pour lui un acte de légitime défense ou de conservation. Il part en guerre pour tuer. Il prend part à la chasse à l'homme pour s'élever lui-même plus haut sans courir de danger. La soif de survie porte en elle-même la puissance de la violence. Le mal a son origine dans la liberté, et tire son origine également du désir qu'à l'homme de s'éterniser lui-même* » [70]. Se rapprochant de la notion de crimes contre l'humanité, cet auteur expose que la violence acquiert de la durée lorsque l'on s'y habitue et qu'elle est institutionnalisée. Il fait en ce sens la distinction entre « *terreur de guerre* », qui se limite aux combats lors de conflits armés, et « *terreur de persécution* », qui rejoint la notion de crimes contre l'humanité [71]. La réponse est donc particulièrement complexe et déborde largement tout à la fois nos compétences et le sujet de la présente thèse de doctorat.

Nous pouvons toutefois souligner que les crimes contre l'humanité ne sont pas commis par des individus isolés. Il est impossible de mener seul une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, composée de nombreux actes tels que le meurtre, l'extermination, la torture ou le viol… L'Etat est présent dans deux des définitions données à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, une troisième le mentionne indirectement sous la forme d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale, et une organisation est mentionnée deux fois [72].

Les modes de commission et de participation à la commission des crimes contre l'humanité sont également essentiellement collectifs. Les coauteurs agissent à deux, l'auteur médiat par l'intermédiaire d'une autre personne, l'action d'un groupe de personnes agissant de concert regroupe au moins trois personnes, de même que, largement, la complicité, définie comme le fait d'apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission des crimes contre l'humanité [73]. L'importance des structures hiérarchiques est également soulignée par le Statut de la Cour pénale internationale, qui incrimine le comportement tant des chefs militaire

[69] Friedrich Nietzsche, *Le gai savoir*, p. 76.
[70] Wolfgang Sofsky, *L'ère de l'épouvante*, pp.14-18.
[71] Wolfgang Sofsky, *L'ère de l'épouvante*, pp.86-100.
[72] Voir art. 7§2 lit. (a), (h) et (i) CPI.
[73] Voir art. 25 CPI.

que des autres supérieurs civils, lorsqu'ils n'ont pas empêché, réprimé ou dénoncé les crimes commis ou sur le point de l'être par leurs subordonnés, alors qu'ils savaient, auraient dû savoir ou ont délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement [74].

Dans cette optique d'action de groupe, Stanley Milgram a reconnu que, lorsque le sujet n'est pas directement l'auteur de l'acte dommageable – dans ses expériences, il s'agissait d'infliger des chocs électriques d'intensité croissante à un « *élève* » à chacune de ses erreurs – il participe allègrement à l'expérience jusqu'à son terme. Il en tire alors la conclusion suivante : « *Tout directeur compétent d'un système bureaucratique chargé de l'application d'un programme destructeur doit organiser les divers éléments qui le composent de façon que seuls les individus les plus cruels et les plus obtus soient directement impliqués dans la violence finale. La majeure partie du personnel peut consister en hommes et femmes qui, étant donné la distance qui les sépare de l'aboutissement inéluctable du processus, n'éprouvent pratiquement pas de difficultés à accomplir leurs tâches secondaires. Ils se sentent doublement dégagés de toute responsabilité. D'une part, l'autorité les couvre complètement ; d'autre part, ils ne commettent personnellement aucun acte de brutalité physique* » [75].

En effet, Stanley Milgram souligne que c'est lorsque l'individu agit seul, suivant sa propre initiative, que sa conscience entre en lice ; dès qu'il fonctionne à l'intérieur d'un groupe ou d'un mode organisationnel – l'Etat ou une organisation ayant pour but de lancer une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, par exemple, « *il n'évalue pas les directives issues de l'agent coordonnateur en se référant aux critères de son code moral personnel ; ceux-ci ne réglementent et contrôlent ses pulsions instinctuelles que lorsqu'il fonctionne de façon autonome* » [76]. Dans ces situations où l'individu agit en groupe, Sigmund Freud expliqua clairement que « *l'individu renonce à son idéal du moi en faveur de l'idéal collectif incarné dans le chef* » [77]. La structure hiérarchique prend alors une réelle importance, puisque le contrôle du chef ou du supérieur hiérarchique en général remplacera les pulsions de l'individu. « *Cette substitution d'idéal n'est pas fondamentalement motivée par les besoins de l'individu, mais par ceux de l'organisme auquel il appartient. Le fonctionnement des structures hiérarchiques dépend de leur cohérence, qualité qu'elles ne peuvent acquérir que par la suppression du contrôle au niveau local* » [78].

En effet, l'individu qui entre dans un système d'autorité ne se perçoit plus comme l'auteur de ses actes, mais plutôt comme l'agent exécutif de la volonté de l'autorité, c'est-à-dire de son chef, de son supérieur hiérarchique. C'est ce que Stanley Milgram appelle « *l'état agentique* », qui correspond au changement intervenu dans le comportement et l'équilibre de l'agent, au moment de son intégration dans la hiérarchie, c'est « *la condition de l'individu qui se considère comme l'agent exécutif d'une volonté étrangère, par opposition à l'*état autonome *dans lequel il estime être l'auteur de ses actes* » [79].

Au vu de ce qui précède, nous pouvons donc définir les crimes contre l'humanité sous deux angles complémentaires. Premièrement ils sont dirigés contre l'humanité, c'est-à-dire contre l'ensemble du genre humain, contre tous les peuples dont le premier paragraphe du Préambule au Statut de Rome reconnaît qu'ils sont

---

[74] Voir art. 28 CPI.
[75] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 153.
[76] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 163.
[77] Sigmund Freud, *Psychologie collective et Analyse du moi*, *in Essais de psychanalyse*, p. 168.
[78] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 165.
[79] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 167.

« *unis par des liens étroits et que leur culture forment un patrimoine commun* ». Ces crimes, toujours selon le Préambule au Statut, « *heurtent profondément la conscience humaine* » et c'est en cela qu'ils menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde et touchent l'ensemble de la communauté internationale [80].

Dans un second sens, ces crimes touchent la victime dans son humanité individuelle, dans sa qualité d'homme, dans cette sensibilité qu'il partage avec tous les autres hommes, et sont composés des atteintes les plus graves à l'intégrité ou à la santé, physique ou psychique. Ils sont le déni intentionnel et grave des droits fondamentaux de l'homme.

C'est pourquoi la commission des crimes contre l'humanité est le plus souvent précédée ou accompagnée de l'exclusion des victimes désignées du genre humain, de leur stigmatisation comme parasites, ennemis ou terroristes, selon les cas. Leur extermination ou leur persécution est ainsi « légitimée ». Il ne saurait y avoir de crimes contre une humanité dont ils auront au préalable été exclus, ni même contre leur humanité individuelle dont ils sont dépourvus, et l'auteur de ces crimes peut se rassurer : sa propre humanité est préservée, il n'a alors pas manqué à cette compassion qui le rattache au genre humain.

Pour appréhender totalement ces crimes contre l'humanité, une approche pluridisciplinaire est indispensable, confortant les unes par les autres les analyses du droit, de l'histoire, de la sociologie, de la philosophie, de la psychanalyse, de la littérature, de l'anthropologie ou de l'ethnologie. Tout ceci dépasse de très loin le cadre de nos travaux. Toutefois, nous ferons parfois appel à telle ou telle approche complémentaire lorsque la compréhension d'un crime dans tous ses éléments l'exigera. La compréhension des crimes contre l'humanité est complexe, puisqu'il s'agit d'actes commis comme éléments d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Il y a donc pluralité d'actes et pluralité d'auteurs, agissant avec une intention, un but, un motif propre à chacun, plus ou moins identique ou partagé par celui de ses pairs, sans compter un grand nombre de victimes. Les crimes seront souvent relativement étendus, dans le temps comme dans l'espace.

C'est à ces crimes contre l'humanité que nous consacrons nos présents travaux, en limitant leur analyse à la formulation qu'ils trouvent dans le Statut de la Cour pénale internationale. C'est ainsi que nous n'aborderons pas de manière générale, ni le droit international, ni le droit pénal, ni même les crimes contre l'humanité, tels que la notion globale peut en être discernée, aujourd'hui, du droit international général ou coutumier. Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale sont le seul objet de notre attention, un objet aux multiples facettes, qui nous obligera, nous ne songeons pas à le nier, parfois – plus souvent même que nous ne souhaitons le reconnaître *in limine thesis*, à nous pencher sur ces autres domaines.

Nous analyserons donc les crimes contre l'humanité en établissant leurs éléments constitutifs, tant matériels ou composant l'*actus reus*, que psychologiques ou *mens rea*, au sens du Statut de la Cour pénale internationale, de même qu'en établissant les différents critères de responsabilité pénale individuelle en regard de ces crimes, toujours au sens du Statut de la Cour pénale internationale.

L'article 7, que le Statut consacre aux crimes contre l'humanité, ne jouit pas de la clarté que nous eussions souhaité lui trouver. Sa structure est double et confuse.

[80] Préambule, §§1 à 3 CPI.

Double car elle énumère les crimes contre l'humanité en son premier paragraphe et apporte quelques définitions en son second ; confuse car des éléments de définitions apparaissent également dans le premier paragraphe, parce que tous les crimes ne sont pas définis et parce que l'ordre dans lequel les crimes sont énoncés n'est pas le même dans le premier et le second paragraphe. Confuse également car la définition du crime d'apartheid apparaît bien plus comme une forme d'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, que comme un crime de nature comparable aux autres éléments du premier paragraphe ; le crime d'apartheid eût sans doute nécessité une incrimination à part entière et non seulement comme l'un des crimes contre l'humanité. Confuse enfin car la volonté des auteurs du Statut de ne pas enfermer les définitions des crimes dans des mesures trop restrictives pour n'oublier aucun acte inhumain dans la liste, les conduit parfois à incriminer d' « *autres critères* », d' « *autres formes* », d' « *autres actes* », sans toujours beaucoup de clarté ou de pertinence. A ceci s'ajoute un troisième paragraphe définissant le terme « *sexe* » comme s'entendant de l'un ou l'autre sexe, masculin ou féminin, et n'impliquant aucun autre sens : en a-t-il vraiment d'autres ?

Nous verrons que les Eléments des crimes, adoptés par l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale, n'apportent pas souvent d'éléments d'analyse intéressants, se laissant le plus souvent aller à l'évidence ou à la paraphrase, qu'ils quittent parfois pour la confusion.

Enfin, les six langues dans lesquelles ces textes font également foi recèleront évidemment quelques divergences notables.

Tout ceci nécessite donc une interprétation qui se base sur le texte du Statut, s'appuie sur le doit applicable tel que déterminé par le Statut lui-même, le tout en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Il va dès lors de soi que nous ne considèrerons pas – nous ne le pourrions pas, en toute hypothèse – la réglementation du Statut comme surgissant *ex nihilo* dans la conscience de l'humanité. Ce n'est toutefois que confronté à une difficulté d'interprétation ou à une lacune de sa part, que nous appellerons à la rescousse le droit international, pénal ou général.

Qu'est-ce donc que la Cour pénale internationale dans l'ordre juridique moderne ? C'est une organisation internationale, plus précisément une juridiction pénale internationale, à vocation universelle et permanente, à qui la communauté internationale confie le soin de juger les auteurs des crimes les plus graves ayant une portée internationale, conformément aux règles établies dans son Statut, complété des Eléments des crimes et du Règlement de procédure et de preuve.

A titre de juridiction pénale, la Cour doit juger les auteurs des crimes entrant dans son champ de compétence *ratione materiae*, qui correspondent globalement, dans le cas des crimes contre l'humanité, à des violations massives des droits les plus fondamentaux de l'homme. Les instances pénales contemporaines dont, au premier rang, la Cour pénale internationale, se doivent de respecter les normes internationales développées en vue d'assurer, au niveau national, un procès équitable aux personnes accusées de telles exactions. La Cour devra donc appliquer rigoureusement les droits de l'homme pertinents, dont, s'inscrivant dans la poursuite effective des buts et principes de la Charte des Nations Unies, elle est finalement issue.

L'importance des développements en matière des droits de l'homme offre un référentiel fondamental auquel la Cour pénale internationale pourra puiser pour

offrir aux individus les garanties qu'une instance pénale se doit de leur assurer. Par ailleurs, la définition des différents crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale nous renverra toujours aux droits de l'homme, même si, selon le Professeur Elisabeth Zoller, devant la difficulté d'établir une exacte adéquation entre violation des droits de l'homme et crimes contre l'humanité, il est quasi impossible de déterminer la violation desquels de ces droits de l'homme est constitutive de crimes contre l'humanité [81]. Cette difficulté n'est pas insurmontable car, premièrement, l'analyse des droits de l'homme nous permettra de mieux comprendre les différents crimes contre l'humanité, et, surtout, ce ne sont pas des violation des droits de l'homme que le Statut de la Cour pénale internationale incrimine, mais des actes particulièrement graves qu'il qualifie ainsi de manière autonome. C'est surtout au niveau régional que se retrouvent des organes juridictionnels qui ont interprété et détaillé la portée des droits de l'homme dont la violation systématique est constitutive des crimes contre l'humanité et dont le respect des prescriptions permet de développer une justice équitable [82].

Dans tous les cas, la Cour pénale internationale est non seulement une instance pénale mais également et avant tout, une instance internationale. Son mode de création et de fonctionnement, sa composition et l'ordre juridique dont elle est l'expression sont internationaux. Le Statut de Rome est un instrument de droit international et c'est uniquement dans les sphères de ce droit international qu'il convient de placer son analyse. Le Statut et ses instruments connexes, que sont essentiellement les Eléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve, sont un tout, dont il serait faire injure à la communauté internationale, qui l'a si laborieusement élaboré, de ne pas percevoir malgré tout l'unité et la cohérence.

Reliée aux juridictions pénales nationales par le principe de la complémentarité, la Cour pénale internationale s'en distingue également par le rôle qui lui est reconnu dans le cadre du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, en relation – de toujours controversée – avec le Conseil de sécurité et, plus largement, avec le système des Nations Unies.

Nous nous inscrivons d'emblée en faux avec une certaine vision maximaliste du Statut de Rome et de la définition qu'il donne des crimes contre l'humanité. Certains auteurs, même parmi les plus éminents, n'hésitent pas, en effet, à tenter de faire revenir dans le giron du Statut des notions clairement rejetées par ses auteurs, ou à soutenir une interprétation extensive de ses dispositions. Une telle approche, avant même que la Cour n'établisse les premiers éléments de sa jurisprudence, nous semble hasardeuse, sinon même contreproductive, donnant du Statut une image floue et faussée sans fondement précis. Il convient d'analyser strictement le Statut de Rome et la définition qu'il apporte des crimes contre l'humanité, conformément aux

---

[81] Ce sera notamment le cas du meurtre et de l'extermination (droit à la vie), de la réduction en esclavage (droit à la liberté personnelle et interdiction de l'esclavage, de la servitude, du travail forcé et des autres pratiques analogues), de l'emprisonnement (liberté personnelle et conditions de détentions), de la torture et des autres actes inhumains de caractère analogue (interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains, cruels ou dégradants), de la persécution (interdiction de toutes les formes de discrimination), des disparitions forcées (liberté personnelle, droit à la vie, droit à un procès équitable…) ou de l'apartheid (interdiction de toutes les formes de discrimination) ; voir Elisabeth Zoller, *La définition des crimes contre l'humanité*, JDI, 1993, p. 549.

[82] Voir la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San Jose de Costa Rica), avec l'action de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, et la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), avec l'action de la Cour européenne des droits de l'homme, sans pour autant négliger les travaux du Comité des droits de l'homme, établi par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et de la Commission des droits de l'homme, au niveau universel.

droits de l'homme existants. C'est en effet le seul moyen d'assurer une bonne compréhension et une large diffusion de la réglementation du Statut, de poursuivre les buts qui sont les siens. Notre approche, sans être pour autant et par opposition minimaliste, sera strictement basée sur l'interprétation du texte du Statut, des Eléments des crimes et du Règlement de procédure et de preuve. Il appartiendra à la Cour, sur cette base, de développer sa jurisprudence, sur le contenu de laquelle il sera toujours temps de revenir lorsqu'elle aura acquis une importance utile.

Pour René Char, ce qui vient au monde pour ne rien troubler ne mérite ni égard ni patience ; nous soutenons que les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale méritent, pour eux-mêmes, l'un et l'autre.

*

* *

*

Ceci posé, nous consacrerons, après l'historique des notions de droit international pénal et de crimes contre l'humanité et celui de la Cour pénale internationale (chapitre 1), la première partie de nos développements nous permettra d'aborder avec précision l'analyse des crimes contre l'humanité, *Les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité*. C'est là le corps de nos travaux, qui justifie le titre même que nous leur avons donné.

A cette fin, nous distinguerons, après quelques considérations générales (chapitre 2), *Les éléments psychologiques ou* « mens rea » *des crimes contre l'humanité*, soit la commission intentionnelle des crimes contre l'humanité au sens de l'article 30 du Statut de Rome (chapitre 3).

La plus grande partie de nos travaux sera ici consacrée aux *Eléments matériels ou* « actus reus » *des crimes contre l'humanité*. Nous en diviserons l'approche entre *Les éléments constitutifs généraux des crimes contre l'humanité*, définissant la notion d'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile (chapitre 4) et *Les éléments constitutifs spéciaux des crimes contre l'humanité* définissant chacun des crimes énumérés à l'article 7 du Statut de Rome, soit le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, l'emprisonnement ou les autres formes de privation grave de la liberté physique, la torture, les agressions sexuelles, la persécution, les disparitions forcées de personnes, le crime d'apartheid et les autres actes inhumains de caractère analogue (chapitres 5 à 15).

La seconde partie sera consacrée à *La responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale* et examinera, premièrement, selon le Statut de Rome, la responsabilité pénale de l'individu, y compris les questions de commission et de participation à la commission des crimes contre l'humanité (chapitre 16), avant *La responsabilité pénale au sein de structures hiérarchiques*, que ce soit celle des chefs militaires (chapitre 17), des autres supérieurs hiérarchiques (chapitre 18) ou de l'exécutant (chapitre 19), lorsqu'ils commettent des crimes contre l'humanité. Enfin, l'analyse de la responsabilité pénale individuelle nous conduira à celle des *Motifs d'exonération de la responsabilité pénale* dont nous limiterons l'approche aux *cas particulier des crimes contre l'humanité* (chapitre 20).

Encore une fois, nous situons l'ensemble de notre approche en droit international, limitant même notre analyse aux dispositions du Statut de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1er juillet 2002, ainsi qu'à leur interprétation conformément aux règles du Statut lui-même et du droit international. Nous avons volontairement écarté toute approche de droit pénal général ou de droit pénal comparé, au profit d'une approche que l'on pourrait qualifier de « droit international pénal spécial », centrée sur le Statut de Rome, en rapport avec l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

Genève, le 15 mars 2005

Chapitre 1

Les crimes contre l'humanité en droit international pénal avant le Statut de la Cour pénale internationale

I. Définition et évolution de la matière : le droit international pénal

En guise de chapitre liminaire et dans le but d'exposer le cadre général dans lequel la notion de crimes contre l'humanité est apparue et s'est développée avant de trouver la formulation qui est la sienne dans le Statut de la Cour pénale internationale, nous souhaitons tracer, à grands traits, les définition et caractéristiques de la branche du droit à laquelle nous nous rattachons, le droit international pénal.

A. Définition

La dénomination de *droit international pénal* doit avant toute chose être explicitée. Elle a le mérite de placer immédiatement la matière au sein du droit international, dont elle est la branche pénale.

Nous souhaitons la distinguer clairement d'une branche sœur, le droit pénal international, et souligner l'importance de l'ordre des mots. Cette dernière branche n'est pas nouvelle. Les droits pénaux nationaux ont acquis un prolongement international depuis le temps où la compétence répressive de l'Etat en matière de criminalité marquée par un élément international fut admise. Il s'agissait alors de reconnaître au droit pénal d'un Etat la possibilité d'appréhender les infractions dirigées contre l'ordre interne de cet Etat, dans lesquelles se manifeste un élément d'extranéité, soit que la nationalité de l'auteur ou de la victime soit celle d'un Etat

étranger, soit que la commission du crime ou ses résultats se réalisent, en tout ou partie, sur le territoire d'un Etat étranger.

L'appellation de droit pénal international était également en usage, notamment pour désigner des comportements de particuliers que la morale et la conscience des nations – dirions-nous déjà de l'humanité - avaient si unanimement condamnés, qu'ils devinssent des crimes du droit des gens pouvant faire l'objet d'une répression universelle. Issu de la convergence des législations nationales et d'un mouvement général de solidarité, le droit pénal international visait alors l'incrimination et la répression de comportements individuels, tels que la piraterie, l'esclavage, la traite des êtres humains ou encore la diffusion de publications obscènes, le faux monnayage ou les trafics de drogue [1].

Tel que nous l'entendons, le droit international pénal est une branche du droit international public, dont les règles visent tant à proscrire certains comportements considérés comme internationalement criminels, dont les crimes contre l'humanité, qu'à imposer aux Etats l'obligation d'en poursuivre et d'en punir les auteurs. Il réglemente également la création et le fonctionnement de juridictions internationales, telle que la Cour pénale internationale. C'est une branche du droit international public car ses règles sont posées par les Etats, ce que démontre le traité international conclu à Rome et portant création de la Cour pénale internationale [2].

Cette branche pénale du droit international public possède des particularités bien marquées. Il s'agit d'une branche relativement nouvelle du droit international, qui tend aujourd'hui à perdre les aspects rudimentaires qui lui étaient encore récemment reconnus. Ceci peut s'expliquer notamment par le fait que, pendant longtemps, les traités internationaux se sont contentés d'énumérer certains actes interdits, sans réellement chercher ni à en définir les éléments constitutifs, ni à déterminer quelles seraient les conséquences pénales d'une infraction. Qui plus est, lorsque le droit international pénal a commencé à définir plus précisément les contours des crimes internationaux, dont les crimes contre l'humanité, il a laissé aux juridictions nationales le soin de la répression. Lorsqu'enfin des juridictions internationales virent le jour, à Nuremberg et Tokyo avant celles de La Haye et Arusha, leurs statuts se contentèrent d'établir la liste des crimes relevant de leurs juridictions, ce qui n'a rien de commun avec la définition d'un crime que l'on peut attendre d'un « code pénal ».

Il convient également de relever que le droit international pénal, à tout le moins en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, se forme à la jonction de deux branches fondamentalement différentes du droit, qui sont, premièrement, le droit international des droits de l'homme et, deuxièmement, les divers systèmes pénaux nationaux. Les droits de l'homme sont essentiellement constitués de traités internationaux et de la jurisprudence de tribunaux internationaux, tels que la Cour européenne des droits de l'homme. Ils ont acquis aujourd'hui une importance fondamentale en droit international et particulièrement dans sa branche pénale, ce que le Statut de Rome reconnaît expressément, en disposant que son interprétation doit être conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus [3]. Toutefois, le droit international pénal coutumier s'est développé essentiellement à partir des systèmes pénaux nationaux et de leur jurisprudence. Il en résulte une branche

[1] Voir Sandra Szurek, *Historique. La formation du droit international pénal*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 10.
[2] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 15-16.
[3] Voir art. 21 §3 CPI.

hybride du droit international qui, selon la formule du Professeur Antonio Cassese, « *is public international law impregnated with notions, principles, and legal constructs derived from national criminal law and human rights law* » [4].

L'adoption du Statut de Rome modifie cette perception. Même s'il stipule expressément que ses dispositions ne portent pas atteinte à l'évolution parallèle du droit international général, il représente de manière assez convaincante le premier essai sérieux de « code international pénal ». Complété du Règlement de Procédure et de preuve et des Eléments des crimes, il constitue le premier instrument établissant un *corpus* juridique cohérent à vocation universelle en droit international pénal. C'est ainsi que nous le placerons au centre de toutes nos analyses, limitant les autres sources aux nécessités de son interprétation, conformément à son article 21.

Le principe de complémentarité ne remet pas en cause cette perception. En effet, si les Etats gardent la principale responsabilité en matière de répression des crimes contre l'humanité et des autres crimes de la compétence de la Cour pénale internationale, ils ne sauraient intervenir que dans le cadre de leurs ordres juridiques nationaux respectifs. Seule la Cour pénale internationale a vocation à intervenir au niveau international en la matière, offrant une alternative à la répression de ces actes odieux, dans les cas où les Etats n'ont pas la volonté ou la capacité d'agir eux-mêmes [5]. Si les pratiques internes ont influencé une part non négligeable des travaux des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, il semble plus probable que ceux de la Cour pénale internationale influencent davantage celles des tribunaux internes en matière de crimes internationaux.

B. La formation du droit international pénal

Pour bien comprendre d'où vient le droit international pénal que nous venons de définir, il convient de nous pencher sur sa formation, qui trouve des racines plus anciennes que l'histoire cinquantenaire des juridictions pénales internationales modernes, issues de la seconde guerre mondiale, des conflits yougoslaves et du génocide Rwandais.

Nous avons placé immédiatement au sein du droit international public la branche du droit international pénal. Force est de relever que sa genèse se trouve non pas dans l'action des Etats mais dans celle de personnalités de la doctrine et d'institutions ou sociétés savantes regroupant d'éminents juristes, qui s'efforcèrent de diffuser le droit pénal dans l'ordre international, dès la fin du XIX^{ème} siècle.

C'est Vespasien V. Pella, pénaliste, professeur à l'université de Bucarest, qui apparaît comme le partisan le plus déterminé et le principal artisan de ce qu'il appelait *Le droit pénal de l'avenir*, qui, selon lui, « *aura pour objet principal la réglementation de l'exercice de la répression des actions illicites qui peuvent être commises par les Etats dans leurs rapports réciproques* » [6]. C'est donc une conception interétatique du droit, qui conservait son qualificatif de pénal parce qu'il pouvait ne pas se limiter aux actes collectifs illicites commis par les Etats, pour concerner également les actes individuels, commis par les personnes privées.

[4] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 19.
[5] Voir *infra* chapitre 2.
[6] Vespasien V. Pella, *Le droit pénal de l'avenir*, p. 168, N°103.

Il faut ici également mentionner les travaux de l'Association internationale de droit pénal, fondée sur l'Union du même nom, elle-même fondée en 1889, sur proposition des grands pénalistes que furent Quintiliano Saldana et Henri Donnedieu de Vabres [7]. Dès 1929, l'Association prépara l'élaboration d'un statut pénal international. Fondée en 1889, par deux parlementaires lauréats du Prix Nobel, le britannique Randal Cremer et le français Frédéric Passy, l'Union interparlementaire apporta également sa pierre à l'édifice, en décidant d'élaborer, en 1925, un code répressif des nations. L'*International Law Association* avait également entrepris des travaux dans ce domaine.

Le champ de la discipline a fait l'objet de certaines controverses chez ces éminents juristes, fondateurs en la matière. Vespasien Pella soutenait que si le droit pénal de l'avenir devait appréhender en priorité, du fait de leur gravité pour l'ordre international, la guerre d'agression et les crimes de guerre, il ne devait pas se limiter à ces infractions. Il souhaitait y inclure également les crimes de droit des gens commis par les particuliers, qui, soumis à la répression universelle, ne relevaient plus, de ce fait, du droit pénal privé mais du nouveau droit international pénal. Cette conception se heurta, en particulier, à l'opposition ferme de Henri Donnedieu de Vabres, qui, bien qu'acquis à l'idée d'un développement du droit pénal dans l'ordre interétatique, exprima les plus extrêmes réserves sur la doctrine du délit de droit des gens. Partisan de la possibilité de tenir l'Etat, en qualité de personne morale, pour pénalement responsable, Vespasien Pella verra sur ce point se cristalliser une seconde opposition à ses thèses, la majorité de la doctrine restant attachée aux principes issus du droit romain et à l'adage *societas delinquere non potest*. Dans l'entre-deux-guerres, le droit pénal de l'avenir de Vespasien Pella constitua l'effort doctrinal le plus complet pour conforter le droit international public par le droit pénal et assurer ainsi la paix internationale [8].

C'est, historiquement, le recours à la guerre qui fit, le premier, l'objet d'une incrimination internationale. Grotius posa le principe de la répression universelle en soulignant la nécessité, pour le maintien de la paix, de l'union de toutes les forces contre les coupables [9], principe repris par Vattel, qui affirma que « *toutes les nations sont en droit de réprimer par la force celle qui viole ouvertement les lois que la société de la nature a établies entre elles, ou qui attaquent directement le bien et le salut de cette société* » [10]. Au-delà des questions de guerre juste, celle-ci apparaît comme un moyen de lutte contre l'impunité, inadmissible pour ceux qui violent le droit des gens.

Plus récemment, ce fut par l'extension des procédures de règlement pacifique des conflits internationaux, avec les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, et, à l'issue de la première guerre mondiale, avec le Traité de Versailles qui condamna les guerres d'agression, que le moyen de réduire l'usage de la force fut tout d'abord recherché. Le mouvement se poursuivit, tentant de développer et de raffermir le système de sécurité établi par le Pacte de la Société des Nations. Dans cette perspective, le Projet Cecil-Raquin de Traité d'assistance mutuelle, de 1923, condamna la guerre d'agression comme un crime international, ce que confirmèrent le Protocole de Genève du 2 octobre 1924 de la Société des Nations pour le règlement

[7] Voir Henri Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*.
[8] Voir Sandra Szurek, *Historique La formation du droit international pénal*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 8-12.
[9] Voir Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), t. I, Livre I, Chap. V.
[10] Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), Préliminaires, p. 22.

pacifique des différends internationaux et, finalement, le Pacte Briand-Kellog de 1928.

Ce fut ensuite le développement de l'incrimination des comportements dans la guerre, le *jus in bello*. Il existe, dès les civilisations les plus anciennes, des règles relatives au comportement des combattants. En occident, la question fut abordée dès 1260 par Saint Thomas d'Aquin dans sa *Summa Theologiqua*, avant que Vitoria, Ayala, Suarez, Gentili ou Grotius ne posassent les fondements doctrinaux de la réglementation des guerres. C'est ainsi que Grotius dénonça ceux qui, pendant la guerre, se croyaient autorisés à fouler aux pieds « *tout droit humain et divin et à commettre toutes sortes de crimes sans retenue* » [11]. Pour Vattel, le châtiment du coupable, le refus qu'on lui fait de la vie, ne devait pas être tenu pour une suite de la guerre mais pour une punition de son crime [12]. Fénelon l'affirma encore, en 1711, dans *L'examen de conscience sur les devoirs de la Royauté* : « *Il y a les lois de la guerre qu'il ne faut pas regarder moins religieusement que celles de la paix, autrement la guerre ne serait plus qu'un brigandage inhumain, qu'une série perpétuelle d'assassinats, d'abominations et de barbaries* ». Ainsi, la conviction que l'action des belligérants doit connaître des limites et que l'excuse de la guerre ne doit pas être avancée pour justifier la commission de crimes de droit commun, tels que meurtres et viols, s'établit progressivement.

C'est là le fondement d'un droit coutumier de la guerre, que les Etats incorporèrent progressivement dans leurs législations militaires, des *Articles sur les lois militaires devant être observées en temps de guerre* proclamés par Gustave Adolphe de Suède en 1621, au Code de Francis Lieber, dont on considère généralement qu'il marque la naissance de l'incrimination des crimes de guerre comme violation grave des lois de la guerre, proclamé par le Président Lincoln le 24 avril 1863. Au XIX^{ème} siècle se développèrent toujours d'importantes contributions doctrinales, dont, l'une des plus remarquables, le Manuel d'Oxford, adopté en 1884 par l'Institut de droit international, dispose notamment que « *les violations des lois de la guerre sont passibles des châtiments spécifiés dans la loi pénale* ».

Parallèlement, se mit en place une œuvre conventionnelle visant à la réglementation de la guerre et des conflits armés et l'affirmation d'un droit international humanitaire dans le cadre d'accords internationaux, sous l'impulsion déterminante, notamment, de Henry Dunant et du Comité international de la Croix-Rouge. Toutefois, cette réglementation ne s'accompagna d'aucune détermination de sanctions pénales applicables et la répression fut laissée à la discrétion des lois nationales. Ce n'est qu'en 1949, avec l'adoption des Conventions de Genève, que l'on a vraiment abordé la question de la punition des criminels de guerre et des sanctions pénales à leur appliquer.

Enfin, il existait une dernière source du droit international pénal, avant que n'éclatât le second conflit mondial. Les crimes du droit des gens visèrent les comportements attribués à des particuliers, qui portaient atteinte aux Etats, tels que la piraterie, la traite des blanches, qui deviendra celle des femmes et des enfants, ou le faux monnayage. Ces crimes accédèrent ainsi à l'ordre international par la convergence des législations pénales, qui incriminaient unanimement des comportements considérés comme contraires à la morale universelle et particulièrement dangereux pour les intérêts de la communauté des Etats ou même de l'humanité comme telle, ce qui permit de parler de *delicta juris gentium*.

[11] Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Discours préliminaire, pp. XXVI-XXIX.
[12] Emmerich de Vattel, *Le droit des gens*, Livre III, Chapitre VIII, N°141.

Le volet complémentaire indispensable au droit international pénal se trouve dans la mise en œuvre de la sanction pénale à l'égard de l'individu comme seul sujet de l'infraction internationale, à l'exclusion de l'Etat. C'est à Naples, en 1268, qu'eut lieu le premier procès pour déclenchement d'une guerre injuste, qui aboutit à la condamnation à mort de Conradin von Hohenstaufen. A l'issue de la première guerre mondiale, la décision prise à Aix-la-Chapelle en 1810 de détenir Napoléon pour avoir engagé des guerres qui brisèrent la paix mondiale, fut considérée comme le précédent du cas le plus célèbre, celui de l'Empereur Guillaume II, dont le Traité de Versailles exigea le jugement par un tribunal international, qui ne vit jamais le jour.

De la même manière, une pratique très ancienne offre quelques exemples de condamnation d'un individu pour crimes de guerre, comme par exemple, le procès intenté contre Peter von Hagenbach à Breisach, en 1474. Un tribunal de vingt-huit juges des Etats alliés du Saint Empire le condamna pour des meurtres et autres crimes contre « *les lois de Dieu et des hommes* » pendant une occupation militaire. Le Comte Rosen fut également condamné par le roi Jacques II d'Angleterre en 1689, pour avoir mené contre Londonderry un siège cruel, au cours duquel des civils innocents furent assassinés. Puis la révolution américaine et la guerre de sécession, la guerre hispano-américaine et l'occupation des Philippines allaient être également l'occasion de nombreux procès pour crimes de guerre.

Tout ceci démontre que la formation du droit international pénal restait dépourvue d'une juridiction internationale, la répression des crimes demeurant à la charge des ordres internes nationaux. Plusieurs projets de juridiction internationale virent pourtant le jour, dont l'idée semble remonter à la guerre de 1870. Gustave Moynier en développa le projet comme le plus sûr moyen de prévenir et de réprimer les infractions à la Convention de Genève de 1864, relative à la protection des malades et blessés, se heurtant toutefois au refus catégorique des Etats. L'échec de l'application de l'article 227 du Traité de Versailles à l'issue de la première guerre mondiale conduira la doctrine à en reprendre et développer l'idée [13]. Cette idée va permettre la mise en place des juridictions internationales de Nuremberg et de Tokyo, puis, plus récemment encore, celle des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. C'est ainsi que fut pavée la *via romana* menant à la Cour pénale internationale.

C. Le processus de codification du droit international pénal

La codification vise en général, de même que dans le domaine du droit international pénal, trois objectifs principaux, qui sont, tout d'abord, énoncer de manière claire, précise et cohérente les normes pénales internationales - cette justification prend ici une importance particulière en raison des caractéristiques du droit pénal, qui exige une identification et une interprétation plus stricte des règles ; donner ensuite une formulation écrite solennelle à ces règles pour en faciliter la connaissance, la diffusion et l'application, afin de surmonter les incertitudes ou l'absence de la règle coutumière ; contribuer enfin à l'harmonisation des règles et des pratiques au sein de la société internationale, à son institutionnalisation et, peut-être, à son intégration progressive.

[13] Voir Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet, *Introduction*, pp. 1-3, et Sandra Szurek, *Historique La formation du droit international pénal*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 7-22.

Les difficultés en la matière sont nombreuses. En 1926, déjà, le Comité d'experts de la Société des Nations avait estimé que des obstacles sérieux, notamment d'ordre politique, empêchaient la création, pourtant désirable, d'une réglementation internationale conventionnelle. Il a souvent été avancé que l'absence d'autorité supérieure aux Etats rendait une telle entreprise pour le moins aléatoire, sinon même vouée à l'échec. C'est dans ce sens que Jules Basdevant estima que le droit pénal est la branche du droit la plus éloignée du droit international : en tant que « *droit de hiérarchie et de subordination, il peut difficilement inspirer le droit international, droit d'égalité et de coordination* » [14]. Plus récemment, Chérif Bassiouni a mis en relief ce qu'il appelle la *double personnalité* du droit international pénal, en tant que résultat d'une convergence entre, d'une part, le droit international, basé sur l'accord et l'égalité des Etats, sans l'existence d'une autorité supérieure pour imposer l'exécution des décisions, et, d'autre part, le droit pénal, construit selon un processus vertical dont l'application et le développement reposent sur des moyens coercitifs, en faisant craindre, au lieu d'une combinaison de leur vertu respective, le cumul de leurs pires caractéristiques [15].

Les prémices de la codification en matière de droit international pénal, historiquement, peuvent être observées autour des crimes de piraterie, de traite des esclaves, de trafic de stupéfiants et de terrorisme [16]. Après, une approche globale fut esquissée, avec les premières conventions relatives au droit de la guerre, le droit de Nuremberg et, dans une moindre mesure, celui de Tokyo, étant appelés à profondément marquer tout le processus de développement et de codification du droit international pénal.

L'Accord de Londres, comprenant le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, permit d'édicter une première réglementation conventionnelle définissant un certain nombre d'infractions pénales, d'instituer une juridiction pénale effective et de dépasser le cas d'espèce lié à la seconde guerre mondiale, les principes énoncés s'inscrivant dans une perspective universelle.

C'est ensuite au sein de l'Organisation des Nations Unies que se développa le processus de codification du droit international pénal, dont l'Assemblée générale adopta, à sa première session, les principes de Nuremberg comme étant des principes du droit international reflétant le droit en vigueur. L'Assemblée montra également, à la même époque, son désir de voir adopter un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Pourtant, la codification n'avança pas. De trop nombreuses hésitations affectèrent le choix de l'organe compétent et de la méthode, avant que la Commission du droit international ne se vît confier la tâche de la développer. En matière de juridiction pénale internationale, le mandat de la Commission se limita à examiner l'opportunité et la possibilité de sa création, soit

[14] Jules Basdevant, exposé dans l'*affaire des Phosphates marocains*, CPJI, série C, N°85, p. 1061.
[15] Voir M. Cherif Bassiouni, *Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu*, RIDP, 1981, pp. 72-78.
[16] Voir, en matière de piraterie, la Convention sur la haute mer, du 29 avril 1958, dont les dispositions sont reprises par la Convention sur le droit de la mer, du 10 décembre 1982 ; en matière d'esclavage, l'Acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885 et surtout celui de la Conférence de Bruxelles du 2 juillet 1890 sur l'abolition de l'esclavage, remplacés par la Convention du 25 septembre 1926, amendée par le Protocole du 7 décembre 1953 et par la Convention du 7 septembre 1956 ; en matière de trafic de stupéfiants, la Convention du 23 janvier 1912, limitée d'abord à l'opium, dont la répression est rendue obligatoire par la Convention de Genève du 11 février 1925, élargie aux autres stupéfiants par la Convention de Genève du 26 juin 1936 et la Convention unique du 30 mars 1961, complétées à diverses reprises. En matière de terrorisme, deux Conventions sont adoptées par la Société des Nations le 16 novembre 1935, l'une incriminant les actes terroristes, l'autre instaurant une juridiction spéciale pour en juger les auteurs, aucune n'entra en vigueur.

comme juridiction indépendante, soit comme une chambre spéciale de la Cour internationale de Justice. La Commission conclut à l'opportunité de créer une juridiction indépendante et deux comités spéciaux successifs furent chargés de l'élaboration du Statut de la Cour, en 1950 et 1952, l'aspect institutionnel et processuel relevant d'un comité *ad hoc*, le projet de Code relevant de la Commission [17]. En 1954, les projets de code et de statut furent présentés à l'Assemblée générale, qui décida de surseoir à leur examen, jusqu'en 1981.

Pendant cette longue période de suspension, d'autres aspects du droit international pénal émergèrent devant diverses instances internationales, parfois à titre accessoire ou incident. L'activité de la Commission du droit international se limitait, elle, en matière pénale et en substance, à l'adoption de la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre le personnel jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques. Par contre, de nombreux comités *ad hoc* se montrèrent actifs, l'Assemblée générale en ayant institué dans divers domaines tels qu'en matière de génocide, d'esclavage, de trafic de stupéfiants, d'apartheid, de mercenariat, ou encore de protection physique des matières nucléaires.

Certaines institutions spécialisées ont également contribué à la reconnaissance d'infractions pénales internationales. L'exemple le plus ancien est celui de l'Organisation internationale du travail dont la Convention N°29, du 28 mai 1930, déclara illégal et passible de sanctions pénales l'exercice du travail forcé, avant que la Convention N°105, du 25 juin 1957, ne l'abolît. L'exemple le plus frappant reste celui de l'Organisation de l'aviation civile internationale, qui a servi de cadre à l'élaboration de nombreuses conventions ayant pour objet la lutte contre la piraterie aérienne et le terrorisme [18].

Parallèlement à ce processus engagé au sein des Nations Unies, le Comité international de la Croix-Rouge permit le développement fondamental du droit international humanitaire, qui comporte tout un volet pénal, ainsi pris en charge par le Comité, notamment lorsque les Conventions de Genève du 12 août 1949, puis leurs deux Protocoles additionnels de 1977, établirent un certain nombre d'infractions graves susceptibles d'être réprimées en tant que crimes de guerre.

Dans le cadre des Nations Unies, la Commission du droit international se trouva, à nouveau, saisie du projet d'un Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en 1981. Le projet qu'elle adopta en première lecture, dix ans plus tard, est d'une toute autre ampleur que celui de 1954, qui se limitait à un bref texte de cinq articles, dans lesquels ne furent retenus que quelques crimes graves à connotation politique et de nature à mettre en péril la paix et la sécurité internationales, écartant ainsi les crimes en quelque sorte classiques du droit pénal international, tels que la piraterie, le trafic de stupéfiants ou la traite des êtres humains. En 1991, le projet de Code comporte vingt-six articles établissant, outre les principes généraux, une liste de douze catégories de crimes considérés comme mettant en cause la paix et la sécurité de l'humanité : agression, menace d'agression, intervention, domination

[17] Voir les Résolutions de l'Assemblée générale 489(V) du 12 décembre 1950 et 687(VIII) du 5 décembre 1952.

[18] Voir la Convention de Chicago du 7 décembre 1944, qui ne prévoyait toutefois aucune disposition sur les détournements d'aéronefs, dont le régime relevait de règles coutumières, puis de la Convention sur le droit de la mer ; la Convention de Tokyo de 1963 sur les actes survenus à bord des aéronefs ; la Convention de La Haye de 1970 sur la capture illicite d'aéronefs ; la Convention de Montréal de 1971 sur les actes illicites dirigés contre l'aviation civile et la Convention de Montréal de 1988 sur les actes illicites de violence dans les aéroports.

coloniale et autres formes de domination étrangère, génocide, apartheid, violations systématiques ou massives des droits de l'homme, crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité mercenariat, terrorisme international, trafic illicite de stupéfiants, dommages délibérés et graves à l'environnement.

En seconde lecture, la Commission décida de restreindre drastiquement la liste des crimes, partant de l'idée que seuls devaient être retenus ceux dont la gravité est reconnue par tous les Etats et dont les conséquences portent réellement atteinte à la paix et la sécurité de l'humanité, à savoir l'agression, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, auxquels s'ajoute une cinquième catégorie, totalement nouvelle et controversée, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé. Ce projet de Code fut finalement adopté par la Commission en 1996 au terme de vingt ans d'un travail échelonné sur une période de près de cinquante ans [19].

En matière de juridiction pénale internationale, l'Assemblée générale des Nations Unies s'était contentée de poser à la Commission la question de l'opportunité et de la faisabilité de sa création, non de son élaboration, avant de suspendre ses travaux, attendant pour les reprendre les résultats de ceux consacrés à la définition de l'agression et au Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ce fut donc en 1991, que l'Assemblée donna son accord à la reprise des travaux de la Commission sur cette question, qui allait déclancher l'emballement de tout le système, pour aboutir enfin en moins de trois ans.

La première guerre du Golfe, celles de Yougoslavie et le génocide Rwandais, fortement médiatisés, appelaient une réponse décisive. En même temps que le Conseil de sécurité créa les deux Tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie, puis pour le Rwanda, la Commission travailla dans l'urgence. Un groupe de travail en son sein suggéra, en 1992, la création d'une Cour pénale internationale et demanda à l'Assemblée générale de lui donner mandat pour préparer un projet de Statut. Une fois le mandat obtenu, le même groupe de travail fut reconduit pour élaborer une version préliminaire du projet de Statut, que la Commission n'eut pas le temps de discuter mais qu'elle décida pourtant, contrairement à tous les usages, de transmettre tel quel, en 1993, à l'Assemblée, qui le communiqua aux Etats pour des observations écrites. Le projet final de Statut fut transmis par la Commission à l'Assemblée générale en 1994, tandis que le projet de Code demeurait toujours en chantier depuis 1982 et que l'on peut sérieusement douter de sa pertinence, aujourd'hui face au Statut de Rome [20].

[19] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 3ème session*, 1951 ONU Doc. A/1858 ; *Rapport sur les travaux de sa 43ème session*, 1991, ONU Doc. A/46/10 ; *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10. Voir également James Crawford, *The ILC's Draft Statute for an International Criminal Court* et, du même auteur, *The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court*.

[20] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 46ème session*, 1994, ONU Doc. A/49/10. Sur toutes les questions de codification, voir not. Ahmed Mahiou, *Les processus de codification du droit international pénal*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 37-53 et Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*.

II. Historique de la notion de crimes contre l'humanité

Les termes « crimes contre l'humanité » apparaissent premièrement dans le vocabulaire international, bien avant de recouvrir une réelle signification juridique, plus précisément pénale. En effet, les premières mentions de ces « crimes » sont à classer dans les formules de rhétorique diplomatique, sans que les Etats ne se posassent la question de savoir exactement ce que ces termes pussent recouvrir, tant d'un point de vue philosophique ou humaniste, que d'un point de vue juridique.

C'est toutefois déjà dans un sens plus précis, que l'on peut relever l'intervention de Robespierre en faveur de la condamnation à mort du roi Louis XVI en tant que « *criminel envers l'humanité* » [21] ou celle de ce personnage révolutionnaire français haut en couleurs que fut Louise Michel, qui, le 20 septembre 1871, tenta d'obtenir la grâce de Théophile Ferré, écrivant que les crimes commis par la Commune de Paris, notamment la politique de la terre brûlée et l'exécution des otages lors de la semaine sanglante, furent de sa responsabilité, Ferré s'y étant opposé, au motif que « *de telles choses sont des crimes contre l'humanité* » [22].

A. Les origines de la notion de crimes contre l'humanité

Il est admis que la première mention de ces crimes se trouve dans la ferme condamnation par la France, le Royaume Uni et la Russie, des massacres d'Arméniens dans l'Empire Ottoman. En effet, le 28 mai 1915, ces gouvernements publièrent une déclaration commune par laquelle ils affirmaient « *In view of these new crimes of Turkey against humanity and civilisation, the Allied governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible for these crimes all members of the Ottoman Government and those of their agents who are implicated in such massacres* » [23].

De la même manière, la Commission spéciale siégeant à l'issue de la première guerre mondiale avait proposé, dans son rapport à la Conférence de Versailles, de créer un tribunal pénal international dont la juridiction eût couvert notamment les « *crimes contre les lois de l'humanité* » [24], en référence à la célèbre clause de Martens des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

La véritable apparition de la notion de crimes contre l'humanité se trouve à l'article 6 lettre (c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, joint à l'Accord de Londres concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, du 8 août 1945, qui les définit ainsi : « *Les Crimes contre l'Humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques,*

[21] Voir Maximilien Roberspierre, *Œuvres*, IX, p. 130.
[22] Voir Michel Winock, *Les voix de la liberté*, p. 543.
[23] Voir Egon Schwelb, *Crimes against humanity*, *in The British Yearbook of International Law*, vol. XXIII, 1946, p. 181.
[24] Voir *Report presented to the preliminary Peace Conference by the Commission of the Responsibility of the Authors of the War and of the Enforcement of Penalties*, *in* Carnegie Endowment for international Peace, Division of International Law, Pamphlet N°32, Violations of the Laws and Customs of War, Report of Majority and dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission of Responsibilities, Conference of Paris 1919 (Oxford, Clarendon Press, 1919), pp. 25-26.

raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

La distinction y est claire entre les crimes de type *meurtre* et la persécution, d'une part, et, d'autre part, l'exigence y est clairement posée d'un lien avec la commission des crimes contre la paix ou des crimes de guerre. Dans la foulée, un certain nombre d'instruments internationaux reprirent la prohibition des crimes contre l'humanité, notamment les traités de paix signés par les Alliés avec l'Italie, la Roumanie, la Hongrie, la Bulgarie et la Finlande [25].

B. L'évolution et la cristallisation coutumière de la notion de crimes contre l'humanité

L'évolution de la notion de crimes contre l'humanité est à rechercher tant dans les différents instruments internationaux qui se sont succédé entre 1945 et 1998, que dans la pratique – demeurée rare – de certains tribunaux nationaux, notamment en France, et, surtout, dans les prises de positions de la doctrine internationale dominante.

Bien que certains soutinssent que l'Accord de Londres et le Statut du Tribunal de Nuremberg codifièrent des règles existantes, il semble cependant plus correct d'admettre que les crimes contre l'humanité constituèrent, à Nuremberg, une nouveauté. Il est vrai que les infractions rassemblées sous cette appellation étaient toutes interdites par les codes pénaux de tous les pays, y compris de l'Allemagne nazie, qui n'avait jamais procédé ouvertement à une révision du code pénal, pour y soustraire, officiellement, certains groupes de personnes à la protection de la loi.

Entre 1945 et 1993, les crimes contre l'humanité ne font l'objet que des deux conventions sur leur imprescriptibilité. Dans la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adopté par la résolution 2391 (XXIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 26 novembre 1968, les crimes contre l'humanité sont ceux définis dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, plus « *l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide* ». Quant à la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, du 25 janvier 1974, elle mentionne uniquement, de manière surprenante et fortement réductrice, « *les crimes contre l'humanité prévus par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ».

La première évolution à souligner est l'obsolescence du lien exigé initialement entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé. Cette disparition, acquise dès la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié du 20 décembre 1945, est appuyée par la doctrine internationale. En 1993, lorsque le Secrétaire général des Nations Unies proposa la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il renoua néanmoins avec l'exigence que les crimes contre l'humanité fussent commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, conservant l'impression que ces crimes n'avaient pas encore atteint leur autonomie conceptuelle. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a, toutefois, reconnu que cette limitation

[25] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 67-74.

n'était pas nécessaire et restait en deçà du niveau déjà atteint par le processus de formation coutumière en la matière, qui l'avait abandonnée [26]. L'interprétation large de la notion jouit en fait d'un appui coutumier, qui constitue notamment le reflet du rôle de garant que la communauté internationale assume en matière de droits de l'homme [27].

La seconde évolution à relever consiste en l'élargissement constant de la liste des actes constitutifs de crimes contre l'humanité. Celle contenue aux articles 6 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et 5 de celui pour le Rwanda, ajoutent l'emprisonnement, la torture et le viol à la liste de Nuremberg. Le Statut de la Cour pénale internationale la développe encore en y incluant les disparitions forcées et l'apartheid, subdivisant également les infractions d'ordre sexuel en différents crimes que sont, outre le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution, grossesse et stérilisation forcées, ainsi que toutes les autres formes de violence sexuelles de gravité comparable.

De cette évolution, certains éléments sont généralement reconnus. Tout d'abord, il s'agit de crimes particulièrement odieux, d'une extrême gravité, qui, tous, possèdent la caractéristique d'être inhumains. Ces crimes ne doivent pas être isolés mais faire partie de la politique d'un gouvernement ou d'une pratique, généralisée ou systématique, menée avec l'appui ou, pour le moins, l'approbation tacite des autorités de l'Etat. Ils doivent être commis à l'encontre de personnes civiles, ou de non combattants s'ils sont commis dans le cadre d'un conflit armé.

Les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont ceci de commun dans leurs définitions des crimes contre l'humanité que, tout d'abord, ils énumèrent une liste d'actes constitutifs plus élaborée que celles de Nuremberg et identiques l'une à l'autre et, ensuite, qu'ils s'éloignent de l'évolution coutumière de la notion en prévoyant, pour l'ex-Yougoslavie, un lien avec un conflit armé et, pour le Rwanda, une intention discriminatoire générale. Sur cette base, la jurisprudence de ces deux instances a permis de préciser la définition pénale de la plupart des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité [28].

Il faut également se prononcer en faveur de la reconnaissance comme droit coutumier de tous les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité, tels qu'on les lit aujourd'hui à l'article 7 du Statut de Rome. La liste a été continûment élargie depuis plus de cinquante ans, notamment en matière de crimes sexuels. Il faut pourtant estimer que tous ces éléments, issus successivement des expériences endurées, ont tous le même but et sont tous compris dans la même réprobation générale attachée aux crimes contre l'humanité. Qui plus est, les disparitions forcées et l'apartheid, nouvellement apparus dans la liste, sont à maintes reprises qualifiés de crime contre l'humanité tant par la doctrine que par l'Assemblée générale des Nations Unies. Enfin, toutes les listes se terminent par l'incrimination de tous les

[26] « *A nexus between the accused's acts and the armed conflict is not required (…). The armed conflict requirement is satisfied by proof that there was an armed conflict; that is all that the Statute requires, and in so doing, it requires more than does customary international law* », TPIY, Tadic, Appel fond, §251 ; voir également TPIY, Kunarac, Appel, §83.

[27] Voir Antonio Cassese, *Crimes against Humanity*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 353-361; Christian Tomuschat, *La cristallisation coutumière, §2 – Crimes contre l'humanité*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 31-33 et Theodor Meron, *The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law*, AJIL 1996, vol. 90, pp. 238-242.

[28] Voir Antonio Cassese, *Crimes against Humanity*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 365-370.

autres actes inhumains, de caractère comparable, dont firent incontestablement partie les crimes peu à peu ajoutés formellement à la liste [29].

L'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale est plus ou moins le reflet des dernières évolutions de la notion coutumière de crimes contre l'humanité [30]. Il ne saurait toutefois être confondu avec le droit international coutumier et devra trouver une interprétation qui lui soit propre, tant sur les points qui en diffèrent que sur ceux qui en sont la fidèle expression, dans le cadre général et systématique qu'il trace lui-même avec précision.

[29] Voir Christian Tomuschat, *La cristallisation coutumière, §2 – Crimes contre l'humanité*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 31-33.
[30] Voir Antonio Cassese, *Crimes against Humanity*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 373-377, pour qui l'art. 7 CPI élargit le champ coutumier des crimes contre l'humanité sur certains points et le rétrécit sur d'autres.

III. Historique de la Cour pénale internationale

La problématique de la création d'une Cour pénale internationale ressurgit périodiquement en droit international pénal, depuis le procès Hagenbach en 1474, avec les efforts de la doctrine et les hésitations vouées à l'échec de l'entre-deux guerres, mais c'est incontestablement la mise en place du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui marque la première étape historique vers la création de la Cour pénale internationale [31].

A. De Nuremberg à Rome

Les deux Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo ont été la réponse des alliés aux crimes commis, en Europe, par l'Allemagne nazie et, en Asie, par le Japon. La réprobation universelle suscitée par ces crimes engendra la conviction que la communauté internationale ne devait jamais plus permettre, ni tolérer, de tels agissements.

L'Accord de Londres reflète la volonté des quatre grandes nations alliées de juger les principaux criminels nazis, alors que d'autres tribunaux furent également établis dans les diverses zones d'occupation en Allemagne, afin de juger les criminels de moindre envergure, pour les mêmes crimes, sans parler de tout un processus de dénazification de la société allemande. Le 19 janvier 1946, le Général MacArthur, commandant en chef des forces alliées, approuva, sous la forme d'un « *executive order* », la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient de Tokyo, compétent pour connaître des mêmes crimes que le Tribunal de Nuremberg, commis en Extrême Orient.

Ces deux Tribunaux travaillèrent effectivement à rendre la justice et démontrèrent à quel point une ferme volonté politique d'aboutir, qui avait tant fait défaut après la première guerre mondiale, était indispensable à la mise en place de juridictions pénales internationales. La guerre froide s'installant immédiatement après, il ne fut plus possible d'aller de l'avant vers la création d'une institution permanente et universelle.

Ce n'est qu'à la fin de la guerre froide que, face à des crimes massivement commis à nouveau sur le continent européen au cours des conflits yougoslaves, que la communauté internationale réagit par la création d'une nouvelle juridiction pénale internationale *ad hoc*, sur la base de l'adoption d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, conformément au Chapitre VII de la Charte [32]. L'importance prise depuis la fin de la seconde guerre mondiale par les droits de l'homme en droit international a certainement contribué à la création de cette juridiction.

Quelques mois plus tard, confronté aux massacres Rwandais, le Conseil de sécurité, sur la même base, décida la création d'une seconde juridiction pénale internationale *ad hoc* [33]. Ces deux tribunaux furent créés après diverses résolutions du Conseil de sécurité rappelant que les crimes commis engageaient la responsabilité pénale internationale de leurs auteurs.

---

[31] Voir William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, pp. 1-20.
[32] Voir ONU Doc. S/RES/827 (1993), du 25 mai 1993.
[33] Voir ONU Doc. S/RES/955 (1994), du 8 novembre 1994.

La création de ces deux tribunaux pénaux internationaux et la qualité de leurs travaux ont conduit à envisager la création de juridictions comparables, toujours sur une base *ad hoc*, relativement à quelques rares autres conflits récents. C'est ainsi que la mise en place de juridictions pénales internationales conjointement par l'Organisation des Nations Unies et les pays concernés fut évoquée au Cambodge, en Sierra Leone et au Timor Leste. Bien plus, elles ont permis de relancer la réflexion sur la création d'une Cour pénale internationale permanente et universelle, qui ne prêterait pas le flanc à des critiques telles qu'une création *ex post facto*, ou une justice sélective en fonction des situations [34].

B. Les travaux de la Commission du droit international

La Commission du droit international fut saisie de la question de la création d'une juridiction pénale internationale permanente dès 1947, mais ce n'est qu'en 1989 que ses travaux purent être relancés, qui aboutirent en 1994 à la présentation d'un projet de Statut pour une Cour pénale internationale.

Les éléments principaux arrêtés par la Commission du droit international tendaient à réconcilier les intérêts politiques des Etats, notamment en matière de souveraineté, et les principes juridiques fondamentaux du droit pénal. Comme le relève James Crawford, « *As the ILC recognized, 'the establishment and international effectiveness of the court required the broad acceptance of the statute by States'. Given that a draft statute for a permanent international criminal court 'was… an unprecedented exercise in creative legislation…', it 'needed to be tempered by a strong sense of practicality' if it were to stand any chance of being accepted by a sceptical international community even as a basis for discussion. This implied severe limitations in its scope* » [35].

C'est dans cette optique que la Commission présenta le projet d'une Cour permanente mais ne siégeant qu'en tant que de besoin, créée par un traité international, établissant sa compétence sur les crimes existants et déjà reconnus en droit international coutumier ou conventionnel. Cette juridiction n'exercerait sa compétence, sauf pour le crime de génocide, uniquement en fonction de l'acceptation préalable des Etats ou sur saisine par le Conseil de sécurité et seulement dans les cas où les Etats ne s'avéreraient pas capables ou désireux de poursuivre les auteurs de ces crimes. Enfin, cette juridiction devait offrir toutes les garanties d'un procès équitable reconnues en droit international.

Le Projet de Statut élaboré par la Commission se limitait donc à codifier les crimes existants en droit international, refusant d'en créer de nouveaux et d'établir, pour les crimes reconnus, de nouvelles définitions. L'exercice de sa compétence par la Cour obéissait au principe en fonction duquel la priorité devait être donnée au droit international pénal, qui eût été appliqué dans le cas d'espèce devant les juridictions de l'Etat compétent, à savoir l'Etat qui pouvait exercer sa juridiction sur les crimes commis en fonction des traités applicables et l'Etat où l'accusé était détenu. Cette approche parut conforme au principe de complémentarité et trouva sa formulation à l'article 22 du Projet de Statut de 1993. En application de ce principe, la compétence matérielle de la Cour se limitait au droit international pénal, tel que

[34] Voir Antonio Cassese, *From Nuremberg to Rome : International Military Tribunals to the International Criminal Court*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 5-17.
[35] James Crawford, *The Work of the International Law Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, p. 27.

défini et établi dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, les dispositions relatives aux infractions graves aux Conventions de Genève et un certain nombre d'autres conventions. « *The principle of complementarity required that there be ways of selecting the relatively few cases where an international court should act. But if international jurisdiction was to extend to existing treaty crimes, and not to be limited to a few crimes such as genocide and war crimes in international armed conflict, other mechanisms would have to be adopted to achieve this* » [36].

Dans la définition des crimes de droit international pouvant entrer dans le champ de la juridiction matérielle de la Cour, certains membres de la Commission exprimèrent que « *the primary purpose of the draft statute was the setting up of a court to try such crimes as the parties to the statute could agree were international crimes triable by such a court* » [37]. Ceci sans compter que l'inclusion dans le champ de compétence matérielle de la Cour de crimes relevant du droit international coutumier fut perçue comme peu conforme à la précision des incriminations requise par le principe de la légalité. C'est pourquoi la Commission limita son approche aux « *treaty crimes* », définis dans les traités et conventions, considérés comme particulièrement grave, engageant la communauté internationale, y ajoutant toutefois les crimes de génocide et d'agression, les violations graves des lois et coutumes applicables dans les conflits armés et les crimes contre l'humanité, tant il semblait inconcevable qu'ils n'y figurassent point. L'article 26 du Projet de Statut de 1993 définissait donc les crimes de droit international comme « *crimes (…) under a norm of international law accepted and recognized by the international community of States as a whole as being of such fundamental character that its violation gives rise to the criminal responsibility of individuals* » [38].

Finalement, la Commission conclut que le Statut ne devait pas conférer à la Cour juridiction par référence à une catégorie générale de crimes en droit international (les « *treaty crimes* ») mais limiter sa juridiction aux crimes énumérés, qu'ils provinssent de traités ou conventions ou que leur caractère coutumier fût considéré comme incontestable et leur définition non controversée [39].

C. Les travaux préparatoires : de la Commission du droit international à la Conférence de Rome

Les travaux préparatoires de ce qui deviendra, le 17 juillet 1998, le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, se basèrent sur le Projet de Statut remis par la Commission du droit international à l'Assemblée générale des Nations Unies en 1994. La Commission recommandait la convocation d'une conférence internationale de plénipotentiaires qui étudierait le Projet de Statut en vue de conclure une convention sur l'établissement d'une juridiction pénale internationale.

Au sein de l'Assemblée générale, la plupart des délégations exprimèrent leur soutien à l'établissement de cette nouvelle juridiction. Des références furent naturellement faites au tout récent Tribunal pénal international pour l'ex-

[36] James Crawford, *The Work of the International Law Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, p. 31.
[37] CDI, *Rapport sur les travaux de sa quarante-sixième session*, 1994 ONU Doc. A/49/10, p. 40.
[38] CDI, Rapport du Groupe de travail, 1993, p. 109.
[39] Voir James Crawford, *The Work of the International Law Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 23-34. Voir également, du même auteur, *The ILC's Draft Statute for an International Criminal Court* et *The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court*.

Yougoslavie, créé par le Conseil de sécurité, ainsi qu'à l'intention du Conseil de créer un second Tribunal pour le Rwanda. Ceci renforça l'argument qu'il serait préférable d'établir une juridiction pénale unique, permanente, plutôt que de multiplier les juridictions *ad hoc*.

L'Assemblée générale adopta donc une résolution créant un Comité *ad hoc* et lui confiant le mandat d'approfondir le Projet de Statut de la Commission du droit international et de préparer la tenue d'une conférence internationale [40].

1. Le Comité ad hoc de 1995

Le Comité *ad hoc* tint deux sessions durant l'année 1995, consacrant la première aux questions de procédure, d'établissement de la Cour, de l'étendue de sa juridiction et à la définition des crimes, la seconde au principe de complémentarité.

Les questions abordées par la première session du Comité *ad hoc* étaient extrêmement variées et d'importance fondamentale, comme l'établissement et la composition de la Cour, l'étendue de sa juridiction, les procédures applicables et les exigences d'un procès équitable, les relations entre la Cour et les Etats, parties ou non parties, sans parler des questions administratives et financières.

Pour nous en tenir ici à l'essentiel, relevons que l'un des principaux résultats des premières discussions fut le choix d'établir une Cour pénale internationale comme un organe indépendant, par voie de traité international multilatéral. Cette approche permettait de concilier le principe de la souveraineté des Etats, ce traité n'étant destiné à développer ses effets qu'à l'égard des Etats parties, et la volonté d'établir l'autorité légale de la Cour.

Un autre résultat important de ces premières discussions fut de dégager une tendance claire en faveur d'une limitation de la juridiction matérielle de la Cour aux crimes les plus graves qui concernent la communauté internationale en son entier, ce qui signifiait s'en tenir aux crimes de génocide et d'agression, aux violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés et aux crimes contre l'humanité, bien que l'inclusion du crime d'agression fût déjà controversée. Sur cette question, le Comité fut d'avis qu'il devait s'en tenir aux crimes établis en droit international, qu'il n'avait pas reçu mandat de développer par de nouvelles incriminations. Ceci revenait à renoncer à l'approche de la Commission du droit international basée sur les « *treaty crimes* », qui incluaient notamment les crimes définis dans les Conventions de Genève et leur premier Protocole additionnel, aux Conventions contre le trafic de drogue, la torture ou l'apartheid, de même que divers traités en matière de terrorisme. De manière générale, la question du terrorisme fut jugée trop complexe pour être abordée. Toutes les infractions de caractère pénal figurant dans d'autres traités furent jugées d'une gravité insuffisante pour entrer dans la juridiction matérielle de la Cour.

Une fois déterminés les crimes entrant sous la juridiction de la Cour, le Comité *ad hoc* se déclara en faveur de leur définition précise dans le Statut, rejetant

[40] Les travaux préparatoires de la Conférence diplomatique de Rome n'ont pas fait l'objet de publication systématique. Il est dès lors difficile d'en prendre connaissance autrement que par l'intermédiaire des articles et commentaires publiés par les auteurs qui y furent présents. C'est ainsi que l'ensemble de notre exposé en la matière sera principalement guidé par les participations de Adriaan Bos, Philippe Kirsch et Darryl Robinson à Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*.

l'idée de leur énumération, qui fut jugée insuffisante en regard du principe de la légalité.

Les travaux de sa seconde session amenèrent le Comité *ad hoc* à se pencher sur le principe de complémentarité. Ce terme de *complémentarité* était inconnu du droit international, bien que l'on puisse le rapprocher du principe de subsidiarité en vigueur au sein de l'Union européenne. Il fut décidé que ce principe ne devait pas signifier que la Cour pénale internationale ne jouirait que d'une compétence secondaire à celle des juridictions nationales, mais que tant la Cour internationale que les juridictions nationales devaient être guidées par les mêmes objectifs. Ceci permit de ne conclure à l'intervention de la Cour pénale internationale que dans les cas où le recours aux tribunaux nationaux s'avèrerait inaccessible ou ineffectif.

Le Comité fut d'avis, ce que confirmeront tous les travaux postérieurs, que le principe de complémentarité, qui devait encore être clairement défini, revêt une importance majeure pour l'ensemble du Statut. L'accord fut en effet, dès le début, général de ne pas percevoir la Cour pénale internationale comme remplaçant les juridictions nationales. Bien que sa juridiction se limite à un petit nombre de crimes particulièrement graves, elle ne doit jamais être exclusive [41].

2. Le Comité préparatoire de 1996

Le Comité préparatoire, ou *PrepCom* dans l'usage anglophone, reçut mandat « *to discuss further the major substantive and administrative issues arising out of the Draft Statute prepared by the ILC and, taking into account the different views expressed during the meetings, to draft texts, with a view to preparing a widely acceptable consolidated text of a convention for an international criminal court as a next step towards consideration by a conference of plenipotentiaries* » [42]. Le Comité préparatoire a, plus scrupuleusement que le Comité *ad hoc*, basé ses travaux sur le projet issu de la Commission du droit international, en présence d'experts tant du droit international que du droit pénal.

Le Comité préparatoire se pencha sur la détermination et l'établissement des principes généraux de droit pénal ainsi que sur quelques questions générales, notamment celles de savoir quel devait être le degré de détail de la réglementation du Statut de la Cour pénale internationale, dans quelle mesure la Cour pourrait-elle être appelée à se référer au droit national d'un Etat et dans quelle mesure les travaux des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda devaient-ils être utilisés comme des précédents.

Les discussions sur l'étendue de la juridiction de la Cour et la définition des crimes continuèrent au sein du Comité préparatoire. Plus particulièrement, des discussions approfondirent les définitions des crimes devant relever de la juridiction de la Cour. Un consensus s'établit aisément sur le fait que tant le crime de génocide que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité devaient intégrer le champ de compétence matérielle de la Cour et la discussion porta dès lors essentiellement sur les définitions à apporter à ces crimes.

La question de ce qui fut baptisé « *trigger mechanism* », soit la manière dont la procédure devant la Cour pouvait être initiée, en référence à une situation ou à une

[41] Voir Adriaan Bos, *From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 38-44.
[42] ONU Doc. A/51/46, du 11 décembre 1995.

affaire, fut ensuite débattue. Cette problématique est étroitement liée à celle de l'acceptation de la juridiction de la Cour par les Etats. Deux opinions s'opposèrent sur ce point : l'une reconnaissant à la Cour une juridiction inhérente sur les crimes relevant de sa compétence, par le simple fait de l'adhésion de l'Etat au Statut, l'autre soumettant l'étendue de la juridiction de la Cour à une acceptation expresse de la part de chaque Etat partie. En matière de *trigger mechanism*, il fut envisagé de reconnaître le pouvoir d'initier des procédures devant la Cour aux Etats parties, au Procureur et au Conseil de sécurité, dont le rôle fut analysé par rapport à la définition de l'agression et à sa capacité d'une part, de déférer une situation à Cour, d'autre part, de provoquer la suspension des procédures menées devant la Cour en référence à une situation ou à une affaire particulière.

C'est au cours des travaux du Comité préparatoire qu'un groupe d'Etats favorables à la création d'une Cour pénale internationale indépendante et effective se regroupa sous l'appellation de *Like-Minded States*, appelés à jouer un rôle important jusqu'à l'issue favorable de la conférence de Rome.

En matière de définition des crimes, il fut aisé de convenir d'une définition du crime de génocide qui reprit exactement celle figurant dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Le projet de définition des crimes contre l'humanité fut également relativement facilement atteint. Bien que la liste des actes constitutifs de crimes contre l'humanité variât au cours des discussions du Comité préparatoire, la principale question fut de déterminer si un lien devait ou non être exigé entre ces crimes et un conflit armé, international ou non international, et s'ils devaient être commis de manière généralisée *et* systématique, ou bien généralisée *ou* systématique.

La définition des crimes de guerre se répartit entre deux propositions, l'une limitant l'approche aux infractions graves aux Conventions de Genève, l'autre, soutenue notamment par la Nouvelle-Zélande et la Suisse mais préparée en fait par le Comité international de la Croix-Rouge, élargissant la notion des infractions graves aux Conventions à celles également au Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève ainsi qu'à d'autres violations graves des lois et coutumes de la guerre, basées essentiellement sur le Règlement de La Haye de 1907 et, plus novateur encore, aux violations graves des normes applicables aux conflits armés de caractère non international, basées essentiellement sur l'article 3 commun aux Conventions de Genève et leur Deuxième Protocole additionnel. Les représentants du Comité international de la Croix-Rouge soulignèrent effectivement que la plupart des conflits actuels sont de caractère non international et que la Cour devait donc également exercer sa juridiction sur des crimes commis en ces occasions.

Par contre, le Comité préparatoire ne put atteindre de compromis quant à l'inclusion du crime d'agression dans la compétence matérielle de la Cour, encore moins quant à une définition généralement acceptable de ce crime, malgré une proposition de l'Allemagne, essentiellement basée sur la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 14 janvier 1974. Le point d'achoppement fut une fois de plus de déterminer le rôle du Conseil de sécurité.

En matière de juridiction de la Cour, il faut relever l'apport essentiel que fut la proposition de mettre en place une Chambre préliminaire chargée de donner son accord à l'ouverture d'une procédure lorsque celle-ci sera initiée soit par un Etat partie, soit par le Procureur. Outre le fait de présenter un bon compromis entre les approches de culture anglo-saxonne et continentale, elle permit surtout de recueillir

un plus important soutien à la reconnaissance au Procureur de pouvoir saisir la Cour, *proprio motu*.

Le Comité préparatoire aboutit ainsi à un certain nombre de conclusions. Il n'était plus question de savoir si une Cour pénale internationale devait être créée mais de déterminer quel type de juridiction était susceptible de recevoir le plus large soutien et de servir au mieux les besoins de la communauté internationale. Les travaux du Comité préparatoire s'échelonnèrent sur un total de neuf semaines réparties en quatre sessions se terminant en avril 1998 et ne firent pas l'objet d'un rapport formel, simplement de l'enregistrement des travaux comme documents des Nations Unies. Le Comité soumit à l'Assemblée générale des Nations Unies une recommandation soutenant que la tenue d'une Conférence diplomatique dans le courant de l'année 1998 était possible, accompagnant un projet de Statut consolidé, basé sur les travaux de la Commission du droit international.

Enfin, afin de compléter et de finaliser les travaux du Comité préparatoire, relevons la réunion intersession de Zutphen, qui se tint du 19 au 30 janvier 1998, avec pour but d'identifier les problèmes nécessitant de plus amples discussions et ceux qui n'auraient pas encore été discutés. Le texte consolidé issu de cette réunion offrit pour la première fois une alternative complète et cohérente au projet de la Commission du droit international. Il contenait toutes les propositions élaborées et proposées durant les travaux du Comité *ad hoc* et du Comité préparatoire [43].

D. Les travaux de la Conférence de Rome

Malgré la qualité des travaux du Comité préparatoire, le texte final présenté à la Conférence diplomatique de Rome contenait encore quelques mille quatre cents options ou points de contestation à résoudre, rédigés entre crochets. La Conférence de Rome devait se préparer à faire face à des questions techniques, généralement liées au développement d'un système international de justice pénale qui puisse être compatible avec le droit international et les différents systèmes nationaux. Le projet était particulièrement important et complexe. Les Etats allaient devoir se mettre d'accord sur la structure d'une nouvelle institution internationale, sur l'organisation des procédures préliminaires et d'enquêtes, de jugement, d'appel et de révision et sur les modes de coopération avec les Etats. Les représentants des divers systèmes juridiques du monde comprenaient alors qu'ils employaient tous des concepts très différents, au point que ce qui semblait évident aux uns, était inacceptable aux autres.

Plus difficiles encore, peut-être, les questions politiques pesaient sur la Conférence comme une épée de Damoclès, menaçant à tout moment un équilibre toujours fragile. L'étendue de la juridiction de la Cour et sa capacité à l'exercer effectivement étaient particulièrement controversées. La question de la définition des crimes ressurgit sous les mêmes aspects qu'au cours des travaux du Comité préparatoire, avec, notamment en ce qui concerne la définition des crimes contre l'humanité, la question du lien éventuel avec un conflit armé et de la conjonction *et* ou *ou* à employer entre les termes *généralisée* et *systématique*. L'hypothèse d'inclure le crime d'agression était toujours aussi controversée. Certaines délégations soutinrent également l'inclusion du terrorisme et du trafic de drogues dans la liste des crimes,

[43] Voir Adriaan Bos, *From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 46-61.

soulevant l'opposition des autres délégations, pour qui ces deux derniers crimes étaient d'une nature fondamentalement différente des « *core crimes* », sans compter l'impossibilité d'établir une définition largement partagée de ces actes.

Un domaine dans lequel des progrès significatifs furent acquis pendant les travaux du Comité préparatoire concerne le principe de complémentarité, qui prévoyait que la Cour pénale internationale ne puisse exercer sa juridiction que lorsque les juridictions nationales n'avaient pas la volonté ou la capacité de juger les auteurs de ces crimes. Alors que la plupart des délégations s'accordaient sur le fait que la Cour puisse exercer sa juridiction si l'Etat n'était pas, matériellement, capable de le faire, complétant ainsi les juridictions nationales, tel n'était pas le cas face à la mauvaise volonté de l'Etat, la Cour devant alors se substituer aux juridictions nationales. La question demeurait sensible, malgré les progrès réalisés par le Comité préparatoire.

La manière d'initier les procédures devant la Cour, le *trigger mechanism*, demeurait également une question sensible. L'accord était général quant à reconnaître aux Etats parties le pouvoir d'initier des procédures devant la Cour. Par contre, certaines délégations refusaient que le Conseil de sécurité ne se voie reconnaître le même pouvoir, sans parler du caractère toujours très controversé de celui du Procureur.

Il était nécessaire également à la Conférence de Rome de déterminer quels Etats devaient être parties au Statut ou donner leur consentement à une procédure. Certaines délégations défendaient le principe de l'universalité de juridiction de la Cour, ce qui signifiait qu'aucun Etat n'avait à accepter la juridiction de la Cour dans une affaire proprement dite ; d'autres exigeaient l'accord de certains Etats directement intéressés, en l'espèce de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis, celui dont l'accusé ou les victimes possèdent la nationalité ou l'Etat dans lequel l'accusé est détenu. D'autres délégations étaient particulièrement opposées à une liste aussi large et surtout alternative, défendant l'option que tous ces Etats donnent conjointement leur consentement à une procédure devant la Cour.

Une autre question, étroitement liée à la précédente, était de déterminer comment un Etat serait appelé à donner son accord à une procédure devant la Cour. La plupart des délégations soutenaient le principe d'une juridiction automatique de la Cour, les Etats parties acceptant, de par leur ratification, sa juridiction sur tous les crimes entrant dans son champ de compétence matérielle. D'autres délégations défendaient une compétence optionnelle, chaque Etat, au moment de sa ratification, étant libre de choisir les crimes pour lesquels il reconnaissait la compétence de la Cour.

Dès les travaux du Comité préparatoire, un groupe d'Etats favorables à la création d'une Cour pénale internationale indépendante et effective, dénommé *Like-Minded Group*, pesa de manière efficace sur le déroulement des négociations. Ce groupe avait identifié certains éléments fondamentaux, certains *cornerstones*, qu'il voulait absolument retrouver dans le Statut final. Au nombre de ces éléments figuraient notamment la juridiction automatique de la Cour sur tous les crimes relevant de son champ de compétence matérielle, une définition des crimes de guerre couvrant les exactions commises au cours de conflits armés de caractère non international et la nomination d'un Procureur indépendant, doté du pouvoir de saisir la Cour *proprio motu*. Un autre groupe d'Etats, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité, pesa sur les négociations, afin d'empêcher d'incriminer tant le crime d'agression que l'emploi d'armes atomiques. Enfin, il faut relever le rôle

majeur joué par les organisations non gouvernementales, qui défendaient la création d'une Cour suffisamment forte pour être effective, disposant d'une juridiction automatique sur les crimes relevant de sa compétence *ratione materiae* et la mise en place du moins d'obstacles possible à l'exercice de sa juridiction, et, globalement, des positions comparables au *Like-Minded Group* en matière de crimes de guerre et de pouvoirs du Procureur [44].

Le cours des négociations fut long et compliqué vers un accord général. A la date du 16 juillet 1998, la veille de la clôture de la Conférence, aucun accord n'avait été atteint pour résoudre les questions les plus importantes. Le Bureau de la Conférence se trouva alors confronté à l'alternative simple de faire rapport à la Conférence plénière qu'aucun accord n'était possible, ce qui signifiait l'échec de la Conférence et le rejet dans les limbes du projet de créer une Cour pénale internationale, ou bien de présenter un *package deal* en vue d'une possible adoption par la Conférence. Le Bureau prépara donc une proposition finale, susceptible d'être acceptée par le plus grand nombre possible de délégation. Cette proposition finale reflétait les vues de la majorité des délégations, proches des objectifs du *Like-Minded Group*, avec quelques compromis, notamment en ce qui concerne le crime d'agression.

Malgré tout, le résultat de la Conférence demeurait en suspens. Il était bien connu que de nombreux Etats, avant tout les membres du *Like-Minded Group*, supportaient la proposition finale mais une majorité d'Etats participants à la Conférence n'avaient pas encore pris position. Finalement, le Statut fut adopté en séance plénière, cent vingt Etats l'acceptant contre sept seulement, vingt-et-un s'abstenant.

En substance, nous pouvons relever deux exemples de compromis majeurs atteints pendant les travaux de la Conférence de Rome, l'un en matière de définition des crimes, l'autre en rapport avec l'étendue de la juridiction de la Cour.

En ce qui concerne la définition des crimes contre l'humanité, les deux éléments controversés demeurèrent, jusqu'au bout, leur lien potentiel avec un conflit armé et le fait de savoir si la commission de leurs actes constitutifs devait être généralisée *et* systématique, ou généralisée *ou* systématique. Certaines délégations soutenaient que les crimes contre l'humanité ne pouvaient être commis que dans le contexte d'un conflit armé, estimant que leur incrimination en temps de paix également serait une intrusion trop importante dans le domaine de la souveraineté nationale. Pourtant, la majorité des délégations soutint, emportant finalement la décision, qu'une telle extension de leur définition était d'ores et déjà acquise, de manière convaincante, en droit international général. En matière d'attaque généralisée *et/ou* systématique, de nombreux Etats pensaient que l'usage de la conjonction « *ou* » se trouvait déjà bien établie en droit international coutumier, alors que d'autres soutenaient qu'elle élargirait beaucoup trop le champ d'application de cette définition, qui pourrait alors couvrir des actes d'importance mineure, sans connexion entre eux et relevant d'une simple « *vague de criminalité* ». La solution fut finalement d'opter pour une attaque généralisée *ou* systématique, tout en établissant une définition des termes « *attaque dirigée contre une population civile* » qui clarifiait le

[44] Voir Philippe Kirsch et Darryl Robinson, *Reaching Agreement at the Rome Conference*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 67-72.

fait que des actes isolés ou sporadiques ne sauraient constituer un crime contre l'humanité [45].

En matière de juridiction et, surtout, de la manière dont une procédure pouvait être initiée devant la Cour, l'article 13, finalement, reconnaît ce pouvoir à tout Etat partie, au Conseil de sécurité et au Procureur. Certaines délégations ne voyaient la mention du Conseil de sécurité que comme une reconnaissance de son rôle existant en matière de sécurité internationale, tel que réglementé par la Charte des Nations Unies. Ce pouvoir du Conseil de sécurité fut également perçu comme un moyen de renforcer l'effectivité de la Cour, le Conseil pouvant faire usage du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour s'assurer que tous les Etats membres des Nations Unies soient obligés de collaborer avec la Cour. Le pouvoir du Procureur, absent du projet initial de la Commission du droit international, recueillit de plus en plus de soutien au cours des travaux préparatoires, pour finalement être accepté, tout en étant accompagné de certaines garanties contre de possibles procédures introduites pour des raisons politiques ou purement vexatoires ou concernant des actes qui ne revêtaient pas la gravité suffisante pour entrer dans le champ de compétence matérielle de la Cour. La mise en place de la Chambre préliminaire et de la procédure de consultation de l'article 18 obéissent à cette préoccupation. En conclusion, « *Most or all delegations understood that the real effectiveness of the Court must inevitably depend on a balance of two factors: strong treaty provisions in the Statute and strong support from States* » [46].

E. Les travaux de la Commission préparatoire

A la suite de la Conférence de Rome fut créée une Commission préparatoire, à ne pas confondre avec le Comité préparatoire qui a précédé et préparé les travaux de la Conférence diplomatique, dans le but de préparer l'entrée en vigueur du Statut par la rédaction de projets d'un certains nombre de documents. Techniquement, le rôle de la Commission préparatoire est d'élaborer les détails du fonctionnement de la Cour, dans des domaines aussi divers que la coopération entre la Cour et les Nations Unies, les méthodes et moyens de son financement, l'accord de siège à négocier avec les Pays-Bas, le Règlement de procédure et de preuve, les éléments des crimes, entre autres choses [47]. Certains Etats ont sur ce point fait part de leur désir d'attendre le Rapport de la Commission préparatoire et ses propositions notamment de Règlement de procédure et de preuve, avant de se déterminer quant à une éventuelle ratification du Traité de Rome.

La tâche dévolue à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires tenue à Rome était d'adopter le Statut de la Cour pénale internationale. Face au volume de travail à accomplir en ce sens, la durée de la conférence, limitée à cinq semaines, apparut d'amblée bien trop courte pour permettre également l'élaboration de tous les instruments subsidiaires nécessaires à l'effectivité attendue des travaux de la Cour dès son entrée en vigueur.

---

[45] Voir Philippe Kirsch et Darryl Robinson, *Reaching Agreement at the Rome Conference*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 72-81.
[46] Philippe Kirsch et Darryl Robinson, *Reaching Agreement at the Rome Conference*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, p. 87.
[47] Voir Philippe Kirsch et Valérie Oosterveld, *The Post-Rome Conference Preparatory Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, p. 93-95.

Les Etats se mirent donc d'accord à Rome pour confier à une Commission préparatoire l'élaboration, « *des propositions concernant les dispositions pratiques à prendre pour que la Cour puisse être instituée et commencer à fonctionner, y compris les textes ci-après :*

a) Un projet de règlement de procédure et de preuve;

b) Une définition des éléments constitutifs des crimes;

c) Un projet d'accord appelé à régir les relations entre la Cour et l'Organisation des Nations Unies;

d) Un projet de principes de base devant régir l'accord de siège qui sera négocié entre la Cour et le pays hôte;

e) Un projet de règlement financier et de règles de gestion financière;

f) Un projet d'accord sur les privilèges et immunités de la Cour;

g) Un projet de budget pour le premier exercice;

h) Un projet de règlement intérieur de l'Assemblée des États Parties » [48].

1. Les Eléments des crimes

A l'ouverture des travaux de la Commission préparatoire en février 1999, certains Etats mirent en doute l'utilité de créer un document établissant une liste des éléments constitutifs de chaque crime. La genèse de ce document se situe dès avant la Conférence de Rome, quant au degré de définition que les crimes devaient connaître au sein même du Statut. La plupart des Etats prirent position en faveur d'une brève liste de crimes, préférable à une définition plus complète, sur le modèle des Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. D'autres Etats préférèrent une description détaillée des éléments de chacun des crimes, estimant qu'elle offrirait une plus grande clarté aux dispositions pertinentes du Statut [49].

L'article 9 du Statut reflète le compromis atteint en la matière. Il dispose que les Eléments des crimes doivent aider la Cour dans son interprétation et son application des articles 6 à 8 du Statut. Ce document ne possède donc pas la force contraignante du Règlement de procédure et de preuve, qui doit lui entrer en vigueur conformément à l'article 51 du Statut. En ce sens, les Eléments des crimes guideront la Cour, sans la lier.

Les crimes énumérés dans le Statut de Rome ne sont souvent que mentionnés par un ou quelques mots, souvent de courtes descriptions établies sur la base de différents traités internationaux et utilisant notamment une terminologie différente de cas en cas. Les Eléments des crimes aident à percevoir les éléments des différents crimes selon une terminologie cohérente, utilisant un vocabulaire plus moderne, par exemple en ce qui concerne le crime de guerre consistant à « *déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier* », provenant du Règlement de la Haye de 1899 et de 1907. Dans un autre sens, les Eléments des crimes permettent de clarifier la manière d'imputer à l'auteur la responsabilité pénale pour certains crimes qui n'avaient jamais été

[48] Résolution F de l'Acte Final de la Conférence de Rome, ch. 5.
[49] Voir Philippe Kirsch et Valérie Oosterveld, *The Post-Rome Conference Preparatory Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 96-97.

examinés sous cet angle, par exemple le crime contre l'humanité de disparition forcée de personnes.

L'établissement d'un projet des Eléments des crimes fut un exercice délicat qui n'offrait pas d'exemple en droit international. Les Etats durent tout d'abord se mettre d'accord sur la détermination des éléments objectifs et subjectifs qui constituent ensemble la conduite prohibée. Les systèmes nationaux, très différents les uns des autres, ne facilitèrent pas la tâche. Les Etats décidèrent que le projet de document devrait énumérer les éléments matériels décrivant la conduite requise de l'auteur, ses conséquences et les circonstances dans lesquelles elle doit se produire (l'*actus reus*) et sur les éléments subjectifs décrivant l'intention et la connaissance requises (la *mens rea*).

Alors que certains crimes étaient bien connus en droit international depuis Nuremberg et que leurs éléments constitutifs pouvaient assez aisément être tirés de la jurisprudence des juridictions internationales, plusieurs ne l'étaient pas. Certains crimes sont décrits en quelques mots par le Statut, par exemple la torture, les traitements inhumains, l'esclavage sexuel, parce qu'il était entendu qu'ils seraient interprétés conformément au droit international en vigueur. Pourtant, des conflits apparaissent parfois autour d'une même notion, comme c'est par exemple le cas de la torture en tant que crime contre l'humanité par rapport à la même notion dans la Convention de 1984. Dans cette convention, en effet, les actes de torture doivent être commis avec la participation d'un officier public, des cas montrant toutefois que cet élément n'est pas systématiquement donné. Les Eléments des crimes ne requièrent plus aucun lien avec un officier public. Les Etats reconnaissent en effet que le droit international général a évolué et ne réclame plus la caution d'un officier public pour constituer des actes de torture.

De la même manière, les éléments constitutifs de crimes contre l'humanité furent difficiles à négocier, notamment du fait de l'absence de toute convention internationale antérieure sur le sujet. Etant donné que ces crimes peuvent être commis tant en temps de paix qu'en temps de conflit armé, certains Etats craignaient que la Cour n'utilise cette notion pour condamner certaines pratiques d'un gouvernement qui ne seraient pas à proprement parler criminelles et entraîneraient la Cour trop loin dans la mise en cause de certaines pratiques gouvernementales. L'introduction apportée aux éléments des crimes contre l'humanité reflète cette opinion.

Enfin, certains Etats craignaient que, par les Eléments des crimes, il soit possible de modifier le contenu même du Statut [50].

La Commission préparatoire a adopté son projet définitif le 1er novembre 2000 et l'Assemblée des Etats parties a adopté les Eléments des crimes à sa session de septembre 2002 [51].

2. Le Règlement de procédure et de preuve

Le compromis atteint finalement à Rome était de renvoyer au Règlement de procédure et de preuve certains détails de la procédure mais, dans le même temps,

[50] Voir Philippe Kirsch et Valérie Oosterveld, *The Post-Rome Conference Preparatory Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 96-99.
[51] CPI Doc. ICC-ASP/1/3, B. Eléments des crimes.

d'exiger que ce Règlement soit adopté par l'Assemblée des Etats parties, afin de leur donner l'opportunité de s'exprimer avant qu'il ne rentre en vigueur, tout en prévoyant qu'en cas de conflit entre le Règlement et le Statut, celui-ci devait prévaloir. Le résultat atteint à l'article 51 du Statut prévoit donc que le Règlement de procédure et de preuve entrera en vigueur une fois adopté par une majorité des deux tiers des Etats parties. Les amendements au Règlement suivant la même règle, bien qu'ils puissent être proposés par les Etats parties, une majorité absolue des juges ou le Procureur.

Les négociations furent difficiles. Le Statut contient lui-même un certain nombre de règles de procédure que certains Etats voulaient voir davantage détaillées. Certaines parties du Statut, elles-mêmes particulièrement détaillées, comme le chapitre IX, *Coopération internationale et assistance judiciaire*, ne donnèrent lieu qu'à quelques règles complémentaires. D'autres parties du Statut, par contre, comme le chapitre X, *Exécution*, exigèrent l'élaboration de règles beaucoup plus nombreuses et détaillées. Dans certains cas, le Statut lui-même renvoyait à des règles de procédure complémentaires. D'autres règles étaient simplement rendues nécessaires en vue de permettre à la Cour de travailler effectivement.

Fondamentalement, le Règlement de procédure et de preuve établit une réglementation internationale pertinente qui permet de tenir compte de la position des Etats et des réglementations applicables dans les différents systèmes pénaux nationaux, tout en établissant entre eux, à l'usage exclusif de la Cour, les passerelles nécessaires à une bonne compréhension de la procédure qui y sera appliquée. Ceci fut particulièrement ardu en matière de procédure d'enquête ou de procédure préliminaire [52].

La Commission préparatoire a adopté son projet définitif le 1er novembre 2000 et l'Assemblée des Etats parties a adopté le Règlement de Procédure et de preuve à sa session de septembre 2002 [53].

[52] Voir Philippe Kirsch et Valérie Oosterveld, *The Post-Rome Conference Preparatory Commission*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, pp. 99-101.
[53] CPI Doc. ICC-ASP/1/3, A. Règlement de procedure et de preuve.

Première partie

Les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Chapitre 2

La nature des Elément des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

I. Eléments fondamentaux

Lors des sessions du Comité préparatoire pour la création d'une Cour pénale internationale, qui a préparé les travaux de la Conférence diplomatique de Rome, il fut proposé, afin de conformer l'étendue de la juridiction *ratione materiae* de la Cour au principe de la légalité, de préciser les éléments des crimes. Il fut en effet soutenu que, pour respecter ce principe, les définitions des crimes devaient être rédigées avec la clarté, la précision et la spécificité requises par le droit pénal. Il fut également suggéré que chaque crime fût défini dans une disposition qui lui fût propre, identifiant les éléments essentiels de l'infraction, ce qui est aujourd'hui le cas, le Statut consacrant son article 6 au génocide, 7 aux crimes contre l'humanité et 8 aux crimes de guerre [1].

Qu'une personne ne puisse être reconnue coupable et punie uniquement conformément à la loi est un principe bien établi en droit international (*nulla culpa, nulla poena sine lege*). C'est là l'exigence que les conséquences légales des comportements humains doivent être prévisibles et, pour l'assurer, la loi doit être formulée clairement. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé : « *Il faut d'abord que la 'loi' soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants (…) sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de*

[1] Voir le *Rapport du Comité préparatoire pour l'établissement d'une Cour pénale internationale*, ONU Doc. A/51/22 (1996), vol. I, §52. Voir également Mauro Politi, *Elements of Crimes*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I. p. 445.

conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » [2].

Dans le domaine pénal, une personne ne doit pas seulement être capable de prévoir les conséquences de ses actes ; elle a le droit de connaître par avance quels sont les comportement jugés criminels par l'Etat en droit interne ou par la communauté internationale en ce qui nous concerne. Ce principe a également été approuvé par la Cour européenne des droits de l'homme : « *La Cour souligne que l'article 7 par. 1 (…) de la Convention [européenne des droits de l'homme] consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie ; il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* » [3].

Il est évident que si la loi doit prévoir de manière suffisamment claire les comportements considérés comme criminels, pour lesquels les individus sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale, on ne saurait attendre d'elle une précision absolue qui, outre le fait qu'elle serait difficilement atteignable, n'est certainement pas souhaitable car elle entraînerait une trop grande rigidité de la loi. En matière pénale, la loi doit donc au moins définir les éléments essentiels des infractions [4].

A. Méthode

La définition des éléments constitutifs des crimes est non seulement une question légale, c'est aussi une question de méthode, dont a longuement débattu le Comité préparatoire dans l'ensemble de ses travaux. La question avait d'ailleurs été posée de savoir dans quelle mesure il était nécessaire, sinon même possible, d'élaborer avec précision les différents éléments de chacun des crimes relevant de la juridiction de la Cour. L'incrimination des « *autres actes inhumains de caractère analogue* », en clôture de la liste des crimes contre l'humanité, notamment, fit l'objet de controverses. Le texte lui-même ne permettait pas de déterminer avec certitude quels sont ces autres actes inhumains. Certaines délégations avaient alors demandé sa suppression, arguant que cette disposition n'avait ni la clarté ni la précision suffisantes au regard du principe de la légalité et ne garantirait dès lors pas suffisamment les droits de l'accusé [5].

La notion même de crime est une notion théorique et le Comité préparatoire s'interrogea sur l'établissement d'éléments de « *définition* » ou de « *description* », au bénéfice des premiers, qui parurent plus contraignants [6].

Les théories de base, dans les systèmes de *common law* comme dans les systèmes civilistes, reconnaissent qu'il faut au moins deux éléments pour définir un

[2] Arrêt de la Cour EDH dans l'Affaire *Sunday Times c. Royaume Uni*, du 26 avril 1979, A30, §49.
[3] Arrêt de la Cour EDH dans l'Affaire *Kokkinakis c. Grèce*, du 25 mai 1993, A260A, §52.
[4] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 292, *ad* art. 9 CPI.
[5] Voir le *Rapport du Comité préparatoire pour l'établissement d'une Cour pénale internationale*, ONU Doc. A/51/22 (1996), vol. I, §101.
[6] Voir le *Rapport du Comité préparatoire pour l'établissement d'une Cour pénale internationale*, ONU Doc. A/51/22 (1996), vol. II, p. 82 ; voir également Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 295, *ad* art. 9 CPI.

crime : un élément matériel et un élément intentionnel. L'élément matériel, ou *actus reus*, décrit une conduite interdite, qui peut être comprise tant comme un acte que comme une omission. Le Comité préparatoire s'était interrogé sur le point de savoir si n'importe quelle omission devait être criminalisée et quelle devait être la distinction entre causer un dommage et laisser un dommage survenir. A la lecture du Statut, il apparaît que l'incurie du supérieur hiérarchique, militaire ou civil, à contrôler ses subordonnés, est le seul exemple d'omission [7].

Il convenait également de préciser quels éléments devaient être définis et par quelle disposition du Statut. Par exemple, l'élément psychologique ou *mens rea*, est indispensable à la définition de tous les crimes sur lesquels la Cour pénale internationale peut exercer sa juridiction et essentiel à la responsabilité pénale individuelle. En ce sens, il peut faire l'objet d'une disposition générale [8]. Toutefois, cet élément intentionnel peut être défini différemment en fonction de chaque crime. Le texte du Statut emploie lui-même, dans la définition de certains des crimes contre l'humanité, des termes tels que « *en connaissance de cette attaque* », « *pour des motifs d'ordre politique…* », « *intentionnellement* », « *dans l'intention de* » [9]. Ce sont là également des éléments de définition des crimes.

B. Contexte matériel

Pour évaluer avec justice et justesse un comportement humain, il convient de prendre en compte non seulement la définition abstraite des éléments constitutifs du crime, mais également toutes les circonstances qui entourent sa commission. Un acte qui est, *prima facie*, un crime, n'engagera pas forcément la responsabilité pénale de son auteur ni ne conduira à sa punissabilité, selon qu'il pourra faire valoir une cause d'exonération de sa responsabilité pénale, pour sa défense [10].

De la même manière, un acte ne sera pas qualifié identiquement dans différentes circonstances. Des actes tels que le meurtre peuvent être constitutifs de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou de génocide [11], alors que la torture, le viol ou la déportation peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre [12], dépendant entre autres éléments, des circonstances entourant leur commission. Dans le Statut de Rome, ces circonstances sont généralement définies dans les premiers mots de chaque disposition pertinente, ce que l'on appelle généralement le « *chapeau* ».

La torture, par exemple, peut être un crime contre l'humanité ou un crime de guerre. Pour constituer un crime contre l'humanité, elle doit être l'un des éléments d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [13]. Il s'ensuit qu'un acte isolé de torture n'est pas un crime contre l'humanité et ne tombe pas sous la juridiction de la Cour de ce chef. Le crime de guerre ne peut être commis, lui, que dans le cadre d'un conflit armé,

[7] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 297, *ad* art. 9 CPI.
[8] A l'article 30 CPI.
[9] À l'article 7 §1 *in initio*, lit. (h) et (k), §2 lit. (b), (e), (f), (g) et (i) CPI.
[10] Voir art. 31 à 33 CPI.
[11] Voir les art. 6 lit. (a), 7 §1 lit. (a) et 8 §2 lit. (a) ch. (i) et (c) ch. (i) CPI.
[12] Voir pour la torture les art. 7 §1 lit. (f) et 8 §2 lit. (a) ch. (ii), et (c) ch. (i) CPI ; pour le viol les art. 7 §1 lit. (g) et 8 §2 lit. (b) ch. (xxii), et (e) ch. (vi) ; pour la déportation les art. 7 §1 lit. (d) et 8 §2 lit. (a) ch. (vii) CPI.
[13] Art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.

international ou non, circonstances spécifiques sans lesquelles les termes de « *crimes de guerre* » n'auraient plus de sens.

Le problème est rendu plus ardu encore par le fait que les crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de paix comme en temps de conflit armé. Il s'ensuit que l'exemple de la torture en temps de guerre peut être constitutif de l'un comme de l'autre. Dans ce cas, il faudra déterminer des critères de distinction permettant une qualification exacte des actes commis.

Dans d'autres cas, certains actes ne peuvent être qualifiés comme un crime particulier, que lorsqu'ils sont commis en connexion avec d'autres actes ou d'autres crimes. C'est le cas du crime contre l'humanité de persécution, qui doit intervenir en corrélation avec un autre crime contre l'humanité ou avec un autre crime relevant de la compétence de la Cour [14]. C'est également le cas de l'apartheid, constitué de l'un des autres crimes contre l'humanité, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale [15].

Les circonstances relevantes pour la définition du crime ne sont pas seulement des éléments descriptifs. Des éléments normatifs sont indispensables à certains crimes. Ainsi, en cas de déportation ou de transfert forcé de population, deux éléments normatifs comptent dans la définition des éléments constitutifs du crime : le fait que les personnes déplacées se trouvent « *légalement* » à l'endroit d'où elles sont expulsées et le fait que leur transfert s'effectue « *sans motif admis en droit international* ». Quant à la persécution, elle peut être basée sur tous les motifs « *universellement reconnus comme inadmissibles en droit international* » [16].

Le crime peut également être défini par son objet, comme le sont les crimes contre l'humanité qui ne peuvent être commis qu'à l'encontre d'une population civile et excluent donc que des forces armées, en tant que telles, puissent en être les victimes [17]. Dans cette limite, l'objet de certains crimes est défini très généralement, comme c'est le cas du meurtre, de la torture ou du viol, qui peuvent viser n'importe quelle personne civile. D'autres crimes portent sur des objets plus spécifiques, la grossesse forcée, par exemple, ne pouvant évidemment être commise qu'à l'encontre d'une femme [18].

L'élément matériel du crime peut également porter sur un résultat particulier, qui devient ainsi pleinement l'un de ses éléments constitutifs. Ainsi le meurtre exige comme résultat la mort de la victime, le viol la pénétration sexuelle, la grossesse forcée la mise enceinte de la victime. Le résultat peut également résider en un dommage moral, comme c'est le cas pour la persécution, l'emprisonnement ou les disparitions forcées [19].

Certaines définitions font également référence à un jugement de valeur quant au résultat du crime, qui doit atteindre une certaine intensité. Les souffrances ou douleurs infligées par la torture doivent être « *aiguës* » ; les autres formes de privation de liberté doivent être « *graves* », les autres actes inhumains qui clôturent la liste des crimes contre l'humanité doivent provoquer de « *grandes* » souffrances ou de

[14] Voir l'art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI.
[15] Voir l'art. 7 §1 lit. (j) et §2 lit. (h) CPI.
[16] Voir l'art. 7 §1 lit. (d) et §2 lit. (d) pour la déportation et 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI pour la persécution ; voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 300-301, *ad* art. 9 CPI.
[17] Voir art. 7 §1 *in initio* CPI.
[18] Voir art. 7 §1 lit. (g) et §2 lit. (f) CPI.
[19] Voir art. 7 §1 lit. (a), (g), et §2 lit. (f) CPI.

« *graves* » atteintes à l'intégrité physique [20]. Sur ce point, la Commission préparatoire, dans les Eléments des crimes, a estimé que : « *Pour ce qui est des éléments psychologiques associés aux éléments faisant intervenir un jugement de valeur, comme ceux qui utilisent les mots 'inhumains' ou 'graves', il n'est pas utile que l'auteur ait lui-même porté un jugement de valeur, sauf indication contraire* » [21].

C. Contexte psychologique

C'est un principe bien établi également qu'une personne ne puisse engager sa responsabilité que pour des actes qu'elle a commis volontairement, exprimant par ses actes sa volonté criminelle. L'état mental du criminel est donc un élément essentiel pour déterminer sa culpabilité. Lorsqu'une personne jouit de l'aptitude à contrôler sa conduite et à la conformer à sa volonté, ce qui est présumé, l'imputation est simple [22].

Les éléments de cet état psychologique sont définis à l'article 30 du Statut. Pour qu'une personne puisse engager sa responsabilité pénale pour un crime, il faut que son élément matériel, l'*actus reus*, soit commis avec intention et connaissance, soit la volonté d'adopter un comportement ou de provoquer une conséquence avec la conscience qu'une circonstance existe ou que la conséquence voulue adviendra dans le cours ordinaire des choses. L'intention et la connaissance doivent couvrir tous les éléments constitutifs du crime pour que celui-ci soit imputable à l'auteur et sont elles-mêmes des éléments des crimes.

Nous avons mentionné la volonté de l'auteur d'adopter un comportement criminel et la conscience qu'il doit avoir de l'illicéité de ses actes. Certains crimes exigent un élément psychologique spécifique supplémentaire à leur commission. Ainsi, dans le cadre des crimes contre l'humanité, une personne doit être consciente non seulement de ses propres actes, mais également de ceux des autres auteurs et participants, car elle doit avoir connaissance de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et la volonté de s'y associer. Le crime que cette personne commet sera donc sa participation à une action plus vaste. De même, la connaissance du supérieur hiérarchique doit porter sur les actes de ses subordonnés [23].

Dans le cadre de la responsabilité pénale, la connaissance n'est pas seulement réelle, elle peut être déduite des circonstances [24]. Dans le premier cas, c'est une question de preuve, que de démontrer que la personne savait, au moment des faits, qu'elle s'engageait dans une activité criminelle. Dans l'autre, la connaissance, qui ne se présume pas, est inférée des circonstances de l'espèce. Dans ce cas, il doit être démontré que des circonstances telles existent en l'espèce, que l'auteur ne pouvait pas ne pas savoir. Ne pas savoir ce que tout le monde sait n'est pas un moyen de défense efficace, de même que de ne pas savoir ce que son statut personnel impose de savoir. Ainsi le chef militaire est-il responsable lorsqu'il savait ou aurait dû savoir

[20] Voir art. 7 §2 lit. (e), §1 lit. (e) et §1 lit. (k) CPI ; voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 302-303, *ad* art. 9 CPI.
[21] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §4, p. 116.
[22] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 305-306, *ad* art. 9 CPI.
[23] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 306, *ad* art. 9 CPI.
[24] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §3, p. 116.

que ses subordonnés commettaient un crime ou étaient sur le point de le commettre [25].

La connaissance ne s'apprécie pas uniquement par rapport à un fait existant, mais également par rapport à une conséquence future, qui adviendra dans le cours ordinaire des événements. Cette prévoyance d'un événement futur, dans le domaine du droit pénal, s'analyse en terme d'intention ou de dol ; son importance est majeure car ce n'est que si l'auteur a l'intention que cet événement futur subvienne, que sa responsabilité sera engagée. Le Statut n'incriminant ni le dol éventuel ni la négligence, l'imprévoyance, même coupable, n'engage pas la responsabilité pénale de son auteur [26].

Pour démontrer l'intention de l'auteur, il faut apporter la preuve que cette personne voulait s'engager dans la conduite en question ou provoquer une conséquence, un résultat à son action. Ceci pose le principe de la faculté de discernement de l'auteur, qui doit être apte à développer sa volonté et à conformer ses actes à cette volonté. Si ce n'est pas le cas, pour cause de maladie ou déficience mentale ou d'intoxication, la personne en cause n'engagera pas sa responsabilité pénale et sera jugée, sur la base du Statut, irresponsable. La contrainte peut être rapprochée de ce cas, qui impose à l'individu la volonté d'autrui et l'empêche donc d'agir selon sa propre intention. Ce n'est donc que lorsque l'on peut démontrer qu'une personne avait prévu et voulu la survenance d'un résultat criminel que l'on peut raisonnablement conclure que ce résultat était intentionnel [27].

Enfin, les crimes contre l'humanité ajoutent un élément particulier à l'intention et à la connaissance de l'auteur. Ils doivent en effet être commis en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. L'auteur doit donc connaître cette politique et avoir l'intention de s'y associer. Certains des actes énumérés comme crimes contre l'humanité doivent être commis dans une intention spécifique, un *dolus specialis*, comme c'est le cas, par exemple, de la grossesse forcée, commise dans l'intention de modifier la composition ethnique du groupe auquel appartient la mère ou de commettre d'autres violations graves du droit international [28].

[25] Voir art. 28 CPI.
[26] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 307, *ad* art. 9 CPI.
[27] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 307-308, *ad* art. 9 CPI.
[28] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) et (f) CPI.

II. L'article 9 du Statut : les Eléments des crimes

A. Nature des Eléments des crimes

Les Eléments des crimes sont adoptés par l'Assemblée des Etats parties au Statut. Les attributions de cette assemblée sont décrites à l'article 112 du Statut, qui lui attribue, notamment, celle d'examiner et d'adopter, « *s'il y a lieu, les recommandations de la Commission préparatoire* ».

La Commission préparatoire a été créée à l'issue de la Conférence diplomatique de Rome, par la Résolution F de son Acte final et est notamment chargée d'élaborer « *des propositions concernant les dispositions pratiques à prendre pour que la Cour puisse être instituée et commencer à fonctionner, y compris les textes ci-après : (…) b) Une définition des éléments constitutifs des crimes* » [29].

Les travaux de la Commission préparatoire ont été soumis à l'Assemblée des Etats parties, qui les a adoptés sans modification à sa session de septembre 2002. Les Eléments des crimes ont été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée, conformément à l'article 9 du Statut, *lex specialis* plus stricte que l'article 112 promouvant le consensus mais, s'il est inatteignable, disposant que les décisions sur les questions de fond sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants, pour autant que la majorité absolue des Etats parties soient représentés. Pour les Eléments des crimes, la majorité requise est bien celle des deux tiers des membres et non seulement des membres présents et votants [30].

Des amendements pourront être proposés par tout Etat partie, ce qui est normal puisque le Statut de Rome est un traité international. Par ailleurs, ce sont déjà ces mêmes Etats parties qui ont adopté le projet définitif des Eléments des crimes au stade de la Commission préparatoire. De manière plus surprenante, des amendements pourront être également proposés par les Juges, statuant à la majorité absolue, ou le Procureur. Ils devront donc le cas échéant rédiger un projet d'amendement et le présenter ensuite à l'Assemblée des Etats parties, qui en débattra. Il est en effet peu courant que juges et procureurs puissent s'ériger ainsi en législateur, même si l'adoption des amendements est soumise à la majorité des deux tiers de l'Assemblée des Etats parties. D'un autre côté, ce sont bien les Juges et le Procureur qui, dans leur travail quotidien, seront les mieux à même de percevoir les faiblesses éventuelles des éléments adoptés. Il conviendrait toutefois que les Juges et le Procureur manient avec prudence une telle possibilité. Les premiers, n'étant pas tenus par les éléments définis, pourront bien mieux préciser chacun d'eux dans les décisions qu'ils rendront [31].

[29] Acte Final de la Conférence Diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour Criminelle Internationale, du 17 juillet 1998, ONU Doc. A/Conf. 183/10, Résolution F, article 5, pp. 8 et ss.
[30] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 311, *ad* art. 9 CPI.
[31] Voir Erkin Gadirov, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 313-314, *ad* art. 9 CPI.

B. Rôle des Eléments des crimes

Les Eléments des crimes qu'a définis la Commission préparatoire et qui ont édé adoptés tels quels par l'Assemblée des Etats parties n'ont aucun caractère obligatoire pour les juges et ne lient pas la Cour. Le Statut nous mentionne en effet, sans équivoque, qu'ils sont appelés à « *aider* » la Cour à appliquer les articles 6, consacré au génocide, 7, aux crimes contre l'humanité, et 8, aux crimes de guerre [32].

Les juges s'inspireront des éléments établis, dans une mesure que la pratique établira. Il apparaît sans doute déjà que les éléments constitutifs des crimes, bien plus que par les travaux de la Commission préparatoire et de l'Assemblée des Etats parties, seront définis, ou pour le moins concrétisés, par la jurisprudence de la Cour.

Il ne faut toutefois pas en négliger la portée. Les Etats parties au Statut sont aujourd'hui principalement ceux qui ont participé à la Conférence de Rome et ils ont donc négocié et adopté ce texte, qui établit la juridiction de la Cour sur trois crimes internationaux à ce jour. Par les Eléments des crimes, ces Etats ont précisé le sens à donner à chacun des articles 6, 7 et 8 du Statut et au-delà, dans une moindre mesure, aux articles 25 à 28 et 30. Il s'agit donc là soit d'un texte connexe au Statut de Rome et constituant avec lui le Traité de Rome, soit, pour le moins, d'un élément de l'interprétation authentique de ce traité, qui ne pourra en tous les cas pas être écarté à la légère.

C. Conformité des Eléments des crimes au Statut

Il était sans doute bon de préciser que les Eléments des crimes établis par la Commission préparatoire et adoptés par l'Assemblée des Etats parties doivent respecter le Statut. Les crimes y étant souvent définis par des termes génériques, sans autre commentaire, comme, par exemple, les crimes contre l'humanité de meurtre et de viol, une certaine liberté existe dans la détermination de ces éléments.

Comme ces éléments sont adoptés par les Etats parties, qui sont essentiellement ceux qui ont négocié et adopté le texte du Statut, il serait peu cohérent de les voir adopter des éléments contraires au Statut. Néanmoins, le risque existe et deux questions se posent alors : qui détermine la non conformité des éléments en cause par rapport au Statut et quelle en est la conséquence ? C'est incontestablement aux juges que reviendra l'appréciation des Eléments des crimes et ils devront écarter les éléments contraires au Statut. C'est en effet le Statut qui primera sur d'éventuels éléments non conformes, ce qui découle directement de l'article 9 paragraphe 3 qui dispose : « *Les éléments des crimes et les amendements s'y rapportant sont conformes au présent Statut* ».

La question peut aussi se poser de la conformité des éléments des crimes, au-delà du Statut, au droit international, coutumier ou écrit, actuellement en vigueur. Les domaines des droits de l'homme, du droit des conflits armés et du droit pénal sont étroitement liés les uns aux autres par des notions communes. Certains crimes bénéficient d'une définition bien assise en droit international. Il en est ainsi du génocide, dont tous les instruments en vigueur reprennent sans aucune modification la définition qu'en a donnée la Convention de 1948 pour la prévention et la

[32] Voir Mauro Politi, *Elements of Crimes*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I. p. 445.

répression du crime de génocide. Il en est également ainsi, globalement, de l'apartheid dont traite une multitude d'instruments internationaux. Dans ces cas où des notions se sont imposées avec une précision suffisante à laquelle Statut lui-même ne déroge pas, il serait malheureux de s'en écarter.

Par contre, tous les crimes ne bénéficient pas d'une aussi belle unité de définition. Les crimes contre l'humanité sont à nouveau, et contrairement au droit coutumier développé depuis la seconde guerre mondiale, rattaché à un conflit armé dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et une intention discriminatoire générale est requise par celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda ; la torture n'est pas définie également dans la Convention des Nations Unies de 1984 et dans le Statut de la Cour pénale internationale, dans lequel elle connaît, qui plus est, des définitions différente selon qu'elle constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, et l'on pourrait multiplier les exemples. Dans d'autres cas encore, le Statut introduit des infractions nouvelles, inconnues du droit international avant lui, comme, par exemple, la grossesse forcée.

Dans les cas où le Statut définit une voie particulière ou nouvelle, il convient de le suivre, par contre, lorsqu'il reprend des notions généralement établies, il serait heureux de l'analyser dans une certaine continuité, afin de reconnaître qu'il n'a pas été créé *ex nihilo* mais est le fruit d'une lente évolution du droit et le prolongement de ces interdits posés par les droits de l'homme et le droit des conflits armés notamment.

III. L'article 10 du Statut : clause de réserve

Dans le prolongement de ce qui vient d'être dit, l'article 10 du Statut stipule que « *Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut* ». Les travaux qui ont mené à l'adoption du Statut ont été particulièrement complexes et les compromis atteints reflètent un équilibre souvent difficile à trouver. Ces compromis se limitent à l'objet du Traité de Rome et ne sauraient être étendu à d'autres domaines du droit international. Ce n'est donc pas parce que le Statut ne retient pas tel ou tel crime qu'il n'existe pas en droit international et ce n'est pas parce que le Statut retient un développement particulier d'une notion, que ce développement s'applique également dans d'autres domaines du droit international.

Pour le Professeur Triffterer, cette disposition a deux raisons d'être : « *The purpose of article 10 is first, to avoid the impression that what has thus been codified is the only possible interpretation or a reflection of the minimum consent in the community of nations as a whole and second, to guard against these impressions being used to thwart the future development of international law outside the Statute. It thus expresses what is in any event accepted in international law* » [33].

L'article 10 s'applique à la seconde partie du Statut, considérée comme un tout, soit les articles 5 à 21 et comprenant surtout les deux compromis parmi les plus difficiles à atteindre durant toutes les négociations qui ont permis l'adoption du Statut, sur la complémentarité et sur l'exercice de sa compétence par la Cour. L'article 10 permet à la Cour d'interpréter ces dispositions mais sans effet au-delà des fins poursuivies par le Statut [34].

La Cour peut donc interpréter notamment les Eléments des crimes dans une voie qui serait différente de celles du droit international actuel ou en formation, sans affecter son développement. C'est ainsi que la notion de crimes contre l'humanité, différente dans le Statut de celle que connaissent les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ne permettra pas à ces deux juridictions d'admettre ce crime sans lien avec un conflit armé ou sans intention discriminatoire générale. La notion de torture dans la Convention des Nations Unies de 1984 exige que l'auteur soit un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ce qui n'est pas le cas du Statut de la Cour pénale internationale ; les deux notions sont parallèles et les développements de l'une n'interfèrent pas sur l'autre.

Néanmoins, l'article 10 doit également être interprété en relation avec les articles 21 et 22 du Statut. En effet, l'article 21, qui établit le droit applicable par la Cour, fait notamment référence aux traités applicables et aux principes et règles du droit international, « *selon qu'il convient* », d'une part, et dispose d'autre part que l'interprétation du droit applicable par la Cour doit être conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus et exempte de toute discrimination. L'article 22 paragraphe 3, quant à lui, n'empêche pas qu'un comportement soit qualifié de crime en droit international, indépendamment du Statut [35].

---

[33] Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 317, *ad* art. 10 CPI.
[34] Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 318-319, *ad* art. 10 CPI.
[35] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 321, *ad* art. 10 CPI.

Les dispositions du Statut, y compris celles de sa seconde partie, peuvent donc s'interpréter en conformité avec le développement du droit international, ce qui est heureux et permettra d'asseoir les travaux de la Cour sur une base plus large que celle du Statut, mais cette interprétation ne modifie en rien l'existence propre des règles figurant dans le Statut d'une part et dans le reste du droit international d'autre part.

IV. L'adoption des Eléments des crimes par l'Assemblée des Etats parties

Le texte final du projet d'éléments des crimes a été adopté par la Commission préparatoire le 1er novembre 2000, avant de l'être par l'Assemblée des Etats parties lors de sa session de septembre 2002, sans aucune modification [36]. L'introduction générale à ce document souligne sa conformité au Statut dont les dispositions, y compris celle de l'article 21 consacré au droit applicable, sont applicables aux éléments des crimes.

L'Assemblée a ensuite traité de manière générale pour tous les crimes l'élément psychologique de l'article 30 du Statut, sauf éléments particuliers à tel ou tel crime, ce qui se conçoit logiquement. Toutefois, l'ASsemblée n'apporte pas d'autres éléments à ceux existants au sein de l'article 30 du Statut [37].

La structure adoptée par la Commission et adoptée par l'Assemblée des Etats parties mentionne premièrement les éléments relatifs au comportement, les conséquences ou les circonstances associées à chaque infraction, puis, en tant que nécessaire, un élément psychologique particulier, les circonstances contextuelles enfin. Le nombre important de notes explicatives subsistant dans le texte final adopté par la Commission préparatoire démontre les difficultés rencontrées, malgré les efforts de simplification du texte entrepris lors des deux dernières sessions de ses travaux. Vu l'absence de toute mention spécifique à la valeur de ces notes explicatives, nous devons les considérer, à ce stade, comme partie intégrante du texte et leur accorder la même valeur normative [38].

Plus spécifiquement, la Commission a traité les éléments constitutifs de crimes contre l'humanité, en relevant premièrement : « *Comme l'article 7 relève du droit pénal international, ses dispositions, conformément à l'article 22, doivent être interprétées strictement, compte tenu du fait que les crimes contre l'humanité tels qu'ils y sont définis sont parmi les crimes les plus graves qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, qu'ils engagent la responsabilité pénale individuelle et supposent une conduite inadmissible au regard du droit international général applicable tel qu'il est reconnu par les principaux systèmes juridiques du monde* » [39].

Vus sous cet angle, les éléments adoptés par l'Assemblée des Etats parties se contentent, le plus souvent, d'une réécriture sous une forme systématique des éléments établis directement par le Statut de Rome. Par exemple, le Statut incrimine comme crime contre l'humanité à l'article 7 paragraphe 1 lettre (a) : le « *meurtre* », « *lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque* ». Les éléments des crimes analysent donc le meurtre comme suit : « *1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes. 2. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 3. 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* » [40], les points 2 et 3 étant systématiquement repris pour toutes les infractions énumérées à l'article 7. Il s'ensuit que les éléments spécifiques du meurtre se limitent

[36] CPI Doc. ICC-ASP/1/3, B. *Eléments des crimes*, pp. 119 et ss.
[37] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §2, p. 116.
[38] Voir Mauro Politi, *Elements of Crimes*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I. p. 451.
[39] *Eléments des crimes*, Introduction aux crimes contre l'humanité, §1, p. 119.
[40] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Meurtre, art. 7 §1 lit. (a), p. 120.

au premier chiffre. Il n'y a guère que le viol, la prostitution forcée et les autres formes de violence sexuelle qui fassent l'objet de développements plus précis.

Certains des crimes contre l'humanité firent pourtant l'objet de débats fondamentaux au cours des travaux de la Commission préparatoire. L'une des questions les plus débattues porta sur la notion d'extermination et sur le point d'exiger ou non la mort d'une ou de plusieurs personnes comme résultat constitutif du crimes, alors que le Statut ne semble incriminer que le fait, notamment, « *d'imposer intentionnellement des conditions de vie (…) calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population* ». Finalement, les Eléments des crimes retiennent le fait que l'auteur a tué une ou plusieurs personnes, ce qui n'est pas notre conclusion [41].

En matière de réduction en esclavage, une liste des pratiques esclavagistes fut proposée, mentionnant l'achat, la vente, le prêt, le troc de personnes ou d'autres formes de privation de liberté similaires, jugée par certaines délégations comme trop restrictive par rapport à la formulation du Statut. Une note explicative fut alors ajoutée, qui précise : « *Il est entendu qu'une telle privation de liberté peut, dans certaines circonstances, inclure des travaux forcés ou d'autres moyens de réduire une personne à l'état de servitude, tel qu'il est défini dans la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage. Il est aussi entendu que le comportement décrit dans cet élément inclut la traite d'êtres humains, en particulier de femmes et d'enfants* » [42].

En ce qui concerne la persécution, la question principale concerna la caractérisation des droits fondamentaux affectés par la conduite de l'auteur en tant qu' « *universellement reconnus* » en droit international, ainsi que le lien qui devait unir la persécution aux autres actes constitutifs des crimes contre l'humanité ou des autres crimes relevant de la juridiction de la Cour [43].

Dans trois autres cas, le texte de la Commission préparatoire contient une élaboration extensive des termes du Statut, relativement aux disparitions forcées, qui font l'objet de pas moins de six notes explicatives, et ne retrouvent pas leur formulation du Statut : le Statut mentionne les « *disparitions forcées de personnes* » au pluriel, les Eléments des crimes ne retiennent que « *disparition forcée* » au singulier [44], ou en ce qui concerne le « *crime d'apartheid* », qui ne s'y retrouve que sous l'appellation « *Apartheid* », qui n'est donc pas identique [45]. Le dernier cas est relatif aux diverses formes de violence sexuelle [46].

En ce qui concerne le crime de torture, la Commission préparatoire établit une distinction entre les éléments constitutifs de ce crime comme crime contre l'humanité et comme crime de guerre [47].

En l'état actuel, les Eléments des crimes n'apportent pas beaucoup de précisions supplémentaires par rapport au Statut, même si Mauro Politi voit en eux

---

[41] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Extermination, art. 7 §1 lit. (b), p. 120. Voir *infra* chapitre 6.
[42] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Réduction en esclavage, art. 7 §1 lit. (c), p. 121, note 11.
[43] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, persécution, art. 7 §1 lit. (h), p. 125.
[44] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Disparition forcée, art. 7 §1 lit. (i), p. 126.
[45] Voir art. 7 §1 lit. (k) et §2 lit. (h) CPI et *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Apartheid, p. 127.
[46] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Viol, Esclavage sexuel, Prostitution forcée, Grossesse forcée, Stérilisation forcée, Autres formes de violences sexuelles, art. 7 §1 lit. (g), pp. 122-125.
[47] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Torture, art. 7 §1 lit. (f), p. 122 et Crimes de guerre, Torture, art. 8 §2 lit. (a) ch. (ii), p. 129.

un instrument fondamental pour la Cour [48]. Darryl Robinson rappelle quant à lui que les crimes contre l'humanité furent les plus sensibles et les plus controversés durant les discussions de la Commission préparatoire [49].

Leur aide dans l'interprétation des crimes contre l'humanité demeure aujourd'hui assez théorique et illustre la difficulté d'établir, de manière générale et abstraite, les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité. Ils ont au moins le mérite d'une réécriture systématique, point par point, replaçant ainsi clairement chacun des crimes contre l'humanité dans le cadre de l'attaque généralisée ou systématique.

[48] Voir Mauro Politi, *Elements of Crimes*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I. p. 473.
[49] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 58-61.

Section 1

Les éléments psychologiques ou « mens rea » des crimes contre l'humanité

Chapitre 3

La commission intentionnelle des crimes contre l'humanité au sens de l'article 30 du Statut

La réglementation de l'élément psychologique dans le Statut de la Cour pénale internationale apparaît comme une nouveauté. Le Statut dispose en effet 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* » [1]. Ni la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg, ni les autres conventions relatives à des crimes internationaux ne mentionnent le moindre élément psychologique, dont on peut toutefois penser qu'il est requis de la nature même des crimes concernés.

Il est cependant certain que ces conventions ont été élaborées avec la proposition sous-jacente que l'intention coupable est une condition au crime. Néanmoins, il ne peut être ignoré que l'exigence subjective d'un certain état d'esprit de l'auteur, non seulement n'est pas expressément mentionnée, mais apparaît surtout largement mésestimée, sinon même négligée en pratique, et que la manière de requérir sporadiquement la commission intentionnelle ou délibérée (« *wilful* », « *deliberate* » ou « *wanton* » en anglais) de certains crimes mais non de tous, peut conduire à la conclusion inverse, que la commission intentionnelle n'est généralement pas requise et qu'une éventuelle commission par négligence suffirait à engager la responsabilité pénale de leur auteur.

Il était donc nécessaire que le Statut de la Cour pénale internationale prévît une règle générale établissant l'élément psychologique des crimes, dont le projet ne fit pourtant son apparition qu'en 1996, dans le Rapport du Comité préparatoire, sous la forme de deux dispositions, consacrées à la *mens rea* et à l'erreur de fait ou de droit [2].

---

[1] Art. 30 §1 CPI.
[2] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 892-898.

En droit international pénal, le fait d'adopter un comportement contraire au droit pénal, le fait donc de commettre matériellement une infraction, ne suffit pas à engager la responsabilité pénale de son auteur. Pour que ce comportement lui soit imputable, un élément psychologique, ou *mens rea*, doit l'avoir guidé. Il n'est pas aisé de déterminer, en droit international pénal général, les différentes formes de cet élément psychologique. La plupart des règles établissant les crimes internationaux demeurent muettes quant à la *mens rea* requise. Il n'y a que dans le Statut de la Cour pénale internationale que l'élément psychologique est défini de manière générale et précise.

En dehors du Statut de la Cour pénale internationale, il n'existe en effet aucune règle générale ou coutumière en droit international permettant d'établir l'élément intentionnel requis pour chacun des crimes internationaux et particulièrement pour chacun des crimes contre l'humanité. L'article 30 du Statut de Rome ne peut donc pas être considéré, sur ce point, comme l'expression d'une coutume internationale [3].

Le droit international pénal général a donc tiré de l'étude des principaux systèmes pénaux nationaux du monde, certaines conclusions relatives à l'élément psychologique requis. Malgré d'importantes différences de terminologie dans chaque système national, l'approche de base semble globalement distinguer certaines formes d'intention et de négligence [4]. Il ne s'agit là que de principes généraux tirés des différents systèmes nationaux, qui ne sont pas tous directement applicables aux crimes internationaux. Il est en effet généralement admis que la négligence inconsciente n'est pas réprimée dans ces cas. Surtout, il convient de garder à l'esprit que ces principes généraux ne peuvent aujourd'hui supplanter, devant la Cour pénale internationale, la réglementation précise de son Statut, qui prime sur toute autre source de droit.

[3] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 159-160, Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 904 et Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 30, pp. 527-528.
[4] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 159-160.

I. L'élément psychologique au sens de l'article 30 du Statut de la Cour pénale internationale

Le Statut de la Cour pénale internationale est donc la première convention internationale à traiter, en tant que tel, de l'élément psychologique qui doit accompagner la réalisation matérielle des éléments des crimes entrant dans sa juridiction et, particulièrement, des crimes contre l'humanité. Cette réglementation ne peut être perçue, nous l'avons dit, comme l'expression de la coutume internationale. Elle doit donc s'analyser comme l'élément psychologique requis par devant la Cour pénale internationale et non comme l'élément psychologique typique en droit international pénal général.

A. Principes de base de l'élément psychologique au sens de l'article 30 du Statut

L'article 30 du Statut de la Cour pénale internationale requiert expressément la présence d'un élément psychologique accompagnant l'élément matériel de chacun des crimes contre l'humanité, même si aucun élément spécifique n'est exigé par la définition du crime elle-même. En effet, « *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* » [5].

Cette disposition du Statut relative à la *mens rea* est ainsi une disposition générale applicable à tous les crimes sur lesquels la Cour peut exercer sa juridiction et indispensable à l'imputation à un individu d'un comportement criminel. Il est en effet nécessaire de pouvoir imputer à l'auteur tant la commission matérielle, objective, du crime, l'*actus reus*, que sa commission intentionnelle, subjective, la *mens rea*. Au-delà des éléments matériels constitutifs des crimes contre l'humanité, l'article 30 s'applique également à toutes les formes de commission et de participation à l'infraction telles que l'article 25 du Statut les réglemente [6].

Toutefois, l'exigence générale de l'intention et de la connaissance accompagnant l'élément matériel des crimes contre l'humanité n'est pas absolue mais soumise à la restriction sur laquelle s'ouvre l'article 30 du Statut : « *Sauf disposition contraire…* ». Cette restriction, qui permettrait d'imputer à un individu une conduite criminelle dont l'élément matériel ne serait pas commis avec l'intention ou la connaissance requise, n'est toutefois pas à comprendre trop largement. En effet, considérant le refus clairement exprimé des auteurs du Statut d'y incriminer, de manière générale, le dol éventuel et la négligence [7], la seule exception se trouve à l'article 28 lettre (a), relatif à la responsabilité des chefs militaires, incriminant le dol éventuel, comme nous le verrons plus loin [8].

Il est en tous les cas difficile d'envisager une autre *mens rea* que l'intention et la connaissance dans le cas des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour

---

[5] Art. 30 §1 CPI.
[6] Voir *infra* chapitre 16.
[7] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 892-898 et Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 30, pp. 527-528.
[8] Voir *infra* chapitre 17.

pénale internationale. En effet, ceux-ci sont constitués d'un ou de plusieurs des crimes énumérés, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, « *en connaissance de cette attaque* » [9]. Outre l'exigence de la connaissance de l'attaque, son ampleur même n'autorise pas à conclure qu'un individu puisse y participer autrement qu'intentionnellement, ce que confirme l'analyse des différents crimes qui doivent la constituer. La commission de ces crimes est inconcevable autrement qu'intentionnellement : on n'extermine, ne réduit en esclavage, ne déporte, n'emprisonne, ne torture, ne viole, ni ne persécute par négligence, ni même par dol éventuel ; on ne fait pas disparaître de manière forcée des personnes ni n'instaure un régime institutionnalisé d'apartheid par négligence, non plus que par dol éventuel. Seul le meurtre pourrait être commis par dol éventuel, comme il est généralement admis que ce puisse être le cas. Cependant, l'article 7 paragraphe 1 lettre (a) ne comporte aucune dérogation à l'article 30 du Statut ; il faut donc en conclure que, dans ce cas également, le crime contre l'humanité de meurtre dans le Statut de la Cour pénale internationale doit être commis avec intention et connaissance, soit sous la forme du dessein ou du dol direct exclusivement [10].

Dans tous les cas, la *mens rea* de l'auteur ne se présume pas et il appartiendra au Procureur de démontrer que l'accusé agit avec l'intention et la connaissance requises, sinon même avec le *dolus specialis*, le dol aggravé exigé par certains des crimes contre l'humanité. Il est aujourd'hui reconnu que la preuve de l'intention et de la connaissance de l'auteur peut être déduite des circonstances. C'est ainsi que la Commission préparatoire établit, dans les Eléments des crimes, que l'existence de l'intention et de la connaissance peut être déduite de faits et de circonstances pertinents [11]. Il n'est toutefois certainement pas aisé d'effectuer, de manière fiable et adéquate, tout en respectant les principes généraux d'un procès équitable, notamment la présomption d'innocence et le fait qu'un doute doive profiter à l'accusé, une telle déduction de faits et circonstances souvent extrêmement confus.

Le Statut de Rome maintient une perception étroite de l'élément psychologique, limité à l'intention et à la connaissance requises. Malgré l'appellation latine de *mens rea*, dont la traduction serait proche de l' « *intention coupable* » (ou « *guilty mind* » en anglais), la notion de culpabilité dans le Statut semble se confondre avec celles d'intention et de connaissance. Ceci résulte de l'emploi, dans le Statut comme dans la littérature y relative, des termes « *mens rea* » et « *élément psychologique* », comme synonymes. Il n'est donc pas possible de suivre la voie de certains des codes pénaux les plus récents, qui envisagent expressément la notion de culpabilité (« *guilt* » ou « *blameworthiness* » en anglais), distinctement des formes de l'intention et de la négligence, introduisant ainsi la reconnaissance d'une appréciation par l'auteur de l'illicéité de son acte, en plus des critères de l'intention ou de la négligence, regroupant le tout sous l'appellation d'élément subjectif [12].

A la première lecture, l'article 30 du Statut semble parfaitement clair. Il requiert, en son premier paragraphe, que la commission des éléments matériels des crimes contre l'humanité s'accompagne de l'intention et de la connaissance, qu'il définit ensuite dans deux paragraphes distincts.

---

[9] Art. 7 §1 *in initio* CPI.
[10] Voir *infra* chapitre 5.
[11] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §3, p. 116.
[12] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 902-904.

Cependant, diverses questions se posent. Les termes « *intention* » et « *connaissance* » sont reliés par la conjonction « *et* », qui exige donc que toutes deux soient données, sans toutefois porter sur les mêmes références. L'intention est reliée au comportement de l'auteur et à ses conséquences, alors que la connaissance se rapporte à l'existence de certaines circonstances ou à leur survenance dans le cours normal des événements. L'argument principal qui conduisit au choix de la conjonction « *et* », fut que l'intention est inconcevable sans la connaissance des circonstances dans lesquelles intervient le comportement de l'auteur [13].

L'élément psychologique requis pour la commission des crimes contre l'humanité, à l'article 30 du Statut de la Cour pénale internationale, est clairement à comprendre, restrictivement, comme l'exigence de la commission intentionnelle de ces crimes, conformément à l'exigence posée à l'article 22 paragraphe 2, d'une interprétation stricte de la définition des crimes [14].

Cette intention se compose d'un élément volitif (l'intention) et d'un élément cognitif (la connaissance). En les nommant et définissant tous deux, le Statut accorde à chacun son importance et sa signification propre, comme peut l'illustrer l'article 7 paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 30, exigeant, pour les crimes qu'il énumère, l'intention et la connaissance mais simplement la connaissance de l'attaque généralisée ou systématique [15].

L'intention et la connaissance sont toutes deux reliées aux éléments matériels des crimes contre l'humanité. La distinction devra être faite, conformément aux définitions que le Statut donne de chacun de ces deux éléments, entre comportement (« *conduct* » en anglais), conséquences et circonstances. Quelle que soit la définition à donner aux termes « *éléments matériels* » de la définition d'un crime, au sens de l'article 30, ils se comprennent comme la description du comportement de l'auteur et de ses conséquences. Toutefois, alors que l'intention de l'auteur doit porter sur le comportement qu'il adopte, elle ne doit pas forcément inclure les conséquences dudit comportement. Il est en effet suffisant au sens de l'article 30 paragraphe 2 lettre (b) que l'auteur soit conscient que ces conséquences adviendront dans le cours normal des événements [16].

Enfin, en ne mentionnant les circonstances que dans le cadre de la définition qu'il donne de la connaissance, l'article 30 paragraphe 3 du Statut établit logiquement que de telles circonstances ne peuvent pas être voulues par l'auteur, échappant à l'élément volitif du paragraphe 2 ; il importe dès lors que l'auteur en connaisse l'existence. Par contre l'article 30 peut sembler redondant en rattachant la conscience que l'auteur aura de la survenance d'une conséquence dans le cours normal des événements tant à l'intention, qu'à la connaissance [17].

---

[13] Voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 530, *ad* art. 30 CPI.

[14] Bruce Broomhall estime que l'exigence d'une interprétation stricte de la définition des crimes imposée par l'article 22 §2 CPI se limite aux art. 6-8, tout en admettant qu'il puisse également s'appliquer aux formes d'exonération de l'article 31 (Bruce Broomhall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 530, *ad* art. 30 CPI). On ne voit cependant pas pourquoi l'art. 30 CPI serait exclu du champ d'application de l'art. 22. En effet, il est évident que le principe de la légalité s'applique à tous les éléments des crimes, tant à l' « *actus reus* » qu'à la « *mens rea* ».

[15] Voir Gerhard Werle & Florian Jessberger, « *Unless Otherwise Provided* », *in* JICJ vol. 3 N°1, March 2005, pp. 35-55.

[16] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 908-910.

[17] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 904-908.

Toutefois, en reliant ainsi étroitement l'intention à la connaissance, il renforce l'unité de l'élément psychologique requis. En conclusion, nous retiendrons avec Albin Eser que, « *Article 30 on the 'mental element' (…) provides sufficient building blocks for a meaningful construction of 'intention' (as distinct from other states of mind which have not been explicitly regulated)* » [18].

B. L'élaboration de l'élément psychologique dans les Eléments des crimes par la Commission préparatoire

L'élaboration des éléments psychologiques et contextuels des crimes fut au cœur des discussions de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale. Ces Eléments des crimes viennent tenter de clarifier le champ d'application de l'article 30 du Statut et donner quelques lignes directrices en matière d'interprétation de cette disposition.

Les premiers éléments établis par la Commission préparatoire apparaissent dès l'introduction générale. La Commission reprend tout d'abord textuellement le contenu de l'article 30 du Statut, rappelant que, sauf disposition contraire, une personne n'est pénalement responsable et ne peut être punie pour avoir commis un crime contre l'humanité, que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance. La Commission précise ensuite que si, dans les différents éléments des crimes contre l'humanité, aucune mention n'est faite d'un élément psychologique spécifique, « *il est entendu que l'élément psychologique pertinent, c'est-à-dire l'intention ou la connaissance ou l'une et l'autre, visé à l'article 30 s'applique* ». C'est notamment le cas du meurtre comme crime contre l'humanité [19]. Enfin, aux paragraphes 3 et 4 de son introduction générale, la Commission établit que l'intention et la connaissance peuvent être inférées des faits et circonstances pertinents et que, pour les éléments psychologiques impliquant un jugement de valeur, lorsque sont employés, par exemple, les termes « *inhumain* » ou « *grave* », « *il n'est pas utile que l'auteur ait lui-même porté un jugement de valeur* » [20].

En mentionnant expressément que l'intention et la connaissance peuvent être données aussi bien alternativement que conjointement, la Commission semble contredire l'article 30 du Statut, qui exige qu'il y ait « *intention et connaissance* ». En regard de la *mens rea*, les éléments des crimes, de nombreuses fois, ne font référence qu'à l'intention de l'auteur ou à une intention spéciale, reliée à la conduite concernée et à ses conséquences, mais ce n'est souvent là que la répétition de l'exigence générale de la commission intentionnelle ou, le cas échéant, l'exigence d'un dol aggravé spécifique au crime en question, comme c'est le cas, par exemple, des crimes contre l'humanité de persécution ou de grossesse forcée [21]. Parfois, les Eléments des crimes n'exigent que la connaissance des circonstances dans lesquelles le crime a été commis. Ainsi, dans le cas des crimes contre l'humanité, le Statut exige de l'auteur qu'il connaisse seulement l'existence de l'attaque en cours [22].

Ceci ne signifie pas pour autant que l'on puisse se passer de la connaissance ou de l'intention pour imputer le crime à son auteur. La définition que le Statut

---

[18] Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 908
[19] Voir art. 7 §1 lit. (a) CPI et *infra* chapitre 5.
[20] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §§2 à 4, p. 116.
[21] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §1 lit. (g) et §2 lit. (f) CPI.
[22] Art. 7 §1 *in initio* CPI.

donne de l'attaque généralisée ou systématique constitutive des crimes contre l'humanité regroupe la commission d'un ou de plusieurs des actes énumérés à l'article 7, qui, tous, doivent être commis avec intention et connaissance. La commission de crimes contre l'humanité exigeant la commission d'un grand nombre d'actes, commis par une pluralité d'auteurs, il est évident que l'on ne peut exiger de chacun l'intention de mener une attaque généralisée ou systématique : en tant que telle, ce doit être là l'intention de l'Etat ou de l'organisation ayant pour but une telle attaque, dans la politique poursuivie ou appliquée [23]. La connaissance de cette attaque est donc suffisante, ce qui permet d'imputer à l'auteur les crimes qu'il commet comme actes de participation à l'attaque en cours. L'intention exigée de lui pour le crime en question (meurtre, torture ou viol, par exemple), ajoutée à la connaissance de l'attaque généralisée ou systématique, permet de relier son crime à cette attaque, à en faire un crime contre l'humanité et non plus un crime individuel sans lien avec la juridiction de la Cour. Il faut donc en conclure que l'auteur doit avoir la connaissance de l'attaque en cours et l'intention de s'y associer par le crime qu'il commet.

Quant à la formulation de l'article 30 du Statut, réservant les dispositions qui lui seraient contraires, la Commission établit que « *Les exceptions à la règle de l'article 30 fondées sur le Statut, y compris le droit applicable en vertu de ses dispositions pertinentes, sont énoncées ci-après* » [24]. La Commission retient que ces exceptions peuvent provenir tant du Statut lui-même que des autres sources du droit applicable, sans mentionner ni exclure les Eléments des crimes [25]. Nous ne suivons pas la Commission lorsqu'elle autorise à chercher des exceptions à l'article 30 dans les sources du droit applicable par la Cour, à savoir les traités, principes et normes du droit international, y compris la coutume, et les principes généraux du droit pénal [26]. Il nous semble, sous peine de perdre toute substance, que l'article 30 n'entend par disposition contraire, que des dispositions internes au Statut lui-même, telle que l'article 28 lettre (a). Quant aux Eléments des crimes, ils doivent être conformes au Statut [27], s'ils prévoient des dispositions qui lui soient contraires, celles-ci seraient alors inapplicables. Qui plus est, le texte de l'article 30 est clair (« *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* ») et est d'interprétation stricte au sens de l'article 22 paragraphe 2 ; l'intention des auteurs du Statut d'exclure toute incrimination générale du dol éventuel et de la négligence est également claire [28]. Il faut nécessairement en conclure que les exceptions à l'article 30 ne peuvent être recherchées que dans le Statut lui-même.

C'est ainsi que les Eléments des crimes établis par la Commission préparatoire mentionnent parfois une intention spécifique, ou *dolus specialis*, qui provient du Statut ou d'une autre source du droit international telle que l'article 21 du Statut les énumère. En ce qui concerne les crimes contre l'humanité, le Statut lui-même prévoit que certains crimes doivent être commis avec une intention spécifique : ceci s'applique aux crimes contre l'humanité de grossesse forcée, de

[23] Voir art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[24] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §2 *in fine*, p. 116.
[25] Dans le même sens, voir Gerhard Werle & Florian Jessberger, « *Unless Otherwise Provided* », *in* JICJ vol. 3 N°1, March 2005, pp. 35-55.
[26] Voir art. 21 CPI.
[27] Voir art. 9 §3 CPI.
[28] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 892-898 et Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 30, pp. 527-528.

persécution, de disparition forcée de personnes et au crime d'apartheid [29]. Dans tous ces cas, un élément psychologique plus grave est exigé par le texte même de l'article 7 du Statut et repris par la Commission dans les Eléments des crimes [30].

Pour sa part, le quatrième paragraphe de l'introduction générale aux Eléments des crimes concerne les jugements de valeur liés, par exemple, au caractère « *grave* » ou « *inhumain* » des actes commis et permet d'éviter la recherche de la preuve d'un tel jugement de valeur de la part de l'auteur. En effet, pour la Commission, « *il n'est pas utile que l'auteur ait lui-même porté un jugement de valeur* » [31]. Il s'ensuit correctement que la qualification de certains actes de « *graves* » ou « *inhumain* » est objective, basée sur le droit, et non subjective, basée sur l'état d'esprit de l'auteur. L'évaluation personnelle de l'auteur est irrelevante dès lors qu'il est démontré que sa connaissance des faits de la cause établit ce caractère de gravité ou d'inhumanité.

En d'autres termes, la question était de déterminer le degré de preuve que le Procureur devait apporter de la connaissance par l'auteur du large contexte matériel dans lequel s'inscrivent les actes commis. Sur ce point, l'article 30 est particulièrement général, établissant seulement que la connaissance signifie la conscience qu'une circonstance existe, la seule autre mention, au premier paragraphe de l'article 7 du Statut, de la connaissance que l'auteur doit avoir de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, n'étant guère plus explicite. C'est pourquoi la Commission établit de manière détaillée les éléments contextuels des crimes contre l'humanité dans l'introduction consacrée à ces crimes, de même que dans la liste des éléments constitutifs de chacun des crimes [32].

Plus précisément, le contexte est abordé par les deux derniers éléments de chaque crime, qui, tous, doivent être commis en connaissance de l'attaque généralisée ou systématique dont ils participent. Toutefois, la Commission s'empresse de relativiser l'exigence de cette connaissance : « *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* ». De même, si l'attaque n'est que 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* » [33].

Le Statut de la Cour pénale internationale proclame explicitement le postulat de base de la culpabilité, en requérant que l'auteur agisse dans un certain état d'esprit. Ainsi, le Statut, pour la première fois en droit international, exprime un principe qui remonte au droit romain et au droit canon exprimé en latin par la formule « *actus non facit reum nisi mens rea* » [34].

---

[29] Voir art. 7 §1 lit. (g) à (j) CPI.
[30] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Grossesse forcée, p. 124, Persécution, p. 125, Disparition forcée, p. 126, Apartheid, p. 127.
[31] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §4, p. 116.
[32] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 177.
[33] *Eléments des crimes,* Crimes contre l'humanité, Introduction, §2, p. 119.
[34] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 890 et Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 529, *ad* art. 30 CPI.

C. La variété des éléments psychologiques au sein du Statut

L'article 30 appartient au Chapitre III du Statut, consacré aux *Principes généraux du droit pénal*, et établit l'élément psychologique requis pour tous les crimes énumérés dans le Statut, dont les crimes contre l'humanité. Toutefois, si cette disposition indique clairement qu'elle n'est pas la seule à traiter de ce sujet, puisqu'elle réserve les dispositions contraires, elle en demeure l'essentielle. L'article 30 requiert donc de l'auteur l'intention et la connaissance telles qu'il les définit, alors que d'autres éléments psychologiques ou des variations sur le degré de la responsabilité subjective de l'auteur se trouvent ailleurs dans le Statut, par exemple dans la définition spécifique des crimes ou dans les principes généraux du droit pénal [35].

Tout d'abord, la *mens rea* requise peut être inférieure au seuil de l'intention. Ainsi, le chef militaire est-il responsable au sens de l'article 28 lettre (a) du Statut non seulement s'il sait que ses subordonnés commettent un crime ou sont sur le point de le commettre, mais également s'il eut dû le savoir, en raison des circonstances. Dans ce cas, le niveau de connaissance requis par l'article 28 élargit la définition de l'article 30 au dol éventuel, mais non à la négligence [36].

Dans certains des crimes contre l'humanité, des variations parfois plus strictes, parfois moins, que l'intention et la connaissance de l'article 30, brossent un élément psychologique varié. Alors que les différents crimes contre l'humanité doivent, en règle général, être commis avec l'intention et la connaissance requises par l'article 30, ils participent d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile dont l'auteur ne doit que connaître l'existence. Au contraire, certains crimes requièrent un *dolus specialis*, une forme aggravée de l'intention au sens de l'article 30, qui sont la grossesse forcée, la discrimination, les disparitions forcées ou le crime d'apartheid [37].

Par ailleurs, certaines formes de commission des crimes contre l'humanité requièrent également un élément psychologique particulier, plus strict que l'intention et la connaissance de l'article 30. En effet, la complicité doit intervenir « *en vue de faciliter la commission* » d'un crime [38], alors que la participation à un groupe exige que tous les participants agissent de concert, intentionnellement, en vue de faciliter l'activité ou le dessein criminel du groupe ou en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime [39].

Avant de dénoncer cette diversité comme une absurdité ou un non-sens, il convient de garder en mémoire que les crimes contre l'humanité et les autres crimes couverts par le Statut de la Cour pénale internationale ont été établis du droit international existant, dont la formulation relève plus des impératifs liés à des négociations internationales que de la stricte observance de la terminologie pénale. Il eût été toutefois préférable que le Statut définît non seulement l'intention et la connaissance, mais également des termes tels que « *wilful* » ou « *purpose* », qui figurent toutefois dans la version française du Statut sous les termes

[35] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 898.
[36] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 898-899. Voir *infra* chapitre 17.
[37] Voir art. 7 §1 lit. (g) à (j) CPI.
[38] Art. 25 §3 lit. (c) CPI.
[39] Art. 25 §3 lit. (d) ch. (i) et (ii) CPI.

« *intentionnellement* » et « *dans l'intention de* », ce qui les relie directement à la définition de l'intention donnée à l'article 30 du Statut [40].

Ce manque de clarté dans les définitions des différents termes employés dans le Statut demeure une spécificité du texte anglais et, plutôt que de chercher des nuances abstraites impossible à clairement établir, il est nécessaire d'interpréter le Statut en regard de ses différentes versions vers la forme unique de l'intention, telle que définie à l'article 30. Cette disposition précise que « *connaître* » et « *en connaissance de cause* » s'interprètent en conséquence de la définition qu'elle donne de la connaissance. Il semble évident que, de la même manière, « *intentionnellement* » et « *dans l'intention de* » s'interprètent également en conséquence de la définition qu'elle donne de l'intention.

Il faut donc en conclure que l'article 30 établit une forme claire de *mens rea* exigeant l'intention et la connaissance et que les définitions qu'il en donne valent pour l'ensemble du Statut, nonobstant les variations sémantiques que l'on peut observer dans l'une ou l'autre de ses versions.

[40] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 892-902.

II. L'intention

Le Statut, nous l'avons déjà souligné, requiert un double élément psychologique de l'auteur des crimes contre l'humanité : « *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* » [41].

L'intention est le premier des deux éléments psychologiques définis à l'article 30 : « *Il y a intention au sens du présent article lorsque : (a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ; (b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements* » [42].

Il en découle que l'intention doit porter sur les éléments matériels des crimes contre l'humanité, soit sur l'*actus reus*, et peut concerner des comportements, des conséquences ou des circonstances qu'il convient de définir.

L'article 30 s'applique à tous les crimes définis par le Statut, dont les crimes contre l'humanité, à moins qu'une disposition spéciale ne prévale. Les termes employés aux paragraphes 2 et 3 de cette disposition, définissant l'intention et la connaissance « *au sens du présent article* » ne doivent pas mener à la conclusion que les termes « *intentionnellement* », « *dans l'intention de* » ou « *intentionnel* » employés à l'article 7 du Statut revêtent un autre sens. En effet, l'article 30 est d'application générale et l'article 7 du Statut, en mettant l'accent sur un élément particulier sur lequel l'intention de l'auteur doit porter, le renforce mais n'y déroge pas [43].

A. L'objet de l'intention : les éléments matériels des crimes contre l'humanité

Le Statut ni les Eléments des crimes ne définissent ce qu'il faut entendre par « *élément matériel du crime* ». Lorsque certains auteurs du Statut considéraient comme interchangeables les termes « *éléments matériel* » et « *physique* », ils faisaient sans doute référence à la notion traditionnelle, stricte, de l'*actus reus*, à comprendre dans le sens de la doctrine française classique de manifestation extérieure de la volonté délictueuse, distincte de l'élément légal de l'infraction tenant à l'illicéité et à l'absence de justification de l'acte commis [44].

Les éléments matériels du crime sont alors les comportements, circonstances et conséquences décrits à l'article 7 du Statut en ce qui concerne les crimes contre l'humanité et développés dans les Eléments des crimes. Le Statut rattache en effet l'intention au comportement de l'auteur et aux conséquences qui adviendront dans le cours normal des événements. Il s'ensuit que la conscience que l'auteur peut avoir ou ne pas avoir, de l'illicéité de ses actes ou de l'absence de toute justification aux crimes qu'il commet ne sont pas pertinents en terme de *mens rea* [45].

---

[41] Art. 30 §1 *in initio* CPI.
[42] Art. 30 §2 lit. (a) et (b) CPI.
[43] Voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 531-532, *ad* art. 30 CPI.
[44] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 908-909.
[45] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 908-910 et Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 529, *ad* art. 30 CPI.

B. La distinction entre « comportement », « conséquences » et « circonstances »

Le point d'ancrage de l'intention, au sens de l'article 30 du Statut, est le comportement de l'auteur (« *conduct* » en anglais ou « *conducta* » en espagnol) et ses conséquences. La distinction entre comportement et conséquences est surtout familière aux systèmes de *common law*. Toutefois, la distinction n'est pas sans importance, notamment quant à la possible différenciation entre crimes formels (« *conduct-crimes* » en anglais), à savoir les crimes qui se réalisent pleinement par l'adoption du comportement incriminé, et crimes matériels (« *result-crimes* »), à savoir ceux qui se caractérisent par la survenance d'un résultat, au sens de conséquence pouvant se distinguer, dans le temps comme dans l'espace, du comportement destiné à les produire [46].

Ces deux catégories de crimes se retrouvent dans les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, même si la plupart d'entre eux requièrent un certain résultat. Si le meurtre est un crime matériel car il ne se réalise que dans la conséquence que représente la mort de la victime, la réduction en esclavage est un crime formel, car il suffit à l'auteur d'exercer sur une ou plusieurs personnes l'un des pouvoirs lié au droit de propriété. Ceci ne sera pas sans conséquence sur la détermination de la *mens rea* [47].

Le premier cas de figure énoncé à l'article 30 définit l'intention comme la volonté d'adopter un certain comportement, ou, dans sa version anglaise : « *that person means to engage in the conduct* » [48].

En 1997, les travaux du Comité préparatoire proposèrent une définition du terme « *comportement* » comme pouvant constituer tant un acte qu'une omission, sinon même une combinaison d'actes et d'omissions [49]. Toutefois, la Conférence de Rome demeura dans l'impossibilité d'établir une définition de l'omission et des circonstances dans lesquelles un individu pourrait s'en voir imputer la responsabilité pénale. La définition du comportement fut donc abandonnée avec la conclusion de laisser à la Cour le soin de déterminer dans quelles conditions il est possible d'imputer à un individu la responsabilité pour une omission [50].

Le terme de comportement employé dans cette disposition semble donc une réminiscence de la définition abandonnée de l'action et de l'omission. Les auteurs du Statut n'ont pas décidé de ne pas incriminer l'omission, ils ont simplement choisi de laisser à la Cour le soin de se prononcer. Il s'ensuit que la règle générale de l'article 30, explicitement envisagée pour couvrir tant les actes que les omissions, doit être interprétée comme telle, dans l'attente d'une définition de l'omission par la jurisprudence de la Cour [51].

Quant aux termes « *une personne entend adopter ce comportement* », ils n'exigent rien d'autre qu'un comportement volontaire de l'auteur tendant à la commission

---

[46] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 911 et Elies van SLidregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 56-57.
[47] Voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 533, *ad* art. 30 CPI.
[48] Art. 30 §2 lit. (a) CPI.
[49] Voir *Decisions Taken by the Preparatory Committee at its session held in New York, 11-21 February 2000*, ONU Doc. A/AC.249/1997/L.5 (1997) 26, art. G, *Actus reus (act and/or omission)*.
[50] Voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 532, *ad* art. 30 CPI.
[51] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 912.

d'un crime contre l'humanité et agissant en ce sens, sans égard aux buts poursuivis ni aux résultats atteints [52].

Le second cas de figure, énoncé à l'article 30 paragraphe 2 lettre (b), définit l'intention comme la volonté de provoquer une certaine conséquence ou comme la conscience que cette conséquence adviendra dans le cours normal des événements.

Il importe de déterminer ce que signifie le terme « *conséquence* ». Dans le cas des crimes matériels qui trouvent leur réalisation dans la survenance d'un certain résultat, le terme « *conséquence* » doit être compris comme le résultat incriminé. Le crime de meurtre exige comme résultat la mort de la victime, comme conséquence du comportement de l'auteur. Dans le cas des crimes formels qui trouvent leur réalisation dans un certain comportement, comportement et conséquence se confondent. Tout élément matériel issu du comportement criminel de l'auteur doit donc être considéré comme une conséquence [53].

En fait, il n'y a rien là de particulier : si le Statut exige un résultat, l'intention de l'auteur devra alors porter sur le comportement qu'il entend adopter et sur la conséquence qu'il entend provoquer ou qu'il est conscient que son comportement provoquera dans le cours normal des événements ; par contre, si le Statut n'incrimine qu'un comportement, il suffit à l'auteur d'entendre adopter ce comportement.

L'article 30 paragraphe 2 lettre (b) du Statut, dans le premier volet de l'alternative qu'il propose, à savoir que l'auteur entende provoquer une conséquence, incrimine la forme du dessein, ou, en anglais, du « *dolus directus in the first degree* ». Dans le second volet de l'alternative, à savoir que l'auteur est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements, le Statut n'exige pas que l'auteur entende provoquer cette conséquence, mais simplement qu'il soit conscient de sa survenance certaine et qu'il l'accepte ; c'est la forme du dol direct ou, an anglais, du « *dolus directus in the second degree* ». Dans ce cas, l'élément cognitif prend le pas sur l'élément volitif : l'auteur sait qu'il provoquera cette conséquence mais ce n'est pas là son but. Par l'emploi du futur (la conséquence « *adviendra* » ou « *will occur* » en anglais ou « *se producirá* » en espagnol), le Statut est clair : sa survenance est certaine et l'auteur le sait. « *Whatever it may be meant by 'ordinary course of events', with regard to the awareness thereof this clause is obviously meant to cover* dolus directus in the second degree *in which the volitional component of intention seems to be substituted by the cognitive component in terms of the perpetrators being aware that the action will result in the prohibited consequence (though not desired) with certainty* » [54].

Il n'y a donc pas de place à l'article 30 pour le dol éventuel, dans lequel l'auteur est conscient qu'une conséquence « *pourrait advenir* » (ou « *may occur* » en anglais) et l'accepte pour le cas où elle adviendrait effectivement [55]. A fortiori, il n'y a pas de place non plus à l'article 30 pour la négligence, consciente ou inconsciente [56].

---

[52] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 912 ; voir également Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 533, *ad* art. 30 CPI.
[53] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 914.
[54] Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 915.
[55] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 911-916. *Contra* voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 533-534, *ad* art. 30 CPI.
[56] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 50-53.

III. La connaissance

La connaissance est le second élément exigé par le Statut pour former, avec l'intention, la *mens rea* requise de l'auteur de crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale : « *Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. 'Connaître' et 'en connaissance de cause' s'interprètent en conséquence* » [57]. Comme l'intention, la connaissance doit porter sur les éléments matériels du crime, qui s'analysent ici en terme de circonstances et de conséquences. En tant qu'élément cognitif, elle est le complément indispensable à l'élément volitif de l'intention. Bien que définie individuellement, la connaissance apparaît déjà à l'article 30 paragraphe 2 lettre (b), puisque, dans le cas du dol direct, l'auteur doit être conscient – donc avoir la connaissance - qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements [58].

La connaissance n'est pas seulement présente à l'article 30 du Statut, le paragraphe 3, *in fine*, disposant que les termes « *connaître* » et « *en connaissance de* » s'interprètent en conséquence. Il s'ensuit que la définition de la connaissance à l'article 30 s'applique également à la connaissance que doit avoir l'auteur de crimes contre l'humanité de l'attaque généralisée ou systématique qui les entoure, au sens de l'article 7 paragraphe 1. De même qu'en ce qui concerne l'intention, le fait que l'article 30 paragraphe 3 définisse la connaissance « *au sens du présent article* », n'invite pas à chercher un autre sens que celui-ci aux éléments de connaissance exigés spécifiquement à l'article 7 du Statut. L'article 30 est d'application générale et le fait qu'il demande d'interpréter les termes « *connaître* » et « *en connaissance de* », qui n'apparaissent pas à l'article 30, en fonction de la définition qu'il donne de la connaissance, le démontre [59].

L'article 7 paragraphe 1 du Statut de Rome, par exemple, incrimine les crimes contre l'humanité commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, « *en connaissance de cette attaque* ». Dans ce cas, la connaissance porte sur la conscience que l'auteur doit avoir de l'attaque en cours. Toutefois, ici, la connaissance ne se confond pas avec l'intention. Ce qui est requis de l'auteur d'un crime contre l'humanité n'est pas l'intention d'attaquer une population civile mais la connaissance de l'attaque en cours [60]. Plus généralement, la connaissance requise par la commission intentionnelle d'un crime contre l'humanité s'est concrétisée à l'article 30 paragraphe 2 du Statut de la Cour pénale internationale, qui stipule que la connaissance signifie la conscience qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Un autre exemple important où la connaissance est requise en droit international pénal est celui de la complicité (« *aiding and abetting* ») dans la commission d'un crime. Dans ce cas, le complice doit savoir que son action aide ou assiste à la commission du crime par l'auteur principal [61].

---

[57] Art. 30 §3 CPI.
[58] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 916-917.
[59] Voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 535, *ad* art. 30 CPI.
[60] Voir *infra* chapitre 4.
[61] Voir art. 25 §3 lit. (c) CPI.

A. La connaissance requise des circonstances et des conséquences

En ce qui concerne les conséquences, l'auteur doit être conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Ceci reprend la définition de l'intention en matière de dol direct (« *dolus directus in the second degree* »), que nous avons analysée plus haut. Toutefois, en matière d'intention, l'accent est mis sur la volonté de l'auteur de provoquer cette conséquence, dont il sait qu'elle adviendra dans le cours normal des événements. Ici, en matière de connaissance, cette définition souligne surtout l'élément cognitif de l'intention. Ces deux éléments sont néanmoins indissociables et il est clair que, le Statut exigeant l'intention et la connaissance, la conscience qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements relève autant de l'intention que de la connaissance, sans qu'il soit besoin de rechercher de trop subtiles distinctions entre elles [62].

L'auteur doit donc anticiper les conséquences de son comportement et savoir, par exemple, qu'il provoquera la mort de la victime. La connaissance des conséquences doit s'analyser en miroir du comportement que l'auteur a adopté intentionnellement : il sait ce que son comportement provoquera comme conséquence, qu'il la veuille (dessein ou « *dolus directus in the first degree* ») ou qu'il l'accepte (dol direct ou « *dolus directus in the second degree* »). Le Statut n'exige que la connaissance des conséquences qui adviendront dans le cours normal des événements, ce qui maintient l'analyse dans le champ d'une stricte prévisibilité de ces conséquences en fonction du comportement adopté et du cours normal des événements [63].

Il est évident, à la lecture de l'article 30, que le comportement de l'auteur doit provoquer la conséquence en cause et qu'il doit donc exister entre celui-là et celle-ci un lien de causalité. Dans le cas de l'intention, la situation est claire car l'auteur doit vouloir adopter un comportement dont il sait que la commission du crime sera la conséquence. La connaissance ne peut s'analyser pour elle-même, le Statut exigeant que le crime soit commis avec intention et connaissance. Il s'ensuit que l'auteur doit savoir ce qu'il fait et ce qu'il provoquera de ce fait. Son comportement, les conséquences qu'il provoquera et le lien de causalité entre l'un et l'autre sont un tout indissociable. La chaîne de causalité ne doit pas pour autant être connue dans ses moindres détails mais uniquement dans ses éléments prévisibles selon l'expérience générale de la vie : « *Accordingly, deviation in the actual path of causation from the one imagined are irrelevant as long as they remain within the boundaries of what may be foreseen according to general experience of life* » [64].

La question de l'*aberratio ictus*, soit de la survenance d'une conséquence différente de celle prévue et voulue par l'auteur, par exemple lorsqu'il provoque par erreur la mort d'une personne alors qu'il entendait provoquer celle d'une autre, peut également se poser [65]. En matière de crimes contre l'humanité, il ne faut pas perdre de vue que l'on se situe à un niveau d'extrême gravité : il ne s'agit en effet pas ici de

---

[62] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 917.
[63] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 917.
[64] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 918.
[65] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 918.

tuer une personne mais de participer à une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile quelconque [66]. Le bien protégé est donc en l'espèce l'ensemble de toute population civile qui pourrait faire l'objet d'une attaque. Peu importe en ce sens que l'auteur tue, torture ou viole telle ou telle personne de cette population. Encore une fois, le Statut exige l'intention et la connaissance : si l'auteur a l'intention de tuer et que son comportement provoque la mort, il commet effectivement un meurtre. Il faut considérer que l'identité de l'individu victime, dans le cadre d'une population civile quelconque, est toujours indifférente à l'auteur [67].

La connaissance doit non seulement porter sur les conséquences du comportement de l'auteur mais également sur les circonstances de l'espèce. En ce sens, l'auteur doit être conscient qu'une circonstance existe. Les circonstances peuvent être comprises comme englobant tous les éléments matériels du crime, hors ses conséquences, traitées à part dans le Statut. Par circonstances il faut entendre aussi bien les qualités requises de l'auteur du crime, qu'il agisse comme chef militaire, supérieur hiérarchique, auteur principal ou complice, que les éléments de définition de l'objet du crime, que ce soit une population civile, des personnes appartenant à un groupe discriminé ou une femme en ce qui concerne la grossesse forcée, ou encore les modalités de commission du crime, qu'il s'agisse des moyens de le commettre, du moment ou du lieu de sa commission [68]. Il semble également clair que les circonstances aggravantes ou atténuantes font partie des circonstances objet de la connaissance de l'auteur [69].

B. Conscience et connaissance factuelle

L'article 30 du Statut définit la connaissance comme la conscience de l'existence de certaines circonstances. La question se pose alors de savoir si cette conscience n'est rien d'autre que la connaissance ou si elle requiert également une part de connaissance normative ou de jugement de valeur. Ceci dépend des éléments de chaque crime et de la distinction entre éléments normatifs et éléments descriptifs [70].

En matière de crimes contre l'humanité, l'auteur doit savoir que l'attaque à laquelle il participe est dirigée contre une population civile. Il doit donc connaître le caractère civil des victimes. C'est là un fait qui, s'il échappe à sa connaissance, ne lui permettrait pas de construire son intention criminelle correctement au sens des articles 7 et 30 du Statut et qui pourrait, le cas échéant lui permettre d'invoquer l'erreur de fait [71].

L'auteur doit également être conscient d'un certains nombre d'éléments normatifs exigeant de sa part une certaine évaluation juridique. Ainsi, pour commettre le crime contre l'humanité de déportation l'auteur doit-il savoir que les personnes qu'il déporte se trouvent là légalement et qu'il n'a pas de motif admis en

[66] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI ; voir *infra* chapitre 4.
[67] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 918.
[68] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 919.
[69] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 920.
[70] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 920.
[71] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 921.

droit international pour leur déplacement [72]; de même pour commettre celui d'emprisonnement, il doit savoir qu'il viole les dispositions fondamentales du droit international [73]; pour celui de persécution, il doit savoir que le motif discriminatoire qu'il applique est universellement reconnu comme inadmissible en droit international [74]. Ces circonstances contextuelles au sens des Eléments des crimes, sont des éléments matériels du crime, sur lesquels doivent porter l'intention et la connaissance de l'auteur au sens de l'article 30 du Statut. Néanmoins, il n'est pas exigé de l'auteur qu'il connaisse exactement les dispositions légales internationales pertinentes ni qu'il interprète les dispositions du Statut comme un professionnel du droit international. Il suffit qu'il sache qu'une règle existe et qu'il soit conscient que son comportement lui est contraire [75]. En particulier en ce qui concerne certains référentiels normatifs, comme les normes fondamentales du droit international relativement à l'emprisonnement [76], ni le Statut ni les Eléments des crimes ne contiennent d'éléments de définition permettant de déterminer dans quelle mesure leur connaissance peut être exigée de l'auteur. Ceci dépendra des circonstances de l'espèce et, notamment, des qualités personnelles de l'auteur.

Toutefois, le Statut considère l'ordre de commettre les crimes contre l'humanité comme manifestement illégal [77], ce qui signifie que cette illégalité est évidente et que personne ne peut prétendre qu'il ignorait l'interdiction de les commettre. Les normes fondamentales du droit international relèvent ainsi de la conscience de l'humanité et tout simplement du bon sens.

En ce qui concerne l'élément contextuel des crimes contre l'humanité, soit l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, le Statut exige seulement que l'auteur en ait la connaissance [78]. Toutefois, comme les actes qu'il commet doivent être intentionnels et faire partie de l'attaque, il est évident que l'auteur, par ses actes, démontre également l'intention de participer à l'attaque. Sur ce point, les Eléments confirment que l'auteur ne doit pas forcément connaître tous les détails de la politique de l'Etat ou de l'organisation ayant pour but une telle attaque [79]. Quant aux références à des principes ou dispositions légales, par exemple pour les crimes contre l'humanité d'emprisonnement ou de persécution, la référence au droit international, leur évaluation n'est pas différente de celle des éléments normatifs [80].

Ceci ne demeure exact qu'aussi longtemps que les éléments de définition des crimes sont des éléments matériels au sens de l'article 30 paragraphe 1 du Statut. Même si l'on peut penser que tous les éléments de la définition d'un crime sont des éléments matériels, ce n'est pas nécessairement le cas, certains éléments pouvant plus spécifiquement établir la juridiction de la Cour. C'est en effet la conséquence de la double structure de la définition des crimes dans le Statut, qui définit également l'étendue de la juridiction matérielle de la Cour. Il semble généralement admis que la

---

[72] Voir art. 7 §1 lit. (d) et §2 lit. (d) CPI.
[73] Voir art. 7 §1 lit. (e) CPI.
[74] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI.
[75] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 924-925.
[76] Voir art. 7 §1 lit. (c) CPI.
[77] Voir art. 33 §2 CPI.
[78] Voir art. 7 §1 *in initio*.
[79] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 926.
[80] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 927.

mens rea de l'auteur n'a pas à porter sur les éléments de détermination de la juridiction de la Cour [81].

C. Le moment de la connaissance

L'article 30 paragraphe 1 du Statut exige que l'élément matériel du crime soit commis avec intention et connaissance. L'auteur doit donc posséder tant l'intention que la connaissance requises *in actu*, au moment des faits. En conséquence ni un « *dolus antecedens* », en terme d'intention ou de connaissance précédent la commission du crime mais absente au moment de la commission, ni un « *dolus subsequens* » en terme d'intention ou de connaissance acquise après la commission du crime, ne sont suffisants. Il faut et il suffit que la connaissance de l'auteur influence la formation de son intention criminelle et demeure présente en terme de « *accompanying consciousness* » [82].

D. « Wilful Blindness »

Le Comité préparatoire s'était interrogé sur l'opportunité de réglementer ce qui est appelé en anglais « *wilful blindness* », sans équivalent juridique en français mais que l'on pourrait tenter de rendre par les termes « *aveuglement volontaire* ». Donald K. Piragoff en apporte la définition suivante : « *Awareness of a circumstance is a question of degree, and some legal systems include within this concept the state of mind where a person greatly suspects the true state of affairs but deliberately avoids steps to ascertain their validity or deliberately shuts his or her eyes to an obvious means of knowledge* » [83]. Pour Albin Eser « *As awareness seems to suggest positive knowledge, the question is whether the perpetrator can be held liable if he lacked this only because he had wilfully shut his eyes to what he had otherwise become aware of. As it appears unfeasible to offer the perpetrator, by allowing him to close his eyes, an easy escape from responsibility hardly less blameworthy than knowledge through open eyes* » [84].

Au cours des travaux préparatoires, une proposition avait été faite d'inclure dans la connaissance « *to be aware that there is a substantial likelihood that a circumstance exists and deliberately to avoid taking steps to confirm whether this circumstance exists* » ou bien « *to be wilfully blind to the fact that a circumstance exists or that a consequence will occur* » [85]. Toutefois, ces propositions ne furent finalement pas retenues et le Statut ne contient aucune disposition en la matière. Face à celui qui, délibérément, ne veut pas savoir, Albin Eser parle de « *implied knowledge* » ou de « *constructive knowledge* », voire de « *second degree of knowledge* », les considérant comme suffisant pour constituer la connaissance requise, tout en admettant que le contraire puisse être défendable [86].

---

[81] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 920-930.
[82] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 930-931.
[83] Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 534-535, *ad* art. 30 CPI.
[84] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 931.
[85] Voir *Report of the Preparatoy Committee*, 51ème session, vol. II, p. 92 art. H (Proposal 1)(3)(b).
[86] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 931-932.

Il nous semble préférable de traiter cette notion de « *wilful blindness* » comme un élément de la connaissance requise par l'article 30 du Statut. Nous verrons, dans l'analyse de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, militaires ou civils, que leur responsabilité est engagée s'ils savaient ou avaient dû savoir que leurs hommes commettaient ou étaient sur le point de commettre un crime, pour les supérieurs militaires, ou s'ils savaient ou ont délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement, pour les supérieurs civils : ne pas savoir ce que tout le monde sait ou ce que son devoir impose de savoir peut être ainsi une forme de « *wilful blindness* » [87].

[87] Voir art. 28 CPI et *infra* chapitres 17 et 18.

IV. L'élément psychologique de la complicité

En tant que règle générale sur l'élément psychologique ou *mens rea*, l'article 30 du Statut ne s'applique pas seulement à l'auteur du crime mais également à tous les autres participants au sens de l'article 25 paragraphe 3 lettres (a) à (e). Ceci signifie, en principe, que l'élément psychologique d'un complice doit être défini de la même manière que celui de l'auteur. En effet, l'article 30 paragraphe 1 exigeant que les éléments matériels du crimes soient « *commis* » avec intention et connaissance renvoi à la définition que l'article 25 paragraphe 3 donne de la commission d'un crime [88]. En règle générale, vu la nature accessoire de la participation du complice à la commission du crime, celui-ci doit posséder une double intention, premièrement par rapport à son propre comportement et, deuxièmement, par rapport à celui de l'auteur principal. Dans les deux cas, l'intention et la connaissance s'apprécient conformément à l'article 30 du Statut [89].

[88] Voir Donald K. Piragoff, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 529-532, *ad* art. 30 CPI.
[89] Voir Albin Eser, *Mental Element – Mistake of Fact and Mistake of Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 933-934.

Section 2

Les éléments matériels ou « actus reus » des crimes contre l'humanité

A. *Les éléments constitutifs généraux des crimes contre l'humanité*

Chapitre 4

Une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile

I. Les caractéristiques d'une attaque généralisée et systématique avant le Statut de Rome

Aujourd'hui, le Statut de Rome exige, comme condition générale, que les crimes contre l'humanité soient commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Cette dimension particulière d'un crime commis à l'échelle d'une telle attaque détermine la spécificité du crime contre l'humanité par rapport aux autres crimes.

La définition de ce cadre a varié sur des points essentiels, encore récemment avec les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. En effet, le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie renforce le lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé, exigeant que ces crimes soient commis au cours d'un conflit armé [1]. Déjà le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg avait-il requis un lien entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ou contre la paix, ceux-là devant être commis « *à la suite* » ou « *en liaison* » avec ceux-ci, mais l'évolution du droit international sur ce point ne l'exigeait plus depuis. Très clairement, cette limitation était un pas en arrière important dans l'évolution de la notion de crime contre l'humanité, qui s'explique sans doute par le fait que la compétence de ce tribunal *ad hoc* s'exerce, *ratione temporis* et *loci*, dans des situations de conflits armés.

Dans sa jurisprudence, ce Tribunal a toutefois restreint autant que possible cette condition, estimant qu'elle ne revient pas à établir que les actes commis soient étroitement liés au conflit. L'exigence qu'ils soient commis au cours d'un conflit armé n'est qu'une condition préalable à l'exercice de sa compétence par le Tribunal et est satisfaite dès lors qu'est démontrée l'existence d'un conflit armé et établi un lien objectif du point de vue géographique et temporel entre les actes de l'auteur et le

[1] Voir art. 5 TPIY.

conflit armé. Il suffit donc qu'il existe un conflit armé au moment et au lieu de la commission du crime contre l'humanité, sans que l'auteur veuille forcément y participer ou s'y associer d'autre manière.

Les deux notions d'attaque contre une population civile et de conflit armé doivent être clairement distinguées, même si la première peut se dérouler au cours d'un conflit armé. Dès lors, un lien n'est requis par le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie uniquement entre les actes de l'auteur et l'attaque contre une population civile : « *A nexus between the accused's acts and the armed conflict is not required (…). The armed conflict requirement is satisfied by proof that there was an armed conflict; that is all that the Statute requires, and in so doing, it requires more than does customary international law* » [2].

Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda a, lui, imposé une condition générale différente, l'attaque devant être dirigée contre une population civile en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse [3]. Cette condition restrictive par rapport au droit international coutumier peut également s'expliquer par le contexte essentiellement génocidaire qu'a connu le Rwanda à l'époque des faits entrant *ratione materiae* et *loci* dans sa compétence.

Sur cette exigence d'une raison discriminatoire à la commission du crime, le Tribunal a jugé que cette condition, qui lui est propre, doit, aux fins d'interprétation, être considérée comme une caractérisation de la nature de l'attaque et non comme la *mens rea* de l'auteur. L'auteur peut avoir commis une infraction principale pour des motifs discriminatoires identiques à ceux qui inspirent l'attaque généralisée mais ni les motifs évoqués ici, ni, du reste, aucune intention discriminatoire quelle qu'elle soit, ne sont des éléments indispensables du crime, dès lors que celui-ci a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée [4].

Dans un jugement postérieur, ce même Tribunal a précisé cette exigence d'une raison discriminatoire : « *Inhumane acts committed against persons not falling within any one of the discriminatory categories may constitute crimes against humanity if the perpetrator's intention in committing these acts, is to further his attack on the group discriminated against on one of the grounds specified in Article 3 of the Statute. The perpetrator must have the requisite intent for the commission of crimes against humanity* » [5]. Ainsi, deux situations sont envisageables, premièrement une attaque généralisée ou systématique basée sur les motifs discriminatoires requis, auquel cas la *mens rea* de l'auteur n'a pas à les englober à nouveau, soit, deuxièmement, si l'attaque elle-même ne repose pas sur de tels motifs, l'exigence que l'auteur les fasse siens.

La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a tenté de reprendre et de généraliser la même exigence d'une raison discriminatoire à la commission d'un crime contre l'humanité, pourtant absente de son Statut, en argumentant sur la base de l'opinion émise par le Secrétaire général des Nations Unies et par certains membres du Conseil de sécurité : « *Néanmoins, du fait que la condition d'intention discriminatoire pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses pour tous les crimes contre l'humanité a été prévue dans le Rapport du Secrétaire général et puisque plusieurs membres du Conseil de sécurité ont indiqué qu'ils interprétaient l'article 5 comme se référant à des actes motivés par*

[2] TPIY, Tadic, Appel fond, §251 ; voir également TPIY, Kunarac, Appel, §83.
[3] Voir art. 3 TPIR.
[4] Voir TPIR, Bagilishema, §77-81.
[5] TPIR, Rutaganda, §§73-76.

une discrimination, la Chambre de première instance adopte la condition d'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité en vertu de l'article 5 » [6].

En appel, la Chambre de première instance a été désavouée sur ce point avec fermeté, la Chambre d'appel jugeant : « *The Prosecution was correct in submitting that the Trial Chamber erred in finding that all crimes against humanity require a discriminatory intent. Such an intent is an indispensable legal ingredient of the offence only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for Article 5(h), concerning various types of persecution* » [7].

Hors ces caractéristiques propres à chacun des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, il est possible de dégager les conditions générales requises à l'existence d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a, dans l'affaire *Tadic* précitée, sur ce point, correctement analysé ces éléments fondamentaux : « *La détermination des conditions d'applicabilité par la Chambre de première instance exposé ci après est que, premièrement, l'expression 'lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé' requiert l'existence d'un conflit armé et d'un lien entre l'acte et ce conflit. Deuxièmement, l'expression 'dirigés contre une population civile' s'entend de sorte à inclure une définition large du terme 'civil'. Elle exige, en outre, que les actes soient commis de manière généralisée et systématique en application d'une politique. (…). Enfin, l'auteur de l'infraction doit avoir conscience du contexte élargi dans lequel ses actes sont commis* » [8].

Plus précisément, l'exigence d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile est généralement comprise comme regroupant les cinq éléments constitutifs établis par la jurisprudence de ce Tribunal comme suit, hors le lien exigé avec le conflit armé :

(i) Il doit y avoir une attaque.

(ii) Les actes de l'auteur doivent constituer une partie de l'attaque.

(iii) L'attaque doit être dirigée contre une population civile quelconque.

(iv) L'attaque doit être générale ou systématique.

(v) L'auteur doit connaître le contexte général dans lequel il agit et savoir que ses actes participent à l'attaque [9].

Le Statut de Rome, ne retenant ni la condition du lien avec un conflit armé ni celle d'une raison discriminatoire, revient à une définition des éléments constitutifs généraux du crime contre l'humanité plus traditionnelle et conforme au droit international coutumier [10].

[6] TPIY, Tadic, §652.
[7] TPIY, Tadic, Appel fond, §305.
[8] TPIY, Tadic, §626.
[9] Voir TPIY, Kunarac et al., §§410-411, voir également TPIY, Stakic, §621.
[10] Voir Rodney Dixon, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 123-124, *ad* art. 7 CPI.

II. Cas pratique : l'Affaire Naletilic et Martinovic

Pour bien comprendre la définition systématique que nous allons développer de la notion d'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, ainsi que de celle de la connaissance que l'auteur doit en avoir, nous nous sommes penchés sur l'établissement des faits de la cause dans l'affaire *Naletilic et Martinovic*, jugée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le 31 mars 2003.

La Chambre de première instance a en effet établi qu'il existait une attaque généralisée et systématique à l'encontre des populations civiles musulmanes de Mostar, Sovici et Doljani, satisfaisant à la définition du crime contre l'humanité. Cette attaque a pris diverses formes et la Chambre établit les faits suivants :

« *Cette attaque a pris différentes formes. Après les combats acharnés dont Sovici et Doljani ont été le théâtre, les civils musulmans ont été rassemblés et emprisonnés, puis transférés dans des centres de détention et, plus tard, en territoire contrôlé par l'ABiH. Les maisons appartenant aux Musulmans dans le secteur ont été brûlées pour prévenir tout retour de la population musulmane. Les édifices religieux musulmans, les mosquées par exemple, ont été systématiquement détruits. Des centres de détention ont été créés dans tout le secteur pour incarcérer les Musulmans. Les soldats qui avaient libre accès à ces centres soumettaient souvent les détenus, civils ou soldats hors de combat musulmans, à des traitements humiliants et brutaux* » [11].

Ce sont là des faits d'une extrême gravité comprenant largement des atteintes aux personnes et aux biens représentatifs de leur religion. Le siège de Mostar a laissé un souvenir marquant chez tous ceux qui ont suivi les événements largement retransmis par les médias. La Chambre de première instance poursuit sa démonstration :

« *La campagne menée contre la population musulmane dans le secteur a atteint son apogée après l'attaque contre Mostar début mai 1993 lorsque, à l'issue des hostilités, la population civile musulmane a été chassée de Mostar-Ouest par des actions concertées. Les éléments de preuve montrent de quelle façon des groupes de soldats ont expulsé des familles musulmanes de leurs appartements la nuit, les jetant ainsi littéralement à la rue et les obligeant à partir en laissant tout derrière elles. Le climat de terreur entretenu par les soldats a poussé les civils musulmans à quitter la partie occidentale de la ville en de longues colonnes. Les rares personnes qui ont pu retourner chez elles plus tard n'ont pu que constater que leurs appartements avaient été pillés ou détruits* » [12].

Ce n'est pas tout, la Chambre relève ensuite les conditions humanitaires déplorables qui ont été la conséquence de ces événements :

« *Les conditions humanitaires dans la partie est de Mostar étaient déplorables. Alors que la multiplication des expulsions sur la rive ouest provoquait un gonflement de la population musulmane à l'est, l'eau et l'électricité étaient coupées et les organisations humanitaires n'ont pas eu accès à la zone pendant des semaines. Des services publics essentiels, l'hôpital par exemple, étaient situés dans la partie ouest de la ville et n'étaient donc plus accessibles à la population civile musulmane. Les édifices à l'architecture orientale, comme le vieux pont de Mostar, ont été détruits. Les rues de Mostar-Ouest ont été rebaptisées après l'expulsion des Musulmans* » [13].

[11] TPIY, Naletilic et Martinovic, §238.
[12] TPIY, Naletilic et Martinovic, §239.
[13] TPIY, Naletilic et Martinovic, §240.

En conclusion, cette situation correspond à ce que l'on a appelé depuis du nettoyage ethnique :

« *Les éléments de preuve permettent donc d'établir qu'une attaque généralisée et systématique a été dirigée contre la population musulmane de la zone visée par l'Acte d'accusation. Ils prouvent également que cette campagne avait un but précis : transformer la région de Mostar, où se mêlaient jusqu'alors différentes ethnies, en un territoire croate en BH devant accueillir une population croate ethniquement pure* » [14].

Etablir les circonstances qui constituent l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile est une étape essentielle dans la répression des crimes contre l'humanité. Ce n'est toutefois pas une étape suffisante. Il convient également de démontrer que les actes de l'accusé s'inscrivirent dans le cadre de cette attaque. C'est ainsi que la Chambre de première instance relève :

« *La Chambre est convaincue que les actes mis à la charge de Mladen Naletilic et de Vinko Martinovic par l'Acte d'accusation s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre la population civile musulmane de la région, laquelle s'est accompagnée de combats acharnés. Mladen Naletilic a participé aux combats en tant que chef du KB, et Vinko Martinovic en tant que celui de l'ATG Vinko Škrobo. Ils ont par leurs agissements directement contribué à la réalisation de l'objectif assigné à cette campagne, à savoir l'expulsion de la population civile musulmane des secteurs de Sovici, Doljani et Mostar, et leurs actes s'inscrivent dans le cadre de l'attaque* » [15].

Non seulement les actes des accusés s'inscrivent-ils effectivement dans le cadre de cette attaque mais la *mens rea* essentielle est également donnée, les accusés connaissant l'existence de l'attaque et désirant y participer :

« *La Chambre est également convaincue que Mladen Naletilic était informé de l'attaque. En sa qualité de chef du KB, il se déplaçait entre Sovici, Doljani et Mostar, et a donc été présent dans tous ces endroits à divers moments. Rien ne permet raisonnablement de penser qu'il aurait pu ne pas être informé de la situation de la population civile musulmane dans ces secteurs. En outre, la Chambre est convaincue que l'accusé a délibérément oeuvré à la réalisation des objectifs de l'attaque dirigée contre la population civile musulmane de la région et savait donc aussi que ses actes participaient de cette attaque. Le témoin LL, que la Chambre a considéré comme fiable et crédible, a déclaré que Mladen Naletilic et Ivan Andabak lui avaient clairement dit, lors d'un dîner chez Andabak, que leur but était d'expulser la population musulmane du secteur et de créer une République de Herceg-Bosna. La Chambre est donc convaincue que les conditions générales d'application de l'article 5 du Statut sont réunies en ce qui concerne Mladen Naletilic* » [16].

Il en est de même de son coaccusé, Vinko Martinovic :

« *La Chambre est également convaincue que Vinko Martinovic était informé de l'attaque dirigée contre la population civile musulmane de Mostar. Le quartier général de l'ATG Vinko Škrobo commandé par l'accusé se trouvait rue Kalemova, et sa zone de responsabilité était le Bulevar, situé au centre de Mostar directement sur la ligne de front séparant les parties est et ouest de la ville. Durant les opérations, Vinko Martinovic se déplaçait dans toute la ville. Ainsi, rien ne permet raisonnablement de penser qu'il aurait pu ne pas être informé de la situation de la population civile musulmane de Mostar. La Chambre est convaincue que Vinko Martinovic, informé de l'attaque, a décidé d'oeuvrer à la réalisation de ses objectifs et qu'il savait que ses actes y contribuaient* » [17].

[14] TPIY, Naletilic et Martinovic, §240.
[15] TPIY, Naletilic et Martinovic, §241.
[16] TPIY, Naletilic et Martinovic, §242.
[17] TPIY, Naletilic et Martinovic, §243.

Sur la base de cet exemple, nous pouvons déjà discerner les grandes lignes des éléments constitutifs d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et celles de la *mens rea* requise, qu'il convient maintenant d'analyser systématiquement, à la lecture du premier paragraphe de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

III. L'*actus reus* : une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile

A. Une attaque

Les crimes contre l'humanité doivent être commis « *dans le cadre d'une attaque* ». Le sens de ce mot peut être particulièrement vaste et, avant le Statut de Rome, la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, comme nous venons d'en voir un exemple, en a assez clairement circonscrit la notion.

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a précisé, notamment dans l'affaire *Kunarac et consorts*, qu'une attaque peut s'analyser comme un type de comportement comportant des actes de violence [18]. Dans le contexte du crime contre l'humanité, ce terme ne se limite pas à la conduite d'un conflit armé mais peut également comprendre, notamment, les mauvais traitements infligés à des personnes ne prenant pas part aux hostilités, par exemple, aux personnes placées en détention. « *En matière de crime contre l'humanité, l''attaque' ne se limite pas à la conduite des hostilités, mais peut également comprendre des situations où des mauvais traitements sont infligés à des personnes ne participant pas directement aux hostilités, des personnes détenues, par exemple. Les deux acceptions de ce terme procèdent toutefois de la même idée, à savoir que la guerre devrait mettre aux prises des forces armées ou des groupes armés, et qu'on ne saurait légitimement prendre pour cible la population civile* » [19].

Egalement dans l'affaire *Naletilic et Martinovic*, que nous venons de citer longuement, le Tribunal relève, à la suite d'une définition identique de l'attaque, que, si, au sens du Statut du Tribunal, la commission des crimes contre l'humanité doit être liée à un conflit armé, ce n'est plus là une exigence du droit international coutumier [20].

Les notions d'attaque et de conflit armé, clairement, ne sont pas identiques. En comparant le droit international coutumier et le Statut du Tribunal, la Chambre d'appel a relevé que les notions d'attaque contre une population civile et de conflit armé doivent être clairement distinctes, bien que, de toute évidence, l'attaque contre une population civile, constitutive du crime contre l'humanité, puisse se dérouler au cours d'un conflit armé : «*En droit international coutumier, l'attaque peut précéder un conflit armé, se poursuivre après qu'il [a] cessé ou continuer pendant celui-ci, sans forcément en faire partie. En outre, dans le contexte des crimes contre l'humanité, l'attaque ne se limite pas au recours à la force armée et comprend également tous mauvais traitements infligés à la population civile* » [21]. En somme, les crimes contre l'humanité sont la continuation de la guerre par d'autres moyens.

Le jugement rendu dans l'affaire *Krnojelac* va dans le même sens mais le Tribunal y reconnaît l'importance du droit des conflits armés dans l'analyse des actes constitutifs de crime contre l'humanité : « *An attack can be defined as a course of conduct involving the commission of acts of violence. The concept of 'attack' is distinct and independent from the concept of 'armed conflict'. In practice, the attack could outlast, precede, or run parallel to the armed conflict, without necessarily being a part of it. That is not to say*

[18] Voir TPIY, Kunarac et al., §415.
[19] TPIY, Kunarac et al., §417.
[20] Voir TPIY, Naletilic et Martinovic, §233.
[21] TPIY, Kunarac, Appel, §86.

that, in the context of an armed conflict, the laws of war play no role in the Tribunal's determination as to whether the attack was, or was not, 'directed against any civilian population'. On the contrary, that body of law plays an important part in the assessment of the legality of the acts committed in the course of an armed conflict and whether a civilian population may be said to have been targeted as such » [22].

L'attaque contre une population civile doit donc s'entendre comme la commission répétée d'actes criminels. Ces actes ne doivent plus nécessairement, dans l'état actuel du droit international coutumier et selon l'article 7 du Statut de Rome, être liés à un conflit armé. Un crime contre l'humanité peut donc être commis tant en temps de paix qu'en temps de guerre. Dans cette dernière hypothèse, il est vraisemblable qu'un lien existe, au moins *de facto*, entre les actes criminels commis contre une population civile et la conduite des hostilités et que les notions d'attaque et de conflit armé puissent s'imbriquer plus ou moins étroitement l'une dans l'autre. Il n'en demeure pas moins que ces notions doivent demeurer clairement distinctes. Commis en temps de paix, le crime contre l'humanité reposera uniquement sur cette notion d'attaque contre une population civile [23].

Le Statut de Rome définit l'attaque comme « *le comportement qui consiste en la commission multiple* » d'actes criminels [24]. C'est donc la multiplicité des actes commis qui caractérise l'attaque en question. Ceci entraîne que, considérés dans leur globalité, les actes criminels commis sont constitutifs de l'attaque alors que, considérés individuellement, chacun en est une composante essentielle mais non suffisante. Chacun de ces actes doit être relié à l'attaque en cours et ne pas constituer un acte isolé, qui ne saurait être qualifié de crime contre l'humanité. Le Statut ne précise pas la qualité de ce lien nécessaire entre le crime commis par l'auteur et l'attaque, qui peut prendre une grande variété de formes en fonction des circonstances de l'espèce. L'élément fondamental demeure que le crime de l'auteur ne puisse pas apparaître comme isolé, sans lien avec cette attaque, auquel cas il ne saurait y avoir de crimes contre l'humanité [25]. Il s'ensuit que l'on peut considérer un acte criminel unique comme un crime contre l'humanité s'il est commis dans un lien suffisant avec les autres crimes pour ne pas paraître isolé. C'est ce que démontre notamment les faits établis par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Naletilic et Martinovic*.

[22] TPIY, Krnojelac, §54. L'article 49§1 Prot. I dispose que l'expression attaque « *s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs* ». Pour le Commentateur, le mot attaque signifie « *action de combat* » (Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels de 1977*, p. 615 *ad* art. 49 §1 Prot. I). Il est évident que cette notion clairement orientée sur des combats armés ne peut en soi être représentative d'une attaque constitutive de crimes contre l'humanité, la population civile ne participant pas aux combats et ne constituant pas un objectif militaire légitime pour des actions de combat, offensives et défensives.
[23] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, p. 74.
[24] Voir art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[25] Voir Rodney Dixon, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 124-126, *ad* art. 7 CPI.

1. Actes énumérés à l'article 7 paragraphe 1

La notion d'actes constitutifs de l'attaque est clairement délimitée par le Statut de la Cour pénale internationale. C'est en effet la commission multiple « *d'actes visés au paragraphe 1* » qui constitue l'attaque [26].

La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda retient la même conclusion par rapport à l'énumération des actes constitutifs de crimes contre l'humanité dans leurs Statuts respectifs : « *The Chamber notes that 'attack', as an element of a crime against humanity, was defined in the* Akayesu *Judgement, as an unlawful act of the kind enumerated in Article 3(a) to (i) of the Statute* » [27]. De même dans les faits de la cause *Naletilic et Martinovic*, il apparaît à première vue que les éléments cités correspondent aux crimes d'expulsion, d'emprisonnement et de persécution, figurant parmi ceux mentionnés à l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [28].

Les actes énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut de Rome sont le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée ou les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable, la persécution, les disparitions forcées de personnes, le crime d'apartheid et les autres actes inhumains de caractère analogue [29].

Il est évident que l'attaque peut être constituée de n'importe lequel de ces actes et il n'existe aucune exigence quant à la commission de plusieurs actes différents. L'attaque peut donc être constituée d'un grand nombre de meurtres ou d'un grand nombre de viols, comme elle peut l'être d'une combinaison des différents actes énumérés, par exemple de meurtres et de viols [30].

2. D'autres actes ou d'autres crimes

L'attaque constitutive de crimes contre l'humanité peut-elle également être constituée d'autres actes que ceux énumérés à l'article 7 paragraphe 1 ? Le Statut de Rome est clair, qui exige « *la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1* », et la délimitation précise des actes constitutifs de crimes contre l'humanité est essentielle au respect du principe de la légalité.

Néanmoins, nous pensons que d'autres actes peuvent constituer cette attaque, soit par renvoi exprès de l'un des éléments énumérés, soit en entrant dans la catégorie des « *autres actes inhumains de caractère analogue* ».

Dans le premier cas, nous relevons que le crime de persécution est constitué des actes énumérés à l'article 7 paragraphe 1 ou de « *tout crime relevant de la compétence de la Cour* » [31]. La persécution peut donc se définir comme tout crime de génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre commis à l'encontre de

[26] Art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[27] TPIR, Musema, §205, dans le même sens, voir également TPIR, Rutaganda, §70.
[28] Voir TPIY, Naletilic et Martinovic, §§238-243.
[29] Voir art. 7 §1 lit. (a) à (k) CPI.
[30] Voir Rodney Dixon, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 125, *ad* art. 7 CPI.
[31] Art. 7 §1 lit. (h) *in fine* CPI.

groupes identifiables pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethniques, culturel, religieux ou sexiste ou tout autre critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international. Ainsi, n'importe lequel des actes constitutifs de génocide ou de crime de guerre, donc hors de l'énumération du paragraphe 1 de l'article 7, peut participer à la définition de l'attaque s'il est commis dans le cadre du crime de persécution tel que le définit cette disposition.

Dans le second cas, nous retenons trois situations découlant directement de l'article 7 paragraphe 1 du Statut. Premièrement, l'incrimination de « *toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable* » complète la notion d'infractions sexuelles et est donc constituée d'autres actes que ceux énumérés, constitutifs de viol, d'esclavage sexuel, de prostitution forcée, de grossesse forcée et de stérilisation forcée, pour autant qu'ils soient d'une gravité comparable [32].

Deuxièmement, le crime d'apartheid est constitué par des « *actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1* » et nous verrons qu'il s'agit en fait des actes énumérés à l'article 7 paragraphe premier, commis dans un cadre spécial d'attaque généralisé ou systématique, à savoir un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale [33].

Troisièmement, l'incrimination en clôture de la liste du paragraphe 1 des « *autres actes inhumains de caractère analogue* », qui ne sont donc pas ceux énumérés mais d'autres, analogues et d'une gravité comparable, mais dont nous verrons qu'elle ne recouvre en fait que les actes causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale [34].

Ainsi, nous estimons que peuvent constituer une attaque au sens de l'article 7 paragraphe 1 *in initio* et paragraphe 2 lettre (a) du Statut, premièrement n'importe lequel des actes énumérés au paragraphe 1, deuxièmement tout autre acte constitutif de l'un des crimes de la compétence de la Cour par le renvoi exprès de sa lettre (h) et, troisièmement, tout acte analogue à l'un de ceux énumérés dans le cadre tracé par sa lettre (g). En somme, peuvent constituer une attaque, *stricto sensu*, les actes énumérés à l'article 7 paragraphe 1 et, plus généralement, tous les actes qui peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité au sens de l'article 7 paragraphes 1 et 2 du Statut.

B. Une attaque généralisée ou systématique

1. Multiplicité des actes commis

Les crimes contre l'humanité ne sont pas constitués d'actes isolés mais d'actes commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique. En évoquant une attaque « *généralisée ou systématique* » ainsi que la « *commission multiple d'actes* », le Statut est suffisamment clair sur ce point [35].

Dans la mesure où un individu commet un crime dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique, il engage sa responsabilité pénale de ce fait. Un

[32] Voir art. 7 §1 lit. (g) CPI.
[33] Voir art. 7 §1 lit. (j) et §2 lit. (h) CPI et *infra* chapitre 14.
[34] Voir art. 7 §1 lit. (k) et *infra* chapitre 15.
[35] Art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.

auteur individuel n'a pas à commettre de nombreuses infractions pour être tenu pour responsable ; en effet, seule l'attaque, et non la participation d'un individu, doit posséder la caractéristique d'être généralisée ou systématique [36]. Il en découle qu'un acte unique peut être qualifié de crime contre l'humanité uniquement s'il participe à cette attaque, comme l'un de ces multiples actes nécessaires à sa qualification.

Le terme d'attaque généralisée fait référence à une attaque menée à grande échelle et faisant un grand nombre de victimes. Un crime peut être généralisé par l'effet cumulé d'une série d'actes inhumains ou par l'effet singulier d'un seul acte de grande ampleur [37]. Plus précise dans sa définition, une Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé : « *The Chamber considers that 'widespread', as an element of crimes against humanity, is a massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against multiple victims* » [38].

Plusieurs éléments fondamentaux ressortent de la définition donnée par cette Chambre du Tribunal pénal international pour le Rwanda. En effet, l'attaque généralisée s'avère massive et fréquente, ce qui appelle la répétition des actes qui la composent, menée sur une grande échelle. Il en découle nécessairement que cette attaque doit être collective, un individu isolé ne pouvant à lui seul la mener. Enfin, le caractère généralisé de cette attaque ressort également de la gravité des actes qui la composent et de la multiplicité des victimes qu'elle vise.

Le terme d'attaque systématique signifie que les actes de violence sont commis de manière organisée, sans que l'on puisse penser à leur survenance isolée : « *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* » [39]. Plus précise sur ce point également, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda qui s'est prononcée dans l'Affaire *Musema* a jugé : « *'systematic' constitutes organised action, following a regular pattern, on the basis of a common policy and involves substantial public or private resources. It is not essential for such policy to be adopted formally as a policy of a State. However, there must exist some form of preconceived plan or policy* » [40].

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda souligne ici une fois encore les éléments fondamentaux de cette attaque. Elle doit être organisée et suivre un plan, une politique commune à ses auteurs et surtout, s'appuyer sur des ressources substantielles, privées ou publiques. En d'autres termes, une attaque systématique demande une certaine préparation appuyée sur une politique ou un plan commun de ses auteurs, qui y investissent des moyens importants. Ceci souligne encore son caractère collectif.

Pour déterminer le caractère systématique d'une attaque, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a retenu quatre éléments, qui sont les suivants :

---

[36] Voir TPIY, Tadic, §649 ; voir également TPIY, Kunarac et al., §§428-431 ; TPIY, Kunarac, Appel, §§94-97.
[37] Voir TPIY, Kunarac et al., §§428-431 ; TPIY, Blaskic, §206 ; TPIY, Krnojelac, §57 ; TPIY, Naletilic et Martinovic, §236 ; TPIY, Kunarac, Appel, §95 ; TPIY, Stakic, §625.
[38] TPIR, Musema, §204, voir également, à l'identique, TPIR, Akayesu, §6.4 ; voir également TPIR, Rutaganda, §69 ; TPIR, Bagilishema, §§77-78
[39] TPIY, Kunarac, Appel, §95 ; voir également TPIY, Kunarac et al., §§428-431 ; TPIY, Krnojelac, §57 ; TPIY, Naletilic et Martinovic, §236 ; TPIY, Stakic, §625.
[40] TPIR, Musema, §204, voir également, à l'identique, TPIR, Akayesu, §6.4 ; voir également TPIR, Rutaganda, §69 ; TPIR, Bagilishema, §§77-78.

- l'existence d'un but de caractère politique, d'un plan en vertu duquel l'attaque est perpétrée ou d'une idéologie au sens large du terme, à savoir détruire, persécuter ou affaiblir une communauté ;
- la perpétration d'un acte criminel de très grande ampleur à l'encontre d'un groupe de civils ou la commission répétée et continue d'actes inhumains ayant un lien entre eux ;
- la préparation et la mise en œuvre de moyens publics ou privés importants, qu'ils soient militaires ou autres ;
- l'implication dans la définition et l'établissement du dessein méthodique d'autorités politiques et/ou militaires de haut niveau [41].

Ce dessein méthodique ne doit pas forcément faire l'objet d'une déclaration publique explicite, ni être énoncé de manière claire et précise. Il peut se déduire de l'ensemble des faits de la cause et notamment des éléments suivants :

- des circonstances historiques générales et du cadre politique global dans lesquels s'inscrivent ces actes criminels ;
- de la création et de la mise en œuvre sur un territoire donné, et à n'importe quel niveau de pouvoirs, de structures politiques autonomes ;
- de la teneur générale d'un programme politique, telle qu'il résulte des écrits de ses auteurs et de leurs discours ;
- de la propagande médiatique ;
- de la création et de la mise en place de structures militaires autonomes ;
- de la mobilisation de forces armées ;
- d'offensives militaires répétées et coordonnées dans le temps et dans l'espace ;
- des liens entre la hiérarchie militaire et la structure politique et son programme ;
- des modifications de la composition ethniques des populations ;
- des mesures discriminatoires, administratives ou autres (restrictions bancaires, laissez-passer…) ;
- de l'ampleur des exactions perpétrées et, principalement, des meurtres et autres violences physiques, des viols, des détentions arbitraires, des déportations et expulsions, ou des destructions de biens à caractère non militaires, notamment des édifices religieux [42].

Le caractère généralisé ou systématique de l'attaque est une notion relative, qui devra s'apprécier de cas en cas, au regard de toutes les circonstances de l'espèce. Ce qu'il convient de relever également, c'est que les conditions d'ampleur et de systématicité ne sont pas cumulatives et qu'il suffit donc que l'une des deux soit remplie pour que l'on soit en présence d'une attaque au sens de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux, dont le Statut de celui pour le Rwanda prévoit la condition d'une

[41] Voir TPIY, Blaskic, §203.
[42] Voir TPIY, Blaskic, §204.

attaque « *généralisée et systématique* » était déjà parvenue à la même conclusion sur la base du droit international coutumier [43].

Toutefois, comme l'a relevé justement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, ces deux critères seront souvent difficiles à séparer l'un de l'autre : une attaque d'ampleur qui vise un grand nombre de victimes repose généralement sur une forme quelconque de planification ou d'organisation. Le critère quantitatif n'est, en effet, pas objectivement définissable [44].

Déterminer ce qui constitue une attaque « *généralisée* » ou « *systématique* » est, par essence, un exercice relatif, dans la mesure où cela dépend de la population qui aurait été attaquée. Il convient donc tout d'abord d'identifier la population victime de l'attaque, pour déterminer ensuite, à la lumière des moyens, des méthodes, des ressources mis en oeuvre et des conséquences pour la population, si l'attaque était effectivement généralisée ou systématique [45]. Les conséquences de l'attaque sur la population visée, le nombre des victimes, la nature des actes, l'éventuelle participation de responsables ou d'autorités, ou tout scénario criminel identifiable pourraient être pris en compte pour déterminer si l'attaque contre cette population civile satisfait l'une des conditions d'être généralisée ou systématique, ou les deux [46].

2. La politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque

Le Statut de Rome est plus précis que celui des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans la définition qu'il donne de l'attaque généralisée ou systématique. Il précise en effet que cette attaque doit être menée « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* » [47].

La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda a déjà déduit du droit international coutumier et de la notion d'attaque systématique, celle de l'existence d'une politique criminelle.

Dès le jugement rendu en l'affaire *Tadic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait conclu que, traditionnellement, la condition d'une attaque générale ou systématique a été interprétée comme signifiant qu'il doit exister une certaine forme de politique pour commettre ces actes, politique qui n'a pas besoin d'être formellement énoncée et que l'on peut déduire de la façon dont les actes sont commis : « *En particulier, le caractère d'actes généralisés ou systématique démontre l'existence d'une politique visant à commettre ces actes, qu'elle soit ou non énoncée formellement. Bien que certains doutent de la nécessité d'une telle politique, les éléments de preuve soumis dans la présente espèce établissent clairement l'existence d'une politique* » [48].

Dans le même sens, le jugement rendu en l'affaire *Jelisic* estime que, parmi les facteurs qui peuvent mettre en évidence le caractère massif ou systématique d'une

---

[43] Voir notamment TPIR, Musema, §§202-204, TPIR, Akayesu, §6.4 ; TPIY, Blaskic, §207, TPIY, Krnojelac, §57, TPIY, Naletilic et Martinovic, §236, TPIY, Kunarac, Appel, §94.
[44] Voir TPIY, Blaskic, §207.
[45] Voir TPIY, Kunarac, Appel, §§94-97.
[46] Voir Rodney Dixon, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 126-127, *ad* art. 7 CPI.
[47] Art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[48] TPIY, Tadic, §653.

attaque, comptent par exemple : « *l'existence d'une politique affichée visant une communauté particulière, la mise en place d'institutions parallèles visant à mettre en œuvre cette politique, l'implication d'autorités politiques ou militaires de haut niveau, l'importance des moyens financiers, militaires ou autres mis en œuvre, l'ampleur ou le caractère répété, uniforme et continu des exactions commises à l'encontre d'une même population civile* » [49].

Le même Tribunal s'est interrogé sur le fait de savoir si l'existence d'une telle politique est strictement l'un des éléments constitutifs du crime contre l'humanité. Si cette politique n'a pas besoin d'être celle de l'Etat, une certaine intervention de sa part est souvent nécessaire : « *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. (…) Bien que les crimes contre l'humanité soient généralement le fait d'organes de l'État, à savoir des individus agissant à titre officiel comme des commandants militaires, des soldats, etc., ils peuvent être commis par des individus n'ayant pas de statut officiel et n'agissant pas au nom de la puissance publique. La jurisprudence disponible semble indiquer que, dans ces cas, il convient d'établir l'existence d'une sorte d'approbation ou assentiment explicite ou implicite de l'État ou des pouvoirs publics, ou alors qu'il est nécessaire que le crime ait été clairement encouragé par une politique générale de l'État ou qu'il s'inscrive manifestement dans le cadre d'une telle politique* » [50].

Cette condition d'une politique criminelle ne semble toutefois pas acquise en droit international, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ayant jugé qu'il n'existe justement aucune prescription du droit international coutumier exigeant que les actes de l'auteur du crime soient reliés à un plan ou à une politique, dont l'existence est néanmoins un moyen de preuve important dans la détermination du caractère massif ou systématique de l'attaque et dans celle de la participation de l'accusé [51].

Dans la même voie, la Chambre d'Appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a nuancé l'importance de déterminer l'existence d'une politique suivie dans la commission d'un crime contre l'humanité, la ramenant à un élément de preuve comme les autres : « *il n'est pas nécessaire que l'attaque ou les actes des accusés soient le fruit d'une « politique » ou d'un « plan » quelconque. Rien, dans le Statut ou le droit international coutumier tel qu'il existait à l'époque des faits allégués, n'exige la preuve de l'existence d'un plan ou d'une politique visant à la perpétration de ces crimes. (…) [Le] fait que l'attaque était dirigée contre une population civile et le fait qu'elle était généralisée ou systématique sont des éléments constitutifs du crime. Mais pour prouver ces éléments, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'ils résultaient de l'existence d'une politique ou d'un plan. Pour établir que l'attaque était dirigée contre une population civile et qu'elle était généralisée ou systématique (et en particulier cette dernière caractéristique), il peut être utile de démontrer qu'il existait effectivement une politique ou un plan, mais ces éléments peuvent être prouvés autrement. En conséquence, l'existence d'une politique ou d'un plan peut être pertinente dans le cadre de l'administration de la preuve, mais elle ne saurait être considérée comme un élément constitutif du crime* » [52].

Dans une autre mesure, la Cour de Cassation française, dans l'affaire *Barbie*, de même que dans l'affaire *Touvier* a jugé que l'élément politique était essentiel à la définition du crime contre l'humanité, le définissant précisément comme étant la

[49] TPIY, Jelisic, §53.
[50] TPIY, Kupreskic et al., §§551-555
[51] Voir TPIY, Krnojelac, §58.
[52] TPIY, Kunarac, Appel, §98.

commission du crime « *au nom d'un Etat pratiquant ainsi une politique d'hégémonie idéologique* » [53].

Le Statut de la Cour pénale internationale est, lui, clair sur ce point. En disposant que l'attaque générale ou systématique doit être conduite en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, il érige cette condition en élément constitutif de l'attaque et donc des crimes contre l'humanité. Par contre, il ne précise pas le contenu de cette politique et ne limite notamment pas sa portée à une politique d'hégémonie idéologique.

La politique exigée par le Statut n'est pas seulement celle d'un Etat mais également celle « *d'une organisation ayant pour but la commission d'une telle attaque* » [54].

Ceci va dans le sens que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relevait déjà dans l'affaire *Tadic*, que le droit relatif aux crimes contre l'humanité a évolué pour prendre en compte des forces qui, bien que n'étant pas celles d'un gouvernement légitime, exercent *de facto* le contrôle d'un territoire particulier ou peuvent s'y déplacer librement. L'accusation le soutenait dans ses conclusions préalables à l'instance et a convaincu le Tribunal sur ce point, un crime contre l'humanité pouvant donc être commis pour le compte d'entités exerçant un tel contrôle mais sans la reconnaissance internationale ni le statut officiel d'un Etat ou pour le compte d'un groupe ou d'une organisation terroriste [55].

Plus largement, il n'est pas nécessaire que les actes commis se rattachent à une politique établie à l'échelon de l'Etat mais ils ne peuvent pas pour autant être commis par des individus isolés, qui ne peuvent être considérés comme une organisation. Le projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission du droit international, est plus explicite sur ce point. Prévoyant que les crimes contre l'humanité doivent être commis à l'instigation ou sous la direction d'une organisation ou d'un groupe quelconque, le commentaire précise que cette alternative est destinée à exclure les situations dans lesquelles un individu poursuit son propre dessein criminel, agissant seul, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive d'un gouvernement, d'un groupe ou d'une organisation. Ces actes ne constitueraient effectivement pas des crimes contre l'humanité. Par ailleurs, il serait extrêmement difficile à un individu solitaire de commettre les actes inhumains d'une ampleur telle que celle exigée par les crimes contre l'humanité : « *C'est l'instigation ou la direction soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe quelconque qui donne à l'acte sa dimension et en fait un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents de l'Etat* » [56]. Même si le projet d'articles de la Commission ne limite pas les auteurs possibles de crimes contre l'humanité aux seuls agents ou représentants d'un Etat, l'organisation indispensable à la commission du crime exige au moins que les individus qui agissent soient pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bandes ou en groupes criminels.

Cette condition que la politique suivie puisse être le fait d'une organisation criminelle et non seulement de l'Etat rejoint la jurisprudence constante du Tribunal pénal international pour le Rwanda, reprise également par celui pour

---

[53] Arrêt de la Cour de Cassation, du 3 juin 1988, *ILR* N° 332 et 336, cité *in* Nasser Zakr, *Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international*, RGDIP 2001-2, pp. 281-306.
[54] Art. 7 §2 lit. (a) *in fine* CPI.
[55] Voir TPIY, Tadic, §654.
[56] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session* (1996), ONU Doc. A/51/10, p. 235.

l'ex-Yougoslavie, refusant de considérer que le plan criminel soit nécessairement conçu au plus haut niveau de l'Etat. Le crime contre l'humanité n'est en effet pas un « *acte de souveraineté criminelle* ». Les individus organisés et pourvus d'un pouvoir de fait sont tout autant capables de mettre en œuvre une politique de terreur à grande échelle et de commettre des exactions massives [57].

Enfin, cette organisation ne doit pas seulement encadrer ou diriger l'attaque, elle doit être formée autour du projet de cette attaque. Le Statut dispose en effet qu'il s'agit d'une « *organisation ayant pour but une telle attaque* ». Il n'est pas exigé que ce soit là le but unique de cette organisation mais il semble qu'un tel but doive être important dans les raisons d'être de cette organisation. Le but de cette organisation doit donc être de provoquer l'attaque générale ou systématique lancée contre une population civile, de créer les conditions d'ampleur et de systématicité nécessaires à la qualification du crime, sans qu'il soit besoin que l'organisation elle-même connaisse exactement les termes juridiques de cette qualification.

Au sens que lui a donné la Commission préparatoire dans les Eléments des crimes, la politique d'un Etat, ou celle d'une organisation, s'entend du fait de favoriser ou d'encourager activement l'attaque. La Commission précise que cette politique doit se manifester dans l'action de l'Etat ou de l'organisation et que, si des circonstances exceptionnelles peuvent permettre d'envisager une abstention délibérée d'agir par laquelle l'Etat ou l'organisation entend consciemment encourager l'attaque, on ne peut déduire l'existence de cette politique du seul fait de l'inaction de l'Etat ou de l'organisation [58].

Le problème le plus sérieux confronte ces éléments avec la définition de l'attaque généralisée ou systématique que le Statut lui-même en donne. En exigeant que l'Etat ou l'organisation « *favorise ou encourage activement une telle attaque* », le tout accompagné de la note de bas de page suivante : « *La politique qui a pour but une attaque contre la population civile en tant que telle se manifeste par l'action d'un État ou d'une organisation. Dans des circonstances exceptionnelles, une telle politique peut prendre la forme d'une abstention délibérée d'agir, par laquelle l'État ou l'organisation entend consciemment encourager une telle attaque. On ne peut inférer l'existence d'une telle politique du seul fait que l'État ou l'organisation s'abstienne de toute action* » [59], la Commission préparatoire complique inutilement l'approche de la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle.

Il est délicat de faire correspondre une telle définition des éléments de l'attaque avec la lettre de l'article 7 du Statut. Le seul élément que le Statut exige par rapport à l'attaque est la connaissance que doit en avoir l'auteur. L'auteur doit donc savoir qu'il existe une politique de l'Etat ou d'une organisation criminelle qui vise à commettre une telle attaque, sans avoir à s'interroger sur la participation active de l'Etat ou de l'organisation en cause. L'exigence du Statut que l'attaque soit conduite en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation requiert un certain engagement et un certain suivi du *modus operandi* des assaillants. Le Statut définit ainsi clairement l'attaque comme « *le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 (…) en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* » [60]. Il est difficile d'envisager à la lecture de cette disposition du Statut une omission

[57] Voir TPIY, Blaskic, §205.
[58] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Introduction, §3, p. 120.
[59] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Introduction, §3 et note 6, p. 120.
[60] Art. 7 §2 lit. (a).

constitutive de l'attaque. La note de la Commission reconnaissant que l'attaque peut, dans des circonstances exceptionnelles, consister en une abstention délibérée d'agir élargit le champ de l'attaque, tout en le restreignant également par l'exigence que l'abstention d'agir soit délibérée et que l'Etat ou l'organisation criminelle entende, par son abstention, consciemment encourager l'attaque. Toutefois, en précisant que l'on ne peut inférer directement de l'inaction de l'Etat ou de l'organisation en cause l'existence d'une politique, la Commission semble tout de même requérir une certaine activité de leur part, ce qui nous ramène au point de départ.

La lecture des Eléments des crimes sur ce point, y compris des notes qui accompagnent certains éléments, donne une définition de la politique qui sous-tend l'attaque constitutive de crime contre l'humanité inutilement compliquée [61]. Dans tous les cas, si l'on reconnaît qu'il peut y avoir politique de l'Etat au sens de l'article 7 du Statut dans son abstention intentionnelle d'agir, favorisant ainsi l'attaque, il n'en demeure pas moins que cette attaque doit bien être menée, de manière généralisée ou systématique, par une entité organisée. Si ce n'est pas l'Etat, qui par hypothèse s'abstient d'agir, ce ne peut être alors qu'une organisation, qui agirait avec le soutien tacite de l'Etat. Au contraire, il est difficile d'imaginer une abstention délibérée d'agir de la part d'une organisation qui doit, rappelons-le, « *avoir pour but une telle attaque* » [62].

L'Etat ou toute autre organisation doit donc directement intervenir dans la commission du crime contre l'humanité, puisque l'attaque doit être l'application ou la poursuite d'une politique de sa part. Il n'est pas certain que cette exigence supplémentaire apporte quelque chose de nouveau au droit en vigueur. Nous l'avons vu, les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ont déjà pris en compte, largement, l'existence d'une telle politique, pour apporter la démonstration du caractère systématique de l'attaque en cause. Si cette condition est là pour s'assurer que des actes isolés ne seront pas réprimés comme des crimes contre l'humanité, les conditions précédentes d'attaque généralisée ou systématique suffisaient. Cette condition renforce en fait, et l'explique, la condition alternative d'une attaque massive ou systématique mais, érigée en élément constitutif, elle ajoute à la difficulté de démontrer l'existence de l'attaque.

C. Une attaque lancée contre une population civile

L'attaque généralisée ou systématique doit être lancée contre une population civile au sens de l'article 7 paragraphe 1 du Statut, précisant qu'il doit s'agir d'une « *population civile quelconque* » [63]. Cette exigence est constante dans l'histoire du crime contre l'humanité et constitue incontestablement l'état du droit international coutumier en la matière. Elle se retrouvait déjà, notamment, dans les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.

L'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie précise que les crimes doivent « *être dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit* ». Cette condition avait d'ailleurs été interprétée comme présupposant l'existence d'une attaque massive ou systématique, aujourd'hui expressément établie dans le texte du Statut de la Cour pénale internationale.

---

[61] Voir Mauro Politi, *Elements of Crimes*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I. pp. 460-466.
[62] Art. 7 §2 lit. (a) *in fine* CPI.
[63] Art. 7 §2 lit. (a) CPI.

Le terme de population doit être entendu comme impliquant des crimes de nature collective, excluant des actes individuels ou isolés. Ce qu'il convient de réprimer dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique est plus un type de comportement collectif que des actes spécifiques : « *Ainsi, 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 une population civile ciblée* » [64].

Toutefois, ceci ne signifie pas que toute la population doive être victime de ces crimes ni sujette à l'attaque. Il suffit qu'un nombre suffisant d'individus appartenant à cette population soit l'objectif de l'attaque en cours, ce qui devra être démontré en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce et ne peut se définir clairement de manière générale et abstraite [65].

C'est ce que confirme encore récemment le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans le jugement rendu en l'affaire *Stakic*, le 31 juillet 2003 : « *Il n'est pas nécessaire que toute la population de l'entité géographique dans laquelle s'est déroulée l'attaque y ait été soumise : '[i]l suffit de démontrer qu'un nombre suffisant d'individus ont été pris pour cible au cours de l'attaque, ou qu'ils l'ont été d'une manière telle que la Chambre est convaincue que l'attaque était effectivement dirigée contre une "population" civile, plutôt que contre un nombre limité d'individus choisis au hasard'. En outre, l'expression 'dirigée contre' doit être interprétée comme signifiant que la population civile doit être la cible principale de l'attaque* » [66].

Cette population victime de l'attaque doit être « *civile* ». Cette qualification est ferme et précise mais doit néanmoins s'interpréter largement : « *L'intention semble être de donner une définition large des termes 'population' et 'civile'. L'objet et le but des principes généraux et des règles du droit humanitaire en donnent une première confirmation. C'est notamment le cas des règles prohibant les crimes contre l'humanité, qui ont pour objectif de protéger les valeurs humaines fondamentales en bannissant les affronts à la dignité humaine. 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. Tout en étant tenue par la limitation explicite inscrite à l'article 5, la Chambre de première instance estime qu'il convient néanmoins d'interpréter le terme 'civils' au sens large, et ce, d'autant plus que cette limitation n'est pas conforme au droit international coutumier* » [67].

Au sens du droit international des conflits armés, est civile toute personne qui n'est pas un combattant ayant droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture [68] et qui n'est pas membre des forces armées, telles que définies par le premier Protocole additionnel à ces Conventions [69]. En cas de doute, l'article 50 du premier Protocole additionnel prévoit de considérer une personne comme civile. Cette même disposition entend par population civile l'ensemble de toutes les personnes civiles.

Pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il est évident dès l'affaire *Tadic*, que la population visée doit être essentiellement de caractère civil, la présence de certaines personnes non civiles en son sein ne modifiant pas son

[64] TPIY, Tadic, §644.
[65] Voir TPIY, Kunarac et al., §424 et TPIY, Naletilic et Martinovic, §235 ; également TPIR, Bagilishema, §80.
[66] TPIY, Stakic, §624.
[67] TPIY, Kupreskic et al., §547.
[68] Voir art. 4 IIIème Convention de Genève.
[69] Voir art. 43 Protocole I aux Conventions de Genève.

caractère général, reprenant ainsi le contenu de l'article 50 paragraphe 3 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Une définition large de la population civile est justifiée. La présence de personnes participant directement au conflit ne devrait donc pas empêcher de qualifier une population de civile et les personnes engagées dans un mouvement de résistance peuvent être classées comme victimes de crimes contre l'humanité [70].

Plus précisément, ce même Tribunal dans une décision ultérieure a jugé que la population civile regroupe toutes les personnes qui, bien que portant ou ayant porté des armes, n'ont pas exercé à proprement parler d'activités militaires. « *La Chambre estime donc que la notion de population civile, telle qu'utilisée à l'article 5 du Statut, englobe, outre les civils au sens strict, toutes les personnes mises hors de combat au moment de la perpétration du crime* » [71].

Il en découle, de jurisprudence constante, que le caractère civil de la population visée s'apprécie globalement et non individuellement, individu par individu. Ce qui compte c'est bien que la population en elle-même puisse être considérée comme civile, ce qui sera le cas si elle l'est de manière prédominante. La population contre laquelle l'attaque est dirigée est considérée comme une population civile si elle est composée essentiellement de civils. L'expression population civile englobe les personnes qui ont pu, à un moment donné, faire de la résistance et les personnes hors de combat, et la présence de certains non civils en son sein ne remet pas en cause son caractère [72].

Les termes utilisés dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *une population civile quelle qu'elle soit* », qui sont comparables à ceux de « *population civile quelconque* » employés dans le Statut de Rome, ont été interprétés comme signifiant « *indéniablement que les crimes contre l'humanité peuvent être commis contre des civils de la même nationalité que l'auteur ou contre des civils apatrides ainsi que ceux d'une nationalité différente* » [73]. Cette précision se comprend surtout si l'on garde en mémoire que les crimes de guerre doivent généralement être commis contre des personnes protégées au sens du droit des conflits armés, ce qui concerne des populations de nationalité ennemie ou reliée d'une manière ou d'une autre à la partie au conflit opposée.

C'est dans ce sens qu'une Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé, lorsqu'il s'agit de déterminer si une population civile donnée a été attaquée, qu'il importe peu que la partie adverse ait commis ou non des atrocités contre la population civile de l'ennemi. L'existence d'une attaque par une partie au conflit contre la population civile de l'autre camp ne justifie pas l'attaque en riposte contre la population civile de cette partie, pas plus qu'elle n'écarte la conclusion que les forces de cette partie s'en prenaient en fait à la population civile de l'autre. Chaque attaque contre la population civile de l'ennemi est illégitime et les crimes commis dans le cadre de pareilles attaques peuvent, si toutes les autres conditions sont remplies, recevoir la qualification de crimes contre l'humanité [74].

---

[70] Voir TPIY, Tadic, §§638-643.
[71] TPIY, Jelisic, §54 ; dans le même sens voir TPIR, Akayesu, §6.4.
[72] Voir TPIY, Naletilic et Martinovic, §235 ; voir également TPIY, Krnojelac, §56 ; TPIY, Kunarac et al., §425 ; TPIR, Rutaganda, §72
[73] TPIY, Tadic, §635, voir également dans le même sens TPIY, Kunarac et al., §423.
[74] Voir TPIY, Kunarac, Appel, §87.

Les qualités particulières de la population civile victime de l'attaque constitutive de crime contre l'humanité sont donc totalement irrelevantes ; peu importe en particulier l'appartenance nationale, raciale, ethnique, politique, culturelle ou religieuse de cette population, de même que son caractère homogène ou non.

L'attaque doit être « *lancée contre* » une population civile au sens du Statut de Rome, les crimes devant être « *dirigés contre* » cette même population au sens des Statuts des deux tribunaux *ad hoc*, ce qui est synonyme et s'inscrit donc dans la continuité des éléments développés par la jurisprudence de ces deux juridictions. En ce sens, les termes employés soulignent que c'est bien la population civile, en tant que telle, qui doit être la victime de l'attaque, l'objectif principal de cette attaque. Elle doit l'être en tant que population et donc en tant qu'objectif collectif, ce qui exclut les attaques individuelles, de même qu'elle doit l'être en tant que population civile, ce qui exclut notamment du champ du crime contre l'humanité les dommages dits collatéraux générés par une attaque militaire contre des objectifs militaires légitimes, ce qui ne saurait préjuger d'une éventuelle qualification de crimes de guerre de ces mêmes actes [75].

La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a tenté de déterminer les critères qui lui permettraient de conclure que c'est effectivement une « *population* » civile qui a été la cible principale de l'attaque. Elle a arrêté qu'il convient de tenir compte notamment « *des moyens et méthodes utilisés au cours de l'attaque, du statut des victimes, de leur nombre, du caractère discriminatoire de l'attaque, de la nature des crimes commis pendant celle-ci, de la résistance opposée aux assaillants à l'époque, ainsi que de la mesure dans laquelle les forces attaquantes semblent avoir respecté ou essayé de respecter les précautions édictées par le droit de la guerre. Dans la mesure où les crimes contre l'humanité allégués ont été commis au cours d'un conflit armé, le droit de la guerre offre un cadre de référence fiable, à l'aune duquel la Chambre peut apprécier la nature de l'attaque et la légalité des actes commis à l'occasion de celle-ci* » [76].

Il est vrai que si le crime contre l'humanité est commis au cours d'un conflit armé ou en lien quelconque avec lui, lien qui n'est plus exigé aujourd'hui mais qui n'en est pas pour autant exclu, le *corpus* législatif du droit des conflits armés est une source particulièrement importante. Ce champ du droit international reposant essentiellement sur la distinction entre personnes et biens militaires et civils, une telle distinction est un indice précieux pour déterminer la qualité de la population victime de l'attaque généralisée ou systématique. Son intérêt n'est d'ailleurs pas limité aux situations dans lesquelles un crime contre l'humanité est commis au cours d'un conflit armé. La qualité civile ou militaire ne s'acquiert en effet pas à l'ouverture des hostilités et l'on peut largement considérer une population comme civile notamment sur la base du droit des conflits armés, même en temps de paix.

Cette exigence d'une attaque dirigée contre une population civile conduisit une Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à penser que « *c'est l'esprit du texte que la spécificité du crime contre l'humanité tient non pas principalement à la qualité de la victime mais bien à l'ampleur et à l'organisation dans laquelle ceux-ci doivent s'inscrire* ». Reprenant le terme « *dirigé* » dans une note de bas de page, cette Chambre a tenu à préciser : « *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.*

[75] Voir TPIY, Kunarac et al., §§421-422.
[76] TPIY, Kunarac, Appel, §91.

En d'autres mots, s'il est démontré que l'auteur des exactions avait comme intention première de porter atteinte à une population civile, celui-ci pourrait être reconnu coupable de crime contre l'humanité même si l'attaque avait entraîner (sic) *des victimes non seulement civiles mais également militaires* » [77].

Ceci démontre que, dans l'approche de ce Tribunal, la qualité concrète et effective de la population visée comme civile importe finalement moins que la perception subjective que l'auteur en avait. Cette position ne nous semble guère soutenable face à la lettre et à l'esprit du Statut de la Cour pénale internationale. En effet, il apparaît clairement que le caractère civil de la population, même s'il doit être entendu dans un sens large permettant d'y inclure toutes les personnes civiles ou non combattantes, est fondamental dans la commission du crime contre l'humanité. Le terme « *civil* » apparaît ainsi, avec insistance, trois fois dans l'article 7, une fois au paragraphe 1 et deux au paragraphe 2 lettre (a). Il s'agit dès lors d'une circonstance objective nécessaire à la qualification du crime qui ne dépend pas de l'appréciation subjective de l'auteur.

En conclusion sur ce point et avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le crime contre l'humanité ne concerne donc pas seulement des actes commis à l'encontre de civils au sens strict du terme, mais englobe également des exactions perpétrées contre deux catégories de personnes : celles qui appartiennent à un mouvement de résistance ou celles qui ont été combattants, sous uniforme ou non, mais ne participent plus aux hostilités au moment de la perpétration des crimes, soit qu'elles avaient quitté l'armée, soit qu'elles ne portaient plus les armes ou soit enfin qu'elles avaient été mises hors de combat, notamment du fait de leurs blessures ou de leur détention. Il s'ensuit également que la situation concrète de la victime au moment où les crimes sont commis, plutôt que son statut, doit être pris en compte pour déterminer sa qualité de civil. Il en résulte enfin que la présence de militaires, au sein de la population civile qui fait l'objet d'une attaque délibérée, ne modifie pas le caractère civil de celle-ci [78].

[77] TPIY, Blaskic, §208 et note 401.
[78] Voir TPIY, Blaskic, §214 ; c'est également la conclusion de Rodney Dixon, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 127, *ad* art. 7 CPI.

IV. La *mens rea* : la connaissance de cette attaque et l'intention d'y participer

Nous avons exposé plus haut les circonstances factuelles qui ont permis au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de conclure, dans l'affaire *Naletilic et Martinovic*, à l'existence d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, ainsi que de démontrer que les deux coaccusés savaient que l'attaque se déroulait et qu'ils avaient l'intention, par leurs actes, d'y participer.

Le Statut pose ici le premier élément intentionnel spécifique au crime contre l'humanité, applicable à tous les éléments spéciaux énumérés au premier paragraphe de son article 7. Cet élément intentionnel s'analyse dans le cadre général de l'article 30 du Statut et comprend les deux éléments essentiels portant sur l'intention d'agir dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et sur la connaissance de cette attaque.

L'auteur doit donc, premièrement, avoir la connaissance de l'attaque en cours, savoir qu'elle se déroule actuellement. Au sens du Statut, il doit donc être conscient que l'attaque existe, qu'elle est en cours [79]. Il ne doit pas en connaître tous les détails, ni la qualification juridique qui en résulte. Cette connaissance peut être effective ou déduite des circonstances de l'espèce. Nous avons vu que le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Naletilic et Martinovic* a estimé que les circonstances de l'espèce démontraient à satisfaction de droit que les coaccusés ne pouvaient pas ne pas savoir qu'une telle attaque était en cours.

Dans le même sens, ce Tribunal a jugé, dans l'affaire *Jelisic* : « *L'accusé doit être, en outre, conscient que le crime sous-jacent qu'il commet s'inscrit dans le cadre de l'attaque massive ou systématique* ». L'accusé faisait partie des forces serbes qui ont pris part à l'opération menée à Brko contre la population civile non serbe et c'est bien en prévision et au service de cette attaque qu'il se vit confier des tâches de police sur la municipalité de Brko. Goran Jelisic ne pouvait donc pas ignorer le caractère massif ou systématique de l'attaque à l'encontre de la population civile non serbe de Brko car il en était l'un des participants actifs [80].

Cette connaissance peut être établie selon les circonstances de l'espèce, comme dans les affaires *Naletilic et Martinovic* ou *Jelisic* susmentionnées. Plus généralement, le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a établi que, en plus de l'intention de commettre le crime, l'accusé doit savoir qu'il existe une attaque dirigée contre une population civile et il doit savoir que ses actes font partie de cette attaque ou, pour le moins, assumer le risque qu'il en soit ainsi. « *This, however, does not entail knowledge of the details of the attack. It is sufficient that through his acts or the function which he willingly accepted, he knowingly took the risk of participating in the implementation of that attack* » [81].

En relevant l'alternative entre savoir, d'une part, et prendre le risque, d'autre part, que ces actes soient liés à l'attaque en cours, le Tribunal entend-il inclure dans l'incrimination la participation à l'attaque par dol éventuel ?

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé avec précision que ce qui transforme l'acte d'un individu en crime contre l'humanité est notamment le fait que cet acte, d'un niveau de gravité accru, est commis dans un contexte plus large.

[79] Voir Art. 30 §3 CPI.
[80] TPIY, Jelisic, §§56-57.
[81] TPIY, Krnojelac, §59.

« *De ce fait, une connaissance objective ou raisonnée du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque s'avère nécessaire pour que la* mens rea *exigée soit constatée* » [82].

Plus encore que la connaissance de cette attaque, l'auteur doit la percevoir comme le contexte général au sein duquel il agit lui-même. Le Statut exige effectivement que le crime soit commis « *dans le cadre* » de cette attaque. Si l'auteur profite des crimes massifs commis dans le cadre de l'attaque en cours pour régler des querelles de voisinage et abattre son voisin, il n'agit pas dans le cadre de l'attaque. Il faut, pour que l'auteur agisse dans le cadre de l'attaque, qu'il en suive le mouvement général.

C'est ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé dès l'Affaire *Tadic* que si l'auteur a la connaissance, soit effective, soit virtuelle, que des actes criminels sont commis d'une manière généralisée ou systématique et s'il n'a pas commis son acte dans un dessein purement personnel sans aucun lien avec l'attaque contre la population civile, cela suffit pour le tenir responsable de crimes contre l'humanité. Par conséquent, l'auteur doit savoir que se déroule une attaque contre la population civile, savoir que son acte s'accorde avec l'attaque en cours et ne pas le commettre pour des mobiles purement personnels sans lien avec le conflit armé [83].

Il doit donc exister un lien entre l'acte criminel de l'auteur et l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile, lien qui consiste en deux éléments : premièrement, la commission d'un acte qui, par sa nature ou par ses conséquences, fait objectivement partie de l'attaque et, deuxièmement, la connaissance par l'auteur de l'attaque menée contre la population civile et du fait que son acte s'inscrit dans le cadre de cette attaque. Par contre, ce lien avec l'attaque n'exige pas que les actes de l'accusé y occupent une place particulière : « *S'il est nécessaire que les actes de l'accusé fassent partie de l''attaque' contre la population civile, il n'est pas exigé, en revanche, qu'ils aient été commis au centre de celle-ci. Pour peu qu'il y ait un lien suffisant, un crime commis avant ou après l'attaque principale contre la population civile ou à distance de celle-ci peut encore être considéré comme en faisant partie. Il ne saurait cependant s'agir d'un acte isolé. Un crime serait considéré comme un 'acte isolé' si, compte tenu du contexte et des circonstances de sa commission, il est si éloigné de l'attaque en question que nul ne saurait raisonnablement soutenir qu'il en faisait partie* » [84].

L'appréciation de ce lien dépendra des circonstances. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estime ainsi que même un acte commis quelques mois après l'attaque ou à plusieurs kilomètres du lieu de son occurrence peut lui être suffisamment relié pour s'inscrire dans son cadre [85]. Il est douteux que ce puisse continuer à être le cas devant la Cour pénale internationale. En effet, la connaissance est définie comme le fait d'être conscient qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements [86]. Si l'attaque n'a pas commencé ou si elle a cessé, en tant que circonstance, elle n'existe pas ou plus. Il convient donc, pour que cette circonstance existe, que l'attaque soit en cours ou, pour le moins, que l'auteur se situe au lieu et au moment d'agir, dans un lien suffisamment étroit avec elle pour qu'il soit conscient que l'attaque existe.

---

[82] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §134. Cette conclusion est reprise depuis, notamment par TPIR, Bagilishema, §§94-95 et par TPIR, Rutaganda, §71.
[83] Voir TPIY, Tadic, §659.
[84] TPIY, Kunarac, Appel, §§98-99.
[85] Voir TPIY, Krnojelac, §55.
[86] Voir art. 30 §3 CPI et *supra* chapitre 3.

Il résulte de ce lien nécessaire entre l'acte de l'auteur et l'attaque généralisée ou systématique que la *mens rea* exigée porte, premièrement, sur l'acte effectivement commis, qui sera l'un de ceux constitutifs de crimes contre l'humanité, combiné avec la connaissance du contexte général et l'intention d'y participer : « *Il doit être établi que l'accusé savait que la population civile faisait l'objet d'une attaque et que ses actes s'inscrivaient dans le cadre de celle-ci, 'ou du moins [qu'il a pris] le risque que son acte participe de cette attaque'* » [87] .

La participation de l'auteur à l'attaque doit être intentionnelle au sens de l'article 30 du Statut, c'est-à-dire qu'il doit vouloir adopter le comportement criminel qui est le sien, en tant que participation à l'attaque. L'auteur commettra intentionnellement le meurtre, le viol ou la torture sous-jacents à l'attaque, en connaissant le lien qui existe entre son comportement et l'attaque. En ce sens, sa participation à l'attaque ne peut qu'être intentionnelle et non relever du dol éventuel.

Néanmoins, il n'en demeure pas moins que les motifs personnels de l'auteur, ses mobiles, sont sans importance, ou, comme l'a jugé le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ne sont pas particulièrement pertinents [88]. Ce qui compte c'est qu'il s'associe intentionnellement à l'attaque en cours par ses actes criminels et non les raisons qui le poussent à agir, qui ne sont d'importance que lorsqu'il s'agit d'apprécier les éléments constitutifs du crime de persécution sur lequel nous reviendrons [89].

La question reste controversée de savoir si les actes de l'auteur doivent également se trouver en relation avec la politique ou le plan à l'origine de l'attaque ou l'entourant. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a établi que l'existence d'une telle politique ou d'un tel plan était un élément de preuve comme un autre de l'occurrence d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Ce n'est toutefois pas un élément du crime, exigé ni par le Statut de ce Tribunal ni par le droit international coutumier [90]. C'est ainsi que ce Tribunal a jugé qu'il n'est pas exigé que l'accusé partage le but ou l'objectif assigné à l'attaque et qu'il importe peu également qu'il ait entendu diriger ses actes contre la population visée ou seulement contre sa victime. C'est en effet l'attaque qui doit être dirigée contre cette population et non les actes de l'accusé, et ce dernier doit seulement savoir que ses actes s'inscrivent dans le cadre général de cette attaque. 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 [91].

Toutefois, contrairement aux Statuts des deux Tribunaux *ad hoc*, celui de la Cour pénale internationale comprend une référence expresse à la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle. L'attaque doit ainsi être menée en application ou dans la poursuite de cette politique. La connaissance et l'intention de l'auteur doivent porter sur l'attaque, puisque le Statut exige que l'acte soit commis dans le cadre et en connaissance de cette attaque. La politique qui en est à l'origine ou qui l'entoure ne semble pas requérir la connaissance ni l'approbation de l'auteur. Néanmoins, cette politique est clairement un élément constitutif de l'attaque sur laquelle la *mens rea* de l'auteur doit porter. Doit-elle porter sur tous les éléments

[87] TPIY, Stakic, §626 ; voir également TPIY, Kupreskic et al., §556 et TPIY, Naletilic et Martinovic, §237.
[88] Voir TPIR, Bagilishema, §§94-95 ; voir également TPIY, Tadic, Appel fond, §248 ; TPIY, Kunarac et al., §433.
[89] Voir *infra* chapitre 12.
[90] Voir TPIY, Naletilic et Martinovic, §234.
[91] Voir TPIY, Kunarac, Appel, §103.

constitutifs de l'attaque ou uniquement sur son existence ? Agir « *dans le cadre d'une attaque (…) et en connaissance de cette attaque* » permet difficilement à l'auteur d'ignorer simplement la politique à laquelle elle obéit. Il convient alors de conclure sur ce point que la *mens rea* de l'auteur doit, dans le Statut de la Cour pénale internationale, porter sur tous les éléments matériels des crimes, au sens de l'article 30 du Statut. Elle doit donc porter sur l'attaque et sur ses éléments constitutifs, à savoir son caractère généralisé ou systématique, le fait qu'elle soit lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [92].

En complément sur ce point, une organisation agit non seulement dans le cadre d'une politique mais elle poursuit un but précis au sens du Statut. But et politique peuvent se confondre et il est en tout cas certain que la politique suivie permettra sans doute d'atteindre le but criminel fixé, sans que celui-ci ne soit toujours facilement identifiable *a priori* derrière la politique menée. L'auteur doit connaître la politique dans laquelle l'attaque est menée et cela suffit à sa *mens rea*. Rien n'exige en plus qu'il connaisse ou partage le but même de l'organisation à l'origine de l'attaque, ce qui a trait aux mobiles de l'auteur, dont nous avons déjà conclu qu'ils sont irrelevants. L'organisation n'est pas criminelle en soi, en ce sens qu'elle n'engage pas sa responsabilité pénale de personne morale, ses buts ne sont donc qu'un élément d'appréciation générale et non un élément constitutif supplémentaire.

[92] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 72-73.

V. Conclusion : les éléments constitutifs de l'attaque

En conclusion, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs généraux des crimes contre l'humanité auxquels viendront s'ajouter les éléments spécifiques à chacun des actes énumérés à l'article 7 du Statut.

A. Eléments matériels

1. L'attaque doit être généralisée ou systématique, c'est-à-dire composée de la commission multiple d'un ou de plusieurs des éléments constitutifs de crime contre l'humanité au sens de l'article 7, paragraphes 1 et 2 du Statut, à savoir
    a. Meurtre,
    b. Extermination,
    c. Réduction en esclavage,
    d. Déportation ou transfert forcé de population,
    e. Emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international,
    f. Torture,
    g. Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable,
    h. Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux, ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec :
        i. tout acte constitutif de crime contre l'humanité au sens de l'article 7 paragraphes 1 et 2, et/ou
        ii. tout acte constitutif de génocide au sens de l'article 6, et/ou
        iii. tout acte constitutif de crime de guerre au sens de l'article 8,
    i. Disparitions forcées de personnes,
    j. Crime d'apartheid,
    k. Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ;
2. Elle doit être lancée contre une population dont le caractère civil, au sens large, est prédominant ;
3. Elle doit être conduite en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle ayant pour but une telle attaque ;
4. L'acte commis par l'auteur doit être l'un de ceux participant à l'attaque.

B. Eléments psychologique

1. Intention

1. L'auteur doit avoir l'intention d'associer son ou ses actes à l'attaque en cours.

2. Connaissance

1. L'auteur doit savoir que l'attaque est en cours ;
2. L'auteur doit savoir que l'attaque est menée par l'Etat ou une organisation ayant pour but une telle attaque ;
3. L'auteur doit connaître la politique de l'Etat ou de l'organisation qui mène l'attaque ;
4. L'auteur doit savoir que l'attaque est menée contre une population civile.

B. Les éléments constitutifs spéciaux des crimes contre l'humanité

Chapitre 5

Le meurtre

Le meurtre est le premier des crimes contre l'humanité à apparaître dans la liste de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. C'est une incrimination classique, qui a toujours figuré dans les divers instruments internationaux relatifs aux crimes contre l'humanité. Par ailleurs, le meurtre est une infraction connue de tous les systèmes juridiques nationaux et ses éléments constitutifs sont aisément identifiables.

Néanmoins, en droit international, cette infraction appelle certains commentaires particuliers. Premièrement, le meurtre est la négation du premier des droits de l'homme, le droit à la vie. Toutefois, même la protection du droit à la vie connaît quelques exceptions assez strictement délimitées. Le prononcer et l'exécution de la peine de mort sont également réglementés. Ce n'est que hors du cadre de ces exceptions que l'on pourra parler d'exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires et donc éventuellement de meurtre au sens de l'article 7 du Statut.

Les situations de conflits armés, internationaux ou non, connaissent l'application de règles particulières, qui s'appliquent en plus des règles de protection des droits de l'homme. Il convient donc de déterminer sur ces bases la qualité des personnes qui peuvent légitimement être tuées dans le cadre des opérations armées. Ce n'est que lorsque la victime sera une personne protégée que l'on pourra parler de meurtre ou d'homicide au sens du Statut.

Dans le domaine qui nous occupe ici du droit international pénal, le meurtre apparaît comme constitutif tant de génocide, que de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre, avec cependant certaines différences d'appellation. Ainsi, si l'on parle de meurtre aux articles 6 et 7 du Statut, on parle d'homicide intentionnel ou d'atteintes à la vie à l'article 8.

Enfin, les crimes contre l'humanité, que, traditionnellement, l'on scinde en deux groupes d'infractions, l'un de type meurtre, l'autre de type persécution, ont connu des qualifications différentes, la plupart des textes internationaux incriminant l'assassinat, comme c'est le cas, par exemple, des Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, et non le meurtre, comme dans le Statut de Rome.

Il convient donc d'analyser successivement tous ces points afin de déterminer le champ d'application de l'infraction de meurtre comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale et d'en établir précisément les éléments constitutifs.

I. La protection de la vie en droit international

A. Le droit à la vie

Le droit à la vie est protégé par tous les instruments, universels ou régionaux, des droits de l'homme. Le principe premier en est posé par la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui dispose que « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* » [1].

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ajoute, en son article 6, que ce droit est « *inhérent* » à la personne humaine. C'est la seule disposition, dans ce domaine du droit, qui reconnaisse cette qualité à l'un des droits protégés. Elle signifie que le droit à la vie est inséparable de la qualité de personne humaine et que son existence est bien antérieure à sa reconnaissance formelle [2]. Tous les autres instruments internationaux en matière de droit de l'homme reconnaissent, en des termes proches, le droit à la vie comme le premier des droits énoncés [3].

Le droit à la vie est particulièrement important, en ce sens qu'il conditionne l'exercice de tous les autres droits reconnus dans ces instruments. C'est pourquoi, à l'instar, par exemple, de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, aucune circonstance particulière ne peut justifier une limitation du droit de n'être pas arbitrairement privé de la vie. L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de même que les articles 15 de la Convention européenne et 27 de la Convention américaine, interdisent en effet toute dérogation, y compris dans les cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation.

Tous ces textes connaissent par contre certaines exceptions dans lesquelles la mort n'est pas considérée comme étant infligée en violation de la protection du droit à la vie. Le Pacte international relatif aux droits civils et politique interdit toute atteinte arbitraire, alors que la Convention européenne des droits de l'homme élabore plus précisément les critères exhaustifs qui doivent être réunis pour ne pas violer son article 2. Sauf les exceptions prévues au texte des dispositions pertinentes, la mort ne saurait être infligée intentionnellement par les pouvoirs publics ou pour leur compte.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose ainsi que « *nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* » [4]. Le Comité des droits de l'homme a établi que « *arbitraire* », dans ce cas, ne se confondait pas avec « *contraire au droit* » mais devait être interprété plus largement, pour inclure les cas dans lesquels la mort est un résultat inapproprié, injuste ou imprévisible [5]. Ce terme fait toutefois encore

---

[1] Art. 3 DUDH.

[2] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 97.

[3] Voir PIDCP, art. 6 ; CEDH, art. 2 ; Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948), art. 1 ; CADH, art. 4 ; CAfDHP, art. 4. Voir également la Charte arabe des droits de l'homme, adoptée le 15 septembre 1994 et ratifiée actuellement par un seul membre de la Ligue des Etats Arabes, qui proclame le droit à la vie de la même manière que les autres instruments internationaux, voir *Arab Charter on Human* Rights, 1997, 18 HRLJ 151, *in* William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 16.

[4] Art. 6 §1 *in fine* PIDCP.

[5] Voir Comité des droits de l'homme, *Van Alphen v. the Netherlands* (N°305/1988), ONU Doc. A/45/40, vol. II, p. 108, §5.8. Dans l'affaire *Kindler v. Canada*, le Comité des droits de l'homme avait jugé que l'extradition d'une personne du Canada vers les Etats-Unis sans l'assurance qu'il ne serait pas condamné à mort (le Canada ne connaissant pas la peine de mort) n'était pas une privation arbitraire de la vie, l'auteur pouvant bénéficier d'un procès équitable aux Etats-Unis ; toutefois, Rajsoomer Lallah dans une opinion dissidente,

l'objet de controverse quant à l'étendue de sa signification [6]. Une imposition obligatoire de la peine de mort en cas de meurtre, sans égard à l'intention de l'auteur de causer ou non la mort et quelles que soient les circonstances de l'espèce, a été jugée arbitraire par le Comité des droits de l'homme : « *The Committee considers that such a system of mandatory capital punishment would deprive the author of the most fundamental of rights, the right to life, without considering whether this exceptional form of punishment is appropriate in the circumstances of his or her case* » [7].

De la même manière, la Commission Interaméricaine des droits de l'homme a estimé que le sens courant de l'arbitraire « *connotes an action or decision that is based on random or convenient selection or choice rather than on reason or nature* » [8]. Pour cette instance, une décision arbitraire « *includes one that is taken in the absence of a reasoned consideration of the circumstances of the case in respect of which the decision is made* » [9]. Globalement, toute exécution d'une peine capitale, alors que l'accusé n'a pas eu droit à un procès équitable, est une privation arbitraire de la vie [10].

B. Les exceptions autorisées

En règle générale, ne sont pas considérés comme violant le droit à la vie, les meurtres résultant d'un recours à la force rendu absolument nécessaire. La Convention européenne des droits de l'homme considère que le recours à la force peut être rendu nécessaire dans trois cas, soit pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale, pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue, enfin, pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection [11].

Dans tous ces cas, l'usage de la force par les autorités doit être strictement proportionné au but recherché. En effet, la mort ne peut être le résultat que d'un recours à la force rendu absolument ou strictement nécessaire. Le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1979, dispose, en son article 3, que les représentants de la loi peuvent recourir à la force seulement quand cela est strictement nécessaire et dans la mesure exigée par l'accomplissement de leurs fonctions. Le commentaire de l'Assemblée générale précise que le recours à la force doit être exceptionnel, dans la mesure où cela est raisonnablement considéré comme nécessaire vu les circonstances

---

estima que c'était, au contraire, arbitraire : « *Canada, through its judicial arm, could not sentence an individual to death under Canadian law whereas Canada, through its executive arm, found it possible under its extradition law to extradite him to face the real risk of such a sentence* », Comité des droits de l'homme, *Kindler v. Canada* (N°470/1991), Opinion dissidente de Rajsoomer Lallah, §14.6, ONU Doc. A/48/40, vol. II, p. 138, Voir également le Comité d'expert des Nations Unies chargée d'interpréter ce terme « *arbitraire* » dans la DUDH et le PIDCP, *Study on the right of everyone to be free from arbitrary arrest, detention and exile*, ONU Doc. E/CN.4/826/Rev.1, cités par William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 98-99.

[6] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 99.

[7] Comité des droits de l'homme, *Thompson v. St Vincent and the Grenadines* (N°806/1998), ONU Doc. CCPR/C/70/D/806/1998, §8.2, voir également William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 100.

[8] Inter-American Commission of Human Rights, *Baptiste v. Grenada* (Case N°11.743), Report N°38/00, du 13 avril 2000, §84.

[9] Inter-American Commission of Human Rights, *Knights v. Grenada* (Case N°12.028), Report N°47/01, du 4 avril 2001, §77.

[10] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 338-341.

[11] Voir l'art. 2 §2 lit. (a) à (c) CEDH et l'article de Gilbert Guillaume qui lui est consacré, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, pp. 145 et ss.

et proportionné au but légitime poursuivi. L'emploi d'armes à feu est considéré comme un moyen extrême, tout devant être entrepris pour l'exclure [12].

Plus précisément encore, les Principes de base relatifs à l'emploi de la force et des armes à feu, adoptés au 8ème Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des criminels, qui se tint à La Havane en 1990, expose les conditions dans lesquelles l'usage de la force, notamment des armes à feu, est admissible, rappelant que même dans ce cadre, le droit à la vie doit être respecté : « *4. Les responsables de l'application des lois, dans l'accomplissement de leurs fonctions, auront recours autant que possible à des moyens non violents avant de faire usage de la force ou d'armes à feu. Ils ne peuvent faire usage de la force ou d'armes à feu que si les autres moyens restent sans effet ou ne permettent pas d'escompter le résultat désiré. 5. Lorsque l'usage légitime de la force ou des armes à feu est inévitable, les responsables de l'application des lois : (a) En useront avec modération et leur action sera proportionnelle à la gravité de l'infraction et à l'objectif légitime à atteindre ; (b) S'efforceront de ne causer que le minimum de dommages et d'atteintes à l'intégrité physique et de respecter et de préserver la vie humaine ; (c) Veilleront à ce qu'une assistance et des secours médicaux soient fournis aussi rapidement que possible à toute personne blessée ou autrement affectée ; (d) Veilleront à ce que la famille ou des proches de la personne blessée ou autrement affectée soient avertis le plus rapidement possible* » [13].

Bien que ces principes ne possèdent pas directement de force obligatoire pour les Etats, ils n'en demeurent pas moins considérés comme exprimant des règles générales, existant le plus souvent dans la législation interne des Etats [14]. Les juridictions internationales en matière de droits de l'homme ont ainsi reconnu la force des principes de nécessité et de proportionnalité.

Dans ce domaine, au niveau international tout d'abord, il convient de relever l'affaire *Guerrero c. Colombie*, dans laquelle le Comité des droits de l'homme eut à connaître des suites d'une intervention de la police Colombienne. Des membres de celle-ci s'étaient cachés dans une maison prétendument occupée par des guérilleros maintenant un otage prisonnier et, n'y ayant trouvé personne, attendaient l'éventuel retour de ces suspects. Sept personnes qui s'étaient présentées dans cette maison ont été tuées sans sommation, dont Madame Guerrero. Le Comité relève que l'action policière « *was apparently taken without warning to the victims and without giving them any opportunity to surrender to the police patrol or to offer any explanation of their presence or intentions* ». En cherchant quels pouvaient être les critères justifiant l'intervention de la police, le Comité a relevé qu'il n'y avait aucune preuve que cette action eût été nécessaire à sa protection ou à la protection de tiers ni qu'elle fût nécessaire pour arrêter ces personnes ou pour prévenir leur fuite. Le Comité a donc conclu que l'action de la police ayant entraîné la mort de Madame Guerrero et de six autres personnes « *was disproportionate to the requirement of law enforcement in the circumstances of the case and that she was arbitrarily deprived of her life contrary to article 6(1)* » du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [15].

Au niveau européen, dans l'Affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme était confrontée au cas de trois membres de l'IRA tués par les forces de sécurité britannique, qui croyaient que les victimes étaient armées et en possession d'un détonateur susceptible de provoquer l'explosion d'une

[12] Voir *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*, ONU Doc. A/RES/34/169 (1979).
[13] Voir *Principes de base relatifs à l'emploi de la force et des armes à feu*, adoptés au 8ème Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des criminels, La Havane, 1990.
[14] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners in International Law*, p. 186.
[15] Report of the HR Committee, *Guerrero v. Colombia*, ONU DOC /A37/40 (1982), Annex XI.

voiture piégée. En fait, ces personnes n'étaient ni armées ni porteuses d'un quelconque dispositif de mise à feu d'une bombe. La Cour a ainsi constaté une violation de l'article 2 de la Convention européenne : « *En résumé, eu égard à la décision de ne pas empêcher les suspects d'entrer à Gibraltar, à la prise en compte insuffisante par les autorités d'une possibilité d'erreur dans leurs appréciations en matière de renseignements, au moins sur certains aspects, et au recours automatique à la force meurtrière lorsque les militaires ont ouvert le feu, la Cour n'est pas convaincue que la mort des trois terroristes ait résulté d'un recours à la force rendu absolument nécessaire pour assurer la défense d'autrui contre la violence illégale, au sens de l'article 2 par. 2 a) de la Convention* » [16].

Il convient également de relever que les normes de protection des droits de l'homme s'appliquent non seulement en temps de paix, mais également en temps de guerre. Un conflit armé, international ou non, comporte des règles particulières dont il convient de tenir compte. La distinction entre combattants et non combattants est en ce sens fondamentale et, s'il est permis de tuer un combattant, un non-combattant doit être, en principe, protégé.

Dans le cas des conflits armés de caractère non international, l'article 3 commun aux Conventions de Genève interdit ainsi les « *atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes* » à l'encontre des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités. Cette disposition est reprise et développée à l'article 4 du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève.

En ce qui concerne les situations de conflits armés internationaux, l'ensemble du *jus in bello* protège les personnes ne participant pas ou plus aux combats. Les deux premières Conventions de Genève protègent les malades, blessés et naufragés, la troisième les prisonniers de guerre et la quatrième les civils. L'homicide intentionnel est par ailleurs considéré comme une infraction grave aux Conventions [17].

Nous pouvons en conclure que le droit à la vie, s'il est inhérent à la personne humaine et non susceptible de dérogation, laisse toutefois ouverte la porte à des actions légitimes de l'Etat et de ses agents. Lorsque ceux-ci emploient la force, et particulièrement s'ils emploient des armes à feu, donc des armes particulièrement susceptibles de provoquer la mort, ils ne doivent le faire qu'en dernière extrémité et d'une manière proportionnée au but légitime qu'ils poursuivent. Les mêmes principes s'appliquent également en temps de conflit armé, avec cette précision que la mort ne peut être infligée légitimement, plus largement qu'en temps de paix, qu'à des combattants.

C. Les exécutions extrajudiciaires

La Commission des droits de l'homme a créé le mandat d'un Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires et arbitraires en 1982. Depuis, des rapports annuels sont présentés à la Commission sur ces questions. Le Rapporteur spécial, Madame Asma Jahangir depuis 1998, intervient notamment dans les cas de crimes contre l'humanité.

[16] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1995, A324, §213.
[17] Voir respectivement art. 12 Conv. I et II, art. 13 Conv. III et art. 32 Conv. IV ; en ce qui concerne les infractions graves, voir art. commun 50 Conv. I, 51 Conv. II, 130 Conv. III et 147 Conv. IV.

Dans les cas d'exécutions sommaires, la sentence de mort est usuellement prononcée par un tribunal spécial, tribunal du peuple, cour révolutionnaire ou tribunal militaire, toutes juridictions n'appliquant pas les règles habituelles de procédure ; les procédure se tiennent souvent *in camera*, sans que l'accusé ne soit représenté par un conseil ni ne se voie reconnaître de droit de recourir contre la décision qui le condamne, l'exécution suivant rapidement ladite condamnation [18].

Dans son rapport couvrant la période du 2 décembre 2001 au 1er décembre 2002 [19], Madame le Rapporteur spécial déclare avoir envoyé cent quatre-vingt-huit appels urgents en faveur de plusieurs milliers de personnes et de plusieurs groupes de personnes à cinquante-cinq pays, plus l'Autorité palestinienne. Elle a par ailleurs transmis cinquante-six lettres à quarante-deux pays dénonçant des violations du droit à la vie frappant un grand nombre de particulier et de groupes [20]. Ceci démontre l'ampleur du problème.

Le rapport dénonce particulièrement les décès dus à l'emploi excessif de la force et les décès en détention, ceux dus à des attaques ou à des meurtres perpétrés par les forces de sécurité, des groupes paramilitaires ou des forces privées coopérant avec le gouvernement ou tolérées par celui-ci, l'imposition de la peine capitale par des tribunaux d'exception ou de toute autre manière en violation des restrictions du droit international et les menaces de mort dont sont victimes des journalistes ou des défenseurs des droits de l'homme [21].

Le rapport s'intéresse aussi aux exécutions touchant certains groupes de personnes comme les réfugiés, les femmes et les enfants, les membres de minorités nationales, ethniques, religieuses, linguistiques ou sexuelles. Il dénonce enfin l'impunité qui règne le plus souvent et souligne l'importance de la Cour pénale internationale pour y mettre un terme [22].

En 2003, le Rapporteur spécial a soumis des rapports spécifiques à certaines situations particulièrement préoccupantes, concernant l'Afghanistan, la République démocratique du Congo et le Honduras [23].

Toutes ces situations ont en commun la mort de nombreuses personnes, tuées par les forces armées ou de police d'un Etat ou des forces privées associées à l'Etat ou tolérées par lui, en dehors de tout contrôle de la loi et notamment du droit international. Par exécutions extrajudiciaires, il convient donc de comprendre tous les meurtres perpétrés au nom de l'Etat ou avec son accord, au moins tacite, en dehors des cas prévus par le droit international. La criminalité individuelle n'est pas ici prise en considération [24].

On peut citer, par exemple en Afghanistan, et pour s'en tenir aux violations actuelles, sans entrer dans l'historique du régime taliban, l'exécution sommaire de ceux qui refusent d'être incorporés dans des milices locales, dans le nord du pays, ou l'attaque par les forces américaines d'une fête de mariage à Paghman en octobre 2002 ou encore l'exécution de vingt civils à Borgh, dans le district de Chemtal en janvier 2002 [25].

---

[18] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 101.
[19] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3.
[20] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3, pp. 11-13.
[21] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3, pp. 14-19.
[22] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3, pp. 19-22.
[23] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3/Add. 2 (Honduras), Add. 3 (RDC), Add. 4 (Afghanistan).
[24] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3, pp. 7-9.
[25] Voir Nations Unies, Doc. E/CN.4/2003/3/Add. 4 (Afghanistan).

On peut précisément citer ce cas symptomatique, qui s'est déroulé en août 2002 dans la province de Kandahar : « *A recent recruit of the army had allegedly fired shots at a patrol of United States troops driving by. The American forces left the area, and subsequently the local commander managed to convince the recruit to hand over his weapon. It is reported that the commander then shot and killed the recruit on the spot. It is further reported that the following day the body of the recruit was found hanging from a lamppost in Kandahar with a sign attached to his body with an inscription in Urdu reading 'This is what happens to those who shoot at the Americans'* » [26].

En République démocratique du Congo, les événements ayant présidé à la visite du Rapporteur spécial se sont déroulé le 14 mai 2002 et immédiatement après, à Kisangani. Le rapport établit l'exécution sommaire d'au moins quarante-huit civils et quarante et un soldats et policiers, relevant notamment l'épisode suivant : « *Pendant la nuit du 14 mai [2002], on a également vu des camions transportant des policiers et des soldats en état d'arrestation arriver au pont de Tshopo et à UNIBRA beach. Des soldats du RCD-Goma auraient bloqué tous les accès au pont avant cette opération. D'après les témoins, un grand nombre de policiers et de soldats, les mains liées, avaient reçu l'ordre de se coucher par terre et avaient ensuite été abattus, tués à coups de machette ou égorgés sur le pont de Tshopo par des soldats loyalistes du RCD-Goma* » [27].

Enfin, la caractéristique essentielle du Rapport relatif aux exécutions sommaires au Honduras touche les enfants des rues. Entre 1998 et 2000, les organisations non gouvernementales ont recensé six cent six cas d'exécutions sommaires dont trois cent soixante-huit concernaient des enfants. Le rapport mentionne particulièrement deux cas : « *In a letter addressed to the Minister for Public Security of 6 August 1999, the Special Rapporteur raised the case of Alexander Obando Reyes, 17 years of age, who was allegedly killed by police in April 1999. It was reported that Reyes was in a park in Tegucigalpa together with a friend when, at around 10 p.m., a police officer appeared and opened fire, injuring Reyes in his abdomen and chest. Reyes allegedly died the following day at hospital. (…) In the same letter, the Special Rapporteur also referred to the case of Edy Nahum Donaire Ortega, 17 years old, who died after having been shot by police officers on 21 January 2000. It appears that Ortega had been arrested and was being taken back to the police station after having appeared before a court, when he escaped. A police officer reportedly apprehended Ortega, who was unarmed, and shot him in the leg. He allegedly died from loss of blood, as the bullet had severed an artery* » [28].

Les cas d'exécutions extrajudiciaires sont donc suffisamment nombreux et préoccupants pour justifier le mandat d'un Rapporteur spécial qui, depuis maintenant vingt-deux ans, dénonce des cas similaires de violation du droit à la vie. Le Rapporteur spécial intervient, nous l'avons dit, particulièrement en cas de crime contre l'humanité, considérant à juste titre que ces exécutions sommaires ou arbitraires, vu leur caractère massif et systématique dans certains pays, peuvent relever du meurtre au sens de l'article 7 paragraphe 1 lettre (a) du Statut de Rome [29].

[26] Voir Nations Unies, Doc. E/CN.4/2003/3/Add. 4 (Afghanistan).
[27] Voir Nations Unies, Doc. E/CN.4/2003/3/Add. 3 (RDC).
[28] Voir Nations Unies, Doc. E/CN.4/2003/3/Add. 2 (Honduras).
[29] Voir ONU Doc. E/CN.4/2003/3, pp. 7-9.

D. La peine de mort

La peine de mort est en vigueur dans un certain nombre de pays et il est courant de dire qu'elle ne constitue pas en tant que telle une violation du droit à la vie, car il n'y a pas, en effet, d'interdiction générale du recours à la peine de mort en droit international. Toutefois, il convient de souligner les efforts constants en faveur de son abolition, dont la démonstration repose en l'acceptation par plus de soixante-six pays d'instruments internationaux interdisant le recours à la peine de mort. Ainsi, si tous les instruments de protection des droits de l'homme contiennent une exception au droit à la vie relative à son application, ils contiennent tous également des protocoles additionnels tendant à son abolition [30]. Il n'en demeure pas moins que ces instruments ne sont pas universels et que l'émergence d'une règle coutumière n'est pas acquise [31].

Pourtant, l'Union européenne est particulièrement engagé dans un effort abolitionniste, estimant notamment que cette peine est irréversible et particulièrement inhumaine, ce qui rejoint les termes habituellement employés pour prohiber la torture, et il est largement soutenu que l'application de la peine de mort est en soi un traitement inhumain, cruel et dégradant. Quant au Conseil de l'Europe, dont l'une des missions essentielle est la protection des droits de l'homme, il soutient également une politique abolitionniste [32].

Ni la Déclaration universelle des droits de l'homme ni la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948, ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne contiennent de provision relativement à la peine de mort, se contentant de garantir le droit à la vie pour toute personne. Toutefois, ces textes peuvent être lus, dans une interprétation dynamique, de manière à faire de cette reconnaissance sans exception du droit à la vie une abolition de la peine de mort [33].

La peine de mort est également strictement réglementée par ces instruments internationaux qui tentent d'en limiter au maximum l'application. Ainsi, la peine de mort doit être prévue par la législation en vigueur et limitée aux crimes les plus graves ; elle ne peut être exécutée que sur la base d'un jugement définitif, certaines personnes ne pouvant en toute hypothèse pas être condamnées à mort ou exécutées selon les cas.

1. Une législation en vigueur

Tout d'abord, cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'une législation en vigueur au moment où le crime a été commis, c'est là l'interdiction classique de la rétroactivité, contenue notamment à l'article 15 du Pacte international relatif aux

---

[30] Voir Deuxième Protocole facultatif se rapportant au PIDCP visant à abolir la peine de mort, Préambule et Art. 1 ; CEDH, Protocole N°6 concernant l'abolition de la peine de mort, art. 1 et 2 ; CADH, Protocole 4 traitant de l'abolition de la peine de mort, art. 1.

[31] Voir William A. Schabas, *From* Kindler *to* Burns*: International Law is Nourishing the Constitutional Living Tree*, *in* Gérard Cohen-Jonathan et William Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, pp. 143-156.

[32] Voir Emmanuel Decaux, *Les enjeux de la diplomatie multilatérale*, et Jeroen Schokkenbroek, *L'action du Conseil de l'Europe*, *in* Gérard Cohen-Jonathan et William Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, pp. 157-179 et 181-189 respectivement.

[33] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 316 et pp. 355-357.

droits civils et politiques, et l'expression du principe de la légalité, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la Convention américaine excluant même formellement qu'elle puisse être élargie à d'autres crimes à l'avenir, ou réintroduite une fois abolie [34].

2. Les crimes les plus graves

Par rapport aux crimes commis, la peine de mort doit être réservée aux crimes les plus graves, la Convention américaine des droits de l'homme excluant formellement de ces crimes les délits politiques ou les crimes de droit commun connexes à ces délits. Néanmoins, la notion de « *crimes les plus graves* » n'est pas clairement définie [35]. La Convention européenne des droits de l'homme est muette sur ce point, sans que les raisons en soient clairement connues [36]. Toutefois, le sixième Protocole à la Convention, concernant l'abolition de la peine de mort, établit clairement que la peine de mort est abolie et que nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté, pour quelque crime qu'il commît [37].

Toutefois, dans de nombreux rapports au Comité des droits de l'homme, au Comité contre la torture ou au Comité des droits de l'enfant, le Secrétaire général et les différents Rapporteurs spéciaux établissent que, outre pour les crimes les plus graves, la peine de mort est prononcée dans certains pays pour bien d'autres crimes dont la liste est fort longue [38] et dont nous pouvons ici retenir, par exemple, les crimes économiques [39], les détournements de fonds [40], l'espionnage industriel [41], le faux monnayage [42], l'enlèvement de personnes [43], les crimes politiques [44], l'usage, la possession et le trafic de drogues [45], l'homosexualité [46], les crimes contre la moralité

[34] Voir art. 11 §2 DUDH, art. 6 §2 PIDCP, art. 2 §1 *in fine* CEDH, art. 4 §2 CADH. Voir également William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 111-112.
[35] Voir art. 6 §2 PIDCP et art. 4 §§2 et 4 CADH. A noter que la Charte arabe des droits de l'homme dispose de la même manière que la peine de mort doit être réservée aux crimes les plus graves, dont sont exclus les crimes politiques (art. 10 et 11), *Arab Charter on Human Rights*, 1997, 18 HRLJ, 151 *in* William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 16.
[36] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 265-266.
[37] Voir CEDH, Prot. 6, art. premier, voir également William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International law*, pp. 286-289.
[38] Voir par ex. William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 106-107.
[39] Voir not. *Initial Report of Bulgaria*, ONU Doc. CCPR/C/SR.131, §30 ; *Initial Report of Mali*, CCPR/C/1Add.49 et CCPR/C/SR.283, §11 ; *Report on the Situation of Human Rights in Iraq*, E/CN.4/1998/67 §18, *Concluding Observations, Algeria*, CCPR/C/79/Add.1, §7.
[40] Voir ONU Doc. E/CN.4/1992/30, §42 (Algérie) ou E/CN.4/1993/46, §176 (Chine).
[41] Voir ONU Doc. E/CN.4/1988/22, §117.
[42] Voir *Report on the Situation of Human Rights in the Democratic Republic of the Congo*, ONU Doc. E/CN.4/1999/31, §72.
[43] Voir ONU Doc. E/2000/3, §82 ; E/CN.4/1996/4 et Corr.1, §210.
[44] Voir *Initial Report of Jordan*, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.56 ; *Initial Report of Iraq*, CCPR/C/1/Add.45 ; *Initial Report of Japan*, CCPR/C/10/Add.1; *Initial Report of the Libyan Arab Jamahiriya*, CCPR/C/1/Add.3 et 20.
[45] Voir *Initial Report of Iran*, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.58 ; *Initial Report of Sudan*, ONU Doc. E/2000/3, §81.
[46] Voir *Initial Report of Iran*, ONU Doc. E/2000/3, §82.

sexuelle [47], l'adultère [48], le viol [49], le blasphème [50], l'incendie criminel [51] ou la couardise [52].

Amnesty International a également, à maintes reprises, souligné que des crimes et délits n'impliquant pas de violence mortelle, sinon même parfois aucune violence, ont pu être sanctionnés de la peine capitale. Par exemple, son Rapport 2003 relève qu'en Ouganda, l'armée s'estime en droit de recourir à la peine de mort à titre de sanction disciplinaire. La Chine, elle, a condamné à mort, en 2002, des personnes reconnues coupables d'infractions liées aux stupéfiants, de fraude fiscale ou de proxénétisme. En Indonésie, vingt-cinq personnes ont été condamnées à mort en 2002 pour des infractions liées aux stupéfiants. Au Pakistan, une femme victime d'un viol a été condamnée à mort par lapidation, pour acte sexuel illicite, un cas semblable se présentant au Nigeria. En Arabie Saoudite, il semble que trois personnes aient été exécutées en 2002 pour homosexualité. En Libye, la législation prévoyant la peine de mort pour ceux qui auraient exercé les droits garantis au titre de la liberté d'expression ou de la liberté d'association est toujours en vigueur [53].

Dans son commentaire des termes « *les crimes les plus graves* », le Comité des droits de l'Homme estime, sans apporter beaucoup plus de précisions, que l'expression : « *must be read restrictively to mean that the death penalty should be a quite exceptional measure* » [54]. C'est en ce sens que le Comité s'est souvent inquiété de la longueur des listes de crimes passibles de la peine de mort dans la législation de certains pays [55].

Par ailleurs, le Comité des droits de l'homme a clairement rejeté un certain nombre d'infractions hors du champ de l'article 6 paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, considérant que ces infractions ne peuvent être considérées comme « *les crimes les plus graves* » [56], tels que l'apostasie [57], le suicide assisté [58], l'homosexualité [59], les infractions sexuelles [60], l'espionnage [61], la soustraction à des obligations militaires [62], les infractions économiques [63], en matière

---

[47] Voir *Initial Report of Togo*, ONU Doc. CCPR/C/36/Add.5 ; *Second Periodic Report of Yemen*, CRC/C/70/Add.1.
[48] Comité des droits de l'homme, *Initial Report of Iran*, ONU Doc. CCPR/C/SR.365, §§7-8 ; *Report of the Special Rapporteur Mr Leonardo Franco*, au Soudan, ONU Doc. E/CN.4/1999/38/Add.1, §91.
[49] Voir ONU Doc. E/2000/3, §82.
[50] Voir ONU Doc. E/CN.4/1999/58, §85 (Mauritanie).
[51] Voir ONU Doc. E/CN.4/1990/22, §113 (Chine).
[52] Voir *Report on the Situation of Human Rights in Democratic Republic of the Congo (former Zaïre)*, ONU Doc. E/CN.4/1998/65, §102.
[53] Le Rapport 2003 est accessible sur le site Internet de Amnesty International : www.amnesty.org.
[54] *Report of the Human Rights Committee*, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, §7, cité *in* Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 219 et William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 107.
[55] Le Comité a estimé que, dans le cas de la Jordanie, 11 crimes passibles de la peine de mort était un nombre élevé, voir ONU Doc. CCPR/C/SR.362, §43, les mêmes remarques ayant été faites, par exemple, à la Tunisie, voir ONU Doc. CCPR/C/52/Add.5, CCPR/C/SR.990-992, ONU Doc. A/45/40, §§513-514, au Belarus, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.5 §6 ou au Japon, *Concluding Observations, Japan*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.102, §20.
[56] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 108-109.
[57] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Sudan*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.85, §8.
[58] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Sri Lanka*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.56, §14.
[59] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Sudan*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.85, §8.
[60] Voir Comité des droits de l'homme, *Second Periodic Report of Sudan*, *Annual Report of the Human Rights Committee*, ONU Doc. A/53/40, §119.
[61] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Cameroon*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.116, §14.
[62] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Iraq*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.84, §10.
[63] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Libyan Arab Jamahiryia*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.45, §8 ou Add. 101, §8.

monétaire [64] ou contre la propriété [65], les détournements de fonds par des représentants officiels de l'Etat [66], le vol avec violence [67], l'appropriation frauduleuse de biens public ou appartenant à l'Etat [68], la mauvaise gestion des fonds publics [69], enfin les infractions contre l'économie [70].

Le Conseil Economique et Social a, quant à lui, dans un document adopté en 1984 et intitulé « *Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort* » [71], estimé que les crimes les plus graves étaient ceux commis intentionnellement, provoquant la mort ou d'autres conséquences extrêmement graves. Ces éléments de définitions concernent donc des crimes bien plus graves que ceux dont nous venons de mentionner quelques exemples tirés de la pratique des organes internationaux en matière de droits de l'homme ou du Rapport d'Amnesty International.

La Cour Interaméricaine des droits de l'homme a estimé, en ce qui concerne l'application de l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme, que l'objet de cette disposition est la protection du droit à la vie, dont cinq paragraphes sur six traitent tout de même de la peine de mort. Pour la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, « *The text of the article as a whole reveals a clear tendency to restrict the scope of this penalty both as far as its imposition and its application are concerned* » [72].

Dans le cadre de son application, l'article 68 de la quatrième Convention de Genève restreint la possibilité, pour les autorités responsables de territoires occupés, de prononcer et d'exécuter la peine de mort à l'encontre de personnes protégées aux crimes commis d'espionnage, d'actes graves de sabotages des installations militaires de la Puissance occupante et d'infractions intentionnelles qui ont causé la mort d'une ou plusieurs personnes, à condition que la législation du territoire occupé prévît cette peine, dès avant l'occupation, pour ces mêmes crimes. Ceci complète la notion de « *crimes les plus graves* » des instruments de protection des droits de l'homme [73].

3. Un jugement définitif

Pour limiter les abus et les exécutions sommaires ou arbitraires, la peine de mort ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif, rendu par un tribunal compétent [74]. Par ailleurs, tout condamné à mort aura le droit de solliciter sa grâce ou la commutation de sa peine, qui pourra toujours être accordée, de même que l'amnistie. Ceci pose le principe du respect du droit à un procès équitable, présent dans tous les instruments de protection des droits de l'homme.

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté en 1968 une résolution invitant, *inter alia*, les Etats membres à « *Assurer l'application des procédures légales les plus scrupuleuses et les plus grandes garanties possibles à toute personne accusée d'un crime*

[64] Voir Comité des droits de l'homme, ONU Doc. CCPR/SR.1628, §37 (Soudan).
[65] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Sri Lanka*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.65, §14.
[66] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Sudan*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.85, §8.
[67] Voir Comité des droits de l'homme, *Concluding Observations, Sudan*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.85, §8.
[68] Voir Comité des droits de l'homme, *Initial Report on Mongolia*, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.38, §8.
[69] Voir ONU Doc. A/33/40, §153.
[70] Voir Comité des droits de l'homme, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.3, §7.
[71] Nations Unies, ECOSOC, Rés. 1984/50, 25 mai 1984, Annexe, §1.
[72] Cour Interaméricaine des droits de l'homme, *Restriction to the Death Penalty (Arts. 4 §2 and 4 §4 American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-3/38 du 8 septembre 1983, Series B N°3.
[73] Voir CICR, Commentaire à la IVème Convention, *ad* art. 68, pp. 369-371.
[74] Voir art. 6 §2 PIDCP, art. 2 §2 CEDH et art. 4 §2 CADH.

passible de la peine capitale » [75]. L'Assemblée générale s'est révélée plus explicite dans une résolution postérieure de 1980, pressant les Etats membres « *de respecter, en tant que critère minimal, le contenu des dispositions des articles 6, 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, le cas échéant, de modifier leur législation et leur pratique judiciaire de manière à assurer l'application des procédures légales les plus scrupuleuses et les plus grandes garanties possibles à toute personne accusée d'un crime passible de la peine de mort* » [76].

Le Comité des droits de l'homme adopte la même approche. Dans son commentaire général de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il relève : « *The procedural guarantees (…) prescribed [in article 14] must be observed, including the right to a fair hearing by an independent tribunal, the presumption of innocence, the minimum guarantees for the defence, and the right to review by a higher tribunal* » [77].

En 1984, le Conseil économique et social des Nations Unies a ajouté une considération supplémentaire à respecter dans une procédure pouvant mener à une condamnation à mort. Le Conseil envisage en effet qu'une telle condamnation ne soit imposée « *que lorsque la culpabilité de la personne accusée d'un crime repose sur des preuves claires et convaincantes ne laissant place à aucune autre interprétation des faits* » [78]. Au sens de cette résolution, le droit de faire appel de la condamnation à mort fait partie intégrante du droit à un procès équitable, une procédure en appel qui doit bien sûr être effective.

Le procès équitable s'entend également, comme l'ont démontré les décisions de la Cour internationale de Justice en les affaires *LaGrand* et *Avena*, aux droits que les accusés passibles de la peine de mort dans un Etat dont ils ne sont pas les nationaux ont de se voir notifier leurs droits à une assistance consulaire des autorités de leurs pays, de mêmes que ces autorités consulaires doivent être informées de la détention de leurs ressortissants et ont le droit de s'entretenir avec eux [79].

Il va de soi également que les procédures en appel, les requêtes en commutation de peine et les recours en grâce, doivent bénéficier d'un effet suspensif. Seul l'article 4 paragraphe 6 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoit expressément un tel effet suspensif en cas de demande d'amnistie, de grâce ou de commutation de la peine. Cependant, il est évident que cet effet suspensif s'impose dans tous les cas. Une exécution en cours de procédure, y compris en ce qui concerne les recours en grâce ou en amnistie et les requêtes en commutation de peine, contreviendrait donc au respect de ces principes fondamentaux [80].

---

[75] ONU Doc. A/RES/2393 (XXIII) du 26 novembre 1968, §1, lit. (a) *in initio*.
[76] ONU Doc. A/RES/35/172 du 15 décembre 1980, §1, lit. (a).
[77] *Report of the Human Rights Committee*, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annexe V, §7, cité *in* Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 227.
[78] ONU, ECOSOC, Rés. 1984/50, du 25 mai 1984, ch. 4.
[79] Voir art. 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 2001 et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 31 mars 2004.
[80] Sur les garanties judiciaires dans les procès impliquant la peine de mort, voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 112-132.

4. Les personnes protégées

Pour limiter les personnes susceptibles d'encourir la peine de mort, il est acquis en droit international qu'elle ne peut être prononcée contre des personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment des faits, ni contre des femmes enceintes [81]. La Convention américaine est la seule à prévoir une protection supplémentaire pour les personnes âgées de soixante-dix ans ou plus [82]. Toutefois, d'autres instruments internationaux étendent cette protection aux femmes dont dépendent des enfants [83], aux mères de jeunes enfants [84], aux aliénés [85] et aux handicapés mentaux [86].

La Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de limitation de ce genre dans l'application de la peine de mort. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois considéré que l'interdiction d'exécuter des mineurs de moins de dix-huit ans était implicite dans l'article 2 de la Convention [87]. Il est également soutenu qu'une telle analyse est compatible avec une interprétation dynamique de la Convention, appuyée notamment sur le fait que la plupart des Etats parties à la Convention européenne le sont également au Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, lui, prévoit expressément, une telle limitation [88]. Le même raisonnement pourrait être tenu par rapport aux autres limitations présentes dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques également. Il faut cependant reconnaître que, depuis que tous les Etats de l'Union européenne ont formellement aboli la peine de mort et qu'une telle abolition est requise de tout candidat à rejoindre l'Union pour y être accepté, ce genre de question a beaucoup perdu de son acuité.

Dans ce domaine, les Etats-Unis demeurent l'un des rares pays au monde à exécuter des mineurs. Le Rapport 2003 d'Amnesty International relève ainsi notamment que trois personnes ont été exécutées au Texas pour des meurtres commis alors qu'elles étaient âgées de dix-sept ans. Au Philippines, il y aurait, en 2002, huit mineurs condamnés à mort, aucun n'ayant toutefois été exécuté [89].

5. Les conditions d'exécution

Enfin, il convient de relever que les conditions dans lesquelles la peine de mort est exécutée ne sont pas sans importance. Actuellement, la pendaison est prévue par la loi dans septante-huit pays et l'exécution par les armes dans quatre-vingt-six autres ;

---

[81] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 133-138.
[82] Voir PIDCP, art. 6 ; CADH, art. 4. Voir également la Charte arabe des droits de l'homme qui interdit que la peine de mort ne soit prononcée contre des personnes âgées de moins de 18 ans au moment des faits ou contre des femmes enceintes ou dans les deux ans suivant la naissance de l'enfant (art. 12) voir *Arab Charter on Human Rights*, 1997, 18 HRLJ 151, *in* William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 16.
[83] Voir art. 76 §3 Prot. I aux Conventions de Genève de 1949 et *Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, ECOSOC Rés. 1984/50, art. 3.
[84] Voir art. 6 §4 Prot. II aux Conventions de Genève de 1949.
[85] Voir *Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, ECOSOC Rés. 1984/50, art. 3.
[86] Voir *Implementation of the Safeguards Guaranteeing of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, ECOSOC Rés. 1989/64, lit. (d).
[87] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, A161, §108.
[88] Voir William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 266-267.
[89] Voir le Rapport 2003 de Amnesty International, www.amnesty.org.

la mort par électrocution, inhalation de gaz toxique ou injection létale n'est employée qu'aux Etats-Unis [90].

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans l'affaire *Soering*, que l'accumulation d'éléments tels qu'un séjour prévisible de six à huit ans dans les couloirs de la mort, les conditions extrêmes de détention et notamment l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution, la jeunesse de l'accusé, âgé de dix-huit ans au moment des faits, et son état mental, constituaient une situation telle qu' « *une extradition vers les Etats-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3 [de la Convention européenne]* », ce d'autant plus qu'il pouvait être jugé en Allemagne, pays ne connaissant pas la peine de mort [91].

Au niveau universel, le Comité des droits de l'homme a affirmé que la peine de mort doit être exécutée de manière à causer le moins possible de souffrances physiques et psychiques, ce que confirme le Conseil économique et social des Nations Unies. Le critère du temps à passer dans les couloirs de la mort n'a pas en soi été pris en considération par le Comité comme une violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, interdisant le recours à la torture et aux peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants [92].

La méthode d'exécution a été jugée contraire à cette disposition une fois, dans le cas *Ng v. Canada*. Le Comité des droits de l'homme a ainsi jugé que l'emploi de gaz asphyxiant au cyanure pouvait provoquer une longue souffrance et une lente agonie, de plus de dix minutes, qui contreviendrait à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [93]. Toutefois, plusieurs membres du Comité exprimèrent des opinions personnelles ou dissidentes sur ce point. Andreas Mavrommatis et Waleed Sadi ne jugèrent pas que cette méthode d'exécution fût contraire à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme pourrait l'être, par exemple, une exécution par lapidation [94]. Kurt Herndl écrivit : « *To attempt to establish categories of methods of judicial executions, as long as such methods are not manifestly arbitrary and grossly contrary to the moral values of a democratic society, and as long as such methods are based on a uniformly applicable legislation adopted by democratic process, is futile, as it is futile to attempt to qualify the pain and suffering of any human being subjected to capital punishment* » [95]. Plus tranchée, l'opinion de Fausto Pocar fut sur cette affaire que, par définition, toute exécution d'une condamnation à mort peut être considérée comme un traitement cruel et inhumain au sens de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [96], alors que Christine Chanet estimait délicate la discussion dans laquelle s'était engagée le Comité, posant la question de savoir si l'on pouvait conclure *a contrario* qu'une agonie de neuf minutes, au lieu des dix du cas présent, ne violât point cet article 7 [97].

La question des conditions dans lesquelles la peine de mort peut être exécutée ne fait pas l'unanimité et la rareté des décisions internationales sur ce point

---

[90] Voir Amnesty International, *La peine de mort dans le monde*, pp. 57-58.
[91] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, A161, §111.
[92] Voir Markus G. Schmidt, *Les méthodes d'application de la peine de mort*, *in* Gérard Cohen-Jonathan et William Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, pp. 77-101.
[93] Comité des droits de l'homme, *Ng v. Canada*, *in Report of the Human Rights Committee*, vol. II, ONU Doc. A/49/40 (1994), Annex IX CC, §16.4, cité *in* Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 235.
[94] *Ibid.*, Opinions dissidents de MM. Andreas Mavrommatis et Waleed Sadi, p. 213.
[95] *Ibid.,* Opinions de M. Kurt Herndl, p. 214.
[96] *Ibid.*, Opinion de M. Fausto Pocar, p. 208. Dans le même sens, l'opinion de M. Francisco Jose Aguilar Urbina, *ibid.*, p. 218.
[97] *Ibid.*, p. 220. Voir également William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, pp. 151-153.

n'autorise pas à établir avec précision la manière d'exécuter un condamné à mort de manière conforme aux instruments de protection des droits de l'homme.

* * *

En conclusion sur ce point, il est clair que la protection du droit à la vie en droit international est fondamentale et perçue comme la base même de tous les droits de l'homme. Si les instruments internationaux en vigueur, tant au niveau universel qu'au niveau régional, reconnaissent que l'on peut tuer une ou plusieurs personnes dans un cadre assez strictement défini, ils restreignent tous au maximum les cas pouvant entrer dans ce cadre. C'est ainsi que l'emploi de la force par les autorités de maintien de l'ordre doit intervenir en dernier ressort et respecter le principe de proportionnalité et qu'une condamnation à mort doit répondre aux impératifs procéduraux du droit à un procès équitable, mais encore ne pas appliquer de méthodes constitutives de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Lorsque ces principes ne sont pas respectés, l'acte ayant provoqué la mort de la ou des victimes doit être considéré comme une exécution extrajudiciaire, sommaire ou arbitraire et est ainsi constitutif de meurtre, qui peut, si les conditions générales de l'article 7 paragraphe 1 du Statut de Rome sont remplies, être constitutif de crimes contre l'humanité.

II. Les atteintes à la vie comme génocide et crimes de guerre dans le Statut de Rome

Le Statut de Rome incrimine les atteintes à la vie dans les trois crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Les termes employés ne sont pas toujours identiques mais la réalité qu'ils recouvrent est la même, le contexte général de chaque crime permettant de les distinguer. Ainsi, l'article 6, consacré au génocide, incrimine le meurtre de membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, l'article 7, consacré aux crimes contre l'humanité, le meurtre commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et l'article 8, consacré aux crimes de guerre, l'homicide intentionnel et plusieurs autres infractions provoquant la mort de personnes protégées.

A. Le « meurtre de membres du groupe » comme crime de génocide

L'article 6 du Statut de Rome incrimine le meurtre de membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Les termes anglais employés ici sont « *killing members of the group* » [98]. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans le jugement *Akayesu* a estimé que le terme anglais était trop général car il pouvait être relatif également à des homicides involontaires. Ce tribunal a donc préféré le terme français de « *meurtre* », plus précis, signifiant que la mort est accompagnée de l'intention de tuer [99].

La question avait d'ailleurs été posée au cours des travaux préparatoires de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, lorsque le Royaume Uni souleva la même observation. Toutefois, dans le contexte général de la Convention, il n'a jamais été question de faire d'un homicide non intentionnel un acte de génocide [100]. L'essence du crime de génocide réside effectivement dans la description de l'intention spécifique qu'il requiert. Le *dolus specialis* de ce crime est de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel. Il s'ensuit qu'il ne saurait y avoir de génocide sans cette intention particulière et que le meurtre, l'une des composantes du crime, ne saurait être autre qu'intentionnel.

La référence à la destruction en tout ou en partie d'un groupe en tant que tel dans le Statut de Rome a été comprise par le Comité préparatoire comme l'intention de détruire plus qu'un petit nombre de personnes membres du groupe, ce qui correspond à la jurisprudence développée par les deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda [101].

Les éléments du crime de génocide par meurtre adoptés par l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale sont les suivants :

« *1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes.*

---

[98] Art. 6 lit. (a) CPI.
[99] Voir TPIR, Akayesu, § 6.3.1.
[100] Voir William A. Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 157-158 au sujet du meurtre, ou, le même *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 109 et ss, *ad* art. 6 CPI.
[101] Voir *Draft Statute for the International Criminal Court*, ONU Doc. A/AC.249/1998/CRP.8. Pour plus de développements sur cette question, voir William A. Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 231-240.

2. Cette personne ou ces personnes appartenaient à un groupe national, ethnique, racial ou religieux particulier.

3. L'auteur avait l'intention de détruire, en tout ou en partie, ce groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel.

4. 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 ». L'Assemblée ajoute, dans une note de bas de page que le terme « *tué* » est interchangeable avec ceux de « *causé la mort de* » [102].

Il peut donc suffire de tuer une seule personne, avec l'intention requise, pour commettre un génocide, si ce meurtre s'inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe victime ou s'il peut en lui-même provoquer la destruction de tout ou partie de ce groupe. Ainsi, si tuer une seule personne peut être constitutif de génocide, un meurtre isolé ne saurait l'être. La référence à une « *série manifeste de comportements analogues* » par l'Assemblée des Etats parties n'est pas sans rappeler l'exigence d'une attaque généralisée ou systématique pour le crime contre l'humanité.

B. L'homicide comme crime de guerre

L'article 8 du Statut, consacré aux crimes de guerre, est particulièrement long et comporte plusieurs dispositions relatives à des formes d'homicide.

Premièrement, relativement aux conflits armés de caractère international, et dans le cadre des infractions graves aux Conventions de Genève, le Statut retient l'homicide intentionnel contre les personnes protégées [103]. Ensuite, dans le cadre des autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, l'article 8 paragraphe 2 lettre (b) incrimine le fait de diriger des attaques en sachant qu'elles provoqueront des pertes incidentes en vies humaines dans la population civile ; le fait de tuer ou de blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ; le fait de provoquer la perte de vies humaines grâce à l'utilisation indue du pavillon parlementaire ou d'autres insignes militaires ou uniformes de l'ennemi ou des Nations Unies ou les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève ; le fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques entraînant leur mort ou mettant sérieusement en danger leur santé ; le fait de tuer ou de blesser par traîtrise des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie et interdit enfin d'ordonner qu'il ne soit pas fait de quartier [104].

En ce qui concerne les conflits armés de caractère non international, l'article 8 incrimine les atteintes à la vie, notamment le meurtre de personnes ne participant pas activement aux hostilités, sous toutes ses formes [105]. Dans le même contexte, il incrimine le fait de tuer par traîtrise un adversaire combattant, d'ordonner qu'il ne soit pas fait de quartier, et de soumettre des personnes d'une partie au conflit tombée

[102] *Eléments des crimes*, Génocide par meurtre, p. 117.
[103] Art. 8 §2 lit. (a) ch. (i) CPI.
[104] Art. 8 §2 lit. (b), respectivement ch. (iv), (vi), (vii), (x), (xi), (xii) CPI.
[105] Art. 8 §2 lit. (c) ch. (i) CPI

en son pouvoir à des mutilation ou à des expériences médicales ou scientifiques entraînant leur mort ou mettant sérieusement en danger leur santé [106].

Les Eléments des crimes adoptés par l'Assemblée des Etats parties retiennent pour tous ces crimes essentiellement les éléments « *a tué* » ou « *a causé la mort* », qu'elle considère comme synonymes. Elle explique, pour ce qui est du déni de quartier, le fait que l'ordre soit donné « *qu'il n'y ait pas de survivants* ». Pour le reste, elle reprend les termes du Statut [107].

Toutefois, tous ces crimes de guerre ne requièrent pas la mort de la victime comme résultat constitutif du crime, comme c'est le cas de l'homicide intentionnel, quel qu'en soit le contexte, et il est nécessaire d'effectuer ici quelques distinctions. Premièrement, l'Assemblée estime que le crime de guerre de lancer des attaques en sachant qu'elles provoqueront des pertes incidentes en vie humaines dans la population civile n'exige pas de résultat, ce qui semble une lecture trop large de la lettre du Statut, se rapprochant ainsi de la formulation du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève qui incrimine « *Les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile…* » [108]. La même remarque concerne l'utilisation indue du pavillon parlementaire ou d'autres insignes militaires ou uniformes de l'ennemi ou des Nations Unies ou les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève [109].

Le crime de guerre de soumettre des personnes à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques entraînant la mort ou mettant sérieusement en danger la santé des victimes, par l'alternative que le Statut lui-même expose, n'exige pour résultat que la mise en danger de la santé de la victime et non uniquement sa mort, qui demeure toutefois un résultat possible [110]. Par contre, l'incrimination de la traîtrise se limite à tuer ou blesser, réduisant le champ de l'article 37 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève qui interdit également la capture par perfidie ; dans ce cas, la mort est l'un des deux résultats constitutifs nécessaire, aux côtés des blessures [111]. Quant à l'interdiction d'ordonner qu'il ne soit pas fait de quartier, très clairement, c'est le fait de donner un tel ordre qui est constitutif du crime, sans qu'aucun résultat particulier ne soit exigé [112].

Pour sa part, la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a par ailleurs souligné à maintes reprises l'identité de notion entre le « *meurtre* » d'une part et l' « *homicide intentionnel* » d'autre part [113].

Il peut donc être conclu de ce qui précède que tous les crimes de guerre qui comportent comme élément la mort d'une ou plusieurs victimes ne sont pas des formes d'homicides intentionnels. Pour tous ces crimes, la mort n'est pas toujours le résultat constitutif du comportement de l'auteur.

---

[106] Art. 8 §2 lit. (e), respectivement ch. (ix), (x) et (xi) CPI.
[107] Voir *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, pp. 127 et ss.
[108] Art. 51 §5 lit. (b) Prot. I ; voir *Eléments des crimes,* p. 135 et Knut Dörmann, *The Elements of War Crimes under the Rome Statute*, p. 162, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (v) CPI.
[109] Voir *Eléments des* crimes, p. 132 et Knut Dörmann, *The Elements of War Crimes under the Rome Statute*, p. 196, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (vii) CPI.
[110] Voir *Eléments des crimes*, p. 139 et Knut Dörmann, *The Elements of War Crimes under the Rome Statute*, p. 233, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (x) CPI.
[111] Voir *Eléments des crimes*, p. 140 et Knut Dörmann, *The Elements of War Crimes under the Rome Statute*, pp. 240-245 *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (xi) CPI et pp. 476-479 *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (ix) CPI. .
[112] Voir *Eléments des crimes*, p. 140 et Knut Dörmann, *The Elements of War Crimes under the Rome Statute*, p. 246, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (xii) CPI.
[113] Voir notamment TPIY, Delalic et al., §§421-432 ; TPIY, Jelisic, §35 ; TPIY, Kordic et Cerkez, §§221-236.

Par ailleurs, il ressort clairement de la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda que les termes « *homicide intentionnel* » ou « *wilful killing* » en anglais, recouvrent une *mens rea* englobant l'intention et le dol éventuel. Il y a donc homicide dès que la mort est le résultat probable du comportement de l'auteur [114].

Enfin, tous les crimes de guerre doivent être commis dans le cadre d'un conflit armé, quelle que soit la qualification de son caractère, international ou non. Le premier paragraphe de l'article 8 du Statut ajoute toutefois que la Cour pénale internationale a compétence à l'égard de ces crimes, « *en particulier [lorsqu'ils] 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* » [115].

Ceci nous rapproche de l'élément massif ou systématique des crimes contre l'humanité, qui doivent être commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique, celle-ci étant notamment constituée de la commission multiple de crimes « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle* » [116].

* * *

Ainsi donc, les éléments constitutifs de meurtre ou d'homicide intentionnel sont toujours les mêmes au sein des trois article 6, 7 et 8 du Statut de Rome. Il s'agit en effet, en suivant l'Assemblée des Etats parties dans ses Eléments des crimes, de tuer ou de causer la mort d'une ou de plusieurs personnes.

Tous ces meurtres se ressemblent également, puisqu'ils sont le plus souvent commis sur une grande échelle. Il convient de vouloir détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel, le meurtre s'inscrivant dans une « *série manifeste de comportements analogues* » pour commettre un génocide. En ce qui concerne les crimes de guerre, le meurtre est notamment commis « *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* ». Le meurtre comme crime contre l'humanité doit être également commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

On peut donc établir une distinction entre ces trois crimes sur la base du contexte dans lequel chacun doit être commis. C'est le *dolus specialis* qui permettra d'identifier le génocide, le conflit armé le crime de guerre et l'attaque contre une population civile le crime contre l'humanité. Le contexte des éventuelles autres exactions commises, propre à chacun des crimes, sera lui aussi éclairant.

[114] Voir *Eléments des crimes*, p. 128 et Knut Dörmann, *The Elements of War Crimes under the Rome Statute*, pp. 38-43, *ad* art. 8 §2 lit. (a) ch. (i) CPI.
[115] Art. 8 §1 CPI.
[116] Art. 7 §2 lit. (a) CPI.

III. Cas pratique : les affaires Jelisic, Blaskic et Krstic

Le crime contre l'humanité de meurtre est l'un de ceux que l'on rencontre le plus souvent dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux. Nous relevons, comme trois exemples parmi d'autres, les affaires *Jelisic*, *Blaskic* et *Krstic*, jugées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La première porte sur l'infraction simple de meurtre en tant qu'exécution sommaire ; la deuxième comporte une part supplémentaire de cruauté et la dernière, relative aux massacres de Srebrenica, revêt une ampleur particulière.

Le Tribunal a condamné l'accusé Jelisic pour assassinat comme crime contre l'humanité et comme crime de guerre. Ces actes étaient pratiqués d'une manière toujours identique, que le Tribunal a établie de la manière suivante :

« *Les victimes subissaient d'abord un interrogatoire dans les bureaux administratifs auquel l'accusé participait le plus souvent et où elles étaient très sévèrement frappées, notamment à l'aide de matraques ou de bâtons. L'accusé, muni d'un pistolet 'Skorpion' doté d'un silencieux, leur demandait d'avancer jusqu'à l'angle des bureaux, où elles étaient exécutées d'une ou deux balles, tirées à bout portant dans la nuque ou dans le dos. Certaines victimes ont été tuées avant qu'elles n'aient atteint l'angle des bâtiments administratifs, de sorte que d'autres détenus ont pu être témoins de ces meurtres. D'autres ont été tués d'une ou deux balles derrière la tête, agenouillés sur une grille, près du bureau où les interrogatoires étaient menés. Il était ensuite demandé à certains détenus de transporter le corps de la victime derrière les bureaux administratifs, où les corps étaient entassés* » [117].

Le général Tihomir Blaskic a été également condamné pour assassinat comme crime contre l'humanité. Certaines des victimes ont été tuées à bout portant, d'une manière comparable à celle que nous venons de relever dans l'affaire *Jelisic* :

« *Les hommes ont, quant à eux, le plus souvent été tués par balle à bout portant. Plusieurs témoins ont ainsi décrit comment les hommes de leur famille avaient été rassemblés puis tués par les soldats croates. Pour ne citer que quelques exemples, le témoin Abdullah Ahmic a indiqué avoir perdu son père et son frère et fut lui-même grièvement blessé par une balle. Les témoins Nura Pezer et H ont dit avoir perdu fils et mari lors de l'attaque. Le témoin Zec a assisté au meurtre de ses parents et de ses deux sœurs. Les observateurs internationaux ont eux aussi vu des corps gisant dans la rue, qui, pour beaucoup, avaient été abattus d'une balle dans la tête tirée à courte distance. (…) Une vingtaine de civils ont par ailleurs été tués à Ahmici-le-bas alors qu'ils tentaient de fuir le village. Les habitants en fuite devaient traverser un champ à découvert avant de rejoindre la route principale. C'est au niveau de ce champ qu'une vingtaine de corps ont été retrouvés, tués par des tirs précis. Les experts militaires en ont conclu qu'ils avaient été abattus par des tireurs d'élite* » [118].

D'autres assassinats ont par ailleurs été commis de manière beaucoup plus cruelle et choquante. Le Tribunal établit ainsi les faits, cent trois personnes au moins ayant été tuées lors de l'attaque d'Ahmici :

« *D'autres corps ont été retrouvés dans les maisons, carbonisés au point de ne pouvoir être identifiés et dans des positions laissant à penser qu'ils avaient brûlé vifs. On compte beaucoup de femmes et d'enfants parmi ces victimes. Le bataillon britannique de la FORPRONU a rapporté que 'sur les 89 corps ramenés au village, la plupart sont ceux de personnes âgées, de femmes, d'enfants et de nouveau-nés'. Un observateur de l'ECMM a dit avoir vu des corps d'enfants qui, par leur position, semblaient avoir agonisé dans les*

[117] TPIY, Jelisic, §38.
[118] TPIY, Blaskic, §414.

flammes : 'dans certaines maisons, c'étaient des scènes d'horreur puisque non seulement les personnes étaient mortes mais, qui plus est, brûlées et visiblement brûlées, en tout cas d'après les constatations des moniteurs qui m'accompagnaient, au lance-flammes alors qu'elles étaient encore vivantes » [119].

Le massacre de la population masculine bosniaque et musulmane de Srebrenica est resté dans toutes les mémoires. Il s'est déroulé en juillet 1995. A l'époque, le général Radislav Krstic était le chef d'état-major, puis le commandant d'une formation de l'armée serbe de Bosnie, le *Drina Corps*, qui contrôlait la région de Srebrenica.

Le massacre avait commencé par la séparation des hommes de leurs femmes et enfants puis par leur transport à Bratunac :

« *Les hommes musulmans de Bosnie (un millier environ) qui avaient été séparés des femmes, enfants et personnes âgées à Potocari ont été conduits à Bratunac, où ils ont ensuite été rejoints par d'autres, capturés dans la colonne. Apparemment, rien n'a été fait pour séparer les hommes venant de Potocari de ceux de la colonne qui avaient été capturés dans les bois. Ils ont été gardés à plusieurs endroits, comme un hangar vide ou une vieille école, et même dans les autocars et les camions qui avaient servi à les y amener. À Bratunac, la nuit, on faisait sortir des prisonniers, et partout on entendait des cris de douleur et des coups de feu. Après un à trois jours de détention à Bratunac, les prisonniers ont été conduits ailleurs, à mesure que les autocars utilisés pour évacuer les femmes, enfants et personnes âgées devenaient disponibles* » [120].

Le massacre a été conduit de telle manière que très peu de personnes ont pu en réchapper :

« *Ces milliers de prisonniers musulmans, capturés après la prise de Srebrenica, ont pratiquement tous été exécutés. Certains ont été tués, séparément ou par petits groupes, par les soldats qui les avaient capturés et d'autres sur les lieux où ils étaient détenus provisoirement. Cependant, la plupart ont été abattus lors d'exécutions massives soigneusement orchestrées, qui ont débuté le 13 juillet 1995 dans le secteur situé juste au nord de Srebrenica. Les prisonniers qui n'ont pas été tués le 13 juillet 1995 ont été ensuite transportés en autocar vers des lieux d'exécution situés plus au nord de Bratunac, dans le secteur de responsabilité de la brigade de Zvornik. Les exécutions massives dans le nord ont eu lieu du 14 au 17 juillet 1995* » [121].

Très organisées, les exécutions se déroulèrent selon un schéma bien établi que décrit ainsi le Tribunal :

« *La plupart des exécutions de masse se sont déroulées selon un mode opératoire bien établi. Les hommes étaient d'abord conduits dans des écoles ou des entrepôts vides. Après quelques heures de détention, ils étaient embarqués à bord d'autocars ou de camions et emmenés en un autre lieu pour y être exécutés. Généralement, les lieux d'exécution étaient des champs isolés. Les prisonniers n'étaient pas armés et, dans de nombreux cas, des mesures avaient été prises pour restreindre leur résistance : yeux bandés, poignets liés dans le dos ou chaussures confisquées. Une fois qu'ils étaient arrivés au lieu d'exécution, on faisait descendre les hommes des camions par petits groupes, puis ils étaient alignés et abattus. Ceux qui survivaient à la première salve étaient achevés d'une balle, parfois après qu'on les avait laissés souffrir un certain temps. Immédiatement après, et quelques fois même pendant les*

[119] TPIY, Blaskic, §417.
[120] TPIY, Krstic, §66.
[121] TPIY, Krstic, §67.

exécutions, des engins de terrassement arrivaient et les corps étaient enterrés, soit sur place soit dans un autre lieu proche » [122].

Ces trois exemples de ce que peut être le meurtre comme crime contre l'humanité nous permettront de mieux cerner les notions juridiques que nous allons maintenant analyser.

[122] TPIY, Krstic, §70.

IV. L'*actus reus* du meurtre

Dans l'analyse du meurtre en tant que crime contre l'humanité, plusieurs difficultés apparaissent, qui semblent contredire à première vue le commentaire de la Commission du droit international dans son rapport de 1996 relatif au projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : « *Le meurtre est un crime qui (…) a une signification claire et bien définie* » [123].

Nous partagerions volontiers l'optimisme de la Commission, si les différents textes relatifs aux crimes contre l'humanité n'étaient pas équivoques. Seuls le Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et le Statut de Rome incriminent le meurtre. Tous les autres textes – le Statut et les Principes de Nuremberg, la Loi N° 10 du Conseil de contrôle allié et les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda – incriminent l'assassinat, en ce qui concerne leurs versions françaises, le terme « *murder* » étant plus généralement utilisé en anglais. Par ailleurs, d'autres textes, notamment ceux relatifs au droit des conflits armés parlent eux d'homicide intentionnel, ce qui semble synonyme à la notion de meurtre. Dans le Statut de Rome lui-même différents termes sont employés selon qu'il s'agit de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre, comme nous l'avons souligné.

Par ailleurs, le meurtre est sous-jacent à la plupart des crimes contre l'humanité et la mort de la victime peut presque toujours en être le résultat, constitutif ou non. Il convient donc de nous interroger sur la distinction entre deux catégories d'infractions énumérées comme crimes contre l'humanité, à savoir les actes de types « *meurtre* » et ceux de type « *persécution* », avant d'analyser ce qui distingue le meurtre des autres crimes, notamment de l'extermination.

A. Les crimes contre l'humanité de type « meurtre » et ceux de type « persécution »

La distinction entre deux types de crimes contre l'humanité, l'un de type « *meurtre* » et l'autre de type « *persécution* » date du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg. Son article 6 lettre (c) se lit en effet de la manière suivante :

« *Les crimes contre l'humanité, c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles , avant ou pendant la guerre, ou bien les persécution pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime* » [124].

Il y a donc bien d'un côté l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et, de l'autre, les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, sans que ne soient définis les actes constitutifs de chacun et

[123] CDI , *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, ONU Doc. A/51/10 (1996), Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire *ad* art. 18 « *crimes contre l'humanité* », lit. (a) « *meurtre* ».
[124] Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, du 8 août 1945, établissant le Statut du Tribunal militaire international, *in* Schindler et Toman, *Droit des conflits armés*, N°98, pp. 1299 et ss.

particulièrement de la persécution. La Loi N°10 du Conseil de contrôle allié reprend la même distinction entre ces deux types de crimes contre l'humanité.

Plus récemment, les Statuts des deux Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda semblent gommer cette distinction. Le premier, en effet, énumère les crimes contre l'humanité dont tant le meurtre que la persécution ne sont que des éléments parmi d'autres, énoncés sur le même plan. Le second requiert quant à lui une intention discriminatoire, qui lui est propre, pour tous les crimes contre l'humanité énumérés en son article 3 où meurtre et persécution sont les éléments d'une même énumération, sans distinction de nature.

Le Statut de la Cour pénale internationale semble revenir à une certaine distinction de nature entre deux types de crimes contre l'humanité. En effet, il y a tout d'abord les infractions indépendantes que sont le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, l'emprisonnement, la torture, les violences sexuelles et les disparitions forcées ; il y a ensuite les crimes composés que sont la persécution et l'apartheid, qui est une forme de persécution. La persécution est en effet composée de l'un des autres actes énumérés à l'article 7 ou aux articles 5, 6 et 8 du Statut, commis avec une intention discriminatoire ; l'apartheid est, lui, composé de crimes analogues à ceux énumérés, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale, ce qui comporte une part inhérente de discrimination.

Le meurtre occupe ainsi une place centrale dans le crime contre l'humanité, non seulement en tant que pivot entre deux catégories d'infractions, mais également parce que la mort sera souvent, dans les faits, le résultat des autres crimes.

B. Meurtre et assassinat

Nous l'avons dit, seul le Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international et le Statut de la Cour pénale internationale incriminent le meurtre comme crime contre l'humanité. Tous les autres instruments incriminent, en français, l'assassinat. Les textes dans leur version anglaise retiennent plus généralement le terme « *murder* ».

En droit interne, il existe le plus souvent une distinction entre meurtre et assassinat, ce dernier étant constitué par une *mens rea* ou un mobile spécifique, considérés généralement comme une circonstance aggravante par rapport au meurtre.

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a eu l'occasion d'analyser la distinction éventuelle que l'on pouvait trouver entre ces deux termes dans la version française de son Statut, concluant que le droit international coutumier retient le terme de « *meurtre* » au sens du terme anglais « *murder* » [125].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a repris ce même raisonnement et statué sur ce point : « *Concernant l'assassinat, la Chambre constate tout d'abord que la version anglaise du Statut se réfère au terme 'murder'. La Chambre note, (…) que c'est ce dernier terme qu'il convient de retenir comme manifestation de la coutume internationale. C'est donc la définition du meurtre (…) que la Chambre adoptera ici* » [126].

[125] Voir TPIR, Akayesu, §6.4.
[126] TPIY, Jelisic, §51.

Une autre Chambre de ce Tribunal a également conclu, dans le même sens et sur la même base, que « *c'est le meurtre et non l'assassinat qui doit être l'infraction sous-jacente au crime contre l'humanité* » [127].

Au-delà de la question de savoir lequel des deux termes il convient de retenir en droit international coutumier, la question peut se poser de savoir s'il existe, dans ce même droit international coutumier, une distinction entre meurtre et assassinat, dans le même sens que celle appliquée dans les différents droit nationaux qui la connaissent. C'est douteux, du fait que le terme anglais « *murder* » a été employé en miroir des deux termes français, sans distinction, et du fait que les tribunaux pénaux internationaux ont systématiquement retenu les éléments constitutifs du meurtre comme étant ceux applicables à l'assassinat figurant dans leurs Statuts respectifs.

Aujourd'hui et sans contestation possible, le Statut de Rome revient au terme de « *meurtre* » dans sa version française, gardant le terme « *murder* » dans sa version anglaise [128].

Dans le cas du meurtre, l'élément matériel ou *actus reus* du crime est clairement identifié, c'est la mort de la victime comme résultat de l'action ou de l'omission de l'accusé. En effet, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé : « *Il est de jurisprudence constante au TPIY et au TPIR de définir le meurtre comme le décès de la victime causé par un acte ou une omission de l'accusé, avec l'intention de donner la mort ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique, dont il devait raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort* » [129]. Ce résultat n'est pas toujours évident à déterminer, comme l'a montré une décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie face au cas d'un détenu qui s'est suicidé dans sa cellule après avoir subi de mauvais traitements.

C. La mort de la victime

La mort de la victime est le résultat essentiel à la réalisation du meurtre, peu importe la manière dont la mort est donnée. Nous avons vu dans les exemples cités dans les affaires *Jelisic*, *Blaskic* et *Krstic*, que les accusés avaient abattu leurs victimes d'une balle à bout portant, ou à plus longue distance avec des tireurs d'élite, ou encore les avait brûlées vives au lance-flamme.

La preuve de la mort de la victime ne signifie pas que le corps de cette personne doit avoir été retrouvé ou identifié. La mort de la victime peut être inférée des circonstances de l'espèce et de l'ensemble des éléments de preuve présentés à l'audience. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé sur ce point, dans l'affaire *Krnojelac* : « *All that is required to be established from that evidence is that the only reasonable inference from the evidence is that the victim is dead as a result of what occurred in the KP Dom.(…) The evidences presented by the Prosecution to establish a circumstantial case as to the death of the victims in such circumstances includes such facts as: proof of incidents of mistreatment directed against the individual; patterns of mistreatment and disappearances of other individuals detained in the KP Dom; the general climate of lawlessness at the KP Dom where the acts were committed; the length of time which has*

[127] TPIY, Blaskic, §216.
[128] Relevons toutefois que la version chinoise du Statut incrimine à l'art. 7 §1 lit. (a) une forme intentionnelle grave du meurtre, qui pourrait être traduite par assassinat en français et que le texte espagnol retient toujours « *asesinato* », sans que ceci ne porte à conséquence vu ce qui précède et la *mens rea* imposée par l'art. 30 CPI.
[129] TPIY, Krstic, §485.

elapsed since the person disappeared; and the fact that there has been no contact by that person with others whom he would have been expected to contact, such as his family » [130].

Il est d'ailleurs nécessaire, au sens du Statut de Rome, que l'auteur tue directement sa victime, la mort ne pouvant résulter de mauvais traitements infligés, d'atteintes graves à l'intégrité physique, que si elle en était une conséquence voulue par l'auteur. Nous y reviendrons sous l'angle de la *mens rea*.

D. Le résultat de l'action ou de l'omission de l'accusé

Le second élément essentiel à la définition du meurtre est que la mort de la victime doit être le résultat de l'action ou de l'omission de l'accusé. C'est la conjonction de ces deux éléments qui constitue le crime [131]. La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux est constante sur ce point et l'on peut, par exemple, citer encore l'affaire *Blaskic* : « *S'agissant de la définition du meurtre, la Chambre reprendra (…) les éléments constitutifs de cette infraction tels qu'ils sont communément admis en droit interne, à savoir :*

- *le décès de la victime ;*
- *résultant d'un acte ou d'une omission de l'accusé ou de son subordonné ;*
- *alors que l'accusé, ou son subordonné, était animé de l'intention de donner la mort à la victime ou de porter des atteintes graves à son intégrité physique dont il ne pouvait que raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort* » [132].

Le même Tribunal a jugé dans une autre affaire que l'action ou l'omission de l'accusé doit être une cause substantielle de la mort de la victime : « *In relation to homicide of all natures, this* actus reus *is clearly the death of the victim as a result of the actions of the accused. The Trial Chamber finds it unnecessary to dwell on this issue, although it notes that omissions as well as concrete actions can satisfy the* actus reus *element and, further, that the conduct of the accused must be a substantial cause of the death of the victim* » [133].

Dans les cas pratiques cités, il est évident que la mort des victimes est le résultat de l'acte de celui qui les abat d'une balle dans la tête à courte distance ou du tireur d'élite qui les abats à plus longue distance, ou encore de celui qui actionne contre elles un lance-flamme.

Un cas particulier s'est posé au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Krnojelac*. L'accusation de meurtre était portée à son encontre, notamment pour le cas d'un détenu qui se serait suicidé par pendaison dans sa cellule après un passage à tabac. Le Procureur estimait que ce passage à tabac suivi de la mise en isolement de la victime sans soin médical, avait provoqué son suicide. L'accusé et ses subordonnés auraient en effet créé une situation dans laquelle il était aisément prévisible que la victime se suicidât. La Chambre de première instance, sur ce point, a jugé :

---

[130] TPIY, Krnojelac, §§ 326-327.
[131] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 130, *ad* art. 7 §1 lit. (a) CPI.
[132] TPIY, Blaskic, §§216-217 ; voir également Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 102-104.
[133] TPIY, Delalic et al., §424.

«*The crucial issues are causation and intent. The relevant act or omission by the Accused or by those for whose acts or omission the Accused bears criminal responsibility must have caused the suicide of the victim and the Accused, or those for whom he bears criminal responsibility, must have intended by that act or omission to cause the suicide of the victim, or have known that the suicide of the victim was a likely and foreseeable result of the act or omission. The Accused cannot be held criminally liable unless the acts or omissions for which he bears criminal responsibility induced the victim to take action which resulted in his death, and that his suicide was either intended, or was an action of a type which a reasonable person could have foreseen as a consequence of the conduct of the Accused, or of those for whom he bears criminal responsibility* » [134].

La Chambre de première instance a acquitté Krnojelac de ce chef de meurtre, n'estimant pas suffisamment démontré le lien de causalité entre l'action ou l'omission de l'accusé et la mort de la victime. Pour reprendre les termes de l'affaire *Delalic et consorts*, dans ce cas, l'action ou l'omission de l'accusé n'est pas une cause substantielle de la mort de la victime Il n'a pas été fait appel de ce jugement sur ce point et la Chambre d'appel, bien que révisant sérieusement les conclusions de la Chambre de première instance sur des points fondamentaux, ne s'est pas prononcée sur celui-ci. Dans le cadre du Statut de la Cour pénale internationale, il convient de suivre le raisonnement de la Chambre de première instance sur ce point. En effet, le Statut de Rome n'incrimine pas le dol éventuel et le suicide ne pourrait être considéré comme un meurtre que s'il est directement, en tant que tel, imposé à la victime.

E. Meurtre et extermination

Le meurtre, comme tous les autres crime contre l'humanité, doit s'inscrire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat [135]. Il convient alors de tenter de distinguer le meurtre commis massivement ou systématiquement de l'extermination, qui semblent, *a priori*, très proches l'un de l'autre.

Nous avons vu que, en ce qui concerne le meurtre, la mort de la victime devait résulter de l'action ou de l'omission de l'auteur.

L'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale définit l'extermination « *notamment* » 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* » [136].

L'Assemblée des Etats parties a adopté comme éléments de ces deux crimes, premièrement pour le meurtre, que l'accusé doit avoir « *tué une ou plusieurs personnes* », sans autres précisions, et, deuxièmement pour l'extermination, que l'accusé doit avoir « *tué une ou plusieurs personnes, notamment en les soumettant à des conditions d'existence propres à entraîner la destruction d'une partie d'une population* », précisant que de telles conditions « *pourraient* » être infligées par la privation d'accès à la nourriture ou aux médicaments [137].

---

[134] TPIY, Krnojelac, §329.
[135] Art. 7 §1 *in initio* et §2 lir. (a) CPI.
[136] Art. 7 §2 lit. (b) CPI.
[137] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Meurtre et Extermination p. 120.

Dans les deux cas, l'auteur a tué une ou plusieurs personnes. Par ailleurs, si l'auteur a intentionnellement soumis des personnes à des conditions de vie propres à entraîner leur disparition, notamment en les privant de l'accès à la nourriture ou aux médicaments, leur mort est bien le résultat de l'action ou de l'omission de l'accusé.

L'extermination est, dans le langage courant, comprise comme des meurtres commis à grande échelle. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda l'a défini comme suit : « *Par son acte ou ses actes ou omission(s), l'auteur a participé à une tuerie généralisée de personnes ou à leur soumission à des conditions d'existence devant entraîner leur mort à grande échelle ; dans l'intention de donner la mort, ou en faisant preuve d'une insouciance grave, peu lui important que la mort résulte ou non d'un tel acte ou d'une telle omission ou de tels actes ou omissions ; en étant conscient du fait que ledit acte ou ladite omission ou lesdits actes ou omissions s'inscrivent dans le cadre d'une tuerie généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse* » [138].

Ce qu'il faut retenir ici, renvoyant au chapitre suivant l'analyse détaillée de l'extermination, c'est que, premièrement, ce crime peut être commis soit par le meurtre, soit par la création de conditions de vie propres à entraîner la mort ; le résultat homicide n'est donc pas indispensable à la réalisation du crime d'extermination. Deuxièmement, le meurtre vise des individus alors que l'extermination vise un groupe de personnes [139].

Il s'ensuit que l'extermination est une infraction spéciale par rapport au meurtre dont elle englobe tous les éléments constitutifs, plus d'autres qui lui sont propres.

[138] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §144.
[139] Voir *infra* chapitre 6.

V. La *mens rea*

La *mens rea* du meurtre, comme celle de tout crime au sein du Statut de Rome, s'apprécie par rapport à l'article 30 du Statut, sauf disposition qui lui soit contraire. L'article 7 ne contient aucune dérogation en matière de meurtre, qui ne fait pas non plus l'objet d'un *dolus specialis* qui lui soit propre.

Il a toujours été reconnu par les deux Tribunaux pénaux internationaux que le meurtre doit être intentionnel pour constituer un crime contre l'humanité, quel que soit le terme employé, faisant notamment référence au droit de *common law* et à la notion de « *malice* » :

« *The ordinary meaning of the English term 'murder' is also understood as something more than manslaughter and thus, as stated above, no difference of consequence flows from the use of 'wilful killing' in place of 'murder'. (…) At common law, the term 'malice' is often utilised to describe the necessary additional element that transforms a homicide from a case of manslaughter to one of murder. Yet again, however, there is a strong danger of confusion if such terminology is transposed into the context of international law, without explanation of its exact meaning. Malice does not merely refer to ill-will on the part of the perpetrator of the killing, but extends to his intention to cause great bodily harm or to kill without legal justification or excuse and also 'denotes a wicked and corrupt disregard of the lives and safety of others'. In most common law jurisdictions, the* mens rea *requirement of murder is satisfied where the accused is aware of the likelihood or probability of causing death or is reckless as to the causing of death* » [140].

Plus loin dans le même jugement, le Tribunal relève que la notion de dol connue dans les pays de droit civil décrit la notion d'un acte volontaire, englobant tant l'intention ou dol directe qu'indirect ou *dolus eventualis*. L'auteur qui s'engage dans une conduite mettant en danger la vie de ses victimes, notamment en leur infligeant des atteintes graves à l'intégrité corporelle, et provoquant ainsi leur mort, commet un meurtre intentionnel, s'il était conscient que la mort pouvait raisonnablement résulter de ses actes ou omissions et s'il en accepte par avance la réalisation [141].

Il faut donc que l'intention de l'auteur soit de tuer ou d'infliger des atteintes graves à l'intégrité physique de sa victime sans égard pour sa vie.

Ainsi, « *On peut considérer que l'accusé est coupable de meurtre s'il a commis des actes illégaux dans l'intention de tuer une autre personne ou de la blesser grièvement et que ce comportement a provoqué la mort de cette personne. (…) L'élément moral de l'assassinat requis par l'article 5 a) correspond à l'intention de tuer ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique d'autrui par l'effet de l'imprudence et du peu de cas qui est fait de la vie humaine* » [142].

Au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces

[140] TPIY, Delalic et al., §433.
[141] Voir TPIY, Delalic et al., §435.
[142] TPIY, Kupreskic et al., §§560-561, dans la version anglaise du §561 : « *The requisite* mens rea *of murder under Article 5(a) is the intent to kill or the intent to inflict serious injury in reckless disregard of human life* ».

termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct, excluant le dol éventuel et la négligence, sauf si le Statut en dispose autrement [143].

En ce qui concerne le meurtre, il n'existe aucune règle spéciale au sein du Statut relative à la *mens rea* de l'auteur. Celui-ci doit donc avoir l'intention d'adopter un comportement dont il est conscient qu'il provoquera la mort de sa victime, qui adviendra dans le cours normal des événements.

Seuls le dessein ou le dol direct sont ici admissibles et il convient alors de rejeter le dol éventuel. Ainsi, celui qui inflige intentionnellement à sa victime des atteintes graves à son intégrité physique ne commet pas de meurtre car il ne possédait pas la *mens rea* nécessaire, le dol éventuel n'étant pas reconnu par l'article 30 du Statut [144].

[143] Voir *supra* chapitre 3.
[144] Voir Roger S. Clark, *Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court*, *in* Politi & Nesi, *The Rome Statute of the International Criminal Court A Challenge to Impunity*, p. 82.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs de meurtre

La jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a établi clairement quels sont les éléments constitutifs de meurtre et, par exemple, la Chambre de première instance du premier, dans l'affaire *Krnojelac*, a jugé, sans faire sur ce point l'objet d'un recours :

« *The basic requirements for the crime of murder are:*

1. *The victim named in the indictment is dead.*
2. *The victim's death was caused by an act or omission of the accused, or of a person or persons for whose acts or omissions the accused bears criminal responsibility.*
3. *That act was done, or that omission was made, by the accused, or a person or persons for whose acts or omissions he bears criminal responsibility, with an intention:*
    a. *To kill, or*
    b. *To inflict grievous bodily harm, or*
    c. *To inflict serious injury, in the reasonable knowledge that such act or omission was likely to cause death* » [145].

L'Assemblée des Etats parties a, pour sa part, adopté comme suit les éléments constitutifs du meurtre comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour [146] :

« *1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes.*

2. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

3. 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 » [147].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de meurtre comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes.

[145] TPIY, Krnojelac, §§323-324.
[146] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 80-81.
[147] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Meurtre, p. 120.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend adopter son comportement homicide ; et
3. L'auteur entend provoquer la mort comme résultat de ce comportement.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que la mort sera le résultat de son comportement.

Chapitre 6

L'extermination

L'extermination constitue l'un des crimes contre l'humanité dans tous les instruments internationaux, de l'Accord de Londres créant le Tribunal militaire international de Nuremberg, jusqu'au Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Toutefois, le Statut de Rome est le premier instrument international à préciser quelque peu le champ de ce crime, par lequel il faut entendre, 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 [1]. Par sa formulation, plus qu'une définition de l'extermination, cette disposition n'est toutefois qu'un exemple de ce qu'elle peut être et ne mentionne pas les éléments essentiels que l'on peut tirer du sens courant du mot et de la jurisprudence internationale.

Il est intéressant de relever que le sens premier de l'extermination signifie bannir, chasser, exiler, du latin *exterminare*, de « *ex* », signifiant « *hors de* », et « *terminus* », borne, limite ou frontière (Gaffiot). Ainsi, Cicéron l'employait dans le sens de retrancher quelqu'un de la communauté humaine, par l'exil : « *Aliquem ex hominum communitate exterminare* » [2]. C'est encore dans ce sens que l'entend Voltaire : « *Exterminez, grands dieux, de la terre où nous sommes, Quiconque avec plaisir répand le sang des hommes* ». C'est bien de ceci qu'il s'agit à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, de retrancher quelqu'un de l'humanité, non par l'exil mais, de manière plus définitive, par la mort. L'extermination a donc acquis, dans le langage courant, le sens de faire disparaître ou périr entièrement (Littré).

En ce sens, comme le meurtre, elle est la négation du droit à la vie et le bien protégé est ici à nouveau la vie de la victime. Ce droit à la vie fait également l'objet d'une vision élargie incluant des dimensions sociales et économiques, parfois appelé « *right to live* » [3]. Selon cette approche, le droit à la vie inclut un droit à la nourriture,

---

[1] Voir Art. 7 §2 lit. (b) CPI.
[2] Cicéron, *De officiis*, 3, 32.
[3] Voir Bertrand G. Ramcharan, *The right to Life*, (1983), 30 NILR 297, cité par William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 9.

aux soins médicaux et à un environnement sain [4]. Cette approche permet d'analyser l'extermination comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale sous l'angle d'une violation du droit à la vie, tant dans sa dimension de meurtres de masse que dans celle de mise en danger de la population, par sa soumission à des conditions de vie calculées pour provoquer sa destruction d'une partie de la population, notamment par la privation d'accès à la nourriture ou aux médicaments [5].

[4] C'est l'approche adoptée par le Comité des droits de l'homme, *General Comment 6(16)*, ONU Doc. CCPR/C/21/Add.1 et *General Comment 14(23)*, ONU Doc. A/40/40, Annex XX, UN Doc. CCPR/C/SR.563, §1; cette approche est partagée par certains pays, not. le Canada, voir *Initial Report of Canada*, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.43 ; voir également William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 9.

[5] Voir art. 7 §1 lit. (b) et §2 lit. (b) CPI.

I. L'extermination en droit international

C'est à Nuremberg que le crime contre l'humanité d'extermination fit son apparition et acquit une autonomie, qui le distingua dès lors des meurtres commis massivement. La définition de ce crime ne semble toutefois pas avoir été abordée durant les discussions qui menèrent à l'Accord de Londres. Il a été suggéré que les auteurs de la Charte de Nuremberg y inclurent l'extermination dans le but de « *bring the earlier stages in the organization of a policy of extermination under the action of law, and that steps which are too remote from an individual act of homicide to constitute complicity in that act may be punishable as complicity in the crime of extermination* » [6]. Il convient également de relever qu'en l'absence de toute incrimination relative au terme de génocide, inexistant avant la Convention de 1948, l'extermination fut largement comprise comme recouvrant des actes que l'on qualifierait aujourd'hui de génocide, notamment l'extermination des Juifs.

C'est au Procureur américain à Nuremberg, Robert H. Jackson, qu'il revint de clarifier la notion dans son *Opening Speech* : « *the Nazi conspiracy (…) always contemplated not merely overcoming current opposition, but exterminating elements which could not be reconciled with its philosophy of the State. (…) The persecution policy against the Jews commenced with non-violent measures, such as disfranchisement and discriminations against their religion, and the placing of impediments in the way of success in economic life. It moved rapidly to organised mass violence against them, physical isolation in ghettos, deportation, forced labour, mass starvation, and extermination. (…) The conspiracy or common plan to exterminate the Jews was so methodically thoroughly pursued, that despite the German defeat and Nazi prostration this Nazi aim largely succeeded* ». Le Procureur Jackson qualifia également les expériences scientifiques auxquelles les Nazis se livrèrent comme l'extermination des indésirables [7].

Le jugement du Tribunal de Nuremberg contient un certain nombre de références au crime d'extermination, couvrant en substance une large pratique du meurtre dirigée contre des groupes d'individus, essentiellement des Juifs, des Polonais, des malades mentaux et des communistes, quels que fussent les moyens utilisés pour tuer ces personnes [8].

L'interprétation de l'extermination dans le sens de meurtres commis massivement est reprise par la Commission des Nations Unies sur les Crimes de Guerre en 1948, qui précise : « *The inclusion of both "extermination" and "murder" may be taken to mean that implication in the policy of extermination, without any direct connection with actual criminal acts of murder, may be punished as complicity in the crime of extermination* » [9]. D'autres jugements rendus à cette époque reprirent, dans le même sens, l'incrimination de l'extermination, sans toutefois jamais essayer de la définir clairement et semblant en réserver le reproche aux personnes occupant une fonction

[6] Egon Schwelb, *Crimes against humanity*, British Yearbook of International Law, 1946, 178, 192, cité *in* TPIY, Vasiljevic, §217, note 564.
[7] Robert H. Jackson, *Opening Speeches of the Chief Prosecutors*, The Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, 20 November 1945, pp. 13-18, cité *in* TPIY, Vasiljevic, §220, notes 565-566.
[8] Voir Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, §§49, 51, 58, 60-61, 72-73, 76-77.
[9] Voir *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Compiled by the United Nations War Crimes Commission, 1948, p 194.

hiérarchique relativement élevée, les simples exécutants étant généralement poursuivis pour assassinat [10].

L'extermination apparaît également à l'article 32 de la Quatrième Convention de Genève de 1949 qui interdit expressément toute mesure de nature à causer soit des souffrances physiques, soit l'extermination des personnes protégées au pouvoir d'une Haute Partie contractante. Le Commentaire de cette disposition relève que la notion d'extermination peut être rapprochée de celle de meurtre, à ceci près que si « *l'homicide est la négation du droit à l'existence d'un individu, l'extermination refuse le même droit à des groupes humains entiers ; elle est un crime collectif, consistant en une multitude de meurtres individuels* » [11].

La Cour de district de Jérusalem, dans le jugement condamnant Eichmann, fit un très large usage du terme extermination, l'employant pour décrire toute action de tuer, annihiler, détruire ou éliminer massivement des personnes humaines. Il est donc difficile de discerner l'exacte notion de l'extermination dans ce vaste étalage de synonymes, d'autant plus que la Cour ne fait pas de distinction entre l'extermination en tant que crimes contre l'humanité et en tant que génocide. Toutefois, il apparaît que les éléments constitutifs de ce crime contre l'humanité sont à rechercher dans un grand nombre de meurtres attentés contre un groupe de personnes, en connaissance de l'ampleur des meurtres commis, sans que la manière de procéder ne soit relevante [12].

L'extermination, dans le Statut de la Cour pénale internationale, n'est pas propre aux crimes contre l'humanité. Faire disparaître ou périr entièrement des groupes de personnes nous rapprochera tout d'abord du meurtre mais aussi, de par son caractère massif, du génocide. Enfin, le crime de guerre d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant notamment des biens indispensables à leur survie n'est pas totalement étranger au fait de créer des conditions de vie propres à entraîner la destruction d'une partie de la population, tel que l'entend l'article 7 du Statut.

---

[10] Voir not. Etats-Unis c. Altsötter et autres (« *Justice case* »), Etats-Unis c. Ohlendorf et autres (« *Einsatzgruppen case* »), Etats-Unis c. Brandt et autres (« *Medical case* »).

[11] CICR, *Commentaire* à la IVème Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, *ad* art. 32, p. 240.

[12] Voir Cour de district de Jérusalem *in* Attorney-general v. Adolph Eichmann, not. §§ 11, 33, 35, 38, 79, 93, 110, 111, 117, 120, 122, 126, 127, 155, 162-165, 167, 169, 182, 186, 190-191, 194, 195 et 201, *in* ILR 36, pp. 5 et ss ; en appel, Cour Suprême d'Israël, ILR 36, pp. 277 et ss.

II. Imposer des conditions de vie propres à entraîner la destruction de personnes comme génocide et crimes de guerre dans le Statut de Rome

A. Extermination et génocide

Le Statut de Rome incrimine, comme génocide, dans les mêmes termes que la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, le meurtre, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, de même que la soumission intentionnelle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel à des « *conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle* » [13]. Ceci nous rapproche singulièrement de la formulation de l'extermination comme crime contre l'humanité, définie comme le fait d'imposer « *des conditions de vie (…) calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population* » [14], ce d'autant plus que la version anglaise du Statut de la Cour pénale internationale utilise dans les deux articles les mêmes termes : « *conditions of life calculated to bring about…* ». La version espagnole, dispose : « *condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial* », pour le génocide, alors que pour le crime contre l'humanité d'extermination, elle dispose : « *condiciones de vida,(…) encaminadas a causar la destrucción de parte de una población* ».

Au cours des négociations qui devaient aboutir à la Convention de 1948, un projet sur ce point proposait deux dispositions. L'une incriminait la soumission d'un groupe à des conditions de vie propres à entraîner l'affaiblissement ou la mort de personnes, par le manque de logement, de vêtement, d'hygiène ou de soins médicaux, ou par le travail ou des efforts physiques excessifs. L'autre, la privation de tous les moyens de subsistance, tels que la confiscation de propriété, le pillage, les restrictions au travail, le refus d'accès au logement et à l'approvisionnement par ailleurs disponible aux autres habitants du territoire concerné. Cette seconde proposition a donné lieu à un commentaire dans le Rapport explicatif : « *If a state systematically denies to members of a certain group the elementary means of existence enjoyed by other sections of the population, it condemns such persons to a wretched existence maintained by illicit or clandestine activities and public charity, and in fact condemns them to death at the end of a medium period instead of to a quick death in concentration camps; there is only a difference of degree* » [15].

Nehemiah Robinson, dans son commentaire à la Convention de 1948, a précisé le sens de cette incrimination, remarquant tout d'abord qu'il est impossible d'énumérer abstraitement toutes les conditions de vie qui peuvent entrer dans le champ de l'article II lettre (c) de la Convention. C'est l'intention de l'auteur et la probabilité de survenance du résultat final qui peut seul déterminer, de cas en cas, si un acte de génocide a ou non été perpétré. Des exemples de génocide au sens de cette disposition peuvent être trouvés dans le fait de soumettre un groupe de personnes à des privations, de réduire le niveau des services médicaux en dessous

[13] Art. 6 lit. (c) CPI.
[14] Art. 7 §2 lit. (b) CPI.
[15] ONU Doc. E/447, p. 25, cité *in* William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 165.

du minimum indispensable, de refuser des logements décents, toutes restrictions imposées dans l'intention de détruire le groupe visé en tout ou partie [16].

La déportation peut également entrer dans le champ de cette disposition, la Commission du droit international, dans le cadre de ses travaux consacrés à un Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, refusa en effet de l'incriminer *expressis verbis* comme crime de génocide, estimant que ce fait était déjà adéquatement couvert par cette incrimination [17].

Dans la même idée, la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, dans ses travaux consacrés aux Eléments des crimes, estima que ces conditions d'existence peuvent regrouper, sans s'y limiter, la privation délibérée des moyens indispensables à la survie, tels que nourriture ou services médicaux, ou l'expulsion systématique des logements [18].

C'est dans ce sens que la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda, se basant sur les mêmes exemples, a interprété cette incrimination, reprise dans une formulation toujours identique dans son Statut [19].

Il a également été soutenu qu'une campagne de viols ou de violences sexuelles systématiques pouvait délibérément imposer des conditions d'existence propres à provoquer la destruction physique du groupe et donc constituer le crime de génocide, notamment dans les régions gouvernées par le droit islamique, qui interdit le mariage aux femmes ayant eu des relations sexuelles extraconjugales, en référence surtout à la situation que connurent les femmes musulmanes Bosniaques [20].

Contrairement aux deux premiers crimes de génocide, que sont le meurtre et les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe [21], le crime de génocide visant à soumettre le groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, ne semble pas requérir la survenance d'un résultat. Les conditions d'existence imposées au groupe doivent être propres à entraîner sa destruction totale ou partielle mais peu importe que cette destruction advienne effectivement en conséquence. Si ce résultat est effectivement atteint, le crime commis sera davantage celui de meurtre ou d'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe [22].

Cette conclusion toutefois semble difficilement compatible avec les textes français et espagnols du Statut. Le français emploie les termes « *conditions d'existence devant entraîner sa destruction* », ce qui signifie clairement que les conditions de vie imposées au groupe *doivent* entraîner sa destruction. Le verbe devoir suivi d'un verbe à l'infinitif exprime qu'une chose arrivera infailliblement (Littré). La version espagnole du Statut est comparable à sa version française : « *condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial* ». En employant les termes : « *hayan de accarear* », elle exprime également l'exigence d'un résultat. Il ne nous

[16] Voir Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, p. 64.
[17] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, ONU Doc. A/51/10 (1996), p. 92.
[18] Voir *Eléments des crimes*, Génocide par soumission intentionnelle à des conditions d'existence devant entraîner la destruction physique totale ou partielle d'un groupe, p. 118, note 4.
[19] Voir TPIR, Akayesu, §505.
[20] Voir Chérif M. Bassiouni et Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former-Yugoslavia*, p. 587.
[21] Voir art. 6 lit. (a) et (b) CPI, reprenant l'art. II, lit. (a) et (b) de la Convention de 1948.
[22] Voir William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 167. L'auteur note à ce sujet que les Etats-Unis proposèrent comme élément constitutif de ce crime que « *the conditions of life contributed to the physical destruction of that group* », ce qui ne fut pas retenu mais perçu comme une erreur d'interprétation (voir ONU Doc. PCNICC/1998/DP.4, p. 7) ; voir également Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 79-80.

appartient pas ici de trancher la question mais simplement de la soulever à l'appui de l'interprétation de l'extermination comme crime contre l'humanité.

Il est bien connu que le crime de génocide doit obéir à une *mens rea* particulière, qui est l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel, applicable à tous les crimes de génocides énumérés à l'article 6 du Statut de Rome. Toutefois, dans le cas qui nous occupe ici, une intention spécifique est exigée, qui ressort bien plus de la version anglaise du texte que de sa version française. Les termes anglais, que nous retrouverons plus loin en matière de crimes contre l'humanité, exigent que les conditions de vies soient calculées pour entraîner la destruction de la population. Pour William Schabas, ces termes ajoutent un important concept au crimes de génocide, « *implying not only intent and even premeditation but also indicating that the imposition of conditions must be the principal mechanism used to destroy the group, rather than some form of ill-treatment that accompanies or is incidental to the crime. This goes beyond the requirements of paragraphs (a) and (b), where proof of killing or causing serious harm, even on a relatively isolated level, is sufficient to establish guilt given the intent to destroy the group, in whole or in part* » [23].

B. Extermination et crime de guerre

L'extermination, pour le moins dans sa dimension d'imposer des conditions de vie devant entraîner la destruction d'une partie de la population, se rapproche également du crime de guerre d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, en empêchant notamment l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève [24].

Les Eléments des crimes le définissent comme le fait de priver des civils de biens (« *objects* » en anglais, ce qui semble moins essentiel que le terme « *biens* » utilisé en français) indispensables à leur survie, dans l'intention de les affamer [25]. La Commission préparatoire reconnut que, non seulement la privation de nourriture et de boisson, mais également d'autres biens, comme des médicaments ou, dans certaines circonstances, lorsque le climat l'impose, des couvertures ou manteaux, s'ils sont rendus indispensables par le froid ambiant, peuvent être constitutifs de ce crime.

Dans cet esprit, la Commission introduisit une note de bas de page dans laquelle elle souligna que l'intention d'affamer devait aussi couvrir une approche plus large vers la privation de tout ce qui peut être nécessaire à la survie. Le terme anglais « *starvation* » (« affamer » en français) était ainsi compris non seulement dans son sens premier de tuer par la privation de nourriture, mais également dans un sens plus large englobant la privation ou la fourniture insuffisante de tout produit vital. La majorité de la Commission estima toutefois cette précision redondante avec le premier élément qu'elle rédigea comme le fait « *de priver des civils de biens indispensables à leur survie* » et supprima cette note [26].

---

[23] William A. Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 243-244.
[24] Voir Art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxv) CPI.
[25] Voir *Eléments des crimes*, Crime de guerre, Fait d'affamer des civils comme méthode de guerre, p. 147.
[26] Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, p. 363, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxv) CPI.

Comme dans le cas du génocide, il n'est pas nécessaire ici que les civils soumis à ces privations meurent effectivement. Le Statut de Rome, dans ce cas non plus ne requiert pas de résultat constitutif, ce que reconnaît la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale après avoir expressément rejeté une proposition qui soutenait que, « *as a result of the accused's acts, one or more persons died from starvation* » [27].

Enfin, il convient de préciser que les privations imposées à la population civile doivent l'être comme « *méthode de guerre* », ce qui les rattache intrinsèquement à la conduite des opérations militaires et qui les distingue par là même du crime contre l'humanité d'extermination [28].

[27] Voir ONU Doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2 du 4 février 1999.
[28] Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, p. 364, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxv) CPI.

III. Cas pratique : l'affaire Vasiljevic

La jurisprudence est rare en matière d'extermination comme crime contre l'humanité. Celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda est essentiellement axée sur les crimes de génocide et, si l'extermination y apparaît parfois en tant que crime contre l'humanité, il demeure souvent délicat de l'extraire du contexte génocidaire que le Rwanda connut en 1994.

Un jugement récent du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, rendu le 29 novembre 2002 et condamnant Mitar Vasiljevic, notamment pour crime contre l'humanité d'extermination, nous permet de décrire les faits suivants, qui fondèrent ladite condamnation.

Les faits pertinents relatent les événements qui se déroulèrent dans un immeuble de la rue Pionirska, dans la municipalité de Visegrad. La Chambre de première instance du Tribunal établit qu'un groupe d'environ soixante-cinq à septante personnes fut forcé de quitter, le 14 juin 1999, son village de Koritnik, dans le cadre de la campagne dite de nettoyage ethnique, qui dévastait alors la région. Ce groupe de personnes, composé essentiellement des femmes, enfants et vieillards du village, fut rejoint par un autre groupe d'environ cinq personnes, qui venait de la région de Sase. Ils furent conduits à pied au village de Visegrad, où ils arrivèrent en début d'après-midi, le même jour.

Plus tard, ces personnes furent déplacées :

« *119. La Chambre de première instance est convaincue que le groupe a atteint l'hôtel de Višegrad entre 12 h 15 et 13 heures le 14 juin 1992. Là, on a dit aux membres du groupe que les autocars étaient déjà partis mais qu'il y aurait un autre convoi le lendemain. La Chambre de première instance est convaincue qu'on a ordonné aux membres du groupe de passer la nuit dans les maisons laissées vides par les habitants musulmans du quartier de Mahala*

120. La Chambre de première instance est convaincue que le groupe a quitté l'hôtel pour se rendre rue Pionirska, dans le quartier de Mahala. Là, les membres du groupe se sont d'abord installés dans deux maisons voisines appartenant à la famille Memić, avant de se rassembler dans une seule maison, celle de Jusuf Memić (la 'maison de Memić') » [29].

C'est alors que le crime se prépara :

« *121. La Chambre de première instance est convaincue qu'environ une heure plus tard, entre 16 h 30 et 18 heures, un groupe d'hommes armés est arrivé à la maison de Memić et parmi eux Milan Lukić, Sredoje Lukić et Milan Sušnjar (connu aussi sous le nom de 'Laco'). Une partie des hommes armés sont entrés dans la maison tandis que les autres restaient dehors. Dans la maison, les hommes armés ont ordonné aux membres du groupe de leur remettre leur argent et leurs objets de valeur et les ont fouillés. La fouille ainsi que la collecte de l'argent et des objets de valeur ont pris entre une heure et deux heures et demie.*

122. La Chambre de première instance est convaincue que les hommes armés ont quitté la maison entre 19 heures et 19 h 30 environ, et qu'ils ont ordonné au groupe de Koritnik d'y rester pour la nuit. La Chambre est persuadée qu'avant de partir plusieurs des hommes armés ont emmené Jasmina Vila et une autre femme pour les violer » [30].

Après cette « entrée en matière », les victimes furent déplacées vers une autre maison de la même rue :

[29] TPIY, Vasiljevic, §§119-120.
[30] TPIY, Vasiljevic, §§121-122.

« *La Chambre de première instance est convaincue que, parmi les hommes qui sont revenus, figuraient ceux qui étaient là auparavant et notamment Milan Lukić, Sredoje Lukić et Milan Sušnjar. La Chambre est persuadée que l'on a dit au groupe de Koritnik que les 'Bérets verts' étaient en train d'attaquer et qu'ils devaient être placés dans un endroit sûr. Le groupe a alors été transféré dans la maison d'Adem Omeragić (la 'maison d'Omeragić'), située à une vingtaine ou une cinquantaine de mètres de la maison de Memić, près du ruisseau. La Chambre de première instance est convaincue que les hommes armés, munis de lampes, ont accompagné le groupe dans leur déplacement d'une maison à l'autre. Deux membres du groupe ont néanmoins réussi, durant le transfert, à fausser compagnie aux autres et se sont cachés derrière une remise avant de prendre la fuite* » [31].

Hors ces quelques miraculés qui réussirent à s'échapper, le reste du groupe fut enfermé dans une pièce de la maison :

« *La Chambre de première instance est convaincue que le groupe de Koritnik a été entassé dans une seule pièce située au rez-de-chaussée de la maison d'Omeragić où un certain nombre de personnes se trouvait déjà. Le groupe a ensuite été enfermé dans la maison. La Chambre de première instance est convaincue qu'un peu plus tard on a ouvert la porte de la pièce surpeuplée et que des hommes armés ont jeté un engin incendiaire ou un explosif à l'intérieur. L'engin a mis le feu près de la porte* » [32].

Les auteurs de ce crime n'agirent pas sans avoir au préalable préparé la maison afin que celle-ci brûlât totalement :

« *126. La Chambre de première instance est convaincue que la maison avait été préparée pour l'incendie. La moquette était humide et sentait la colle, et la fumée était d'une épaisseur inhabituelle. Les flammes étaient hautes et le feu a pris rapidement de l'extension, ce qui montre que l'on avait employé une substance inflammable. En dehors de la porte d'entrée, les seules issues étaient deux fenêtres situées sur le côté, face au ruisseau.*

127. La Chambre de première instance est convaincue que, tandis que les flammes se propageaient, les hommes armés ont lancé d'autres explosifs à l'intérieur de la maison. Certaines des personnes qui s'y trouvaient ont tenté de s'échapper en brisant les vitres et en sautant par la fenêtre. La Chambre est convaincue qu'une partie des hommes armés se tenaient dehors sous les fenêtres, prêts à tirer sur ceux qui tenteraient de fuir. Munis de lampes électriques, ils ont tiré sur ceux qui avaient déjà sauté ou qui sautaient par la fenêtre » [33].

Finalement, la Chambre de première instance du Tribunal établit ainsi le triste bilan de ce crime :

« *La Chambre de première instance est convaincue que l'incendie a causé la mort d'environ soixante-six (66) personnes. Un certain nombre de personnes ont réussi à échapper au feu. Le père de VG-61 a traversé les flammes en courant et s'est échappé par la porte lorsque celle-ci a été soufflée par l'explosion à l'origine du feu. VG-18 a réussi à pratiquer une ouverture dans le verre armé de la fenêtre et a été poussée dehors par VG-84, qui a sauté derrière elle. VG-38 a suivi juste après. VG-13 a elle aussi sauté par la fenêtre. Elle tentait de fuir lorsqu'elle a reçu une balle dans le bras. Edhem Kurspahić a lui aussi réussi à s'échapper* » [34].

[31] TPIY, Vasiljevic, §124.
[32] TPIY, Vasiljevic, §125.
[33] TPIY, Vasiljevic, §§126-127.
[34] TPIY, Vasiljevic, §128 ; les initiales « VG », suivies d'un numéro, désignent les témoins dont le Tribunal protège l'anonymat.

IV. L'*actus reus* de l'extermination

L'article 7 du Statut incrimine l'extermination comme crime contre l'humanité, sans toutefois définir cette notion, qu'il se contente d'illustrer en mentionnant qu'elle couvre, notamment, le fait d'imposer des conditions de vie calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population [35]. Toutefois, essentiellement, le crime d'extermination est constitué de meurtres de masse, l'exemple donné par le Statut de Rome élargissant le champ de ce crime.

Il est courant de soutenir que les crimes contre l'humanité peuvent être commis tant par une action violente que par une omission. Il semble toutefois établi que, en droit international, la notion d'omission devait être limitée aux cas dans lesquels l'auteur se trouvait face à une obligation d'agir qu'il ne remplît pas. Seule l'obligation faite au supérieurs hiérarchiques, civils et militaires, d'exercer un contrôle effectifs sur leurs subordonnés afin qu'il ne commettent pas de crime et, le cas échéant, en assurer la répression, permet de reconnaître une omission dans le cadre du Statut de Rome [36].

En ce qui concerne le fait de provoquer des conditions de vie propres à entraîner la destruction du groupe de personnes visé, tant le crime de génocide que le crime contre l'humanité semblent devoir particulièrement se prêter à une commission par omission, ainsi que l'expose William Schabas : « *Although it is possible for all five acts of genocide to be committed by omission, the concept applies most clearly to paragraph (c). Because of the specific intent requirement in the first paragraph of article II, not to mention the requirement in the subparagraph that the conditions be 'calculated', the omission cannot be one of simple negligence. The examples given by the Rwanda Tribunal and by Nehemiah Robinson, namely placing a group of people on a subsistence diet, reducing required medical services below a minimum and withholding sufficient living accommodations, are all to a certain extent acts of omission. (…) Nevertheless, in the case of genocide, an approach to crimes of omission that relies on the existence of a positive duty may unduly limit the scope of the Convention. It is difficult to establish the extent of the obligation of a State, or for that matter of an individual, in terms of assuring adequate nutrition, medical care and housing. (…) Where genocide is committed by the omission to provide necessities of life, in a manner calculated to destroy the group in whole or in part, the omission will probably be apparent not by some abstract standard of a vital minimum but because it is discriminatory vis-à-vis other groups* » [37].

Deux difficultés se présentent ici en matière d'omission. Premièrement, il est impossible d'établir, en droit international, une obligation stricte destinée à approvisionner en vivres, médicaments et autres denrées indispensables une population civile, de manière générale. Sur ce point toutefois, il importe de citer une fois encore William Schabas : « *The broader view of the right to life is considerably more recent and attempts to introduce an economic and social content, a 'right to live', as it is sometimes called. According to this approach, the right to life includes a right to food, to medical care and to healthy environment* » [38]. Cette approche est soutenue par la Commission des droits de l'homme dans son interprétation de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et partagée par certains Etats

[35] Voir art. 7 §1 lit. (b) et §2 lit. (b) CPI.
[36] Voir *infra* chapitres 17 et 18.
[37] William A. Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 170-171.
[38] William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 9.

parties [39]. Ensuite et surtout, une omission dans ce cas ne pourrait être reprochée qu'aux personnes effectivement soumises à une telle obligation.

Il semble bien plus que ce crime appelle la commission d'actes et non d'omissions. Il s'agit, en effet, d'imposer une privation, ce qui nécessite d'interrompre les voies d'approvisionnement habituelles, de détruire les stocks disponibles à la population visée ou de lui en interdire l'accès. Il convient en effet, pour créer des conditions de vie telles qu'elles puissent provoquer la destruction d'une partie de la population, d'interdire à cette population toute solution de rechange vers d'autres sources d'approvisionnement.

A. Un grand nombre de meurtres

L'extermination comme crime contre l'humanité, c'est premièrement des meurtres de masse, commis à grande échelle, bien que ceci ne ressorte pas directement du Statut de la Cour pénale internationale, qui ne donne pas de définition de ce crime [40].

En ce sens, l'extermination se rapproche du meurtre, comme le souligne le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « *Le meurtre et l'extermination ont un élément constitutif commun, puisque tous deux visent la mort des victimes* » [41]. La Commission du droit international explique que la distinction entre meurtre et extermination repose dans le fait que celle-ci, de par sa nature, est dirigée contre un groupe de personnes, contrairement au meurtre dont est victime un individu, ce que confirme la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux [42]. L'extermination comporte donc, de manière intrinsèque un élément de destruction de masse inconnu du meurtre, même commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique constitutive des crimes contre l'humanité [43].

Si la jurisprudence en la matière est particulièrement mince, elle souligne toujours le caractère massif des meurtres constitutifs de l'extermination. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda définit l'extermination comme une tuerie généralisée de personne, tout en précisant que ceci ne comporte pas de détermination d'un seuil numérique déterminé, son contenu devant s'apprécier de cas en cas, sur la base du sens commun [44]. L'exigence d'un élément de destruction de masse distingue l'extermination du meurtre et, même si un nombre minimum de meurtres n'est pas requis, le nombre de victimes demeure toutefois un élément constitutif du crime. Par essence, le crime d'extermination repose sur le fait d'éliminer, sans discrimination, un groupe quel qu'il soit et le Tribunal pénal international pour le Rwanda a condamné Akayesu de ce chef pour avoir tué seize personnes [45]. Le même Tribunal, dans l'affaire Semanza, a relevé un bien plus grand nombre de victime, estimant que les réfugiés présents sur la colline de Mwulire, le 18 avril 1994, étaient au nombre d'environ dix milles et que, après les deux attaques qu'ils eurent à affronter, la colline fut jonchée de cadavres. La Chambre « *considère*

[39] Voir *Initial Report of Canada*, ONU Doc, CCPR/C/1/Add.43, voir également ONU Doc. CCPR/C/SR.205, §26 (Opsahl), cité par William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, p. 9.
[40] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 74-75 et Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 104-106.
[41] TPIY, Krstic, §495.
[42] Voir not. TPIR, Musema, §217 ; TPIR, Bagilishema, §§86-89 ; TPIR, Semanza, §463 ; TPIY, Vasiljevic, §227.
[43] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, ONU Doc. A/51/10 (1996), p. 97 ; voir également Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7, pp. 131-132.
[44] Voir TPIR Kayishema et Ruzindana, §§144-145, et Bagilishema, §§87-88.
[45] Voir TPIR, Akayesu, §6.4.

que l'ampleur des meurtres commis à l'occasion de ces deux massacres est suffisante pour que ces crimes puissent être qualifiés d'extermination » [46].

Le crime d'extermination dans son sens de tuerie massive ou à grande échelle semble réaliser par lui-même les éléments constitutifs généraux de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Cette attaque, nous l'avons vu, est constituée d'un ou de plusieurs crimes parmi ceux énumérés au premier paragraphe de l'article 7 du Statut et son caractère massif est notamment donné si elle provoque un grand nombre de victimes. Il n'existe pas de critère définissant un nombre minimum de victimes, ni de manière générale en rapport avec l'attaque lancée contre une population civile, ni de manière spéciale en rapport avec le crime d'extermination.

C'est ce que souligne le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « *Le terme même d'extermination évoque irrésistiblement l'idée d'un massacre, lequel suppose à son tour un haut degré de préparation et d'organisation. Il convient cependant de faire remarquer que le terme pourrait également s'appliquer, en théorie, à un crime qui, sans être commis 'sur une grande échelle', se solderait par l'éradication d'une population entière, se distinguant clairement par certains traits non prévus par la Convention sur le génocide, mais de taille relativement réduite. En d'autres termes, si l'extermination suppose généralement un nombre élevé de victimes, elle peut être constituée même lorsque le nombre de victimes est limité* » [47].

Le Statut de Rome exige que l'attaque constitutive des crimes contre l'humanité soit conduite en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans le passage que nous venons de citer, souligne le degré substantiel de préparation et d'organisation que doit revêtir la commission du crime d'extermination, en tant que meurtre de masse. A Nuremberg déjà, le Procureur Jackson établissait une politique d'extermination, ce qui est cohérent avec les éléments développés par William Schabas en rapport avec l'intention particulière exigée de l'auteur par les termes employés « *calculés pour…* » [48]. Il est donc envisageable que le crime d'extermination, de par sa propre ampleur et le nombre de victimes qu'il peut provoquer et de par l'organisation qu'il requiert, réalise en lui-même les conditions de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Ceci dépendra des circonstances de l'espèce.

Il est admis dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda que l'auteur peut être condamné pour extermination, même s'il n'a tué qu'une seule personne, pour autant qu'il soit conscient que son crime s'inscrit dans le cadre d'une tuerie à grande échelle, « *à savoir des tueries entre lesquelles on observe une proximité spatiale et temporelle qui permet de les analyser comme une seule et même attaque ou comme une attaque qui se prolonge* » [49]. Ceci nous rapproche incontestablement de la conscience que l'auteur d'un crime contre l'humanité doit avoir du contexte de l'attaque généralisée ou systématique qui entoure son crime.

[46] TPIR, Semanza, §463.
[47] TPIY, Krstic, §501.
[48] Voir William A. Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 243-244.
[49] TPIR, Bagilishema, §88.

B. Les groupes visés

L'extermination en tant que meurtre de masse ne saurait être dirigée que contre un groupe de personnes et c'est là ce qui la distingue du crime de meurtre, dirigé contre des victimes individuelles. Le rapprochement que nous avons fait avec le génocide nous conduit à nous interroger sur la qualité de ce groupe. L'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale, à la suite de l'article II de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, exige que soit visé un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel.

Il n'existe pas, en matière de crimes contre l'humanité, de critère discriminatoire général, seule la persécution devant être commise à l'encontre de groupes politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels, religieux ou sexistes, ou tous autres groupes déterminés selon des critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international [50].

La Commission du droit international désignait ainsi justement la distinction existant entre le crime de génocide et le crime contre l'humanité d'extermination : « *In this regard, extermination is closely related to crime of genocide in that both crimes are directed against a large number of victims. However, the crime of extermination would apply to situations that differ from those covered by the crime of genocide. Extermination covers situations in which a group of individuals who do not share any common characteristics are killed. It also applies to situations in which some members of a group are killed while others are spared* » [51].

La jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda développe les mêmes critères de définition du groupe de personnes victime d'extermination : « *Le Procureur fait valoir que, de par sa nature même, l'extermination doit être dirigée contre un groupe d'individus, qu'elle doit être menée sur une grande échelle, et que le terme peut s'appliquer à des situations où sont massacrés un grand nombre d'individus qui n'ont pas de caractéristiques communes. Aucune intention discriminatoire n'est requise* » [52], et, plus loin, « *Il n'est pas nécessaire que les victimes aient en commun certaines caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses. (…) [La] Chambre de première instance estime qu'il n'est pas nécessaire que les victimes aient fait l'objet d'une discrimination pour des raisons politiques, sociales ou religieuses pour que le crime d'extermination soit constitué* » [53].

Le même Tribunal dans une autre affaire affirma : « *La Chambre de première instance conclut, au vu des éléments qu'elle a examinés, que l'on ne peut considérer une personne pénalement responsable d''extermination' que si celle-ci a causé la mort d'un grand nombre de personnes, quand bien même elle y aurait pris part de manière détournée ou indirecte. Il ne suffit pas qu'une personne soit reconnue responsable d'un des meurtres en question, voire de plusieurs. La Chambre de première instance considère en outre que l'acte d'extermination doit revêtir un caractère collectif plutôt que viser des personnes en particulier. Toutefois, à la différence du génocide, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe auquel appartient la victime* » [54].

Le groupe victime d'extermination est donc beaucoup plus largement défini que celui victime de génocide ou même du crime contre l'humanité de persécution. Il

[50] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI.
[51] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, ONU Doc. A/51/10 (1996), p. 97.
[52] TPIY, Krstic, §493.
[53] TPIY, Krstic, §499.
[54] TPIY, Vasiljevic, §227.

peut en effet s'agir, non seulement d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, mais également d'un groupe politique, social ou linguistique, de même que, par exemple, d'un groupe basé sur l'orientation sexuelle de ses membres, tels que les homosexuels, lesbiennes et transsexuels. Le groupe peut également être défini subjectivement par l'auteur, regroupant des opposants, des personnes jugées subversives, qualifiées de traîtres ou de terroristes selon les cas. Les membres du groupe n'ont pas besoin de partager une caractéristique commune. Plusieurs individus arbitrairement rassemblés, sans aucun critère de discrimination et ne partageant aucune caractéristique commune, forment un groupe en ce sens [55].

C. Les conditions de vie imposées

Si le sens premier de l'extermination porte sur des meurtres de masse, il est singulièrement absent du Statut de la Cour pénale internationale, qui expose simplement 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* » [56]. Les auteurs du Statut, par l'emploi de l'adverbe « *notamment* », ne limitent pas l'application de cette disposition aux meurtres massifs mais en élargissent le sens aux conditions de vie imposées à une population, calculées pour entraîner sa destruction [57].

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a donné quelques exemples des mesures qui pouvaient être prises dans ce but : « *La 'soumission à des conditions d'existence devant entraîner la mort à grande échelle' renvoi[e] à des mesures telles que le fait d'emprisonner un grand nombre de personnes et de leur refuser l'accès aux choses essentielles à la vie, entraînant ainsi des décès en série, ou le fait d'introduire un virus mortel dans une population et de l'empêcher d'accéder aux soins médicaux, avec le même résultat* » [58].

Dans le même sens, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a également souligné, s'appuyant directement sur l'article 7 paragraphe 2 lettre (b) du Statut de la Cour pénale internationale : « *L'introduction de cette disposition donne à penser que le terme extermination peut s'appliquer à des actes commis avec l'intention de provoquer la mort d'un grand nombre de victimes soit directement, comme dans le cas d'un meurtre par arme à feu, soit moins directement, par la création de conditions entraînant la mort de la victime* » [59].

Les conditions de vie imposées à la population victime d'extermination doivent être telles qu'elle puissent engendrer la destruction d'une partie de la population et rejoindre ainsi le sens premier de l'incrimination vers le meurtre de masse. Comme en matière de génocide ou de crimes de guerre, il est possible d'envisager des mesures affamant la population ou la privant des ressources et approvisionnements en vivres ou de tous autres biens indispensables à sa survie, ou encore par l'expulsion ou la destruction de leurs maisons.

Ces conditions imposées à la population visée ne doivent pas simplement lui rendre la vie plus difficile, elles doivent littéralement la rendre impossible. Les

[55] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7, pp. 131-132 et Mario Bettati, *Le crime contre l'humanité*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 313.
[56] Art. 7 §2 lit. (b) CPI.
[57] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7, p. 160.
[58] TPIR, Bagilishema, §90.
[59] TPIY, Krstic, §498.

mesures de privation doivent en effet être calculées pour entraîner la destruction de la population et donc être propres à atteindre ce but.

D. La mort comme résultat du crime

En incriminant, en plus des meurtres massifs, les conditions de vie imposées à une population, calculées pour en provoquer la destruction, en tout ou partie, le Statut nous invite à nous interroger sur le résultat éventuellement constitutif de ce crime.

Il est évident que la mort de la victime est le résultat constitutif du meurtre, et de beaucoup des autres incriminations homicides dans le Statut de Rome, comme nous l'avons vu au chapitre précédent [60]. En ce sens, l'extermination en tant que meurtre de masse comporte également ce résultat constitutif. C'est ce que souligne la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, lorsqu'elle établit le premier élément constitutif du crime d'extermination : « *1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes, notamment en les soumettant à des conditions d'existence propres à entraîner la destruction d'une partie d'une population* » [61]. Nous ne pouvons toutefois pas en demeurer là.

En effet, il n'en va pas de même en ce qui concerne les conditions de vie imposées à la population visée. Le Statut incrimine des mesures « *calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population* ». Ceci nous indique que la destruction d'une partie seulement de la population, donc la survie d'une autre partie de la même population, suffirait à constituer le crime d'extermination. Plus clairement, les mesures imposées doivent être calculées pour atteindre ce but et rien dans le Statut n'exige qu'il soit effectivement atteint. Le texte anglais (« *calculated to bring about the destruction* ») est identique. Le texte espagnol (« *encaminadas a causar la destrucción* ») conforte cette interprétation [62].

Toutefois, en se basant sur le Statut de Rome dans sa recherche d'une définition de l'extermination, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie aboutit à un résultat ambigu : « *Dans cet ordre d'idées, la définition de l'extermination donnée par le Statut de la CPI indique qu'il suffit que les actes criminels aient été calculés 'pour entraîner la destruction d'une partie de la population'. La Chambre de première instance note que cette définition a été adoptée après que les infractions qui nous intéressent en l'espèce ont été commises. Conformément au principe qui veut qu'en cas d'interprétations ou d'applications divergentes, il convienne de retenir la solution la plus favorable à l'accusé, la Chambre de première instance déclare qu'aux fins de la présente espèce, l'extermination doit s'entendre de la destruction d'une partie quantitativement importante de la population concernée. (…) En résumé, la Chambre de première instance conclut que, pour établir l'existence d'un crime d'extermination, il faut rapporter la preuve non seulement que toutes les conditions générales nécessaires à l'existence d'un crime contre l'humanité étaient réunies, mais aussi qu'une population particulière était prise pour cible et que ses membres ont été tués ou soumis à des conditions de vie calculées pour entraîner la destruction d'une partie quantitativement importante de cette population* » [63].

La ressemblance existant entre le crime contre l'humanité d'extermination et le crime de génocide ou crime de guerre visant à affamer une population ou à la

[60] Voir *supra* chapitre 5.
[61] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Extermination, p. 120.
[62] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 82-83.
[63] TPIY, Krstic, §§502-503.

soumettre à des conditions de vies calculées pour entraîner sa destruction physique totale ou partielle, nous a permis d'exposer que tant le crime de génocide que le crime de guerre correspondants, n'exigent pas de résultat constitutif, même si nous avions soulevé quelques réserves concernant celui-là, à la lecture des textes français et espagnols du Statut. Le crime contre l'humanité d'extermination, dans le Statut de la Cour pénale internationale, reprenant la même formulation – en anglais pour le moins, que ces deux autres crimes, il est manifeste qu'aucun résultat constitutif n'est requis de lui non plus.

Toutefois, il faut bien relever que le mot « *extermination* » propre aux crimes contre l'humanité, semble particulièrement mal choisi dans ses relations avec l'exemple donné par le Statut lui-même d'imposer des conditions de vie calculées pour entraîner la destruction du groupe. Il faut donc conclure du texte du Statut, que ce crime est essentiellement une infraction de mise en danger de la population par l'imposition de conditions de vie calculées pour entraîner sa destruction au moins partielle. Ceci suffit à sa réalisation. Toutefois, ce crime couvre également les cas de destruction effective de la population par des meurtres massifs, se distinguant des meurtres de l'article 7 paragraphe 1 lettre (a) du Statut en ce sens qu'un groupe et non des individus est ici visé.

Le crime de génocide offre une distinction plus nette entre meurtre et mise en danger de la population. En effet, il y a alors meurtre de membres du groupe national, ethnique, racial ou religieux, si la population visée est effectivement détruite. Le génocide ne se conçoit que commis à l'encontre d'un groupe de personnes en tant que tel. Ce n'est pas le cas des crimes contre l'humanité, qui peuvent être commis contre des personnes individuelles, comme le meurtre, ou contre des groupes de personnes, comme l'extermination. Il s'ensuit que si la population mise en danger est effectivement détruite, ces faits ne recouvrent qu'imparfaitement le meurtre et justifient une incrimination particulière.

En ce qui concerne le crime contre l'humanité d'extermination, il convient donc de le percevoir comme une incrimination double portant, premièrement, sur les meurtres de masses qui, en ce sens, exige un résultat homicide, à l'image du meurtre, et, deuxièmement, sur les conditions de vies calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population, qui, en tant qu'infraction de mise en danger, n'exige pas la survenance d'un résultat particulier.

V. La *mens rea*

La *mens rea* du crime contre l'humanité d'extermination s'apprécie à la lumière de la réglementation générale de l'article 30 du Statut, qui exige l'intention et la connaissance, car aucune exception n'est à relever à l'article 7 paragraphe 1 lettre (b) du Statut sur ce point.

Toutefois, un élément particulier réside dans l'ampleur particulière de ce crime, dont nous avons dit qu'il pouvait, en lui-même constituer les éléments généraux des crimes contre l'humanité, c'est-à-dire être constitutif d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Dans ce cas, de même que, de manière générale, la connaissance de l'attaque est exigée de l'auteur, il convient que l'auteur de l'extermination connaisse également le caractère massif de la tuerie à laquelle il participe et sache que c'est un groupe de personne qui est visé en tant que tel et non des individus.

L'intention de l'auteur doit porter, au sens de l'article 30 du Statut, sur la volonté d'adopter un comportement, sur la volonté de provoquer une conséquence ou sur la conscience qu'une conséquence adviendra dans le cours ordinaire des événements.

En matière d'extermination, l'auteur doit donc vouloir provoquer des conditions de vie propres à entraîner la destruction physique au moins partielle de la population visée. En ce sens, il doit vouloir détruire ou supprimer l'accès à des biens indispensables à la survie de la population. Il doit également avoir l'intention de provoquer la destruction de cette population, au moins en partie, ou savoir que cette destruction adviendra normalement en conséquence des conditions de vie qu'il lui impose.

La connaissance de l'auteur est donnée, au sens de l'article 30 lorsque l'auteur sait qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. En matière d'extermination, l'auteur doit savoir qu'il ne vise pas un individu en particulier mais que c'est un groupe de personnes en tant que tel qui est l'objet de son crime ; il doit savoir que l'objectif poursuivi est la destruction au moins partielle de cette population et savoir que cette destruction adviendra dans le cours ordinaire des événements comme conséquence à son comportement.

La connaissance du contexte massif du crime d'extermination joint à la volonté d'en adopter le comportement criminel, établit le lien qui doit nécessairement exister entre le comportement de l'auteur et le contexte exterminatoire dans lequel il s'inscrit. La connaissance de l'auteur sur ce point est en tout point comparable à celle qu'il doit avoir de l'attaque généralisée ou systématique au sens de l'article 7 paragraphe 1 *in initio* du Statut [64].

Nous retrouvons les mêmes exigences dans la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Ce dernier, dans l'affaire Kayishema et Ruzindana a jugé : « *Un auteur peut être déclaré coupable d'extermination s'il tue une seule personne ou s'il la soumet à des conditions d'existence qui sont de nature à provoquer sa mort, à condition toutefois qu'ils soit conscient du fait que son acte ou omission, ou ses actes ou omissions, s'inscrivent dans le cadre d'une tuerie à grande échelle. Pour que la mise à mort d'une personne isolée relève de l'extermination, il faut qu'elle*

[64] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 83-84.

s'inscrive effectivement dans ce cadre. On considère qu'on est en présence d'un tel cas dès lors que s'observe entre les tueries une proximité spatiale et temporelle avérée » [65].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a de même estimé : « *Il ressort également des éléments examinés par la Chambre de première instance qu'il ne suffit pas, pour que le crime d'extermination soit constitué, que l'auteur ait eu l'intention de tuer un grand nombre de personnes, de leur infliger des sévices graves ou de porter gravement atteinte à leur intégrité physique, alors même qu'il pouvait raisonnablement prévoir que ses actes ou omissions étaient de nature à entraîner la mort, comme dans le cas d'un meurtre. L'auteur doit également avoir eu connaissance d'un vaste projet de meurtres collectifs et avoir été disposé à y prendre part. Il n'est pas nécessaire d'établir, comme pour les persécutions en application de l'article 5 h) du Statut, que l'auteur a agi pour des raisons discriminatoires. Enfin, les motifs – politiques ou idéologiques – pour lesquels l'auteur en est venu à commettre les crimes en question n'entrent pas dans l'élément moral exigé, et n'ont donc aucune incidence sur le plan juridique* » [66].

[65] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §147.
[66] TPIY, Vasiljevic, §228.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs de l'extermination

En conclusion, la jurisprudence internationale a déterminé comme suit les éléments constitutifs du crime contre l'humanité d'extermination : « *Vu ce qui précède, la Chambre a défini comme suit les éléments constitutifs de l'extermination : Par son acte ou ses actes ou omission(s), l'auteur participe à une tuerie généralisée de personnes ou à leur soumission à des conditions d'existence devant entraîner leur mort à grande échelle ; dans l'intention de donner la mort, ou en faisant preuve d'une insouciance grave, peu lui important que la mort résulte ou non d'un tel acte ou d'une telle omission ou de tels actes ou omissions ; en étant conscient du fait que ledit acte ou ladite omission ou lesdits actes ou omissions s'inscrivent dans le cadre d'une tuerie à grande échelle ; et qu'ils font partie intégrante 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* » [67].

De manière comparable, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a retenu comme éléments constitutifs de ce crime : « *1. L'élément matériel (actus reus) de l'extermination consiste en un acte ou un ensemble d'actes contribuant au meurtre d'un grand nombre de personnes. 2. l'auteur doit avoir eu l'intention de tuer, d'infliger des sévices graves ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique des victimes, en pouvant raisonnablement prévoir que ses actes ou omissions étaient de nature à entraîner la mort, ou encore avoir eu l'intention de participer à l'élimination d'un certain nombre de personnes, sachant que ses actes s'inscrivaient dans le cadre d'une vaste entreprise meurtrière dans laquelle un grand nombre de personnes étaient systématiquement vouées à la mort ou exécutées (mens rea)* » [68].

L'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale a retenu quant à elle les éléments suivants :

« *1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes, notamment en les soumettant à des conditions d'existence propres à entraîner la destruction d'une partie d'une population.*

2. Les actes constituaient un massacre de membres d'une population civile ou en faisaient partie.

3. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

4. 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 » [69].

L'Assemblée ajoute à ces éléments trois précisions, rédigées en note de bas de page. Elle relève premièrement, par rapport au fait que l'auteur a tué une ou plusieurs personnes, que ces actes peuvent impliquer différentes méthodes de meurtre, tant directe, c'est-à-dire provoquant immédiatement la mort, qu'indirecte, c'est-à-dire créant des conditions de vie desquelles la mort résultera. Ainsi, le fait de soumettre un groupe de personnes à des conditions de vie calculées pour entraîner sa destruction est un « meurtre indirect » [70]. Ceci n'a pas beaucoup de sens et contrevient à la nature du crime qui est, sur ce point, une infraction de mise en

[67] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §144 ; voir également TPIR, Akayesu, §6.4 ; TPIR, Musema, §§217-219 ; TPIR, Bagilishema, §§88-89.
[68] TPIY, Vasiljevic, §§226-229.
[69] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Extermination, p. 120.
[70] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Extermination, note 8, p. 120.

danger. Il convient donc d'accepter la double nature de l'extermination en distinguant d'une part, le fait de soumettre un groupe de personnes à des conditions de vie calculées pour entraîner sa destruction physique totale ou partielle et, d'autre part, le meurtre massif d'un groupe de personnes.

L'Assemblée reconnaît ensuite que les conditions d'existence propres à entraîner la destruction d'une partie de la population, comme nous l'avons relevé de la jurisprudence internationale, pourraient être infligées par la privation d'accès à la nourriture ou à des médicaments. Elle ne fait ici que reprendre expressément les termes du Statut, qui dispose lui-même que les conditions de vies imposées au groupe sont « *telles que la privation d'accès à la nourriture ou aux médicaments* », ce qui n'apporte rien [71].

Enfin, dans l'exigence que le comportement de l'auteur fasse partie d'un massacre, l'Assemblée précise que ceci inclut « *l'acte initial dans un massacre* », sans préciser ce qu'il convient de comprendre par là [72]. En effet, il semble alors qu'un massacre commence par un « *acte initial* », un meurtre individuel, qui provoque les autres meurtres commis ensuite. Un massacre au sens ou l'entend l'Assemblée et le Statut en matière d'extermination, est un crime massif commis à l'encontre d'un groupe de personnes. Il n'y a donc pas d'acte initial suivi d'actes conséquents mais un comportement à apprécier dans sa globalité, comme un tout.

En conséquence, nous pouvons exposer systématiquement comme suit les éléments constitutifs de l'extermination en tant que crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, et
2. Dans le cadre d'une tuerie généralisée d'un groupe de personnes,
3. L'auteur
    a. a tué une ou plusieurs personnes, ou
    b. a imposé à un groupe de personnes des conditions de vies propres à entraîner sa destruction physique totale ou partielle.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend
    a. provoquer la mort comme résultat de ce comportement ; ou

[71] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Extermination, note 9, p. 120.
[72] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Extermination, note 10, p. 120.

b. imposer des conditions de vies calculées pour entraîner la destruction physique d'une partie au moins d'un groupe de personne civiles visé.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait qu'une tuerie généralisée d'un groupe de personnes est en cours ; et
3. L'auteur sait que la destruction physique d'une partie de la population visée peut être le résultat de son comportement.

Chapitre 7

La réduction en esclavage et l'esclavage sexuel

Le crime contre l'humanité de réduction en esclavage, dans le Statut de la Cour pénale internationale, c'est le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants [1]. Cette problématique est extrêmement vaste. En effet, il s'agit d'exercer sur une personne les *pouvoirs* liés au droit de propriété et non un *droit* de propriété en tant que tel, inadmissible en soi : s'il était admis qu'un homme pût exercer un « droit » de propriété sur un autre, la réduction en esclavage serait par là même légalisée. Il convient donc que l'auteur, matériellement, traite la personne qui lui est soumise comme un objet et la réduction en esclavage n'est plus une question de « droit » mais de « pouvoir ». Il est immédiatement perceptible que cette notion de pouvoir ne pourra que s'apprécier de cas en cas et c'est là tout l'intérêt de l'analyse de ce crime contre l'humanité au sens que lui donne le Statut de Rome.

Contrairement aux Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui, tous deux, incriminent la « *réduction en esclavage* » [2], sans autre précision ni définition, le Statut de Rome est à la fois plus précis et plus restrictif. S'il est permis aux deux Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* d'adopter une vision large de la réduction en esclavage, englobant la servitude et le travail forcé, la Cour pénale internationale ne pourra s'intéresser qu'aux cas d'esclavage *stricto sensu*, c'est-à-dire ceux dans lesquels l'exercice d'un pouvoir de propriété peut être reconnu de l'auteur sur sa victime.

L'esclavage est une institution particulièrement ancienne, qui subsiste aujourd'hui, sous des formes *a priori* peu traditionnelles mais qui, pourtant, sur le fond, sont identiques aux formes classiques. Le terme « esclavage » est aujourd'hui utilisé avec beaucoup de réticence, au profit de termes que l'on espère moins traumatisants : exploitation économique, exploitation sexuelle, servitude pour dettes, travail forcé, travail des enfants, trafic d'enfants, enfants soldats... En effet, toutes ces situations ne comportent pas intrinsèquement l'exercice d'un pouvoir de propriété

[1] Voir art. 7 §1 lit. (c) et §2 lit. (c) CPI.
[2] Voir art. 5 lit. (c) TPIY et art. 3 lit. (c) TPIR.

mais nous verrons que c'est, matériellement, souvent le cas. Toutes ces situations peuvent donc objectivement, si elles s'inscrivent dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, être constitutives du crime contre l'humanité de réduction en esclavage.

Pour bien comprendre la définition de ce crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale et sa survivance contemporaine, il est important de nous pencher sur les diverses formes que l'esclavage a connu à travers les âges afin d'en reconnaître les éléments essentiels dans les formes qui sévissent actuellement.

Il est également important de souligner la particularité de la réduction en esclavage dans le Statut de la Cour pénale internationale. Si les autres crimes contre l'humanité, tels le meurtre, le viol ou la torture, incrimine des actes, l'esclavage est un concept au contours nettement moins définis et donc susceptibles de recouvrir une multitude d'actes dont la qualification *a priori* de crimes contre l'humanité n'est pas toujours évidente.

I. L'esclavage à travers les âges

Il convient immédiatement de souligner l'extrême diversité de l'esclavage à travers les âges, de la plus haute Antiquité jusqu'à la période contemporaine. Un même élément se retrouve pourtant partout et toujours, c'est le statut particulier que revêt l'esclave dans la société. Comme le souligne Alain Testard, aucune profession, aucun rôle social, aucune tâche, aucun mode de vie n'est typique de la condition esclavagiste : « *ce qui est typique, ce n'est pas ce que fait l'esclave, ni comment il vit, car cela dépend du bon plaisir du maître ; ce n'est même pas ce que le maître* en fait, *c'est qu'il* puisse *en faire ce qu'il veut, c'est le* droit *qu'il a d'en faire ce qu'il veut* » [3]. Cet auteur souligne que le trait essentiel de l'esclavage n'est pas la propriété, comme il est souvent soutenu – et comme nous le retrouvons dans le Statut de la Cour pénale internationale, car la variété des concepts de propriété d'une société et d'une époque à une autre n'autorise pas la définition de contours satisfaisants. Au contraire, Alain Testard estime que c'est l'exclusion qui fait l'esclave : il est exclu de la cité, exclu de la population des hommes libres et c'est cette exclusion qui en fait une chose, plus que l'élément de propriété ; les deux principales caractéristiques de l'esclave dans l'Antiquité classique sont pour lui qu'il est sans droit et qu'il est exclu de la communauté des citoyens qui forment la cité (*πόλις* ou *civitas*). Cette exclusion fondamentale, qui fait de l'esclave une chose sans identité, se retrouve dans tout le phénomène esclavagiste pour prendre essentiellement trois formes, qui sont l'exclusion de la parenté, de la communauté de référence et de la fiscalité [4].

Les premières traces avérées de l'esclavage remontent à une époque contemporaine de la découverte de l'écriture, vers 3000 ans avant notre ère. Plus précisément, il est possible de remarquer une naissance concomitante de l'écriture, de l'Etat et de l'esclavage, en Mésopotamie et en Egypte. C'est ainsi qu'il a été soutenu que l'esclavage, inséparable de la notion de pouvoir, est un terreau favorable à l'émergence même de l'Etat [5].

Ce n'est toutefois qu'avec les civilisations grecques et romaines que les sociétés de type esclavagiste, dont le mode de production économique est essentiellement basé sur l'esclavage, firent leur apparition. Le statut juridique de l'esclave fut particulièrement bien défini par la Grèce antique. L'esclave est la propriété de son maître (« *δεσπότης* »), qui peut être n'importe quelle personne libre, chez lequel il habite et pour le compte duquel il travaille. Il est dépourvu de personnalité juridique et ne peut ainsi fonder de famille ni figurer sur aucun registre officiel [6]. A Rome comme en Grèce, l'esclave n'a aucune personnalité juridique, il est une chose, « *res mobilis* », un meuble. Le maître a sur lui un pouvoir absolu (« *potestas dominica* ») [7].

Le servage remplaça lentement l'esclavage en Europe occidentale, entre les VIIème et XIème siècles. Le pouvoir pesant sur le serf demeure toutefois limité par la morale chrétienne et par la coutume féodale. Le servage évoluera tout au long de l'histoire vers une plus grande liberté des serfs ; lorsque la Révolution française l'abolira dans la nuit du 4 août 1789, il n'y sera déjà plus qu'une lointaine survivance

---

[3] Alain Testard, *L'esclave, la dette et le pouvoir*, p. 20.
[4] Voir Alain Testard, *L'esclave, la dette et le pouvoir*, pp. 19-43, 52-53 et 119-120.
[5] Voir Alain Testard, *L'esclave, la dette et le pouvoir*.
[6] Voir Yvon Garlan, *Les esclaves en Grèce ancienne*.
[7] Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 73-94, voir également Yves Benot, *La modernité de l'esclavage*, pp. 21-26 et 40-47.

médiévale [8]. Le monde musulman, entre le VIIème et le XVème siècle, connaît également l'esclavage, dans une mesure comparable à la société chrétienne.

Ce sont les traites négrières qui représentent l'archétype de l'esclavage moderne [9]. Les premiers esclaves noirs d'Afrique subsaharienne apparaissent au VIIème siècle en Afrique du Nord [10]. Si l'on y ajoute, notamment au début du XIXème siècle où ce trafic prit une ampleur particulière, et celui des esclaves provenant de la Somalie ou du Soudan vers le nord de la vallée du Nil, du Nouvel Empire égyptien au XXème siècle, ce sont environ onze millions d'esclaves qui sont échangés sur les marchés musulmans, un chiffre qui correspond plus ou moins à celui de la traite transatlantique [11].

C'est à partir de la colonisation des Amériques que se mit en place l'autre traite négrière qui, de la côte atlantique de l'Afrique vers les Amériques, s'installa sur des sociétés qui connaissaient elles-mêmes l'esclavage [12].

Le Vermont (en 1777), le Massachusetts et le New Hampshire (en 1783) furent les premiers à abolir l'esclavage, l'abolition définitive sur tout le territoire américain date de 1865. En Europe, le Danemark renonça à la traite dès 1803, l'Empire britannique en 1807. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en France, demeura muette sur cette question et ce ne fut qu'en 1815 que la traite fut abolie dans les colonies, avant l'esclavage en 1848 [13].

Malgré les abolitions, certaines formes d'esclavage subsistent au XXème siècle. Ainsi, au Caire, pourtant alors possession britannique, il n'est pas rare de constater, dans les familles aisées, la présence d'esclaves domestiques, jusqu'à la révolution nassérienne de 1952. Parfois, dans certaines occurrences particulières, les colonies remplacèrent l'esclavage par le travail forcé, notamment pour la construction de routes, ponts et voie ferrées, telle que la liaison Congo-Océan réalisée de 1922 à 1934, et bâtiments publics, ainsi qu'au transport pédestre des marchandises [14].

Avec la fin du colonialisme, l'ère des indépendances n'a pas été l'occasion d'en finir avec l'esclavage [15]. Ceux qu'on appelle aujourd'hui les pays émergents sont souvent débordés par l'ampleur des problèmes sociaux, économiques et politiques et la survivance d'une culture millénaire de l'esclavage ne facilite pas les évolutions.

L'esclavage domestique est pratiqué en Chine jusqu'à la révolution de 1949 et il tend à réapparaître dans nombre de pays en développement où, l'aggravation de la

---

[8] Voir Georges Duby, *Guerriers et paysans*, pp. 34 et ss et 224 et ss, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, pp. 553 et ss, *in Féodalité*. Voir également du même auteur *La société aux XIème et XIIème siècles dans la région mâconnaise*, *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval* et *Hommes et structures du Moyen Age II : Seigneurs et paysans*, *in Qu'est-ce que la féodalité ?*, pp. 133, 208 et 229, pp. 691 et 872, pp. 1358 et ss, respectivement.

[9] Voir Olivier Pétré-Grenouilleau, *Les traites négrières, essai d'histoire globale.*

[10] Voir Ralph A. Austen, *The Trans-Saharian Slave Trade : A tentative Census*, *in* Henry A. Gemery et Jan S. Hogendorn s.d., *The Uncommon Market: Essays in the Economic History of the Atlantic Slave Trade*, The Academic Press, New York, 1979, cité *in* Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, p. 122, qui estime à 7,5 millions le nombre d'esclaves concernés entre 650 et 1900.

[11] Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 116-124, voir également Yves Benot, *La modernité de l'esclavage*, pp. 32-39 et 47-49 et Alain Testard, *L'esclave, la dette et le pouvoir*, pp. 62-63.

[12] Voir Claude Fohlen, *Histoire de l'esclavage aux Etats-Unis*, p. 145.

[13] Voir Yves Benot, *La modernité de l'esclavage*, pp. 187-228.

[14] Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 238-242.

[15] Relevons que l'abolition de l'esclavage est intervenue au Maroc en 1922, en Afghanistan en 1923, en Irak en 1924, en Transjordanie et en Iran en 1929, à Bahreïn en 1937, au Koweït en 1949, à Qatar en 1952, au Yémen et en Arabie Saoudite en 1962, au Sultanat d'Oman en 1970, en Mauritanie en 1980. Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 244-249.

misère aidant, il touche une population toujours plus jeune, les enfants et adolescents étant vendus par leurs parents qui ne peuvent plus les nourrir. Tel est le cas, en Haïti, de ces enfants que l'on appelle des *restavecs*, vendus par leur famille à des familles plus riches avec lesquelles ils restent jusqu'à l'âge adulte, qui sont systématiquement exploités et souvent maltraités [16]. L'esclavage domestique fait également sa réapparition dans les pays occidentaux. Des diplomates jouant sur leur immunité, des familles riches du Moyen Orient possédant différents domiciles à travers le monde exploitent le travail de jeunes gens en provenance de pays en développement ou ravagés par la guerre. Des agences spécialisées placent ces enfants et adolescents auprès des familles, qui les exploitent après leur avoir confisqué leur passeport, leur interdisant ainsi toute fuite, parfois dans un pays qu'ils ne connaissent pas et dont ils ne parlent pas la langue. Il est fréquent que, outre les tâches épuisantes qui leur sont confiées sans rémunération, sans limitation de temps et sans journée de repos, ces esclaves soient sexuellement abusés et plus généralement maltraités. Environ trois cents cas de ce genre ont été répertoriés en France dans les années 1990 [17].

Des formes de servitudes pour dettes sont répandues dans de nombreux pays, tels le Brésil, l'Inde, le Mexique, le Myanmar, le Népal, sous l'appellation de « *bonded labour* » dans les pays anglophones et de « *péonage* » dans les pays d'Amérique latine [18]. L'esclavage pour dette est une forme ancienne qui résulte d'une situation d'insolvabilité du débiteur. L'esclavage pour dette est un phénomène complexe, comme nous le verrons ci-dessous dans l'analyse des différentes formes de l'esclavage en droit international, car l'esclavage n'est pas le seul mode d'asservissement des endettés insolvables ni la dette la seule situation menant à l'asservissement [19].

Des formes d'esclavage se sont développées depuis le début des années 1980, dans au moins deux domaines particuliers, ceux de la production et de la prostitution, ce dernier nous amenant à l'esclavage sexuel. L'Afrique et l'Asie sont victime aujourd'hui de formes d'exploitation économique, proches de l'esclavage, dont l'exploitation du travail des enfants est la première réalité visible. En Chine, en Inde et au Pakistan, des milliers d'enfants travaillent jusqu'à l'épuisement dans certains secteurs d'activité tels que la fabrication de briques, du verre, de tapis ou d'allumettes. En Colombie, ils travaillent dans des mines, en Malaisie dans des plantations de caoutchouc ou comme pêcheurs de perles en Malaisie et au Myanmar. Un rapport du Bureau international du travail rendu public le 12 novembre 1996 évalue à deux cents millions le nombre d'enfants de cinq à quatorze ans contraints ainsi à travailler, dont une moitié environ à plein temps [20].

Les adultes sont également concernés. Au Myanmar, un million de personnes sont forcées de travailler à la construction de routes, de bâtiments privés ou d'installations militaires. Un autre phénomène est à signaler : celui des « *sweatshops* », des ateliers de production textile et vestimentaire dans lesquels des personnes travaillent jusqu'à l'épuisement pour un salaire dérisoire. Dans certains pays, comme

---

[16] Voir Anti-Slavery International, *Le travail forcé au 21ème siècle*, p. 16.
[17] Voir Sylvie O'Dy, *Esclaves en France* et Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 276-277.
[18] Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 277-278. Le terme de « *péonage* » peut être employé tant pour désigner la servitude pour dette que le servage, voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 11.
[19] Voir Alain Testard, *L'esclave, la dette et le pouvoir*, pp. 138-139.
[20] Le rapport précise que 61% de ces enfants se trouvent en Asie (5 millions pour la seule Indonésie), 32% en Afrique et 7% en Amérique latine. En 2001, l'Unicef estime ce nombre à 250 millions, plus de la moitié de ces enfants étant engagés dans des activités dangereuses pour leur santé, *in* Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, p. 282. Kevin Bales, *in Disposable People*, pp. 8-9, estime ce nombre à 27 millions.

Hong Kong, la Thaïlande ou l'Indonésie, ce type de travail n'est pas formellement interdit et la rémunération minime qui le sanctionne mène *a priori* à le dissocier de l'esclavage. Toutefois, le même genre d'exploitation se retrouve dans des pays développés où elle est cette fois clairement illégale, n'en prospérant pas moins grâce aux filières de travailleurs clandestins. Ces filières permettent à des Marocains, des Turcs, des Kurdes Irakiens, des Sri Lankais ou des Chinois de parvenir en Allemagne, en Espagne, en France ou en Grande Bretagne ou à des Mexicains de se rendre aux Etats-Unis. Un phénomène comparable se retrouve dans l'exploitation du travail saisonnier dans l'agriculture. Des travailleurs immigrés temporaires sont à l'œuvre en Europe, souvent de manière clandestine, et le phénomène s'est développé dans les plantations de cacao et de coton en Côte d'Ivoire, au Gabon et au Nigeria, en même temps que la moyenne d'âge de ces travailleurs a sensiblement baissé [21].

Dans le domaine de la prostitution, de nouveaux réseaux se développent depuis une dizaine d'années. Ils ont pour principale origine les pays qui faisaient partie de l'Union soviétique et de sa zone d'influence en Europe orientale ou en ex-Yougoslavie. Les jeunes femmes qui s'y livrent acceptent leur situation tant qu'elles ne trouvent pas un autre moyen d'existence. L'essor de la prostitution infantile est remarquable dans des bars et des maisons closes ainsi que, plus récemment, dans des « salons de massage » ou des « clubs de vacances » destinés au tourisme sexuel, qui se multiplient depuis quelques années dans les Caraïbes ainsi que dans le Sud-Est Asiatique, notamment en Thaïlande et aux Philippines. L'Unicef estimait en 1992 que trois cent mille enfants de moins de seize ans sont ainsi exploités, ce qui nous mène à la question de la pédophilie et de ses réseaux internationaux [22].

Dans un autre genre, le développement du phénomène des enfants soldats, lié à des conflits armés qui se prolongent indéfiniment, est particulièrement préoccupant en Afrique. Une partie de la Guinée, le Libéria et la Sierra Léone en Afrique de l'Ouest et la plupart des pays de l'Afrique centrale, Angola, République démocratique du Congo, Ouganda, Rwanda ou Zimbabwe en sont le théâtre alarmant. Le phénomène existe également ailleurs, par exemple en Afghanistan, en Somalie ou dans les Territoires palestiniens. Trois cent mille enfants seraient actuellement concernés, dont cent vingt mille en Afrique [23].

Amnesty International fait état d'informations nombreuses et concordantes qui permettent de conclure que l'esclavage subsiste aujourd'hui, notamment en Mauritanie où les personnes tenues en esclavage dans le passé continuent aujourd'hui, malgré l'abolition formelle de l'esclavage en 1980, à être victimes de discrimination : « *Aucune définition de l'esclavage n'exprime réellement toute l'ampleur du mal. Profondément enracinée dans la société mauritanienne, la pratique de l'esclavage perdure sans qu'il soit désormais nécessaire de recourir à une grande violence. L'esclavage et les pratiques esclavagistes n'en constituent pas moins une effroyable atteinte à la dignité et à la liberté de l'être humain, car ils supposent la négation de l'idée même de droits humains* ». La situation est difficile à cerner réellement, car « *certains Mauritaniens se considèrent eux-mêmes 'esclaves' car bien qu'ils ne soient la 'propriété' de personne, ils ont hérité du statut social de leur parent asservi et se sentent encore placés sous la domination d'un tiers.*

[21] Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 282-283.
[22] Voir Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, p. 285.
[23] Voir BIT, Programme international pour l'abolition du travail des enfants (IPEC), *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, p. 4. Voir également Christian Delacampagne, *Une histoire de l'esclavage*, pp. 281-286, Yves Benot, *La modernité de l'esclavage*, pp. 239-278.

(…) il est difficile de distinguer dans la réalité la condition des esclaves et des affranchis, l'aliénation étant pratiquement la même chez les uns et les autres » [24].

La nature de l'esclavage est en pleine évolution dans le monde entier. La personne exploitée, sur laquelle s'exerçait auparavant un droit de propriété à long terme, est désormais perçue comme un bien dont on peut disposer librement. Dans les nouvelles formes d'esclavage, qui se retrouvent, par exemple, dans les emplois domestiques, les travaux agricoles et l'industrie du sexe, une personne devient la propriété d'une autre qui exploite sa force de travail pour la durée qui lui convient. L'ancienne forme d'esclavage, dans laquelle une personne devenait la propriété d'une autre et transmettait son statut à ses enfants, est en régression. Les deux types d'esclavage se rencontrent toutefois encore de nos jours, par exemple, en Mauritanie, et constituent, l'un comme l'autre, de graves atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine [25].

La perception actuelle de l'esclavage est problématique. Amnesty International, toujours en rapport avec la Mauritanie, relève : « *L'esclavage constitue de longue date un problème social au sein de toutes les communautés ethniques mauritaniennes. Mais ceux qui reconnaissent la persistance de l'esclavage en Mauritanie de nos jours ont des points de vue très variés. La plupart nient l'existence de l'esclavage dans leur propre communauté, mais pensent que ces pratiques existent au sein d'autres groupes. Certains affirment que l'esclavage tel qu'il est pratiqué dans la communauté maure, politiquement dominante, ne diffère pas des pratiques d'autres communautés, notamment des ethnies noires comme les Peuls et les Soninké. D'autres avancent que l'esclavage n'est présent qu'au sein de la communauté maure, mais que dans les autres secteurs de la société une hiérarchie sociale s'apparentant à un système de castes est en vigueur. Pour SOS Esclaves, le problème de l'esclavage concerne l'ensemble de la société mauritanienne* » [26].

La condition des esclaves dans la société maure résulte apparemment de diverses circonstances. Qu'ils aient été achetés ou capturés lors d'attaques menées par des Maures, tous les esclaves appartiennent à des groupes ethniques noirs. L'institution se perpétue également grâce à la coutume selon laquelle demeurent esclaves les enfants nés d'une mère esclave. Même si le nombre de personnes réduites en esclavage semble avoir beaucoup diminué ces dernières années, grâce à l'affranchissement, l'important pouvoir exercé sur les anciens esclaves ne disparaît pas pour autant. Les anciens propriétaires peuvent toujours, par exemple, les rappeler pour les faire travailler, voire réclamer leurs biens à leur décès. Si l'augmentation de la population urbaine s'est accompagnée de la réduction du nombre de personnes vivant en esclavage, il n'en demeure pas moins que beaucoup d'individus continuent à travailler sans être rémunérés ou sont victimes d'autres pratiques de type esclavagiste. Par exemple, le groupe ethnique noir des Soninkés s'organise très hiérarchiquement, selon une structure sociale connaissant l'esclavage. La stratification des communautés mauritaniennes se retrouve à l'intérieur de certaines familles soninké installées en France, chez qui la préparation des repas est

[24] Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?*, qui cite différentes sources estimant que le nombre d'esclaves en Mauritanie varie entre quelques milliers de personnes et nonante mille personnes. Une étude de 1964-1965 estimait que la société maure était constituée de 15% d'esclaves et de 29% d'anciens esclaves affranchis. Il semble toutefois que le nombre de personnes réduites en esclavage se soit réduit ces dernières années.

[25] Voir Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?*. Une étude d'Anti-Slavery International consacrée au Soudan révèle également une subsistance de l'esclavage dans ce pays. Voir Anti-Slavery International, *Is there slavery in Sudan ?*. Voir également Kevin Bales, *Disposable People*, pp. 14-15.

[26] Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?*.

exclusivement réservée aux descendants de personnes asservies dans le passé, qui sont toujours soumises à des restrictions en matière de mariage [27].

Amnesty International souligne d'importantes variations dans la relation entre la personne asservie et la personne qui la maintient en esclavage, en fonction des groupes ethniques et des individus. L'asservissement étant une composante de l'organisation sociale maure et au sein des différents groupes ethniques noirs depuis des générations, il ne s'avère pas nécessaire de recourir à la violence pour le maintenir. Ainsi, dans les communautés noires, ceux qui sont considérés comme des esclaves vivent généralement dans leur propre maison, jouissant ainsi d'une certaine indépendance. Leurs droits civils et politiques demeurent toutefois restreints et leur statut personnel est attentatoire à leur dignité humaine. A l'appui de cette affirmation, Amnesty International cite les propos d'un Imam maure influent, tenus en 1996 : « *Aujourd'hui, aucun d'eux n'est avec moi, mais ils sont toujours mes esclaves. (…) Et quand je viens chez eux, je suis fier d'être chez des gens que je possède et dont je possède aussi les biens. (…) Cette 'abolition' [de l'esclavage] est non seulement illégale parce que contraire à l'énoncé du texte fondamental de la loi islamique, mais encore sans intérêt. (…) L'abolition renvoie à une expropriation de musulmans de leurs biens, qu'ils ont acquis dans la légalité. Or l'État, s'il est musulman, n'a pas le droit de m'arracher ma maison, ma femme ou mon esclave* » [28].

Le fait que les personnes asservies dans le passé, aujourd'hui affranchies, ressentent le besoin de racheter leur liberté, même lorsqu'elles se sont établies de façon autonome, prouve que les liens puissants, formés pendant des générations, ne disparaissent pas d'eux-mêmes avec l'accession à l'indépendance économique. La relation de domination perdure souvent entre celui qui était asservi et celui qui le tenait en esclavage.

L'esclavage contemporain possède ses qualités intrinsèques. Comme le souligne Kevin Bales : « *Slavery is a booming business and the number of slaves is increasing. People get rich by using slaves. And when they've finished with their slaves, they just throw these people away. This is the new slavery, which focuses on big profits and cheap lives. It is not about owning people in the traditional sense of the old slavery, but about controlling them completely. People become completely disposable tools for making money* » [29]. Nous retrouvons ici la contestation de la qualité intrinsèque du lien de propriété devant exister entre l'esclave et son maître. Alain Testard le contestait dans l'histoire de l'esclavage classique ; Kevin Bales le conteste également en ce qui concerne l'esclavage contemporain. Préférant parler de contrôle exercé sur ces personnes, plutôt que de propriété, il rejoint ce qu'il convient d'entendre par « *pouvoirs liés au droit de propriété* » à l'article 7 du Statut de Rome. En ce sens, Kevin Bales qualifie le maître de « *slaveholder* » et non de « *slaveowner* » [30]. Nous retrouvons surtout dans sa définition de l'esclavage moderne ce qui en est aujourd'hui le fondement : c'est un commerce hautement rentable. L'appauvrissement des populations dans les pays émergeants, lié notamment aux disparités économiques et à des situations sanitaires obérées, surtout en ce qui concerne le VIH/SIDA, permet de disposer d'une main-d'œuvre exploitable dans des proportions jamais atteintes dans l'histoire millénaire de l'esclavage. La main-d'œuvre ne coûte rien et est innombrable, les profits sont importants, deux éléments qui font disparaître le lien

[27] Voir Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?.*
[28] Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?* voir également Kevin Bales, *Disposable People*, chapitre 3, *Mauritania, Old Times There Are Not Forgotten*, pp. 80-120.
[29] Kevin Bales, *Disposable People*, p. 4.
[30] Voir Kevin Bales, *Disposable People*, p. 5.

traditionnel de propriété à long terme au profit d'une exploitation à court terme, car l'esclave est à la disposition du marché, sans que l'on doive le maintenir en esclavage par la force ; de ce fait, l'appartenance ethnique n'offre aujourd'hui plus guère de distinction entre le maître et l'esclave : la comparaison dressée par Kevin Bales se passe de tout commentaire supplémentaire dans sa perception globale des enjeux de l'esclavage contemporain [31].

[31] Voir Kevin Bales, *Dispoable People*, pp. 14-22, qui expose le tableau suivant :

Old Slavery	***New Slavery***	***Old Slavery***	***New Slavery***
Legal ownership asserted	Legal ownership avoided	Long-term relationship	Short-term relationship
High purchase cost	Very low purchase cost	Slaves maintained	Slaves disposable
Low profits	Very high profits	Ethnic differences important	Ethnic differences not important
Shortage of potential slaves	Surplus of potential slaves		

II. L'esclavage en droit international des droits de l'homme

Essentiellement et malgré quelques traités plus anciens, le droit international interdit l'esclavage depuis la Convention de 1926 contre l'esclavage, développée par la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, qui a le mérite d'apporter, à la suite de celle de 1926, un certain nombre de définitions qui se sont aujourd'hui imposées en droit international [32]. L'élément essentiel de ce qu'est l'esclavage réside ailleurs dans cette Convention et nous permet d'ores et déjà de déterminer le bien protégé par cette interdiction : la liberté de l'individu.

En effet, le Préambule de la Convention de 1956 stipule que « *la liberté est un droit que tout être humain acquiert à sa naissance* » et c'est bien cette liberté qui est perdue, totalement, par la réduction en esclavage. Ce qui est en jeu ici c'est la privation fondamentale de toute liberté individuelle, de toute personnalité juridique, la réduction à un état d'objet, d'outil. Ce déni de toute liberté individuelle, de toute personnalité juridique est la base nécessaire sur laquelle peuvent s'exercer les pouvoirs liés à la propriété. Tant que subsiste ne serait-ce qu'une once de cette liberté individuelle, l'individu n'est pas encore l'objet dont un maître pourrait disposer à sa guise. La réduction en esclavage devient donc essentiellement une violation du droit de chacun à la reconnaissance, en tout lieu, de sa personnalité juridique [33]. En ce sens, nous rejoignons tant Alain Testard que Kevin Bales dans leur relativisation du rôle de la propriété dans la réduction en esclavage.

L'esclavage n'est pas seul à être interdit par la Convention de 1956, qui comporte également une interdiction du transport des esclaves d'un pays à un autre par quelque moyen de transport que ce soit, de même que la mutilation des esclaves dans les pays où ces pratiques subsistent [34].

En droit international, l'esclavage est interdit par tous les instruments de protection des droits de l'homme. Dans la plupart des cas, esclavage, servitude et travail forcé sont identiquement interdits par les mêmes dispositions [35].

Au-delà du sens strict de l'esclavage, la situation des enfants est particulièrement préoccupante. Exploitation économique, militaire ou sexuelle, les enfants sont très présents dans le monde de l'esclavage aujourd'hui. La Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, tente de les protéger contre l'exploitation économique et sexuelle [36].

Il faut aujourd'hui conclure de l'ensemble de la protection des droits de l'homme que l'interdiction de ces fléaux relève très clairement du droit international général et du *jus cogens* [37]. La Cour internationale de Justice a également précisé que

---

[32] Voir l'Acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885 et surtout celui de la Conférence de Bruxelles du 2 juillet 1890 sur l'abolition de l'esclavage, remplacés par la Convention du 25 septembre 1926, amendée par le Protocole du 7 décembre 1953 et par la Convention du 7 septembre 1956.
[33] Voir art. 6 DUDH, art. 16 PIDCP, art. 3 CADH, art. 5 CAfDHP.
[34] Voir Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 3 §1 et art. 5.
[35] Voir art. 4 DUDH ; art. 8 PIDCP ; art. 4 CEDH ; art. 6 CADH ; art. 5 CAfDHP.
[36] Voir Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, art. 32 et 34.
[37] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 3.

l'interdiction de l'esclavage est l'un des deux exemples d'obligations *erga omnes* découlant du droit international des droits de l'homme [38]. Comme le souligne Emmanuel Jos, « *que l'on s'appuie pour le démontrer sur la coutume, les principes généraux du droit ou les normes impératives du droit international, on aboutit au même résultat, tant il est vrai que l'interdiction de l'esclavage fait toujours partie du 'noyau dur' de la protection internationale des êtres humains* » [39].

La pratique de l'esclavage est généralement considérée comme constituant un crime contre l'humanité, la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, relevait en 2001, dans sa déclaration finale : « *Nous reconnaissons également que l'esclavage et la traite des esclaves constituent un crime contre l'humanité et qu'il aurait toujours dû en être ainsi, en particulier la traite transatlantique* » [40]. Le droit de n'être pas soumis à l'esclavage ou à la servitude est un droit fondamental de l'être humain. De manière symptomatique de tous les crimes contre l'humanité, la réduction en esclavage est en elle-même une violation massive ou systématique des droits de l'homme. En effet, il s'agit premièrement d'une violation du droit de l'individu à la liberté et à la sécurité de sa personne, ainsi que d'une violation du droit de ne pas être traité de manière cruelle, inhumaine ou dégradante, voire de n'être pas soumis à la torture ; le droit de circuler librement et de choisir librement sa résidence lui est également méconnu [41].

De plus, l'esclavage et les pratiques esclavagistes sont à l'origine de nouvelles atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine reconnus par le droit international, notamment le droit de ne pas être victime de discrimination, présent dans pratiquement tous les grands instruments internationaux pertinents ainsi que dans la Charte des Nations Unies. En référence explicite aux crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, Amnesty International relève que, en rapport avec les pratiques contemporaines liées à l'esclavage, à la domination ou à l'exercice du droit de propriété d'un individu sur un autre, à l'exercice de la contrainte, de violences ou de menaces par un individu sur un autre, les instruments internationaux fournissent des critères indicatifs permettant d'identifier les pratiques esclavagistes, qui comprennent : « *la propriété* de jure *ou* de facto*, les restrictions au droit de circuler librement, les restrictions au droit de choisir librement son emploi, les restrictions au libre accès à ses biens et au droit de disposer librement de ceux-ci, le maintien dans des conditions de vie insuffisantes, l'imposition du travail forcé, rémunéré ou non* » [42]. Ici encore, le rôle de la propriété n'est que relatif, d'autres éléments devant être pris en compte pour reconnaître les situations d'esclavage.

---

[38] Voir CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd (Belgique c. Espagne)*, Arrêt du 5 février 1971, Rec. p. 32.
[39] Emmanuel Jos, *La traite des êtres humains et l'esclavage*, in Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 338-342. Voir également TPIY, Kunarac et al., §§515-520 et TPIY, Krnojelac, §353.
[40] Voir Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, Déclaration finale, septembre 2001 et David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 3.
[41] Voir art. 7, 9, 10 et 12 PIDCP ; voir également David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 8-9.
[42] Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?*.

III. L'esclavage comme crime de guerre dans le Statut de Rome

Le Statut de Rome ne contient aucune autre incrimination de la réduction en esclavage que celle constitutive de crimes contre l'humanité à l'article 7 paragraphes 1 et 2 lettres (c). Seul l'esclavage sexuel se retrouve, associé aux autres crimes sexuels tels qu'énumérés en tant que crimes contre l'humanité à l'article 7 paragraphe 1 lettre (g), en tant que crime de guerre, tant en situation de conflit armé international, que non international, à l'article 8 du Statut [43].

Outre l'exacte reproduction de la liste des crimes contre l'humanité par la disposition relative aux crimes de guerre en matière sexuelle, l'article 8 contient par deux fois un renvoi explicite à la définition de la grossesse forcée comme crime contre l'humanité [44].

A liste identique, il ne semble pas que nous devions approcher l'esclavage sexuel différemment s'il constitue un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, seul le contexte général dans lequel il est commis permettant de faire la différence. L'esclavage sexuel, en droit international, n'est que l'une des formes de la réduction en esclavage et ne peut être perçu comme une incrimination indépendante de l'article 7 paragraphes 1 et 2 lettres (c). Ainsi, en toute hypothèse, la définition de l'esclavage sexuel en tant que crime de guerre dépend-elle étroitement de celle de la réduction en esclavage en tant que crime contre l'humanité.

L'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale a sur ce point retenu exactement les mêmes éléments constitutifs du crime de guerre d'esclavage sexuel que du même crime contre l'humanité. Ces éléments sont les suivants :

« *1. L'auteur a exercé l'un quelconque ou la totalité des pouvoirs découlant du droit de propriété sur une ou plusieurs personnes, par exemple en achetant, vendant, prêtant ou troquant ladite ou lesdites personnes, ou en leur imposant une privation similaire de liberté.*

2. L'auteur a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un ou plusieurs actes de nature sexuelle.

3. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international.

4. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé » [45].

Il en découle une notion cohérente au sein du Statut de la Cour pénale internationale, de la réduction en esclavage, pour le moins dans sa dimension d'esclavage sexuel.

---

[43] Libellés de manière identique : Art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxii) et lit. (e) ch. (vi) : « *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* ».

[44] Voir Michael Cottier et Andreas Zimmermann, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, respectivement pp. 251 et 253, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxii) et p. 279 *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (vi) CPI. Voir également Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, *ad*, art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxii), pp. 328-329 et *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (vi), pp. 466-469.

[45] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Esclavage sexuel, art. 8 2) b) xxii)-2, p. 144. Les notes de bas de page qui accompagnent le titre et le premier élément de ce crime sont identiques à celles relatives au crime contre l'humanité d'esclavage sexuel. Les éléments du crime d'esclavage sexuel dans le contexte d'un conflit armé non international sont identiques, voir *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Esclavage sexuel, art. 8 2) e) vi)-2, p. 154.

IV. Cas pratiques : l'esclavage en Mauritanie

La jurisprudence internationale en matière de réduction en esclavage est rare. Seuls deux jugements rendus par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie abordent cette question, sous l'angle du travail forcé, qui ne peut être qualifié en soi de réduction en esclavage dans le cadre du Statut de la Cour pénale internationale.

Amnesty International a publié en septembre 2002 un rapport consacré à l'esclavage en Mauritanie, qui nous permet de citer l'exemple suivant de réduction en esclavage :

« *Teslim Mint Soueilim, mariée et mère de sept enfants, vivant à Nouadhibou, aurait été soumise à l'esclavage en août 2001, apparemment parce qu'elle avait dans le passé été 'offerte' comme esclave à un dignitaire religieux d'Atar. Selon les informations recueillies, la transaction avait eu lieu en 1984 : un soldat, disciple du notable religieux, lui aurait promis de lui faire cadeau de son ancienne 'esclave' s'il survivait aux blessures reçues pendant la guerre du Sahara occidental. En 1992, le responsable religieux avait envoyé un émissaire chez Teslim Mint Soueilim afin qu'elle le rejoigne, mais elle ne s'était pas exécutée. En 2001, toutefois, après une visite chez sa mère à Zouerate, puis chez son frère près d'Atar, elle a été retrouvée 'détenue' à la cour du dignitaire religieux* »

Elle a alors demandé, sur l'exigence de son « maître », que tous ses enfants la rejoignent, sa mère a réagi : « *La mère s'est rendue sur place avec tous ses petits-enfants à l'exception de l'aînée. Le dignitaire religieux l'a informée que Teslim Mint Soueilim était son esclave depuis la guerre du Sahara et lui a demandé fermement d'aller chercher l'enfant manquant. La mère a obtempéré, mais est revenue accompagnée du mari et des frères de Teslim Mint Soueilim. Le responsable religieux a fini par accepter de rencontrer les autres membres de la famille et leur a expliqué que Teslim Mint Soueilim et ses enfants étaient bel et bien sa propriété car ils lui avaient été offerts en cadeau par l'homme qui avait réduit Teslim en esclavage. Il a également affirmé que le mariage de la femme et ceux de ses filles étaient illégaux car ils avaient été contractés sans son consentement* ».

L'esclavage ayant été formellement aboli en Mauritanie en 1980, la famille a saisi la justice, déposant plainte auprès du Procureur de la République le 30 septembre 2001 : « *Selon les informations recueillies, des représentants du procureur et des membres des forces de l'ordre ont pénétré dans la cour et ont procédé à la libération de Teslim Mint Soueilim. Le lendemain, le procureur de la République et le directeur régional de la Sûreté ont tenté de convaincre l'intéressée et sa famille de renoncer à leur plainte, le responsable religieux ayant entre-temps affirmé qu'il ne s'agissait pas d'une affaire d'esclavage et que la femme et les enfants n'étaient que des disciples qui s'était rendus auprès de lui comme nombre de leurs semblables. L'affaire a été résolue sans intervention de la justice et aucune sanction judiciaire ou autre mesure disciplinaire n'a été prise à l'encontre du responsable religieux qui aurait détenu Teslim Mint Soueilim et ses enfants contre leur gré* » [46].

La question doit alors être posée du caractère constitutif de crimes contre l'humanité d'une situation de ce genre, qui semble plus relever d'habitudes sociales ancestrales que d'un comportement criminel organisé. Il n'est toutefois pas niable que le caractère massif ou systématique est ici donné, ni que les personnes atteintes sont civiles, ni même que la situation concrète relève bien de la réduction en esclavage. Le seul élément constitutif restant à démontrer est l'implication de l'Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. La politique de l'Etat

[46] Amnesty International, *Mauritanie, un avenir sans esclavage ?*.

Mauritanien, pour le moins peu engagé dans la lutte contre l'esclavage, qui transparaît du comportement des autorités judiciaires, réticentes à considérer que les cas rencontrés relèvent effectivement de l'esclavage, doit être démontrée pour que tous les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité soit donnés. Tous ces éléments devront s'apprécier en fonction des circonstances de l'espèce.

V. L'*actus reus* de la réduction en esclavage et de l'esclavage sexuel

Le Statut de Rome, à l'article 7, incrimine la réduction en esclavage, donc le fait de rendre une personne esclave, ce que confirme la version anglaise du Statut par l'emploi du terme « *enslavement* » et non par celui de « *slavery* ». Toutefois, la version espagnole du Statut retient le terme « *esclavitud* », qui signifie esclavage, et non réduction en esclavage. Il convient sans doute de ne pas accorder trop d'importance à cette distinction terminologique. En effet, l'esclavage est l'état permanent d'une personne, soumise au pouvoir d'un tiers qui, par l'exercice quotidien de ce pouvoir, réduit en esclavage cette personne. L'esclavage définit la condition de la victime, conformément aux Conventions de 1926 et de 1956, la réduction en esclavage le comportement de l'auteur.

Le Statut de la Cour pénale internationale définit la réduction en esclavage comme « *le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants* » [47].

Pour Christopher K. Hall, « *if this provision (…) is to have any meaning at all, then the concept of exercising the powers of ownership must be given a broad reading. The definition of this crime is broader than in existing treaties as it is not limited to women and children* » [48]. Pourtant, l'exercice des pouvoirs liés au droit de propriété est déjà présent dans les Conventions de 1926 et de 1956, sans être limité aux femmes et aux enfants [49].

Nous pouvons donc déduire de la formulation des paragraphes 1 et 2 lettres (c) de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, les éléments matériels composant l'*actus reus* du crime de réduction en esclavage, qui sont, premièrement, l'exercice de l'un ou de l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété sur une personne et, deuxièmement, l'exercice de la traite des êtres humains, notamment mais non exclusivement, des femmes et des enfants. Le cas de l'esclavage sexuel est à traiter de manière comparable à celui de la réduction en esclavage. L'élément matériel, la réduction en esclavage, est le même, ici dans un but plus spécifiquement sexuel.

Finalement, il fut décidé que la réduction en esclavage devait être définie en relation avec la Convention supplémentaire de 1956 [50], ce qui est par ailleurs tout à fait cohérent avec les sources du droit telles que l'article 21 du Statut les énumère, puisque l'interprétation et l'application du droit applicable, doit être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus, de même qu'avec les travaux de la Commission préparatoire [51]. La définition courante de l'esclavage porte alors également sur la traite des esclaves et les institutions et pratiques analogues à l'esclavage. Sont ainsi interdites les pratiques de la servitude pour dette, les institutions et pratiques liées au mariage forcé et à la mise de la femme à la libre

[47] Art. 7 §2 lit. (c) CPI ; voir également Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 75-76.
[48] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 160-161, *ad* art. 7 CPI.
[49] Voir Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 7, lit. (a) et (b) et art. 6.
[50] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 107-108.
[51] Voir art. 21 §3 CPI et *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Réduction en esclavage, note 11, p. 121.

disposition de son mari ou de son entourage enfin, les institutions ou pratiques liées à l'exploitation des enfants et des adolescents [52].

Toutefois, même en rapport avec l'exploitation esclavagiste, les travaux préparatoires démontrent qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur tire un profit pécuniaire de cette exploitation [53].

A. L'esclavage en tant qu'exercice des pouvoirs liés au droit de propriété

La définition courante, en droit international, de l'esclavage, se trouve dans la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956. Sont ainsi interdites les pratiques de la servitude pour dette, c'est-à-dire « *l'état ou la condition résultant du fait qu'un débiteur s'est engagé à fournir en garantie d'une dette ses services personnels ou ceux de quelqu'un sur lequel il a autorité, si la valeur équitable de ces services n'est pas affectée à la liquidation de la dette ou si la durée de ces services n'est pas limitée ni leur caractère défini* » ; les institutions et pratiques par lesquelles « *une femme est, sans qu'elle ait le droit de refuser, promise ou donnée en mariage moyennant une contrepartie en espèces ou en nature versée à ses parents, à son tuteur, à sa famille ou à tout autre personne ou tout autre groupe de personnes* », ou « *le mari d'une femme, la famille ou le clan de celui-ci ont le droit de la céder à un tiers, à titre onéreux ou autrement* », ou encore « *la femme peut, à la mort de son mari être transmise par succession à une autre personne* » ; enfin, les institutions ou pratiques par lesquelles un enfant de moins de dix-huit ans « *est remis, soit par ses parents ou par l'un d'eux, soit par son tuteur, à un tiers, contre paiement ou non, en vue de l'exploitation de la personne, ou du travail dudit enfant ou adolescent* » [54].

En ce sens, l'esclavage est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ; l'esclave est l'individu qui a ce statut ou cette condition, une personne de condition servile étant placée dans le statut ou la condition qui résulte d'une des institutions ou pratiques visées à l'article premier de la Convention de 1956. Non seulement l'esclavage, mais aussi le fait de réduire une personne en esclavage ou d'inciter une personne à aliéner sa liberté ou celle d'un personne à sa charge pour être réduite en esclavage, sont interdits [55].

Selon les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, l'esclavage peut y être défini, à l'instar du commentaire à la Convention européenne des droits de l'homme, comme la situation d'une personne qui est, « *juridiquement, la propriété d'une autre personne. Il implique la non reconnaissance de sa personnalité juridique* » [56].

---

[52] Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 1 lit. (a), (c) et (d).
[53] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 106-108.
[54] Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 1 lit. (a), (c) et (d).
[55] Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 7, lit. (a) et (b) et art. 6.
[56] Giorgio Malinverni, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, *ad* art. 4 CEDH, p. 179.

La notion de propriété est un thème commun à toutes les conventions relatives à l'abolition de l'esclavage et des pratiques analogues à l'esclavage. Toutefois, l'on peut relever que le « *libellé de la Convention relative à l'esclavage est ambigu quant à la question de savoir si le contrôle doit revêtir un caractère absolu pour qu'il soit considéré comme un acte interdit. L'expression 'l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété' (art. 2) visait sans doute à élargir et préciser la définition de l'esclavage, laquelle engloberait non seulement les formes d'esclavage liées à la traite des esclaves africains, mais aussi les pratiques qui sont de même nature et produisent le même effet* » [57].

Or, il faut bien reconnaître que de « *telles pratiques sont aujourd'hui extrêmement rares, et le critère de propriété peut occulter certaines des autres caractéristiques de l'esclavage liées au contrôle total qu'un être humain exerce sur la victime de l'esclavage, comme le laisse entendre, dans le libellé de la Convention relative à l'esclavage, l'expression 'les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux'*» [58]. Ceci démontre définitivement que le critère de propriété n'est pas le plus pertinent à la reconnaissance d'une situation d'esclavage, comme nous l'avions déjà relevé à la suite des démonstrations d'Alain Testard et de Kevin Bales.

Ce sont donc les conditions dans lesquelles un être humain est maintenu en esclavage qui sont déterminantes pour définir les pratiques qui constituent l'esclavage. Il convient de tenir compte, notamment, de la mesure dans laquelle le droit fondamental de l'intéressé de circuler librement est restreint, de celle dans laquelle un contrôle est exercé sur ses biens personnels, enfin de l'existence d'un consentement donné en toute connaissance de cause et la pleine compréhension de la nature des relations entre les parties : « *Ce contrôle et cette propriété, dont l'exercice s'accompagne souvent de menaces de recours à la violence, jouent un rôle clef lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a esclavage. Le travailleur migrant dont le passeport a été confisqué par l'employeur, l'enfant vendu pour être livré à la prostitution et la 'femme de confort' contrainte à l'esclavage sexuel ont tous ceci en commun qu'ils ont perdu au profit d'un tiers, soit un particulier, soit un État, le droit de choisir leur vie et d'en être maître* » [59].

Le Statut n'incrimine en effet, *expressis verbis*, que la réduction en esclavage et la traite des êtres humains. La notion d'esclavage est toutefois en pleine évolution et ne peut être réduite à des schémas traditionnels. En ce sens, les Conventions de 1926 et de 1956 contre l'esclavage le définissaient comme l'exercice des *attributs* du droit de propriété. Les attributs du droit de propriété sont les éléments propres ou particuliers au droit de propriété (Littré). Le Statut emploie les termes « *pouvoirs liés au droit de propriété* » : par pouvoir, il faut entendre la faculté par laquelle on peut, ce que l'on peut ; un objet en son pouvoir est un objet que l'on possède, dont on peut disposer à son gré (Littré). Les pouvoirs liés au droit de propriété sont donc moins formels que ses attributs et il faudra dès lors apprécier chaque situation en fonction non pas des attributs formels de chaque définition mais des pouvoirs matériels effectivement exercés. Ceci rejoint l'analyse, que nous avons déjà faite, appuyée sur les démonstrations d'Alain Testard, de Kevin Bales, de David Weissbrot et de la Société anti-esclavagiste internationale, selon laquelle le critère de l'exploitation est beaucoup plus pertinent à la qualification de réduction en esclavage que le critère

[57] David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 7.
[58] David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 7.
[59] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 7.

formel de propriété. Il s'ensuit que l'état d'esclave ne dépend pas d'une définition formelle mais d'une situation concrète à apprécier de cas en cas.

Il faut reconnaître avec Emmanuel Jos que le crime contre l'humanité de réduction en esclavage, tel que le définit le Statut de la Cour pénale internationale, est « *une protection exceptionnelle contre un type d'esclavage d'un degré de gravité extrême, celle qui résulte de la répression du crime contre l'humanité* » [60]. L'auteur souligne à raison que l'esclavage tombe sous le coup de l'article 7 du Statut de Rome mais non sous toutes ses formes : « *Cet énoncé est significatif de la démarche des rédacteurs du texte. La définition donnée de l'esclavage par les conventions de 1926 et de 1956 est, en effet, ici reprises, enrichie et actualisée* » [61].

Somme toute, les conclusions de la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie semblent largement applicables à la définition que le Statut de la Cour pénale internationale donne du crime contre l'humanité de la réduction en esclavage :

« 539. (…) la réduction en esclavage en tant que crime contre l'humanité consistait en droit international coutumier à exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des attributs du droit de propriété. (…)

540. Ainsi, la Chambre de première instance conclut que l'exercice sur une personne de l'un quelconque ou de l'ensemble des attributs du droit de propriété constitue l'élément matériel de l'infraction, tandis que l'élément moral réside dans l'intention d'exercer ces attributs.

541. Il se peut que cette définition soit plus large que les définitions traditionnelles et parfois apparemment distinctes, qui sont données de l'esclavage, de la traite des esclaves et de la servitude ou du travail forcé ou obligatoire dans d'autres branches du droit international. En témoignent en particulier les affaires liées à la Deuxième Guerre mondiale (…) puisqu'elles ont englobé le travail forcé ou obligatoire dans la réduction en esclavage, en tant que crime contre l'humanité. Les travaux de la CDI évoqués plus haut confortent également cette conclusion.

542. Il ressort de cette définition que sont révélateurs d'une réduction en esclavage les éléments de contrôle et de propriété, la limitation et le contrôle de l'autonomie, de la liberté de choix ou de circulation et, souvent, les bénéfices retirés par l'auteur de l'infraction. Le consentement ou le libre arbitre de la victime fait défaut. Les menaces, le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par exemple, le rendent souvent impossible ou sans objet, tout comme la peur de la violence, le dol ou les promesses fallacieuses, l'abus de pouvoir, la vulnérabilité de la victime, la détention ou la captivité, les pressions psychologiques ou les conditions socio-économiques. Sont également symptomatiques l'exploitation, le travail ou service forcé ou obligatoire, exigé souvent sans rémunération et qui constitue souvent aussi, mais pas nécessairement, une épreuve physique, l'utilisation sexuelle, la prostitution et la traite des êtres humains. (…) Le fait d'acquérir ou de céder une personne contre une rémunération ou un avantage en nature n'est pas un élément constitutif de la réduction en esclavage, mais c'est un bon exemple de l'exercice du droit de propriété sur autrui. Un autre élément à prendre en compte pour déterminer s'il y a eu réduction en esclavage est la durée pendant laquelle se seraient exercés les attributs du droit de propriété, mais l'importance qu'on lui attribuera dans un cas donné dépendra des autres signes révélateurs de la réduction

[60] Emmanuel Jos, *La traite des êtres humains et l'esclavage*, in Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 337-338.
[61] Emmanuel Jos, *La traite des êtres humains et l'esclavage*, in Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 342-344.

en esclavage. Eu égard aux circonstances de l'espèce, la détention ou la séquestration d'une personne ne suffit habituellement pas à constituer une réduction en esclavage » [62].

1. La servitude est-elle constitutive de réduction en esclavage ?

La servitude est liée à l'esclavage dans tous les instruments contemporains de protection des droits de l'homme, qui, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme, interdisent : « *Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude* » [63].

La définition de la servitude se trouve dans la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage : « *Le servage, c'est-à-dire la condition de quiconque est tenu par la loi, la coutume ou un accord, de vivre et de travailler sur une terre appartenant à une autre personne et de fournir à cette autre personne, contre rémunération ou gratuitement, certains services déterminés, sans pouvoir changer sa condition* » [64]. C'est en quelque sorte, selon le mot de la Commission temporaire de l'esclavage dans son rapport final à la Société des Nations portant sur la première Convention relative à l'esclavage de 1926, de « *l'esclavage agraire* » [65].

David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale relèvent dans leur rapport au Haut commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, que les « *régimes fonciers, sous tous leurs aspects juridiques, économiques, sociaux et politiques peuvent parfois être considérés comme générateurs de certaines formes d'esclavage ou de servitude en raison des rapports de force de caractère oppressif qui découlent du mode de possession ou d'occupation des sols, ainsi que d'utilisation des produits de la terre* » [66].

La Commission européenne des droits de l'homme a estimé, pour sa part et de manière concordante, que la servitude est l'obligation de vivre et de travailler sur la propriété d'autrui et de lui fournir certains services, rémunérés ou non, ainsi que l'impossibilité de changer de condition [67]. Il ressort ainsi que la servitude est une forme particulière d'esclavage, qui s'en distingue par le degré plus que par la nature. Elle constitue un état et implique une forme particulièrement grave de négation de la liberté mais « *elle ne comprend en effet pas les attributs de la propriété caractéristiques de l'esclavage. A la différence du travail forcé, la servitude suppose en revanche plus qu'une obligation de prêter des services sous l'empire de la contrainte* » [68].

Les comptes rendus des discussions tenues à l'Organisation des Nations Unies et à l'Organisation internationale du travail, en vue de l'adoption de la Convention supplémentaire de 1956, indiquent que le terme « *servage* » s'applique à certaines pratiques, signalées dans les pays d'Amérique latine, plus généralement

---

[62] TPIY, Kunarac et al., §§539-542 ; voir également TPIY, Krnojelac, §§349-430.
[63] Art. 4 §1 CEDH ; seul le PIDCP consacre deux paragraphes différents à l'esclavage (art. 8 §1) et à la servitude (§2), sans toutefois donner de définition à ces termes.
[64] Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 1er, lit. (b).
[65] Rapport de la Commission temporaire de l'esclavage au Conseil, Société des Nations (A.19.1925.VI, par. 97) cité *in* David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 11.
[66] David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 11, renvoyant au *Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa cinquième session* (E/CN.4/Sub.2/434 (1979), par. 10 à 16).
[67] Commission EDH, Req. N°7 906/77, DR 17, p. 59, voir également le rapport de la Commission dans l'affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, du 9 juillet 1980, Cour, série B, vol. 44, p. 30, §§78-80.
[68] Giorgio Malinverni, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, *ad* art. 4 CEDH, p. 180.

désignées sous le nom de « *péonage* ». Ces pratiques, qui ressortent à l'époque de la conquête, de la domination des peuples autochtones et de la confiscation de leurs terres, consistaient en l'octroi par un propriétaire terrien d'une parcelle de terre à un « *serf* » (un « *peon* » en espagnol) en échange de services spécifiques, qui consistent notamment à remettre au propriétaire terrien une partie de la récolte (« *métayage* »), à travailler pour lui ou à exécuter d'autres tâches, par exemple des corvées domestiques, pour la famille. Dans chaque cas, ce qui est considéré comme une forme de servitude est l'impossibilité pour le serf de se défaire de ce statut. Le terme « *servage* » et son interdiction dans la Convention de 1956 semblent donc applicables à toute une série de pratiques qui existent encore aujourd'hui mais sont rarement reconnues ou décrites dans les pays concernés comme du « *servage* », ce terme demeurant associé, dans beaucoup d'esprits, au système politique et économique de l'Europe médiévale [69].

La servitude pour dette est une autre forme de servitude actuelle, souvent liée au « *péonage* », dont le sens recouvre les deux notions [70]. Toutefois, en règle générale, le travail de la personne asservie ne sert pas au traitement de la dette qui en est l'origine. Les parents qui remettent ainsi leurs enfants à des tiers sont souvent trompés par le discours d'agents recruteurs, qui promettent une scolarisation ou une formation professionnelle à l'enfant qui pourra ainsi travailler et gagner de l'argent pour toute sa famille. C'est pourquoi la servitude pour dette est également appelée « *travail servile* » [71]. La Convention de 1956 définit la servitude pour dette, comme nous l'avons vu, en ces termes : « *l'état ou la condition résultant du fait qu'un débiteur s'est engagé à fournir en garantie d'une dette ses services personnels ou ceux de quelqu'un sur lequel il a autorité, si la valeur équitable de ces services n'est pas affectée à la liquidation de la dette ou si la durée de ces services n'est pas limitée ni leur caractère défini* », la servitude pour dette y étant par ailleurs assimilée à la condition servile [72]. Aujourd'hui, l'Organisation internationale du travail reconnaît que le travail forcé et la servitude pour dette sont deux pratiques qui se recoupent largement, au point d'inclure celle-ci dans le champ d'application de la Convention N°29 [73].

Les salaires extrêmement bas sont également une cause de travail forcé et de servitude pour dettes. L'Organisation internationale du travail a donc encouragé les autorités nationales à fixer des salaires minima afin d'éviter le paiement de salaires insuffisants pour assurer la subsistance des travailleurs et de leur famille [74].

En milieu rural, c'est le propriétaire terrien qui prête à une famille une petite somme d'argent, souvent très faible, pour payer un retard de loyer, acheter une robe à l'occasion d'un mariage ou pour satisfaire une obligation religieuse. Dès lors, la dette concerne toute la famille et passe même couramment aux enfants à naître. Les enfants, souvent âgés de huit ou neuf ans prennent la relève de leurs parents âgés ou

[69] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 11-12.
[70] Le terme de « *péonage* » peut être employé tant pour désigner la servitude pour dette que le servage, voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 11.
[71] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 15.
[72] Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 1 lit. (a) et 7 lit. (b).
[73] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 15.
[74] Voir OIT, Convention N° 117 concernant les objectifs et les normes de base de la politique sociale, du 22 juin 1962, art. 10. Voir également OIT Convention N°131 sur la fixation des salaires minima, du 22 juin 1970 et la Recommandation N°135, du 22 juin 1970, qui s'y rapporte.

qui décèdent. En milieu urbain, le principe d'exploitation demeure fondé sur la dette mais ne concerne plus la famille entière : les enfants sont directement cédés aux exploiteurs et on les retrouve dans un grand nombre de secteurs, tels que la construction, les carrières, les briqueteries, les petits ateliers individuels de sous-traitance, les fabriques de tapis ou d'allumettes, les industries du bronze et du verre, la domesticité et bien sûr la prostitution. En Inde, des dizaines de milliers d'enfants travaillent toute leur vie pour rembourser une dette de plus ou moins trois cents roupilles, soit une vingtaine de francs suisses. Aux Philippines, il arrive que des enfants réduits au travail se voient présenter par leurs patrons les factures du matériel de travail et de leur pension, voire même du remboursement du recruteur, pour un montant qui dépasse toujours le montant de leur salaire, qu'ils ne toucheront donc jamais, afin de les maintenir en servitude, endettés à vie [75].

La servitude pour dette est ainsi plus une forme d'esclavage proprement dit que de servitude, ce qui est explicitement reconnu par la Convention de 1956 [76].

La servitude n'est pas mentionnée dans l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Si elle constitue un état et implique une forme particulièrement grave de négation de la liberté, elle ne comprend en effet pas les pouvoirs liés au droit de propriété caractéristiques de l'esclavage [77]. Il ne peut donc être soutenu que la servitude est incluse dans l'incrimination de la réduction en esclavage dans le Statut de Rome. Toutefois, si l'on peut formellement exclure du champ des crimes contre l'humanité la servitude, l'analyse qui précède démontre que la distinction entre servitude et esclavage est complexe et devra être déterminée selon toutes les circonstances de l'espèce ; l'élément de propriété ne peut suffire aujourd'hui à la qualification de réduction en esclavage. Les formes de rémunération proposées et la manière dont les personnes asservies sont traitées ou exploitées seront de ces circonstances à l'appui de la qualification ou non de crimes contre l'humanité de réduction en esclavage dans le Statut de la Cour pénale internationale.

2. Le travail forcé est-il constitutif de réduction en esclavage ?

Quant au travail forcé, historiquement, nous l'avons dit, il a parfois remplacé l'esclavage dans les colonies, après que celui-ci fut aboli. Il s'ensuit que l'expression « *travail forcé ou obligatoire* » a été associée aux conditions de travail dans certaines colonies et que le but de son interdiction fut de mettre un terme à l'exploitation de la main-d'œuvre coloniale.

La notion de travail forcé ou obligatoire n'est pas définie par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, qui se limitent à exposer les situations que ne recouvrent pas cette expression [78]. La définition de cette notion est donc à rechercher dans la Convention N°29 de l'Organisation internationale du travail, pour laquelle « *tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* » est un travail forcé ou

[75] Voir Martin Monestier, *Les enfants esclaves*, pp. 141-146.
[76] Voir Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 1 lit. (a).
[77] Voir Giorgio Malinverni, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, *ad* art. 4 CEDH, p. 180.
[78] Voir PIDCP art. 8 §3, lit. (b) et (c) ch. (i) à (iv), CEDH art. 4 §3 lit. (a) à (d) et CADH art. 6 §§2 et 3 lit. (a) à (d). A noter que le travail forcé ou obligatoire est également interdit, implicitement, par le PIDESC, dont l'art. 6 §1, reconnaît à chacun le droit au travail.

obligatoire [79]. Si cette définition fait la distinction entre le travail forcé et l'esclavage, en ce sens que le premier ne contient aucune référence à la notion de propriété, il demeure que sa pratique impose la même restriction à la liberté de l'individu – souvent par la violence, rendant le travail forcé analogue à l'esclavage dans ses effets [80].

La Convention N°105 complète la précédente et mentionne ainsi cinq formes de travail forcé ou obligatoire, qui ne doit pas être utilisé comme moyen de pression politique ou pour sanctionner des opinions politiques, pour augmenter la production économique, pour faire respecter la discipline dans le travail, comme sanction en cas de participation à une grève ou comme moyen de discrimination raciale, nationale ou religieuse [81]. Cette Convention a été élaborée par l'Organisation internationale du travail, qui jugea qu'une pratique persistante du travail forcé constitue une violation des articles 2 (droit de se prévaloir des droits et libertés proclamés), 9 (« *Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé* »), 10 (droit à un procès équitable), 11 (présomption d'innocence et principe de la légalité) et 19 (liberté d'opinion) de la Déclaration universelle des droits de l'homme [82].

Certaines formes d'exploitation et d'esclavage touchent particulièrement les travailleurs migrants [83]. La confiscation du passeport du travailleur est fréquente, de même que son maintien en quasi captivité. Les personnes qui cherchent à pénétrer illicitement dans un pays sont les premières victimes de cette situation. Il est de plus en plus courant qu'une personne qui a pu, grâce à l'aide d'un passeur, entrer illicitement sur le territoire d'un Etat, soit soumise à une forme d'exploitation, notamment la servitude pour dette, la prostitution ou d'autres formes d'esclavage. Les personnes employant des travailleurs migrants acquièrent sur eux une grande emprise en leur proposant de s'occuper de leur salaire. Cette pratique est habituellement justifiée par la protection ou le placement des sommes en cause, ce qui rapportera un revenu supplémentaire à l'employé. En position vulnérable, le travailleur migrant n'est souvent pas en mesure de refuser une telle offre ou ne sait pas qu'il serait prudent de le faire. Lorsque l'employeur a accumulé l'équivalent de plusieurs mois de salaire, l'employé se trouve dans une situation très difficile et, s'il souhaite partir, doit endurer pour récupérer son salaire toutes sortes de mauvais traitements, qui peuvent aller jusqu'aux violences physiques et au viol. La retenue de salaire constitue une violation de la Convention N° 95 de l'Organisation internationale du travail concernant la protection des salaires, qui prévoit que les employeurs doivent verser les salaires régulièrement et interdit les modalités de paiement qui privent les travailleurs de la réelle possibilité de mettre un terme à leur emploi [84]. Les normes internationales relatives à l'esclavage ne précisent pas que la retenue ou l'absence de versement du salaire constitue une forme d'esclavage mais cette pratique porte manifestement atteinte aux droits de l'homme fondamentaux, notamment à la garantie prévue dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels d'une « *rémunération qui procure, au minimum, à tous*

[79] OIT, Convention N°29 sur le travail forcé ou obligatoire, du 28 juin 1930, art. 2 §1.
[80] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 12-13.
[81] OIT, Convention n° 105 concernant l'abolition du travail forcé, du 25 juin 1957, art. 1er.
[82] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 13.
[83] Voir OIT, Convention N°143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), du 23 juin 1975 ; voir également le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 55/25 du 15 novembre 2000, ONU Doc. A/45/49.
[84] Voir OIT, Convention N°95 sur la protection des salaires, du 1er juillet 1949.

les travailleurs (…) un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail égal sans distinction aucune » [85], et peut contribuer au travail forcé ou à d'autres conditions d'emploi assimilables à de l'exploitation [86].

Le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage a constaté, à sa session d'avril 1995, que « *les travailleurs migrants étrangers sont souvent soumis à des réglementations discriminatoires qui portent atteinte à leur dignité* » [87]. À sa session de juin 1996, il a entendu des témoignages selon lesquels la confiscation de passeports par les employeurs constituait un moyen important d'exercer un contrôle sur les travailleurs migrants, et il a prié instamment les États « *de prendre les mesures nécessaires pour punir les employeurs qui confisquent les passeports des travailleurs migrants, en particulier des travailleurs domestiques migrants* » [88]. Dans un rapport à la session de la Commission des droits de l'homme de 2000, Madame le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a déclaré : « *Les gouvernements devraient faire le nécessaire pour que les employeurs, comme le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage le leur a demandé, ne confisquent pas les passeports des travailleurs ou autres documents qui leur sont indispensables (…) Il semble qu'une forme capitale d'action préventive en faveur de tous les migrants consiste à veiller à ce qu'ils ne se retrouvent pas seuls ou isolés, c'est-à-dire à ce qu'une certaine liberté d'association soit respectée et à ce que les consulats suivent de près leurs ressortissants migrants* » [89]. Le Protocole contre le trafic illicite de migrants encourage les États à mener des campagnes d'information visant à décourager les migrations illégales [90].

C'est sur cette base que la Commission européenne des droits de l'homme a défini le travail forcé ou obligatoire comme un travail « *imposé à une personne contre son gré, présentant un caractère injuste ou oppressif et constituant une épreuve inévitable* », c'est-à-dire qu'il soit inutilement pénible ou vexatoire [91]. Il en ressort deux éléments qui semblent cumulatifs : l'absence de consentement et un caractère injuste et oppressif. Ces deux éléments doivent aujourd'hui être considérés comme alternatifs, tant il est vrai que le consentement de la personne peut ne pas nier le caractère forcé ou obligatoire du travail en cause. La Cour européenne des droits de l'homme a appliqué un autre critère, celui de l'imposition d'un fardeau excessif ou hors de proportion avec les avantages liés à l'exercice de la profession qui pourrait notamment résulter « *d'une tâche étrangère à ladite profession* » [92]. La Cour refuse de considérer comme travail forcé ou obligatoire des tâches qui sont la conséquence implicite d'une profession librement choisie, et rentrent dans le cadre d'une activité professionnelle, si elles ne sont pas excessives. Le choix d'une profession comporte évidemment l'acceptation des services qui s'y rattachent et il convient également de

[85] Art. 7 lit. (a) PIDESC.
[86] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 17-18.
[87] Voir Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingtième session, recommandation 8, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/28.
[88] Voir Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingt et unième session, recommandation 9, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/24.
[89] ONU Doc. E/CN.4/2000/12, par. 68.
[90] Voir Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 18-19.
[91] Commission EDH, Req. N°8 410/78, DR 18, p. 216.
[92] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Van der Müssele c. Belgique*, du 23 novembre 1983, A70, §37. La Cour y a ainsi relevé le caractère relatif du critère du consentement, qui doit s'apprécier en tenant compte de l'ensemble des circonstances de la cause, un individu ne « *saurait passer pour s'être par avance offert de son plein gré* » à accomplir un tel travail.

comparer les avantages liés à l'exercice d'une profession et les services qu'elle implique [93].

Enfin, la Convention N° 182 de l'Organisation Internationale du Travail, sur les pires formes de travail des enfants couvre un vaste champ d'application, de l'esclavage aux travaux dangereux : « *Aux fins de la présente convention, l'expression les pires formes de travail des enfants comprend :*

a) toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés ;

b) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques ;

c) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes ;

d) les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant » [94].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie eut à se prononcer sur un cas de travail forcé, présenté comme étant de la réduction en esclavage au sens du Statut de ce Tribunal. La Chambre de première instance n'a pas suivi l'accusation sur ce point : « *In considering whether an individual detainee was forced to work, the Trial Chamber considers the following factors to be relevant: the substantially uncompensated aspect of the labour performed, the vulnerable position in which the detainees found themselves, the allegations that detainees who were unable or unwilling to work were either forced to or put in solitary confinement, claims of longer term consequences of the labour, the fact of detention and the inhumane conditions in the KP Dom* » [95] et plus loin : « *The physical consequences of the work on the health of the detainees, if any, also constitutes a factor relevant to the determination as to whether someone was forced to work* » [96], pour en conclure : « *In these circumstances, it is unnecessary to consider whether these instances of forced labour constituted enslavement, in the sense that there was an intentional exercise of the powers relating to the right of ownership over these two men* » [97].

Dans l'acte d'accusation de Nuremberg [98], la déportation pour travaux forcés et la réduction en esclavage figuraient au nombre des crimes reprochés. Toutefois, le jugement ne définit pas ces concepts en tant que crimes contre l'humanité, à l'exception du cas de l'accusé Baldur von Schirach reconnu coupable de crimes contre l'humanité uniquement pour son rôle dans le travail forcé, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relevant que la « *déclaration de culpabilité de von Schirach a au moins clairement montré que, pour le Tribunal, le travail forcé ou obligatoire constituait non seulement un crime de guerre, mais aussi une réduction en esclavage, constitutive d'un crime contre l'humanité* » [99]. Relevons toutefois ici l'ampleur des programmes de travail forcé mis en place par l'Allemagne nazie, plus correctement

---

[93] Voir Giorgio Malinverni, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, *ad* art. 4 CEDH, p. 184.
[94] OIT, Convention N°182 sur les pires formes de travail des enfants, du 17 juin 1999, art. 3.
[95] TPIY, Krnojelac, §373.
[96] TPIY, Krnojelac, §378.
[97] TPIY, Krnojelac, §411.
[98] Reproduit *in Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, vol. 1 (1947), pp. 29 à 95.
[99] TPIY, Kunarac et al., §523.

traduite en anglais par les termes « *slave labour* ». Plus que de travail forcé, il s'agissait effectivement d'exploitation esclavagiste de prisonniers de guerre ou de personnes déportées [100].

C'est d'ailleurs ce qu'a souligné le Tribunal militaire américain à Nuremberg en condamnant l'accusé Milch, sur la base de la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié : « *Peut-on croire que la multitude de Juifs slaves qui ont travaillé dans l'industrie de guerre allemande bénéficiaient des droits des parties contractantes ? Ils n'étaient rien moins que des esclaves – kidnappés, enrégimentés, placés sous la surveillance de gardes armés et travaillaient jusqu'à ce qu'ils meurent de maladie, de faim, d'épuisement. (…) A quelques exceptions près, la main-d'œuvre étrangère non-Juive était privée des droits civils fondamentaux de tout homme libre : elle était privée du droit de circuler librement et d'élire domicile où elle l'entend, de vivre avec sa famille, d'élever ses enfants et de leur donner une éducation, de se marier, de visiter les lieux publics de son choix, ses conditions d'emploi, de s'affilier à des syndicats, d'user de la liberté d'opinion et d'expression, de se réunir pacifiquement et elle était souvent privée du droit de culte. Autant de signes manifestes de l'esclavage et non de l'emploi libre sous contrat* » [101].

Le Tribunal Militaire international pour l'Extrême-Orient, à Tokyo, ne fit guère plus de différence entre travail forcé et réduction en esclavage, ni ne tenta de leur apporter de définitions précises, se contentant de relever : « *Après avoir adopté une politique d'emploi des prisonniers de guerre et des détenus civils à des travaux contribuant directement à l'effort de guerre, et établi un système pour la mise en oeuvre de cette politique, les Japonais sont allés plus loin et ont complété cette source de main-d'œuvre en recrutant des travailleurs dans la population civile des territoires occupés, aussi bien par des promesses fallacieuses que par la force. Une fois recrutés, les travailleurs étaient transportés dans des camps où ils étaient enfermés. Il semble que ces travailleurs réquisitionnés et les prisonniers de guerre et internés civils de l'autre, aient été traités plus ou moins de la même manière. Ils étaient tous considérés comme des esclaves que l'on pouvait faire travailler jusqu'à la limite de leurs forces* » [102].

La Commission du droit international a constamment fait figurer la réduction en esclavage au nombre des crimes contre l'humanité dans ses projets de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le projet de 1991 retenait ainsi « *le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé* », comme violation massive ou systématique des droits de l'homme, correspondant aujourd'hui aux crimes contre l'humanité. Le projet de 1996 inclut dans les crimes contre l'humanité « *le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, à l'encontre des normes bien établies et généralement reconnues du droit international* » [103].

Ce qui est ici protégé, c'est la liberté individuelle, comme le soulignait déjà le Tribunal militaire américain à Nuremberg en condamnant Oswald Pohl : « *L'esclavage peut exister sans qu'il y ait torture. Même bien nourri, bien vêtu et confortablement logé, un esclave reste un esclave s'il est illégalement privé de sa liberté par la force ou par la contrainte. On pourrait éliminer toute preuve de mauvais traitements, oublier la faim, les coups et les autres actes de cruauté, le fait reconnu de l'esclavage – du travail*

[100] Voir Whitney R. Harris, *Tyranny on Trial*, pp. 406-422.
[101] *Etats-Unis c. Milch*, jugement du 31 juillet 1948, reproduit *in Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, under Control Council Law N°10*, Vol. II (1997), p. 773.
[102] Reproduit *in* Röling et Rüter, *The Tokyo Judgement ; The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), 29 avril 1946-12 novembre 1948*, Vol. I (1977), pp. 416-417, cité *in* TPIY, Kunarac et al., §527.
[103] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 43ème session*, 1991, ONU Doc A/46/10, pp. 288-289 (art. 21).

obligatoire sans contrepartie – demeurerait. Il n'y a pas d'esclavage bienveillant. Même tempérée par un traitement humain, la servitude involontaire reste de l'esclavage » [104].

Le travail forcé est à traiter de manière comparable à la servitude. En règle générale, il est toujours traité en lien direct avec l'esclavage, comme c'est le cas, par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme [105]. Toutefois, le travail forcé n'était pas comparable avec l'esclavage car il n'investit pas la totalité de la personnalité de la victime, il n'est pas en lui-même la démonstration d'un pouvoir lié au droit de propriété [106]. En ce sens, il ne peut être non plus soutenu que le travail forcé est inclus dans l'incrimination de la réduction en esclavage dans le Statut de Rome.

La question de savoir si le travail forcé devait ou non être incriminé au titre de la réduction en esclavage a d'ailleurs été abordée au cours des travaux préparatoires au Statut de Rome. Les arguments soulevés par les délégations opposées à son incrimination relevaient que le travail forcé fait partie du champ de compétence de l'Organisation internationale du travail et ne constitue pas un crime de droit international coutumier ni conventionnel [107].

Le travail forcé n'est donc pas intrinsèquement une forme de réduction en esclavage puisqu'il ne possède ni le caractère irréversible, ni la totalité de l'emprise sur la personnalité de l'individu qui y est contraint, ni l'élément de propriété, propres à l'esclavage. Toutefois, le plus souvent, les personnes réduites en esclavage seront contraintes de travailler et la distinction entre réduction en esclavage et travail forcé dépendra des circonstances de chaque cas d'espèce. En tous les cas, l'ampleur du phénomène dans certains pays est incontestablement généralisée ou systématique à l'encontre d'une population civile et appelait les présents développements.

3. L'exploitation des enfants

La Société des Nations avait déjà senti la nécessité de protéger les enfants de l'exploitation. Elle inclut leur protection dans son action visant à éliminer l'esclavage et la traite des esclaves, proclamant à Genève, dès 1924, une Déclaration sur les droits de l'enfant. La Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contiennent des dispositions interdisant l'esclavage, la servitude et le travail forcé sous toutes leurs formes et reconnaissent que les enfants occupent une place spéciale dans la société. L'article 24 du Pacte dispose que tout enfant a droit « *aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur* ». L'interdiction générale de l'esclavage et du travail forcé s'applique aux enfants comme aux adultes mais la Convention supplémentaire de 1956 contient une disposition particulière sur la condition servile, qui s'applique expressément aux enfants. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reprend l'exigence formulée dans de nombreuses conventions de l'Organisation internationale du travail selon lesquelles les États doivent fixer des limites d'âge au-dessous desquelles « *l'emploi salarié de la main-d'oeuvre enfantine sera interdit et*

[104] *Etats Unis c. Oswald Pohl and Others*, jugement du 3 novembre 1947, reproduit *in Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, under Control Council Law N°10*, Vol. V (1997), p. 958.
[105] Voir CEDH, art. 4.
[106] Voir Giorgio Malinverni, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, *ad* art. 4 CEDH, p. 179.
[107] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 107.

sanctionné par la loi » [108]. Depuis les années 1980, la question de l'exploitation économique subie par des millions d'enfants dans le monde entier mobilise la communauté internationale et suscite un vaste débat au sein des pouvoirs publics, des organisations internationales et du monde du travail [109]. Il est désormais universellement admis que les enfants, du fait de leur immaturité physique et mentale, ont besoin d'une protection spéciale, qui a débouché sur l'adoption de mesures pour réglementer le travail des enfants.

L'Organisation internationale du travail, dès sa création en 1919, s'est particulièrement préoccupée du travail des enfants. Conformément au préambule de sa constitution, l'un des éléments fondamentaux pour parvenir à la justice sociale et à la paix universelle est la protection des enfants. L'abolition du travail des enfants est donc l'un des quatre principaux objectifs de l'Organisation, qui, par exemple, a adopté à sa toute première session en 1919 la Convention N°5 sur l'âge minimum dans l'industrie [110].

Il est particulièrement difficile d'établir une claire distinction entre les pratiques tolérables et celles constituant des formes abusives de travail des enfants. La Convention de 1973 sur l'âge minimum et la Recommandation qui l'accompagne sont les principaux instruments internationaux visant à l'abolition du travail des enfants en général, qui font obligation aux États parties de mettre en oeuvre des politiques nationales pour élever progressivement l'âge minimum d'admission à l'emploi, de façon à permettre aux adolescents d'atteindre le plus complet développement physique et mental [111].

La Convention sur l'âge minimum s'applique à tous les secteurs de l'activité économique et vise les enfants, qu'ils travaillent ou non de manière rémunérée [112]. Cette Convention dispose que l'âge minimum d'admission à l'emploi ne doit pas être inférieur à l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire, ni en tout cas à quinze ans, quatorze dans les pays dont « *l'économie et les institutions scolaires ne sont pas suffisamment développées* », ce en vue de prévenir l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine [113]. Aux termes de la Convention, les enfants âgés de treize ans - douze dans les pays en développement - à quinze ans peuvent exécuter des « *travaux légers* » ; l'âge minimum pour le travail dangereux susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des adolescents est fixé à dix-huit ans [114]. Par rapport aux autres conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail, la Convention sur l'âge minimum a été ratifiée par un nombre sensiblement plus restreint d'États.

Vu le très grand nombre d'enfants travaillant en violation de la Convention sur l'âge minimum, la Conférence internationale du travail adopta, en juin 1999, une nouvelle Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, ainsi que la Recommandation

---

[108] Art. 10 §3 PIDESC.
[109] Voir Jannelle M. Diller et David A. Levy, *Child Labour, Trade and Investment: Towards the Harmonization of International Law*, AJIL, vol. 19 (1997), p. 663 et David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 41.
[110] Voir OIT, Convention N°5 sur l'âge minimum (Industrie), du 28 novembre 1919.
[111] Voir OIT, Convention N°138 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973 et Recommandation N°146 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973.
[112] Voir OIT, Programme international pour l'abolition du travail des enfants (IPEC), 1997, p. 3.
[113] OIT, Convention N°138 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973 et Recommandation N°146 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973, art. 2 §§3-4.
[114] OIT, Convention N°138 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973 et Recommandation N°146 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973, art. 3 §1 et 7 §§1-4.

N°190 portant sur le même sujet [115]. L'article 3 de la Convention définit les pires formes de travail des enfants comme suit : « *a) Toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés ; b) L'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacle pornographique ; c) L'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes ; d) Les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant* ».

La Convention de 1926 relative à l'esclavage ne faisait pas de distinction particulière entre l'esclavage et la traite des adultes ou des enfants. Quand la Convention supplémentaire de 1956 fut élaborée, les conceptions avaient évolué et cet instrument mentionne spécifiquement l'exploitation des jeunes, tout en prohibant expressément la servitude pour dettes dans le cas des adultes comme des enfants. La Convention supplémentaire de 1956 interdit également « *toute institution ou pratique en vertu de laquelle un enfant ou un adolescent de moins de 18 ans est remis, soit par ses parents ou par l'un d'eux, soit par son tuteur, à un tiers, contre paiement ou non, en vue de l'exploitation de la personne ou du travail dudit enfant ou adolescent* » [116]. Cette disposition visait implicitement la pratique des « *pseudo adoptions* » mais, de fait, elle s'applique à tout un ensemble de pratiques qui reposent sur l'exploitation des enfants [117].

La Commission des droits de l'homme, quant à elle, adopta en 1993 un Programme d'action pour l'élimination de l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine, dans lequel elle qualifia trois formes de travail des enfants de crimes internationaux en violation des normes internationales prohibant l'esclavage : la vente d'enfants et les pratiques analogues, notamment les pseudo adoptions, la prostitution des enfants, leur trafic à des fins de pornographie ou à des fins immorales et leur emploi dans des travaux domestiques serviles avant qu'ils n'atteignent l'âge légal [118].

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant est l'instrument le plus explicite et le plus complet dans l'énoncé des obligations incombant aux États dans la lutte contre les pires formes de travail des enfants. L'article 32 de cette Convention reconnaît « *le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social* », alors que les articles 34 à 36 visent différents aspects de leur exploitation. Aux termes de l'article 34, à lire en parallèle

[115] Voir OIT, Convention N°182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17 juin 1999 et Recommandation N°190 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17 juin 1999.

[116] Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 30 avril 1956, art. 1 lit. (d).

[117] On parle de « *pseudo adoption* » lorsqu'une famille, généralement en proie à des difficultés financières, confie ou vend un enfant à une famille plus aisée, officiellement pour qu'elle l'adopte ; en réalité, il travaillera pour cette famille « *d'adoption* » sans bénéficier du même statut ni du même traitement que les enfants de la maisonnée. Une autre pratique très répandue consiste pour les parents à envoyer l'enfant chez des membres de la famille ou des proches qui sont censés accorder une attention spéciale à son éducation mais qui en réalité l'exploitent. Parmi les millions d'enfants qui se trouvent actuellement dans cette situation, le plus gros contingent est celui des enfants employés comme domestiques à demeure, voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 43.

[118] Voir Commission des droits de l'homme, Programme d'action pour l'élimination de l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine, résolution 1993/79, ONU Doc. E/CN.4/1993/122, §14.

avec l'article 19 relatif à l'interdiction de toutes les formes de violence physiques ou mentales, les États parties sont tenus de les protéger contre « *toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle* ». L'article 35 vise quant à lui la protection des enfants contre les risques d'enlèvement, de vente ou de traite et offre une meilleure protection que la Convention pour la répression de la traite de 1949, dans la mesure où il ne lie pas le trafic des enfants à l'exploitation sexuelle. L'article 35 vise également un champ d'application plus large que la pédopornographie et la prostitution enfantine de l'article 34. Il convient également de mentionner l'article 11 de la Convention, qui dispose que les États parties doivent « *lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger* ». L'article 21 vise à réglementer le système de l'adoption à l'étranger et dispose que celle-ci ne doit pas se traduire par des profits matériels indus. Enfin, l'article 36 prévoit des garanties beaucoup plus larges, quoique moins spécifiques, puisqu'il fait obligation aux États parties de « *protéger l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être* » [119].

Le Comité des droits de l'enfant, créé en vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant pour surveiller la façon dont les États parties en appliquent les dispositions, a formulé des recommandations sur les mesures à prendre pour éliminer l'esclavage des enfants. En coordination avec l'Organisation internationale du travail et l'Unicef, il a centré ses travaux sur la protection des enfants contre l'exploitation économique et la discrimination et sur leurs droits à un soutien familial adéquat et à une éducation adaptée et a établi que la scolarité obligatoire est un facteur qui contribue de façon importante à l'élimination du travail des enfants [120].

Le Comité des droits de l'enfant a par ailleurs aidé la Commission des droits de l'homme à élaborer deux projets de protocoles facultatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant, le premier, la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et, le second, l'implication d'enfants dans les conflits armés. Les dispositions de ce dernier Protocole visent à garantir que les enfants ne soient pas forcés de s'enrôler et de participer activement à un conflit armé quel qu'il soit [121]. L'article 38 de la Convention dispose que « *lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de 15 ans mais de moins de 18 ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées* ». L'article 3 lettre (a), de la Convention N°182 de l'Organisation internationale du travail interdit quant à lui « *le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés* ». Cette disposition signifie apparemment que les parties à un conflit armé peuvent autoriser les enfants âgés de quinze à dix-sept ans à s'enrôler dans les forces armées de leur plein gré, mais que la conscription de ces enfants est interdite si ceux qui ont moins

[119] Voir Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, art. 32, 34 à 36, 11 et 21 respectivement, voir également David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 44-45.

[120] Voir Comité des droits de l'enfant, Recommandations concernant l'exploitation économique des enfants, ONU Doc. A/49/41 (1994), §572 lit. (b).

[121] Voir Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, résolution 54/263 de l'Assemblée générale du 25 mai 2000, annexe I, non encore entré en vigueur ; voir également le rapport du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, sur les travaux de sa sixième session, ONU Doc. E/CN.4/2000/74 ; Voir également David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 44-45.

de dix-huit ans risquent d'être mobilisés pour aller combattre [122]. Certains États acceptent les volontaires à partir de seize ans et refusent de porter à dix-huit ans l'âge minimum du recrutement dans les forces armées. Ce point de vue est pris en compte dans le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, qui contient des dispositions qualifiant de crime de guerre, dans le cadre de conflits armés, internationaux ou non, « *le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités* » [123]. Le nouveau Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant vise à assurer aux enfants une meilleure protection contre le recrutement en vue de la participation à des conflits armés [124].

Le Statut de la Cour pénale internationale, dans le cadre du crime contre l'humanité de réduction en esclavage, prend particulièrement en considération le sort des enfants, dont nous savons aujourd'hui qu'ils représentent la main-d'œuvre la plus aisément corvéable. L'exploitation des enfants est, dans certaines régions, généralisée et systématique et la qualification de réduction en esclavage comme crime contre l'humanité doit être reconnue.

4. Le phénomène des enfants soldats est-il constitutif de réduction en esclavage ?

A la suite de l'étude de l'exploitation des enfants, il faut convenir que la problématique des enfants soldats ne se réduit pas au crime de guerre d'interdiction de l'enrôlement de jeunes gens de moins de quinze ans dans les forces armées [125] ; la condition qui est la leur impose d'en aborder ici le sujet, sous l'angle de la réduction en esclavage. En Afrique centrale, des enfants de sept à dix-huit ans sont enrôlés aussi bien dans les forces gouvernementales que dans des groupes armés d'opposition. Des jeunes filles sont recrutées par des groupes armés. Leur rôle est difficile à cerner, elles sont parfois recrutées et entraînées de la même manière que les garçons, ce dont certaines ne se relèvent pas. Le plus souvent, elles deviennent les « compagnes » des hommes adultes, tout en étant chargées des tâches domestiques, voire d'espionnage. Si elles quittent ces groupes armés, elles se retrouvent seules, le plus souvent enceintes, dans le dénuement le plus inouï. Le Bureau international du travail relève le cas d'une jeune Congolaise de République Démocratique du Congo, qui a été recrutée à quatorze ans par l'un de ces groupes armés, y est devenue la partenaire sexuelle d'un chef, ce qui lui assurait un traitement légèrement meilleurs que les autres filles du groupe, et, à seize ans, fut démobilisée et se retrouva avec une petite fille dont elle accoucha, dans un centre de réadaptation [126].

---

[122] Voir OIT, Convention N°182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17 juin 1999 et Recommandation N°190 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17 juin 1999.

[123] Voir art. 8 §2 lit. (b) ch. (xvi) et lit. (e) ch. (vii) CPI.

[124] Voir Rapport du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, sur les travaux de sa sixième session, ONU Doc. E/CN.4/2000/74.

[125] Voir art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxvi) CPI. Relevons que la Cour spéciale pour la Sierra Leone a rendu récemment une décision fondamentale en la matière, établissant que l'enrôlement d'enfants est un crime de droit international coutumier, mais uniquement sous l'angle des crimes de guerre, voir SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Prosecutor against Sam Hinga Norman, du 31 mai 2004.

[126] Voir BIT, IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, pp. 20-21.

Les enfants qui sont recrutés par les armées officielles de certains Etats ou par des groupes armés sont tous issus d'une situation en elle-même catastrophique. Un contexte économique difficile, un climat de violence et de peur, les discours idéologiques de certains groupes, un bouleversement complet de l'environnement familial des enfants sont les sources de leur enrôlement pour participer aux combats qui, se prolongeant dans le temps, demandent de plus en plus de combattants. Les chefs de groupes estiment que l'enrôlement d'enfants a des avantages certains : ils sont plus courageux que les adultes car ils n'ont pas conscience de la mort, ils sont dociles et facilement manipulables, compétents, résistants, dynamiques, bon marché ou efficaces. Pourtant, comme le démontre l'étude du Bureau international du travail, le courage des enfants est souvent le résultat d'un dopage physique et moral et leur docilité est facilement obtenue par de nombreuses et cruelles punitions ; quant au coût de la main-d'œuvre, si l'on retient qu'au Burundi, la quasi totalité des enfants soldats n'a jamais vu l'ombre d'une solde, le trouver « bon marché » est un euphémisme déguisant une exploitation de type esclavagiste [127].

Les éléments qui nous permettent de parler de réduction en esclavage sont les suivants. Premièrement, la structure de l'enrôlement est significative. Si l'on retient avec le Bureau international du travail qu'un peu plus du tiers des enfants soldats sont « recrutés » soit par enlèvement, soit par contrainte, les deux tiers restants y sont poussés par une situation familiale, sociale ou économique invivable, qui s'ajoute à un climat de violence continu, à la fréquentation peu ou prou de groupes armés et à une certaines fascination que le pouvoir des armes peut exercer sur ces enfants sans avenir. Il nous semble bien difficile de parler ici de recrutement volontaire [128].

Les groupes armés qui pratiquent l'enlèvement d'enfants agissent de préférence lorsque ceux-ci sont éloignés des adultes, par exemple lorsqu'ils sont à l'école. C'est ainsi qu'un jeune enfant soldat membre d'un groupe armé en République démocratique du Congo explique : « *Un jour, pendant les cours, un véhicule avec des rebelles armés est venu et a emmené tous les élèves. Tous les jeunes de 15 à 25 ans ont été arrêtés et conduits à Dogo. En route, les militaires nous apprenaient à manier les armes. Deux semaines après, nous avons été envoyés au front* ». Dans les cas de recrutement forcés, les menaces portent tant sur l'enfant que sur sa famille, celles qui résistent pouvant être considérées comme traîtres et subir des représailles, comme en témoigne un enfant soldat au Burundi : « *Les rebelles sont venus à la maison pour me recruter et m'ont menacé si je refusais de les suivre. J'ai accepté parce que même si eux ne me tuaient pas, les militaires le feraient de toute façon* » [129].

---

[127] Voir BIT, IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, p. 26.

[128] Voir BIT, IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, pp. 27 et 30. Statistiquement, le BIT relève que, en Afrique centrale (Burundi, Congo, RDC et Rwanda), 15% des enfants soldats sont recrutés par la force, 21% par enlèvement et 64% sur décision personnelle, d'après les témoignages recueillis auprès des enfants soldats eux-mêmes. Il est important de relever que la même question posée à des enfants qui ne font plus partie de groupes armés apporte des réponses différentes : plus de 60% de ces enfants dénoncent un recrutement forcé. Enfin, en ce qui concerne les recrutements dits volontaires, les motifs avancés pour expliquer pourquoi avoir rejoint un groupe armé sont à 34% les besoins matériels, pour assurer la subsistance quotidienne et quitter un cadre de vie de complet dénuement, les groupes armés ou armées officielles promettant souvent des soldes attractives, en pratique rarement payées, 21% l'idéologie développée suite à des campagnes de propagande, 15% la fascination militaire, 11% un désir de quitter la famille, souvent sans ressources et éclatées, 10% un désir de vengeance après des exactions subies, 9% la peur, l'enrôlement dans un groupe armé étant perçu soit comme un moindre mal, soit comme une protection.

[129] Voir BIT, IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, p. 28.

L'entrée dans un groupe armé est marquée d'un certain nombres d'événements dont l'ordre et l'importance varient d'un groupe à l'autre et que le Bureau international du travail relève comme étant la remise d'un équipement, la formation militaire, la formation idéologique ou l'endoctrinement, les brimades ou rites de passage et les rites d'invulnérabilité. Il semble que les séances d'endoctrinement soient fréquentes dans les groupes rebelles. Elles sont en général basées sur des considérations ethniques ou d'appartenance régionale et consistent à présenter les injustices dont le groupe est victime, afin de persuader les jeunes de la légitimité de l'action du groupe et de la nécessité de l'anéantissement des parties adverses. Les discours idéologiques poursuivent deux objectifs : attiser la haine contre les ennemis et renforcer l'obéissance des enfants.

Le deuxième élément permettant de rattacher la situation des enfants soldats à la réduction en esclavage est le traitement qu'ils reçoivent dans le groupe armé. Il existe de nombreux témoignages sur les atrocités que les enfants subissent à leur arrivée dans un groupe armé, qui sont soit subies soit perpétrées par les enfants, sous la menace des recruteurs. Dans les deux cas, elles visent à faire perdre à l'enfant tous ses repères de la vie civile. D'après certains témoignages, les enfants sont volontairement maltraités pour qu'ils deviennent agressifs et impitoyables devant l'ennemi. A ceci s'ajoutent des conditions de vie particulièrement dures, entre insalubrité et mauvaise nourriture, que les enfants décrivent eux-mêmes comme pires que celles qu'ils connaissaient avant de s'enrôler, alors qu'ils étaient déjà confrontés au dénuement et à la violence.

Le troisième élément qui les rapproche de l'esclavage réside dans les tâches qui leur sont confiée. Les tâches des enfants soldats au sein du groupe sont les mêmes que celles des adultes, extrêmement variées, à savoir combats au front, patrouilles, surveillance, entretien des armes, contrôle des véhicules, fouilles ; ils sont éclaireurs, espions, gardes du camp ou des prisonniers, garde du corps du commandant du groupe, porteurs, ou poseurs de mines ; ils s'occupent des blessés et des malades, préparent les repas, servent les soldats adultes et s'occupent des tâches ménagères. Les enfants sont régulièrement battus ou punis, soit par des adultes soit par d'autres enfants, soumis au fouet ou à d'autres sévices corporels ainsi qu'à toute sorte de privation. En plus, alcool et drogues sont fournis aux enfants par les adultes, pour mieux les contrôler et leur faire perdre le sens du danger. D'après les récits des enfants, les adultes des groupes armés commettent pillages, vols, viols, tortures, assassinats en présence des jeunes. Le plus souvent, les enfants sont témoins de ces actes de violence, traumatisés et, après leur sortie du groupe, se retrouvent dans leurs angoisses et leurs cauchemars. Souvent, ce sont les enfants même du groupe qui sont les victimes de vols et de viols [130].

Enfin, l'esclavage est un état que la victime ne peut changer que difficilement et la sortie du groupe armé ne se fait pas facilement. Plus de la moitié des enfants qui sont sortis de l'un de ces groupes ont fui, en courant le risque d'être rattrapés et tués par les membres du groupe. Une autre forme de sortie largement répandue est la

[130] Voir BIT, IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, pp. 29-48. Au Congo, 80% des enfants disent que les soldats de leur unité ont torturé et tué des civils, près d'un enfant sur deux dit que les soldats ont violé des femmes ; par ailleurs, 30% des enfants interrogés au Congo déclarent avoir eux-mêmes subi vols et viols.

dissolution du groupe armé ou la démobilisation, laissant l'enfant abandonné à lui-même, sans ressources ni support, souvent loin de chez lui [131].

Ceci va dans le sens général que nous avons relevé en analysant l'esclavage en droit international : le critère de propriété n'est plus si durablement marqué qu'il le fut traditionnellement. Aujourd'hui, l'exercice d'un pouvoir de propriété est limité à la période pour laquelle le « maître » a besoin de l'esclave et c'est bien là le comportement des groupes armés qui recrutent et démobilisent les enfants sans autres considérations pour leur condition personnelle.

L'emploi d'enfants soldats nous semble donc pouvoir être constitutif du crime contre l'humanité de réduction en esclavage dans le Statut de la Cour pénale internationale, si les quatre éléments susmentionnés sont donnés.

B. La traite des êtres humains

La traite des êtres humains, l'autre volet de la réduction en esclavage expressément incriminé comme crime contre l'humanité dans le Statut de Rome, est le plus souvent associée à la prostitution, comme c'est le cas dans la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, du 2 décembre 1949, qui forme la synthèse des instruments plus anciens en la matière et dont l'article premier définit ainsi le champ d'application : « *Les Parties à la présente Convention conviennent de punir toute personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui : 1) Embauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante ; 2) Exploite la prostitution d'une autre personne, même consentante* » [132].

La traite des êtres humains est définie par la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de 1956, comme « *tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger ; tout acte de cession par vente ou échange d'une personne acquise en vue d'être vendue ou échangée, ainsi qu'en général tout acte de commerce ou de transport d'esclaves, quel que soit le moyen de transport employé* » [133]. En ce sens, la traite et le trafic des êtres humains doivent être considérés comme synonymes [134].

---

[131] Voir BIT, IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, 2003, pp. 29-48. L'âge des enfants à la sortie de ces groupes armés est éloquent de l'ampleur du phénomène : 30% ont entre 11 et 14 ans, 63% entre 15 et 18 ans et 7% plus de 18 ans.

[132] Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 317 (IV) du 2 décembre 1949, entrée en vigueur le 25 juillet 1951. Voir avant cette Convention, l'Arrangement international du 18 mai 1904 pour la répression de la traite des blanches, la Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches, la Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la répression de la traite des femmes et des enfants et la Convention internationale du 11 octobre 1933 pour la répression de la traite des femmes majeures.

[133] Voir Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956, art. 7 lit. (c).

[134] Traite : « *Action de tirer, de transporter certaines marchandises d'une province à une autre ou d'un Etat à un autre* » et trafic : « *Commerce de marchandises* » (Littré). Les termes anglais *« traffic »* et *« trafficking »* désignent le même phénomène. Dans le titre de la Convention pour la répression de la traite de 1949, on a utilisé en anglais les mots *« the traffic in persons »*, en français « *la traite des êtres humains* » et en espagnol *« la trata de personas »*. Les termes « *traite* » et *« trata »* sont aussi ceux utilisés pour traduire le mot *« trade »* dans l'expression *« slave trade »*, comme dans le titre de la Convention supplémentaire de 1956, et la connotation qui s'y rattache, à savoir le fait de traiter des êtres humains comme des marchandises, semble être plus forte que pour le terme *« traffic »* en anglais. Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 19.

1. La traite et la prostitution aux fins d'exploitation sexuelle

Les notions de traite et de prostitution sont indissociables, d'où une interprétation étroite courante du terme « *traite* ». Aujourd'hui, la traite ne vise plus seulement des fins d'exploitation sexuelle mais bon nombre d'autres domaines, comme le démontre Madame Radhika Coomaraswamy, Rapporteur spécial chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, dans son rapport à la Commission des droits de l'homme : « *la documentation existante et les recherches menées montrent que la traite a pour but l'exploitation de la personne, sans son consentement, sous des formes très diverses, y compris, entre autres, le travail forcé et/ou servile, notamment dans le cadre du commerce du sexe, le mariage forcé et les autres pratiques esclavagistes* » [135].

La traite touche également les enfants et le Protocole contre la traite des personnes, interdit le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil d'un enfant aux fins d'exploitation, qui sont considérés comme une « *traite des personnes* », même en l'absence de tout recours à la force ou à la contrainte [136]. L'exploitation y est définie comme l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes « *d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes* » [137]. Si l'expression « *d'autres formes d'exploitation sexuelle* » n'est pas définie en droit international, elle peut s'entendre de la participation d'enfants de moins de dix-huit ans à la production de matériel pornographique [138]. En outre, pour ce qui est de la définition de la traite des êtres humains dans l'article 3, les travaux préparatoires indiquent que « *lorsque l'adoption illégale peut être assimilée à une pratique analogue à l'esclavage telle que définie à l'alinéa* d *de l'article premier de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, elle entre également dans le champ d'application du Protocole* » [139]. En conséquence, « *toute institution ou pratique en vertu de laquelle un enfant ou un adolescent de moins de 18 ans est remis, soit par ses parents ou par l'un deux, soit par son tuteur, à un tiers, contre paiement ou non, en vue de l'exploitation de la personne, ou du travail dudit enfant ou adolescent* » [140] entre dans le champ d'application du Protocole.

---

[135] ONU-ECOSOC, Rapport sur la traite des femmes, les migrations des femmes et la violence contre les femmes, présenté en application de la résolution 1997/44 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/2000/68, § 13.

[136] Voir art. 3 lit. (c) du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, Résolution 55/25 adoptée par l'Assemblée générale le 15 novembre 2000, ONU Doc. A/55/49 ; le Protocole n'est pas encore entré en vigueur.

[137] Voir art. 3 lit. (a) du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants

[138] Voir Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ONU Doc. A/55/383/Add.1, §64. Voir également le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 54/263 du 25 mai 2000, art. 2 lit. (c), qui définit la pornographie mettant en scène des enfants comme « *toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles* » ; ce protocole n'est pas encore entré en vigueur.

[139] Voir Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ONU Doc. A/55/383/Add.1, §66

[140] Convention supplémentaire de 1956, art. 1 lit. (d).

La Convention relative aux droits de l'enfant interdit expressément « *l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* » [141]. L'interdiction de la traite des enfants dans la Convention ne concerne donc pas seulement le recrutement aux fins de prostitution mais inclut d'autres situations dans lesquelles les enfants sont enlevés à leur famille ou donnés par elle. Comme exemples d'exploitation il est possible de citer la prostitution, la pornographie [142] et le recrutement aux fins d'un emploi, qui implique que l'enfant soit enlevé à sa famille pour travailler à un âge ou dans des conditions qui violent, soit le droit interne, soit les normes internationales concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi et la servitude des enfants [143]. Dans tous les cas, les enfants concernés sont ceux qui ont moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui leur est applicable [144].

La Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs, adoptée par l'Organisation des États américains le 18 mars 1994, est l'instrument qui définit le plus en détail la portée du trafic transnational des enfants, défini comme tous êtres humains âgés de moins de dix-huit ans. Cette Convention définit le trafic international des mineurs comme « *l'enlèvement, le déplacement ou la retenue, ou la tentative d'enlèvement, de déplacement ou de retenue d'un mineur, à des fins ou par des moyens illicites* », les fins illicites étant entre autres « *la prostitution, l'exploitation sexuelle, la servitude ou toute autre fin illicite, que ce soit dans l'État de la résidence habituelle du mineur ou dans l'État partie où se trouve le mineur* », les moyens illicites « *notamment, l'enlèvement, le consentement obtenu frauduleusement ou par coercition, la remise ou la réception de paiements ou d'avantages illicites visant à obtenir le consentement des parents, personnes ou institutions qui ont la charge du mineur, ou tout autre moyen qualifié d'illicite, soit dans l'État de résidence habituel du mineur, soit dans l'État partie où se trouve celui-ci* » [145].

La Convention N°182 de l'Organisation internationale du travail sur les pires formes de travail des enfants, dispose que la traite de filles et de garçons de moins de dix-huit ans est une pratique analogue à l'esclavage et, en tant que telle, une des pires formes de travail des enfants, qu'elle recommande d'ériger en infraction pénale [146].

Plusieurs conférences internationales ont récemment porté une attention particulière à l'élimination de la traite des enfants [147], de même que la Commission

---

[141] Voir Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25, du 20 novembre 1989, art. 35.

[142] Voir l'art. 34 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui concerne l'exploitation des enfants à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ainsi que de la production de spectacles ou de matériels de caractère pornographique.

[143] Voir Convention supplémentaire de 1956, art. 1 lit. (d), et OIT, Convention N°138, du 19 juin 1976 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi.

[144] Voir art. 1 Convention relative aux droits de l'enfant.

[145] Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs, adoptée le 18 mars 1994, citée *in* ONU Doc. A/AC.254/CRP.2 (1998), art. 2 lit. (b), (c) et (d) ; voir également David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 31.

[146] Voir OIT, Convention N°182 sur les pires formes de travail des enfants, du 17 juin 1999, art. 3 lit. (a) et OIT Recommandation N°190 sur les pires formes de travail des enfants, du 17 juin 1999, §12.

[147] Voir not. le Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement, chap. I, résolution I, annexe, principe 11, ONU Doc. A/CONF.171/13 (1994) (« *tous les États (…) devraient accorder le rang de priorité le plus élevé à l'enfant* » et l'enfant « *a le droit de jouir d'un niveau de vie suffisant pour assurer son bien-être (…) et d'être protégé (…) contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, (…) de mauvais traitements ou d'exploitation, notamment la vente, le trafic, les sévices sexuels et le trafic de ses organes* ») ; Rapport final du Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales (1997) (qui examine l'ampleur du problème de la traite des enfants et les mesures qui pourraient être adoptées pour le combattre) ; voir également le rapport de la

des droits de l'homme a été conduite, par la gravité du problème, à élaborer un Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, portant expressément sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté par l'Assemblée générale en mai 2000. Aux termes de ce Protocole, « *l'élimination de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie mettant en scène des enfants sera facilitée par l'adoption d'une approche globale tenant compte des facteurs qui contribuent à ces phénomènes* », notamment la traite des enfants. Le Protocole ne concerne pas expressément la traite des enfants mais ses dispositions relatives à la vente d'enfants peuvent être utilisées pour lutter contre la traite. La « *vente d'enfants* » s'entend de « *tout acte ou toute transaction faisant intervenir le transfert d'un enfant de toute personne ou de tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage* ». Les États doivent veiller à ce que le fait « *d'offrir, de remettre ou d'accepter un enfant, quel que soit le moyen utilisé, aux fins : a) d'exploiter l'enfant à des fins sexuelles ; b) de transférer les organes de l'enfant à titre onéreux ; c) de soumettre l'enfant au travail forcé* » et le fait « *d'offrir, d'obtenir, de procurer ou de fournir un enfant à des fins de prostitution* » soit saisi par le droit pénal interne, que ces infractions « *soient commises au plan interne ou transnational par un individu ou de façon organisée* » [148].

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée à Montego Bay en 1982 dispose, quant à elle, dans son article 99, que « *tout Etat prend des mesures efficaces pour prévenir et réprimer le transport d'esclaves par les navires autorisés à battre son pavillon* » [149].

En décembre 1998, l'Assemblée générale des Nations Unies a créé un Comité intergouvernemental chargé d'élaborer un régime juridique international pour combattre la criminalité transnationale organisée, dont les travaux aboutirent à la Convention contre la criminalité transnationale organisée, qui est essentiellement un instrument de coopération internationale entre les Etats afin de lutter contre ce type de criminalité. La Convention est complétée notamment par trois protocoles dont le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants [150].

La lecture du Protocole contre le trafic illicite de migrants doit être maintenue dans le contexte de la prévention de la criminalité internationale. Il ne s'applique en effet qu'aux infractions de nature transnationale dans lesquelles un groupe criminel organisé est impliqué [151]. Cette restriction le distingue de la Convention pour la répression de la traite des êtres humains qui, contrairement aux instruments internationaux antérieurs, ne précise pas que l'infraction doit être de nature

---

Rapporteur spécial chargée d'étudier la question de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants, ONU Doc. E/CN.4/1997/95 (où il est proposé, à la suite du Congrès mondial, que « *des services de consultation et d'information (…) soient mis en place dans les pays d'origine à titre préventif pour les enfants qui risquent d'être victimes d'une traite* ») ; résolution 51/66 de l'Assemblée générale en date du 31 janvier 1997, intitulée « Traite des femmes et des petites filles ».

[148] Voir Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 54/263 du 25 mai 2000 (pas encore entré en vigueur), art. 2 et 3.

[149] Art. 99, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, adoptée à Montego Bay du 10 décembre 1982 ; voir également Emmanuel Jos, *La traite des êtres humains et l'esclavage*, in Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 337-338.

[150] Voir Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée sur les travaux de sa première à sa onzième session, ONU Doc. A/55/383 ; la Convention, adoptée le 15 novembre 2000, n'est pas encore entrée en vigueur.

[151] Voir art. 4 du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

transnationale. En outre, aux termes de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, un groupe de criminels organisé désigne un groupe structuré de trois personnes au moins [152], ce qui nous rapproche de l'exigence posée par le Statut de Rome que les crimes contre l'humanité soient commis en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [153]. Si cette restriction supplémentaire reflète l'intention des auteurs de l'instrument de faciliter la coopération entre les Etats dans la lutte contre la criminalité organisée, elle ne concerne manifestement pas une personne qui a été victime de la traite et dont les droits de l'homme ont été violés, que ce soit par une, deux, trois personnes ou plus [154]. La définition de la « *traite des personnes* » contenue dans le Protocole correspondant distingue trois éléments cumulatifs aux fins de l'application de la Convention : « *Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes* » doit se faire par « *la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre* », aux « *fins d'exploitation* » [155].

Le deuxième élément de cette définition crée un lien avec les instruments internationaux antérieurs relatifs à l'esclavage, puisque les moyens utilisés comprennent « *la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte* ». La définition des situations d'abus va en revanche au-delà des moyens de contrôle et de contrainte invoqués dans les conventions relatives à l'esclavage et comprend la tromperie et l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité. La tromperie signifie qu'une personne a été entraînée par des moyens fallacieux dans une situation d'abus d'autorité ou de vulnérabilité. Il est en effet courant que l'on mente aux victimes au sujet de la nature du travail qu'elles auront à accomplir ou des conditions dans lesquelles elles devront vivre. Avec le recours à la force, la contrainte et la tromperie, le Protocole porte sur les cas dans lesquels de l'argent est versé à un ou des tiers, par exemple les parents de la victime. S'il y a abus de pouvoir ou de position de responsabilité, les travaux préparatoires indiquent que ceci s'entend « *de l'abus de toute situation dans laquelle la personne concernée n'a d'autre choix réel ni acceptable que de se soumettre* » [156]. Il y a ainsi abus d'autorité ou de position de responsabilité si une femme n'a d'autre choix que de se soumettre aux souhaits de son mari, de sa famille ou de son employeur pour son recrutement ou son transfert dans une situation d'exploitation. Ces critères ne s'appliquent qu'à une victime de la traite adulte ; lorsque les victimes ont moins de dix-huit ans, il n'est pas nécessaire qu'il y ait contrainte ou tromperie [157].

Dans le même esprit que les résolutions adoptées chaque année par la Commission des droits de l'homme sur la question de la traite des êtres humains, qui mettent l'accent sur les femmes et les enfants, les premiers projets de Protocole contre

---

[152] Voir art. 2 lit. (a) Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.
[153] Voir art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[154] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 23.
[155] Art. 3 du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.
[156] Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ONU Doc. A/55/383/Add.1, §63.
[157] Voir art. 3 et 4 du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

la traite des personnes ne portaient, de manière trop restrictive, que sur la traite des femmes et des enfants, avant que leur portée ne fût élargie à la traite de toutes les personnes, une attention particulière demeurant toutefois accordée aux femmes et aux enfants. Alors que les instruments antérieurs ne s'appliquaient qu'aux femmes et aux jeunes filles, la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et le Protocole contre la traite s'appliquent aux hommes et aux femmes de tous âges. D'autres instruments sont axés essentiellement sur le problème de la traite des femmes, tel que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui exige de tous les Etats la suppression du trafic des femmes [158]. Diverses organisations ont proposé des définitions de l'expression « *traite des femmes* » afin de la distinguer d'autres formes de trafic [159]. La traite a été établie comme une violation des droits des femmes. Dans la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, adoptés à l'issue de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993, il est reconnu que « *les violences fondées sur l'appartenance au sexe féminin et toutes les formes de harcèlement et d'exploitation sexuelle, y compris celles qui sont la conséquence de préjugés culturels et d'une traite internationale, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et doivent être éliminées* » [160]. À sa session de 1998, le Groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage adopta une recommandation aux termes de laquelle « *la traite internationale des femmes et des petites filles à des fins d'exploitation sexuelle est une forme contemporaine d'esclavage et constitue une grave violation des droits de l'homme* » [161]. Pour sa part, Madame le Rapporteur spécial chargée de la question de la violence contre les femmes, a souligné lors de la cinquante-sixième session de la Commission des droits de l'homme, en février 2000, « *que la traite des femmes était un élément du phénomène plus vaste de la traite des personnes, y compris des adultes de sexe féminin et masculin et des enfants. Elle tenait néanmoins à faire observer que de nombreuses violations des droits fondamentaux commises dans le cadre de la traite des personnes touchaient en particulier les femmes* » [162].

---

[158] Voir art. 6 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979 ; entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

[159] Voir Recommandation 1325 (1997) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la traite des femmes et à la prostitution forcée, débat de l'Assemblée du 23 avril 1997 (13e séance) (la « *traite des femmes* » y est définie comme « *tout transfert légal ou illégal de femmes et/ou le commerce de celles-ci, avec ou sans leur consentement initial, en vue d'un profit économique, dans l'intention de les contraindre ensuite à la prostitution, au mariage ou à d'autres formes d'exploitation sexuelle forcée* ») ; *Trafficking of Women to The European Union: Characteristics, Trends and Policy Issues,* Organisation internationale pour les migrations (1996) (la traite des femmes est définie comme « *tout transport illicite de femmes migrantes et/ou le commerce de celles-ci en vue d'un profit économique personnel* », y compris en facilitant leur déplacement, avec ou sans leur consentement, en les trompant sur le but de la migration, légale ou illégale, en leur faisant subir des violences physiques ou sexuelles aux fins de trafic, de vente, ou de traite, en vue d'un emploi, d'un mariage, de la prostitution ou d'autres formes d'exploitation lucratives, cité *in* David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 28.

[160] Voir Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, chap. III, sect. I, § 18, ONU Doc. A/CONF.157/24 (partie I) (1993) ; voir aussi la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 48/104 du 20 décembre 1993, art. 2 ; Radhika Coomaraswamy, Rapport de la Rapporteur spécial chargée de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, ONU Doc. E/CN.4/1997/47.

[161] Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingt-troisième session, recommandations 3 et 4, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/14. La Commission des droits de l'homme considère également la traite comme une forme de violence à l'égard des femmes et une violation de leurs droits fondamentaux qui doit donc être éliminée, voir résolution 1994/45 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/1994/132, p. 147.

[162] Voir Rapport de Mme Radhika Coomaraswamy, Rapporteur spécial chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, sur la traite des femmes, les migrations des femmes et la violence contre les femmes, présenté en application de la résolution 1997/44 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/2000/68, §1.

Le rapport de 1983 du Rapporteur spécial sur la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui définit le « *tourisme sexuel* » comme un phénomène similaire à la traite, plutôt que comme une simple exploitation de la prostitution. Il doit donc être traité de manière similaire à la traite dans le cadre du crime contre l'humanité de réduction en esclavage.

« *Plus voyante, donc plus facile à déceler, est cette autre filière qui déplace, non pas la prostituée, mais temporairement le client. C'est le courant constitué par les voyages organisés (sex tours), où la rencontre du touriste avec une personne prostituée est comprise dans le prix du billet. Ce tourisme d'un genre particulier se greffe sur un marché de la prostitution existant et le développe* » [163]. Dans son programme d'action pour la lutte contre la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie impliquant des enfants, la Commission des droits de l'homme invite à « *accorder une attention spéciale au problème du tourisme pornographique et [à] prendre des mesures, législatives et autres, pour le prévenir et le combattre, aussi bien dans le pays d'origine du client que dans le pays où il se rend. Promouvoir le tourisme en faisant miroiter la perspective de relations sexuelles avec des enfants devrait être sanctionné au même titre que le proxénétisme* » [164]. Dans son préambule, le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants dispose que les États parties sont « *profondément préoccupés par la pratique répandue et persistante du tourisme sexuel auquel les enfants sont particulièrement exposés, dans la mesure où il favorise directement la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants* ». Ce Protocole facultatif ne comporte toutefois pas d'articles traitant spécifiquement du tourisme sexuel [165].

Les annonces matrimoniales concernant les femmes candidates au mariage en dehors de leur propre pays se multiplient dans différents supports (magazines, vidéos, Internet) et prennent une ampleur inquiétante ; l'on parle à ce sujet de « *mariées sur catalogue* » ou de « *mariage par correspondance* » et le risque d'un trafic est évoqué. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a défini de tels mariages comme une nouvelle forme d'exploitation sexuelle [166]. Il n'est évidemment pas possible de définir le mariage des femmes en dehors de leur société, de leur pays ou du continent auquel elles appartiennent, en soi, comme une forme d'esclavage ou de servitude. Néanmoins, ces femmes quittent leur famille pour épouser un étranger dans un pays où elles ne sont jamais venues auparavant et s'exposent à diverses formes d'exploitation que les normes internationales en vigueur prohibent. L'implication d'agences matrimoniales ou d'intermédiaires dans l'organisation de ces mariages ne semble pas non plus, en elle-même, répréhensible

---

[163] Rapport de M. Jean Fernand-Laurent, Rapporteur spécial sur la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, ONU Doc. E/1983/7, §39 (où il est également écrit que « *le tourisme sexuel est de toute évidence la plus mauvaise image que les pays industrialisés puissent donner de leur développement* »).

[164] Voir Programme d'action pour la lutte contre la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie impliquant des enfants, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/41, résolution 1992/74 de la Commission des droits de l'homme, §47. En 1995, le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage a recommandé que « *les gouvernements interdisent les annonces ou la publicité pour le tourisme sexuel et qu'ils s'abstiennent de faciliter d'autres activités commerciales impliquant l'exploitation sexuelle* », voir Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingtième session, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/28, Recommandation 3, sur la prévention de la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui.

[165] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 38.

[166] Voir Recommandation générale no 19, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (onzième session, 1992), ONU Doc. A/47/38, §14.

mais, dès lors que l'intermédiaire en question verse une somme d'argent aux parents de la mariée ou à des tiers, un tel arrangement enfreint les dispositions de la Convention supplémentaire de 1956, qui prohibe la vente de femmes en vue du mariage. Les « *mariées sur catalogue* » deviennent ainsi les victimes d'une forme contemporaine de trafic ou d'esclavage. Les annonces publicitaires présentent généralement les candidates au mariage comme des marchandises plutôt que comme des êtres humains. Il convient de remarquer que quasi toutes ces annonces proviennent de femmes venant de pays en développement et s'adressent aux hommes de pays industrialisés. Certains de ces mariages servent de couverture à l'introduction clandestine de migrants et au trafic de personnes. Couramment appelés « *mariages blancs* », ils sont officiellement conclus mais n'entraînent aucune cohabitation maritale. Il arrive que, dans une telle situation, une femme soit contrainte de gagner de l'argent pour son mari ou toute autre personne, en se prostituant ou en exerçant toute autre activité génératrice de revenus, ce qui fait d'elle la victime d'un trafic de personnes [167].

Bien que les instruments les plus récents traitant de l'exploitation sexuelle s'appliquent aux hommes aussi bien qu'aux femmes, celles-ci sont particulièrement vulnérables dans le contexte du mariage. En 1924, la Commission temporaire de l'esclavage avait inclus dans sa liste de pratiques analogues à l'esclavage « *l'acquisition de jeunes filles par achat déguisé sous forme de remise de dot, étant entendu que l'on n'a pas en vue les coutumes matrimoniales régnantes* » [168]. La Convention supplémentaire de 1956 définit trois types d'institutions ou de pratiques analogues à l'esclavage auxquelles les femmes peuvent être soumises dans le cadre du mariage. Elle prohibe, premièrement, toute institution ou pratique en vertu de laquelle « *une femme est, sans qu'elle ait le droit de refuser, promise ou donnée en mariage moyennant une contrepartie en espèces ou en nature versée à ses parents, à son tuteur, à sa famille ou à toute autre personne ou tout autre groupe de personnes* ». L'abus n'est pas constitué du versement d'une contrepartie mais du fait qu'il intervient dans le cadre d'un mariage forcé ou non consensuel. La deuxième pratique prohibée par la Convention supplémentaire de 1956 est celle en vertu de laquelle « *le mari d'une femme, la famille ou le clan de celui-ci ont le droit de la céder à un tiers, à titre onéreux ou autrement* » [169]. La troisième pratique prohibée veut que la femme puisse, à la mort de son mari, être transmise par succession au frère de celui-ci ou à un autre membre de sa famille. Cette coutume dans laquelle la femme se remarie automatiquement à l'un des membres de la famille du défunt est appelée « *lévirat* » [170].

Les phénomènes de mariage forcé, qui regroupent donc les mariées sur catalogues ou par correspondance et les trois pratiques identifiées par la Convention supplémentaire de 1956 apparaissent comme des formes de traite et d'exploitation qui peuvent donc, si les conditions d'une attaque généralisée ou systématique sont remplies, être constitutifs du crime contre l'humanité de réduction en esclavage dans le Statut de la Cour pénale internationale.

---

[167] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 41.
[168] Voir *La répression de l'esclavage: mémorandum présenté par le Secrétaire général au Comité spécial de l'esclavage*, ONU Doc. ST/SPA/4 (1951), p. 31, cité *in* David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 39.
[169] Art. 1, lit. (c) ch. (i) et (ii) et art. 2 Convention supplémentaire de 1956.
[170] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, p. 39.

2. La traite des enfants

Le phénomène de la traite des enfants, notamment à des fins d'exploitation économique ou sexuelle, est malheureusement répandu en Europe. Le 9 mars 2004, l'Organisation internationale du travail a inclut la République de Moldova dans son programme de lutte contre la traite des enfants. L'Organisation internationale du travail estime qu'un million deux cent mille enfants sont victimes de la traite dans le monde. La République de Moldova, la Roumanie et l'Ukraine sont considérés comme les principaux pays d'émigration, l'Albanie comme le principal pays d'origine et de transit des femmes et des enfants en provenance des Balkans, à destination de l'Europe occidentale [171].

L'Organisation internationale du travail et l'Unicef ont défini ensemble trois critères permettant d'établir ce qu'est un trafic d'enfants. Il y faut la conclusion d'une transaction, l'intervention d'un intermédiaire et un motif d'exploitation. Le terme transaction recouvre « *any institution or practice through which young people, below 18 years, are handed over by either or both parents, or by a guardian to a third person, whether for a fee or not, with the intention of exploiting the person or the work of the young person. There need not be any payment made in exchange for handing over the child. The very existence of an economic motive, i.e. cheap labour for one party and a token sum or periodic payments for the other (parents, or intermediaries), is sufficient to make it a transaction* » [172]. L'âge des enfants victimes de ce trafic varie entre cinq et vingt ans. En Afrique, en règle générale, les garçons sont commercialisés pour travailler dans les plantations et les filles comme domestiques. Garçons et filles se retrouvent dans des activités telles que le commerce de rue, la restauration et la prostitution. Ces enfants sont issus de familles pauvres et ne possèdent généralement qu'un très faible niveau d'instruction et d'éducation, ce qui les rend complètement dépendants des réseaux dans lesquels ils sont pris [173].

L'organisation internationale du travail et l'Unicef reconnaissent qu'il existe six différents types de trafic d'enfants. L'enlèvement est le premier d'entre eux, en augmentation aujourd'hui ; les enfants enlevés sont ensuite vendus à des « *hommes d'affaire* » pour une somme comprise entre cinq cents et mille dollars américains, essentiellement pour être utilisés comme laboureurs ou comme objets rituels ou sexuels. La vente de l'enfant est le second, les parents le remettant à des tiers pour un prix compris entre quatorze et cent quarante dollars américains, contre l'assurance que l'enfant sera bien traité et qu'il recevra une formation professionnelle. L'enfant peut également être placé comme garantie pour dette, cas très répandu en Asie du sud, certains cas étant également rapportés au Bénin et au Ghana. L'enfant peut aussi être placé temporairement, contre une somme payée en liquide ou en nature. L'enfant peut être placé comme domestique, à la requête des parents, contre une redevance. Enfin, il convient de relever le placement détourné de ces enfants, par lequel l'enfant est remis par ses parents à un tiers en vue de sa scolarisation ou de sa formation professionnelle, alors qu'il sera finalement forcé à travailler dans un domaine qui ne lui bénéficiera pas, l'intermédiaire retenant une éventuelle

[171] Communiqué de l'OIT du 9 mars 2004, source : Centre de nouvelles ONU, www.un.org/french/newscentre.
[172] OIT-IPEC, *Combating Trafficking in Children for Labour Exploitation in West and Central Africa*, *Synthesis Report based on Studies of Benin, Burkina Faso, Cameroon, Côte d'Ivoire, Gabon, Ghana, Mali, Nigeria and Togo*, 2001, p. 2.
[173] OIT-IPEC, *Combating Trafficking in Children for Labour Exploitation in West and Central Africa*, *Synthesis Report based on Studies of Benin, Burkina Faso, Cameroon, Côte d'Ivoire, Gabon, Ghana, Mali, Nigeria and Togo*, 2001.

rémunération et n'en reversant naturellement rien, ni à lui ni à ses parents [174]. L'Organisation internationale du travail relève également un commerce sexuel avec l'Europe : « *There were two testimonies indicating that children were also transported out of Cameroon to Europe: a girl to become a prostitute and a boy to be exploited by paedophiles. The recruiters operated under cover of being a religious organization or a football club* » [175].

La situation de la traite d'enfants est variable selon les régions du monde ; il convient toutefois de relever partout son caractère organisé et son ampleur, propres aux crimes contre l'humanité. Le trafic des pays baltes à destination de l'Europe occidentale est dicté par la demande de main-d'oeuvre bon marché émanant des pays riches et par l'offre de main-d'oeuvre de familles pauvres. Le trafic des enfants y alimente la mendicité, le petit commerce de rues, la main-d'oeuvre non qualifiée et la prostitution [176].

Le trafic au départ de l'Europe orientale combine l'effondrement de la société, la progression constante de la pauvreté extrême et du chômage, les conflits et l'espoir d'un avenir meilleur, qui précipitent les enfants, les adolescents et les adultes dans les mailles du trafic. L'ouverture des frontières, jointe à l'efficacité des filières et réseaux criminels, permet d'emprunter les mêmes itinéraires que les mouvements migratoires traditionnels. Les enfants y alimentent l'industrie du spectacle et la prostitution ou, plus rarement, la petite criminalité [177].

Au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, le trafic alimente à la fois le marché du travail et la prostitution. L'offre y est caractérisée par une discrimination fondée sur le sexe et les sources de demande sont très variables, les enfants alimentant la domesticité et la prostitution, servant de main-d'œuvre non qualifiée et les garçons de jockeys de chameaux. En Afrique, un recours abusif à la coutume permettant aux parents pauvres de placer les enfants auprès de membres de la famille élargie ou de tuteurs favorise le trafic. La multiplication des conflits l'encourage également. Les enfants constituent une main-d'oeuvre bon marché dans les secteurs de la domesticité, du travail dans des entreprises familiales, des plantations et des mines, de l'exploitation sexuelle à des fins commerciales et du travail en général [178].

Le trafic dans les Amériques et les Caraïbes est très récent et souvent motivé par le tourisme. Les activités criminelles organisées autour de la drogue et de la contrebande le favorisent également. Les enfants victimes de trafic travaillent comme saisonniers dans le secteur des services, notamment du tourisme, la domesticité, le trafic de drogue et l'exploitation sexuelle à des fins commerciales [179].

En Asie centrale, le trafic est favorisé par l'effondrement de la société, consécutif à la dépression économique, et par l'apparition de la petite délinquance.

---

[174] Voir OIT-IPEC, *Combating Trafficking in Children for Labour Exploitation in West and Central Africa*, *Synthesis Report based on Studies of Benin, Burkina Faso, Cameroon, Côte d'Ivoire, Gabon, Ghana, Mali, Nigeria and Togo*, 2001, pp. 2-3 et pp. 11-12 : « *The main jobs of the children are, ranged in order of importance: domestics - 33%, street traders – 20%, labourers - 9%, servants in a bar/restaurant - 7%, prostitution - 7%, construction workers - 3%, night guards - 3%. The study showed that male child prostitution exists in Cameroon: 3 boys declared it to be their work. No children aged younger than 12 worked in prostitution. Half the children had two jobs: a child working as a street trader during the day, worked in the evening as a domestic servant* ».

[175] OIT-IPEC, *Combating Trafficking in Children for Labour Exploitation in West and Central Africa*, *Synthesis Report based on Studies of Benin, Burkina Faso, Cameroon, Côte d'Ivoire, Gabon, Ghana, Mali, Nigeria and Togo*, 2001, p. 20.

[176] Voir OIT-IPEC, *Combattre le trafic des enfants*, 2002, p. 5.

[177] Voir OIT-IPEC, *Combattre le trafic des enfants*, 2002, p. 6.

[178] Voir OIT-IPEC, *Combattre le trafic des enfants*, 2002, p. 5. Voir également Anti-Slavery International, *Rapport sur les trafics d'enfants entre le Bénin et le Congo*.

[179] Voir OIT-IPEC, *Combattre le trafic des enfants*, 2002, p. 5.

Les adolescents surtout et les enfants alimentent le secteur des services, l'industrie du spectacle, la prostitution et la pornographie et sont souvent recrutés par le système des fiancées par correspondance. En Asie du Sud-Est, le trafic reflète à la fois l'expansion prise par la prostitution et le fait que les femmes et les enfants sont devenus des marchandises commerciales. Les enfants alimentent l'industrie du sexe, le secteur des services, l'industrie et l'agriculture ; ils sont également exploités dans la mendicité et le petit commerce de rues ; les jeunes femmes sont souvent recrutées à des fins de domesticité.

En Asie du Sud, le trafic est une des conséquences du travail des enfants ; la pauvreté augmente leur vulnérabilité face à l'exploitation, la situation familiale et l'ignorance déterminent également la nature d'un trafic basé sur la tromperie, la servitude pour dettes et les disparités économiques. Les enfants sont exploités dans les domaines de la prostitution, de l'industrie du tapis et de l'habillement, de la mendicité et du petit commerce de rues, de la construction, des plantations de thé, de l'industrie manufacturière et des briqueteries. Les jeunes garçons sont recrutés pour servir comme jockeys de chameaux. Dans certains pays, les enfants sont au pouvoir de milices armées, qui les utilisent à leur service ou comme combattants.

En Asie australe, en Extrême-Orient et dans le Pacifique, le trafic d'adultes et d'enfants se caractérise par une migration due à la demande de main-d'œuvre bon marché de la part des pays riches. Les enfants recrutés investissent le marché du travail et alimentent l'industrie du sexe. Les enfants servent de main-d'oeuvre non qualifiée et terminent souvent leur errance dans la prostitution. Les enfants sont recrutés par le biais du système des fiancées ou des « fils » par correspondance [180].

La traite des enfants est ainsi incontestablement l'une des formes de la réduction en esclavage comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

3. Conclusion par rapport à la traite

La traite des êtres humains n'est qu'un exemple car la réduction en esclavage ne s'opère pas uniquement au moment de la transaction, mais elle est peut-être l'élément idiomatique des pouvoirs liés au droit de propriété. L'esclavage est un état qui perdure tant qu'une personne exerce sur une autre un pouvoir lié à la propriété, permettant son exploitation. L'acquisition d'un esclave est la première étape de la réduction en esclavage mais non la seule.

Le Statut mentionne tout particulièrement la traite des femmes et des enfants car ces deux catégories de personnes méritent une protection particulière, que leur reconnaît le droit international des droits de l'homme. Les femmes et les enfants sont aujourd'hui les principales victimes de la traite. Ceci ne doit pas mener à la conclusion que les hommes adultes sont exclus du champ d'application de ce crime, qui concerne tous les êtres humains, quels que soient leur sexe et leur âge.

Il demeure toutefois délicat de déterminer *in abstracto* le caractère potentiel de crimes contre l'humanité de toutes les formes reconnues de traite. L'intervention de groupes organisés, expressément relevée dans la Convention contre la criminalité transnationale organisée, peut correspondre à la notion d'organisation ayant pour

[180] Voir OIT-IPEC, *Combattre le trafic des enfants*, 2002, pp. 5-6. Voir également, Martin Monestier, *Les enfants esclaves*.

but une telle attaque définie à l'article 7 paragraphes 1 et 2 lettre (a) du Statut de Rome et l'ampleur, voire la systématique dans certains cas, de ces comportement, constituent l'élément général du crime contre l'humanité, qui touchent des personnes civiles, ce que sont sans contestation possible les femmes et les enfants qui y sont soumis.

Tous les éléments mentionnés, y compris les pratiques du mariage forcé et du tourisme sexuel, apparaissent d'une telle ampleur qu'ils peuvent être envisagés comme les éléments d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile nécessaire à la qualification de ces actes de crimes contre l'humanité ; les victimes en sont des femmes et des enfants civils, la traite des femmes et des enfants est l'un des crimes constitutifs de crimes contre l'humanité, l'auteur enfin est bien souvent organisé en vue d'un tel trafic. Il est donc possible de présenter les divers phénomènes actuels de la traite, y compris le tourisme sexuel et pornographique, comme des crimes contre l'humanité au sens de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

C. L'esclavage sexuel

L'esclavage sexuel n'est pas incriminé avec la réduction en esclavage, le Statut de Rome en faisant un crime à part, rattaché aux autres formes de violences sexuelles que sont le viol, la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable [181].

La notion d'esclavage sexuel est intimement liée à celle de prostitution forcée mais elle constitue une forme distincte d'exploitation sexuelle, qui ne renvoie pas forcément à un quelconque gain financier : c'est tout simplement l'exercice par une personne d'un contrôle ou d'un pouvoir absolu sur une autre personne. C'est l'exploitation sexuelle d'individus par l'emploi ou la menace de l'emploi de la force, situation qui se présente le plus souvent en temps de conflit armé ou d'occupation. L'esclavage sexuel constitue une violation des garanties fondamentales des droits de l'homme énumérées dans la Charte internationale des droits de l'homme. La pratique de l'esclavage sexuel sous quelque forme que ce soit en période de conflit armé, la détention de femmes dans des « camps de viol », ou des « centres de délassement » et autres formes de violence sexuelle, constitue une violation grave du droit international humanitaire. Les conflits armés, en particulier l'occupation de territoires, entraînent généralement une augmentation de la violence sexuelle, surtout à l'encontre des femmes : il faut donc prendre des mesures spécifiques pour protéger celles-ci et punir les auteurs de tels actes [182].

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 prohibe « *les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants* », interdiction valant pour toutes les parties à un conflit. Au fil du temps, on en est venu à considérer que les pratiques visées dans cet article 3 incluaient l'esclavage sexuel [183]. L'article 27 de la quatrième Convention de Genève protège également et spécialement les femmes contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le

[181] Voir art. 7 §1 lit. (g) ; voir *infra* le chapitre 11.
[182] Voir David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH 2002, pp. 37-38.
[183] Voir Linda Chavez, *Le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/26, p. 4.

viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur, ce qui n'est toutefois pas en soi de l'esclavage sexuel mais constitue tout de même une protection contre ces pratiques. L'article 147 de la quatrième Convention de Genève, qui traite des infractions graves, mentionne « *la torture ou les traitements inhumains (...) le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé* ». Les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève prohibent toute forme d'outrage à la pudeur, en particulier à l'encontre des femmes et des enfants.

Le viol systématique des femmes et les sévices à leur encontre font depuis longtemps partie des méthodes employées en temps de guerre ; toutefois, c'est seulement dans les documents internationaux les plus récents que l'on voit apparaître la référence à « *l'esclavage sexuel* » [184]. La Déclaration et le Programme d'action de Vienne réaffirment que « *toutes les violations de cette nature, y compris et en particulier le meurtre, le viol systématique, l'esclavage sexuel et la grossesse forcée exigent des mesures particulièrement efficaces* » [185].

Toutefois, c'est le crime de réduction en esclavage qui détermine l'élément matériel ou *actus reus*, du crime d'esclavage sexuel. Le terme « *esclavage* » décrit la condition de la victime et doit être interprété comme le résultat d'acte de réduction en esclavage [186]. Dans son Rapport de 1998, le Rapporteur spécial de la Commission préparatoire sur l'esclavage emploie le terme « *sexuel* » comme un adjectif qualificatif d'une forme de réduction en esclavage, non une incrimination différente [187].

L'esclavage sexuel de l'article 7 paragraphe 1 lettre (g) du Statut dénote le résultat de cette forme particulière de réduction en esclavage : la perte de la liberté individuelle et du pouvoir de décider en matière d'activité sexuelle [188]. L'esclavage sexuel décrit également des situations dans lesquelles des femmes et de enfants sont détenues dans des « *camps de viol* », contraintes à se marier, notamment avec des soldats, des situations de servitude domestique et des situations de travail forcé incluant une activité sexuelle ou, plus généralement, les situations dans lesquelles les femmes sont traitées comme des biens meubles [189].

Lors du génocide commis au Rwanda, des femmes ont été contraintes d'accepter un mariage temporaire et d'être sexuellement à la disposition de leurs

---

[184] Voir Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, ONU Doc. E/CN.4/1996/63 ; Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Rwanda, ONU Doc. E/CN.4/1996/68 ; voir également Gay J. McDougall, *Le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (qui souligne que la détention de femmes dans des « camps de viol » ou des « centres de délassement » et leur « mariage » temporaire et forcé à des militaires sont en fait et en droit des formes d'esclavage contraires aux normes internationales) ; *Viols et sévices dont les femmes sont victimes dans les zones de conflit armé dans l'ex-Yougoslavie*, Rapport du Secrétaire général, ONU Doc. A/51/557 (1996). Madame le Haut-Commissaire aux droits de l'homme, dans un rapport sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé, relève que, dans l'affaire *Kunarac et al.*, le TPIY a reconnu le viol et l'esclavage sexuel comme des crimes contre l'humanité ; bien qu'en l'espèce l'esclavage fût pratiqué à des fins sexuelles, le tribunal n'a pas employé les termes « *esclavage sexuel* », signifiant par là que la réduction à l'esclavage à quelque fin que ce soit peut constituer un crime contre l'humanité, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/29.

[185] Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, ONU Doc. A/CONF.157/24 (1993), II, §38.

[186] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 142, *ad* art. 7 CPI.

[187] Voir Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de l'esclavage, ONU Doc. E/CN.4/Sub. 2/1998/13 (22 juin 1998), §30.

[188] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 142, *ad* art. 7 §1, lit. (g) CPI.

[189] Voir Rapport du Rapporteur spécial sur l'esclavage, ONU Doc. E/CN.4/Sub. 2/1998/13 (22 juin 1998), §§8 et 30. Voir également Radhika Coomaraswamy, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences*, ONU Doc. E/CN4./1998/54, §42.

« maris », pour protéger leurs enfants et leurs familles [190]. Nous rejoignons ici la pratique du mariage forcé déjà dénoncée.

Le Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dénonce, dans l'acte d'accusation dirigés contre Gojko Jankovic et consorts, des actes de violence sexuelle commis à Foca, ville située au sud-est de Sarajevo, en République de Bosnie-Herzégovine, et relève que « *plusieurs femmes ont été détenues dans des maisons et des appartements faisant office de bordels gérés par des groupes de soldats, essentiellement des paramilitaires* ». Dès leur deuxième jour de détention, certaines femmes, parmi les plus jeunes, étaient chaque soir victimes de violences sexuelles, dont des viols collectifs, infligés par des groupes de soldats serbes, dans des classes ou des appartements d'immeubles voisins [191]. Tout, dans les faits décrits dans cet acte d'accusation, démontrent que les femmes, certaines âgées de quinze ou seize ans, étaient réduites à de simples objets sexuels dont les soldats serbes pouvaient abuser à leur guise. Le crime d'esclavage sexuel n'existant pas dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, l'acte d'accusation retient le crime contre l'humanité de viol pour qualifier ces actes [192].

Les Eléments des crimes définissent les éléments constitutifs de l'esclavage sexuel sur le model de ceux de réduction en esclavage [193].

[190] Voir Women's Caucus for Gender Justice, *Recommendation and Commentary for the Elements Annex, Part I, submitted to the PCNICC*, 29 Nov.-17 Dec. 1999, at. 9, cité *in* Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 113.
[191] TPIY, Acte d'accusation modifié contre Gojko Jankovic et consorts, du 5 octobre 1999, §§1.4 et 6.4.
[192] Voir Kriangsak Kittichaisaree*, International Criminal Law*, p. 113.
[193] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, esclavage sexuel, p. 123, en rapport avec réduction en esclavage, p. 121 ; voir également Kriangsak Kittichaisaree*, International Criminal Law*, p.114.

VI. La *mens rea*

La *mens rea* de la réduction en esclavage et de l'esclavage sexuel, comme celle de tout crime au sein du Statut de la Cour pénale internationale, s'apprécie par rapport à l'article 30 du Statut, sauf disposition qui lui soit contraire. L'article 7 ne contient aucune dérogation en matière de réduction en esclavage ni d'esclavage sexuel, qui ne fait pas non plus l'objet d'un *dolus specialis* qui lui soit propre.

Au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct.

L'intention de l'auteur doit porter sur tous les éléments matériels du crime, soit, en ce qui concerne la réduction en esclavage, sur l'exercice d'un ou de tous les pouvoirs liés au droit de propriété sur une personne, y compris la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants.

Dans les termes « *réduction en esclavage* » l'intention porte également sur le fait de réduire une personne à une situation ou à un statut d'esclave ; il faut donc que l'auteur entende adopter à l'égard de la victime un comportement de « propriétaire » par lequel il se sent autorisé à utiliser la victime comme bon lui semble et à la céder à sa guise à un tiers le cas échéant.

En matière de connaissance, l'auteur doit savoir que le statut d'esclave de la victime résultera de son comportement, que le fait de réduire une personne en esclavage fait de cette personne un esclave.

En ce qui concerne l'esclavage sexuel, la *mens rea* est la même, à ceci prêt que l'auteur envisage l'emploi de sa victime à des activités purement sexuelles ou, pour le moins, essentiellement sexuelles. Il doit donc avoir une intention supplémentaire portant sur ces activités sexuelles et savoir que la personne qu'il réduit en esclavage le sera dans un but sexuel.

Il est clair que les deux crimes, de réduction en esclavage et d'esclavage sexuel, peuvent se compléter, comme c'est le cas, par exemple, de ces femmes réduites à la condition d'esclaves domestiques qui, en plus des travaux qui leur sont imposés, se trouvent à la disposition sexuelle des personnes au pouvoir desquelles elles se trouvent.

VII. Conclusion : les éléments constitutifs de la réduction en esclavage et de l'esclavage sexuel

En conclusion, nous pouvons relever avec Mario Bettati, à cette réserve près que nous avons formellement exclu le travail forcé en tant que tel du champ de la réduction en esclavage, tout en demeurant attentif au fait que des personnes réduites en esclavage seront, le plus souvent, également contraintes à travailler : « *Par réduction en esclavage, on entend le fait d'exercer sur une personne l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants à des fins d'exploitation sexuelle. Les éléments constitutifs de l'infraction supposent : que l'accusé avait l'intention d'exercer les pouvoirs liés au droit de propriété sur une ou plusieurs personnes ; qu'il a acheté ou vendu une ou plusieurs personnes ou les a privées de leur liberté et forcées à travailler sans aucune rémunération ; que la privation de liberté et le travail forcé étaient sans justification ni excuse légitime, et l'accusé le savait ; l'achat, la vente ou la privation de liberté et le travail forcé faisaient partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, et l'accusé le savait. (…) Il va de soi que les termes 'acheté' ou 'vendu' ne visent pas seulement l'établissement d'un droit de propriété au sens strict mais aussi des transactions équivalentes* » [194].

L'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale a quant à elle adopté ainsi les éléments constitutifs du crime de réduction en esclavage [195] :

« *1. L'auteur a exercé l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété sur une ou plusieurs personnes, par exemple en achetant, vendant, prêtant ou troquant ladite ou lesdites personnes, ou en leur imposant une privation de liberté similaire.*

2. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

3. 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 » [196].

L'Assemblée a jugé utile d'ajouter, au premier élément, une note de bas de page, avec laquelle nous marquons notre plein accord, qui est la suivante : « *Il est entendu qu'une telle privation de liberté peut, dans certaines circonstances, inclure des travaux forcés ou d'autres moyens de réduire une personne à l'état de servitude, tel qu'il est défini dans la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage. Il est aussi entendu que le comportement décrit dans cet élément inclut la traite d'êtres humains, en particulier de femmes et d'enfants* » [197].

Quant à l'esclavage sexuel, l'Assemblée retient les mêmes éléments que pour la réduction en esclavage, ajoutant seulement un élément spécifique au caractère sexuel de l'exploitation de la victime, en laissant ouverte la notion d'actes de nature sexuelle, qui pourraient, selon les circonstances, non seulement se rapprocher du travail forcé, mais plus spécifiquement ici, de la prostitution forcée :

« *1. L'auteur a exercé l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs associés au droit de propriété sur une ou plusieurs personnes, par exemple en achetant, vendant, prêtant ou*

---

[194] Mario Bettati, *Le crime contre l'humanité*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 313.
[195] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 84-86.
[196] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Réduction en esclavage, p. 121.
[197] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Réduction en esclavage, note 11, p. 121.

troquant ladite ou lesdites personnes concernées, ou en leur imposant une privation similaire de liberté.

2. L'auteur a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un acte ou plusieurs actes de nature sexuelle.

3. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

4. 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 » [198].

A. Les éléments constitutifs de la réduction en esclavage

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de réduction en esclavage comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur
    a. a exercé sur une ou plusieurs personnes, l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété ; et/ou
    b. s'est livré sur des êtres humains à la traite, notamment des femmes et des enfants.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend
    a. exercer, sur une ou plusieurs personnes, l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété ; ou
    b. faire le commerce des êtres humains, notamment des femmes et des enfants.

[198] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Esclavage sexuel, p. 123. La note qui accompagne le premier élément de la réduction en esclavage accompagne également, dans les mêmes termes, le premier élément de l'esclavage sexuel (note 18, p. 123).

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que l'esclavage est l'état auquel il réduit la ou les victimes.

B. Les éléments constitutifs de l'esclavage sexuel

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs d'esclavage sexuel comme crime contre l'humanité, qui viendront également s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur
    a. a exercé sur une ou plusieurs personnes, l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété ; et/ou
    b. s'est livré sur des êtres humains à la traite, notamment des femmes et des enfants ; et
    c. s'est livré sur cette ou ces personnes ou a de toute autre manière soumis cette ou ces personnes à des actes de nature sexuelle.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend
    a. exercer, sur une ou plusieurs personnes, l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété ; ou
    b. faire le commerce des êtres humains, notamment des femmes et des enfants ; et
3. L'auteur entend se livrer ou de toute autre manière soumettre cette ou ces personnes à des actes de nature sexuelle.

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que l'esclavage est l'état auquel il réduit la ou les victimes ; et
3. L'auteur sait que sa victime sera soumise, dans cet état, à des actes de nature sexuelle.

Chapitre 8

La déportation et le transfert forcé de population

La déportation et le transfert forcé de population est le quatrième des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui le définit comme « *le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international* » [1].

La déportation et le transfert forcé de population, bien que suivant une formulation typique du droit international des conflits armés, sont également très présents en droit international des droits de l'homme. Ce crime contre l'humanité, comme plusieurs autres, à l'exemple de l'esclavage au chapitre précédent, est une violation systématique de nombreux droits garantis par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

Il est possible de distinguer, en droit international des droits de l'homme, comme nous verrons qu'il est possible de le faire en matière de crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, selon que le déplacement de population se déroule sur le territoire d'un seul Etat ou à travers une frontière internationale, entre la gestion des personnes déplacées dans ce premier cas et des réfugiés dans le second.

La plupart des situations de déplacement de populations telles qu'appréhendées par le droit international des droits de l'homme sont susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité. C'est en ce sens qu'il convient ici de les analyser. Nous nous attacherons donc premièrement, à l'analyse de la situation des personnes déplacées, puis à celle des réfugiés, avant d'aborder la notion de déportation et de transfert forcé de population comme crime de guerre dans le Statut de la Cour pénale internationale. Ceci nous permettra de dégager les éléments constitutifs de ce crime contre l'humanité au sens de l'article 7 du Statut.

[1] Art. 7 §1 lit. (d) et §2 lit. (d) CPI.

I. La déportation et le transfert forcé de population en droit international des droits de l'homme

A. Les personnes déplacées

L'analyse des déplacements forcés de population sous l'angle du droit international des droits de l'homme ne permet pas d'identifier une norme particulière dont ces pratiques seraient la violation, comme c'est le cas en matière de droit international des conflits armés. Le Représentant du Secrétaire général des Nations Unies sur les personnes déplacées estime à juste titre que « *Pareille démarche conduirait à formuler explicitement un élément encore implicite du droit international* » [2]. C'est en effet, implicitement, dans les dispositions garantissant la liberté de circulation, le choix du lieu de résidence, l'inviolabilité du domicile ou le droit au logement qu'il faut rechercher l'interdiction des déplacements forcés de personnes [3].

L'ensemble de ces dispositions ne couvre cependant pas tous les cas de déplacements forcés, car elles n'énoncent pas les circonstances dans lesquelles ils seraient admissibles, et sont en outre susceptibles de restrictions et dérogations. Toutefois, le Représentant du Secrétaire général estime qu'elles « *mettent néanmoins en évidence une règle générale selon laquelle les déplacements forcés ne peuvent être opérés qu'à titre exceptionnel et doivent, même dans ce cas, être exempts de toute forme de discrimination et d'arbitraire* » [4].

Les travaux du Représentant du Secrétaire général des Nations Unies ont permis de définir quelles sont les personnes déplacées dans leur propre pays ; il s'agit des « *personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcées ou obligées de fuir ou de quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, en particulier par suite, ou pour échapper aux effets, d'un conflit armé, d'une situation de violence généralisée, de violations des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou causées par l'homme, et qui n'ont pas franchi de frontière étatique reconnue sur le plan international* ». Le Représentant du Secrétaire général note que « *Cette formulation est la plus large et la plus souple possible afin de pouvoir être utilisée aussi bien au niveau international qu'au niveau régional. En même temps, elle s'efforce de trouver un équilibre entre une définition trop restrictive qui risque d'exclure certaines personnes et une définition trop large qui pourrait se révéler inapplicable sur le terrain* » [5].

Cette définition fait indirectement référence aux crimes contre l'humanité, en reconnaissant que les personnes déplacées sont des civils qui fuient notamment une situation de violence généralisée qui, le plus souvent, est une attaque généralisée ou systématique lancée contre cette population civile, telle que la définit l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

Il est toutefois des cas dans lesquels le déplacement forcé de personnes de leurs foyers ou de la région où elles vivent, pour les réinstaller ailleurs dans le pays, peut obéir à des raisons légitimes et respecter le droit international. Il en est d'autres, cependant et surtout, qui ne sont pas compatibles avec le droit international des

---

[2] Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis M. Deng, présenté conformément à la résolution 1997/39 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/1998/53, p. 4.
[3] Voir DUDH art. 3 ; PIDCP art. 9 et 17 §1 ; CEDH, Prot. 4, art. 2 ; CADH, art. 20, *Droit à une nationalité* et 22, *Droit de déplacement et de résidence* et CAfDHP, art. 12.
[4] Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis M. Deng, ONU Doc. E/CN.4/1998/53, p. 4.
[5] Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis M. Deng, ONU Doc. E/CN.4/1998/53, p. 6.

droits de l'homme et qui revêtent un caractère arbitraire. Ces derniers cas ont permis d'identifier quatre types de violation du droit international des droits de l'homme en matière de déplacement forcés de personnes : premièrement, l'expulsion ou le déplacement de personnes est illégal s'il est inspiré par des motifs contraires au droit international, cet aspect du droit de ne pas être déplacé arbitrairement découlant implicitement des droits à la liberté de mouvement et de résidence, à l'inviolabilité du domicile et au logement ; deuxièmement, une violation peut se produire si des garanties de procédure minimum ne sont pas respectées ; troisièmement, les modalités de l'expulsion peuvent entraîner la violation d'autres droits de l'homme, comme le droit à la liberté de la personne, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou même le droit à la vie ; enfin, les expulsions et les déplacements peuvent nuire à la jouissance d'autres droits de l'homme, auquel cas l'Etat est tenu de prendre des mesures pour protéger ceux-ci, conformément à ses obligations en droit international [6].

Relevons avec le Représentant du Secrétaire général que, dans bien des cas, le rôle de l'Etat est avéré dans les déplacements de personnes, rejoignant ici l'importance que lui accorde également le Statut de la Cour pénale internationale dans la commission des crimes contre l'humanité : « *l'Etat est responsable de l'application de politiques de déplacement et y participe activement. Dans d'autres, il les cautionne, les tolère ou y consent et son rôle peut être plus difficile à définir. Mais même lorsque le rôle précis de l'Etat n'est pas clair, l'effet de ces politiques et leurs conséquences sur la jouissance des droits de l'homme suffisent pour déterminer la légalité ou l'illégalité du déplacement forcé et les obligations de l'Etat concerné à l'égard des intéressés. S'il s'avère que le déplacement forcé résulte d'une politique (active ou passive) de l'Etat et est illégal, se pose alors la question de la responsabilité de ce dernier. (…) En outre, lorsque le déplacement forcé a pour but ou pour effet le génocide, la torture, des traitements inhumains ou dégradants, l'esclavage ou la discrimination systématique (par exemple l'apartheid), il peut engager la responsabilité pénale individuelle des auteurs en droit international. Il faut alors examiner aussi la responsabilité des acteurs non étatiques dans la mesure où ils procèdent à des déplacements* » [7].

Il existe différentes manières de forcer une population à se déplacer de l'endroit où elle se trouve, vers une autre région du même pays. Au premier rang de ces raisons se trouvent les pertes en vies humaines, la brutalité, la violence et les menaces créant un climat d'insécurité tel que les populations fuient ; c'est dans ces cas, fréquemment employés tant pour provoquer ce déplacement que pendant son cours, que l'on peut rencontrer, notamment, des situations de nettoyages ethniques.

La discrimination systématique, par exemple au sein d'un régime d'apartheid, dans la jouissance des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels à l'encontre de minorités ou de populations autochtones, sont une deuxième raison aux déplacements forcés de populations. Sur ce point, l'implantation ou l'établissement de colonies est une forme particulièrement grave de discrimination « *Implanter des colons ou les autoriser à s'établir sur un territoire, notamment un territoire occupé, ou transférer une population plus 'docile' à des fins militaires (pour mieux contrôler une zone, décourager la rébellion, etc.) et non militaires (manipulation démographique, annexion projetée, etc.) constitue une forme de déplacement de population qui peut causer des pratiques discriminatoires, ou être causée par elles, et peut donc entraîner des déplacements à l'intérieur d'un pays. Les colons eux-mêmes sont parfois*

[6] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 3-4.
[7] Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 3-4.

des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays s'ils sont installés contre leur gré dans une zone autre que celle où ils vivaient » [8].

Tout ceci nous permet de constater deux types de liens directs entre les crimes contre l'humanité et le déplacement de personnes : premièrement les crimes contre l'humanité par ailleurs commis peuvent provoquer la fuite de ces personnes de leur lieu de résidence pour se protéger du meurtre, de l'extermination, de la torture ou du viol, et, deuxièmement et surtout, le déplacement de ces personnes peut être en lui-même un crime contre l'humanité, soit de déportation et transfert forcé de population, soit de persécution [9].

D'autres raisons peuvent encore forcer une population à se déplacer, qui tiennent, par exemple, à l'expropriation ou à la confiscation de ses terres, notamment en vue de grands projets de développement, tels que des barrages, des routes, des aéroports ; d'importants dégâts causés à l'environnement provoquent également ce résultat, notamment les politiques de la terre brûlée, les essais nucléaires, les projets industriels dangereux ; enfin, le déplacement de populations peut résulter de l'action d'acteurs non étatiques, paraétatiques ou associés à l'Etat, notamment au cours de situations de conflits armés de caractère international ou non international, qui peuvent être des groupes armés, des trafiquants de drogue ou bien encore des sociétés participant à des projets de grandes ampleurs, voire même de grands propriétaires fonciers [10].

Le déplacement forcé de populations revient à dénier à celles-ci l'exercice de la liberté de mouvement et le choix de leur résidence. Cette liberté est expressément reconnue comme étant un droit de l'homme à l'article 13 paragraphe premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ainsi qu'à l'article 12 paragraphe premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Aux termes du troisième paragraphe de cette dernière disposition, les raisons pour lesquelles il est permis d'introduire des dérogations sont la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique, la moralité publique et la protection des droits et libertés d'autrui [11].

La sécurité nationale n'est mise en danger qu'en cas de menaces politiques ou militaires graves pesant sur l'ensemble de la nation, situation susceptible de rendre nécessaire l'évacuation provisoire de certaines personnes ; certains projets d'aménagement ou d'infrastructure pour lesquels l'intérêt public l'emporte manifestement et de manière prépondérante sont susceptibles de donner lieu à un déplacement de population, à titre exceptionnel ; l'exception de santé publique peut justifier l'évacuation de zones où existe un risque sanitaire majeur ; enfin, des restrictions peuvent s'imposer dans l'intérêt des droits et libertés d'autrui et justifier des expulsions visant à faire respecter, notamment, la propriété privée. Dans tous les cas, ces restrictions doivent être proportionnées au but légitimement poursuivi, raisonnables et objectives et dénuées de toute discrimination. Par ailleurs, toute invasion de la sphère privée doit également ne pas s'avérer arbitraire, au sens de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [12].

Le droit au logement assure également une protection contre tout déplacement arbitraire. Analysant ce droit énoncé au paragraphe premier de l'article

---

[8] Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, p. 6.
[9] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 5-9.
[10] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 5-9.
[11] Voir DUDH, art. 13 ; PIDCP, art. 12 §3 ; CEDH, Prot. 4, art. 2, 3 et 4 ; CADH, art. 22, *Droit de déplacement et de résidence* ; CAfDHP, art. 12.
[12] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 10-14.

11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a estimé que « *les décisions d'éviction forcée sont* prima facie *contraires aux dispositions du Pacte et ne peuvent être justifiées que dans les situations les plus exceptionnelles et conformément aux principes applicables du droit international* » [13]. Des limitations au droit au logement ne peuvent être apportées qu'en se conformant aux critères énoncés à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à savoir que ces droits ne peuvent être soumis qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique [14].

Les évictions ne doivent pas non plus contrevenir au principe fondamental que constitue le droit à une procédure régulière. Quant aux dérogations au droit à la liberté de circulation et à la protection de la vie privée, elles ne sont légitimes que dans les cas d'urgence publique véritable, tels que conflits armés, violences intercommunautaires ou interethniques graves et catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme. Ces dérogations ne peuvent toutefois être prises que « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* », conformément à l'article 14 paragraphe premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne doivent pas être incompatibles avec les autres obligations que le droit international impose à l'Etat concerné et ne doivent pas entraîner de discrimination infondée. Toutefois, dans de telles circonstances également, un déplacement forcé de population ne peut être effectué en violation des droits de l'homme non susceptibles de dérogation, tels que le droit à la vie ou l'interdiction de la torture, ce qui peut s'avérer également constitutif de crimes contre l'humanité [15].

Un type particulièrement grave de déplacement forcé intervient face à des actions visant à éloigner la population de ses lieux de résidence habituels pour des raisons telles que la race, la couleur, la religion, la culture, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique des individus qui la composent. Au cours des dernières années, le déplacement forcé de populations est bien souvent devenu l'objectif de politiques de séparation ou d'homogénéisation ethnique, ainsi que le but de campagnes militaires visant à un nettoyage ethnique. Le droit international des droits de l'homme ne comporte aucune disposition juridique explicite se rapportant à ce type de déplacement mais il ne fait pas de doute qu'il les interdit [16].

Il convient toutefois de relever, devant l'imprécision du droit international sur ces questions, que « *si un déplacement intérieur forcé de populations a pour fondement des critères raisonnables et objectifs et ne vise pas spécifiquement un groupe ou une personne sur la base d'une discrimination injuste, il peut ne pas être interdit. La question décisive, devant en dernière analyse faire l'objet d'un examen cas par cas au regard de toutes les circonstances pertinentes, est de savoir si une distinction spécifique établie entre diverses personnes ou groupes de personnes se trouvant dans une situation comparable repose sur des critères subjectifs et déraisonnables. Le principe de proportionnalité entre également en ligne*

[13] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations générales N°4, §18, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.3, également Observation générale N°7 (1997), ONU Doc. E/C.12/1997/4.
[14] Voir PIDESC, art. 4 et 11.
[15] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis Deng, Additif, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 10-14.
[16] Voir not. art. 26 PIDCP, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (en particulier l'art. II lit. (d) de celle-ci).

de compte en la matière. Les transferts internes de populations ou le déplacement interne d'un grand nombre de personnes peuvent à première vue être discriminatoires » [17].

La Convention N°169 de l'Organisation internationale du travail, relative aux peuples indigènes et tribaux, contient également des dispositions qui protègent ces peuples contre l'éloignement de leurs terres et de l'environnement qu'ils occupent. L'article 16 de cette Convention établit ainsi que : « *1. Sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent. 2. Lorsque le déplacement et la réinstallation desdits peuples sont jugés nécessaires à titre exceptionnel, ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause. Lorsque ce consentement ne peut être obtenu, ils ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace. 3. Chaque fois que possible, ces peuples doivent avoir le droit de retourner sur leurs terres traditionnelles, dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister* » [18].

Enfin, il convient encore de mentionner ici la Résolution 1994/45, que la Sous Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme adopta en vue de la reconnaissance des droits des peuples autochtones, dont l'article 7 dispose que : « *Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, d'être protégés contre l'ethnocide ou le génocide culturel, notamment par des mesures visant à empêcher et à réparer : (...) c) toute forme de transfert de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits* », l'article 10 : « *Les peuples autochtones ne peuvent être contraints de quitter leurs terres et territoires. Il ne peut y avoir de réinstallation qu'avec le consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, des peuples autochtones concernés et après accord sur une indemnisation juste et équitable et, si possible, avec possibilité de retour* » et l'article 11 : « *Les peuples autochtones ont droit à une protection spéciale et à la sécurité en période de conflit armé. Les Etats doivent (...) s'abstenir : (...) c) de contraindre des autochtones à abandonner leurs terres, territoires ou moyens de subsistance, ou de les réinstaller dans des centres spéciaux à des fins militaires* » [19].

Le résultat le plus flagrant des travaux de la Commission des droits de l'homme et du Représentant du Secrétaire général des Nations Unies sur les personnes déplacées demeure l'élaboration de trente *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, qui semblent assez largement acceptés par la communauté internationale pour servir de base juridique à notre analyse, bien qu'ils ne soient pas à ce jour l'objet d'une convention internationale proprement dite [20].

L'introduction à ce document reprend la définition des personnes déplacées dégagée par le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, que nous avions déjà citée, qui demeurent « *des personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcés ou contraints à fuir ou à quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations*

[17] Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 18-20.
[18] OIT, Convention N°169 relative aux peuples indigènes et tribaux, du 27 juin 1989, remplaçant l'article 12 de la Convention N°107 relative aux populations aborigènes et tribales, du 26 juin 1957.
[19] Voir ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1. La Sous Commission s'intitulait alors de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.
[20] Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis M. Deng, Additif 2, *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, pp. 6-16. Quant à l'acceptation par les Etats, voir Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis M. Deng, présenté en application de la résolution 2001/54 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/2002/95, pp. 7-10.

des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un État » [21].

Le premier titre, relatif aux principes généraux, expose essentiellement que les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays doivent être traitées de la même manière que le reste de la population du pays, sans aucune discrimination, et qu'il est essentiellement de la responsabilité de l'Etat de gérer et de protéger ces personnes [22].

Le titre II rentre dans le vif du sujet, consacrant les principes 5 à 9 à la protection des personnes contre leur déplacement. En ce sens, le principe 6 expose : « *1. Chaque être humain a le droit d'être protégé contre un déplacement arbitraire de son foyer ou de son lieu de résidence habituel. 2. L'interdiction des déplacements arbitraires s'applique aux déplacements : a) Qui sont la conséquence de politiques d'apartheid, de politiques de 'nettoyage ethnique' ou de pratiques similaires dont l'objectif ou la résultante est la modification de la composition ethnique, religieuse ou raciale de la population touchée ; b) Qui interviennent dans des situations de conflit armé, sauf dans les cas où la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires impératives l'exigent ; c) Qui se produisent dans le contexte de projets de développement de vaste envergure qui ne sont pas justifiés par des considérations impérieuses liées à l'intérêt supérieur du public ; d) Qui sont opérés en cas de catastrophe, à moins que la sécurité et la santé des personnes concernées n'exigent leur évacuation ; et e) Qui sont utilisés comme un moyen de punition collective. 3. Le déplacement ne doit pas durer plus longtemps que ne l'exigent les circonstances* » [23].

Le principe 7 prévoit que le déplacement de personnes ne peut intervenir qu'après que toutes les autres possibilités auront été étudiées afin d'éviter le recours au déplacement. Lorsqu'il n'y a pas d'autre choix, tout doit être fait pour limiter le nombre de personnes touchées et pour limiter les effets néfastes de l'opération, notamment en veillant au logement correct des personnes déplacées, à leur déplacement dans des conditions de sécurité, d'alimentation, de santé et d'hygiène satisfaisantes, de même que les familles ne doivent pas être séparées. Hors les évacuations d'urgence dues à un conflit armé ou à une catastrophe, un certains nombre de garanties doivent être observées : « *a) Toute décision est prise par l'autorité étatique habilitée par la loi ; b) Les dispositions nécessaires sont prises pour que les personnes déplacées soient pleinement informées des raisons et des modalités de leur déplacement et, le cas échéant, des mesures d'indemnisation et de réinstallation ; c) On s'efforce d'obtenir le consentement libre et en connaissance de cause des personnes déplacées ; d) Les autorités compétentes s'efforcent d'associer les personnes concernées, en particulier les femmes, à la planification et à la gestion de leur réinstallation ; e) Des mesures de maintien de l'ordre sont, au besoin, prises par les autorités judiciaires compétentes ; et f) Le droit à un recours utile, y compris à un réexamen des décisions prises par les autorités judiciaires compétentes, est respecté* » [24]. Les violations du droit à la vie, à la dignité, à la liberté et à la sécurité des personnes sont interdites en toutes circonstances [25].

Par ailleurs, « *Les États ont l'obligation particulière de protéger contre le déplacement les populations indigènes, les minorités, les paysans, les éleveurs et autres*

---

[21] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, Introduction : portée et objet, §2, p. 6.
[22] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principes 1 à 4, pp. 6-7.
[23] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 6, p. 8.
[24] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 7 §3, pp. 8-9.
[25] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 8, p. 9.

groupes qui ont vis-à-vis de leurs terres un lien de dépendance et un attachement particuliers » [26].

Le troisième titre de ces principes est consacré à la protection des personnes au cours de leur déplacement. Ces personnes seront protégées notamment contre le génocide, le meurtre, les exécutions sommaires ou arbitraires et les disparitions forcées, qui tous, hors le génocide, sont constitutifs de crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale [27].

Rappelant que chacun a droit à la dignité et à l'intégrité physique, mentale ou morale, les personnes déplacées devront en outre être protégées contre « *a) Le viol, la mutilation, la torture, les traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants et autres atteintes à leur dignité telles que les actes de violence visant spécifiquement les femmes, la contrainte à la prostitution et toute forme d'attentat à la pudeur ; b) L'esclavage ou toute forme contemporaine d'esclavage (vente à des fins de mariage, exploitation sexuelle, travail forcé des enfants, etc.) ; et c) Les actes de violence visant à semer la terreur parmi les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays* » [28]. Tous ces actes interdits se retrouvent, globalement, dans la liste des crimes contre l'humanité à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

Le droit de tout individu à la liberté et à la sûreté de sa personne est également protégé, ce qui inclut que nulle personne ne puisse être arrêtée ou détenue arbitrairement. En ce sens, les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ne doivent pas être internées ni confinées dans un camp ; si de telles mesures sont exceptionnellement exigées par les circonstances, elles doivent être limitées dans le temps. Les personnes déplacées ne doivent pas non plus être prises en otage [29]. Nous retrouverons la problématique du camp sous l'angle de la détention comme crime contre l'humanité, au chapitre suivant [30].

Le principe 13, qui protège les enfants déplacés contre l'enrôlement forcé dans des forces armées ou groupes armés, nous ramène à la situation des enfants soldats, telle que nous l'avons analysée dans le chapitre précédent, sous l'angle de la réduction en esclavage [31].

Le principe 14 veille malgré tout à maintenir la liberté des personnes déplacées de circuler et de choisir librement leurs résidences, notamment en leur reconnaissant le droit d'entrer et de sortir librement des camps ou autres zones d'installation. A l'appui de cette disposition, « *Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ont : a) Le droit de rechercher la sécurité dans une autre partie du pays ; b) Le droit de quitter leur pays ; c) Le droit de chercher asile dans un autre pays ; et d) Le droit d'être protégées contre le retour ou la réinstallation forcés dans tout lieu où leur vie, leur sûreté, leur liberté et/ou leur santé seraient en danger* » [32].

Les personnes déplacées doivent être tenues informées du sort de leurs proches portés disparus ou décédés [33]. Les familles ne doivent pas être séparées ou, si elles l'ont été malgré tout, elles doivent être réunies aussi rapidement que possible [34]. Dans le respect des principes fondamentaux, toute personne déplacée a le droit à un

---

[26] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 9, p. 9.
[27] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 10, p. 9.
[28] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 11 §2, p. 10.
[29] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 12, p. 10.
[30] Voir *infra* chapitre 9.
[31] Voir *supra* chapitre 7.
[32] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 15, p. 11.
[33] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 16, pp. 11-12.
[34] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 17, p. 12.

niveau de vie suffisant, ce qui implique que, au minimum, leur soient assurés les aliments de base et l'eau potable, le logement, les vêtements appropriés, ainsi que les services médicaux et les installations sanitaires essentielles [35]. Les personnes déplacées malades ou handicapées sont protégées, qui doivent pouvoir bénéficier des soins médicaux exigés par leur état, et des mesures doivent être prises en matière de prévention des maladies contagieuses et infectieuses, notamment en matière de VIH/SIDA [36].

La personnalité juridique des personnes déplacées est protégée en tout lieu ; en ce sens, elles doivent disposer des documents nécessaires, tels que passeports, cartes d'identité, attestations de naissance, attestations de mariage ou autres documents [37].

Le droit à la propriété des personnes déplacées doit également être sauvegardé. En ce sens, leurs biens seront protégés « *en toutes circonstances* », en particulier contre le pillage, les attaques directes ou sans discrimination ou autres actes de violence, l'utilisation en guise de bouclier pour des opérations ou des objectifs militaires, l'utilisation comme objets de représailles et la destruction ou l'appropriation comme moyen de punition collective, de même que la propriété et les possessions laissées par les personnes déplacées doivent être protégées la destruction, l'appropriation, l'occupation ou l'utilisation arbitraires ou illégales [38].

Les droits à la liberté de pensée, de religion, d'opinion et d'expression, le droit de rechercher librement un emploi et de participer aux activités économiques, le droit à la liberté d'association et de participation aux affaires de la communauté, le droit de voter et de prendre part aux affaires publiques doivent être garantis à ces personnes, sans discrimination résultant de leur déplacement [39]. Les personnes déplacées continuent de même à jouir du droit à l'éducation et des mesures doivent être prises afin de veiller à l'instruction, notamment des enfants [40].

Le titre IV traite de l'aide humanitaire à apporter à ces populations déplacées, sous la responsabilité de l'Etat sur le territoire duquel ces déplacements s'effectuent [41].

Enfin, le titre V est relatif au retour, à la réinstallation et à la réintégration des personnes déplacées, les autorités de l'Etat ayant le devoir et la responsabilité de « *créer des conditions propices au retour librement consenti, dans la sécurité et la dignité, des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays dans leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, ou à leur réinstallation volontaire dans une autre partie du pays, ainsi que de leur fournir les moyens nécessaires à cet effet. Lesdites autorités s'efforceront de faciliter la réintégration des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays qui sont retournées dans leur lieu d'origine ou qui ont été réinstallées* » [42]. Il va de soi que ces personnes, de retour chez elles, ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination suite à leur déplacement [43], de même que les organisations humanitaires internationales et les

[35] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 18, p. 12.
[36] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 19, p. 12.
[37] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 20, p. 13.
[38] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 21, p. 13.
[39] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 22, p. 13.
[40] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 23, p. 13.
[41] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principes 24 à 27, pp. 13-15.
[42] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 28 §1, p. 15.
[43] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 29, p. 16.

autres acteurs concernés doivent pouvoir accéder rapidement et sans entrave à ces personnes [44].

L'établissement de ces principes est essentiel à la bonne gestion de situations nombreuses affectant un grand nombre de personnes et permet notamment, de répondre à la commission de crimes contre l'humanité ou de les prévenir. Aujourd'hui, il existe de vingt à vingt-cinq millions de personnes déplacées dans leurs propres pays, dans quarante pays au moins à travers le monde, la situation régnant en 2001 en Afghanistan demeurant l'une des plus éprouvante [45]. Les situations au Burundi ou en Ouganda, qui connut à lui seul le déplacement d'environ un million quatre cent milles personnes en 2003, sont également dramatiques.

L'année 2003 connut le déplacement de plus de trois millions de personnes dans leurs propres pays, et l'année 2004 ne s'annonce pas meilleure [46]. L'Afrique est de loin le continent le plus touché par les déplacement de personnes à l'intérieur de leurs propres pays. Il y a actuellement huit à dix millions de personnes déplacées en Afrique, soit environ la moitié du total du monde entier. Vingt-et-un pays africains abritent aujourd'hui d'importantes populations de personnes déplacées et la situation s'aggrave dans certaines régions du continent, entraînant une détérioration de la situation de ces personnes [47].

La situation au Soudan est particulièrement préoccupante, ce pays comptant plus de quatre millions de personnes déplacées, ce qui le place au premier rang des pays concernés dans le monde, sans compter environ quatre cent vingt milles Soudanais réfugiés en République Centrafricaine, au Tchad, au Congo, en Egypte, en Ethiopie, au Kenya, en Ouganda et dans un certain nombre de pays européens, plus des milliers de personnes réinstallées en Australie, au Canada et aux Etats-Unis. Sur les quatre millions de personnes déplacées à l'intérieur du pays, les Nations Unies estiment qu'un million huit cent milles personnes sont regroupées aux alentours de la capitale, Khartoum, cinq cent milles personnes étant dispersées dans l'est du pays et à travers une région appelée « *zone de transition* », plus au centre du Soudan. Trois cents milles autres personnes déplacées vivent dans des zones du sud, contrôlées par le gouvernement, le million quatre cent milles personnes restant vivant dans les zones sous contrôle de l'opposition armée, le *Sudan People's Liberation Movement* [48].

Le phénomène des personnes déplacées prend une ampleur relativement nouvelle en Indonésie et affecte aujourd'hui environ un million trois cent milles personnes, à analyser à travers les changements politiques fondamentaux que le pays a connu depuis 1998. Le départ du Président Suharto et l'indépendance du Timor

---

[44] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes*, Principe 30, p. 16.

[45] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis M. Deng, présenté en application de la résolution 2001/54 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/2002/95, p. 4

[46] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis Deng, ONU Doc. E/CN.4/2004/77, et même document, Add.1 pour l'Ouganda et ONU Doc. E/CN.4/2003/86/Add.4 pour les Philippines

[47] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis Deng, présenté en application de la résolution 1998/50 de la Commission, Additif, Rapport de l'Atelier sur les déplacements de personnes à l'intérieur de leur propre pays en Afrique (AddisAbeba, 19 et 20 octobre 1998), ONU Doc. E/CN.4/1999/79/Add.2, p.4.

[48] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis Deng, présenté en application de la résolution 2001/54 de la Commission des droits de l'homme, Additif, Rapport de mission au Soudan, ONU Doc. E/CN.4/2002/95/Add.1, p. 5 ; confirmé par son rapport suivant, Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis Deng, présenté en application de la résolution 2002/56 de la Commission des droits de l'homme, Additif, Déplacements de population: le cas du Soudan, ONU Doc. E/CN.4/2003/86/Add.1, pp. 1-2.

oriental, couplés à une importante crise économique, ont favorisé les déplacements de populations, exacerbant les tensions entres groupes ethniques et religieux à travers le pays. La plupart des déplacements sont dus aux confrontations interethniques ou interreligieuses entre groupes chrétiens et musulmans. Ce genre de conflits est dit horizontal, par opposition à des conflits dits verticaux, qui opposent les forces de sécurité Indonésiennes à des mouvements rebelles séparatistes [49].

Le programme de transmigration, mis en place par le régime de Suharto dès les années 1960, demeure aujourd'hui la cause majeure de tension entre les différents groupes ethniques. Ce programme a déplacé des personnes des îles les plus peuplées de l'archipel Indonésien vers les îles moins peuplées, dans le but d'uniformiser les cultures Indonésiennes en faveur de la culture javanaise et de développer les régions sous-peuplées. L'équilibre démographique entre les groupes ethniques en a été grandement modifié. Les dimensions même du pays expliquent l'ampleur du phénomène. L'Indonésie est le quatrième pays le plus peuplé du monde, comptant plus de cinq cents groupes ethniques différents, possédant chacun sa langue ou son dialecte ; l'archipel est composé de dix-sept mille cinq cent huit îles, dont trois milles environ sont inhabitées. La plupart des déplacements se situent dans les provinces du Maluku et du Nord-Maluku (pour quatre cent mille quatre cent neuf personnes), l'île de Sulawesi (pour deux cent quatre-vingt-sept mille quarante-quatre personnes), à Java (pour cent quatre-vingt-six mille huit cent six personnes), le reste des personnes déplacées étant réparties dans les régions du Kalimantan-Est, dans les îles de Sumatra, de Papua, de Riau et de Bali [50].

B. Les réfugiés

Les personnes déportées dans le cadre de crimes contre l'humanité, au sens de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, peuvent devenir, il est aisé de le concevoir, des réfugiés au sens de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié. Un réfugié peut donc être la victime d'un crime contre l'humanité de déportation ou de transfert forcé de population dans le pays duquel il est déporté comme dans le pays dans lequel il trouve refuge, notamment en cas d'expulsion ou de refoulement.

La situation des personnes réfugiées doit également s'apprécier essentiellement au regard du droit international des droits de l'homme. En effet, la violation des droits de l'homme internationalement reconnus – parmi elles la commission de crimes contre l'humanité – est l'une des premières causes des déplacements forcés de population hors de leurs pays, comme c'est le cas des personnes fuyant une persécution individuelle ou collective. Dans certains cas, les déplacements forcés de groupes précis de civils constituent une tactique spécifique des parties à un conflit, alors que dans d'autres cas, des facteurs tels que l'extrême pauvreté et la discrimination sociale, souvent d'origine raciale ou ethnique, se trouvent au coeur du problème. Les violations de droits économiques, sociaux et

[49] Tels que *GAM-Free Aceh Movement* et *OPM-Free Papua Movement*.

[50] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, présenté conformément à la résolution 2001/54 de la Commission des droits de l'homme, Additif, Déplacements de population: le cas de l'Indonésie, ONU Doc. E/CN.4/2002/95/Add.2, p.5 et pp. 8-10. M. Deng a également consacré un rapport à la Russie : Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis Deng Additif, Déplacements de populations: le cas de la Fédération de Russie, ONU Doc. E/CN.4/2004/77/Add.2.

culturels fondamentaux conduisent souvent à l'instabilité politique et à la violence, qui se traduit alors par des déplacements forcés. Le Haut Commissariat aux Réfugiés remarque avec justesse que : « *Il y a donc un rapport logique entre les droits de l'homme et la protection des réfugiés* » [51].

Ainsi, entre autres instruments, l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme établit le lien juridique entre les droits de l'homme et la protection des réfugiés en affirmant que, « *devant la persécution, toute personne a le droit de chercher l'asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* » [52], et toute définition du mot « *persécution* » doit se baser sur les normes contenues dans les trois instruments qui forment la Charte des Nations Unies sur les droits de l'homme : la Déclaration universelle et les deux Pactes internationaux de 1966, relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels. La protection particulière des femmes et des enfants, largement acquise dans le domaine du droit international des droits de l'homme, se retrouve dans la protection de ces catégories de réfugiés, comme dans la Convention des Nations Unies de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant. Le Haut Commissariat aux Réfugiés relève que : « *Le principe de l'' intérêt supérieur' des enfants est spécialement important en ce qui concerne les enfants déplacés et il imprègne toutes les procédures et décisions les concernant, indépendamment de leur statut lié à la migration* » [53].

Le droit de ne pas être soumis à la torture ou aux traitements cruels, inhumains ou dégradants constitue un autre droit important, protégé par des traités tels que la Convention de 1984 contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou la Convention européenne des droits de l'homme. Ce droit interdit donc le rapatriement forcé ou le refoulement des réfugiés, et le Haut Commissariat aux Réfugiés a démontré qu'il s'applique aux demandeurs d'asile qui encourent le risque de déportation dans des pays où ils pourraient être torturés [54].

La notion de réfugié est précisément définie à l'article premier de la Convention de 1951, à lire conjointement aujourd'hui avec l'article premier, paragraphe 2, du Protocole de 1967. En ce sens, un réfugié est toute personne qui : « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou à des opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* » [55].

Rappelons que la persécution est l'un des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale [56].

La définition du terme « *réfugié* » fut particulièrement controversée au moment des négociations qui menèrent à l'adoption de la Convention de 1951. Un compromis fut finalement trouvé, par lequel les gouvernements acceptèrent une définition générale universellement applicable du terme, fondée sur le concept d'une

[51] HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 150.
[52] Voir également CADH art. 22 et CAfDHP, art. 12.
[53] HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 150.
[54] Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 150.
[55] Art. 1er, lit. A ch. 2 Convention relative au statut de réfugié de 1951, lu conformément à l'art. 1er §2 du Protocole relatif au Statut de Réfugié de 1967.
[56] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI, voir *infra* chapitre 12.

« *crainte avec raison d'être persécuté* ». Toutefois, ils limitèrent la portée de la Convention par deux restrictions importantes, la première temporelle, seuls les réfugiés en raison d'événements antérieurs au 1er janvier 1951 bénéficiaient de la Convention et, deuxièmement, lors de la signature de la Convention, les États pouvaient faire une déclaration limitant leurs obligations aux réfugiés européens. Ces questions sont toutefois obsolètes depuis l'adoption du Protocole additionnel de 1967. L'adoption de cette définition du terme « *réfugié* » marque un tournant décisif car elle signifie que les réfugiés ne seront plus seulement identifiés collectivement mais également sur une base individuelle, au cas par cas, et la définition est plus générale, ne faisant plus référence à des groupes nationaux spécifiques, comme les « *Russes d'Union soviétique* » ou les « *Grecs de Turquie* », comme cela fut le cas pendant l'entre-deux-guerres [57].

Relevons encore, en matière de définition du réfugié, que l'Organisation de l'Unité Africaine adopta en 1969 une Convention sur les réfugiés en Afrique. La définition qu'en donne son article premier, après avoir repris celle de la Convention de 1951 dans la teneur de l'article 1er lettre A chiffre 2, précise dans un second alinéa : « *Le terme* 'réfugié' *s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité* » [58].

Quinze ans plus tard, en novembre 1984, la Déclaration de Cartagena sur les réfugiés répondait à la crise que connaissait l'Amérique centrale. Bien que ne liant pas formellement les Etats, la Déclaration de Cartagena est souvent citée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains ; la plupart des Etats d'Amérique centrale ont signé la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 sur le statut de réfugié mais la majorité d'entre eux appliquent une définition élargie du réfugié conforme à la Déclaration de Cartagena, certains pays l'ayant intégrée dans leur législation nationale. Sont des réfugiés selon cette Déclaration, toutes les personnes qui, en plus de la définition donnée par la Convention de 1951 et le Protocole de 1967, s'enfuient de leur pays « *parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté a été menacée par une violence généralisée, une agression extérieure, des conflits internes, des violations graves des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant gravement perturbé l'ordre public* » [59].

Le Statut de réfugié confère différents droits, garantis par la Convention de 1951 et le Protocole de 1967, notamment la non-discrimination, la liberté de religion, le droit de bénéficier d'une condition au moins aussi favorable que celle des autres étrangers quant à l'accession à la propriété mobilière ou immobilière, la liberté d'association, l'accès aux tribunaux de tous les Etats parties. Il a le droit de travailler et ainsi de gagner de l'argent, de se loger, d'accéder à l'éducation publique voire à l'assistance publique et à la sécurité sociale. Il jouit également de la liberté de mouvement, de choisir librement son lieu de résidence dans le territoire de l'Etat qui l'accueille, du droit de se voir décerner des papiers d'identité ou autres documents de voyage [60].

---

[57] Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 24.
[58] Art. 1er §2 Convention de l'OUA sur les réfugiés. Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 55.
[59] Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 123.
[60] Voir art. 2, 3, 13, 15, 16, 17-19, 21, 22-24, 26, 27-28 Convention relative au statut de réfugié.

Surtout, le réfugié jouit de certaines prérogatives en matière d'expulsion et de refoulement. La Convention de 1951 prévoit ainsi, en matière d'expulsion que les Etats contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, expulsion qui n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente. Les Etats contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays, tout en pouvant appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune [61].

L'article 32 de la Convention de 1951 doit être compris dans le sens que seule l'expulsion peut permettre à un Etat de renvoyer de son territoire un réfugié qui s'y trouve légalement. Nous retrouvons, dans la définition de la déportation et du transfert forcé de population comme crime contre l'humanité, l'élément constitutif de la présence conforme à la loi des personnes déportées du lieu d'où elles le sont [62].

Un réfugié légalement présent sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé, en accord avec l'article 32 de la Convention de 1951, que pour des raisons liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public, dans les formes prévues à l'article 32 paragraphes 2 et 3 [63]. L'obligation de ne pas expulser les réfugiés légalement présents sur le territoire d'un Etat est indépendante du pays duquel vient le réfugié et n'est pas limitée aux cas qui ne seraient pas couverts par l'article 33 de la Convention de 1951 [64].

Les notions de sécurité nationale et d'ordre public sont d'un usage trop large pour en déterminer un sens précis. Cependant, le sens général de l'expression « *sécurité nationale* » est assez clair. Tout ce qui menace la souveraineté d'un Etat, son indépendance, son intégrité territoriale, sa constitution, son gouvernement, la paix extérieure, le potentiel de guerre, les forces armées ou les installations militaires peut être considéré comme tel. « *In general terms, a person may be said to offend against "national security" if he engages in activities directed at the overthrow by external or internal force or other illegal means of the government of the country concerned, or in activities which are directed against a foreign government, which as a result threatens the former government with intervention of a serious nature. In short, the concept of "national security" may be invoked in the case of acts of a rather serious nature threatening directly or indirectly the government, the integrity, the independence or the external peace of the country* » [65].

L'un des exemples concret à cette interprétation peut être trouvé dans l'utilisation des camps de réfugiés à des fins militaire en République démocratique du Congo, d'où partaient des opérations armées contre le Rwanda, entre 1994 et 1996 [66]. Le Haut Commissaire aux Réfugiés Ruud Lubbers a, plus récemment,

---

[61] Voir art. 32 Convention relative au statut de réfugié.
[62] Voir art. 7 §2 lit. (d) CPI.
[63] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, 1951, publié par la *Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 1997, p. 116, *ad* art. 32 Convention relative au statut de réfugié.
[64] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 117, *ad* art. 32 Convention relative au statut de réfugié.
[65] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, pp. 118-121, *ad* art. 32 Convention relative au statut de réfugié.
[66] Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, pp. 248-249.

annoncé la fermeture de camps de réfugiés au Pakistan, qui, se trouvant proches de la frontière afghane, sont susceptibles de servir d'abri tant aux Talibans qu'aux membres d'Al-Qaida [67].

L'un des éléments indubitablement lié au respect de l'ordre public est l'éventuelle commission par un réfugié d'un crime ou autre délit. Pour le Commentateur de la Convention de 1951, il convient de prendre en considération, en cette hypothèse, la nature de l'infraction, les circonstances dans lesquelles elle a été commise, les éventuels antécédents de l'auteur et la peine encourue. Il faut reconnaître que dans certaines circonstances, une fois la condamnation acquise, il ne demeure plus d'intérêt public à sauvegarder davantage par une mesure d'expulsion, alors qu'en d'autres occurrences, lorsqu'un crime particulièrement dangereux a été commis, une mesure d'expulsion peut se justifier sous l'angle de l'ordre public [68].

L'article 33 de la Convention de 1951 réglemente un autre cas que l'expulsion, qui nous rapproche davantage du crime contre l'humanité de déportation ou de transfert forcé de population au sens de l'article 7 du Statut de Rome : le refoulement.

Cette disposition définit le refoulement comme l'expulsion ou le retour d'un réfugié dans un pays où sa vie ou sa liberté sont menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social particulier ou de ses opinions politiques : « *1. Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. 2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays* » [69].

L'article 33 s'applique à tout réfugié qui est physiquement présent sur le territoire de l'un des Etats partie à la Convention, sans considération du fait qu'il s'y trouve légalement ou non ou qu'il puisse ou non bénéficier de la protection de l'article 31, qui interdit aux Etats parties de punir les réfugiés illégalement entrés sur leurs territoires pour fuir un danger pour leur vie ou leur liberté, au sens de l'article premier de la Convention. Le refoulement de l'article 33 n'a rien de commun avec la notion d'extradition [70].

Le texte anglais de la Convention emploie les termes « *expulsion or return (« refoulement »)* », qui n'ont pas tous le même sens. L'expulsion est utilisée, notamment en France et en Belgique, pour décrire une procédure formelle de renvoi du territoire des étrangers indésirables et peut être considéré comme un synonyme du concept anglo-américain de « *deportation* » ; le terme français de « *refoulement* » est usité en France et Belgique notamment pour décrire une procédure informelle de renvoi ou une non admission à la frontière même et peut être appliqué aux requérants d'asiles, aux personnes illégalement présentes sur le territoire de l'Etat ainsi qu'à celles admises temporairement ou conditionnellement, dans ce dernier cas seulement si les conditions mises à leur admission ont été violées. Toutefois, le terme

[67] Voir Communiqué du HCR du 20 avril 2004, source www.unhcr.ch.
[68] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, pp. 127-128, *ad* art. 32 Convention relative au statut de réfugié.
[69] Art. 33 Convention relative au statut de réfugié.
[70] Voir Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 135, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.

de refoulement tel qu'employé à l'article 33 de la Convention de 1951 se limite au sens d'expulsion [71].

L'article 33 de la Convention de 1951 ne se limite pas à prohiber le refoulement d'un réfugié vers son pays d'origine mais étend l'interdiction à tout pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social particulier ou de ses opinions politiques. Le Commentateur souligne : « *It may therefore be held that the reference to "territories where his life or freedom would be threatened" does not lend itself to a more restrictive interpretation than the concept of "well-founded fear of being persecuted"; that is to say that any kind of persecution which entitles a person to the status of a Convention refugee must be considered a threat to life or freedom as envisaged in Article 33. Furthermore, the drafting history of Article 33 leads to the conclusion that the threat to life or freedom must be considered to exist as long as the person concerned does not cease to be a refugee under the terms of Article 1(c)* » [72].

L'interdiction de refouler un réfugié vers un pays dans lequel il est menacé ne comporte pas l'obligation pour l'Etat d'accueillir ce réfugié sur son territoire [73].

Le second paragraphe de l'article 33 de la Convention de 1951 ne permet pas au réfugié dont on a des raisons de penser qu'il représente un danger pour la sécurité du pays dans lequel il se trouve ou qui, condamné par un jugement définitif pour un crime particulièrement grave, représente un danger pour la communauté de ce pays, de se prévaloir du droit de ne pas être refoulé. La détermination des situations dans lesquelles il est raisonnable de penser que le réfugié représente un danger est laissé à l'appréciation de l'Etat, qui doit analyser de bonnes foi les circonstances de l'espèce, et il n'est pas exigé de preuve de la dangerosité effective du réfugié [74].

Il découle donc de l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951, qu'un réfugié peut être refoulé vers un Etat où il court le risque d'être persécuté, dans deux situations : premièrement s'il est raisonnable de penser qu'il représente un danger pour le pays où il se trouve, deuxièmement si, après une condamnation définitive, il représente un danger pour la communauté. Le sens du mot « *danger* » doit être souligné. Pour le Commentateur de la Convention, « *It seems to be a fair interpretation that the word "danger" must mean a "present or future danger". Apart from the fact that a conviction is not necessary for expulsion for reasons of national security, a conviction for espionage or some other activity which is traditionally considered as a threat to the national security, will not in itself warrant the application of Article 33 (2). This is particularly true if the act for which he is convicted has been committed in a distant past. Only if his continued presence is regarded as a danger to the security of the country, the authorities may expel him to a country of persecution. But if such a danger may be said to exist, it is immaterial for the*

---

[71] Le terme « *expulsion* » correspond également à l'allemand « *Ausweisung* » et au scandinave « *utvisning* » ou « *udvisning* », toutefois : « *Even though "refoulement" may mean "non-admittance at the frontier" ("refusal of leave to land", "exclusion", "Abweisung", "Avvisning"), and that the term was understood in this sense by the Secretariat of the League of Nations when translating (unofficially) the text of the 1933 Convention it is quite clear that the prohibition against "refoulement" in Article 33 of the 1951 Convention does not cover this aspect of the term "refoulement". (…)That Article 33 forbids return and not "non-admittance" is also made clear by the words "to the frontiers of territories ..." in the English text and even more so by the words "sur les frontières des territoires ..." in the French text* », Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 136, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.

[72] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 138, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.

[73] Voir Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 138, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.

[74] Voir Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 139, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.

application of the provision whether the State may safeguard its interests by other measures than expulsion (…). This restrictive interpretation of the word "danger" seems to be supported by the fact that certain delegates were reluctant to impair the principle of non-refoulement to countries of persecution at all » [75].

L'exigence que le danger représenté par ce réfugié soit dirigé contre la sécurité du pays est à comprendre dans le sens que nous avons déjà analysé de la sécurité nationale, tel qu'employé à l'article 32 de la Convention. Par ailleurs, l'article 33 paragraphe 2 semble relier d'une manière ou d'une autre le crime pour lequel le réfugié a été définitivement condamné et le danger qu'il représente pour la communauté. Toutefois, « *One must also all the time keep in mind that the only valid reason for applying Article 33 (2) is that the refugee in question is regarded as a danger to the country or constitutes a danger to the community. Only if a crime committed and a final judgement passed in a distant past or in a foreign place is of such nature that it justifies the conclusion that the refugee represents such a danger, Article 33 (2) may be applied* » [76].

L'histoire récente de l'Indochine offre un tragique exemple – et un exemple extrême, de la manière dont peuvent être refoulés des réfugiés. Dans le contexte des guerres indochinoises, la Thaïlande devint le pays d'accueil de nombreux réfugiés fuyant notamment le Cambodge. C'est ainsi qu'en juin 1979, les soldats thaïlandais rassemblèrent plus de quarante-deux milles réfugiés cambodgiens dans des camps frontaliers et, à Preah Vihear, les forcèrent à dévaler les flancs abrupts de la montagne qui les séparait du Cambodge. Le Haut Commissariat aux Réfugiés estime que plusieurs centaines de personnes, voire plusieurs milliers, furent tuées dans les champs de mines alentour [77].

Face à l'évolution récente du nombre de réfugiés, leur situation se dégrade et plusieurs éléments nous permettent de faire le lien, au sein des crimes contre l'humanité, entre la déportation et le trafic de personnes que nous avons étudié sous l'angle de la réduction en esclavage dans le chapitre précédent [78]. En effet, le trafic de personnes rend particulièrement complexe le paysage migratoire international. Les pays occidentaux restreignant leur politique d'accueil des réfugiés et fermant leurs voies d'accès légal, de nombreux réfugiés font appel à des passeurs pour parvenir dans ces pays, au mépris du danger et du coût financier de telles opérations. Il s'ensuit que les demandeurs d'asile qui font appel à des passeurs compromettent sérieusement leur situation et la reconnaissance de leur statut de réfugié aux yeux de beaucoup d'Etats, qui les considèrent comme des criminels et les emprisonnent fréquemment [79].

De cette situation il découle que les demandeurs d'asile qui parviennent aux frontières d'un Etat d'accueil se heurtent à des politiques de « *détournement* », qui consistent à transmettre leurs demandes d'asile et de protection à des pays tiers, notamment avec l'émergence des pays d'Europe centrale, considérés comme des havres pour les réfugiés, qui deviennent ainsi une sorte de zone tampon entre ceux-ci et les pays occidentaux. La plupart des pays d'Europe centrale ont adhéré, après 1989, à la Convention de 1951 sur le statut de réfugié. Dans les années 1990 des accords furent signés en vue de la réadmission des personnes entrées illégalement en

[75] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, p. 139, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.
[76] Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, pp. 140-142, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.
[77] Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, pp. 92-93.
[78] Voir *supra* chapitre 7.
[79] Voir HCR, *Les réfugiés dans le monde*, pp. 155-156 et 160.

Europe occidentale vers les pays d'Europe centrale et de l'Est, donc de refouler les demandeurs d'asile vers les pays par lesquels ils ont le plus souvent transité.

Le Haut Commissariat aux Réfugiés estime que : « *Ces accords sont souvent exempts de garanties précises pour les demandeurs d'asile et engendrent des risques de* 'déportations en chaîne'*, les réfugiés pouvant se voir ballottés d'un pays à un autre, sans la moindre assurance que leur demande de protection soit finalement examinée. Le HCR qualifie cette pratique de* 'clairement contraire aux principes de base de la protection' *et n'y voit aucune garantie efficace contre le refoulement. Comme on pouvait s'y attendre, les pays d'Europe centrale et de l'Est, suivant l'exemple de leurs voisins occidentaux, introduisent à leur tour des systèmes de contrôle analogues pour freiner les arrivées* » [80].

[80] HCR, *Les réfugiés dans le monde*, p. 161. Au début de l'année 2003 (dernières statistiques publiées), le nombre de personnes dont s'occupe le HCR est de 20.6 millions (contre 19.8 millions en 2002), dont 10.4 millions de réfugiés (51%), 1 million de demandeurs d'asile (5%), 2.4 millions de réfugiés rentrés chez eux (12%), 5.8 millions de personnes déplacées à l'intérieur de leurs propres pays (28%) et 951'000 autres personnes ; il convient d'ajouter à ces chiffres env. 4 millions de réfugiés palestiniens pris en charge par une agence spéciale de l'ONU, l'UNRWA. Sur l'ensemble des réfugiés (hors palestiniens), 9.4 millions (46%) se trouvent en Asie, 4.6 millions (22%) en Afrique, 4.4 millions en Europe (21%), 1 million en Amérique du Nord et 1 million en Amérique latine (10%) et 69'200 en Océanie (0.3%). Les pays qui accueillent le plus de réfugiés sont l'Iran (1.3 millions, estimation HCR), le Pakistan (1.2 million, estimation HCR), l'Allemagne (980'000), la Tanzanie (690'000), les USA (485'000, estimation HCR), la Serbie et Monténégro (350'000), la RDC (330'000), le Soudan (330'000), la Chine (300'000) et l'Arménie (250'000). Source : HCR, *Refugees by numbers, edition 2003*.

II. La déportation et le transfert forcé de population comme crime de guerre dans le Statut de Rome

La déportation et le transfert forcé de population est le premier des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale à ne pas se rattacher essentiellement au droit international des droits l'homme mais également au droit international des conflits armés. En effet, c'est dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels que nous retrouvons l'interdiction fondamentale de la déportation et du transfert forcé de personnes. L'article 8 du Statut de Rome, consacré aux crimes de guerre, en reprend, précise et élargit la notion en plusieurs dispositions.

Tout d'abord, en ce qui concerne les violations graves aux Conventions de Genève, « *Les déportations ou transferts illégaux ou les détentions illégales* » sont un crime de guerre [81]. Cette infraction grave aux Convention de Genève de 1949 concerne surtout les déplacements ou transferts de population en territoires occupés et leur expulsion ou déportation hors de ces territoires [82].

En effet, l'article 49 de la quatrième Convention de Genève proclame une interdiction absolue, ne souffrant aucune autre exception que les considérations liées à la sécurité des personnes déplacées ou à d'impérieuses raisons militaires ; dans ce dernier cas, la Convention n'emploie le terme ni de transfert forcé ni de déportation, mais d'évacuation [83].

La Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, dans l'élaboration des éléments constitutifs de ce crime de guerre, l'a interprété au regard de l'article 147 de la quatrième Convention de Genève, lu conjointement avec l'article 49 de la même Convention. Knut Dörmann relève que « *The PrepCom took the view that the requirement suggested by some delegations that a protected person must be transferred from his/her 'lawful place of residence', as contained in the definition of the crime against humanity of deportation or forcible transfer (Art. 7(2)(d) of the ICC Statute), is not an element of unlawful deportation or transfer as defined in the [Geneva Convention]* » [84].

L'Assemblée des Etats parties a donc ainsi adopté les éléments constitutifs de ce crime : « *1. L'auteur a déporté ou transféré une ou plusieurs personnes dans un autre État ou un autre lieu. 2. Ladite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs des Conventions de Genève de 1949. 3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne protégée. 4. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 5. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* » [85].

De manière complémentaire et au titre d'autre violation grave des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, autres que les infractions graves aux Conventions de Genève, le Statut incrimine : « *Le transfert direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la*

---

[81] Art. 8 §2, lit. (a) ch. (vii) CPI.
[82] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 184-185, *ad* art. 8 §2 lit. (a) ch. (vii) CPI.
[83] Voir CICR, *Commentaire*, pp. 299-302, *ad* art. 49 §§1-2 Convention IV.
[84] Knut Dörmann, *Elements of war crimes*, pp. 106-112, *ad* art. 8 §2 lit. (a) ch. (vii) CPI ; dans le même sens, voir TPIY Naletilic et Martinovic, §§512-571.
[85] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Déportation ou transfert illégal, p. 132.

totalité ou d'une partie de la population de ce territoire » [86]. Il y a donc là deux incriminations complémentaires et distinctes. Premièrement, le transfert par la puissance occupante d'une partie de sa population dans les territoires occupés et, deuxièmement, la déportation ou le transfert, hors ou à l'intérieur des territoires occupés, de tout ou partie de la population de ces territoires.

La déportation ou le transfert, par une puissance occupante de tout ou partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe, de même que les déplacements de la population civile de ce territoire occupé à l'intérieur dudit territoire ou hors de ses limites, est un crime de guerre bien établi en droit international coutumier. En effet, les deux guerres mondiales ont conduit sur ce point à de tels excès – surtout la seconde – que la Conférence de paix de Paris en 1919 inclut dans la liste des violations des lois et coutumes de la guerre la déportation de civils et la Charte de Nuremberg de 1945 accorda juridiction au Tribunal militaire international sur les crimes de guerre de « *déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés* » [87]. Puis vinrent les Conventions de Genève, avec les articles 49 et 147 de la quatrième Convention que nous avons déjà vus, auxquels il convient d'ajouter l'article 85 paragraphe 4 lettre (a) du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977, cette dernière disposition étant reprise en substance par celle du Statut de Rome qui nous occupe ici [88].

Le transfert direct ou indirect par la puissance occupante de tout ou partie de sa population dans les territoires occupés est typiquement représenté par l'installation de colonies de peuplement et la politique de facilitation et de soutien à ces déplacements de population. Le transfert ou la déportation doivent être le fait de la puissance occupante et implique donc un engagement de l'Etat, dont il s'ensuit que la conduite de l'accusé, pour constituer ce crime, doit être imputable à cet Etat. Enfin, les termes « *une partie de sa population* » doivent être compris comme comportant le déplacement d'un certain nombre de personnes [89].

L'Assemblée des Etats parties a décidé de s'en tenir, dans l'élaboration des éléments constitutifs de ce crime de guerre, à la lettre du Statut, laissant à la Cour le soin de trancher les difficultés d'interprétation, notamment liées à l'absence de l'adjectif « *forcé* » attendu en complément du transfert de population et au lien devant exister entre l'auteur et la puissance occupante. Il s'ensuit que les Eléments des crimes retiennent une formulation reproduisant le texte du Statut, sans se soucier de la cohérence avec le crime de guerre correspondant dans le chapitre consacré aux violations graves des Conventions de Genève [90] : « *1. L'auteur : a) A transféré, directement ou indirectement, une partie de la population de la puissance occupante dans le territoire qu'elle occupe; ou b) A déporté ou transféré la totalité ou une partie de la population du territoire occupé à l'intérieur ou hors de ce territoire. 2. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* », le terme « *transféré* » devant

[86] Art. 8 §2 lit. (b) ch. (viii) CPI.
[87] Art. 6 lit. (b) TMI.
[88] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 209-213, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (viii) CPI et Knut Dörmann, *Elements of war crimes*, pp. 208-214, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (viii) CPI.
[89] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 213-214, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (viii) CPI et Knut Dörmann, *Elements of war crimes*, pp. 208-214, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (viii) CPI.
[90] Voir Knut Dörmann, *Elements of war crimes*, pp. 208-214, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (viii) CPI.

être interprété conformément aux dispositions pertinentes du droit international humanitaire [91].

Enfin, le Statut de la Cour pénale internationale incrimine comme crime de guerre au titre de violation des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international : « *Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent* » [92].

Cette incrimination provient directement de l'article 17 paragraphe premier du second Protocole additionnel aux Conventions de Genève, qui reprenait lui-même le sens de l'article 49 paragraphe 2 de la quatrième Convention de Genève. La pratique de ce que l'on appelle aujourd'hui couramment du nettoyage ethnique est l'un des exemples constitutifs de ce crime. L'emploi du terme « *ordonner* » rend parfaitement clair que seuls les actes commis en fonction de cet ordre de déplacement sont punissables, ce qui n'implique pas que seul le supérieur donnant cet ordre puisse se voir imputer la responsabilité pénale de ce crime, les personnes l'exécutant engageant également leur responsabilité pénale [93].

L'article 17 du second Protocole additionnel aux Conventions de Genève contient un second paragraphe qui interdit que les personnes civiles ne soient forcées de quitter leur propre territoire pour des raisons ayant trait au conflit. Dans le même esprit, il semble que ce crime de guerre, au sens du Statut de la Cour pénale internationale, doive porter tant sur les déplacements de population à l'intérieur des frontières d'un Etat que sur les déplacements transfrontaliers, se rapprochant ainsi des deux autres crimes de guerre retenus par le Statut, que nous venons de voir [94].

L'Assemblée des Etats parties établit ainsi les éléments constitutifs de ce crime : « *1. L'auteur a donné l'ordre de déplacer une population civile. 2. L'ordre n'était justifié ni par la sécurité des personnes civiles concernées ni par des nécessités militaires. 3. L'auteur occupait une fonction lui permettant de faire effectuer ce déplacement en en donnant l'ordre. 4. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international. 5. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* » [95].

---

[91] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe, ou déportation ou transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire et note 44, p. 138.
[92] Art. 8 §2 lit. (e) ch. (viii) CPI.
[93] Voir Andreas Zimmermann, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 280-282, *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (viii) CPI et Knut Dörmann, *Elements of war crimes*, pp. 473-475, *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (viii) CPI.
[94] Voir Andreas Zimmermann, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 280-282, *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (viii) CPI et Knut Dörmann, *Elements of war crimes*, pp. 473-475, *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (viii) CPI.
[95] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Déplacement de personnes civiles, p. 157.

III. Cas pratique : l'affaire *Stakic*

Les exemples de déplacements forcés de personnes sont nombreux et nous avons vu qu'ils concernent aujourd'hui environ cinquante millions de personnes à travers le monde. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a établi comme suit les fait d' « *expulsion* » au sens de son Statut, qui correspondent aujourd'hui au crime contre l'humanité de déportation et de transfert forcé de population dans le Statut de la Cour pénale internationale, dans le jugement condamnant l'accusé Stakic.

La Chambre de première instance relève tout d'abord le climat de tension qui existait dans la municipalité de Prijedor en 1991 et 1992 :

« *688. Les tensions politiques ont nourri un climat de méfiance, de peur et de haine dans la municipalité pendant la seconde moitié de 1991 jusqu'à la prise de pouvoir le 30 avril 1992. Par sa propagande, le SDS maintenait la population non serbe de la municipalité de Prijedor dans un état de peur et d'incertitude constant.*

689. Des articles parus dans Kozarski Vjesnik ont régulièrement fait état d'une montée de la tension dans la municipalité en 1991 et 1992. Dans un article daté du 24 avril 1992, moins d'une semaine avant la prise de pouvoir programmée par les Serbes, il est ainsi rapporté : 'La peur et la méfiance ont manifestement gagné jusqu'à cette ville où les relations entre les Musulmans et les Serbes sont on ne peut plus mauvaises car, même si aucune des deux communautés ne l'avoue, chacune pense le pire de l'autre.' Le journal fait état de 'départs temporaires' de la municipalité et indique : 'Plus de 3 000 personnes, essentiellement des femmes et des enfants, ont quitté la ville ces deux dernières semaines. Ce sont principalement des Musulmans.' » [96].

La Chambre de première instance relève ensuite le caractère forcé de ces déplacements de populations :

« *691. Tout indique que ceux qui ont quitté la municipalité l'ont fait parce qu'ils étaient soumis à des pressions considérables. Le témoin B a expliqué : '[N]ous n'avions plus le moindre droit là-bas. Nous n'avions plus le droit de vivre, et moins encore de posséder quoi que ce soit. À tout moment, quelqu'un pouvait venir, confisquer votre voiture, prendre votre maison ou vous abattre sans devoir rendre de comptes'. Ce témoignage est corroboré par un rapport sur les activités de la Croix-Rouge à Prijedor entre le 5 mai et le 30 septembre 1992, rapport indiquant qu''[o]n a fait pression sur les habitants musulmans ou croates pour qu'ils quittent la Région autonome de Krajina'.*

692. La Chambre de première instance a entendu de nombreux témoins qui ont fui le territoire de la municipalité de Prijedor en 1992. La plupart se sont rendus à Travnik ou en Croatie pour fuir les territoires sous contrôle serbe. L'exode des habitants majoritairement non serbes de Prijedor a commencé dès 1991, et s'est considérablement accéléré à la veille de la prise de pouvoir. Il a atteint son paroxysme au cours des mois qui ont suivi la prise de pouvoir. La plupart des gens sont partis avec l'un des convois de camions ou d'autocars qui quittaient le territoire chaque jour. Ces convois partaient de certains points précis de la municipalité de Prijedor. Des convois étaient également régulièrement organisés au départ du camp de Trnopolje.

693. Le témoin A a quitté le camp d'Omarska le 6 août 1992 avec un convoi de 1 360 passagers. Le témoin B a expliqué qu'avec sa famille, il avait dû partir pour Travnik avec un convoi organisé par les autorités serbes, seul moyen pour les non-Serbes d'être autorisés à partir. Il a ainsi déclaré : '[Partir] était la seule solution, le seul moyen de s'en sortir ; il fallait

[96] TPIY, Stakic, §§688-689.

partir aussi loin que possible, coûte que coûte.' Selon lui, il y avait des 'milliers' de personnes ce jour-là, quand le convoi s'est formé sous la surveillance de la police de réserve de Prijedor. Le témoin Z a quitté Prijedor pour Travnik le 21 août 1992 avec l'un des convois qui partaient chaque jour du stade de Tukovi. Plus d'une centaine de personnes étaient entassées dans le camion à bord duquel voyageait le témoin, et selon ses estimations, le convoi comptait de 1 000 à 1 500 personnes au total. Plusieurs autres témoins ont, en outre, déclaré être partis avec des convois à destination de Karlovac en Croatie » [97].

Les autorités civiles de la municipalité de Prijedor ont joué un rôle important dans ces déplacements de populations :

« *694. D'après le témoignage du commandant du camp de Trnopolje, Slobodan Kuruzović, les autorités civiles de Prijedor étaient chargées de coordonner les convois qui quittaient le camp en direction de Travnik : On a ensuite entendu dire que la Croix-Rouge et le HCR n'avaient aucune difficulté à organiser [des convois] et qu'il serait facile de se rendre à l'étranger, dans les pays voisins ou plus loin. À Trnopolje, on a commencé à ressentir une très forte pression : les gens voulaient partir, ils voulaient quitter Prijedor jusqu'à ce qu'ils comprennent que cela ne servait à rien. Plusieurs convois sont passés par Travnik. J'ai demandé au Président du comité exécutif d'assurer le transport et au chef du SUP d'assurer la sécurité de ces convois. Certains sont partis en autocar, d'autres à bord de gros camions escortés par la police.*

695. Slobodan Kuruzović a rappelé qu'une fois l'Accusé avait aidé à l'organisation d'un convoi au départ du camp de Trnopolje, Milan Kovačević, Président du comité exécutif, n'étant pas disponible ce jour-là. Il a ajouté qu'à deux ou trois reprises, un transport en train avait été organisé au départ du camp de Trnopolje situé à 200 mètres d'une gare ferroviaire. Le témoin a affirmé que ces convois étaient organisés par le comité exécutif de l'assemblée municipale.

696. Le 29 septembre 1992, le conseil pour la défense du peuple de Prijedor, présidé par l'Accusé, s'est réuni pour discuter des futures activités du 'centre d'accueil de Trnopolje'. Le conseil a adopté des conclusions concernant le départ des personnes présentes dans le camp et a décidé que le SJB de Prijedor fournirait des hommes pour escorter le convoi. Il a en outre décidé de recommander à 'la Croix-Rouge municipale de fermer le centre d'accueil de Trnopolje puisque le départ de toutes les personnes qui y étaient enregistrées rendait celui-ci inutile'. Suite à ces conclusions, le CICR a escorté, le même jour, 1 561 personnes du camp de Trnopolje jusqu'à Karlovac, en Croatie.(…)

699. Les convois ont été organisés par la police et par l'armée. Un rapport du SJB adressé au CSB de Banja Luka indique que le 18 juillet 1992, un convoi de cinq autocars partant de Trnopolje, transportant des femmes et des enfants, a été organisé conjointement par le colonel Arsić de la garnison de Prijedor et par la 122e brigade. Le rapport précise que la sécurité du convoi a été assurée par un fourgon et des policiers de Prijedor » [98].

Organisées et encadrées par les autorités, les personnes déplacées étaient également volées et maltraitées dans les convois :

« *Le témoin Z, qui faisait partie du convoi ayant quitté le 21 août le stade de Tukovi à destination du mont Vlašić, a déclaré que pendant le voyage, les passagers avaient été maltraités et dépouillés de leur argent et de leurs objets précieux. Elle a ainsi raconté : Nous nous sommes arrêtés à maintes reprises. À chaque fois, le camion stoppait brusquement. La première fois, un soldat est arrivé, il a fait sortir un homme du camion et lui a ordonné de le suivre. À son retour, l'homme avait la tête en sang. Il nous a dit qu'il avait été battu et a ajouté qu'on lui avait ordonné de rassembler dans un sac en nylon tout l'argent serbe que*

[97] TPIY, Stakic, §§691-693.
[98] TPIY, Stakic, §§694-699.

nous possédions. Il devait remplir le sac d'argent. Il a dit : 'Si nous ne leur donnons pas tout notre argent, ils nous tueront.' C'est ce qu'ils lui ont dit. Nous avons repris notre route pendant une heure environ, avant de nous arrêter de nouveau. Le même scénario s'est alors répété : on a fait sortir un homme du camion, puis l'homme est revenu en nous disant qu'il fallait mettre notre or et nos bijoux dans le sac en nylon. C'était toujours les mêmes menaces : si on trouvait de l'or sur quelqu'un après la collecte, cette personne serait tuée » [99].

La situation dans la municipalité de Prijedor révèle des déplacements successifs de populations :

« *703. La Chambre de première instance a précédemment constaté que, selon les résultats du recensement de 1991, la municipalité de Prijedor comptait, au 1er avril 1991, 112 543 habitants, dont 49 351 Musulmans (43,9 %), 47 581 Serbes (42,3 %) et 6 316 Croates (5,6 %).*

704. Comme elle l'a indiqué dans ses constatations, la Chambre de première instance a entendu Ljubica Kovačević, veuve de Milan Kovačević, qui a déclaré que sur l'ensemble des 1 414 réfugiés arrivés dans la municipalité de Prijedor pendant la période visée par l'Acte d'accusation, 1 389 étaient serbes, soit 98,2 %. Son témoignage révèle également qu'au cours des derniers mois de 1992, le nombre des réfugiés serbes s'est élevé à 1 564 (soit 98, 4 % de la totalité des réfugiés) et qu'entre 1993 et 1999, sur les 27 009 réfugiés qui se sont installés dans la municipalité, 26 856 étaient d'origine serbe (soit 99,4 %). Pendant la même période, 47 Musulmans et 97 Croates sont revenus à Prijedor.

705. Les rapports officiels du SJB indiquent qu'entre 4 000 et 5 000 personnes, des Musulmans pour l'essentiel, ont quitté la municipalité de Prijedor avant l'éclatement du conflit armé dans cette région. D'après ces rapports, le 16 août 1992, 13 180 habitants avaient été avisés par le SJB qu'ils n'avaient plus l'autorisation de résider dans la municipalité1378 et le 29 septembre 1992, ce nombre était passé à 15 2801379. Ces rapports indiquent également : Depuis le début du conflit armé dans la municipalité, d'après des sources non complètement vérifiées, 20 000 citoyens environ, hommes et femmes, de tous âges, principalement musulmans et croates, mais aussi serbes, ont quitté la municipalité. Ces informations sont corroborées par les déclarations de Simo Drljača, ancien chef du SJB, rapportées le 9 avril 1993 dans Kozarski Vjesnik : Au sujet du travail considérable effectué par les organes administratifs et législatifs, qu'il suffise de dire que plus de 20 000 demandes d'émigration présentées par des citoyens musulmans et croates ont été enregistrées. Quand les journalistes de la télévision allemande sont venus pour prouver que nous étions en train d'expulser de force les Musulmans et les Croates, nous leur avons montré plus de 20 000 visas, certificats et autres demandes d'émigration qui avaient été déposées volontairement pour des raisons économiques » [100].

Ces déplacements de populations permirent effectivement une homogénéisation ethnique de la municipalité de Prijedor :

« *Le 2 juillet 1993, dans un article intitulé 'Qui sommes-nous ? Combien sommes-nous ?', Kozarski Vjesnik a publié, concernant la municipalité de Prijedor, les résultats non officiels d'un recensement réalisé dans l'ensemble des municipalités de la Republika Srpska. L'article révèle qu'à cette époque, sur l'ensemble des 65 551 habitants que comptait la municipalité, 53 637 étaient orthodoxes, 6 124 musulmans et 3 169 catholiques. La Chambre de première instance estime que ces résultats, qui n'ont pas été contestés par la Défense, montrent la redoutable efficacité de la campagne lancée par le SDS, dont l'objectif était l'expulsion de la population non serbe. À l'issue de cette campagne, la municipalité a non seulement enregistré une baisse de près de 60 % de sa population totale, mais une diminution*

[99] TPIY, Stakic, §700.
[100] TPIY, Stakic, §§703-705.

considérable des communautés musulmane et croate, en recul respectivement de 87,6 % et de 49,8 %. Le nouveau recensement indiquait qu'avec 96,3 % de Serbes dans sa population, la municipalité de Prijedor était quasiment devenue une municipalité purement serbe. Le but commun consistant à créer une municipalité serbe avait finalement été atteint » [101].

Tout ceci démontre que les déplacements de populations furent bien forcés :

« *La Chambre de première instance conclut qu'il régnait dans la municipalité de Prijedor à l'époque des faits, un climat à ce point coercitif qu'il est exclu que les personnes ayant quitté la municipalité aient pu de leur plein gré décider d'abandonner leurs foyers. La Chambre refuse, contrairement à la Défense, de voir dans la publicité faite dans Kozarski Vjesnik, en mars 1992 notamment, par la compagnie Santours de Prijedor pour ses voyages en autocar à l'étranger le signe qu'il s'agissait de départs volontaires. Même si la période en question n'est pas couverte par l'Acte d'accusation, la Chambre estime que ces voyages marquaient le début de la campagne d'expulsion* » [102].

Les autorités civiles et militaires coopérèrent étroitement dans la mise en place de cette phase de « *nettoyage ethnique* » :

« *710. Les éléments de preuve ont établi l'existence d'une étroite coopération entre les autorités civiles dirigées par l'Accusé, le SJB et les autorités militaires. Cela prouve que la participation de l'Accusé, qui avait en charge le volet politique de cette coopération, était une condition sine qua non au bon déroulement des expulsions. La Chambre de première instance est convaincue que la création d'un État purement serbe passait au premier chef par l'expulsion de la population non serbe du territoire de la municipalité, conformément aux deux premiers des six objectifs stratégiques du peuple serbe exposés par Radovan Karadžić le 12 mai 1992.*

711. Après s'être rendu dans la municipalité de Prijedor, notamment au camp de Trnopolje, un membre de l'ECMM, qui accompagnait le rapporteur de la mission de la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe, a écrit dans ses notes personnelles : '[L]es habitants musulmans sont indésirables et […] sont systématiquement chassés par tous les moyens possibles.' Le caractère massif de ces expulsions, notamment depuis le centre même de Prijedor, non loin des bureaux de l'Accusé au siège de l'assemblée municipale, confirme clairement que l'Accusé a joué un rôle dans l'expulsion de la population non serbe » [103].

En conclusion : « *la Chambre de première instance est convaincue que l'Accusé avait l'intention d'expulser la population non serbe de la municipalité de Prijedor et qu'il a ainsi non seulement commis le crime d'expulsion en tant que coauteur, mais l'a également planifié et ordonné. La Chambre de première instance déclare donc l'Accusé coupable d'expulsions, un crime contre l'humanité sanctionné par l'article 5 d) du Statut* » [104].

[101] TPIY, Stakic, §706.
[102] TPIY, Stakic, §707
[103] TPIY, Stakic, §§710-711.
[104] TPIY, Stakic, §712.

IV. L'*actus reus* de la déportation et du transfert forcé de population

Le Statut de la Cour pénale internationale reprend l'incrimination typique des crimes de guerre de déportation et de transfert forcé de population, la définissant comme « *le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international* » [105].

A. La distinction entre déportation et transfert forcé

Bien que ce ne fût pas toujours d'un usage constant en droit international humanitaire, il semble toutefois courant de définir la déportation comme le déplacement forcé d'une population du territoire d'un Etat sur celui d'un autre Etat, à travers une frontière internationale, et le transfert forcé comme le déplacement d'une population d'une région à une autre sur le territoire d'un seul Etat [106]. Cette distinction est par ailleurs cohérente avec la pratique du droit international des droits de l'homme que nous avons analysée, qui distingue entre les personnes déplacées sur le territoire d'un seul Etat et les réfugiés qui ont franchi une frontière internationale.

Le Statut de la Cour pénale internationale, en matière de crimes contre l'humanité, ne fait aucune distinction entre déportation et transfert forcé de population, toutefois, Critopher K. Hall en conclut : « *However, given the common distinction between deportation as forcing persons to cross a national frontier and transfer as forcing them to move from one part of the country to another without crossing a national frontier, and given the basic presumption that no words in a treaty should be seen as surplus, it is likely that the common distinction was intended* » [107].

Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a eu à connaître de cas d' « *expulsion* » conformément à son Statut et a définit dans le même sens ce crime contre l'humanité : « *L'expulsion (encore appelée déportation) et le transfert forcé impliquent l'un et l'autre l'évacuation illégale d'individus hors de leur territoire de résidence, contre leur volonté. Ces deux termes ne sont cependant pas synonymes en droit international coutumier. Le premier suppose, en effet, le transfert hors du territoire national alors que dans le second cas, celui-ci s'opère à l'intérieur des frontières d'un État* » [108].

C'est ainsi que nous emploierons les termes de transfert forcé de personnes lorsque le déplacement à lieu sur le territoire d'un seul Etat et de déportation lorsqu'il y a franchissement d'une frontière internationale ; pour englober ces deux cas de figure, nous emploierons le terme générique de déplacements.

Les conséquences des deux guerres mondiales provoquèrent d'importants déplacements de populations, pendant la guerre bien sûr, mais également dans les traités de paix y mettant fin. Bien que les déplacements de populations fussent occasionnellement condamnés dès avant la seconde guerre mondiale, le traité de Lausanne du 24 juillet 1923 organisa un échange de population entre la Grèce et la

[105] Art. 7 §2 lit. (d) CPI.
[106] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 134, *ad* art. 7 §1 lit. (d) CPI et Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 108-110.
[107] Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 134-136, *ad* art. 7 §1 lit. (d) CPI.
[108] TPIY, Krstic, §521 ; voir également TPIY, Simic, §122.

Turquie, de même que, à l'issue de la seconde guerre mondiale, les Alliés approuvèrent l'expulsion des personnes de nationalité allemande des pays d'Europe centrale et de l'Est [109].

Déjà, la déportation figura au nombre des crimes contre l'humanité dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, à l'article 6 lettre (c), et se retrouve depuis dans tous les instruments internationaux pertinents, sous des appellations diverses [110].

Le transfert forcé de population à l'intérieur des frontières d'un Etat est également un crime contre l'humanité, condamné dès la Conférence de paix de Paris en 1919 comme étant un cas de déportation, relativement au déplacement forcé des populations arméniennes à l'intérieur du territoire de l'Empire Ottoman.

Le Statut de la Cour pénale internationale incrimine la déportation ou le transfert forcé de « *population* », ce qui semble requérir le mouvement d'un certain nombre de personnes, pour le moins l'intention qu'il en soit ainsi, plutôt que le transfert d'individus isolés. Lorsque l'Assemblée des Etats parties retient comme élément de ce crime le déplacement de « *une ou plusieurs personnes* » [111], elle ne veut pas signifier que le déplacement d'une seule personne suffirait à la qualification de crime contre l'humanité mais qu'il suffit que l'auteur déplace de force une seule personnes, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, en participant à une opération plus vaste de déportation et de transfert forcé de population ou de tout autre crime contre l'humanité dans la liste de l'article 7 du Statut de Rome.

Pour Christopher K. Hall, « *The war crime in non-international armed conflict of 'the displacement of a civilian population for reasons related to the conflict, unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand', included in article 8 para. 2(d)(viii) of the Statute, suggests that the power of governments to displace population are similarly limited in peacetime to equally compelling grounds. It is possible that the forced displacement of population for public projects, such as the construction of a highway or dam might fall within the scope of article 7 para. 1(d), if the individuals were not compensated and given freedom of choice concerning their new homes* » [112].

Mario Bettati souligne quant à lui : « *Il s'agit du fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international. Cette dernière disposition signifie que seraient donc exclues les poursuites dans le cas de déplacements justifiés tels que ceux visés à l'article 49 de la quatrième Convention de Genève de 1949 ; les évacuations en cas d'urgence ou de catastrophe menaçant la vie ou le bien-être d'une population* » [113].

---

[109] Voir Traité de Lausanne entre les Puissances alliées et la Turquie, du 24 juillet 1923 et Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 134-136, *ad* art. 7 §1 lit. (d) CPI.

[110] Voir art. II §1 lit. (c) Loi N°10, art. 5 lit. (c) de la Charte de Tokyo, Principe VI lit. (c) des Principes de Nuremberg, art. 2 §1 du Projet de Code contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI de 1954, art. II lit. (c) de la Convention contre l'apartheid, art. 5 lit. (d) TPIY (« *expulsion* »), art. 3 lit. (d) TPIR (« *expulsion* ») et art. 18 lit. (g) du Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI de 1996 (« *la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire* »).

[111] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Déportation et transfert forcé de populations, p. 121.

[112] Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 163, *ad* art. 7 §2 lit. (d) CPI.

[113] Mario Bettati, *Le crime contre l'humanité*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 313-314.

B. L'absence de motifs admis en droit international

Les déplacements de personnes comme crime contre l'humanité se limitent aux cas interdits en droit international, le Statut de Rome prévoyant expressément qu'ils interviennent « *sans motif admis en droit international* » [114]. Le concept inclut les déplacements des nationaux et des étrangers.

La déportation par un Etat de ses propres ressortissants est généralement interdite, ce qui nous ramène à l'article 3 du quatrième Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme : « *1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. 2 Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant* », son article 4 interdisant les expulsions collectives d'étrangers. Nous avions par ailleurs cité le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour les personnes déplacées, lorsqu'il relevait qu'un déplacement forcé de personnes pouvait être justifié par des circonstances de sécurité nationale ou d'ordre public notamment [115].

Le champ autorisé pour la déportation d'étrangers du territoire d'un Etat est limité en droit international, comme nous l'avons vu. Le refoulement de réfugiés est également interdit dans la mesure de l'article 33 de la Convention relative au Statut de réfugié de 1951 [116].

Si ces déplacements interviennent en temps de guerre, les motifs admis par le droit international des conflits armés, liés à la sécurité des personnes et à d'impérieuses raisons militaires, sont également à prendre en compte. Sur ce point, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait conclu, par rapport à l'évacuation de la population musulmane Bosniaque de Srebrenica : « *En l'espèce, il n'y avait aucune menace militaire après la prise de Srebrenica. Le climat de terreur dans lequel s'est effectuée l'évacuation prouve qu'à l'inverse, le transfert a été mené en exécution d'une politique bien organisée visant à expulser la population musulmane de Bosnie de l'enclave. L'évacuation était le but même de l'opération, qui ne se justifiait ni par la protection des civils ni par des impératifs militaires* » [117].

De même que le crime de guerre de déportation en vue du travail forcé ou de tout autre but, au sens de l'article 6 lettre (b) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, le crime contre l'humanité de déportation s'applique quelque soit le motif poursuivi. La déportation comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale n'est pas limitée aux cas de déportation de population civile d'un territoire occupé hors de ce territoire [118].

---

[114] Voir art. 12 §3 et 13 PIDCP, art. 3-4 Prot. 4 CEDH. Voir également Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 161-162, *ad* art. 7 §2 lit. (d) CPI et Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 108-110.
[115] Voir Rapport du Représentant du Secrétaire général, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, pp. 10-14.
[116] Voir Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, pp. 135-142, *ad* art. 33 Convention relative au statut de réfugié.
[117] TPYI, Krstic, §527, voir §§524-527.
[118] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 161, *ad* art. 7 §2 lit. (d) CPI.

C. La « région où elles se trouvent légalement »

Les personnes déportées doivent l'être « *de la région où elles se trouvent légalement* » [119]. La légalité de leur présence en un lieu s'apprécie en fonction du droit international, ce qui permet d'éviter de laisser ces personnes à la merci de dispositions de droit interne, qui pourraient être modifiées en fonction des politiques poursuivies et priver ainsi lesdites populations de toute protection internationale [120].

Même si le droit international n'accorde pas aux étrangers un droit inconditionnel à entrer ou résider sur le territoire d'un Etat dont ils ne possèdent pas la nationalité, les Etats ne jouissent pas d'un droit illimité dans la restriction du droit d'entrée sur leur territoire. C'est ainsi que le Comité des droits de l'homme, dans un commentaire général a exposé : « *in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise* » [121].

La notion de « *région où elles se trouvent légalement* » appelle également quelques commentaires en rapport avec l'analyse que nous avons menée relativement au droit international des droits de l'homme. En règle générale, il faut admettre qu'une personne se trouve légalement sur le territoire de l'Etat dont elle a la nationalité. En effet, selon les dispositions du droit international des droits de l'homme, « *Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat* » et « *Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays* » [122], ce qui inclut que « *Nul ne peut être privé du droit d'entrer dans son propre pays* » [123]. Il faut donc reconnaître que toute personne qui jouit de la nationalité d'un Etat se trouve légalement en tout lieu de son choix sur le territoire de cet Etat.

En ce qui concerne les étrangers, chaque Etat est libre de déterminer dans quelle mesure il les accepte sur son territoire. L'analyse de la situation de ces personnes doit donc également se faire en fonction du droit interne qui leur est applicable et des titres de séjour qui leur ont été accordés. En tous les cas, « *Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au [Pacte international relatif aux droits civils et politiques] ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* » [124]. Il faut également considérer que le réfugié jouit d'un droit d'asile lorsqu'il fuit un pays dans lequel il court le risque de persécutions, conformément à l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

---

[119] Art. 7 §2 lit. (d) CPI.
[120] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 162, *ad* art. 7 §2 lit. (d) CPI.
[121] Human Rights Committee, General Comment N°15/27, §5. Voir également Manfred Nowak, *UN Commentary on the Civil and Political Covenant*, 202 (1987) « *refugee from neighbouring State who was tortured may not be refused entry at border but must be granted at least temporary residence* ».
[122] Art. 13 §§ 1-2 DUDH ; voir également Prot. 4 CEDH, art. 20 et 22 CADH, art. 12 CAfDHP.
[123] Art. 12 §4 PIDCP.
[124] Art. 13 PIDCP.

D. L'expulsion ou d'autres moyens coercitifs

Considérant le transfert forcé comme un déplacement de population sur le territoire d'un seul Etat, l'expulsion est à entendre dans son sens ordinaire, et non dans un sens technique dans le contexte de la déportation. Si l'on considère l'histoire récente des déplacements internes de populations, les termes du Statut « *en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs* » doivent inclure tous les moyens de coercitions que l'on peut employer pour forcer les personnes à quitter leurs habitations, y compris les menaces de mort, la destruction des maisons d'habitation et tous les autres actes de persécution, tels que la privation de travail des membres du groupe, le refus d'accès à l'école ou l'obligation de porter un symbole de leur identité religieuse [125].

Le Statut de la Cour pénale internationale incrimine le « *transfert forcé de population* », l'Assemblée des Etats parties ayant retenu comme élément de ce crime sur ce point, que ces termes ne se limitent pas à la force physique et peuvent comprendre un acte commis en usant, à l'égard des personnes déplacées ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, par exemple des menaces de violence, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un climat coercitif [126].

Dans le cas de l'évacuation de Srebrenica de sa population musulmane Bosniaque, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a relevé, comme nous l'avions déjà démontré dans l'exemple de l'affaire *Stakic* : « *Les menaces qui pesaient sur les habitants de Srebrenica allaient bien au-delà de la peur de la discrimination. L'évacuation a eu lieu au terme d'une campagne menée pour contraindre la population à fuir l'enclave, alors que les troupes de la VRS menaçaient et s'en prenaient aux civils musulmans de Srebrenica. Les négociations menées le 11 juillet lors de la deuxième réunion à l'Hôtel Fontana entre Nesib Mandžic, le 'représentant' des Musulmans de Bosnie, et le général Mladic montrent que l'intimidation a présidé à l'évacuation des civils musulmans de Bosnie. La Chambre de première instance a déjà conclu que bien que la VRS ait tenté de faire croire à un déplacement volontaire, les Musulmans de Srebrenica n'avaient pas vraiment le choix de partir ou de rester : ils fuyaient, assurés que leur survie était à ce prix* » [127].

Dans une autre affaire, ce même Tribunal a insisté sur le caractère forcé des déplacements de populations : « *La définition de la déportation exige que le déplacement soit* 'forcé' *ou opéré* 'de force'. *En conséquence, les transferts librement consentis sont licites. Dans la jurisprudence, le* 'déplacement forcé' *s'entend aussi bien d'actes de violence physique que d'autres formes de coercition. (…) La présente Chambre de première instance souligne, à propos de la qualification à donner au comportement d'une partie belligérante, que l'assistance apportée par des organisations humanitaires ne rend pas licite le déplacement de la population* » [128].

Cet exemple dramatique de Srebrenica a été correctement qualifié par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de transfert forcé et non de déportation, ou plus exactement d'expulsion au sens de son Statut : « *Les femmes, les enfants et les personnes âgées musulmans de Bosnie rassemblés à Potocari ont été transférés de force à Kladanj, situé dans une région de Bosnie -Herzégovine contrôlée par l'ABiH, et ce dans le but d'effacer toute trace des Musulmans de Bosnie là où les Serbes de Bosnie*

[125] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 108-110.
[126] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Déportation et transfert forcé de populations, note 12, p. 121 ; voir également TPIY, Krstic, §529.
[127] TPIY, Krstic, §530.
[128] TPIY, Stakic, §§682-683, voir également TPIY, Simic, §§125-127.

comptaient établir leur propre État. Reste qu'à l'époque des faits, le seul État reconnu officiellement par la communauté internationale était la Bosnie-Herzégovine. Les civils de Srebrenica ayant été déplacés à l'intérieur des frontières de la Bosnie-Herzégovine, leur déplacement forcé ne peut, en droit international coutumier, être qualifié d'expulsion ou de déportation. En conséquence, la Chambre conclut que les civils rassemblés à Potocari et transportés à Kladanj ont été victimes d'un transfert forcé et non d'une expulsion. Ce transfert forcé constitue tout de même dans les circonstances de l'espèce une forme de traitement inhumain relevant de l'article 5 du Statut » [129].

Toutefois, il faut reconnaître que le Statut de la Cour pénale internationale est plus précis et plus complet que le Statut de ce Tribunal *ad hoc*. Là où celui-ci incrimine l'expulsion, sans précision ni définition, le Statut de Rome, nous le savons, incrimine la déportation et le transfert forcé de population, apportant qui plus est une définition de ce crime, à laquelle le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se réfert expressément pour inclure dans l'expulsion, tant le transfert forcé de personnes que la déportation. Après avoir rappelé la jurisprudence *Krstic*, et *Krnojelac*, la Chambre de première instance analyse, à notre sens correctement, le bien protégé par ce crime : « *Les intérêts protégés par la prohibition de la déportation sont le droit et l'aspiration des individus à demeurer dans leurs foyers et dans leur communauté sans ingérence de la part d'un agresseur venu de leur propre État ou d'un État étranger. La Chambre de première instance estime donc que c'est l'élément matériel du déplacement forcé ou plutôt du déracinement d'individus du territoire et de l'environnement où ils se trouvent légalement, souvent depuis des décennies, voire des générations, qui est source de responsabilité pénale, et non la destination vers laquelle ils sont envoyés. La Chambre considère que s'il était exigé que le déplacement ait une destination précise, il serait souvent difficile d'établir qu'il y a eu déportation et à quel moment, car il peut arriver que le transfert se soit déroulé en plusieurs étapes et que les victimes aient traversé plusieurs territoires dont les frontières ont pu changer de jour en jour. Exiger que le déplacement s'effectue vers une destination précise pourrait en conséquence affaiblir l'interdiction de la déportation* » [130]. Ceci rejoint notre analyse des déplacements forcés de population comme une violation systématique des droits de l'homme.

La Chambre de première instance rappelle la difficulté de déterminer le tracé exact de frontières dans des conflits liés à des revendications territoriales : « *Si l'on tient compte du fait que de nombreux conflits – pour ne pas dire la plupart – sont liés à des revendications territoriales, il s'avère souvent difficile, en particulier plusieurs années après la fin des hostilités, de déterminer précisément, ou même approximativement, le tracé d'une frontière au moment des faits. Dans ce contexte, la Chambre note qu'au troisième paragraphe du préambule de la résolution 827 (1993), le Conseil de sécurité s'était déjà déclaré 'gravement alarmé par les informations qui continu[aient] de faire état de violations flagrantes et généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et spécialement dans la République de Bosnie-Herzégovine, particulièrement celles qui [faisaient] état de […] la poursuite de la pratique du "nettoyage ethnique", notamment pour acquérir et conserver un territoire'* » [131].

En conclusion sur ce point : « *La Chambre de première instance insiste sur la nécessité de resituer, pour le comprendre et le définir, un terme juridique dans son contexte. Si l'on tient compte des intérêts protégés par la prohibition de la déportation et par le mandat du Tribunal, il est absurde d'interdire, d'une part, des crimes constituant des déportations 'qu'ils aient ou non été commis au cours d'un conflit armé de caractère international ou de*

[129] TPIY, Krstic, §531 ; voir également TPIY, Nikolic, §§40-42.
[130] TPIY, Stakic, §677 et §681.
[131] TPIY, Stakic, §676.

caractère interne', comme l'a précisé le Conseil de sécurité, et, d'autre part, de ne sanctionner que ceux impliquant le franchissement de frontières internationalement reconnues » [132].

La Chambre de première instance retient donc la définition suivante du crime d'expulsion au sens du Statut qui la régit, en appuyant ses conclusions sur la réglementation du Statut de Rome : « *Aux fins de la présente espèce, la Chambre de première instance conclut que l'article 5 d) du Statut doit être interprété comme s'appliquant à des déplacements forcés de population, tant au-delà de frontières internationalement reconnues que de frontières de facto, telles que les lignes de front toujours changeantes, non reconnues internationalement. Dans ce contexte, il convient de définir la déportation comme le fait de déplacer des personnes en les expulsant ou en recourant à d'autres moyens de coercition, pour des motifs non admis en droit international, d'une région où elles se trouvent légalement vers une région contrôlée par une autre partie* » [133].

Il convient encore de noter que dans la rédaction du Statut de la Cour pénale internationale, « *déportation ou transfert forcé de population* », l'adjectif « *forcé* » ne se rapporte qu'au transfert de population et non à la déportation. Néanmoins, il y a, intrinsèquement, un élément de contrainte dans la déportation, ce que reconnaît le Statut en définissant tant la déportation que le transfert forcé de population comme étant le fait de déplacer des personnes en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs [134].

[132] TPIY, Stakic, §678.
[133] TPIY, Stakic, §§679 et 680.
[134] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterrer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 162, *ad* art. 7 §2 lit. (d) CPI.

V. La *mens rea*

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait ainsi défini la *mens rea* du crime d'expulsion au sens de son Statut : « *Qu'elle prenne la forme du dol spécial requis pour le génocide ou celle du dol général exigé pour les autres crimes relevant de la compétence du Tribunal, l'intention est généralement difficile à établir et il faut s'appuyer, pour ce faire, sur l'ensemble des faits et circonstances établis. La Chambre de première instance est d'avis que l'intention de l'auteur de la déportation doit porter sur l'ensemble des éléments objectifs définis plus haut. Cette approche cadre pleinement avec le but de l'interdiction de la pratique du nettoyage ethnique. (…) La Chambre est d'accord avec la Chambre de première instance saisie de l'affaire Naletilić et Martinović pour estimer que l'auteur de la déportation doit avoir eu « l'intention de transférer la [victime], ce qui implique l'idée d'un non-retour [de celle-ci] ». Autrement dit, un éventuel retour de la victime n'aurait pas d'incidence sur la responsabilité pénale de l'auteur de la déportation* » [135].

Nous avons vu avec l'analyse des déplacements de population dans le domaine du droit international des droits de l'homme, que de tels déplacements avaient des causes diverses et pouvaient notamment être provoqués par l'insécurité ambiante dans des situations de conflits armés, de caractère international ou non. Si tout déchaînement de violence de ce genre peut effectivement provoquer un déplacement de population, tout déplacement ne pourra être qualifié de transfert forcé ou de déportation au sens de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. En effet, une telle qualification requiert l'intention et la connaissance de l'auteur et nous avons déjà conclu au rejet du dol éventuel et de la négligence du champ de l'article 30 du Statut de Rome.

Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que les personnes conduisant des opérations militaires, ou toute autre opération civile, soient conscientes que les opérations menées pourraient provoquer des déplacements de populations ; il faut qu'elles décident de ces déplacements et que leurs actions soient menées en ce sens. Qui plus est, si elles ne doivent pas obéir à un motif particulier, de type nettoyage ethnique par exemple, elles doivent agir sans motifs admis en droit international et le savoir.

La *mens rea* de ce crime, comme de tous les autres crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, s'apprécie sur la base de l'article 30 du Statut, à moins d'une disposition qui lui soit contraire. L'article 7 ne contient aucune dérogation en matière de déportation et de transfert forcé de population, qui ne fait pas non plus l'objet d'un *dolus specialis* qui lui soit propre.

Au sens de l'article 30 du Statut, nous le savons, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes, nous le savons, limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct.

L'intention et la connaissance de l'auteur doivent porter sur tous les éléments matériels du crime, soit, en ce qui concerne la déportation et le transfert forcé de population, sur le déplacement de la population, sur le caractère contraignant de ce déplacement et sur la licéité de la présence de cette population au lieu duquel on l'expulse. Il n'est pas nécessaire que l'intention et la connaissance de l'auteur portent

[135] TPIY, Stakic, §§686-687 ; voir également TPIY, Simic, §§132-134.

sur le franchissement éventuel d'une frontière internationale ou, en d'autre terme, il n'est pas nécessaire que l'auteur fasse la distinction entre déportation et transfert forcé dans la qualification de ses actes. En effet, le Statut incrimine dans la même disposition, sous la même définition, l'un et l'autre. Ce qui est en cause ici c'est le déplacement forcé d'une population du lieu où elle se trouve légalement sans motif admis en droit international. Le franchissement éventuel d'une frontière permettra une clarification de vocabulaire en parlant plus spécifiquement de déportation, sans que ceci introduise, à la lettre du Statut, une incrimination différente.

Sur ce point, les dispositions propres aux crimes de guerre établissent une distinction beaucoup plus précise et stricte entre déportation et transfert forcé de population et les crimes commis ne sont pas les mêmes, au sens de l'article 8, selon que les personnes déplacées franchissent ou non une frontière internationale.

L'intention et la connaissance doivent-elles également porter, comme le souligne le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans les affaires *Stakic* et *Simic*, sur une absence de retour des personnes déplacées ? Le droit international des droits de l'homme comme des conflits armés, autorise dans certains cas le déplacement ou l'évacuation de populations, pour des motifs essentiellement liés à la sécurité des personnes déplacées ou évacuées ou à des impératifs militaires. Dans tous les cas, ces déplacements autorisés doivent être limités dans le temps et le retour des personnes déplacées dans les lieux qu'elles ont dû quitter n'est pas systématiquement un élément pour les autoriser : ainsi, certains grands travaux, comme, par exemple, la construction de barrages hydrauliques, peuvent permettre un déplacement de personnes, sans pour autant rendre possible un retour de ces personnes sur leurs terres, qui seront inondées. Il est vrai également que les exemples de nettoyage ethnique ou d'implantations de colonies de peuplement, qui sont les plus connus, empêchent toute solution de retour au *statu quo ante*. Néanmoins, l'analyse de la situation des réfugiés démontre que bon nombre d'entre eux retournent chez eux et c'est là l'un des objectifs du Haut Commissariat aux Réfugiés [136]. Cette idée de retour est donc explicite dans bien des cas de déplacements autorisés et dans la gestion des réfugiés en droit international.

Rien dans le Statut ni dans les *Eléments des crimes* ne vient étayer la thèse soutenue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'une intention de non retour. Le fait de déplacer ces personnes intentionnellement et sans motif admis de l'endroit où elles se trouvent légalement en droit international suffit à porter atteinte au bien protégé et il n'est pas nécessaire de pérenniser la déportation ou le transfert forcé de population par d'autres motifs liés, par exemple, au nettoyage ethnique. Il n'y a donc pas, dans le Statut de la Cour pénale internationale, de *mens rea* de ce genre requise.

[136] Environ 12% des réfugiés à la charge du HCR en 2003 sont rentrés chez eux, HCR, *Refugees by number*, édition 2003.

VI. Conclusion: les éléments constitutifs de la déportation et du transfert forcé de population

L'Assemblée des Etats parties a déterminé comme suit les éléments constitutifs du crime de déportation ou de transfert forcé de population [137] :

« *1. L'auteur a déporté ou transféré de force, sans motif admis en droit international, une ou plusieurs personnes dans un autre État ou un autre lieu, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs.*

2. Les personnes concernées étaient légalement présentes dans la région d'où elles ont été ainsi déportées ou déplacées.

3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant la légalité de cette présence.

4. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

5. 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 » [138].

L'Assemblée a ajouté deux notes relatives aux termes « *transféré de force* » : premièrement « *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* » et, deuxièmement, « *Dans le texte anglais, l'expression 'déporté ou transféré de force' est interchangeable avec 'déplacé de force'* » [139].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de réduction en esclavage comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur a déporté ou transféré de force, sans motif admis en droit international, une ou plusieurs personnes ; et
3. La ou les personnes déportées ou transférées de force se trouvaient légalement à l'endroit d'où elles ont été déportées ou transférées de force.

---

[137] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 86-88.
[138] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Déportation et transfert forcé de populations, p. 121.
[139] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Déportation et transfert forcé de populations, notes 12 et 13, p. 121.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend déporter ou transférer de force ces personnes du lieu où elles se trouvent.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que ces personnes se trouvent légalement à l'endroit duquel il les déporte ou les transfert de force ; et
3. L'auteur sait qu'il n'y a pas de motif admis en droit international à cette déportation ou à ce transfert forcé de personnes.

Chapitre 9

L'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique

Après la déportation et le transfert forcé de population, le Statut de la Cour pénale internationale incrimine, comme crime contre l'humanité, l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique, en violation des dispositions fondamentales du droit international [1]. Cette formulation a le mérite de déterminer immédiatement le bien protégé par cette disposition, la liberté physique, qui est menacée soit par l'emprisonnement soit par toute autre forme de détention, qui doit toutefois être grave et intervenir en violation des dispositions fondamentales du droit international, pour constituer un crime contre l'humanité.

En ce sens, l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique est une violation du droit à la liberté de la personne, tel que défini par le droit international des droits de l'homme. Ce domaine est particulièrement vaste et nous conduira à examiner les cas dans lesquels une détention peut être légitimement ordonnée, mais également les conditions dans lesquelles une détention doit se dérouler, ce qui nous mènera aux confins du chapitre suivant consacré à la torture et nous rapprochera également des disparitions forcées.

L'emprisonnement n'est pas seul en cause ici, dans le Statut de Rome. Cette disposition incrimine également toute autre forme de privation grave de liberté physique. Le fait que toute privation de liberté doive être grave pour constituer un crime contre l'humanité nous rappelle que nous sommes en présence d'un crime d'une gravité particulière, d'une extrême gravité. Cet adjectif n'est pas à négliger car il resitue ce crime dans la liste de l'article 7 dont il convient de rappeler que les autres composantes sont le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et le transfert forcé de population, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution, la grossesse et la stérilisation forcées et les autres formes de violence sexuelle d'une gravité comparable, la persécution, les disparitions forcées, l'apartheid et les autres actes inhumains de caractère analogue. Il apparaît immédiatement que toute forme de privation de liberté, comme l'assignation à

[1] Art. 7 §1 lit. (e) CPI.

résidence, voire l'internement administratif, ne recouvre manifestement pas le même degré de gravité constitutif des crimes contre l'humanité : c'est sa gravité spécifiquement énoncée qui en fera un acte inhumain de caractère analogue aux autres actes énumérés à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, ces autres formes de privation grave de liberté physique appellent essentiellement l'analyse de la problématique des camps de concentration, dont nous démontrerons les caractéristiques très différentes de celles des autres formes de détention, en particulier de l'emprisonnement.

C'est donc, une fois encore, une problématique assez vaste que recouvre ce crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, crime contre l'humanité qui, comme nous l'avons déjà relevé de ses autres éléments constitutifs, est avant tout une violation massive et systématique des droits de l'homme.

I. La protection de la liberté en droit international des droits de l'homme

A. Le droit à la liberté personnelle

Le droit à la liberté personnelle, à la liberté physique, est garanti par tous les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, qui développent le thème majeur de l'article 9 de la Déclaration universelle : « *Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé* » [2].

Toutes ces dispositions, dans leur formulation fondamentalement comparable, ont pour but et pour objet d'assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté, qui doit être comprise, comme l'a, par exemple, relevé la Cour européenne des droits de l'homme, « *comme la liberté individuelle dans son acceptation classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne* » [3]. La protection de la sûreté ou de la sécurité de la personne, telle que mentionnée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Conventions américaines et européennes des droits de l'homme et la Charte africaine, devant être comprise, dans ce contexte, comme liée à celle de la liberté, elle « *pourrait signifier tout simplement que nul ne doit avoir à craindre de faire l'objet d'atteintes arbitraires à sa liberté* » [4].

Le droit à la liberté physique est garanti à toute personne, qu'elle soit mineure ou adulte ; toute personne en liberté peut s'en prévaloir, de même que toute personne détenue : « *c'est ainsi que même un condamné à l'emprisonnement à vie n'est pas pour autant privé de son droit à la liberté et à la sûreté et que celui qui se constitue prisonnier n'en perd pas davantage le bénéfice de ce seul fait* » [5]. La privation de liberté conforme aux règles internationales de protection des droits de l'homme n'est donc qu'une limitation légale et temporaire de ce droit. Nous verrons plus loin que, dans le cadre de la détention en camps, c'est notamment la subsistance de ce droit qui est niée.

La liberté physique est l'une des questions sensibles du ressort des conventions de protection des droits de l'homme, la Cour européenne indiquant que cette matière relève de l'ordre public au sein du Conseil de l'Europe et que donc « *un contrôle scrupuleux, de la part des organes de la Convention, de toute mesure pouvant porter atteinte aux droits et libertés garantis est commandé dans tous les cas* » [6].

Au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, la notion de privation de liberté couvre certainement toutes les formes d'arrestation et de détention, sans que ses exacts contours ne soient définis. Il convient en effet de distinguer les privations de liberté des simples restrictions à la liberté, bien que la Cour européenne des droit de l'homme estime qu'il n'y ait entre celles-ci et celles-là

---

[2] Voir également art. 9 PIDCP, art. 7 CADH, art. 6 CAfDHP et art. 5 CEDH.
[3] Arrêts de la Cour EDH dans l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, §58 ; voir également les arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Lawless c. Irlande*, du 1er juillet 1961, A3, §14 ; *Winterwerp c. Pays-Bas*, du 24 octobre 1979, A33, §37 ; *Schiesser c. Suisse*, du 4 décembre 1979, A34, §30 et *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §92.
[4] Jan De Meyer, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 190, *ad* art. 5§1 CEDH.
[5] Jan De Meyer, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 190, *ad* art. 5§1 CEDH.
[6] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, du 18 juin 1971, A12, §65.

qu'une « *différence de degré et d'intensité, non de nature ou d'essence* » [7]. Il s'ensuit que la privation de liberté dépend de la situation concrète ou réelle de l'individu et qu'il convient de tenir compte, pour conclure à la privation de liberté, « *d'un ensemble d'éléments tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la sanction ou mesure considérée* » [8].

B. Les exceptions autorisées

L'article 5 paragraphe premier de la Convention européenne des droits de l'homme est la seule disposition en la matière à décrire les différentes situations dans lesquelles une personne peut légitimement être privée de liberté [9]. Les principes en semblent toutefois beaucoup plus largement transposables au niveau universel, notamment si on les place en rapport avec l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention et d'emprisonnement, adopté par l'Organisation des Nations Unies le 9 décembre 1988 [10]. Six cas ou catégories de cas sont énumérés limitativement et doivent être interprétés strictement, comme l'a répété la Cour européenne des droits de l'homme, même face aux exigences de la lutte contre la criminalité organisée ou le terrorisme [11].

Le premier des cas autorisant une privation de liberté fait suite à une condamnation, par quoi il faut entendre une déclaration de culpabilité consécutive à l'établissement légal d'une infraction et l'infliction d'une peine ou autre mesure privative de liberté, par un tribunal jouissant de l'indépendance inhérente à cette notion et offrant des garanties judiciaires adéquates ; il convient que la condamnation intervienne en vertu de la décision du tribunal, dans un lien de causalité, et non seulement à sa suite [12]. Cette disposition rejoint la définition de l'emprisonnement par l'Ensemble des principes pour la protection des personnes détenues [13].

La privation de liberté peut également sanctionner l'exécution d'une ordonnance judiciaire ou d'une obligation légale. Selon la Cour, les mots « *garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* » ne concernent que « *les cas où la loi autorise à détenir quelqu'un pour le forcer à exécuter une obligation spécifique et concrète qu'il a négligé jusqu'ici de remplir* », cas qui ne sauraient être interprétés de manière extensive, ce qui « *entraînerait des résultats incompatibles avec l'idée de prééminence du droit dont s'inspire la Convention tout entière* ». Ainsi, ils ne pourraient pas justifier « *un*

[7] Arrêts de la Cour EDH dans l'affaire *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §93 ; voir également l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, A93, §41.
[8] Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, §59, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, A93, §41, et *Nielsen c. Danemark*, du 28 novembre 1988, A144, §67.
[9] Voir art. 5 CEDH.
[10] Voir ONU Doc. A/RES/43/173, du 9 décembre 1988, ci-après Principes pour la protection des personnes détenues.
[11] Voir les Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, §§57-69 ; *Winterwerp c. Pays-Bas*, du 24 octobre 1979, A33, §37 ; *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §96 ; *Bouamar c. Belgique*, du 29 février 1988, A129, §43 ; *Ciulla c. Italie*, du 22 février 1989, A148, §41. Voir également Jan De Meyer, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 191, *ad* art. 5 §1 CEDH.
[12] Voir les Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Van Droogenbroeck c. Belgique*, du 24 juin 1982, A50, §35 ; *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §100 ; *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, §§68 ; *Bozano c. France*, du 18 décembre 1986, A111, §53 ; *Weeks c. Royaume-Uni*, du 2 mars 1987, A114, §42 ; *Monnelle et Morris c. Royaume-Uni*, du 2 mars 1987, A115, §40.
[13] Voir Principes pour la protection des personnes détenues, §2, Emploi des termes.

internement administratif tendant à contraindre un citoyen à s'acquitter, sur un point quelconque, de son devoir général d'obéissance à la loi », ni la mise aux arrêts d'un membre des forces armées pour l'inciter « *à respecter désormais ses obligations* » [14].

La privation de liberté peut également intervenir à titre provisoire ou préventif, en rapport avec une infraction, pour autant que cette mesure soit adoptée en vue de conduire l'intéressé devant l'autorité judiciaire compétente : ce doit être là « *le but de l'arrestation et de la détention* » [15] ; il en est de même dans les trois situations envisagées à l'alinéa (c) [16], « *lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après la commission de celle-ci* », qui n'autorise donc les privations de liberté qu'en matière pénale [17]. Pour que l'arrestation et la détention d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction soit permise, il faut que les motifs sur lesquels se fondent les soupçons soient « *plausibles* » sans qu'il suffise qu'ils soient « *seulement authentique et sincères* » ; la « *plausibilité* » des soupçons est « *un élément essentiel de la protection offerte par l'article 5§1 c) contre les privations de liberté arbitraires. (…) L'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou de renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction* », même si cette appréciation dépend de l'ensemble des circonstances [18]. Cet élément rejoint la définition de la détention par l'Ensemble des Principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque d'emprisonnement ou de détention [19].

L'article 5 paragraphe premier autorise également la détention de mineurs, décidée pour leur éducation surveillée ou pour les traduire devant l'autorité compétente. La Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé, cette disposition n'empêche pas une mesure provisoire de garde en maison d'arrêt, qui serve de préliminaire à un régime d'éducation surveillée, sans en revêtir elle-même le caractère, pour autant que l'emprisonnement débouche à bref délai sur l'application effective d'un tel régime en milieu spécialisé, ouvert ou fermé, qui jouisse des ressources suffisantes correspondant à sa finalité [20].

Le cas suivant envisagé par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme est celui de la détention régulière de personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, d'alcooliques, de toxicomanes ou de vagabonds. Dans son arrêt *Winterwerp*, la Cour européenne des droits de l'homme a observé que le terme aliéné ne se prête pas à une interprétation définitive et que « *son sens ne cesse d'évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients* ». Pour priver l'intéressé de sa liberté, il faut, « *sauf dans les cas d'urgence, avoir établi son aliénation de manière probante* », un trouble mental réel devant avoir été démontré « *devant l'autorité nationale compétente (…) par une expertise médicale objective* », trouble mental qui doit avoir « *un caractère ou une ampleur légitimant l'internement* »,

[14] Voir les Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, §69 ; *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §101 ; *Ciulla c. Italie*, du 22 février 1989, A148, §36.
[15] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Brogan et autres c. Royaume-Uni* , du 29 novembre 1988, A145-B, §52.
[16] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Lawless c. Irlande*, du 1er juillet 1961, A3, §§13-14.
[17] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Ciulla c. Italie*, du 22 février 1989, A148, §38.
[18] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, du 30 août 1990, A182, §§31-32.
[19] Voir Principes pour la protection des personnes détenues, §2, Emploi des termes.
[20] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Bouamar c. Belgique*, du 29 février 1988, A129, §50.

internement qui ne saurait « *se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble* » [21].

Dans le seul arrêt qu'elle ait rendu à ce jour en matière de vagabondage, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que la définition d'une loi nationale selon laquelle « *les vagabonds sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyen de subsistance et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession* » ne paraît « *nullement inconciliable avec l'acceptation usuelle du mot vagabond* » [22].

Enfin, il est possible de priver une personne de liberté aux fins de refoulement, d'expulsion ou d'extradition. Nous avons analysé, au chapitre précédent, le sens des termes refoulement et expulsion, en rapport avec les personnes bénéficiant du statut de réfugié, au sens de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 sur le statut de réfugié [23].

Il nous faut encore ici relever deux cas de figure qui, pour être relativement répandus, n'en sont pas moins inconciliables avec la protection internationale des droits de l'homme. En effet, les privations de liberté, arrestations et détentions, en vertu d'une décision ministérielle et sans comparution devant un juge, de personnes que le gouvernement estime se livrer à des activités préjudiciables au maintien de la paix et de l'ordre public ou de la sûreté de l'Etat, fussent-elles des terroristes, ne sont pas compatibles avec l'article 5 paragraphe premier de la Convention européenne des droits de l'homme [24].

La question de l'assignation à résidence de personnes considérées comme dangereuses a également été abordé sous l'angle de l'article 5 de la Convention, par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a jugé qu'une mesure de surveillance avec assignation à résidence, décidée à l'encontre d'une personne considérée comme dangereuse pour la sécurité et la moralité publique, n'est pas en elle-même une mesure privative de liberté au sens de l'article 5 de la Convention et ne peut donc lui être, en principe, contraire. Toutefois, une assignation à résidence peut, *in concreto*, acquérir le caractère d'une mesure privative de liberté ; dans une telle hypothèse, elle est incompatible avec l'article 5 de la Convention, même décidée par un tribunal [25].

C. L'admissibilité de dérogations en cas d'état d'urgence

Il convient encore de déterminer dans quelle mesure un Etat peut invoquer l'état d'urgence pour suspendre tout ou partie des garanties des droits de l'homme en matière de traitement des personnes privées de liberté. Certains droits énoncés dans les différents instruments internationaux de protection des droits de l'homme sont indérogeables, tels que le droit à la vie et celui de n'être pas soumis à la torture ou à des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les droits liés au traitement des personnes détenues, notamment l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques peuvent connaître des dérogations.

---

[21] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, du 24 octobre 1979, A33, §§37 et 39.
[22] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, du 18 juin 1971, A12, §68.
[23] Sur cette notion, voire les arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Bozano c. France*, du 18 décembre 1986, A111, §§11-27 et *Kolompar c. Belgique*, du 24 septembre 1992, A235-C, §§15-26, 36, 40-43.
[24] Voir l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Lawless c. Irlande*, du 1er juillet 1961, A3, §§51-62.
[25] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §94 ; également Jan De Meyer, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 191-196, *ad* art. 5 §1 CEDH.

Il n'en demeure pas moins, cependant, que les circonstances autorisant de telles dérogations doivent être soumises à l'existence d'un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation, être proclamées par un acte officiel, se limiter à la stricte mesure exigée par la situation, donc respecter le principe de proportionnalité, ne pas être incompatible avec les autres obligations imposées par le droit international ni entraîner de discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale [26].

Même si les organes internationaux reconnaissent une certaine marge d'appréciation à l'Etat pour déterminer l'existence de telles circonstances, il ne s'agit pas là d'un domaine laissé à la seule discrétion de l'Etat [27].

La question se pose alors de savoir si un Etat peut détenir de manière prolongée une personne *incommunicado* et lui dénier le droit de contester la légalité de sa détention sur cette base. Si l'on retient que ce genre de mesures favorise grandement les cas de torture et les violations du droit à la vie, tous deux indérogeables, la réponse devrait être négative. Comme le souligne Nigel S. Rodley, « *For incommunicado detention and denial of the right to challenge would serve the permitted purpose (of suppressing the state of emergency) only if they were indeed intended to facilitate the prohibited abuses: it may well be that measures are necessary to prevent an arrested or detained person from pursuing violent conspiracies, or colluding with alleged co-offenders, or warning them of the interest of the authorities; it may even be that administrative internment is not yet beyond the bounds of international law and that it may have a certain preventive utility, but none of this requires that the detained person be barred from all contact with the outside world, legal, medical, and family, or that the detention not be affected according to the terms and procedures established by the law authorizing it. If these measures are not 'strictly required by the exigencies of the situation' then they are not permissible* » [28].

La Cour européenne des droits de l'homme confirme cette approche : « *Eu égard à la nature de la menace terroriste en Irlande du Nord, à l'ampleur limitée de la dérogation et aux motifs invoqués à l'appui, tout comme à la présence de garanties fondamentales contre les abus, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas excédé sa marge d'appréciation en considérant que la dérogation répondait aux strictes exigences de la situation* » [29]. Les garanties fondamentales contre les abus mentionnées par la Cour sont en l'occurrence les garanties, liées à l'*habeas corpus*, de contester la légalité de l'arrestation et de la détention et le droit de consulter un avocat quarante-huit heures après l'arrestation [30].

Dans l'affaire *Aksoy c. Turkie*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les articles 3 et 5 paragraphe 3 de la Convention européenne avaient été violés par la détention de Zeki Aksoy pendant au moins quatorze jours sans aucune supervision judiciaire. L'élément remarquable de cet aspect de l'arrêt de la Cour est que la Turquie avait déposé une notification de dérogation à l'article 5 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, conformément à son article 15 paragraphe 3, ce qui ne fut pas contesté par les parties. La Cour ne se prononça pas sur cette question car elle estima que la mesure incriminée n'était pas strictement

[26] Voir art. 4 §1 PIDCP. Voir également l'art. 15 §1 CEDH qui limite ces cas à ceux de « *guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation* » ; l'art. 27 §1 CADH autorise de telles dérogations en cas de « *guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie* ».
[27] Voir not. arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Lawless c. Irelande*, du 1er juillet 1961, A3, §§27-67.
[28] Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 344.
[29] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Branningan et McBride c. Royaume-Uni*, du 26 mai 1993, A258-B, §66.
[30] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Branningan et McBride c. Royaume-Uni*, du 26 mai 1993, A258-B, §§62-64.

requise par les exigences de la situation : « *La Cour prend en compte la gravité manifeste du problème terroriste dans le Sud-Est de la Turquie et les difficultés éprouvées par l'Etat pour prendre des mesures efficaces pour le combattre. Toutefois, elle n'est pas convaincue que la situation exigeait la détention au secret du requérant, soupçonné d'avoir participé à des infractions terroristes, pendant quatorze jours ou plus, sans possibilité pour lui de voir un juge ou un autre magistrat* » [31].

La Cour souligne également ce qui est le danger de la détention *incommunicado* : « *Par contraste, la Cour estime qu'en l'espèce le requérant, qui a été détenu pendant une longue période, n'a pas joui de garanties suffisantes. En particulier, la privation de l'accès à un avocat, un médecin, un parent ou un ami, et l'absence de toute possibilité réaliste d'être traduit devant un tribunal aux fins de contrôle de la légalité de sa détention, signifiaient que le requérant était complètement à la merci de ses gardiens* » [32].

La même conclusion peut être apportée par rapport à la Convention américaine des droits de l'homme, dans la mesure ou son article 27 paragraphe 2 interdit explicitement toute suspension des garanties judiciaires indispensables à la protection des droits indérogeables. C'est ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu un avis consultatif confirmant que les règles de l'*habeas corpus*, telles que définies à l'article 7 paragraphe 6 de la Convention américaine, disposition qui n'est pas indérogeable, ne peuvent être suspendues, de même que les droits de l'article 25 paragraphe 1 de la même Convention, garantissant un recours simple et rapide devant les tribunaux compétents pour violation des droits constitutionnels, procédure connue sous le nom d'*amparo* en Amérique Latine [33].

Il s'ensuit que non seulement un prompt contrôle judiciaire doit être offert aux personnes arrêtées ou détenues et que le traitement des personnes arrêtées ou détenues ne peut être constitutif de torture ou de peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, comme l'interdisent la plupart des constitutions nationales sur les continents américains, même dans des cas où l'état d'urgence est proclamé [34].

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques offre en principe le même degré de protection, notamment par l'indérogeabilité de l'interdiction de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à l'article 7, que le Comité des droits de l'homme lie souvent à l'article 10 paragraphe 1 exigeant que toute personne privée de sa liberté soit traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine : « *For all persons deprived of their liberty, the prohibition of treatment contrary to article 7 is supplemented by the positive requirement of article 10(1) of the Covenant that they shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person* » [35]. Ensuite, plus précisément tourné vers l'interdiction de la torture de l'article 7, la Comité précise : « *it follows from article 7, read together with article 2 of the Covenant, that States must ensure an effective protection through some machinery of control (…) Among the safeguards which may make control effective are provisions against detention incommunicado, granting, without prejudice to the investigation, persons such as doctors, lawyers and family members access to the detainees; provisions requiring that detainees should be held in places that are publicly*

[31] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, du 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, §84.
[32] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, du 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, §83.
[33] Voir Inter-American Court HR, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987, Series A, N°8, and Inter-American Court HR, *Judicial Guarantees in States of Emergency* (Arts. 27(2) and 8 American Convention on Human Rights) Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987, Series A N°9, §40.
[34] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 346.
[35] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982) Annex V, general comment 7(16), §2.

recognized and that their names and places of detention should be entered in a central register available to persons concerned, such as relatives » [36].

En liant la lecture de l'article 7 prohibant la torture et les autres peines et traitements cruels, inhumaine ou dégradants à celle de l'article 2 obligeant les Etats parties à respecter et à garantir les droits qu'il contient, le Comité des droits de l'homme semble introduire dans le champ de l'article 7 non seulement l'interdiction de la torture mais encore les moyens nécessaire à la mise en œuvre de cette interdiction, revenant sur la question de la détention *incommunicado* : « *Provisions should also be made against incommunicado detention* » [37].

Enfin, en rapport avec l'article 7 du Pacte international, le Comité des droits de l'homme observe : « *Even such a measure as solitary confinement may, according to the circumstances, and especially when the person is kept incommunicado, be contrary to this article* » [38].

Dans ce texte du Comité des droits de l'homme, les termes « *solitary confinement* » sont employés en référence à la pratique d'isoler certains détenus du reste de la population carcérale, alors que par « *detention incommunicado* » il convient de comprendre l'isolement par rapport au monde extérieur à l'institut pénitentiaire. La conjugaison des deux formes d'isolement contrevient donc à l'article 7 du Pacte international, de même que chacune de ces formes d'isolement peut, selon les circonstances, lui être contraire. Dans un cas extrême, le Comité des droits de l'homme a jugé que « *prolonged incommunicado detention in an unknown location* » constituait « *torture and cruel and inhuman treatment in violation of articles 7 and 10, paragraph 1 of the Covenant* » [39].

Même si la période de privation de liberté est trop brève pour constituer en elle-même de tels mauvais traitements, elle peut toutefois être assez longue pour permettre la torture ou d'autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il faut donc en conclure qu'une détention *incommunicado* prolongée est contraire au droit international, ce que souligne le Rapporteur spécial des Nations Unies pour la torture lorsqu'il estime que même des circonstances exceptionnelles ne permettent pas de maintenir une personne privée de sa liberté de manière prolongée *incommunicado* [40].

De la même manière, le Rapporteur spécial sur les situations d'état d'urgence près la Sous-commission des Nations Unies pour la prévention des discrimination et la protection des minorités, aboutit à la conclusion que les dispositions relatives à l'*habeas corpus* sont indérogeables, en tout temps et en toutes circonstances [41].

---

[36] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40(1982), Annex V, general comment 7(16), §1
[37] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VI, general comment 20(44), §11.
[38] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982) Annex V, general comment 7(16), §2.
[39] Report of the HR Committee, *El Megreisi v. Libya* (440/1990), Vol. II, ONU Doc. A/49/40 (1994), Annex IX TZ, §5.4.
[40] Voir Commission des droits de l'homme, résolution 1996/33B, §4, du 19 avril 1996.
[41] Voir ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/19, §13, voir également ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55 et Commission des droits de l'homme, résolution 1998/29, du 17 avril 1998. Sur toutes les questions liées à la détention *incommunicado*, voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 325-350.

II. Les formes d'emprisonnement comme crimes de guerre dans le Statut de Rome

L'emprisonnement et les autres formes de privation de liberté ne sont pas l'apanage des seuls crimes contre l'humanité, l'article 8 du Statut de la Cour pénale internationale, consacré aux crimes de guerre, interdisant les détentions illégales et consacrant des principes de protection des personnes au pouvoir de l'ennemi.

A. Les détentions illégales comme crime de guerre

Les détentions illégales sont premièrement un crime de guerre, incriminées dans la même disposition que les déportations ou transferts illégaux de personnes [42]. Il s'agit là d'une reprise de l'article 147 de la quatrième Convention de Genève de 1949.

Dans ce domaine, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que des mesures d'assignation à résidence ou d'internement de personnes civiles peuvent constituer, dans certains cas, une mesure légale, se basant notamment sur l'article 41 de la quatrième Convention de Genève selon lequel la mesure de contrôle la plus sévère que puisse adopter la Puissance au pouvoir de laquelle les civils se trouvent, est la mise en résidence forcée ou l'internement [43]. La mise en résidence forcée a pour but d'éloigner de leur domicile les personnes qui y sont astreintes et de les contraindre à résider, pendant la durée des circonstances motivant cette mesure, dans une localité en général écartée, où le contrôle est plus facile à exercer. L'internement est également une forme de résidence forcée, en ce sens que les personnes sont détenues dans un lieu différent de leur résidence habituelle ; la mesure est toutefois plus sévère car elle suppose l'obligation de vivre dans un camp regroupant les personnes internées [44].

Ces mesures doivent être prises dans le respect des conditions posées aux articles 42 et 43 de la quatrième Convention de Genève, à savoir qu'une telle mesure ne puisse être décidée que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire et que les personnes ainsi mises en résidence forcées ou internées aient le droit de demander à un tribunal ou à un collège administratif créé à cet effet par la Puissance détentrice de reconsidérer, dans les plus brefs délais puis périodiquement, la décision prise à leur encontre [45].

Dans des territoires occupés, la Puissance occupante pourra décider, tout au plus, de mesures d'internement et de résidence forcée, si d'impérieuses raisons de sécurité les rendent nécessaires. Les décisions y relatives devront pouvoir être portées en appel, selon une procédure régulière qui devra être fixée par la Puissance occupante, conformément aux règles de la Convention. Il sera statué dans le plus bref délai possible sur cet appel et, si la mesure est maintenue, elle fera l'objet d'une révision périodique [46].

---

[42] Voir art. 8 §2 lit. (a) ch. (vii) CPI.
[43] Voir TPIY, Delalic, §583.
[44] Voir CICR, Commentaire à la IVème Convention de Genève, pp. 275-276, *ad* art. 41 al. 1.
[45] Voir CICR, Commentaire à la IVème Convention de Genève, pp. 277-278, *ad* art. 42, pp. 280-282, *ad* art. 43.
[46] Voir CICR, Commentaire à la IVème Convention de Genève, pp. 392-394, *ad* art. 78. En matière d'internement ou autres formes de privations de liberté concernant d'autres personnes protégées, on peut relever encore les art. 28, 30, 32 et 37 de la Ière Convention ; 36 et 37 de la IIème Convention ; 21 à 24, 87,

Comme le relève le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ces mesures s'inscrivent largement dans le cadre du quatrième paragraphe de l'article 27 de la quatrième Convention de Genève, autorisant les parties au conflit à prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre [47].

L'Assemblée des Etats parties a retenu les éléments suivants, constitutifs de ce crime de guerre dans le Statut de la Cour pénale internationale : « *1. L'auteur a détenu ou maintenu en détention une ou plusieurs personnes dans un lieu déterminé. 2. Ladite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs des Conventions de Genève de 1949. 3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne protégée. 4. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 5. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* » [48].

Les termes « *détenu ou maintenu en détention (…) dans un lieu déterminé* » reflètent le compromis atteint par la Commission préparatoire en regard de deux propositions, la première requérant que l'auteur détienne ou restreigne autrement la liberté d'une personne, l'autre qu'il l'emprisonne dans un lieu fermé. La Commission préparatoire estima la seconde proposition comme étant trop restrictive et non conforme aux Conventions de Genève car ne couvrant notamment pas l'assignation à résidence. Par contre, la première proposition fut également critiquée car elle semblait trop vague et, de ce fait, incompatible avec le principe de la légalité [49].

Les termes « *maintenu en détention* » sont compris comme devant couvrir les cas dans lesquels la mesure d'internement ou d'assignation à résidence était légale dans un premier temps, notamment au regard des articles 27, 42 et 78 de la quatrième Convention de Genève, mais dont la perpétuation devient illégale par la suite [50]. Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, une mesure de détention ne demeure licite que si certaines garanties de procédure sont respectées, conformément à l'article 43 de la quatrième Convention de Genève, pour conclure : « *the fundamental consideration must be that no civilian should be kept in assigned residence or in an internment camp for a longer time than the security of the detaining party absolutely requires* » [51].

B. La protection des personnes au pouvoir de l'ennemi

Deux dispositions supplémentaires, dans l'article 8 consacré aux crimes de guerre, visent la protection des personnes au pouvoir de l'ennemi et rejoignent ainsi les développements que nous allons consacrer aux conditions de détention. Ces deux dispositions, identiques à ceci près que la première s'applique aux conflits armés de caractère international et la seconde à ceux de caractère non international, interdisent les mutilations et les expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient, qui ne sont ni motivées par un traitement médical ni effectuées dans l'intérêt de ces

90, 91, 95, 97, 103, 109 et 118 de la IIIème Convention de Genève, qui toutes traitent des modalités d'internement ou de détention et des garanties judiciaires nécessaires.

[47] Voir TPIY, Delalic, §583.

[48] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Détention illégale, p. 132.

[49] Voir ONU Doc. PCNICC/1999/DP.5, du 10 février 1999 et PCNICC/1999/DP.4/Add.2, du 4 février 1999.

[50] Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 112-113, *ad* art. 8 §2 lit. (a) ch. (vii) CPI.

[51] TPIY, Delalic et al., §581.

personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé [52].

Le champ d'application de ces deux crimes de guerre doit être déterminé à la lecture de l'article 11 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Conformément à cet article, « *La santé et l'intégrité physique ou mentale des personnes au pouvoir de la Partie adverse ou internées, détenues ou d'une autre manière privée de liberté (…) ne doivent être compromises par aucun acte ni par aucune omission injustifiés* » [53]. Sur cette base, sont donc interdits les actes médicaux qui ne seraient pas motivés par l'état de santé de la personne et qui ne seraient pas conformes aux normes médicales généralement reconnues, notamment les mutilations physiques, les expériences médicales ou scientifiques, des prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations [54].

Les personnes au pouvoir de l'ennemi sont les prisonniers de guerre, les internés civils, les personnes à qui l'autorisation de quitter le territoire de la partie adverse au conflit est refusée, « *et même de toutes les personnes relevant d'une partie au conflit qui, tout simplement, se trouvent sur le territoire de la Partie adverse* ». D'autres personnes sont également visées par l'article 11 du premier Protocole, à savoir toutes les personnes internées, détenues ou, d'une autre manière, privées de liberté en raison d'une situation de conflit armé de caractère international. L'expression « *au pouvoir de* » n'a pas forcément un sens matériel mais signifie simplement « *que la personne se trouve dans un territoire dont la Puissance en question est maîtresse* » [55].

L'Assemblée des Etats parties a établi les éléments constitutifs de deux crimes différents, le premier de mutilation, le second d'expériences médicales et scientifiques : « *1. L'auteur a soumis une ou plusieurs personnes à une mutilation, en particulier en les défigurant de façon définitive, en les rendant invalides de façon permanente ou en procédant à l'ablation définitive d'un de leurs organes ou appendices. 2. Le comportement a causé la mort ou gravement mis en danger la santé physique ou mentale de ladite ou desdites personnes. 3. Les actes n'étaient ni justifiés par un traitement médical, dentaire ou hospitalier de la ou les personnes concernées ni accomplis dans son ou leur intérêt. 4. Ladite ou lesdites personnes étaient au pouvoir d'une partie adverse. 5. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 6. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* ». Dans le second crime, la Commission retient les mêmes éléments, remplaçant les mots « *une mutilation, en particulier…* » par ceux de « *une expérience médicale ou scientifique* » [56].

La même interdiction des expériences médicales ou scientifiques sur les personnes détenues, dans le droit international des droits de l'homme est soumise à l'absence de consentement de la personne en cause, nous y reviendrons dans l'analyse de l'*actus reus*. En matière de droit international des conflits armés, l'accent est mis sur la situation médicale de la personne, l'absence de consentement n'étant pas un élément constitutif.

---

[52] Voir art. 8 §2 lit. (b) ch. (x) et lit. (e) ch. (xi) CPI.
[53] Art. 11 §1 *in initio*, Prot. I.
[54] art. 11 §§1 *in fine* et 2 Prot. I.
[55] Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire au Ier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, p. 155, *ad* art. 11 §1.
[56] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Mutilation et Expériences médicales ou scientifiques, p. 139 ; ces éléments sont repris à l'identique, sauf la qualification du conflit, en rapport avec les conflits armés ne présentant pas un caractère international, p. 158. Voir également Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 229-233, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (x) et pp. 482-484, *ad* art. 8 §2 lit. (e) ch. (xi).

III. Cas pratique : l'affaire Sikirica

La jurisprudence internationale récente nous permet de trouver quelques exemples frappants du crime contre l'humanité d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est prononcé sur plusieurs affaires en ce sens, poursuivant conformément à son Statut, les accusés pour « *emprisonnement* » [57].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie offre à notre lecture des développements précis sur ce que furent les conditions de détention dans le camp de détention de Keraterm en 1992, à l'époque des faits reproché à Sikirica.

Tout d'abord, le camp est ainsi décrit par des témoins qui sont, pour la plupart, d'anciens détenus :

« *52. Le bâtiment appelé camp de Keraterm, un grand édifice situé aux abords de Prijedor, bien visible de la route principale reliant Banja Luka à Prijedor, était une ancienne usine de céramique. Il donnait sur deux routes principales, et les passants pouvaient apercevoir sa partie principale, qui n'était pas entourée de barbelés mais d'une clôture industrielle ordinaire. Le bâtiment n'avait pas été conçu pour servir de camp de détention, mais d'usine.*

53. Certains témoins ont fait de mémoire des croquis du camp de Keraterm et identifié diverses parties du camp sur des photographies présentées par l'Accusation. Le bâtiment comptait deux étages. Les prisonniers étaient détenus dans les pièces du rez-de-chaussée, au nombre de quatre, qui ont été désignées comme les pièces 1, 2, 3 et 4. (…)

54. A l'entrée se trouvaient, dans la zone réservée à la réception, un petit bâtiment en brique avec des fenêtres, la 'loge' (poste de pesage), devant lequel étaient disposées de grosses balances et, face aux pièces, ce qu'on a décrit comme des zones herbeuses ou broussailleuses, un terre-plein cimenté (la 'pista'), et des emplacements de mitrailleuses. Des projecteurs avaient été installés dans le camp, une vingtaine de jours avant sa fermeture, avant le massacre de la pièce 3. Il y avait des réverbères dans le camp, qui fonctionnaient lorsqu'il y avait de l'électricité. Il n'y avait pas de poste de garde fixe » [58].

La population du camp était, en 1992, relativement nombreuse, comme le relève la Chambre de première instance : « *Le nombre de personnes détenues à Keraterm a sensiblement augmenté avec le temps, passant de quelques individus au départ à un état de surpeuplement. Des personnes arrivées à Keraterm, le 31 mai 1992, qui étaient parmi les premiers arrivants, ont déclaré que le camp était alors encore vide. Le Témoin A a affirmé que la première nuit qu'il a passée à Keraterm, il y avait environ 120 personnes dans la pièce 2. La plupart des témoins ont déclaré que, par la suite, entre 1 000 et 1 400 personnes étaient détenues à Keraterm, soit 1 200 en moyenne. La Chambre a également entendu des témoignages sur le lieu d'origine précis, dans la municipalité de Prijedor, des détenus* » [59].

L'arrivée des détenus était entourée de quelques formalités : « *La plupart des témoins ont dit qu'ils avaient été fouillés à leur arrivée à Keraterm, à l'entrée, devant la loge. Certains ont également affirmé qu'ils devaient d'abord s'aligner contre le mur, jambes écartées et mains contre le mur. Leurs cartes d'identité et autres papiers officiels étaient saisis. On leur prenait aussi généralement tout objet coupant, leurs objets de valeur et tous leurs effets personnels : argent, bijoux, montres et cigarettes. Les papiers ont été rendus à certains*

[57] Art. 5 lit. (e) TPIY.
[58] TPIY, Sikirica, §§52-54.
[59] TPIY, Sikirica, §55.

détenus mais pas à d'autres. Des témoins ont également déclaré que leur nom avait été enregistré à leur arrivée » [60].

Le Tribunal aborde ensuite l'analyse des conditions de vie générales dans le camp de Keraterm. Il relève ce qui suit, en ce qui concerne les conditions d'hébergement :

« *62. D'anciens détenus ont déclaré que la pièce 1 mesurait 6 à 10 mètres de large sur 15 à 20 mètres de long, et 3 ou 4 mètres de haut. Elle avait une porte métallique, remplacée par la suite par une porte munie de barreaux métalliques, qui permettait aux détenus de voir à l'extérieur et à l'air de circuler. Des témoins ont dit à la Chambre qu'il n'y avait pas assez de place pour s'asseoir et que les détenus devaient souvent rester debout. La plupart des témoins ont estimé que de 200 à 350 personnes en moyenne étaient détenues dans la pièce 1. Selon un témoin, les personnes détenues dans cette pièce étaient toutes des notables de Prijedor. (…)*

63. La pièce 2 était la plus grande de toutes. Selon certaines estimations, elle faisait 15 à 20 mètres de large sur 18 à 20 mètres de long, avec une hauteur de plafond de 2,50 mètres à 3 mètres. Elle était divisée en deux par une sorte de barrière et comportait un petit entrepôt, où étaient conservés des outils et des machines. Elle était fermée par une lourde porte à deux battants en aluminium, remplacée, fin juin, par une grille, ce qui assurait une meilleure aération et une plus grande visibilité. Des cadenas ont également été posés. Le sol de la pièce 2, en béton, était toujours froid. Il y avait du carton, que les détenus se partageaient au début, quand ils étaient encore peu nombreux. Les témoins ont évoqué la chaleur, l'obscurité et la puanteur qui régnaient dans la pièce. Comme dans la pièce 1, certains détenus se tenaient debout à tour de rôle, en raison de la surpopulation. La plupart des témoins ont estimé que de 250 à 500 personnes détenues se trouvaient dans la pièce 2 ; ce chiffre a atteint un sommet en juillet, avec l'arrivée de détenus venant de la pièce 3. Hajrudin Zubovic a déclaré qu'un décompte effectué les 27 ou 28 juillet 1992 a révélé qu'il y avait 570 personnes dans la pièce 2. (…)

64. La pièce 3 mesurait environ 6 mètres sur 8 à 10 mètres ; elle était en forme de L et divisée en deux parties égales. Une cloison pleine, sans fenêtre ou bouche d'aération, séparait les pièces 3 et 4. Les détenus pouvaient voir à travers la porte de la pièce 3, mais pas à travers les fenêtres. L'eau qui s'échappait des toilettes et des lavabos tout proches s'écoulait dans la pièce, en dégageant une terrible puanteur. Les conditions de vie dans la pièce 3 ont été qualifiées d'abjectes ou de « tragiques » ; il y faisait chaud. S'agissant du nombre de personnes qui y étaient détenues, la Chambre a principalement entendu des témoignages portant sur la situation le 20 juillet 1992 ou vers cette date, soit après l'arrivée de groupes de Brdo. Des témoins ont déclaré que le nombre de personnes présentes dans la pièce 3 à cette époque-là était compris entre 250 et 400, et qu'il s'était monté par la suite à 570. (…)

65. La pièce 4 était à peu près de la même taille que la pièce 3 ou peut-être légèrement plus grande. Elle était divisée en deux parties, de 6 mètres sur 6, séparées au milieu par un petit couloir. La pièce s'incurvait à partir du centre. La hauteur de plafond était de 3 à 4 mètres et il y avait dans un coin, à droite de la porte, des toilettes, qui étaient sales et empestaient. Comme les autres, la pièce 4 était dotée d'une porte métallique à deux battants et surmontée d'une fenêtre. Lorsque la porte était fermée, on ne pouvait pas voir ce qui se passait de l'autre côté. La pièce 4 était également surpeuplée. Le nombre de détenus est passé de 280 à 400 ou 500 par la suite » [61]

Poursuivant son analyse des conditions de vie générales dans le camp de Keraterm, la Chambre relève les points suivants, premièrement en rapport avec les conditions de couchage : « *La Chambre a la preuve que les personnes détenues dans le*

[60] TPIY, Sikirica, §56.
[61] TPIY, Sikirica, §§62-65.

camp ne disposaient d'aucun matériel de couchage. Non seulement il était impossible de s'allonger faute de place en raison du surpeuplement des pièces, mais il n'était fourni ni literie ni couverture et, le premier mois, les détenus ont dormi à même le sol en béton jusqu'à ce qu'on leur donne des palettes de bois » [62].

Ensuite, la Chambre de première instance relève l'insuffisance notable en matière d'accès aux toilettes, dont nous avons déjà relevé la présence dans certaines pièces : « *La Chambre a entendu des témoignages sur l'insuffisance des toilettes accessibles aux détenus. La plupart étaient bouchées et, pour y accéder, les détenus devaient patauger dans l'eau, l'urine et les excréments. Ils faisaient leurs besoins dans un tonneau dans les pièces 2 et 3 ou dans des sacs dans la pièce 1 ; (…) Qui plus est, l'équipe de garde ne permettait pas toujours aux détenus d'aller aux toilettes. (…) Le Témoin F a déclaré qu'il était très dangereux de se rendre aux toilettes la nuit, parce que l'on risquait d'être battu. Certains n'en sont jamais revenus* » [63].

De manière plus générale, la chambre relève la pauvre situation du camp en matière d'installations sanitaires : « *Des témoins ont affirmé qu'il n'y avait pas d'installations sanitaires à Keraterm et que, en général, les détenus ne pouvaient ni se laver, ni nettoyer leurs vêtements, ni se changer. Par conséquent, leurs vêtements étaient sales et sentaient, et il y avait des poux. Quelques témoins ont déclaré qu'ils étaient parfois autorisés à se laver, en particulier lorsque Kolundzija était de garde. Les vêtements et les autres objets présents dans les pièces ont été désinfectés une fois et de la poudre contre les poux a été distribuée au moins une fois* » [64].

En matière d'alimentation, les conditions de vie au camp de Keraterm sont à l'image de ce qui précède :

« *70. Les témoignages entendus par la Chambre établissent que les détenus recevaient une piètre ration de famine une fois par jour. Parfois, on ne leur donnait rien de la journée, soit, comme ce fut le cas au début, parce que la distribution de nourriture n'avait pas encore été organisée, soit parce qu'il n'y avait pas assez de nourriture pour tout le monde. (…) La nourriture, qui venait de l'extérieur, était servie dans l'après-midi, entre 15 et 18 heures, devant les pièces 1 et 2. Elle consistait en un peu d'eau chaude agrémentée parfois d'une feuille de chou, de quelques morceaux de pommes de terre, ou de haricots ou de quelques os, et de deux tranches de pain très fines. Les portions ont diminué au fur et à mesure que le nombre de détenus a augmenté. Il n'y avait jamais assez de nourriture pour tous, et les détenus de la dernière pièce à être servie n'avaient rien. Il n'y avait pas d'ordre de distribution ; tous les deux jours, c'était une autre pièce que l'on servait en premier.*

71. De surcroît, les détenus n'avaient pas toujours le temps de manger le peu qu'on leur servait. Ils n'avaient que quelques minutes pour avaler leur ration, et, s'ils n'avaient pas fini à temps, ils étaient battus. (…) » [65].

De manière complémentaire à cette situation de malnutrition, la Chambre de première instance relève ce qui suit quant à l'accès à l'eau : « *La Chambre a entendu des témoignages selon lesquels les détenus n'avaient qu'un accès limité, voire aucun accès à l'eau. Il n'y avait pas d'eau dans le camp – ou par le réseau hydraulique de Prijedor. Au début, l'eau, à usage industriel, était fournie par une bouche d'incendie. N'étant pas potable, elle a rendu les détenus malades. Durant les premiers jours de leur détention dans la pièce 3, les détenus de la région de Brdo n'avaient pas accès à l'eau. Parfois, pourtant, les détenus*

[62] TPIY, Sikirica, §67.
[63] TPIY, Sikirica, §68.
[64] TPIY, Sikirica, §69.
[65] TPIY, Sikirica, §§70-71.

obtenaient de l'eau potable, apportée par camion-citerne. Ils étaient autorisés à remplir des bouteilles et à les ramener dans leur pièce (…) » [66].

Il va de soi que l'accès aux soins médicaux étaient pour le moins aléatoire : « *Les détenus n'avaient généralement pas accès aux soins. De plus, ceux qui étaient sortis blessés d'un passage à tabac n'osaient souvent pas demander qu'on les soigne. Certains l'ont néanmoins été, ou ont vu d'autres l'être, ou ont été conduits à l'hôpital* » [67].

La Chambre de première instance s'attache ensuite à décrire la vie quotidienne dans le camp de Keraterm :

« *75. (…) En général, les détenus n'étaient pas enfermés dans les pièces durant la journée, ils pouvaient sortir et se déplacer plus ou moins selon l'équipe qui était de garde. (…)*

76. Des témoins ont déclaré devant la Chambre que chaque chef d'équipe avait une clé des pièces et qu'il pouvait enfermer les détenus quand bon lui semblait. Les portes des pièces étaient généralement fermées à clé au crépuscule (…).

77. Les détenus de Keraterm étaient parfois autorisés à recevoir de la visite ou des colis de nourriture ou de vêtements (…).

78. La Chambre a entendu des témoignages selon lesquels, au début, un camion venait chaque jour chercher un groupe de détenus qui s'étaient portés volontaires pour effectuer des tâches à l'extérieur du camp ; ils revenaient de bonne humeur et toujours rassasiés. D'autres volontaires ne sont toutefois jamais revenus » [68].

Des interrogatoires étaient régulièrement menés dans le camp et la Chambre de première instance à établi ainsi leur déroulement, d'après les témoignages, notamment de personnes détenues à cette époque :

« *79. La plupart des témoins ont déclaré avoir été interrogés au moins une fois durant leur détention à Keraterm. Les premiers détenus, arrivés à Keraterm le 31 mai 1992, et d'autres, arrivés plus tard, ont été interrogés dans les 8 à 12 jours de leur arrivée. D'autres encore, arrivés vers la même époque, ont été interrogés plusieurs semaines après.*

(…) 81. Lorsqu'ils étaient appelés, les détenus étaient escortés par un gardien jusqu'à un bureau situé à l'étage, au-dessus de la pièce 1, où ils étaient interrogés. Les interrogatoires avaient lieu pendant la journée et duraient entre un quart d'heure et une heure.

82. Les témoignages entendus par la Chambre indiquent que les interrogatoires étaient généralement conduits par une ou deux personnes, appelées 'inspecteurs' ou 'enquêteurs', qui venaient de l'extérieur » [69].

Enfin, la Chambre de première instance aborde les sévices et les mauvais traitements infligés aux détenus du camp de Keraterm. Le climat général dans le camp était le suivant :

« *84. Presque tous les anciens détenus du camp de Keraterm qui ont déposé ont déclaré avoir subi des mauvais traitements, tant physiques que psychologiques, ou en avoir été témoins. Les mauvais traitements ont commencé trois à sept jours après l'ouverture du camp, et sont devenus quotidiens. N'importe qui pouvait battre des détenus à sa guise. Les passages à tabac avaient lieu surtout la nuit, aussi bien dans les pièces qu'à l'extérieur, près d'un tas d'ordures ou dans une pièce réservée à cet usage. Les détenus étaient généralement appelés par un gardien. Certains étaient battus puis ramenés dans les pièces. D'autres ont été tués et leur cadavre a été ramené dans la pièce, ou abandonné sur le tas d'ordures et enlevé le*

[66] TPIY, Sikirica, §73.
[67] TPIY, Sikirica, §74.
[68] TPIY, Sikirica, §§75-78.
[69] TPIY, Sikirica, §§79-82.

lendemain. Les passages à tabac étaient le fait des gardiens du camp ou de personnes de l'extérieur, qui agissaient seules ou en groupe.

85. La plupart des détenus ont été non seulement personnellement maltraités, mais aussi témoins de sévices exercés sur d'autres. (…)

86. Tout cela créait un climat de terreur ; les détenus vivaient dans la hantise des mauvais traitements dont les effets sautaient aux yeux de quiconque se rendait au camp. (…)

87. Les victimes de ces sévices ne se plaignaient jamais parce qu'elles avaient peur des gardiens. D'après un témoin, tout prisonnier qui se plaignait de mauvais traitements était tué et son cadavre jeté sur le tas d'ordures le lendemain.

88. (…) Les sévices semblaient parfois infligés au hasard ou pour divertir ceux qui les infligeaient. Le Témoin X a déclaré que souvent, dans la journée, les gardiens ordonnaient à un détenu d'en poursuivre un autre et, s'il ne l'attrapait pas, il était battu par les soldats. (…)

89. Souvent, on maltraitait les personnes dans le but de leur extorquer de l'argent ou de régler de vieux comptes antérieurs au conflit. Les détenus catalogués comme 'extrémistes' semblaient les plus maltraités. (…) Certains détenus faisaient l'objet d'un 'traitement spécial', ce qui signifie qu'ils pouvaient être battus ou même tués par n'importe qui. On les mettait près de la porte de manière à ce qu'ils soient 'disponibles' à tout moment » [70].

Les sévices étaient essentiellement le fait des gardiens :

« 90. Les gardiens et les soldats entraient et sortaient librement du camp, quelle que soit l'équipe à laquelle ils avaient été affectés. (…) Selon le Témoin M, les gardiens en titre avaient un comportement 'bestial' ; ils étaient parfois ivres et, si personne n'était là pour les en empêcher, ils faisaient ce qu'ils voulaient des détenus. (…)

91. Fikret Avdic, serveur de son métier, avait travaillé dans un bar près de la gare à Prijedor. Une nuit, vers le 18 ou le 20 juillet 1992, il a été appelé et battu. On l'a ramené devant la pièce 2 et les détenus ont reçu l'ordre de le porter à l'intérieur. Il était grièvement blessé et sans connaissance ; il vomissait du sang. Il est décédé le lendemain matin. Il a été emmené au-delà de la pièce 4, là où l'on entreposait les cadavres avant de les enlever.

92. Le 23 juin 1992, Jovo Radocaj, serbe, a été amené durant le tour de garde des frères Banovic. Le Témoin E a affirmé que Dupo Banovic l'avait appelé et l'avait frappé avec une batte de base-ball, pendant que les gardiens criaient : 'Voilà comment nous punissons les traîtres serbes.' Le Témoin I a déclaré que Banovic avait dit à Jovo Radocaj : 'Toi, un Serbe, adhérer au SDA. On devrait t'écorcher comme un agneau pour le Bajram.' Les autres détenus ont entendu des gémissements et des cris de douleur. Quand on l'a ramené dans l'une des pièces, Jovo Radocaj était couvert de sang, de marques et d'ecchymoses. Il est décédé tôt dans la matinée » [71].

[70] TPIY, Sikirica, §§84-89.
[71] TPIY, Sikirica, §§90-92.

IV. L'*actus reus* de l'emprisonnement et autre forme de privation grave de liberté physique

L'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale incrimine l'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international [72]. C'est plus précis que l'incrimination existant dans les Statuts des deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui retiennent simplement l'emprisonnement. Surtout, les règles fondamentales du droit international couvrent tant l'emprisonnement ou les autres formes de privation grave de liberté physique, que les conditions de détention. Ainsi, ce crime contre l'humanité est constitué soit si l'auteur prive de liberté une ou plusieurs personnes en violation des règles fondamentales du droit international ou s'il traite des personnes détenues en violation de ces mêmes règles, quelle que soit la légalité de leur privation de liberté. En effet, tant les règles relatives à la protection contre les privations de liberté arbitraires que celles relative au traitement humain des personnes privées de liberté doivent être considérée comme fondamentales en droit international.

Ce dernier crime a donné lieu à un petit nombre de jugements, dont les plus pertinents à notre analyse sont ceux rendus dans les affaires *Delalic et consorts*, relative au camp de Celibici, *Kordic et Cerkez*, relative au camp de Keraterm, et *Sikirica*, sur laquelle nous ne reviendrons pas. Dans la première affaire, *Delalic et consorts*, l'acte d'accusation reprochait aux accusés d'être responsables de la détention illégale de nombreux civils au camp de détention de Celibici, comme infraction grave aux Conventions de Genève [73], le Tribunal concluant : « *la Chambre de première instance est d'avis que la détention de civils pendant un conflit armé peut être acceptable dans un nombre limité de cas ; toutefois, cette détention doit, en tout état de cause, respecter les dispositions des articles 42 et 43 de la IVe Convention de Genève. La sécurité de l'État concerné peut exiger l'internement de civils ; en outre, il appartient dans une large mesure aux États de décider si leur sécurité peut exiger l'internement de civils et si un civil représente une menace pour sa sécurité. Cependant, il convient de toujours garder à l'esprit que l'internement pour des raisons de sécurité est une mesure exceptionnelle qui ne peut jamais être collective. Un internement licite à l'origine devient clairement illégal si la partie détentrice ne respecte pas les droits fondamentaux des personnes détenues en matière de procédure et ne crée pas de tribunal ou de collège administratif compétent, ainsi que l'exige l'article 43 de la IVe Convention de Genève* » [74].

Dans l'affaire *Kordic et Cerkez*, le Tribunal pénal international se pencha sur l'emprisonnement en tant que crime contre l'humanité, soulignant que les éléments constitutifs de ce crime sont les mêmes que ceux relatifs au crime de détention illégale comme infraction grave aux Conventions de Genève [75]. Le Tribunal en a conclu « *le terme d'emprisonnement cité dans l'article 5 e) du Statut doit être entendu comme emprisonnement arbitraire, c'est-à-dire la privation d'un individu de sa liberté en violation des formes légales dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. À cet effet, la Chambre devra examiner le caractère légal ou illégal de l'emprisonnement ainsi que les garanties en matière de procédure accordées à une personne ou à un groupe de personnes faits prisonniers, avant de déterminer si ces emprisonnements*

[72] Art. 7 §1 lit. (e) CPI.
[73] Art. 2 lit. (g) TPIY.
[74] TPIY, Delalic et al., §583.
[75] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §298.

ont eu lieu dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile » [76].

Ceci permet à la Chambre de première instance de considérer un emprisonnement comme illégal lorsque :

« *- les civils sont détenus en violation de l'article 42 de la IVe Convention de Genève, alors qu'il n'existe aucune raison sérieuse de croire que la sécurité de la Puissance détentrice l'exige de façon impérative,*

- les garanties en matière de procédure exigées par l'article 43 de la IVe Convention de Genève ne sont pas accordées aux civils détenus, même si leur détention initiale se justifiait, et

- l'emprisonnement a eu lieu dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile » [77].

Le raisonnement du Tribunal lie ainsi étroitement le crime de guerre de détentions illégales et le crime contre l'humanité d'emprisonnement, dans une mesure trop restrictive à la lecture du Statut de la Cour pénale internationale. En effet, l'article 7 du Statut de Rome donne des précisions quant aux éléments constitutifs de ce crime : premièrement, il s'agit d'emprisonnement ou d'autre forme de privation grave de la liberté physique, ce qui ne se réduit pas forcément aux cas de détentions illégales rencontré dans les crimes de guerre ; deuxièmement, une telle atteinte à la liberté physique des personnes doit intervenir en violation des dispositions fondamentales du droit international, ce qui ne saurait être limité aux Conventions de Genève mais doit englober les dispositions pertinentes des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Ce n'est que lorsque le crime contre l'humanité est commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou non, que le renvoi aux Conventions de Genève pourrait s'avérer pertinent et qu'il conviendra alors, également, de s'interroger sur une qualification, peut-être plus correcte, de crime de guerre.

A. L'emprisonnement et autre forme de privation grave de la liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international

Nous ne savons pas si les auteurs du Statut de la Cour pénale internationale avaient à l'esprit le sens étroit du terme emprisonnement, c'est-à-dire en tant que condamnation par un tribunal à une sanction privative de liberté, ou dans un sens plus large de détention, tel que l'entendait, par exemple, la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié à l'issue de la seconde guerre mondiale. Christopher K. Hall estime que l'adjonction des termes « *privation grave de liberté physique* » conduit à percevoir l'emprisonnement dans son sens strict, tout en soulignant que les autres formes de privation de liberté physique également incriminée par l'article 7 ont « *a very wide meaning which would encompass the broad definition of imprisonment and would include a wide variety of restrictions on physical liberty, including house arrest, restriction to a closed city or similar restrictions* » [78]. Trancher une telle question n'a pas grand intérêt vu la rédaction de l'article 7 du Statut de Rome sur ce point. En effet, celui-ci entend bien

[76] TPIY, Kordic et Cerkez, §302.
[77] TPIY, Kordic et Cerkez, §303. Voir également Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 77.
[78] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 137-138, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI.

incriminer, comme constitutif d'un seul et même crime contre l'humanité, l'emprisonnement et les autres formes de privations graves de liberté physique, qui forment ainsi un tout cohérent. Par ailleurs, nous l'avons souligné, le bien protégé est ici la liberté physique de la personne, atteint aussi bien par l'emprisonnement que par les autres formes de privation grave de liberté physique.

Les auteurs du Statut ne nous ont pas non plus laissé d'indication particulière sur ce qu'il convient d'entendre par privation « *grave* » de liberté physique. La durée de la détention ne saurait à elle seule être un critère : « *recent history is rife with widespread or systematic short-term detentions where the conditions were severe, the detention secret or the short-term detention repeated* » [79]. Ceci est confirmé par l'expérience du Rapporteur spécial des Nations Unies contre la torture, qui relève que c'est dans les premiers moments de privation de liberté que le détenu est à la merci de son geôlier et que se rencontrent les cas les plus nombreux de mauvais traitements [80]. Il appartiendra à la Cour de déterminer, en tenant compte des circonstances de la cause, notamment de l'ensemble des conditions de détention, si la privation de liberté est ou non grave.

L'Assemblée des Etats parties, dans ses Eléments des crimes, a retenu une précision qui n'en est pas une, se contentant de nous livrer l'élément suivant : « *La gravité du comportement était telle qu'il constituait une violation de règles fondamentales du droit international* » [81]. Ainsi, il semble que le critère de gravité est lié à la qualité de la norme de droit international violée : si la règle violée est fondamentale, alors la violation est grave, la question suivante étant, évidemment, de savoir quelles sont les normes fondamentales du droit international…

Christopher K. Hall souligne trop hâtivement que les termes « *règles du droit international* » sont particulièrement larges et qu'il reviendra à la Cour de déterminer lesquelles sont fondamentales, tempérant toutefois : « *but surely they would include, at a minimum, all the guarantees of the right to be free from arbitrary detention and to fair trial which the international community has incorporated in treaties or in the charters and rules of international tribunals, such as the rights to prompt access to a judge, to have the lawfulness of one's detention promptly determined by a court and to be released if the detention was unlawful, to an independent, impartial and competent court, to counsel, and to an appeal* » [82]. En effet, le Statut de la Cour pénale internationale nous impose une interprétation conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus, qui sont particulièrement pertinents en l'espèce ; les crimes contre l'humanité sont, rappelons-le, une violation massive ou systématique des droits de l'homme. C'est donc bien essentiellement à la lumière des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des Conventions européenne et américaine des droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que ce crime doit être analysé, sans oublier les autres instruments que nous avons mentionnés [83].

A notre sens, il convient d'entendre par « *emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique* » les différents cas de détention tels que l'article 5 paragraphe premier de la Convention européenne des droits de l'homme les

[79] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 138, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI.
[80] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 277, *supra* note 41.
[81] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique, p. 122.
[82] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p.138, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI. Voir également Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 110.
[83] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 137, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI.

énumère. Toutefois, ceci ne saurait suffire car cette disposition n'énumère que les cas dans lesquels la privation de liberté est licite. Ce qu'il convient ici de rechercher est donc une évaluation de la gravité des mesures privatives de liberté en cause.

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté en décembre 1988 un Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention et d'emprisonnement [84]. Cet instrument contient, au long des trente-neuf principes qu'il détaille, une liste de règles de sauvegarde s'appliquant à toutes les personnes emprisonnées ou autrement détenues, dont l'observance devrait assurer que toute personne soit traitée avec humanité et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine [85]. Cet Ensemble de principes ne possède pas, en lui-même, force obligatoire et est typique de la notion anglo-saxonne de « *soft law* », mais sa valeur n'est pas à dédaigner, notamment lorsqu'il reprend des notions par ailleurs définies en droit international, par exemple l'interdiction de la torture [86], et vient après l'adoption de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus. Ces principes sont utiles à notre propos pour interpréter les notions de détentions et d'emprisonnement, de même que pour faire le lien avec l'interdiction de la torture ou des disparitions forcées.

En ce sens, l'emprisonnement peut être compris conformément à la définition qui y est donnée. Il s'agit alors d'une privation « *de la liberté individuelle à la suite d'une condamnation pour infraction* ». Les autres formes de privation grave de la liberté physique couvertes par l'article 7 paragraphe 1 lettre (e) du Statut de la Cour pénale internationale peuvent alors être comprises comme étant toute privation de liberté intervenant à la suite d'une arrestation, définie comme « *l'acte qui consiste à appréhender une personne du chef d'une prétendue infraction ou par le fait d'une autorité quelconque* », c'est-à-dire la soumission à une forme de détention, définie, rappelons-le, comme la privation de « *la liberté individuelle sauf à la suite d'une condamnation pour infraction* » [87].

Il est important qu'il s'agisse d'une privation de liberté et non simplement d'une restriction à la liberté physique individuelle. Nous avions sur ce point précisé que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ne couvre pas les simples restrictions à la liberté, la Cour européenne des droits de l'homme estimant toutefois qu'il y a entre privation et restriction de la liberté une « *différence de degré et d'intensité, non de nature ou d'essence* » [88]. Conformément à la jurisprudence de la Cour, déterminer s'il y a privation de liberté dépend de la situation concrète de l'individu et « *d'un ensemble d'éléments tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la sanction ou mesure considérée* » [89]. Nous l'avons démontré, l'assignation à résidence ou l'internement administratif ne sont pas en tant que tels considérés comme des mesures privatives de liberté, ce qu'ils peuvent toutefois devenir selon les circonstances de l'espèce et la manière dont ils sont menés [90]. L'adjonction du qualificatif « *grave* » dans le Statut de Rome démontre que le degré et

---

[84] Voir Principes pour la protection des personnes détenues ; l'Assemblée générale a insisté pour que tous les efforts nécessaires soient entrepris pour qu'ils soient généralement reconnus et respectés (§4)
[85] Voir Principes pour la protection des personnes détenues, principe premier.
[86] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 326.
[87] Principes de protection des personnes détenues §2, *Emploi des termes*.
[88] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §93 ; voir également l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, A93, §41.
[89] Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, §59, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, A93, §41, et *Nielsen c. Danemark*, du 28 novembre 1988, A144, §67.
[90] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, §94. Voir également Jan De Meyer, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 191-196, *ad* art. 5 §1 CEDH.

l'intensité de la mesure en cause doivent être tels qu'il y ait bien, matériellement, privation de liberté.

La privation de liberté doit, pour être constitutive de crimes contre l'humanité, intervenir en violation des dispositions fondamentales du droit international, ce qui peut être perçu, dans une certaine mesure, comme la définition d'une notion d'arbitraire. Le concept d'arbitraire doit être compris comme l'illicéité de la mesure privative de liberté en droit international, quand bien même une telle mesure serait licite en droit interne [91]; une autre catégorie de détention est arbitraire lorsque les conditions de détention sont constitutives de torture ou de peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants [92]. Dans les deux cas, en effet, il y a emprisonnement ou privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international.

Par ailleurs, le Groupe de travail des Nations Unies sur les détentions arbitraires a défini trois critères permettant de les identifier : « *'(a) When it is clearly impossible to invoke any legal basis justifying the deprivation of liberty (as when a person is kept in detention after the completion of his sentence or despite an amnesty law applicable to him) (category I); (b) When the deprivation of liberty results from the exercise of the rights and freedom guaranteed by articles 7, 13, 14, 18, 19, 20 and 21 of the Universal Declaration of Human Rights and, insofar as States Parties are concerned, by articles 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 and 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (category II); (c) When the total or partial non-observance of the international human rights norms relating to the right to a fair trial, established in the Universal Declaration of Human Rights and in the relevant international instruments accepted by the States concerned, is of such gravity as to give the deprivation of liberty an arbitrary character (category III)* » [93].

Une mesure privative de liberté ne peut être décidée que dans les limites tracées par les dispositions de protection contre les arrestations et détentions arbitraires et viole donc ces dispositions fondamentales du droit international si, premièrement, l'individu arrêté ou détenu n'est pas informé des raisons de cette arrestation ou détention et n'a pas reçu notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui ; deuxièmement, s'il n'est pas traduit, dans le plus court délai possible, devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires ; troisièmement s'il n'est pas jugé dans un délai raisonnable ; quatrièmement, s'il ne dispose pas de recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de la détention et ordonne sa libération si sa détention est illégale [94].

La première de ces garanties, que l'on retrouve sous une forme identique dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que dans les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme, le droit de connaître les raisons de son arrestation, est fondamentale. Comme le précise Régis de Gouttes dans son commentaire de l'article 5 paragraphe 2 de la Convention européenne, et ceci vaut certainement pour les autres dispositions citées : il est « *sans doute l'un des droits primordiaux de l'individu. Il est le refus même de l'arbitraire. Il est inscrit au tréfonds de l'exigence de liberté et de sécurité de toute personne. (…) A défaut, c'est non seulement le principe de la présomption d'innocence qui est nié, mais aussi la faculté pour la personne*

---

[91] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 137, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI et Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 267.
[92] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 137, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI et Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 267.
[93] Report of the Working Group on Arbitrary Detention, ONU Doc. E/CN.4/1998/44, §8.
[94] Voir art. 9 PIDCP, art. 5 CEDH et art. 7 CADH.

arrêtée de contester le bien fondé des soupçons pesant sur elle et de faire recours devant un tribunal pour qu'il soit statué sur la légalité de sa détention (…) De ce point de vue, le droit inscrit dans l'article 5§2 est étroitement lié au respect des droits de la défense, au principe de la garantie judiciaire et à l'exigence d'une procédure contradictoire » [95].

Ce droit d'être informé des raisons de son arrestation et de sa détention est interprété par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, comme s'appliquant à tous les cas de détention énumérés à l'article 5, paragraphe premier de la Convention européenne [96].

L'information doit être rapide (« *promptly* » dans les versions anglaises), les circonstances de l'espèce permettant de déterminer si elle a été donnée suffisamment tôt [97]. Elle doit également être complète, même si une certaine généralité dans son contenu est admise, surtout en matière d'arrestation en vue d'extradition ou de simple internement administratif, pour lesquels la Commission européenne des droits de l'homme a estimé qu'une information sur le fondement légal de l'arrestation et sur la nature des contrôles pratiqués suffisait [98]. Il n'en demeure pas moins que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'information donnée à la personne arrêtée ou détenue devait comporter « *les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté* », afin qu'elle puisse en discuter ensuite la légalité devant un tribunal, «*dans un langage simple accessible pour la personne arrêtée* » [99].

La deuxième garantie essentielle est le droit d'être traduit, dans les meilleurs délais, devant une autorité judiciaire. L'article 9 paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de même que l'article 7 paragraphe 5 de la Convention américaine, exigent « *le plus court délai* » ; l'article 5 paragraphe 3 de la Convention européenne exige « *aussitôt* » et s'applique en fait aux gardes à vue [100]. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « *l'utilisation dans le texte français de l'adverbe 'aussitôt', lequel évoque avec force l'idée d'imminence, confirme que le degré de souplesse lié à la notion de promptitude (promptness) est limité, même si l'on ne peut en aucun cas oublier les circonstances en se prononçant sur le terrain du §3* », circonstances qui ne peuvent toutefois jamais aller jusqu'à « *porter atteinte à la substance même du droit protégé* ». Même si le « *contexte du terrorisme en Irlande du Nord a pour effet d'augmenter la durée pendant laquelle les autorités peuvent, sans violer l'article 5§3, garder à vue un individu soupçonné de graves infractions terroristes avant de le traduire devant un juge ou un autre magistrat judiciaire* », la Cour juge que l'on « *élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d''aussitôt' si l'on attachait aux caractéristiques de la cause un poids assez grand pour justifier une si longue détention sans comparution devant un juge ou un autre magistrat* », la détention en question ayant duré quatre jours et six heures [101].

Dans cette perspective, la personne arrêtée ou détenue doit être présentée à un juge ou à « *une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »

---

[95] Régis de Gouttes, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 203, *ad* art. 5§2 CEDH.
[96] Voir Régis de Gouttes, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 204-207, *ad* art. 5 §2 CEDH.
[97] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c. Royaum-Uni*, du 30 août 1990, A182, §40.
[98] Voir Rapport de la Commission EDH dans l'affaire *McWeight et Cts*, du 18 mars 1981, vol. 25, p. 90, §208.
[99] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c. Royaum-Uni*, du 30 août 1990, A182, §40. Voir également Régis de Gouttes, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 203-210, *ad* art. 5 §2 CEDH.
[100] Voir Michèle Picard et Patrick Titiun, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 211, *ad* art. 5 §3 CEDH.
[101] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Brogan et autres c. Royaume-Uni* , du 29 novembre 1988, A145-B, §§59-62.

selon le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne retenant « *un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » et la Convention américaine un juge ou « *un tribunal compétent* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé que ce juge ou magistrat doit posséder certaines qualités, qui sont « *l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties* », « *l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui* », sans toutefois exiger la présence d'un avocat, et enfin qu'il doit « *examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention* » afin de se prononcer, sur la base de critères juridiques, sur l'existence de raisons justifiant la détention ou, en leur absence, ordonner la remise en liberté de la personne arrêtée ou détenue [102].

Tant la Convention européenne que la Convention américaine des droits de l'homme exigent qu'une personne arrêtée ou détenue soit jugée dans un délai raisonnable. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé le sens de l'article 5 de la Convention européenne sur ce point : « *L'article 5, qui commence par l'affirmation du droit de toute personne à la liberté et à la sûreté, détermine pour le surplus les cas et conditions auxquels il est permis de déroger à ce principe, en vue notamment du maintien de l'ordre public qui exige d'assurer la répression des infractions. C'est donc essentiellement en fonction de l'état de détention de la personne poursuivie que les tribunaux nationaux, et éventuellement après eux la Cour européenne, doivent apprécier si le délai écoulé, pour quelque cause que ce soit, avant le jugement de l'accusé a dépassé à un moment donné les limites raisonnables, c'est-à-dire celles du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente. (…) En d'autres mots c'est, au sens de l'article 5§3, la détention provisoire des accusés qui ne peut être maintenue au-delà des limites raisonnables* » [103].

La Cour a, dans deux affaires françaises plus récentes, également limité le recours au motif de la protection de l'ordre public dans le champ d'application de l'article 5 paragraphe 3 : « *La Cour admet que par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps. Dans ces circonstances exceptionnelles, cet élément peut donc entrer en ligne de compte au regard de la Convention, en tout cas dans la mesure où le droit interne reconnaît (…) la notion de trouble à l'ordre public provoqué par une infraction. Cependant, on ne saurait l'estimer pertinent et suffisant que s'il repose sur des faits de nature à montrer que l'élargissement du détenu troublerait réellement l'ordre public. En outre, la détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé ; sa continuation ne saurait servir à anticiper sur une peine privative de liberté* » [104].

Toutefois, il faut admettre qu'une période de détention provisoire puisse être relativement longue. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé, dans les circonstances particulières de l'affaire *W. c. Suisse*, qu'une période de détention provisoire de quatre ans et trois jours n'excédait pas une durée raisonnable, premièrement parce que les motifs avancés pour refuser la mise en liberté étaient pertinents et suffisants (en l'espèce le risque de fuite, de collusion et de répétition de l'infraction) et, deuxièmement, qu'il n'y eut jamais de ralentissement de l'enquête durant toute cette période : « *En conséquence, la longueur de la détention incriminée se révèle imputable, pour l'essentiel, à l'exceptionnelle complexité de l'affaire et au comportement du requérant. Celui-ci n'avait certes pas l'obligation de coopérer avec les*

[102] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Schiesser c. Suisse*, du 4 décembre 1979, A34, §§31 et 36.
[103] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Wemhoff c. Allemagne*, du 27 juin 1968, A7, §5.
[104] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Letellier c. France*, du 26 juin 1991, A207, §51, motivation reprise par la Cour dans son arrêt en l'affaire *Kemmache c. France*, du 27 novembre 1991, A218.

autorités, mais il doit supporter les conséquences que son attitude a pu entraîner dans la marche de l'instruction » [105].

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de même que les Conventions européennes et américaines des droits de l'homme disposent qu'une personne arrêtée doit jouir d'un droit de recourir auprès d'un tribunal pour contester le bien-fondé de son arrestation et obtenir le cas échéant sa mise en liberté [106]. Par le mot tribunal, la Convention européenne « *n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays* » [107] mais désigne, d'une part « *des organes présentant des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties* », d'autre part un organe « *qui ne doit pas posséder de simples attributions consultatives, mais aussi la compétence de 'statuer' sur la légalité de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale* » [108]. Le terme français de « *recours* » est à comprendre dans son sens général de la version anglaise, qui utilise le terme « *proceeding* » et non ceux de « *appeal* », « *recourse* » ou « *remedy* », en conséquence de quoi l'article 5 paragraphe 4 de la Convention européenne des droits de l'homme garanti au détenu « *le droit à une vérification juridictionnelle de la légalité de la mesure* » privative de liberté, ouvrant sur une décision de remise en liberté si elle s'avère illégale [109].

Le contrôle de la légalité de la détention par la Cour européenne des droits de l'homme couvre un champ que sa jurisprudence s'est efforcée de délimiter précisément : « *l'article 5§4 ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations d'opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables, selon la Convention, à la régularité de la détention d'un individu* » [110]. Quant au bref délai dans lequel le tribunal doit statuer sur la requête, comme toutes les autres notions comparables de la Convention, il doit s'apprécier à la lumière des circonstances de chaque affaire [111].

En conclusion sur ce point, le crime contre l'humanité d'emprisonnement ou de privation grave de la liberté physique en violation des règles fondamentales du droit international est constitué lorsque, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, une ou plusieurs personnes, sont arrêtées ou détenues alors qu'il est clairement impossible d'invoquer une quelconque base légale justifiant cette privation de liberté, ou lorsque la privation de liberté est le résultat de l'exercice par ces personnes des droits et libertés garantis par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, ou, enfin, lorsque les règles relatives à un procès équitables sont en tout ou parties violées, soit, premièrement, lorsque ces personnes sont arrêtées ou détenues sans être informées des raisons de cette arrestation ou

---

[105] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *W. c. Suisse*, du 26 janvier 1993, A254-A, §42. Voir également Michèle Picard et Patrick Titiun, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 211-227, *ad* art. 5 §3 CEDH.
[106] Voir art. 9 §4 PIDCP, art. 5 §4 CEDH, art. 7 §6 CADH.
[107] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*, du 5 novembre 1981, A46, §53.
[108] Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, du 18 juin 1971, A12, §78, et *Weeks c. Royaume-Uni*, du 2 mars 1987, A114, §61.
[109] Voir l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, du 18 juin 1971, A12, §76.
[110] Voir les arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Weeks c. Royaume-Uni*, du 2 mars 1987, A114, §59 ; *X. c. Royaume-Uni*, du 5 novembre 1981, A46, §58 ; *Van Droogenbroeck c. Belgique*, du 24 juin 1982, A50, §49 ; *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, A93, §52.
[111] Voir par ex. l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Sanchez-Reisse c. Suisse*, du 21 octobre 1986, A107, §55. Voir également Renée Koering-Joulin, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 229-233, *ad* art. 5 §4 CEDH.

détention et n'ont pas reçu notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre elles ; deuxièmement, si elles ne sont pas traduites, dans le plus court délai possible, devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires ; troisièmement si elles ne sont pas jugées dans un délai raisonnable ; ou, quatrièmement, si elles ne disposent pas de recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de la détention et ordonne leur libération si la détention est illégale.

B. Les conditions de détention

La privation de liberté intervient également en violation des règles fondamentales du droit international si les conditions de détention sont constitutives soit de torture, de traitements cruels, inhumains ou dégradants ou, plus généralement, de mauvais traitements [112], ce qui nous mènera aux confins du chapitre suivant consacré à la torture, nous approchant également du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes. Surtout, l'analyse des principes et règles du droit international en matière de conditions de détention, nous permettra, en insistant sur leur caractère de règles fondamentales, de compléter l'analyse du crime contre l'humanité d'emprisonnement et des autres formes de privation grave de la liberté physique et, plus particulièrement, d'introduire à l'analyse de la détention de masse en camps. Sur ce point, le crime contre l'humanité d'emprisonnement ou de privation grave de la liberté physique apparaît comme complémentaire aux crimes contre l'humanité de torture et d'autres actes inhumains.

La plupart des mauvais traitements contre des personnes détenues, relevés dans la jurisprudence internationale en la matière, interviennent dans la période suivant immédiatement leur arrestation, avant que leur situation ne soit formalisée, soit comme détention préventive en vue d'un procès, soit comme emprisonnement à la suite d'un jugement portant leur condamnation. C'est traditionnellement durant cette première période de détention, que les personnes ainsi privées de liberté sont à la merci de leurs gardiens et courent le plus grand risque de mauvais traitement. Dès que ces personnes se retrouvent dans une situation de détention plus formalisée, leur situation change, comme le relève Nigel S. Rodley : « *Once people so detained are handed over to a more formal institution of incarceration, the situation will usually change, not least because the personnel responsible for administering the institution will normally be different from those responsible for the initial detention and will not have the same objectives (obtaining information and confessions) as the officials effecting the original detention* » [113].

Sans aborder directement ici les questions liées à la torture, que nous analyserons dans le chapitre suivant, il convient d'avoir une vision plus large des conditions de détention, essentiellement basées sur l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui exige que toute personne privée de sa liberté soit traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine [114].

[112] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 137, *ad* art. 7 §1 lit. (e) CPI et Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 267.
[113] Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 277.
[114] Voir art. 10 PIDCP ; art. 5 CADH ; art. 5 CAfDHP ; art. 3 CEDH.

1. Le traitement humain et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine

Cette disposition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que l'on retrouve dans la Convention américaine des droits de l'homme, n'a pas d'équivalent dans la Convention européenne des droits de l'homme ni dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui se limitent à des dispositions générales garantissant le droit de toute personne au respect de la dignité inhérente à la personne humaine ou à l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants.

Toutefois, l'article 10 du Pacte international ne fait pas partie des dispositions indérogeables, contrairement à l'article 5 de la Convention américaine, qui interdit également, dans la même disposition, la torture et les autres traitements cruels, inhumains ou dégradant. Il semble pourtant que le Comité des droits de l'homme estime que l'article 10 du pacte international est une norme indérogeable du droit international. En effet, dans son premier commentaire général de l'article 10, le Comité des droits de l'homme a remarqué qu'il « *supplements article 7 as regards the treatment of all persons deprived of their liberty* », qu'il contient « *a basic standard of universal application which cannot depend entirely on material resources* » et que l'article 7 est « *supplemented by the positive requirements of article 10(1)* » [115]. Pour Nigel S. Rodley, le Comité suggère ainsi que l'article 10 du Pacte international et, de même, l'article 5 de la Convention américaine, énonce une norme du droit international général [116].

Le Comité des droits de l'homme a souvent reconnu que des conditions de détention violaient l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sans toujours clairement distinguer ces violations de celles de l'article 7, interdisant la torture et les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants. C'est ainsi qu'il exposa les conditions de détention dans la prison *Libertad* en Uruguay, qu'il qualifie d'inhumaine et violant l'article 10 du Pacte international, telles que dénoncées par un détenu : « *He described the daily life of the prisoners, including their constant harassment and persecution by the guards; the regime of arbitrary prohibitions and unnecessary torments; the combination of solitude and isolation on the one hand and the fact of being constantly watched, listened to and followed by microphones and through peepholes on the other hand; the lack of contact with their families, aggravated by worries about the difficulties experienced and pressures exerted on their families; the cruel conditions in the punishment wing in which a prisoner might be confined for up to 90 days at a time; the breakdown of physical and mental health through malnutrition, lack of sunshine and exercise, as well as nervous problem created by tension and ill-treatment. In sum, he asserts that the Libertad Prison is 'an institution designed, established and operated with the exclusive objective of totally destroying the individual personality of everyone of the prisoners confined in it'* » [117].

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, bien que les conditions de détention n'entrent pas pour elles-mêmes dans son champ d'action, a relevé des conditions de détentions qu'il qualifie de cruelles, inhumaines et

---

[115] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40, Annex V, general comment 9(16), §§2-3.
[116] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 279.
[117] Report of the HR Committee, *Cámpora v. Uruguay* (66/1980), ONU Doc. A/38/40, Annex VIII, §19 ; voir également Report of the HR Committee, *Estrella v. Uruguay* (79/1980), ONU Doc. A/38/40, Annex XII, §§1.10-1.15.

dégradante, en Russie, à Moscou, en 1994, dans des cellules collectives de six mètres sur douze, dans lesquelles sont entassés de quatre-vingt à cent trente détenus, soulignant que le seul élément qui manquait à la qualification de torture était l'absence de but poursuivi conformément à la Convention de 1984 [118]. En 1996, il dénonça l'usage de fers, particulièrement en tant que mesures disciplinaires ainsi que les châtiments corporels, pratiqués au Pakistan, de même que certains refus d'assistance médicale à des détenus et l'absence de séparation entre les jeunes détenus et les adultes [119].

Le droit international, nous l'avons vu, n'interdit pas la détention ni l'emprisonnement de personnes ; il ne pose pas non plus en matière de traitement des prisonniers, des normes très élevées, notamment énoncées dans l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus [120]. Cet ensemble de règles n'a pas en lui-même valeur contraignante. Ceci n'est guère surprenant, notamment à la lecture de la deuxième règle, selon laquelle il est évident que toutes les règles ne peuvent pas être appliquées en tout lieu et en tout temps, vu la grande variété de conditions juridiques, sociales, économiques et géographiques que l'on rencontre dans le monde. « *Elles devraient cependant servir à stimuler l'effort constant visant à leur application, en ayant à l'esprit le fait qu'elles représentent, dans leur ensemble, les conditions minima qui sont admises par les Nations Unies* » [121].

Ces règles représentent toutefois une importante base de travail dans ce domaine du droit international, surtout lorsqu'elles reprennent des dispositions du droit international, telle que, par exemple, l'interdiction des châtiments corporels [122]. Même si toutes les règles ne sauraient constituer des obligations légales, il semble clair que l'Ensemble des règles minima peut servir de guide dans l'interprétation des règles générales du droit international interdisant les peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants ou de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment lorsque son paragraphe 3 fait référence au régime pénitentiaire. C'est d'ailleurs en ce sens que la Commission européenne des droits de l'homme se référa à l'Ensemble des règles minima dans son analyse des conditions de détention, dans l'affaire grecque.

Qui plus est, les principes de protection des personnes détenues contiennent certaines règles en matière d'assistance juridique, notamment la possibilité, pour un détenu, d'être assisté par un avocat avec lequel il aura le droit de communiquer librement, en disposant du temps et des facilités nécessaires pour ce faire, avec cette précision que : « *Le droit de la personne détenue ou emprisonnée de recevoir la visite de son avocat, de le consulter et de communiquer avec lui sans délai ni censure et en toute confidence ne peut faire l'objet d'aucune suspension ni restriction en dehors de circonstances exceptionnelles, qui seront spécifiées par la loi ou les règlements pris conformément à la loi,*

[118] ONU Doc. E/CN.4/1995/34/Add.1, §§42, 53, cité *in* Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 292-293.
[119] ONU Doc. E/CN.4/1997/Add.2, §§50-62, cité *in* Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 293.
[120] Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, Adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.
[121] Règles minima pour le traitement des détenus, règle 2.
[122] Règles minima pour le traitement des détenus, règle 31. Voir également Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 280.

dans lesquelles une autorité judiciaire ou autre l'estimera indispensable pour assurer la sécurité et maintenir l'ordre » [123].

Les travaux préparatoires de ces principes opposaient la proposition de la Commission internationale des juristes qui exigeait une communication « *sans délai* », à une proposition beaucoup plus élastique d'un « *délai raisonnable* ». Le principe 15 fut alors introduit pour tenter de limiter les abus quant à la suspension des contacts avec l'extérieur : « *Nonobstant les exceptions prévues au paragraphe 4 du principe 16 et au paragraphe 3 du principe 18, la communication de la personne détenue ou emprisonnée avec le monde extérieur, en particulier avec sa famille ou son conseil, ne peut être refusée pendant plus de quelques jours* », ce qui rejoint l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, dans sa règle 93.

Le droit d'une personne détenue de communiquer avec les membres de sa famille est également essentiel à la protection contre les détentions arbitraires, contre les mauvais traitements et contre les disparitions de personnes. C'est ainsi que « *Toute personne détenue ou emprisonnée a le droit de recevoir des visites, en particulier de membres de sa famille, et de correspondre, en particulier avec eux, et elle doit disposer de possibilités adéquates de communiquer avec le monde extérieur, sous réserve des conditions et restrictions raisonnables que peuvent spécifier la loi ou les règlements pris conformément à la loi* » [124].

L'Ensemble de principes pour la protection des personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement n'établit pas de règles strictes en matière de durée des interrogatoires, stipulant simplement que doivent être consignés la durée de l'interrogatoire, la durée des intervalles entre chaque interrogatoire, de même que le nom de tous les agents et personnes y ayant participé ou assisté [125].

Une assistance médicale appropriée doit également être offerte à toute personne détenue, « *dans un délai aussi bref que possible après son entrée dans le lieu de détention ou d'emprisonnement ; par la suite, elle bénéficiera de soins et traitements médicaux chaque fois que le besoin s'en fera sentir* » [126].

Surtout, le quatrième principe exige que « *Toute forme de détention ou d'emprisonnement et toute mesure mettant en cause les droits individuels d'une personne soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement doivent être décidées soit par une autorité judiciaire ou autre, soit sous son contrôle effectif* » [127]. Ce principe permet l'intervention d'un organe judicaire soit avant l'arrestation soit immédiatement après. Il est possible d'envisager que ce principe appelle aussi l'interrogatoire du détenu par l'autorité judiciaire, dans les formes prévues à cet effet, à savoir : « *1. Il est interdit d'abuser de la situation d'une personne détenue ou emprisonnée pour la contraindre à avouer, à s'incriminer de quelque autre façon ou à témoigner contre toute autre personne. 2. Aucune personne détenue ne sera soumise, pendant son interrogatoire, à des actes de violence, des menaces ou des méthodes d'interrogatoire de nature à compromettre sa capacité de décision ou son discernement* ».

La personne détenue a la possibilité de contester à tout moment la légalité de sa détention et d'obtenir sa mise en liberté sans délai si son arrestation ou sa

[123] Principes de protection des personnes détenues, principes 17 et 18.
[124] Principes de protection des personnes détenues, principe 19, dans le même sens, Règles minima pour le traitement des détenus, §92.
[125] Principes de protection des personnes détenues, principe 23.
[126] Principes de protection des personnes détenues, principe 24.
[127] Principes de protection des personnes détenues, principe 4.

détention s'avère arbitraire ; « *La procédure (…) doit être simple et rapide et elle doit être gratuite pour les personnes détenues impécunieuses. L'autorité responsable de la détention doit présenter sans retard déraisonnable la personne détenue devant l'autorité saisie du recours* » [128]. Une proposition de la Sous-Commission d'autoriser un recours également de tout membre de la famille ou de toute personne ayant connaissance de l'espèce n'a finalement pas été retenue [129].

De manière complémentaire, le principe 33 offre au détenu ou à son conseil la possibilité de déposer une requête ou une plainte relative à ses conditions de détention, notamment en cas de torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette requête ou cette plainte ne sera toutefois pas transmise à l'autorité judiciaire mais « *aux autorités chargées de l'administration du lieu de détention et aux autorités supérieures, et, si nécessaire, aux autorités de contrôle ou de recours compétentes* » [130]. Le recours aux autorités administratives peut s'avérer de peu de secours pour la personne détenues, ce que reconnaît l'Ensemble des principes de protection des personnes détenues en précisant que, face au rejet de sa requête ou en cas de retard excessif, le demandeur est autorisé à saisir une autorité judiciaire ou autre [131]. Un autre aspect marquant de cette règle 33 est son paragraphe 2 qui prévoit, dans les cas où la personne détenue ou son conseil ne sont pas dans la possibilité d'exercer ce droit, qu'un « *membre de la famille de la personne détenue ou emprisonnée ou toute autre personne qui connaît l'affaire peut exercer ces droits* ».

2. Les expériences médicales ou scientifiques

Un autre point à soulever dans le traitement des prisonniers est l'interdiction des expériences médicales ou scientifiques sur la personne des détenus. En effet, le seul exemple de traitement cruel, inhumain ou dégradant avancé par les auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme fut celui des expériences humaines involontaires. Cette approche se retrouve dans le texte même de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose : « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* ». Il s'ensuit que l'interdiction des expériences scientifiques ou médicales, liée à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, est une norme générale du droit international [132].

L'article 7 du Pacte international, dans sa seconde phrase, met l'accent sur le libre consentement de la personne à des expériences médicales ou scientifiques. Le Comité des droits de l'homme n'a pas clairement explicité cette notion de libre consentement, préférant rappeler la protection spécifique dont doivent bénéficier certaines catégories de personnes. Dans son premier commentaire général de l'article 7, le Comité écrivit ainsi : « *special protection in regard to such experiments is necessary in the case of persons not capable of giving their consent* » [133]. Dans son second commentaire, le Comité précisa : « *special protection in regard to such experiments is necessary in the case of persons not capable of giving valid consent, and in particular those under any form of*

[128] Principes de protection des personnes détenues, principe 32.
[129] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 332.
[130] Principes de protection des personnes détenues, principe 33 §1.
[131] Principes de protection des personnes détenues, principe 33 §4.
[132] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 298.
[133] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982) Annex V, general comment 7(16), §3.

detention or imprisonment. Such persons should not be subjected to any medical or scientific experimentation that may be detrimental to their health » [134]. Pour Nigel S. Rodley, ceci démontre, avec les termes de l'article 7 du Pacte international, que le consentement de la personne ne doit pas simplement être formel, mais basé sur une information complète sur l'expérience projetée et totalement volontaire, libre de toute forme de coercition ou d'incitation perverse, par exemple en faveur d'une réduction de peine ou autre aménagement des conditions de détention. Il en conclut que : « *Thus, persons deprived of freedom are indeed not capable of giving valid consent. Accordingly, any potentially detrimental experimentation is ruled out, leaving, implicitly, only the possibility of using unproven techniques with a view to treating health problems when indicated for their medical benefit. Presumably they can, like anyone else, refuse consent* » [135].

Il existe encore d'autres domaines dans lesquels des abus peuvent être relevés dans le traitement des prisonniers, notamment celui de l'internement de personnes pour des raisons liées à leur santé mentale. Dans les années 1970 et 1980, la crainte s'exprima quant à la manière dont des personnes pouvaient être privées de liberté sans leur consentement et enfermées dans des asiles d'aliénés, de même que leur furent administrés, sans leur consentement, divers traitements basés sur des substances psychotropes ou des électrochocs. L'inquiétude s'aggrava face aux allégations que ces traitements étaient, non pas administrés en raison de problèmes médicaux, mais à d'autres titres, notamment de répression politique [136]. Il convient bien évidemment de faire la distinction entre des traitements médicaux administrés à des personnes malades dans le cadre médical approprié et ces mêmes traitements, administrés à des personnes saines, à titre de sanction de tout ordre, qui s'apparentent alors à de la torture ou à des mauvais traitements [137].

Sur cette question, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 17 décembre 1991 une résolution portant sur les Principes sur la protection des personnes atteintes de maladies mentales et l'amélioration des soins de santé mentale [138], qui renforce la protection contre les « *admissions involontaires* », stipulant notamment en son principe 16, que l'internement de personnes souffrant de maladies mentales ne soit la réponse qu'à un « *serious likelihood of immediate or imminent harm to that person or to other persons* » ou pour obvier à une sérieuse détérioration de son état, la décision ne pouvant être prise que par un médecin qualifié. Qui plus est, le principe 17 dispose que la décision d'interner un patient doit être revue après une courte période, par « *a judicial or other independent and impartial body* » ouvrant la voie à un « *right to appeal to a higher court* ». Il s'ensuit qu'il faut considérer que tout traitement administré à la suite de toute admission non volontaire dans un centre de soins pour personnes mentalement affectées est un traitement forcé inacceptable et qu'une protection renforcée contre l'administration de certains traitements en période de détention est nécessaire. Ces principes n'ont pas en eux-mêmes force de loi mais des actes y contrevenant pourraient être indicatifs d'actes de torture ou d'autre mauvais traitements ou être contraires à l'obligation de traiter les personnes détenues avec humanité [139].

---

[134] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/47/40 (1992) Annex VI B, general comment 20(44), §7.
[135] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 299-300.
[136] voir ONU Docs. E/CN.4/Sub.2/SR.850, §§26-41, E/CN.4/Sub.2/1983/17 et Add.1 ; voir également Amnesty International, *Prisoners of Conscience in the USSR: Their Treatment and Conditions* (2nd edition, 1980) et Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 300-301.
[137] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 301.
[138] Voir Principes sur la protection des personnes atteintes de maladies mentales et l'amélioration des soins de santé mentale, ONU Doc. A/RES/46/119.
[139] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 302.

3. La séparation des différentes catégories de prisonniers

Un autre domaine possible d'abus dans le traitement des personnes détenues pouvant être constitutif du crime contre l'humanité d'emprisonnement ou d'autre forme de privation grave de liberté physique peut résider dans l'absence de séparation des catégories de prisonniers, l'article 10 paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques disposant que les prévenus doivent être séparés des condamnés et les jeunes des adultes. Cette règle est reprise à l'article 5 de la Convention américaine des droits de l'homme, sans équivalent dans les Convention européenne et Charte africaine. La réglementation de l'article 10 paragraphe 2 du Pacte international se retrouve également aux règles 84 paragraphe 2 et 85 paragraphe 1 de l'Ensemble des règles minima sur le traitement des prisonniers. La séparation des prévenus des personnes condamnées repose essentiellement sur la présomption d'innocence dont jouissent encore celles-là, conformément à l'article 14 paragraphe 2 du Pacte international [140].

4. La détention *incommunicado*

Une autre pratique largement usitée est celle de la détention à l'isolement ou au secret, dite également *incommunicado*, soit sous une forme d'isolement ne permettant pas à la personne détenue de communiquer avec le monde extérieur à son lieu de détention. En règle générale, un prisonnier est autorisé à recevoir un certain nombre de visites, notamment des membres de sa famille et de son avocat, d'un médecin, voire encore de quelques autres personnes. Dans le même sens, une personne détenue devrait être présentée rapidement à une autorité judiciaire ou autre. Dans les cas de détention *incommunicado*, c'est tout ceci qui est exclu, la personne qui y est soumise demeurant à la seule merci de ses gardiens, hors d'accès de tout contrôle de type judiciaire [141].

Pour ces raisons, il est important qu'une personne ne puisse pas être détenue *incommunicado* durant une période prolongée. Toutefois, hors l'obligation de présenter une personne arrêtée ou détenue « *dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée de par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » [142], cette problématique n'apparaît pas dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. La notion de « *plus court délai* » (« *promptly* » dans sa version anglaise) n'est pas explicite. Le Comité des droits de l'homme a précisé sur ce point que « *more precise time limits are fixed by law in most States parties and, in the view of the Committee, delays must not exceed a few days* » [143]. Les travaux du Comité des droits de l'homme retiennent que la plus courte période de détention *incommunicado* que le Comité a estimé contraire à l'article 9 paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est de cinq jours [144].

En matière de détention *incommunicado*, un problème particulier survient en relation avec l'exigence que pose l'article 9 du Pacte international, que le détenu soit présenté devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des

[140] Voir Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 9(16), §8 and A/47/40 (1992), Annex VIB, general comment 21(44), §9.
[141] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 334.
[142] Art. 9 §3 PIDCP.
[143] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 8(16), §2.
[144] Voir Report of the HR Committee, *Terán Jijón v. Ecuador* (277/1988), ONU Doc. A/47/40, Annex IX I, §5.3.

fonctions judiciaires, sans définir ces termes comme le fait l'Ensemble de principes pour la protection des personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement : « *L'expression 'une autorité judiciaire ou autre' s'entend d'une autorité judiciaire ou autre habilitée par la loi et dont le statut et la durée du mandat offrent les garanties les plus solides possibles de compétence, d'impartialité et d'indépendance* » [145]. Le problème se pose lorsque, comme c'est parfois le cas, un officier d'une agence de sécurité de l'Etat possède à la fois le pouvoir d'arrêter et de détenir des personnes, tout en étant également, de par la loi, habilité à exercer des fonctions judiciaires.

Un second problème se pose en ce qui concerne des personnes arrêtées pour des infractions pénales. Une lecture restrictive du Pacte international permettrait de différer l'obligation de présenter la personne arrêtée ou détenue à l'autorité judiciaire tant qu'elle n'a pas formellement été inculpée des charges à son encontre. Une telle lecture supprimerait tout sens à l'article 9 du Pacte international et doit donc être rejetée, ce qui semble être l'opinion du Comité des droits de l'homme [146].

Dans les affaires non pénales, notamment en cas d'internement administratif, l'article 9 paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'offre aucune garantie. Toutefois, le Comité des droits de l'homme a observé en la matière que « *if so-called preventive detention is used, for reasons of public security, it must be controlled by these same provisions, i.e., it must not be arbitrary, and must be based on grounds and procedures established by law (paragraph 1)* » [147]. L'article 9 du Pacte international n'est pas seul en cause face à des cas de détention *incommunicado*. Le Comité des droits de l'homme a en effet estimé qu'une période de dix mois « *while criminal charges against him were being investigated and determined, [the alleged victim] was kept incommunicado without access to legal counsel* » constitue une violation de l'article 14 paragraphe 3 lettre (b) du Pacte international, garantissant le droit à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix [148].

La mise à l'isolement d'un détenu peut, dans certains cas, être constitutive de mauvais traitement, ce que le Comité des droits de l'homme a résumé ainsi : « *Even such a measure as solitary confinement may, according to the circumstances, and especially when the person is kept incommunicado, be contrary to this article* » [149] ; plus précisément, dans un commentaire postérieur, le Comité a estimé « *that prolonged solitary confinement (…) may amount to acts prohibited by article 7* » [150].

De manière plus importante encore, un certain nombre de cas tranchés par le Comité des droits de l'homme approche la détention *incommunicado* comme une violation de l'article 10 paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui exige que toute personne privée de sa liberté soit traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. La période la plus courte de détention *incommunicado* jugée contraire à cette disposition du Pacte international est de quinze jours, ce qui ne doit pas être interprété comme une durée maximale autorisée [151]. Le Comité des droits de l'homme a également jugé que la détention *incommunicado* d'une personne pendant cinquante heures dans des

[145] Principes de protection des personnes détenues, Emploi des termes, lit. (f).
[146] Voir par ex. Report of the HR Committee, *Netto, Weismann and Lanza v. Uruguay,* ONU Doc. A/35/40 (1980), Annex VI, §§8-16.
[147] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 8(16), §4.
[148] Report of the HR Committee, *Wight v. Madagascar* (115/1982), ONU Doc. A/40/40 (1985), §17.
[149] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 7(16).
[150] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VIB, general comment 20(44), §6.
[151] Voir Report of the HR Committee, *Arzuaga Gilboa v. Uruguay* (147/1983), ONU Doc. A/40/40 (1985), §14.

conditions de détention particulièrement dures viole à la fois l'article 7 et l'article 10 paragraphe 1 du Pacte international, sans préciser quelle est la part de la détention *incommunicado* dans les motivations de cette décision [152].

Il dépendra donc des circonstances de l'espèce, si une mise en détention à l'isolement ou au secret viole l'article 10 paragraphe premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'un des facteurs qui peut être relevant est de déterminer si la mise à l'isolement est une mesure plus dure que nécessaire pour atteindre des objectifs disciplinaires raisonnables ou la protection des prisonniers contre d'autres détenus. Un autre élément important est de déterminer si cette mise à l'isolement a été décidée formellement ou est l'expression de l'arbitraire, voire d'un comportement vengeur des autorités pénitentiaires. La durée d'application de la mesure est un élément fondamental à prendre également en considération [153].

L'étendue des facteurs à prendre en considération face à une mesure d'isolement de détenus explique les difficultés de la Commission européenne des droits de l'homme à déclarer contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme une détention à l'isolement, tout en estimant qu'une telle mesure n'était pas bienvenue. Le Comité européen pour la prévention de la torture a estimé sur ce point que « *solitary confinement can, in certain circumstances, amount to inhuman and degrading treatment ; in any event, all forms of solitary confinement should be as short as possible* » [154]. Dans un autre rapport, ce Comité a encore relevé que des détentions à l'isolement pour de très longues périodes, soit en l'espèce d'une année ou plus, dans des conditions de détentions austères, avec peu sinon pas d'activité du tout, constitue un traitement inhumain [155].

Que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme contiennent des dispositions comparables en matière de conditions de détention, notamment en ce qui concerne le contrôle judiciaire de celle-ci, permet de défendre le caractère de droit international coutumier de deux éléments au moins : premièrement, le droit d'une personne détenue dans le cadre d'une procédure pénale d'être rapidement présentée à un juge ou à un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et, deuxièmement, le droit de toute personne privée de liberté de contester la légalité de sa détention et d'être libérée si cette détention est illégale [156].

La Déclaration universelle des droits de l'homme ne contient aucune référence explicite au droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Il peut cependant être déduit de la protection de la liberté et de la sécurité de la personne de même que de l'interdiction de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants. Dans le même sens, il faut relever que le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a constamment soutenu que l'usage prolongé de la détention *incommunicado* doit être considéré comme illégal, une position soutenue également par la Commission des droits de l'homme dans une résolution

[152] Voir *Martinez Portorreal v. Dominican Republic* (188/1984), ONU Doc. A/40/40 (1985), Selected Decisions of the HR Committee under the Optional Protocol, Vol. 2 UN doc. CCPR/C/OP/2 (1990).
[153] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 296.
[154] European Committee for the Prevention of Torture (CPT), Second General Report, Council of Europe doc. CPT/Inf.(92)3, §56, cité *in* Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 297.
[155] Voir Council of Europe doc. CPT/Inf.(96)9, Part. I, §113.
[156] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 340.

du 19 avril 1996 [157]. Le fait que l'Ensemble de principes de protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement n'autorise ce genre de détention que pour quelques jours doit également être rappelé [158].

5. Conclusion quant aux conditions de détention

En conclusion sur l'ensemble des conditions de détention, le crime contre l'humanité d'emprisonnement ou de privation grave de la liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international est constitué si, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, une ou plusieurs personnes sont privées de liberté et, quelle que soit la validité formelle de ladite privation de liberté, si le traitement de ces personnes est incompatible avec un traitement humain et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine, si elles sont soumises à des expériences médicales ou scientifiques, si les différentes catégories de prisonniers ne sont pas séparées, ou si elles sont soumises à une détention *incommunicado* durant une période prolongée.

C. Les camps de concentration

La détention en camps de concentration est un cas particulier qui, par son ampleur inhérente à la notion de camp, éveille immédiatement l'attention sous l'angle des crimes contre l'humanité. Dans le même sens, la détention de masse en camps de concentration présuppose la déportation ou le déplacement forcé des personnes qui y sont condamnées, autre crime contre l'humanité. Enfin, le traitement des prisonniers dans les différents systèmes concentrationnaires connus démontre que les mauvais traitements sont omniprésents. Plus précisément en rapport avec les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, les conditions de détention en camps de concentration seront souvent constitutives de réduction en esclavage, de torture, de viol ou des autres crimes sexuels et de persécution, voire de disparitions forcées. En ce sens, les camps de concentration forment le cadre idéal à la commission de crimes contre l'humanité.

Il convient ici, tout d'abord, de souligner la spécificité du camp par rapport à la prison, avant d'analyser la vaste typologie des camps dans l'histoire, utilisés très largement tout au long du XXème siècle, et, pour terminer, les conditions de détention particulières aux camps.

Nous avons déjà rencontré les camps dans le chapitre précédent consacré à la déportation et au transfert forcé de personnes. Nous avions souligné que les principes de protection des personnes déplacées reconnaissent le droit de tout individu à la liberté et à la sûreté de sa personne, ce qui inclut que nulle personne ne puisse être arrêtée ou détenue arbitrairement. C'est pourquoi les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ne doivent pas être internées ni confinées dans un camp. Toutefois, si de telles mesures sont exceptionnellement exigées par les

[157] Voir Commission des droits de l'homme, résolution 1996/33B, §4, du 19 avril 1996, *Commission on Human Rights Report*, 52nd Session, ESCOR, 1996, supplément N°3, chapitre IIA.
[158] Principe de protection des personnes détenues, Principe 15.

circonstances, elles doivent être limitées dans le temps [159]. Même dans des circonstances exceptionnelles rendant nécessaire l'internement ou le confinement des personnes déplacées dans des camps, les principes de protection des personnes déplacées veillent malgré tout à conserver leur liberté de circuler et de choisir librement leur résidence, notamment en leur reconnaissant le droit d'entrer et de sortir librement des camps ou autres zones d'installation. A l'appui de cette disposition, « *Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ont : a) Le droit de rechercher la sécurité dans une autre partie du pays ; b) Le droit de quitter leur pays ; c) Le droit de chercher asile dans un autre pays ; et d) Le droit d'être protégées contre le retour ou la réinstallation forcés dans tout lieu où leur vie, leur sûreté, leur liberté et/ou leur santé seraient en danger* » [160].

1. Spécificités de la détention en camp de concentration

Le camp de concentration, qui, dans son sens premier, ne contient aucune autre signification que celui de rassembler un grand nombre de personnes dans le même lieu de détention, n'est pas une prison. Il en diffère effectivement sur des éléments essentiels, comme l'ont démontré les auteurs qui ont témoigné sur les diverses formes de camps de concentration [161].

La prison n'a pas le même rôle que le camp dans un système pénitentiaire de type concentrationnaire. Elle est en effet rattachée soit à la détention pour des infractions de droit commun, sous le contrôle donc d'une certaine légalité, soit à la détention provisoire dans l'attente d'une condamnation à une peine ou d'une relégation en camp. En ce sens, elle est, comme le souligne Luba Jurgenson, l'antichambre des camps, une passerelle entre le monde libre et le monde concentrationnaire : « *L'enfermement physique que connaît l'homme en prison n'atteint pas l'homme psychique qui, lui, franchit imaginairement toutes les barrières, se déplace mentalement dans le temps et dans l'espace et peut atteindre à cette liberté intérieure dont on dit qu'elle pouvait exister même en détention* » [162]. C'est pourquoi les souvenirs de prison sont dans l'ensemble si différent des écrits concentrationnaires [163].

Dans leur étude consacrée aux camps de concentration, Joël Kotek et Pierre Rigoulot soulignent également la distinction entre prison et camp : « *De notre point de vue, ce qui distingue le camp de la prison, c'est d'abord le cadre judiciaire. La prison, en règle générale, est réservée aux personnes qu'un tribunal régulier a dûment jugées. C'est une détention pénale. Au camp, affluent les détenus extrajudiciaires. C'est une détention administrative* ». Le système concentrationnaire est un moyen supplémentaire à la prison, parallèle à l'appareil de répression légal et officiel, « *dont se dote une société pour mettre hors circuit des hommes et des femmes qui ne sont officiellement coupables d'aucun crime et qui, pour cette raison, ne peuvent ressortir à l'appareil judiciaire courant* » [164].

Comme le souligne encore Luba Jurgenson, « *En prison, le détenu est en contact avec la réalité du monde. Le monde resté au-delà de la prison continue à exister pour lui, à*

---

[159] *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, principe 12, p. 10.
[160] Principe 15, p. 11.
[161] Voir not. Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du Goulag*, t. I/12, pp. 326 et ss.
[162] Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, p. 31.
[163] Voir p. ex. Varlam Chalamov, *Récits de la Kolyma*, *Oraison funèbre*, p. 545, par opposition à *Le silence*, pp. 1005-1006.
[164] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 12-13.

être réel. Pour le prisonnier du camp, le réel rétrécit et finit par se réduire au seul espace du camp. Tout ce qui est situé au-delà de cet espace est rejeté dans l'irréel, le rêve nocturne ou le rêve éveillé. Le détenu ne peut plus comprendre ce qui se passe dans le monde libre, il ne possède plus le code permettant d'interpréter les événements qui s'y produisent, et ces événements sont évincés par lui, éjectés comme irréels » [165]. Cette perception du camp de concentration se rapproche de ce que fut celle du bagne par rapport à la prison. En ce sens, Dostoïevski écrivait, dans une œuvre dont le titre à lui seul précise la condition des bagnards, *Récits de la maison des morts* : « *Mais de ce côté-ci du portail, on se présentait cet autre monde comme un conte de fée irréalisable* » [166]. C'est ainsi que l'arrivée au camp, la découverte de ce que sera la condition de chacun dans ce nouvel univers est toujours décrite comme un choc puissant : « *Le franchissement de la limite inaugure un espace où la vie ne diffère guère de la mort* » [167]. C'est ainsi que nous pouvons conclure que le droit à la liberté physique est nié au plus profond de sa signification par le camp de concentration, ce qui est déjà, en soi, une violation d'une règle fondamentale du droit international.

Il est intéressant de relever la notion que Luba Jurgenson applique aux camps, d'espace non éthique, par opposition à un espace éthique, créé par une réalité commune objective perçue comme un mélange de toutes les lectures subjectives [168] : « *Si le camp n'a pas de réalité éthique en tant qu'espace, c'est parce que l'être éthique y a été détruit avant de recevoir la mort. Aussi la mort elle-même y est-elle moquée, car elle frappe des êtres à qui l'on a d'abord retiré leur statut d'individu et d'homme. (…) Telle est finalement la portée de l'expérience concentrationnaire : celui qui a traversé la mort a quelque chose à dire, mais pas sur la mort. Ce quelque chose sera toujours à côté de son expérience : il pourra ainsi raconter comment s'est construite la représentation qui lui échappe. La raison en est qu'une expérience pour être vécue, représentée, doit avoir lieu dans un espace éthique. Le non éthique annule la possibilité même de l'expérience* » [169].

Nous avons, en introduction, cité les témoignages de l'expérience concentrationnaire. Qu'est-ce donc qu'un camp, pour atteindre à un tel degré de déshumanisation ? Matériellement, géographiquement, c'est « *un terrain rapidement et sommairement équipé, le plus souvent clos hermétiquement, où sont regroupés en masse, dans des conditions précaires et peu soucieuses de leurs droits élémentaires, des individus ou des catégories d'individus, supposés dangereux ou nuisible* » [170]. Toutefois, ce camp peut prendre des proportions telles, notamment dans l'archipel du goulag, qu'il en devient impropre de parler exactement de camp : celui de Karaganda couvre, par exemple, une superficie d'un million et demi d'hectares, regroupant différents secteurs parfois éloignés de plus de cinquante kilomètres ! Dans le système concentrationnaire nazi, chaque camp se compose de trois zones : celle des détenus, la Kommandantur et la cité SS, celle-ci souvent éloignée de quelques kilomètres du camp, regroupant des villas, quelquefois avec jardins, voire un parc zoologique, des serres chaudes, un haras ou des usines d'armements [171].

Wolfgang Sofsky précise que « *Le camp de concentration est un système de surveillance rigoureuse fondée sur la violence* » [172]. Cet auteur souligne également la diversité des camps dans leur taille et les aménagements dont ils bénéficient : « *Un*

[165] Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, p. 32.
[166] Fiodor Dostoïevski, *Récits de la maison des morts*, p. 9.
[167] Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, p. 178.
[168] La notion d'espace éthique est empruntée à Vladimir Nabokov, *Proust, Kafka, Joyce*, Fayard, Paris, 1983.
[169] Luba Jurgenson, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible ?*, pp. 181-189.
[170] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 11-13.
[171] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 189 et 312.
[172] Wolfgang Sofsky, *L'organisation de la terreur*, p. 65.

camp de concentration n'était pas seulement un regroupement de baraques en bois. Selon le stade de son aménagement, on trouvait aussi dans son enceinte des ateliers, des halls d'usine et des exploitations agricoles, une chaufferie et une réserve d'eau pour les incendies, des casernes et des bureaux, un bordel et un cinéma, des cantines, des infirmeries, une prison et un crématorium. Quand il était entièrement aménagé, le camp était une ville à part entière, avec son réseau de rues et son raccordement au réseau de chemins de fer, une cité destinée au personnel et aux prisonniers, dans laquelle étaient installées des milliers de personnes. Dans sa forme standard moderne, le camp est une localité fermée avec des équipements qui correspondent à l'infrastructure d'une ville » [173].

C'est également, ce qui le distingue davantage encore de la prison, le domaine de l'arbitraire car le camp vise les masses, l'individu collectif. « *Sa fonction est de* concentrer *(d'où son nom), dans des quantités importantes, non pas tant des individus que des membres de catégories 'nationales', 'raciales' ou 'sociales' perçues comme suspecte ou nuisible* par définition » [174], et soulignons bien ces deux derniers mots. Il y atteint parfois sous des dehors parfaitement trompeurs. Ainsi, en Union soviétique, les principes directeurs de 1920 bannissaient-ils tout élément de persécution, le châtiment n'étant pas une vengeance ; en 1920 encore, l'interdiction de tutoyer les détenus ; cet extrait du Code de redressement par le travail de 1924 : « *Le régime doit être exempt de tout caractère de persécution et proscrire absolument menottes, cachot, réclusion stricte et solitaire, privation de nourriture, entrevues à travers une grille* » ; enfin l'article 9 du Code criminel de 1926 : « *Les mesures de défense sociale ne sauraient avoir pour but de causer de la souffrance ou d'humilier la dignité de la personne humaine et ne se proposent aucun objectif de vengeance ou de châtiment* ». Conclusion de Soljenitsyne : « *Il n'existe pas d'instructions ultérieures : les diplomates en avaient déjà plus qu'il ne leur en fallait ; le Goulag, lui, n'en avait nul besoin* » [175].

La durée des peines est un trompe-l'œil car elles sont d'une durée tout à fait arbitraire, Soljenitsyne rapportant fréquemment les craintes de se voir coller une peine supplémentaire en pleine période de détention, pour des motifs aléatoires : a émis des considérations défaitistes ; a tenu des propos calomniateurs sur la situation matérielle des travailleurs en Union soviétique ; a appelé de ses vœux la restauration du capitalisme ; a exprimé de la rancœur à l'égard du gouvernement soviétique ; ou, peut-être le plus ubuesque de ces motifs d'incarcération : à opposé le poète prolétarien Maïakovski à un certain poète bourgeois, en fait Pouchkine [176]… Ce qui a donné jour à cette plaisanterie des années 1930 : « *Il a écopé d'un an et à peine vingt-quatre mois plus tard, il est libéré par anticipation* » [177] !

L'arbitraire se retrouve également dans le mélange incroyable de populations que génèrent les camps. On y trouve des gens de toute nationalité, de langues, de culture ou de religions différentes. Le camp mélange surtout les détenus de droits communs aux autres et tous les auteurs relèvent le rôle particulier que les droits communs remplirent pendant leur période d'internement. Le plus souvent, c'est aux droits communs que revient la gestion interne du camp ; ils sont les mieux traités, logés et nourris de tous les détenus et, souvent, sont encore plus durs et sauvages avec les détenus dits politiques, au sens large, que les gardiens eux-mêmes, SS ou soviétiques ; Alexandre Soljenitsyne les appelle les truands, ils étaient appelés

[173] Wolfgang Sofsky, *L'organisation de la terreur*, p. 67.
[174] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 11-13, 189 et 312.
[175] Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du goulag*, t. II, p. 114.
[176] Voir Alxandre Soljenitsyne, *L'archipel du Goulag*, t. II, pp. 287-288.
[177] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 184.

Prominent dans le vocabulaire des camps nazis [178]. Même les enfants sont internés avec les adultes [179].

Ainsi, en Union Soviétique, la charge de condamner un individu au camp de concentration ne relève pas d'un tribunal mais d'une commission spéciale du NKVD, l'OSSO, qui rend ses sentences par contumace et par voie administrative. Il n'y donc ni procès, ni jugement et si des garanties judiciaires existent dans le code pénal, elles sont exclues dès que le camp est en jeu. C'est valable également pour l'Allemagne nazie ou encore pour la Chine, le Vietnam ou la Corée du Nord où les camps demeurent réservés aux « *contre-révolutionnaires* » de toutes espèces. C'est valable également, semble-t-il et sans vouloir faire d'amalgame malvenu entre toutes les situations concentrationnaires, du camp de détention américain de Guantanamo, à Cuba, où sont enfermés sans condamnation aucune non pas des criminels mais des personnes jugées dangereuses par les Etats-Unis, regroupées sous le vocable fort commode de terroristes. Toutefois, il convient de ne pas figer ces critères, qui ne sont pas toujours pertinents. Il existe aussi bien des condamnations au camp après des procès, notamment certains célèbres procès de l'ère soviétique, que des séjours en prison sans jugement. « *Le jugement lui-même peut être entaché d'illégalités et l'on rencontre toutes les nuances, de la décision administrative au procès mené dans les formes* » [180].

2. Typologie des camps

Il est essentiel de voir derrière les termes réducteurs de camps de concentration des réalités très différentes. Premièrement, les camps abritent aussi bien des civils que des militaires. Durant la seconde guerre mondiale, les pertes humaines parmi les prisonniers de guerre soviétique aux mains des allemands ou inversement atteignirent les proportions inouïes que l'on sait. Toutefois, si l'on ne peut parler de camp de concentration sans avoir à l'esprit principalement les camps nazis ou soviétiques, la problématique en est bien plus vaste et il est difficile de les comparer entre deux systèmes concentrationnaires. Ainsi, les *laagers* de l'Orange River établis par les anglais pendant la guerre des Boers, en 1900, n'ont-ils rien à voir avec les camps d'extermination nazis ou les camps de viols des guerres yougoslaves.

Dans les systèmes démocratiques, le camp apparaît avant tout comme un instrument de contrôle social provisoire, tant il est vrai que l'institution concentrationnaire peut mal se justifier au-delà d'une situation de crise ou de conflit armé, sans mettre à bas la démocratie elle-même. Preuve en est qu'au premier système concentrationnaire démocratique, l'internement en camps de concentration de la population Boer en Afrique du Sud en 1900, répondit immédiatement la première campagne d'opinion, Emily Hobhouse écrivant notamment que « *Depuis l'époque de l'Ancien Testament, on n'a jamais vu toute une nation ennemie emmenée en captivité* » et Lloyd George, alors leader de l'opposition accusa le gouvernement de mener une politique d'extermination contre des femmes et des enfants [181].

Par contre, les camps fleurissent dans les régimes dictatoriaux, de l'Espagne franquiste à l'Indonésie de Suharto et trouvent leur pérennité dans les régimes à

[178] Voir Wlofgang Sofsky *L'organisation de la terreur*, pp. 121 et ss.
[179] Voir Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du goulag*, t. II, III/17, *Les mouflets*, pp. 334-350.
[180] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 15-16.
[181] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 33. Dans le même sens, voir également Denis Pechanski, *La France des camps*.

vocation totalitaire. Dans les régimes dictatoriaux, les camps remplissent essentiellement deux fonctions, terroriser la population civile et isoler ou éliminer les opposants au régime. Par opposition, dans les régimes à vocation totalitaire, « *La volonté de transformer fondamentalement l'ordre existant en fonction d'une idéologie – à fondement social ici et racial là – semble poser l'institution concentrationnaire non comme un accident de parcours, mais bien comme une nécessité absolue, consubstantielle aux régimes à vocation totalitaire* » [182]. Dans ces derniers cas, le système concentrationnaire se développe dans le temps et grandit malgré l'éloignement de la menace supposée. Le caractère secret de certains de ces camps nous rapproche également du crime contre l'humanité de disparitions forcées.

En effet, ces régimes à vocation totalitaire ont pour idéal celui d'un peuple cohérent et rassemblé, ce qui les conduit à supprimer tout ce qui entretient l'individualité, la diversité, le pluralisme. C'est alors le camp qui accueille les citoyens dont l'existence ne cadre pas exactement avec l'évolution de la société voulue par le régime. Comme le relèvent encore Joël Kotek et Pierre Rigoulot, « *De manière générale, les systèmes concentrationnaires totalitaires nazi, soviétique, chinois et nord-coréen sont la réplique en réduction du modèle idéologique global, dont ils ne se différencient concrètement que par un usage plus systématique de la violence, plutôt physique dans le cas des KZ nazis, plutôt verbale dans le cas du laogai chinois* » [183]. C'est ainsi que les KZ nazis préparent la mission dévolue à l'ordre SS, coloniser l'est de l'Europe, donnant une idée de la société idéale SS, binaire et esclavagiste. Le goulag préfigure une société soviétique à la fois égalitaire, on y élimine donc sans distinction les classes et les ethnies, et productive en y tuant ses détenus au travail. Quant aux *laogai*, camps de travail pénitentiaires, et aux *lajiao*, camps de rééducation par le travail, ils sont le reflet de la société chinoise idéale, qui vise à la transformation radicale de la conscience, de l'opinion politique, des croyances religieuses et des valeurs morales des détenus, notamment par l'utilisation de techniques dites de « *lavage de cerveau* » [184].

Les camps remplissent en effet globalement six fonctions différentes, qui ne sont pas imperméables les unes aux autres et se mélangent plus ou moins, de manière différente d'un système concentrationnaire à un autre. La première est d'isoler à titre préventif une partie du corps social [185], « *c'est-à-dire des individus ou groupes d'individus jugés suspects sinon nuisibles* », citant notamment le principe chinois qui en dit long sur la notion d'arbitraire que nous avons déjà relevée : « *Un coupable en liberté, c'est une faute grave. Un innocent sous les verrous, c'est une erreur dans les méthodes de travail* » [186]…

La deuxième fonction du camp est de punir ou de redresser par des mesures d'éducation positive, que ce soit par « *l'ordre et la propreté* » chez les nazis ou la « *réforme mentale* » des Chinois, ou d'éducation négative les citoyens égarés par de trompeuses ou néfastes idéologies, comme le dressage par la peur des nazis. « *Fonctionnant comme un ordre social martyrisant et rédempteur, le camp fait le tri entre ceux qui pourront vivre et ceux qui devront mourir* » [187].

La troisième fonction est de terroriser la population civile, l'intimidation de la société faisant partie du projet d'ensemble de contrôle social que l'on rencontre dans

[182] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 34.
[183] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 37.
[184] Voir Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, pp. 880 et ss.
[185] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 20-21.
[186] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 20.
[187] Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 20.

les régimes totalitaires, illustrant l'affirmation de Montesquieu selon laquelle le despotisme c'est la peur [188].

La quatrième permet de profiter d'une main-d'œuvre corvéable à merci et le travail fait partie du quotidien de la plupart des camps de concentration ; pas de tous toutefois, et il semble étranger aux camps de concentration des régimes non totalitaires [189]. Ainsi, on ne travaille pas dans les camps de concentration français de la IIIème République, ni dans ceux de la guerre d'Algérie, pas plus que dans les camps britanniques de la guerre d'indépendance d'Israël ou dans les camps américains de prisonniers japonais de la seconde guerre mondiale, les camps allemands de Namibie, en 1904, constituant une notable exception, le contexte de guerre raciale y régnant ne dut pas y être étranger. Le travail peut donc s'inscrire dans un contexte de rééducation, auquel cas il s'agit de donner un sens au travail, ou dans un contexte d'abrutissement, le travail est alors inutile et humiliant. Le travail combine donc deux objectifs, le redressement et la punition, qui peut évoluer au sein d'un même système concentrationnaire : les KZ allemands ne se verront intégrés à l'économie de guerre qu'en 1942, alors que Dachau, le premier camp de l'Allemagne nazie, vit le jour deux mois après la prise de pouvoir de Hitler, en 1933 [190]. Olga Wormser-Migot relève ainsi que « *rien n'indique que les détenus aient travaillé autrement qu'à des tâches artisanales à l'intérieur même des camps. La main-d'œuvre concentrationnaire n'est pas employée dans l'industrie. Elle est employée aux tâches quotidiennes du camp et, à partir de 1937 seulement, dans l'exploitation des carrières, des sablières, des forêts, dans des entreprises SS* » [191]. La notion de rentabilité des camps s'impose avec leur pérennité, d'où l'idée, qui émerge tant en Allemagne nazie qu'en Union soviétique, de faire supporter le coût du système par les détenus eux-mêmes, l'Union soviétique développant même le principe de l'autonomie comptable des camps. En Chine, les camps constituent à la fin des années 1990 une véritable entreprise économique, le produit du travail des prisonniers est vendu sur les marchés intérieurs et extérieurs et constitue un apport non négligeable à l'économie nationale. La théorie qui sous-tend le système du laogai postule que tout crime, politique comme de droit commun, trouve sa source dans l'idéologie des classes possédantes. Seul un travail acharné permet d'éradiquer cet état de fait, tout en suscitant un sentiment de solidarité avec le prolétariat. Aujourd'hui les détenus sont tout d'abord réunis en groupes d'étude pour une période studieuse de quinze jours à trois mois, en fonction de la promptitude du détenu à confesser, comprendre et juger ses crimes ainsi que de la sincérité de son repentir ; ensuite s'enclenche le processus de « *rédemption des péchés par la corvée* » [192].

Le cinquième objectif des camps vise un but de refondation sociale. Dans ce sens, le camp est un instrument d'épuration raciale ou sociale qui préfigure l'imaginaire social totalitaire. L'exemple des camps nazi est édifiant sur ce point, le KZ annonçant l'Etat SS que Himmler voyait comme une démocratie de type hellène, conduite par une aristocratie dotée d'une large base d'ilotes, cinq à dix pour cent de la population étant destinés à diriger le reste d'une population vouée au travail et à l'obéissance. Le camp a ici également pour fonction de former cette nouvelle élite au commandement, ainsi qu'aux tâches exigées par une colonisation à grande échelle [193].

---

[188] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 20-21.
[189] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 20-21.
[190] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècel des camps*, pp. 40-43.
[191] Olga Wormser-Migot, *L'ère des camps*, p. 158.
[192] Harry Wu, *Laogai, Le Goulag chinois*, pp. 51-57.
[193] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 20-21.

Enfin, le camp a pour fonction d'éliminer, lentement ou rapidement selon les cas, les éléments jugés racialement ou socialement nuisibles [194].

Surtout, il est possible de définir trois type de camps, irréductibles les uns aux autres, qui sont, premièrement les camps d'internement, avec pour fonction d'isoler temporairement des individus suspects ou dangereux. L'on trouve dans cette catégorie de camp ceux créés durant les conflits pour interner les nationaux ennemis ou ceux perçus comme tels (par exemple les citoyens japonais aux Etats-Unis pendant la seconde guerre mondiale ou les citoyens espagnols en France pendant la guerre d'Espagne) et, plus souvent encore, les camps installés dans un contexte de guerre coloniale. Comme le soulignent Joël Kotek et Pierre Rigoulot, « *La plupart de ces camps ignorent le travail forcé : leur mission est prophylactique et non productive* ». Toutefois, ceci ne signifie pas que les conditions de détention y soient bonnes ; elles peuvent y être rigoureuses, parfois atroce, quel qu'en soit le contexte [195].

Le deuxième type de camp est celui de concentration, qui constitue la catégorie centrale, le chœur du phénomène concentrationnaire totalitaire, le KZ nazi, le Goulag soviétique ou le Laogai chinois en étant les exemples marquants. Ces camps se caractérisent par une quadruple logique d'avilissement, de rééducation, de travail et d'anéantissement et sont consubstantiels aux régimes qui les créent. Ils ont pour vocation de durer, ce que démontre très bien notamment *L'archipel du goulag* de Soljenitsyne. Comme ils font corps avec l'idéologie et le projet politique qui les portent, ils sont les seuls à prospérer en dehors de toute période de conflits armés ou de crises [196].

Enfin, les plus terribles de ces camps sont les centres d'extermination ou de mise à mort immédiate. Dans l'Allemagne nazie, ils sont indépendants du système concentrationnaire et même en rupture avec lui. En effet, les quatre centres de mise à mort immédiate que furent Belzec, Chelmno, Sobibor et Treblinka, ainsi que les deux institutions mixtes d'Auschwitz Birkenau et de Majdanek, ne sont pas destinés à recevoir des internés mais à les exterminer dès leur arrivée. A Treblinka, où il fut fréquent que le nombre de déportés atteignît neuf milles personnes par jour, rien n'était prévu pour les abriter ni pour les nourrir, pas même vingt-quatre heures. Ils eurent une seule fonction : l'extermination des juifs d'Europe. Les nazis eux-mêmes ne désignaient pas ces lieux comme des camps (KL/KZ) mais par les termes de « *Sonderkommando* », commandos spéciaux [197].

Toutefois, ces systèmes concentrationnaires peuvent se ramifier en différents types de camps et il est possible de relever dans le goulag soviétique des camps fermés, où il est interdit aux prisonniers d'avoir le moindre contact avec l'extérieur, par exemple dans l'île Wrangel, en Sibérie orientale dans les années 1960 ; les camps pour enfants, dans les années 1920, plus tard, les enfants de moins de douze ans seront envoyés, sous un nouveau nom, dans des orphelinats du NKVD et les plus âgés le seront simplement aux camps, avec les adultes [198]; les camps de femmes, hommes et femmes ne se rencontrant que sur les chantiers ; les camps pour vieux et infirmes ; les camps spéciaux, jusqu'en 1953-1955, « *camps de travaux coercitifs à régime*

[194] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, pp. 20-21.
[195] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècel des camps*, pp. 21-22.
[196] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècel des camps*, pp. 21-22.
[197] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècel des camps*, pp. 21-22.
[198] Voir Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du goulag*, le chapitre intitulé *Les mouflets*, t. II, pp. 334 et ss.

particulièrement sévère » uniquement destinés aux détenus politiques « *contre-révolutionnaires* » [199].

3. Conclusion quant aux camps de concentration

Les analyses qui précèdent contiennent en elles-mêmes leur conclusion : les camps de concentration sont l'archétype des crimes contre l'humanité, un lieu semblant créé pour leur commission. A l'arbitraire de la détention s'ajoutent les mauvais traitements systématiques. S'il n'est pas possible de conclure que tout camp de concentration est *per se* constitutif de crimes contre l'humanité, ce sera le plus souvent le cas. Surtout, par l'ampleur du phénomène concentrationnaire, la détention en camps de concentration peut, à l'instar de l'extermination ou de la persécution par exemple, s'avérer constitutive tout à la fois des éléments généraux de l'attaque généralisée ou systématique et des éléments spéciaux de l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique.

[199] Voir Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le siècle des camps*, p. 218.

V. La *mens rea*

La *mens rea* du crime d'emprisonnement ou autre privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international, comme de tous les autres crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, s'apprécie sur la base de l'article 30 du Statut, à moins d'une disposition qui lui soit contraire. L'article 7 ne contient aucune dérogation en matière d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique, qui ne fait pas non plus l'objet d'un *dolus specialis* qui lui soit propre.

Au sens de l'article 30 du Statut, nous le savons, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes, nous le savons, limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct.

L'intention et la connaissance de l'auteur doivent porter sur tous les éléments matériels du crime, soit, en ce qui concerne l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique, sur la privation grave de liberté physique, sur le traitement réservé aux personnes ainsi privées de liberté et sur l'illicéité fondamentale de la privation de liberté ou du traitement réservé aux personnes ainsi privées de liberté.

Il est clair que l'auteur doit savoir qu'il agit en violation des règles fondamentales du droit international. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il connaisse les détails des règles violées, ni qu'il identifie celles-ci avec précision, par exemple, en sachant que le traitement infligé aux personnes détenues viole l'article 10 paragraphe 1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais ne sont pas d'une gravité suffisante pour constituer une violation de l'article 7 de ce même instrument. L'on ne saurait attendre de l'auteur des réflexes et des connaissances de juriste.

Si le Statut de Rome incrimine ici la violation des dispositions fondamentales du droit international, c'est qu'il vise des dispositions dont le contenu fait partie des évidences de l'humanité : l'interdiction de la torture, des mauvais traitements, des détentions arbitraires sont aujourd'hui incontestablement connues de chacun. Qui plus est, sur la base de l'article 33 paragraphe 2 du Statut, qui précise que l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est manifestement illégal, cette illégalité manifeste des crimes contre l'humanité n'autorise pas le recours à l'erreur de droit, car ces crimes sont d'une telle gravité, qu'elle doit sembler évidente à tout le monde, littéralement sauter aux yeux de chaque individu concerné et choquer immédiatement son sens de la justice. En ce sens, nous avons posé en introduction que l'humanité était la capacité à partager, avec ses semblables, les souffrances et les affects de chacun.

Surtout, le crime contre l'humanité est expressément un crime commis par l'Etat ou une organisation ayant pour but une telle attaque [200]. L'intervention de l'Etat implique l'intervention de chaînes d'autorité civiles ou militaires, au sein desquelles les supérieurs tant civils que militaires ont des devoirs et des obligations

[200] Voir *supra* chapitre 4.

que nous détaillerons dans des chapitres spécifiques [201]. Eux doivent connaître la légalité internationale, car il est de leur responsabilité que leurs subordonnés se comportent de manière conforme au droit, ce dont ils doivent s'assurer par un contrôle, une autorité ou un pouvoir de commandement effectifs.

[201] Voir *infra* chapitres 17 à 19.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs de l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique

L'Assemblée des Etats parties a déterminé comme suit les éléments constitutifs du crime d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique [202] :

« 1. L'auteur a emprisonné une ou plusieurs personnes ou autrement soumis ladite ou lesdites personnes à une privation grave de leur liberté physique.

2. La gravité du comportement était telle qu'il constituait une violation de règles fondamentales du droit international.

3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement.

4. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

5. 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 » [203].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

A. Elément matériel

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur a emprisonné ou autrement privé gravement une ou plusieurs personnes de leur liberté physique ; et
3. Cet emprisonnement ou autre privation grave de liberté physique intervient en violation des dispositions fondamentales du droit international.

B. Elément psychologique

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et

[202] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 88-89.
[203] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique, p. 122.

2. L'auteur entend
    a. emprisonner ou autrement gravement priver de leur liberté physique une ou plusieurs personnes ; et/ou
    b. traiter une ou plusieurs personnes emprisonnées ou autrement gravement privées de leur liberté physique de manière cruelle, inhumaine ou dégradante

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que
    a. ces personnes sont emprisonnées ou autrement gravement privées de leur liberté physique et/ou que
    b. ces personnes emprisonnées ou autrement gravement privées de leur liberté physique sont traitées de manière cruelle, inhumaine ou dégradante et
3. L'auteur sait que l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté et/ou le traitement réservé à ces personnes viole les dispositions fondamentales du droit international.

Chapitre 10

La torture

Au nombre des crimes contre l'humanité, dans le Statut de la Cour pénale internationale, figure ensuite la torture, définie comme étant 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* » [1].

Tout comme l'esclavage, la torture est une institution connue historiquement de presque toutes les époques de notre civilisation, obéissant toutefois à des considérations très différentes d'une époque ou d'une région à une autre, mais, contrairement à l'esclavage, de tout temps et en tout lieu des voix s'élevèrent, et non des moindres, pour en interdire ou limiter l'usage.

Les définitions des juristes et historiens retiennent néanmoins certains éléments communs. Ainsi, au IIIème siècle, Ulpien définit-il la « *quaestio* », dans son commentaire de l'Edit du Préteur, comme le tourment infligé au corps pour découvrir la vérité : « *Quaetionem intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem* » [2], ce que confirma au XIIIème siècle le juriste romain Azio, pour qui la torture est la recherche de la vérité au moyen du tourment. L'historien John Langbein la définit ainsi au XXème siècle : « *When we speak of judicial torture we are referring to the use of physical coercion by officers of the state in order to gather evidence for judicial proceedings (…). In matters of state, torture was also used to extract information in circumstances not directly related to judicial proceedings* » [3]. Les termes employés pour la designer (question, géhenne ou tourment) renvoient à la Bible ou au droit romain, au latin « *tormentum* », dont le sens initial désigne de manière générale tous les instruments de guerre, mais également au vieux français « *géhir* », qui signifie « *avouer* » [4].

La torture ne se trouvait pas au nombre des crimes contre l'humanité dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg qui, de manière plus générale, incriminait « *les autres actes inhumains commis contre une population civile*

---

[1] Art. 7 §1 lit. (f) et 2 lit. (e) CPI.
[2] Voir Ulpien, *in Digestes*, 47, 10, 15, 41.
[3] Cités par Edward Peters, *Torture*, p. 1.
[4] Voir Bernard Durand, *Une histoire de la torture est-elle possible ?*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, p. 2.

quelle qu'elle soit » [5]. Toutefois, la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié mentionnait la torture comme l'un de ces actes inhumains constitutifs des crimes contre l'humanité, il peut donc être considéré que les termes du Statut de Nuremberg la recouvraient également. C'est avant tout comme crime de guerre que la torture fut mentionnée dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, au titre des « *mauvais traitements* » ; les Conventions de Genève prirent le relais, incriminant spécifiquement la torture comme infraction grave.

Pour bien comprendre la notion de torture comme crime contre l'humanité au sens du Statut de la Cour pénale internationale, il convient tout d'abord de nous pencher brièvement sur les principaux éléments de son histoire. Ensuite, le droit de chacun de n'être pas soumis à la torture est l'un des droits de l'homme les plus fondamentaux, présent dans tous les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ; il conviendra donc également d'analyser l'interdiction de la torture en droit international, à l'appui de sa définition comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

[5] Art. 6 lit. (c) TMI.

I. La torture à travers les âges

A. Dès l'Antiquité

La torture dans l'Inde ancienne est soigneusement réglementée, sans toutefois que l'on dispose de témoignage quant à sa pratique. Toutefois, on ne doit procéder à la torture que dans les affaires d'une certaine gravité et lorsque la probabilité de la culpabilité de l'accusé est grande ; il est formellement interdit de causer la mort par la torture. La torture apparaît comme un complément de preuve que le juge doit prendre en considération avec les autres éléments de la cause [6].

L'émergence de la torture dans la loi est à relever, en Europe, dès la Grèce antique. Le système judiciaire des preuves y reposait alors sur les témoignages des citoyens, par principe dignes de confiance. Pour que le témoignage de non citoyens (essentiellement des esclaves, parfois des étrangers) soit recevable, ceux-ci devaient être soumis à une procédure spéciale de coercition physique, dont l'origine demeure obscure, que l'on peut toutefois rapprocher du pouvoir exercé par le maître sur l'esclave. Le terme grec pour désigner la torture est « *βάσανος* », qui désigne premièrement un moyen de vérification ou une épreuve puis, par extension, l'épreuve par la torture, la mise à la question et, finalement, les aveux arrachés par la torture (Bailly). Toutefois, il semble qu'elle fût plus largement utilisée en matière politique que dans les procédures courantes [7].

A la suite de la Grèce, la Rome antique n'autorisa tout d'abord la torture que sur les esclaves et seulement lorsqu'ils étaient accusés d'un crime ; plus tard, ils purent être torturés même comme témoins, sous de sévères restrictions toutefois. Dès le IIème siècle, Antonin le Pieux permit également qu'ils fussent soumis à la torture dans les affaires pécuniaires [8]. Sous l'Empire, les hommes libres, les *humiliores* surtout, purent également être soumis à la torture mais uniquement dans les cas de trahison, de *crimen laesae maiestatis*, puis, plus largement, dans les cas prévus par l'Empereur : « *Dans les crimes de lèse-majesté, qui concernent la personne des Princes, s'ils sont invités à témoigner, lorsque la cause l'exige, absolument tous peuvent être torturés* » [9].

Les Romains employaient différents termes pour qualifier la torture. La procédure d'enquête était appelée « *quaestio* », alors que « *tormentum* » désignait des châtiments corporels, y compris la peine de mort ; associé à la torture, il devient « *quaestio per tormenta* » ou « *quaestio tormentorum* », Ulpien précisant que dans le terme « *tormentum* » étaient comprises toutes les choses relatives à l'application de la torture [10]. La mort de la personne soumise à la torture n'était pas recherchée, Ulpien soulignant même qu'elle était interdite [11].

Avant de procéder à la question, il fallait tout d'abord posséder de premiers indices de culpabilité ; en effet, selon Paul : « *Dans une cause où l'accusé n'est pressé par aucune preuve, il ne faut pas appliquer facilement la question, mais il faut insister pour que*

---

[6] Voir David Annoussamy, *La torture dans l'Inde*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 41-51.
[7] Voir Edward Peters, *Torture*, pp. 11-18.
[8] Voir *Digestes*, 48, 18, 9.
[9] *Digestes*, 48, 18, 10, 1 : « *Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personas principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur* ».
[10] Voir Ulpien, *in Digestes*, 47, 10, 15, 41.
[11] Voir Ulpien, *in Digestes*, 48, 19, 8, 3.

l'accusateur prouve ce qu'il a avancé et en convainque » [12]. Les usages applicables à la « *quaestio* » portaient sur l'emploi d'un chevalet sur lequel la victime était attachée de telle manière qu'un jeu complexe de poids lui disjoignît les articulations ; le « *lignum* » était l'emploi de deux pièces de bois permettant d'écarteler les jambes ; l'emploi des « *ungulae* » semble dériver d'une manière d'exécuter les peines capitales, par lacération à l'aide de crochets. Furent également utilisés les fers rougis au feu, le fouet ou la constriction du corps dans une « *mala mansio* » [13].

A la chute de l'Empire romain, la torture continua d'être pratiquée, le Code wisigothique, notamment, stipulant, que la torture ne pouvait être pratiquée que pour les crimes de sang ou portant sur une certaine valeur [14]. La torture devait se dérouler en présence d'un juge, le bourreau n'était autorisé à provoquer ni la mort ni la perte d'un membre. Seuls certains crimes particulièrement graves permettaient l'emploi de la torture à l'encontre d'un noble : l'homicide, l'adultère, la lèse-majesté, la contrefaçon et la sorcellerie [15]. La torture fut alors tout à la fois moyen de preuve et peine et on la retrouve largement dans les sources les plus diverses, des Codes Théodosien et de Justinien à des œuvres historiques comme les *Res Gestae* d'Ammien Marcellin ou de réflexion de Saint Augustin dans la *Cité de Dieu* [16]. Ce caractère conjoint de moyen de preuve et de peine est attesté par Ulpien, qui énumère trois modes d'exécution de la peine capitale comme étant la bastonnade, la flagellation et la torture [17].

L'Eglise chrétienne perpétua également la torture après la chute de l'Empire Romain, appliquant le droit romain en matière de preuve, y compris ses prescriptions en matière de torture. Il y a donc dans l'Eglise chrétienne une tradition séculaire de la torture, issue directement du droit romain, jusqu'au XIème siècle [18]. Cette tradition s'installa sur les procédures médiévales des ordalies, liées au jugement de Dieu, par lesquelles le sort de l'accusé était scellé en fonction de sa réaction à une épreuve physique, par exemple plonger sa main dans le feu.

Les ordalies tendirent en Europe à se substituer à la torture, ce qui fut également le cas au Japon, notamment avec la procédure du « *kutagachi* », par laquelle le suspect devait retirer une pierre d'un chaudron d'eau bouillante. La torture japonaise entre les VIIIème et XIIème siècles a ceci de particulier, qu'elle fut administrée tant à l'accusé qu'à l'accusateur, celui-ci interrogé en dernier [19].

La Chine impériale connut également la torture, dès la dynastie Han (206 av. J.-C.-220) et le code de 653 de la dynastie Tang, le premier en Chine, autorisa la torture en vue de l'obtention d'aveux, puis la dynastie Qing (1644-1911) en réglementa strictement l'usage, lorsque d'autres éléments de preuves étaient par

---

[12] Paul, *in Digestes*, 48, 18, 18, 2 (Paul, 1.5. *Sent.*) : « *In ea causa, in qua nullis reus argumentis urguebatur, tormenta non facile adhibenda sunt, sed instandum accusatori, ut id quod intendat comprobet atque convicat* ».

[13] Voir Edward Peters, *Torture*, pp. 27-36 et Roger Vigneron, *La « question » judiciaire vue par les jurisconsultes romains*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 277-294.

[14] Voir *Code wisigothique*, Livre VI, titre I.

[15] Voir Edward Peters, *Torture*, pp. 36-39.

[16] Saint Augustin, *De Civitate Dei*, XIX, 6.

[17] Ulpien, *in Digestes*, 48, 19, 8, 3 : « *Nec ea quidem poena damnari quem oportet, ut verberibus necetur, vel virgis interematur, nec tormentis* » ; voir Laurent Angliviel de la Beaumelle, *Les mots de la torture au IVème siècle*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 295-309.

[18] Voir Mathias Schmoeckel, *La survivance de la torture après la chute de l'Empire romain jusqu'à l'aube du* Ius Commune, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 315-329.

[19] Voir Shiro Ishii, *Ordeal and torture in judicial procedure : the case of Japan*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 107-123 et Edward Peters, *Torture*, pp. 93-94.

ailleurs réunis, et n'autorisa que l'emploi de certains instruments de bambou et de cangues [20].

Les juristes classiques de droit musulman (VIII-XIème siècles) rechignèrent à l'emploi du terme torture (« *'adhâb* »), lui préférant ceux de contrainte judiciaire à l'aveu (« *iqhâh lil-iqrâr* »). En règle générale, ils abordèrent la question sous l'angle des modes d'établissement de la preuve pour vol, les mêmes règles étant également applicables à d'autres infractions, telles que l'homicide, les coups et blessures, le banditisme, la consommation d'alcool et autres infractions crapuleuses relevant des peines discrétionnaires. La doctrine de la basse époque (XII-XVème siècles) admit la torture dans la justice cadiale. Dès le XIIème siècle, le concept de « *siyâsa char'îya* », de politique conforme aux buts généraux de la *charî'a*, permit l'adoption de toutes les mesures cohérentes avec elle, utiles à son application, dont la torture. La période ottomane (XV-XXème siècles) adopta tout un arsenal législatif admettant que la police pratiquât la torture (appelée « *'urf* », coutume, par euphémisme), sur les seules personnes soupçonnables : il fallait des indices corroborant que l'accusé appartînt à la catégorie des personnes soupçonnables ou que les circonstances rendissent vraisemblable son crime ; en pratique, les officiers torturaient d'abord et, si l'affaire était simple, appliquaient immédiatement la peine ; dans les cas complexes, ils faisaient appel au cadi [21].

En Afrique, la torture fut plutôt définie comme « *une expression générique désignant un ensemble de moyens matériels et discursifs, de rituels sacrés en un temps et en un lieu prescrits par la tradition auxquels recourt un tortionnaire, selon l'art transmis pour infliger devant une foule (en majorité avertie) ou un cercle restreint (dans le cas des victimaires des monarchies), une souffrance physique et mentale afin d'atteindre un objectif* » [22]. De manière générale, la torture y fut très liée aux rites de passage, dont elle ne se distingua que peu. Deux types de sévices au contenu multiple étaient d'usage dans les sociétés africaines. Le délinquant récidiviste qui se refusait à avouer les faits à lui reprochés alors que de forts soupçons pesaient sur lui, subissait les sévices selon l'art tortionnaire : mise au fer, ligotage des bras et des jambes, enfouissement, enfumage. D'autres peines de brûlure du corps pouvaient être infligée par le feu, la cendre chaude ou le piment [23].

B. La torture et la reine des preuves dans la procédure inquisitoire

Entre 1150 et 1250 un strict système de hiérarchie des preuves se mit en place en Europe, avec, à son sommet, la confession de l'accusé. Au XIIIème siècle, l'on ne pouvait condamner une personne que sur la base du témoignage de deux témoins oculaires des faits ou de sa confession ; une série d'éléments circonstanciels, les « *indicia* », avaient valeur de preuve partielle en cas d'absence de témoins ou de confession, sans toutefois autoriser une condamnation. L'usage de la torture se

[20] Voir Alison W. Conner, *Chinese confessions and the use of torture*, et Nancy Park, *Torture and its limits in late imperial China*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 63-91 et 93-105.
[21] Voir Hervé Bleuchot, *L'aveu contraint dans le droit pénal musulman sunnite*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 125-166 et Edward Peters, *Torture*, pp. 92-93.
[22] Henri-Okou Legré, *La torture dans les sociétés africaines*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, p. 167.
[23] Voir Henri-Okou Legré, *La torture dans les sociétés africaines*, et Raymond Verdier, *Les corps à l'épreuve du feu et de la justice divine chez les Kabyè du Togo*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 167-189 et 191-198.

répandit donc, malgré les dénonciations nombreuses, notamment celle de Gratien, pour qui la confession ne devait pas être extorquée par la torture [24]. C'est à cette époque que se développa également la lutte contre l'hérésie albigeoise ou cathare, qui suscita de nombreux excès en matière de torture, le Pape Innocent IV, allant même jusqu'à prescrire, dans sa bulle *Ad extirpenda* de 1225, que les personnes suspectées d'hérésie fussent systématiquement torturées [25].

La Suisse ne fut pas exempte du phénomène de la torture au Moyen Âge. Les premières mentions de la torture en Suisse romande apparaissent dans des chartes et franchises urbaines des années 1330-1360, les franchises de Genève la mentionnant, accordées par l'évêque Adhémar Fabri, datent de 1387. Toutefois, comme les pays romands furent principalement des pays de coutumes, la rédaction écrite de ces franchises vint certainement confirmer un usage bien antérieur. La « *quaestio* » fut essentiellement répandue avec l'introduction de la procédure inquisitoire, qui n'y supplanta toutefois pas la procédure accusatoire avant la fin du XVème siècle. De manière générale, la mention de la torture dans ces franchises a pour objectif d'en limiter et d'en contrôler l'usage, en stipulant qu'elle ne pouvait être appliquée que sur le jugement de la cour séculière et que ses membres devaient y assister. A Genève, ce furent les citoyens qui décidaient de l'application de la torture et qui devaient y assister, les modalités d'application étant laissées à leur arbitrage ; l'Edit sur les Offices de 1568 en matière criminelle conserva la règle de la présence du Conseil des Deux Cents lors de la mise à la question, sur son jugement.

En Suisse romande, c'est toutefois dans le cadre des affaires de sorcelleries que l'on vit les procédures de torture le plus souvent utilisées et précisément décrites. L'application de la torture ne pouvait se faire avant trois monitions ou exhortations à la confession, voire davantage, et souvent après la production de pièces justificatives, notamment des procès antérieurs prouvant la complicité de l'inculpé. La torture était administrée dans une pièce voisine, en la seule présence de l'inquisiteur et du vicaire de l'évêque, qui interrogeaient l'accusé. L'inquisition agissait donc en secret, comme un tribunal d'exception, suivant une procédure extraordinaire, au-dessus des règles locales. Le mode de torture le plus usité fut celui de l'estrapade, c'est-à-dire l'élévation par la corde, avec ou sans tractions ou chevauchées (« *cavallata* » ou « *cavalcata* »), ce qui permettait une certaine gradation dans le supplice. Après le supplice, l'accusé était ramené dans la salle d'audience et « *réconforté* » ; il devait y réitérer les aveux produits dans la salle de torture, alors qualifiés de « *spontanés* ». Dans ces affaires de sorcelleries, la torture obéit également au but particulier de libérer l'accusé de l'emprise du diable, afin qu'il pût passer aux aveux, ce que le diable empêchait, au moyen du maléfice de taciturnité [26] !

Dans l'Allemagne des XVIème et XVIIème siècles, l'un des juristes les plus influents, Benedict Carpzov (1595-1666), ne pouvait envisager de procès pénal sans torture. Il définit la « *quaestio* » classiquement comme l'interrogatoire mené afin de découvrir la vérité par les tourments et la douleur physique et fondait sa légitimité sur quatre arguments : le bien commun commandait de ne pas laisser impunies certaines infractions et sans la torture, la découverte de la vérité et des poursuites pénales efficaces eussent été impossibles ; ensuite, la torture s'imposait par référence au droit romain, puis sur la base de la *Constitutio Criminalis Carolina*, code de

[24] Voir Edward Peters, *Torture*, p. 49.
[25] Bulle confirmée par Alexandre IV en 1259 et par Clément IV en 1265. Voir Dominique Foyer, *Regards théologiques sur la torture (période scolastique)*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. I, pp. 361-374.
[26] Voir Olivier F. Dubuis et Martine Ostero, *La torture en Suisse occidentale (XIVè-XVIIIè siècles)*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. II, pp. 539-598.

procédure pénale édicté par Charles Quint, enfin sur le *ius commune*, issu du droit romain. Toutefois, Carpzov estima que la torture, par principe, était atroce et grandement dommageable : « *on ne peut nier qu'il n'y ait rien d'aussi cruel et inhumain que de lacérer et déchirer un homme créé à l'image de Dieu* » [27].

En Russie, la torture demeura une pratique légale courante du procès pénal jusqu'en 1801, certains actes législatifs indiquant toutefois qu'elle fut encore parfois utilisée jusqu'aux grandes réformes judiciaires de 1864. La torture y était prévue pour plusieurs délits et crimes, les méthodes les plus répandues furent l'estrapade, les coups de knout et la brûlure du dos de l'accusé suspendu. Le droit des juges de soumettre un prévenu à la torture ne prévoyait aucune limitation. Le statut militaire publié par Pierre le Grand en 1716, qui introduisit une procédure pénale calquée sur le modèle du procès inquisitoire saxon, fut le premier texte réglementant l'usage de la torture. Dans les affaires de lèse-majesté (« *slovo i delo* »), l'aveu personnel et la confirmation des soupçons étaient recherchés. Celui qui n'avouait pas devait subir la torture de trois manières différentes, puis par le feu. L'on soumettait au knout d'abord l'accusateur, puis l'accusé et, en cas d'obstination, des confrontations avaient lieu, accompagnées de l'intensification des tortures. Après la torture, l'accusé pouvait s'en tirer avec une cicatrice, la langue coupée ou les narines déchirées [28].

Enfin, il convient de noter ici la présence d'une forme de torture qui nous renvoie au chapitre précédent. La mise au secret – que nous y analysâmes sous l'angle de la détention *incommunicado* [29]– est présente comme l'un des modes de recherches de l'aveu, à la fin de l'Ancien Régime en France, afin de tirer de l'accusé une vérité intacte, soit pendant l'instruction préparatoire (des premiers temps de l'instruction criminelle au règlement du procès), soit pendant l'instruction définitive (après le règlement du procès). Le suspect était placé dans une situation d'isolement total par décision du juge, dans des conditions rigoureuses où l'on reparle de *mala mansio*, mais aussi de basse-fosse, de crypte, de geôle, de *locus horribilis*. Pendant l'instruction définitive, la mise au secret est employée comme complément ou comme substitut à la question préparatoire [30].

C. La renaissance de la torture au XXème siècle

Les XVIIIème et XIXème siècles connurent un large mouvement d'abolition de la torture, qui disparut ainsi progressivement de tous les systèmes légaux [31]. Lorsque

---

[27] « *nihilque tam crudele & inhumanum quam hominem ad imaginem Dei conditum tormentis lacerare, & quasi excarnificare, negari nequit* », voir Ulrich Falk, *De la torture judiciare en Saxe, en particulier chez Benedict Carpzov (1595-1666)*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. II, pp. 709-742.

[28] Voir Dorena Caroli, *La torture dans la Russie des XVIIIè et XIXè siècles*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. II, pp. 809-845 et Edward Peters, *Torture*, pp. 94-97.

[29] Voir *supra* chapitre 9.

[30] Voir Antoine Astaing, *Durus carcer aut tortura ? La mise au secret et la recherche de l'aveu dans la procédure pénale française (XVè-XIXè siècles)*, *in* Bernard Durand, *La torture judiciaire*, t. II, pp. 891-940.

[31] La Suède abolit la torture en 1734, la Prusse en 1754 ; le Royaume des Deux-Siciles l'abolit par étape entre 1738 et 1789, le Duché de Bade entre 1767 et 1831, les Pays-Bas autrichiens entre 1787 et 1794, Venise entre 1787 et 1800, l'Autriche entre 1769 et 1776, la France en 1780 et 1788 ; les Etats de Brunswick et de Saxe en 1770, de Mecklembourg en 1769, de Toscane en 1786, de Lombardie en 1789, de Bavière en 1806, du Wurtemberg en 1809, du Hanovre en 1822, de Gotha en 1828, le Danemark en 1770, la Pologne en 1776, les Pays Bas en 1798, l'Espagne en 1808 (abolition confirmée à la réintroduction de l'Inquisition en 1813 par Ferdinand VII), la Norvège en 1819, le Portugal en 1826, la Grèce en 1827. La Suisse abolit la torture en 1798 et la rétablit en 1815, avant une série d'abolitions cantonales : Zurich en 1831, Fribourg en 1848, Bâle en 1850, Glaris en 1851, Genève ayant joué un rôle précurseur en l'abolissant dès 1738. Voir Edward Peters, *Torture*, pp. 90-91.

les régimes soviétiques, fascistes puis nazis la remirent en pratique, elle était largement perçue dans le monde comme un élément historique obsolète. Il n'est plus possible de parler alors de torture judiciaire, car celle qui se mit en place en dehors de la loi, voire nonobstant son interdiction par la loi, devint ainsi, selon le mot que William Blackstone attribuait déjà à l'Angleterre des Tudor : « *an engine of the state, not of law* » [32].

La résurgence de la torture s'apparente à une reconstruction de l'Etat après la Révolution française et ses répercussions internationales et, surtout, à l'émergence des forces de police modernes. En France, Fouché et ses successeurs mirent en place une police efficace, dotée de politiques et de moyens d'interventions sans commune mesure avec le passé et dont le modèle se répandit à l'étranger.

Alec Mellor, dans son étude consacrée à *La torture à travers les âges, son histoire, son abolition, sa réapparition au XXè siècle* (1961), data le début des pratiques de passage à tabac par les forces de police, en France, de 1929. Les Etats-Unis connurent à la même époque deux études retentissantes, portant sur le même sujet, de Ernest Jerome Hopkins, *Our Lawless Police* (1931) et de Emmanuel H. Lavine, *The Third Degree : American Police Methods* (1933). Pour Edward Peters, « *Thus, there is not a single history of the relationship between police forces and torture in the nineteenth century, but there is substantial evidence that police experience, in the USA and elsewhere, did contribute, however indirectly, to the resurgence of torture. The problem became more complex when police forces were used to deal with both criminal and political offences, when the police where closely or loosely supervised by other governmental branches, when police forces were controlled by governments rather than by independent judiciaries* » [33].

L'Etat policier trouve sa forme la plus extrême avec les régimes communistes, fascistes et nazis. Ces Etats occupent une place telle, que celle de l'individu est réduite à néant et n'a plus aucune valeur en son sein, les idéologies qui les guident se proclamant infaillibles. Le national socialisme installa des tribunaux spéciaux, les *Sondergerichte*, dès 1933 et le *Volksgerichtshof* dès 1934, élargit considérablement la définition des crimes politiques et intensifia les méthodes d'interrogatoire et de répression. En 1942, Himmler diffusa au sein des SS une circulaire autorisant le recours aux interrogatoires de « *troisième degré* » - identique en substance au « *Third Degree* » américain, couvrant spécifiquement la torture, à l'encontre de personnes suspectes de détenir des informations utiles, particulièrement en ce qui concernait les activités de résistance. L'emploi de médecins pendant ces interrogatoires du troisième degré était avant tout destiné à ce que le détenu ne mourût pas et pût supporter de nouvelles séances de torture [34].

Les méthodes de la police politique soviétique, la Tcheka (1917-1922), furent comparables. La défense de la révolution s'imposa dans les mois suivant octobre 1917 comme un principe de gouvernement, dans la qualification des crimes politiques et dans la détermination du régime à appliquer la torture et autres sanctions extraordinaires aux détenus politiques. Sous la direction de Dzerjinski, son premier directeur, la Tcheka commença à user de la torture de manière routinière dans la défense de la révolution, dans le but avoué d'organiser la terreur [35].

---

[32] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1769), cité *in* Edward Peters, *Torture*, p. 103.
[33] Edward Peters, *Torture*, p. 113.
[34] Voir Edward Peters, *Torture*, pp. 124-125.
[35] Voir Georges Leggett, *The Cheka : Lenin's Political Police*, (1981), cité *in* Edward Peters, *Torture*, pp. 128-130.

Comme le souligne Françoise Sironi, le totalitarisme met en place un système dans lequel les forces militaires et de police deviennent les acteurs de la fabrication de normes policières et de sécurité intérieure de l'Etat : « *Dans un tel système, les policiers et les militaires deviennent les instigateurs d'un code obsessionnel total où l'obtention d'aveux et de renseignements contribue à la fabrication de l'édifice totalitaire. Leur but implicite est de réduire à un langage unique une population entière. Ils sont les représentants incarnés des 'bonnes valeurs' et la torture devient alors un moyen de séparer les 'bonnes valeurs' des 'mauvaises'. Celui qui ne se conforme pas aux premières n'a aucune place dans ce système* » [36].

Wolfgang Sofsky relève que, dans les camps de concentration nazis, la présence de la torture s'apparente à de la violence aveugle : « *La torture rend l'homme absolument sans défense. Il ne peut plus que crier, il n'est même plus capable de gémir pour implorer sa grâce ou de tenter d'échapper aux coups. Son corps est attaché. Le martyre est accompli sur un objet fixe. La faculté de parler est totalement annihilée par la douleur. Ne serait-ce que pour cette raison, le fait que les bourreaux lui demandent de passer des aveux est une moquerie. La torture pure n'a qu'un but : multiplier les souffrances et transformer la victime en un paquet de chaire frémissant. Elle est donc la négation la plus radicale de la socialité. La violence travaille sur le corps vivant comme si c'était une chose inanimée. L'auteur de cette violence est plus que maître de la vie et de la mort. Sa souveraineté élève le pouvoir absolu au-delà de la mise à mort. Elle ruine l'être humain alors qu'il est encore en vie. Cette séance de boucherie transforme l'être humain en créature* » [37].

Le choc fut plus important avec la découverte, dès 1957, de la torture en Algérie, par l'armée française [38] : qu'une démocratie comme la France usât de la torture était bien différent des régimes communistes, fascistes ou nazis. Les militaires français qui ordonnèrent la torture la perçurent comme un élément essentiel de la lutte, déjà, contre le « *terrorisme* » algérien. Le général Massu, dans ses mémoires publiés en 1971, *La vraie bataille d'Alger*, ou, plus récemment, le général Aussaresses, dans *Services spéciaux Algérie 1955-1957*, revendiquent comme nécessaire son usage, justifié par les circonstances extrêmes de la situation. Le général Massu, après s'être fait personnellement infliger une séance d'électricité pour en mieux juger les effets, diffusa, le 19 mars 1957, une note dans laquelle il exposait : « *La condition* sine qua non *de notre action en Algérie est que ces méthodes soient admises, en nos âmes et consciences, comme nécessaires et moralement valables* » [39]. Le capitaine Joseph Estoupe témoigna ainsi, en 1962, devant un tribunal français : « *Si depuis un an, devant les tribunaux, passent des cadres issus presque toujours de ces unités [d'élites, spéciales ou d'intervention], c'est parce qu'un jour on leur a demandé de rechercher des renseignements et qu'on a précisé 'par tous les moyens'. Monsieur le Président, en langage militaire on dit 'faire du renseignement', en langage du monde on dit 'presser de questions' et en français on dit 'torturer'* » [40].

Dans son étude consacrée à *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, Raphaëlle Branche relève le faux syllogisme qui sous-tendit tout le système de répression de l'armée française en Algérie : « *Prémisse majeure : tout Algérien connaît un membre du FLN ; prémisse mineure : un terroriste est un membre du FLN ; conclusion : tout Algérien connaît un terroriste* » [41]. La torture y fut très organisée, comme le souligne cette auteur en citant le *Mémento à l'usage des officiers du Deuxième bureau des*

[36] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, p. 24.
[37] Wolfgang Sofsky, *L'organisation de la terreur*, p. 285.
[38] Voir Henri Alleg, *La question*.
[39] Cité *in* Paul Vidal-Naquet, *La torture dans la République*, p. 45.
[40] Cité *in* Paul Vidal-Naquet, *La torture dans la République*, pp. 159-161.
[41] Raphaëlle Branche, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, p. 221.

OR et des interprètes. Les coups de poing et de pied furent systématiques, « *comme une entrée en matière* », visant l'ensemble du corps et notamment les testicules. La technique du « *chevalet* » est également utilisée : un homme est suspendu par les poignets attachés derrière le dos, ce qui entraîne la dislocations des épaules, technique ancienne déjà rencontrée ici sous le nom d'estrapade. On utilise aussi la « *baignoire* », en plongeant la tête d'un détenu dans l'eau jusqu'à la suffocation, technique également largement répandue sous le nom de « *submarino* » en Amérique latine, dans les années 1970-1980. La « *gégène* » désigne un générateur électrique produisant un courant de 80 volts : la torture à l'électricité fut couramment utilisée, souvent en parallèle avec la « *baignoire* », l'eau accentuant l'effet des décharges. La gégène était manœuvrée par une manivelle et produisait un courant plus ou moins fort suivant la vitesse à laquelle la manivelle était tournée. La technique dite du « *téléphone* » employait également l'électricité, avec un courant moins violent [42].

Il est important ici de citer le témoignage de Henri Alleg, qui, dans sa simplicité même, dit toute la cruauté de tels procédés. Celui-ci, attaché nu sur une planche mouillée, subit plusieurs séances de torture à l'électricité : « *Jacquet toujours souriant, agita d'abord devant mes yeux les pinces qui terminaient les électrodes. Des petites pinces d'acier brillant, allongées et dentelées. Des pinces 'crocodiles' disent les ouvriers des lignes téléphoniques qui les utilisent. Il m'en fixa une au lobe de l'oreille droite, l'autre au doigt du même côté. D'un seul coup, je bondis dans mes liens et hurlai de toute ma voix. Charbonnier venait de m'envoyer dans le corps la première décharge électrique. Près de mon oreille avait jailli une longue étincelle et je sentis dans ma poitrine mon cœur s'emballer. Je me tordais en hurlant et me raidissait à me blesser, tandis que les secousses commandées par Charbonnier, magnéto en mains, se succédaient sans arrêt. (…) Brusquement, je sentis comme la morsure sauvage d'une bête qui m'aurait arraché la chair par saccade. Toujours souriant au-dessus de moi, Jacquet m'avait branché la pince au sexe. Les secousses qui m'ébranlaient étaient si fortes que les lanières qui me tenaient une cheville se détachèrent. On arrêta pour les rattacher et on continua. Bientôt le lieutenant prit le relais de Jacquet. Il avait dégarni un fil de sa pince et le déplaçait sur toute la largeur de ma poitrine. J'étais tout entier ébranlé de secousses nerveuses de plus en plus violentes et la séance se prolongeait. On m'avait aspergé d'eau pour renforcer encore l'intensité du courant et, entre deux 'giclées' je tremblais aussi de froid* » [43].

Les dictatures latino-américaines connurent également un usage étendu de la torture, au point que plusieurs termes de torture sont passés aujourd'hui dans le langage courant en espagnol, par exemple la détention « *incommunicado* » ou le « *submarino* ». La DINA, police secrète de Pinochet, au Chili, fonctionna de 1973 à 1978, sous l'autorité directe du dictateur. Les techniques appliquées à la Villa Grimaldi, à Santiago du Chili, sont connues, notamment : la « *camionnette* », qui consistait à faire rouler une camionnette sur le corps des détenus ; la « *parilla* », qui consistait à attacher un détenu, nu, sur un sommier métallique et à le soumettre à des décharges électriques ; la « *parilla* inversée » se déroulait en retournant le sommier, le détenu étant alors suspendu au dessus du vide ; la « *parilla* double » consistait à superposer deux lits dont l'un retourné, plaçant ainsi face à face deux personnes ayant un lien familial ou affectif [44].

[42] Voir Raphaëlle Branche, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, p. 325-331.
[43] Henri Alleg, *La question*, pp. 31-33.
[44] Voir Dominique Rizet et Rémy Bellon, *Le dossier Pinochet*, pp. 133-144. Voir également Michael Kerrigan, *The Instruments of Torture*.

D. Bourreaux et victimes : professionnalisation de la torture

C'est en approchant la psychologie de la torture que Françoise Sironi en a conclu que « *La torture fait taire. Elle fait taire victimes et bourreaux dans un même silence. Mais aussi ceux qui l'autorisent, l'encouragent, la programment dans le but évident de rendre leurs agissements opaques* ». En effet, comme le souligne l'auteur, on ne naît pas tortionnaire mais on le devient par initiation, par « *fabrication* » : « *Et c'est à l'aide de techniques traumatisantes identiques, basées sur la même logique, que l'on initie un tortionnaire et que l'on torture un homme* » [45]. La torture n'est pas un simple acte de maltraitance subit en un lieu et temps donnés. La douleur physique et la détresse morale surtout, subsistent longtemps après la fin des séances de torture et c'est là une douleur chronique que les définitions légales de la torture n'envisagent pas, même si elle peut servir à l'analyse des termes « *douleur ou souffrance aiguës* » du Statut de la Cour pénale internationale.

Dans le même sens, Jean Améry écrivit : « *j'ose affirmer, en me fondant sur l'expérience qui n'a pourtant pas sondé toute l'étendue du possible, que la torture est l'événement le plus effroyable qu'un homme puisse garder au fond de soi* » [46]. Pour Robert Antelme la torture atteint le sentiment d'appartenance à l'espèce humaine : « *Dire que l'on se sentait alors contesté comme homme, comme membre de l'espèce, peut apparaître comme un sentiment rétrospectif, une explication après coup. C'est cela cependant qui fut le plus immédiatement et constamment sensible et vécu, et c'est cela d'ailleurs, exactement cela, qui fut voulu par les autres* » [47]. C'est là, essentiellement, que se situe son inhumanité et se justifie son intégration dans la liste des crimes contre l'humanité à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

Dans ce sens également, les psychiatres Uruguayens Maren et Marcello Viñar la définissent comme « *tout dispositif intentionnel, quelles que soient les méthodes utilisées, qui a pour finalité de détruire les croyances et les convictions de la victime afin de la dépouiller de la constellation identitaire qui la constitue comme personne* », et considèrent ses auteurs comme des agents d'un pouvoir violent, utilisant la torture comme un outil par lequel on veut dévitaliser ou désactiver ceux que l'on accuse d'être un danger pour l'ordre établi, fabriquant ainsi la soumission totale et la paralysie des gouvernés [48].

Les méthodes de torture actuelles peuvent être regroupées de la manière suivante. Premièrement la douleur, omniprésente dans la torture. Puis les privations de nourriture, de boisson, de soins, de sommeil, privation d'air dans l'emploi de la suffocation, par exemple le « *submarino* » ; les privations de motilité sont fréquentes, telles les longues stations debout (« *plantón* »), accompagnées de modes de contention douloureux, tels que le port de liens serrés ou l'enserrement du corps dans un drap mouillé qui rétrécit progressivement en séchant ; les privations de contacts avec toute autre personne, comme c'est le cas de la détention *incommunicado*, parfois durcie par le port d'un bandeau oculaire, qui provoque rapidement un état de confusion et des hallucinations liées à une perte des repères spatio-temporels [49].

---

[45] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 11-13.
[46] Jean Améry, *Par delà le crime et le châtiment*, p. 52.
[47] Robert Antelme, *L'espèce humaine*, p. 11.
[48] Maren et Marcello Viñar, *Exil et torture*.
[49] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 27-28 ; en matière de privation de nourriture, voir TPIY, Krnojelac, §§225 et ss.

L'effroi est également un mode de torture, notamment dans les mises en scène de simulacre d'exécution ; les menaces de mort et les tentatives d'assassinat sont fréquemment utilisées comme systématisation de la peur, qu'elles concernent les personnes soumises à la torture ou leurs proches ; l'effroi est également utilisé lorsqu'une personne est obligée d'assister à l'agonie, impuissante, d'amis codétenus ; le fait d'assister à la torture des autres prisonniers avant d'être soi-même torturé amène certains détenus à souhaiter que leur tour arrive vite : l'attente du supplice est insoutenable et le début des tortures fait alors figure de délivrance [50].

C'est une forme d'effroi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a retenu comme torture en tant que crime contre l'humanité à l'encontre de Mladen Naletilic : « *Mladen Naletilic a commencé à interroger le témoin FF en lui demandant les coordonnées de son père et d'autres membres de sa famille. Lorsque le témoin a répondu qu'il n'en savait rien, l'homme dont il a appris plus tard qu'il s'appelait Samir Bošjnic s'est mis à le battre. Il l'a frappé trois fois à l'estomac avant que Mladen Naletilic ne lui ordonne d'arrêter. Au bout d'une vingtaine de minutes, Mladen Naletilic a brusquement présenté ses condoléances au témoin FF et lui a dit qu'on avait abattu son père le matin même. Choqué, le témoin a failli s'effondrer. Avant que le témoin ne soit emmené en cellule d'isolement, Mladen Naletilic s'est penché par-dessus la table et lui a demandé s'il sentait son estomac brûler. Le témoin FF est resté en cellule d'isolement pendant une heure environ, terrorisé parce qu'il ignorait ce qui l'attendait et que des gardiens passaient en menaçant de revenir le soir pour le frapper* » [51].

Les transgressions de tabous culturels et la déshumanisation sont elles aussi largement utilisées, car l'univers de la torture est construit autour de la figure du paradoxe. Françoise Sironi relève sur ce point : « *C'est ainsi que l'imprévisibilité la plus totale coexiste avec un code obsessionnel, rigoureux, net et pensé dans ses moindres détails. Ce code s'applique à du matériel de destruction que sont les gestes et les paroles des tortionnaires. Lorsque l'on a été contraint, dans le contexte particulier de la torture, à manger des excréments, à boire de l'urine, à assister au viol de son père, de sa fille, de sa mère, à être sodomisé par un chien, il est parfois préférable de se penser comme étant effectivement un non-humain. Devoir sauter comme un crapaud, s'accroupir comme un lapin, aboyer comme un chien, n'est autre qu'une mise en acte d'un franchissement de règne. La sexualité est également un de ces points de passage. La mise en acte permanente de la transgression de tabous sexuels vous fait accéder au monde de la nuit. La déshumanisation se fabrique à coup de moqueries lourdes et grasses sur la taille d'un pénis ou sur la forme des testicules. Elle se fabrique par un tripotage sexuel toujours accompagné de quolibets obscènes. Dans cet univers clos, on viole comme on respire* » [52].

C'est exactement ce genre de violation de tabous culturels que l'on retrouve aujourd'hui dans les allégations de torture américaines à l'encontre de prisonniers Irakiens dans la prison d'Abu Ghraib, à Bagdad, comme le démontrent les témoignages publiés par le journal français *Le Monde* le 29 juin 2004 : « *Moi, je n'ai pas été violé au sens où vous l'entendez en Occident. Mais pour moi qui ai 29 ans et n'ai jamais couché avec une femme, que personne n'a jamais vu nu, la nudité est déjà un viol. Et pour moi, lorsqu'une femme-soldat m'a à plusieurs reprises touché le sexe avec ses gants en se moquant de moi, en m'insultant, c'était un viol* » [53].

---

[50] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 28-29.
[51] TPIY, Naletilic et Martinovic, §446.
[52] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 29-30.
[53] *Le Monde*, Rémy Ourdan, *Tortures américaines, paroles d'Irakiens*, édition électronique du 29 juin 2004, www.lemonde.fr.

La torture se pratique également par le brouillage des repères sensoriels, par une privation, totale ou partielle, de ces repères. Les prisonniers sont soumis à diverses formes de réduction des stimulations sensorielles provenant de l'environnement ; c'est une forme de torture psychologique appelée torture blanche, car elle ne laisse aucune trace physique. La privation sensorielle provoque des troubles de la mémoire, des difficultés de concentration et d'orientation dans le temps, voire des réactions psychotiques. Au nombre de ces méthodes, on peut nommer l'enfermement dans une cellule éclairée en permanence par une lumière intense et uniforme, l'insonorisation complète d'une pièce au point de ne plus entendre même ses propres bruits. Le détraquement des horloges biologiques obéit au même objectif, par exemple en servant des repas à des intervalles irréguliers, très rapprochés puis très éloignés. Françoise Sironi relève que lorsque la privation sensorielle partielle ou totale se prolonge sur des jours ou des semaines, apparaît un véritable brouillage des codes d'accès à la réalité. L'emploi de la cagoule fut fréquent dans les geôles latino-américaines, d'abord portée par les tortionnaires afin de n'être pas reconnus, elle le fut ensuite par les prisonniers. Dans la même optique, les transferts d'un lieu de détention à un autre se font les yeux bandés, roués de coups afin d'éviter que les personnes détenues puissent retrouver des repères topographiques [54].

L'un des éléments inhérents à la torture est de placer la personne détenue face à un choix impossible. Parler, « *se mettre à table* », afin que cessent les souffrances, donner des noms, des informations (vraies ou fausses là n'est pas la question) en sachant que vous exposez ainsi d'autres personnes à la torture. C'est une situation anticipée par de nombreux groupes d'oppositions à des régimes pratiquant systématiquement la torture : chaque opposant mémorise une liste de noms et d'informations qu'il pourra donner, sans mettre en péril son organisation. Il y a différentes manières d'illustrer ce choix impossible, le tortionnaire pouvant, par exemple, vous ordonner de tuer un autre prisonnier pour vous laisser vivre. En Assam, état du nord de l'Inde, certains prisonniers sont immobilisés par une barre derrière les genoux, de manière à ce qu'ils soient fléchis, ce qui ne leur permet ni de s'accroupir entièrement ni de se relever. Les jambes flanchent vite et les prisonniers n'ont plus que le choix de tomber à gauche ou à droite, sur des plaques chauffantes qui les brûleront. Les suppliciés deviennent alors leur propre bourreau [55].

La première affaire jugée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est symptomatique de cet élément, lorsqu'elle établit les conditions de détentions pratiquées dans les camps serbes d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje et condamna Dusko Tadic notamment pour crime contre l'humanité de torture, approchée sous l'angle du crime de persécution, relevant que des détenus étaient fréquemment obligés de se battre mutuellement, jusqu'à l'extrême : « *Après que les témoins H et G [ont] dû traîner le corps de Jasmin Hrnic sur le sol du hangar, ils ont reçu l'ordre de sauter dans la fosse à réparations. Fikret Harambasic, qui était nu et qui avait été battu à sang, a dû sauter dans la fosse après eux. Le témoin H a reçu l'ordre de lécher ses fesses nues et G a été obligé de sucer son pénis et de mordre ses testicules. Pendant ce temps, plusieurs hommes en uniforme qui se tenaient autour de la fosse ont assisté à ce qui se passait et criaient de mordre plus fort. Les trois hommes ont ensuite reçu l'ordre de s'extraire de la fosse et le témoin H a été menacé, le couteau sur la gorge, que ses deux yeux seraient énucléés s'il ne fermait pas de force la bouche de Fikret Harambasic pour l'empêcher de crier ; G a ensuite dû s'allonger entre les jambes nues de Fikret Harambasic et, tandis que ce dernier se*

[54] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 31-32.
[55] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 32-34.

débattait, il a dû frapper et mordre ses organes génitaux. G a ensuite arraché d'un coup de dents l'un des testicules de Fikret Harambasic et l'a recraché, après quoi on lui a dit qu'il était libre de partir. Le témoin H a reçu l'ordre de traîner Fikret Harambasic jusqu'à une table proche, où il s'est tenu à ses côtés avant de recevoir l'instruction de retourner dans la pièce d'où il venait, ce qu'il a fait. On n'a ni revu, ni entendu parler de Fikret Harambasic depuis » [56].

L'instauration d'un code obsessionnel érigé en système est un moyen de torture qui complète la panoplie analysée jusqu'à présent. Dans les prisons latino-américaines, les règlements intérieurs étaient à ce point détaillés qu'il était impossible de les retenir, y compris et surtout les détails les plus insignifiants étant précisément réglementés. Plusieurs codes pouvaient également se superposer et les punitions pleuvaient pour toute transgression réelle ou supposée : il était interdit de parler, de chanter, de siffler, de montrer des « *excès d'affection* » à l'égard des conjoints ou des enfants, de regarder un autre prisonnier, etc. Ce qui était autorisé un jour pouvait être interdit le lendemain ; il fallait demander une permission pour tout et le seul fait d'oser la demander pouvait entraîner une punition [57].

L'élément suivant de la torture démontre bien sa professionnalisation actuelle. En effet, « *Les tortionnaires fabriquent le vécu d'impuissance et d'omnipotence par la mise en acte de mécanismes de perversion logique. Les situations de choix impossible comme l'utilisation de messages paradoxaux forment une caractéristique du mode de communication de cet univers hors du commun* » [58]. Donner du lait empoisonné au curare à un prisonnier délibérément assoiffé, être contraint de choisir la torture de ses compagnons sous peine d'être exécuté, être contraint d'agir contre ses propres valeurs, ses idées, son éthique ou sa culture en contrepartie de la vie sauve à un proche ou à soi-même… quelle que soit la situation choisie, elle n'est jamais la bonne : il n'y a pas de choix possible. Les bontés occasionnelles du tortionnaire participent également de la stratégie de déconstruction identitaire du prisonnier : offrir des cigarettes, lui faire des promesses, lui offrir une récompense pour une soumission partielle. Au cours des interrogatoires, les phrases aux polarités logiques inverses se succèdent ; il y a le bon et le mauvais tortionnaire, la torture propre et la torture sale.

C'est très clairement dans cette optique que s'inscrit le comportement reproché à Mladen Naletilic par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au titre de crime contre l'humanité de torture, optique qui semble toutefois avoir totalement échappé aux juges : « *Les témoins L et VV, les deux soldats de l'ABiH capturés à Raštani, ont été transférés à Široki Brijeg le 23 ou le 24 septembre 1993. Il ont été interrogés dans la coopérative de tabac et roués de coups, puis ils ont été sortis et frappés jusqu'à en perdre connaissance. Le témoin VV a déclaré qu'ils étaient couverts de sang et que leurs yeux étaient tuméfiés et fermés. C'est dans cet état que le témoin VV a été emmené dans un bureau où Mladen Naletilic était assis. Le témoin le connaissait depuis qu'en 1992 l'accusé avait rendu visite à son chef dans le secteur de Šipovac. Mladen Naletilic a ordonné qu'on apporte du thé au témoin VV et lui a demandé les coordonnées de son chef. Il lui a également demandé qui l'avait frappé si violemment. Il l'a assuré que plus personne ne le battrait pendant sa détention. Il s'est présenté comme le « commandant Tuta ». Ce changement d'attitude était probablement dû aux réponses données par VV pendant l'interrogatoire. Ensuite, Bosanac a été appelé dans la pièce et a ramené le témoin VV à la cave. Les douze jours suivants, le témoin a été frappé plusieurs fois par jour par des groupes*

[56] TPIY, Tadic, §206.
[57] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 34-35.
[58] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, p. 35.

de quatre ou cinq soldats qui s'acharnaient sur lui à coups de poing, de brodequin, de ceinturon et de béquille. Bosanac était au nombre de ces soldats. Les coups ne s'arrêtaient que lorsqu'il l'ordonnait. Le collègue du témoin VV a été battu si rudement la première nuit qu'il ne pouvait plus marcher et qu'on l'a laissé seul au sous-sol pendant ces douze jours » [59]. Dans cette affaire, Mladen Naletilic se pose en « *bon tortionnaire* », réconfortant la victime, alors que Bosanac apparaît comme le « *mauvais tortionnaire* », la brute épaisse sans foi ni loi.

Par l'utilisation de la torture psychologique ou « *blanche* », la folie de la personne détenue est fabriquée de toute pièce : des médicaments psychotropes sont administrés aux prisonniers ; ils en deviennent fous et sont alors mis dans cet état au contact de leurs anciens camarades, qui doivent supporter ce voisinage perturbateur. La médication non thérapeutique était d'usage courant dans les dictatures latino-américaines et dans les pays anciennement sous influence soviétique. C'est là une suite logique des régimes totalitaires pour lesquels toute différence avec l'ordre social établi est considérée comme une déviance ou un maladie mentale inhérente au sujet. Il existait ainsi dans la nosographie psychiatrique soviétique le diagnostic de « *schizophrénie torpide* », décrite comme une atteinte mentale grave à l'origine du comportement antisocial des opposants politiques, caractérisée par de l'agressivité, une démotivation, un délire interprétatif et surtout par une « *perte du sentiment civique* ».

C'est dans ces circonstances que le rire et l'humour côtoient souvent l'horreur, comme nous l'avions déjà remarqué des camps de concentration avec la citation de David Rousset les présentant sur le thème d'Ubu. Françoise Sironi écrit ainsi : « *L'humour provenait d'un glissement du sens commun des mots et des choses, qui acquéraient alors une signification nouvelle dans ce lieu si particulier. Par exemple, en prison, des surnoms étaient attribués à tout le monde, ce qui déclanchait l'hilarité générale. Les surnoms attribués aux prisonniers se rapportaient aux tortures les plus pénibles qu'avait eu à subir l'intéressé, tel 'le grillé', 'le pendu'. Des surnoms étaient également attribués aux tortionnaires, tels que 'Juliette' ou 'la main dorée'. 'Parfois, il y avait une ambiance comique quand ils torturaient. 'C'est en riant que je les suppliais d'arrêter', nous dit un patient. Marika Lindbom-Jacobson, psychothérapeute travaillant avec des victimes de la torture en Suède, cite également le cas d'un de ses patients qui fait état du même processus. 'Mon corps était complètement exténué. Je riais et à leur tour, les tortionnaires se mirent à rire en disant que je pouvais certainement en supporter un peu plus. C'est comme si je n'étais pas présent dans mon corps'* » [60].

Les techniques de tortures sont délibérément pensées, réfléchies et élaborées avec le plus grand soin ; elles ne sont en rien le produit de l'imagination malade de tortionnaires sadiques. Les points sensibles sont connus et répertoriés, pour déceler la vulnérabilité de chacun, où l'on retrouve l'ambiance de *1984* de George Orwell. L'effet recherché est toujours le même, quelle que soit la technique employée, physique ou psychologique. Il s'agit d' « *ouvrir la tête* », en quelque sorte sans la refermer, de détruire sans reconstruire, de désaffilier sans réaffilier la victime, car ce qui est recherché est la réduction de la personne à l'état d' « *humain universel* » [61]. Les marquages corporels et psychologiques pratiqués par la torture ont pour propriété de générer des transformations selon un processus organisé autour de techniques d'une remarquable efficacité. Sous la torture, les marquages corporels inscrivent une rupture d'alliance avec le groupe d'appartenance, qu'il soit religieux, ethnique,

[59] TPIY, Naletilic et Martinovic, §409.
[60] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 35-39.
[61] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 40-41.

politique ou autre, auquel la personne soumise à la torture est affiliée de manière provisoire ou permanente.

Les effets psychologiques de la torture sont dévastateurs et ils doivent ici être abordés, car la définition que le Statut de la Cour pénale internationale donne de la torture comme crime contre l'humanité comporte tant les douleurs et souffrances physiques, que psychiques. Les personnes torturées se remettent mal des sévices subis et, souvent longtemps après encore, entendent la voix de leurs tortionnaires ou ressentent même les douleurs endurées et les odeurs comme si elles y étaient ; les cauchemars hantent leur sommeil au point qu'elles ont peur de dormir. La torture agit en effet comme un opérateur de modification psychique, qui se concrétise dans des phénomènes d'inversion, la prévalence d'un ordre binaire, la redondance et la transgression de tabous culturels.

Tout d'abord, la torture apparaît comme un inverseur, en donnant aux substances internes un statut externe et inversement, rendant toute limite perméable. Par le mécanisme de l'aveu, il s'agit de rendre publique une parole cachée ; l'inverse peut se produire par l'inoculation de substances étrangères au corps ou destinées à être évacuées par lui, quelque chose du dehors venant opérer une modification à l'intérieur : ingestion forcée de vomissures, d'urine ou d'excréments. L'effet des chocs électriques et des brûlures est du même acabit. « *L'inversion brouille tout ce qui était jusqu'alors considéré comme 'logique', générant de ce fait l'effraction psychique. Lorsque rien ne vient mettre fin à ce mécanisme toujours agissant, les effets de l'inversion restent actifs pendant longtemps. Ils sont parfaitement repérables chez les personnes traumatisées par l'expérience de la torture, au revers de l'intériorisation du tortionnaire et de la reprise à son propre compte de l'intentionnalité qui sous-tend les actes du tortionnaire* » [62].

Ensuite, nous avons mentionné la prévalence d'un ordre binaire, car sous la torture la vision du monde s'articule entre le propre et le sale, le bon et le mauvais, le marquage physique participant activement à l'instauration de cet ordre binaire comme mode d'appréhension du monde. Maren et Marcello Viñar ont particulièrement illustré ce processus dans *Exil et torture*, au travers notamment du cas d'un de leur patient : « *Le monde de ses convictions, auparavant clair et vigoureux, se transformait en une silhouette floue, vague, presque inexistante, qui s'imprégnait peu à peu de sa saleté, de son urine, de ses excréments. Ces idées et son dégoût se mêlaient peu à peu et la seule chose qui restait claire, c'était la présence de l'officier, son uniforme propre, ses bottes lustrées (…). L'ordre du monde que transmettait l'officier pénétrait sa chair. Ce qui était immédiat et évident (…), c'est qu'il y avait deux sortes d'hommes : les uns étaient propres, leur rire montrait qu'ils étaient vivants, leur voix et leurs gestes manifestaient qu'ils étaient sûrs d'eux. Et dans chaque acte quotidien comme le bain, les repas ou le repos, ils avaient le pouvoir de donner ou d'enlever. Les autres étaient sales et sentaient mauvais, ils rampaient en gémissant dans ces porcheries. Les uns étaient le triomphe, les autres l'effondrement* » [63].

Le troisième élément psychologique fondamental est le phénomène de redondance, c'est-à-dire la correspondance exacte, terme à terme, entre marquage physique et empreinte psychique, qui fabrique l'effraction psychique. Lorsque les tortionnaires appliquent un courant électrique sur le pénis ou les testicules d'un homme en énonçant au même moment : « *Tu ne seras plus jamais un homme !* », « *ils induisent une modification brutale et parfois irréversible de la représentation de l'ordre des choses chez la personne que l'on torture. Ce qui peut être une crainte fantasmatique devient une réalité. Par la redondance, la pensée et le fantasme sont court-circuités et superposés.*

[62] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, p. 44.
[63] Maren et Marcello Viñar, *Exil et torture*, p. 43.

Seule l'intentionnalité de celui qui torture est agissante, faisant tragiquement voler en éclats tout sentiment d'avoir une identité propre. Dans la vie courante, chaque acte qui renvoie la personne qui a été torturée à l'idée qu'elle a une identité propre est alors l'objet d'une attaque, d'une tentative d'anéantissement. La pensée de ses bourreaux a envahi son espace psychique : 'Si tu en réchappes, ne doit persister en toi que le singe qui est en l'homme. Nous ferons disparaître en toi tout ce qui fonde ta singularité' » [64].

La transgression des tabous culturels, que nous avons déjà soulevée, met délibérément en scène des situations contraires aux rites religieux ou règles culturelles des personnes torturées. Au Tibet, les Chinois forcèrent des moines bouddhistes végétariens à tuer, cuisiner et consommer de la chaire animale. Lorsque la culture organise des rituels thérapeutiques ou initiatiques, ils sont également pervertis par les tortionnaires. Au Sri Lanka, la fumigation de piments est utilisée dans les rituels de possession pour chasser les esprits et l'absorption d'urine est couramment utilisée dans les thérapies traditionnelles ; elles seront utilisées délibérément de manière profane comme méthode de torture à l'encontre de la population tamoule. L'actualisation de mythe, celui d'Œdipe particulièrement, est également une méthode de torture. Jean, un jeune homme de vingt-et-un an, est resté enfermé huit jours dans une cellule minuscule où sa mère avait été attachée nue, accroupie devant lui, en est ressorti frappé de cécité [65].

Aujourd'hui, la torture se situe très loin de la torture judiciaire dont nous avons exposé brièvement l'historique. Il ne s'agit plus ici d'obtenir l'aveu d'un crime ou des informations sur sa commission ou sur ses autres participants. Les personnes torturées le sont dans un but de déculturation, d'isolation de la personne de son entourage. A travers la personne torturée, c'est le groupe auquel elle appartient qui est visé et qui peut être très varié : groupe culturel ou révolutionnaire, parti politique, congrégation religieuse, secte, ethnie, groupe sexuel ou social, race… Tous ces groupes sont minoritaires au sein d'un Etat et n'adhèrent pas aux idées collectives partagées par le plus grand nombre. La torture est donc pratiquée massivement lorsque les lois répressives et discriminatoires d'un Etat ne suffisent pas à éliminer leurs singularités.

Professionnalisation de la torture également dans la présence d'autres personnes aux cotés des tortionnaires : il y a ceux qui administrent la torture, ceux qui en fabriquent les instruments, ceux qui forment des unités dites « *spéciales* » à sa technique, ceux qui la pensent et mettent en place son dispositif [66]. Parmi ces gens, il y a des médecins, des psychiatres et des psychologues. Les manuels prescrivant l'interrogatoire de « *suspects* » sont de véritables cours de psychologie à l'usage des tortionnaires et des professionnels du renseignement. Ils décortiquent les comportements humains avec précision, y détaillant minutieusement tous les éléments. Il s'agit en fait de s'intéresser à une psychologie pragmatique, centrée sur le noyau de la personne : tel élément provoque tel effet.

La place des médecins, notamment des psychiatres et des psychologues, est ambiguë dans les régimes policiers. Soit ils collaborent avec le pouvoir dans l'administration de la répression et notamment de la torture, soit ils deviennent eux-mêmes l'objet de persécution, comme ce fut le cas sous la dictature de Videla en Argentine, les psychiatres et psychologues y étant accusés de former une menace permanente pour la sécurité de l'Etat.

---

[64] Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 45-46.
[65] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 46-47.
[66] Voir Amnesty International, *Torture, Pour en finir avec le commerce de la souffrance*.

Les méthodes de torture sont largement identiques d'un pays à un autre, ce qui s'explique par des accords de coopération militaire ou plus largement en matière de sécurité. Des militaires français formèrent ainsi des spécialistes Tchadiens aux techniques d'interrogatoire pendant la dictature d'Hissein Habré. En Amérique latine, cette formation était dispensée par des psychologues américains de la CIA et par d'anciens nazis qui s'y étaient installés. Dans les anciens pays satellites de l'ex-Union soviétique, des professionnels du soin soviétiques ou cubains se chargèrent de cette formation en Angola, au Mozambique ou au Viêt-Nam. En Uruguay, un psychologue, le Docteur Britos, assistait le directeur de la prison *Libertad* pendant les neuf années de la dictature, et mettait un soin méticuleux à conduire une multitude de tests psychologiques sur les détenus. Au Chili, des médecins et des psychologues participèrent directement aux séances de torture et à la manipulation mentale des détenus. Au brésil, le psychiatre et psychanalyste Amilcar Lobo révéla l'utilisation de recherches sur le sommeil à des fins répressives. En Union soviétique, une institution psychiatrique était directement placée sous les ordres du ministère de l'intérieur, chargée d'examiner les dissidents politiques, fortement suspectés d'être atteints de troubles mentaux, du fait de leur dissidence ; le système médical y prêta sa contribution aux pouvoirs publics en vue de l'établissement de diagnostics psychosociaux. Aux Etats-Unis, dans les années 1970, des recherches psychologiques sur la privation sensorielle se multiplièrent de manière concomitante avec leur utilisation comme moyen de torture en Allemagne, sur les personnes de Ulrike Meinhof et Andreas Baader, poussant ce dernier au suicide. A la même époque, l'OTAN a financé de nombreuses recherches sur le même thème [67].

[67] Voir Françoise Sironi, *Bourreaux et victimes*, pp. 144-159.

II. La torture en droit international

Nous avons vu que la torture a, de tout temps, sans doute existé et qu'elle a, en parallèle, de tout temps, été contestée, de manière particulièrement célèbre par Beccaria dans son *Traité des délits et des peines* ou par Voltaire dans son article consacré à *La Question* dans le *Dictionnaire philosophique*. Aujourd'hui, les campagnes d'Amnesty International, de l'Organisation mondiale contre la torture ou d'autres organisations non gouvernementales ont pris le relais de sa condamnation, qui se retrouve très largement dans le droit international des droits de l'homme.

En effet, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose que « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». De manière générale et quasi identique, tous les instruments de protection des droits de l'homme retiennent l'interdiction absolue de la torture [68].

Complétant ces interdictions, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [69]; puis vinrent le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, du 17 décembre 1979 et les Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 18 décembre 1982. Enfin, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta, le 10 décembre 1984, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987 et devenue depuis la référence internationale en la matière. Notons encore qu'en 1985, la Commission des droits de l'homme nomma un Rapporteur spécial sur la torture et, le 14 décembre 1990, les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus furent adoptés, que nous avons déjà analysés au chapitre précédent.

De toutes ces normes et de tous ces mécanismes de protection des droits de l'homme, seule la Convention de 1984 contre la torture la consacre en tant qu'infraction internationale à part entière et instaure, pour la première fois dans le domaine de la protection des droits de l'homme, une compétence universelle des Etats parties pour poursuivre ou extrader les personnes accusées de torture qui se trouvent sur leur territoire.

Il existe également, au niveau régional, une Convention américaine pour la prévention et la répression de la torture, du 26 juin 1987, ainsi qu'une Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, du 26 novembre 1987. Cette dernière s'appuie sur l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et se concentre sur la prévention, par la mise en place d'un système d'inspections internationales des lieux de détention [70].

[68] Voir art. 7 PIDCP ; art. 37 Convention relative aux droits de l'enfant ; art. 3 CEDH ; art. 5 §2 CADH ; art. 5 CAfDHP.
[69] Voir ONU Doc. A/RES/3452 (XXX), du 9 décembre 1975.
[70] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 47.

A. L'interdiction de la torture en droit international des droits de l'homme et des conflits armés

La Déclaration contre la torture la qualifie de violation flagrante des droits de l'homme et la Convention de 1984, tenant compte de ladite Déclaration, la retient dans la même perspective, identique par ailleurs à tous les crimes contre l'humanité. Avec la Convention de 1984, la torture est une violation flagrante des droits de l'homme constitutive d'une infraction que tous les Etats parties doivent prévoir dans leurs lois pénales nationales et qui doit être punie par des peines appropriées qui tiennent comptent de sa gravité [71].

L'article 3 de cette Convention interdit l'expulsion, le refoulement ou l'extradition d'une personne vers un autre Etat dans lequel il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. L'article 10 fait également obligation aux Etats parties de former leur personnel civil ou militaire en charge de l'application des lois, leur personnel médical, les agents de sa fonction publique et les autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou de toute autre façon emprisonné. Il convient alors que chaque Etat partie incorpore cette interdiction dans les règles ou instructions édictées relativement aux obligations et attributions de ces personnes. L'article 11 exige également de tout Etat partie une surveillance systématique sur les règles, instructions, méthodes et pratiques d'interrogatoire et sur les dispositions relatives à la garde et au traitement des personnes arrêtées, détenues ou autrement emprisonnées. Grâce à l'article 13 de la Convention, toute personne qui se prétend victime d'actes de torture a le droit de déposer plainte et d'obtenir réparation conformément à son article 14. Enfin, les déclarations extorquées sous la torture sont sans valeur et ne peuvent être invoquées comme éléments de preuve dans un procès, conformément à l'article 15.

La Convention de 1984 est établie contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants mais ses dispositions susmentionnées n'évoquent expressément que la torture et ne couvrent donc pas automatiquement les autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. L'article 16 de la Convention souligne que tout Etat partie s'engage à interdire ces peines ou traitements, qui ne sont pas des actes de torture, les articles 10 à 13 devant être lus comme leur étant également applicables. Il demeure toutefois que les victimes de peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants ne peuvent se prévaloir du droit à réparation de l'article 14 ni de la protection des articles 3 et 15 [72].

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est le premier traité international qui contienne l'interdiction de la torture, en son article 7. Cette disposition est formulée de manière à n'autoriser aucune dérogation à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, même lorsqu'un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, au sens de l'article 4 du Pacte. Le Pacte international couvre donc, sous une même et unique interdiction indérogeable, la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Deux autres dispositions du Pacte intéressent également l'interdiction de la torture. L'article 9 paragraphe 1 *in initio* garantit à tout individu le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et l'article 10 paragraphe 1 dispose, nous l'avons vu au

[71] Art. 4 §2 Convention contre la torture.
[72] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 49.

chapitre précédent, que toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine [73].

Il existe également cinq traités internationaux pour lesquels l'usage de la torture constituerait une violation. La Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide inclut le fait de causer des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale des membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, lorsqu'elles sont causées avec l'intention de provoquer la destruction de tout ou partie du groupe visé [74]. La Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage criminalise, au niveau de la législation interne de chaque Etat partie, la mutilation d'un esclave ou le marquage au fer rouge ou de toute autre manière [75]. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 garantit le droit de chacun à la sûreté de sa personne et à la protection de l'Etat contre les voies de fait ou les sévices de la part soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution. La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973, qui définit le crime d'apartheid comme, notamment, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres d'un ou de plusieurs groupe racial, notamment par la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [76]. Enfin, la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que nul enfant ne doit être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [77].

Par ailleurs, au niveau régional, les Conventions européenne et américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, nous l'avons dit, interdisent également la torture et les peines et traitement cruels, inhumains ou dégradants [78].

Les traités applicables au droit des conflits armés comportent également une large interdiction de la torture. L'article commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 érige la torture en infraction grave [79]. L'article 3 commun aux quatre Conventions et applicable spécifiquement aux situations de conflits armés ne présentant pas un caractère international, de même que le second Protocole additionnel à ces Conventions contiennent également une absolue interdiction de la torture. L'article 3 commun dispose en effet que « *sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, (…) a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices* » [80]. Le second Protocole additionnel reprend la même interdiction, en des termes quasi similaires [81].

Il convient encore de relever, à l'appui de l'interdiction de la torture en droit international un certain nombre de déclarations unilatérales en la matière. L'acte unilatéral est imputable à un seul sujet de droit international et joue un rôle décisif

[73] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 54-55.
[74] Voir art. II Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.
[75] Voir art. 5 Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage de 1956.
[76] Voir art. II lit. (a) ch. (ii) Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.
[77] Voir art. 37 li. (a) Convention sur les droits de l'enfant et Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 55-56.
[78] Voir art. 3 CEDH, art. 5 §2 CADH et art. 5 CAfDHP.
[79] Voir art. 50 Conv. I, 51 Conv. II, 130 Conv. III et 147 Conv. IV.
[80] Art. 3 §1 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949.
[81] Voir art. 4 §2 Prot. II.

dans l'élaboration et l'application du droit conventionnel ou coutumier [82]. La question, en matière de torture, se pose par rapport aux réponses des Etats à la résolution 32/64 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 décembre 1977, appelant les Etats à renforcer leur soutien à la Déclaration contre la torture, par des déclarations unilatérales par lesquelles les Etats s'engageraient à respecter la Déclaration et à prendre les mesures législatives de droit interne nécessaires. Ces déclarations unilatérales, d'après le principal auteur de cette résolution, l'Inde, seraient l'expression de la bonne foi des gouvernements et leur implication morale envers le contenu de la Déclaration contre la torture [83]. Trente-trois Etats ont fait, sur cette base, des déclarations unilatérales [84]. En conclusion sur ce point, Nigel S. Rodley, ancien Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, relève : « *It may be, therefore, that the states that have made unilateral declarations would not be able to argue, should they seek to do so, that they are not juridically bound by the terms of the Declaration against Torture. In fact, of the thirty-three countries only seven are not now parties to either the UN or OAS Conventions against Torture and, of these, only one, Qatar, is not a party to any general human rights treaty prohibiting torture. In any event, (…) the basic demands of the Declaration are probably already an accurate reflection of general international law and, as such, already binding on all states* » [85].

En matière de torture, la Déclaration contre la torture de 1975 peut être perçue comme complétant la définition donnée à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. En effet, l'article 5 de la Déclaration universelle dispose que nul ne doit être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et l'article 2 de la Déclaration contre la torture la qualifie d'offense à la dignité humaine, qui doit être condamnée comme un déni des objectifs de la Charte des Nations Unies et une violation de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette déclaration ayant été adoptée par acclamation au Troisième Comité, puis par consensus à l'Assemblée générale, sans soulever la moindre réserve, elle représente également une interprétation d'une grande autorité de la Charte des Nations Unies. Aujourd'hui, la Convention contre la torture de 1984 remplace la Déclaration dans ses effets, depuis son entrée en vigueur le 26 juin 1987. Le cinquième paragraphe du préambule de la résolution 39/46 du 10 décembre 1984, par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la Convention contre la torture, marque son désir de rendre plus effective l'interdiction existant en droit international et national de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Quatre jours plus tard, la même Assemblée générale adopta la résolution 39/118, du 14 décembre 1984, par laquelle elle « *Réaffirme l'interdiction, telle qu'elle résulte du droit international, des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants sous toutes leurs formes* » [86].

La plupart des auteurs soulignent aujourd'hui le caractère coutumier des droits figurant dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, se basant essentiellement sur la pratique des Etats, illustrée par une pléthore de résolutions, essentiellement adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, appelant les Etats, individuellement ou les membres des Nations Unies globalement, à en respecter le contenu. La pratique largement répandue de la torture ne peut le contredire, car tous les Etats refusent de reconnaître la réalité des faits de torture ou,

---

[82] Voir Patrick Dailler & Alain Pellet, *Droit international public*, pp. 359-366.
[83] Voir ONU Doc. A/C.3/32/SR.37, §27.
[84] Voir ONU Doc. A/33/197 (1978) ; A/34/145 et Adds. 1-3 (1979) ; A/35/370/Rev.1 et Add. 1 (1980) ; A/36/426 et Add. 1 (1981) ; A/37/263 (1982).
[85] Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 61-62.
[86] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 63-65.

pour le moins, tentent de la justifier par l'existence de circonstances exceptionnelles. La plupart de ces pays sont également liés par des normes internationales ou nationales prohibant la torture, ce qui porte à croire que l'*opinio juris* porte bien sur l'illégalité de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [87].

B. La définition de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants en droit international des droits de l'homme

L'interdiction de la torture étant acquise en droit international, quels sont les actes qui la constituent et quelle différence doit-on ou peut-on distinguer entre la torture et les autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants ? Les divers instruments de protection des droits de l'homme interdisant dans une seule et même disposition la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, une approche globale permettrait de les analyser comme un tout. Toutefois, il semble devenu nécessaire de distinguer entre les différents membres de l'interdiction et d'adopter une analyse distincte de la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants.

Ce ne fut pas là, clairement, l'intention des auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cependant, comme le relève Nigel S. Rodley, « *Perhaps it is vain even to seek them: it is in the nature of such a formula to be elastic and capable of evolving interpretation over time* » [88].

La pratique du Comité des droits de l'homme reflète cette approche globale, qui retient en règle générale des violations de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sans autre distinction. Bien plus, le Comité a estimé dans un commentaire général : « *It may not be necessary to draw sharp distinctions between the various prohibited forms of treatment or punishment* » [89]. Toutefois, l'approche contraire consistant à séparer les différents termes de l'interdiction trouve son origine dans le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, dans l'affaire grecque.

1. La définition de la torture

L'interdiction de la torture étant claire en droit international, il n'en va pas de même de sa définition. Il faut en effet attendre la Déclaration contre la torture du 9 décembre 1975 pour en trouver le premier essai, assez exactement repris par la Convention de 1984 contre la torture. Selon l'article 1er de cette dernière : « *le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout*

[87] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 66-68.
[88] Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 75.
[89] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 7(16), §2, et Report of the HR Committee, ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VI A, general comment 20(44), §4.

autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Il est encore précisé que ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, ce que l'on retrouve textuellement dans l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale [90].

L'article 1er de la Convention des Nations Unies contre la torture ne mentionne que les douleurs ou souffrances aiguës, physiques ou mentales. Dès le début, cette formulation fut sujette à critiques, car elle comporte une référence à un concept (celui des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants), qui n'est pas lui-même défini et qui pourrait ainsi recevoir des interprétations différentes selon les régions du monde où il est appliqué. A l'opposé, elle fut défendue par ceux qui voulaient exprimer clairement que la torture est l'extrême degré d'une série de pratiques interdites en tant que mauvais traitements [91].

L'Organisation des Etats Américains, dans une tradition d'adoption d'instruments régionaux analogues aux principaux instruments des Nations Unies en matière de protection des droits de l'homme, adopta, le 9 décembre 1985, une Convention Interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture. Toutefois, son article 2 ne reprend pas exactement la définition de l'article 1er de la Convention des Nations Unies. En effet, au sens de la Convention interaméricaine, il faut entendre par torture : « *any act intentionally performed whereby physical or mental pain or suffering is inflicted on a person for purposes of criminal investigation, as a mean of intimidation, as personal punishment, as a preventive measure, as a penalty, or for any other purpose. Torture shall also be understood to be the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental suffering* ». Cette définition est donc plus large que celle de la Convention des Nations Unies et pourrait recouvrir des actes non constitutifs de torture au sens de celle-ci [92].

L'approche de la Convention interaméricaine contre la torture ne mentionne donc aucun degré de peine ou souffrance devant être atteint pour constituer la torture. Il n'y existe pas de gradation entre les peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants et la torture, qui peut être également comprise comme étant « *the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish* » [93]. Pour Nigel S. Rodley : « *This is clearly aimed not only at sensory deprivation techniques (they do induce anxiety), but also at even more sophisticated techniques, especially chemical, of mind control* » [94].

La plupart des éléments de la définition de la torture doivent être recherchés dans le Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme en l'affaire grecque. La Commission y exprima l'idée que la torture recouvre les notions de traitements inhumains et dégradants et que les traitements inhumains recouvrent la notion de traitements dégradants. Elle décrivit ainsi la notion de traitements

[90] Voir Edouard Delaplace, *La torture*, *in* Ascencio, Decaux et Pellet, *Droit international pénal*, pp. 369-376.
[91] Voir ONU Doc. E/CN.4/L.1400 (1978), §12 et ONU Doc. E/CN.4/L.1470 (1979), §2.
[92] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 51-53 et le texte de la Convention interaméricaine qu'il reproduit en annexe 2b, pp. 402 et ss.
[93] Art. 2 Convention interaméricaine contre la torture.
[94] Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 100, voir sur toutes ces questions, pp. 85-100.

inhumains : ils recouvrent « *at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which, in the particular situation, is unjustifiable* ». La Commission qualifia ensuite un traitement de dégradant à l'encontre d'un individu « *if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience* ». Venant à la définition de la torture, la Commission estima qu'elle est constituée de : « *inhuman treatment, which has a purpose, such as the obtaining of information or confessions, or the infliction of punishment, and it is generally an aggravated form of inhuman treatment* » [95].

Il découle du raisonnement de la Commission une échelle de critères à remplir pour conclure à la torture : le comportement en cause doit être dégradant ; il doit également être inhumain ; il doit enfin être une forme aggravée de traitement inhumain, infligé dans certains buts. Pour qu'un traitement dégradant devienne inhumain, il faut qu'il cause de graves souffrances physiques ou mentales, qu'il soit infligé intentionnellement et il semble qu'il doive être également injustifiable dans les circonstances de l'espèce. Il en découle que le comportement doit au moins être dégradant pour entrer dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme [96].

Il semble, dans l'approche de la Commission européenne des droits de l'homme, que la torture puisse être justifiée dans certaines circonstances, malgré son interdiction absolue dans la Convention européenne des droits de l'homme, même dans des situations de guerre ou d'autres dangers menaçant la vie de la nation. Consciente des difficultés posées par son critère de justifiabilité, la Commission saisit l'opportunité de l'Affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, pour préciser : « *the term 'unjustifiable' (in the particular situation) has given rise to some misunderstanding and [the Commission] therefore finds it necessary to state clearly that it did not have in mind the possibility that there could be a justification for any treatment in breach of Art. 3* », concluant que l'interdiction posées à l'article 3 « *is an absolute one and that there can never be under the Convention or under international law, a justification for acts in breach of the provision prohibiting torture or other ill-treatment* » [97].

Exit donc le critère de la justifiabilité. La Commission, pour renforcer son argumentation sur ce point, dans un autre passage de son rapport ajouta : « *it is not difficult, to take a hypothetical situation, to imagine the extreme strain on a police officer who questions a prisoner about the location of a bomb which has been timed to explode in a public area within a very short while. (…) any such strain on the members of the security forces cannot justify the application on a prisoner of treatment amounting to a breach of article 3. On the other hand, as a matter of fact, the domestic authorities are likely to take into account the general situation as a mitigating circumstance in determining the sentence or the punishment to be imposed on the individual in a case which is brought against him before the domestic authorities and courts for acts of ill-treatment. This does not, of course, in proceedings brought under the Convention, affect the responsibility of the High Contracting Party concerned under the Convention for the acts in question. However, where a penalty has been so mitigated by the domestic judicial or disciplinary authorities, having due regard to the severity of the acts involved and the necessity of preventing their repetition, this fact cannot in itself be regarded as tolerance on the part of these authorities* » [98].

La jurisprudence postérieure de la Cour confirma cette approche. Dans l'affaire *Tomasi*, le gouvernement français invita la Cour à tenir compte des circonstances particulières de la lutte contre le terrorisme en Corse et de la gravité

[95] Rapport de la Commission EDH, 12 *Yearbook – The Greek Case* (1969), p. 186.
[96] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 77-78.
[97] Rapport de la Commission EDH, 19 *Yearbook – The Northern Ireland Case* (1976), pp. 512 et 752.
[98] Rapport de la Commission EDH, 19 *Yearbook – The Northern Ireland Case* (1976), pp. 764-766.

des charges reprochées à Tomasi, à savoir sa participation à des actes terroristes ayant entraîné la mort d'une personne et de graves blessures à une autre. La Cour estima qu'il y avait, dans les traitements infligés au requérant, une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *[La Cour] n'estime pas devoir examiner le système et les modalités de la garde à vue en France, ni en l'occurrence la durée et la fréquence des interrogatoires du requérant. Il lui suffit de noter que les certificats et rapports médicaux, établis en toute indépendance par des praticiens, attestent de l'intensité et de la multiplicité des coups portés à M. Tomasi ; il y a là deux éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant. Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne* » [99].

Confirmant l'interdiction absolue de la torture, l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* l'étend aux questions relatives à l'extradition : « *L'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. (…) L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant - la protéger de tels traitements - est engagée en cas d'expulsion. Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés* » [100].

Au niveau universel, l'approche semble identique et il est logique au demeurant qu'elle le soit. Tant les articles 4 et 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que la Convention contre la torture interdisent la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants de manière absolue, sans dérogation possible, à l'instar de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Comité contre la torture a fait part de sa position dans une affaire concernant l'Etat d'Israël : « *The Committee acknowledges the terrible dilemma that Israel confronts in dealing with terrorist threats to its security, but as a State Party to the Convention Israel is precluded from raising (…) exceptional circumstances as justification for acts prohibited by Article 1 of the Convention. This is plainly expressed in Article 2 of the Convention* » [101].

De la même manière, le Rapporteur spécial des Nations Unies contre la torture, toujours en relation avec les moyens dont peut user un Etat dans sa lutte contre le terrorisme, a considéré : « *as the Government itself acknowledges, these cannot justify torture or cruel, inhuman or degrading treatment* » [102].

La Commission européenne des droits de l'homme, dans ses rapports relatifs aux affaires grecque et d'Irlande du Nord, aborde les motifs pour lesquels la torture était infligée. Les exemples donnés par la Commission dans l'affaire grecque, la recherche d'informations ou d'aveux ou la punition, sont repris dans la Déclaration contre la torture de 1975, enrichis par l'intimidation de la victime ou

[99] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tomasi c. France*, du 27 août 1992, A241-A, §115.
[100] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, 1996-V, §§79-80.
[101] Report of the Committee against Torture, ONU Doc. A/52/44 (1997), §258.
[102] ONU doc. E/CN.4/1997/7, §121.

d'une tierce personne. La Convention contre la torture de 1984 ajoute encore à la liste des motifs, faire pression sur la victime ou une tierce personne, ou tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit.

De la même manière, la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture dispose que la torture est infligée « *for purposes of criminal investigation, as a mean of intimidation, as personal punishment, as a preventive measure, as a penalty, or for any other purpose* » [103]. Il semble évident que le premier but poursuivi recouvre la recherche d'aveux ou d'informations que l'on trouve dans la Convention de 1984 [104]. La Convention interaméricaine ajoute toutefois un paragraphe intéressant en matière de but poursuivi, qui se lit ainsi : « *Torture shall also be understood to be the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish* » [105]. Cette dernière disposition tient en effet compte – et c'est la seule à le faire – des éléments que nous avons analysés plus haut en matière de destruction de la personnalité des victimes de la torture et complète heureusement la liste des buts poursuivis.

Le degré de souffrance infligé est également un élément constitutif de la torture. La Convention des Nations Unies contre la torture exige en effet que les douleurs ou souffrances soient « *aiguës* », « *severe* » dans sa version anglaise. Ceci corrobore l'approche de la Commission des droits de l'homme dans l'affaire grecque – antérieure à l'adoption de la Convention de 1984, dans laquelle la Commission percevait la torture comme une forme aggravée de peines ou traitements inhumains. Au nombre des éléments ainsi qualifiés par la Commission, la technique dite du « *falanga* » – des coups répétés sur la plante des pieds – fut considérée comme de la torture.

Au niveau universel, le Comité des droits de l'homme a estimé qu'un détenu Uruguayen « *was tortured as a result of which he suffered permanent physical damages* » ; en effet, celui-ci se retrouvait avec une jambe plus courte que l'autre de plusieurs centimètres, « *having been forced to remain standing with his head hooded for long hours, he lost his balance, fell down and broke his leg which was not immediately taken care of* » [106]. Les techniques employées à son encontre furent le « *plantón* », la station debout lui ayant été imposée durant quatorze heures, les chocs électriques et les coups ou « *bastinado* ». Il semble que le Comité estimât que la combinaison du « *plantón* », de l'électricité et du « *bastinado* », joints à l'absence de soins médicaux adéquats, fussent effectivement constitutifs de torture [107].

Dans une autre affaire, le Comité estima que Alberto Grille Motta avait été soumis à la torture et à des traitements inhumains, sur la base des éléments suivants : « *the application of electric shocks, the use of submarine (putting the detainee's hooded head into foul water), insertion of bottles or barrels of automatic rifles into his anus and forcing him to remain standing, hooded and handcuffed, and with a piece of wood thrust into his mouth, for several days and nights* » [108].

---

[103] Art. 2 al. 1 Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.
[104] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 85.
[105] Art. 2 al. 2 Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.
[106] Report of the HR Committee, *Bazzao and Massera v. Uruguay* (5/1977), ONU Doc. A/34/40 (1979), Annex VII, §§10(ii) et 2.
[107] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 86.
[108] Report of the HR Committee, *Grille Motta v. Uruguay* (11/1977), ONU Doc. A/35/40 (1980), Annex XI, §§2 et 16.

Dans le cas de Sergio Rubén López, celui-ci fut, pendant les dix premiers jours de sa détention, « *kept hanging for hours with his arms behind him, (…) given electric shocks, thrown on the floor, covered with chains that were connected with electric current, kept naked and wet* » ; durant les interrogatoires postérieurs, il reçut également des décharges électriques [109].

Le Comité estima également que le cas de Raúl Sendic Antonaccio relevait de la torture, celui-ci ayant été contraint à des stations debout, jour et nuit, les yeux bandés, pendant trois mois (« *plantón* »), battu et privé de nourriture [110].

Dans l'affaire *Estrella*, le Comité retint également la qualification de torture : « *The torture consisted of electric shocks, beatings with rubber truncheons, punches and kicks, hanging us up with our hands tied behind our backs, pushing us into water until we nearly asphyxiated, making us stand with legs apart and arms raised for up to 20 hours* », retenant même le qualificatif de « *severe physical torture* » [111].

Il est encore possible de relever les cas suivants de torture : passage à tabac, décharges électriques et pendaison [112] ; quatre jours de détention *incommunicado* avec passage à tabac, pendaison, asphyxie, décharges électriques et longues stations debout dans le froid, privation de nourriture et de boisson [113] ; être placé nu sur un lit, recevoir des décharges électriques sur diverses parties du corps, un seau d'eau sale jeté à la figure, suspension par les bras pendant une semaine [114] ; « *submarino* », pendaison et passage à tabac, le tout accompagné de menaces de mort contre les parents de la victime s'il n'avoue pas [115] ; quinze jours de passage à tabac et de décharges électriques (« *picana* ») et « *submarino* » [116] ; être sanglé nu sur une dalle en béton et subir des décharges électriques dans les parties génitales, passage à tabac avec des barres de métal recouvertes de fil de fer barbelé [117].

La Cour européenne des droits de l'homme a également relevé un certain nombre de cas de torture. Nous pouvons ainsi mentionner l'affaire *Aydin c. Turquie*. La Cour a retenu les éléments suivants, démontrant que la requérante avait été violée et torturée : « *Pendant sa garde à vue à la gendarmerie de Derik, des membres des forces de sécurité ont aussi soumis la requérante à une série d'expériences particulièrement terrifiantes et humiliantes, eu égard à son sexe, à sa jeunesse et aux circonstances dans lesquelles elle a été détenue. Elle est restée en garde à vue pendant trois jours, apeurée et désorientée par le bandeau qui lui couvrait les yeux, dans un état permanent de douleur physique et d'angoisse provoquées par les coups accompagnant les séances d'interrogatoire et l'incertitude sur son sort. On la montra aussi nue, dans des circonstances humiliantes, ce qui ne pouvait qu'accentuer son sentiment de vulnérabilité, et elle fut même arrosée de violents jets d'eau*

---

[109] Report of the HR Committee, *López Burgos v. Uruguay* (52/1979), ONU Doc. A/36/40 (1981), Annex XIX, §2.3.
[110] Report of the HR Committee, *Sendic v. Uruguay* (63/1979), ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex VIII, §§16(2) et 20.
[111] Report of the HR Committee, *Estrella v. Uruguay* (74/1980), ONU Doc. A/38/40 (1983), Annex XII, §§1.6 et 8.3.
[112] Voir Report of the HR Committee, *Arzuaga Gilboa v. Uruguay* (147/1983), ONU Doc. A/41/40, Annex VIII B, §§13-14.
[113] Voir Report of the HR Committee, *Beterretche Acosta v. Uruguay* (162/1983), ONU Doc. A/44/40 (1989), Annex X A, §§10-11.
[114] Voir Report of the HR Committee, *Rodriguez v. Uruguay* (322/1988), ONU Doc. A/49/49 (1994) Annex IX B, §§2.1, 12.1.
[115] Voir Report of the HR Committee, *Herrera Rubio v. Colombia* (161/1983), ONU Doc. A/43/40 (1988), Annex VII B, §§10-11.
[116] Voir Report of the HR Committee, *Lafuente Pñarrieta et al. v. Bolivia* (176/1984), ONU Doc. A/43/40 (1988), Annex VII C, §§1.3, 15.2, 16.
[117] Voir Report of the HR Committee, *Kanana v. Zaïre* (366/1989), ONU Doc. A/49/40 (1994), Annex IX J, §§2.1, 5.3.

alors qu'on la faisait tourner dans un pneu. (…) Dans ces conditions, la Cour est convaincue que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 de la Convention. La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément » [118].

Dans un cas également, le Comité des droits de l'homme laissa entendre que chacune des méthodes employées contre le requérant pouvait être qualifiée de torture, puisqu'il reconnut qu'il avait été « *subjected to various forms of torture including beatings, electric shocks and mock executions* ». Les passages à tabac semblent avoir consisté à être « *stripped and subjected (…) to a hail of blows from cords, slaps and kicks and of a technique known as 'the 'typist''(…) which consist of squeezing the prisoner's fingers after pieces of wood have been placed between them* » [119].

En matière de torture psychologique, il convient de relever une fois encore le cas *Estrella c. Uruguay*, dans lequel le Comité des droits de l'homme a jugé que la torture psychologique consista essentiellement « *in threats of torture or violence to relatives or friends, or of dispatch to Argentina to be executed, in threats of making us witness the torture of friends, and in inducing in us a state of hallucination in which we thought we could see and hear things which were not real. In my own case, their point of concentration was my hands. Four hours upon end, they put me through a mock amputation with an electric saw, telling me, 'We are going to do the same to you as Victor Jara'. Amongst the effects from which I suffered as a result were a loss of sensitivity in both arms and hands for eleven months, discomfort that still persists in the right thumb, and severe pain in the knees* » [120]. Cette décision du Comité des droits de l'homme est cohérente avec celle de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire grecque, qui décida que les tortures non physiques étaient constituées par : « *the infliction of mental suffering by creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault* » [121].

Dans l'affaire de l'Irlande du Nord, la Commission jugea qu'il y avait dans ce cas deux grandes catégories de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la première relative à l'emploi de la violence physique contre des détenus dans de nombreux lieux de détention, la seconde relative à l'emploi des « *cinq techniques* » d'interrogatoire. Dans le premier cas, la Commission et la Cour estimèrent toutes deux qu'il s'agissait de traitements inhumains mais non de torture. Dans le second cas, ces fameuses cinq techniques d'interrogatoire, qualifiée d' « *interrogatoire 'poussé'* », sont établies comme suit par la Cour :

« *a) station debout contre un mur : on forçait les détenus à rester, durant des périodes longues de quelques heures, dans une 'posture de tension' ('stress position') ; les intéressés ont indiqués qu'il leur avait fallu se tenir, bras et jambes écartés, contre un mur, les doigts s'y appuyant bien au-dessus de la tête, les membres inférieurs éloignés l'un de l'autre et les pieds en arrière, ce qui les avait obligés à se dresser sur les orteils, le poids du corps portant pour l'essentiel sur les doigts ;*

b) encapuchonnement : on couvrait la tête des détenus d'un sac noir ou bleu marine qui, au moins au début, y demeurait en permanence sauf pendant les interrogatoires ;

---

[118] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Aydin c. Turquie*, du 25 septembre 1997, 1997-VI, §§84 et 86.
[119] Report of the HR Committee, *Muteba v. Zaïre* (124/1982), ONU Doc. A/39/40 (1984), Annex XIII, §§10, 12 et 8.2.
[120] Report of the HR Committee, *Estrella v. Uruguay* (74/1980), ONU Doc. A/38/40 (1983), Annex XII, §1.6, Victor Jara fut un célèbre guitariste Chilien dont le corps fut retrouvé, les mains complètement écrasées, à la fin du mois de septembre 1973 dans un stade de Santiago du Chili.
[121] Rapport de la Commission EDH, 12 *Yearbook – The Greek Case* (1967), p. 461.

c) bruit : avant ces derniers, les détenus se trouvaient dans une pièce où ne cessait de retentir un fort sifflement ;

d) privation de sommeil : avant les interrogatoires, on les privait de sommeil ;

e) privation de nourriture solide et liquide : ils ne recevaient qu'une alimentation réduite pendant leur séjour au centre et avant les interrogatoires » [122].

La Cour en analyse la pertinence sous l'angle de l'article 3 en concluant à des traitements inhumains et dégradants, mais rejetant la qualification de torture :

« *Employées cumulativement, avec préméditation et durant de longues heures, les cinq techniques ont causé à ceux qui les subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales; elles ont entraîné de surcroît chez eux des troubles psychiques aigus en cours d'interrogatoire. Partant, elles s'analysaient en un traitement inhumain au sens de l'article 3. Elles revêtaient en outre un caractère dégradant car elles étaient de nature à créer en eux des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale. (…) Pour déterminer s'il y a lieu de qualifier aussi les cinq techniques de torture, elle doit avoir égard à la distinction, que comporte l'article 3, entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants.*

A ses yeux, cette distinction procède principalement d'une différence dans l'intensité des souffrances infligées.

La Cour estime en effet que s'il existe d'un côté des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi le droit interne des Etats contractants, ne relèvent pourtant pas de l'article 3 de la Convention, il apparaît à l'opposé que celle-ci, en distinguant la 'torture' des 'traitements inhumains ou dégradants', a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances. (…) Or quoique les cinq techniques, utilisées cumulativement, aient présenté sans nul doute le caractère d'un traitement inhumain et dégradant, aient eu pour but d'arracher des aveux, dénonciations ou renseignements et aient été appliquées de manière systématique, elles n'ont pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture ainsi entendu » [123].

La Commission avait quant à elle assumé la qualification de torture des cinq techniques employées conjointement [124]. Le jugement de la Cour sur ce point semble difficilement soutenable et Nigel S. Rodley relève à son encontre : « *This is unsatisfactory reasoning from an authoritative judicial body. (…) Accordingly, the Court's view seems to be reducible to the unexplained assertion that 'the five techniques (…) did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood'* » [125]. La position de la Cour est d'autant moins soutenable que d'autres organes des Nations Unies reconnurent sans difficulté que l'emploi conjoint de ces cinq techniques relevait bien de la torture.

En effet, le Comité des droits de l'homme a estimé qu'il y avait torture lorsqu'une personne avait été maintenue les yeux bandés, au point de provoquer de sérieuses lésions, encapuchonné, forcé de se tenir debout nuit et jour pendant une semaine, entendant les cris d'autres personnes torturées et subissant les menaces

[122] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, du 18 janvier 1978, A25, §96.
[123] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, du 18 janvier 1978, A25, §167.
[124] Rapport de la Commission EDH, 19 *Yearbook – The Northern Ireland Case* (1976), p. 794.
[125] Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 92-93.

d'être elle-même torturée [126]. La pratique du Comité des droits de l'homme doit être comprise en rapport avec son commentaire général de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *It may not be necessary to draw sharp distinction between the various prohibited forms of treatment or punishment* » [127].

Très proche également des cinq techniques d'interrogatoire irlandaises, les « *moderate degree of pressure, including physical pressure* » approuvée comme méthodes d'interrogatoire en Israël par la Commission Landau, sont établies « *to obtain information, such as that which would prevent imminent murder or would provide information on a terrorist organization* ». Bien que secrètes, ces techniques ont pu être ainsi présentées à la Commission des droits de l'homme par le Rapporteur spécial contre la torture : « *The following forms of pressure during interrogation appears so consistently (and have not been denied in judicial proceedings) that the Special Rapporteur assumes them to be sanctioned under the approved but secret interrogation practices: sitting in a very low chair or standing arced against a wall (possibly in alternation with each other); hands and/or legs tightly manacled; subjection to loud noise; sleep deprivation; hooding; being kept in cold air; violent shacking (an 'exceptional' measure, used against 8'000 persons according to the late Prime Minister Rabin in 1995). Each of these measures on its own may not provoke severe pain or suffering. Together – and they are frequently used in combination – they may be expected to induce precisely such pain or suffering, especially if applied on protracted basis of, say, several hours. In fact, they are sometimes apparently applied for days or even weeks on end* » [128].

Tant le Rapporteur spécial contre la torture que le Comité contre la torture conclurent que de telles techniques d'interrogatoire sont constitutives de torture, celui-ci estimant : « *this conclusion is particularly evident where such methods of interrogation are used in combination, which appears to be the standard case* » [129]. Pour le Rapporteur spécial, les circonstances décrites au titre du « *moderate degree of pressure* » Israélien, ne peuvent qu'être décrites comme constitutives de torture, « *which is not surprising given their advanced purpose, namely, to elicit information, implicitly by breaking the will of the detainees to resist yielding up the desired information* » [130].

Les rapports du Rapporteur spécial sur la torture adoptent également une approche qui relativise la distinction entre la torture et les autres mauvais traitements. Le premier Rapporteur spécial écrivit en effet qu'il y'avait une « *zone grise* » entre ces deux catégories et, en pratique, ses rapports tentent plutôt de décrire des types de comportements qui doivent être globalement compris comme des mauvais traitements, notamment la privation de sommeil, les menaces contre les détenus et les passages à tabac en République de Corée, ainsi que contre les traitements des requérants d'asile ou des membres de minorités ethniques passés à tabac en Allemagne [131].

En résumé, il semble qu'une claire distinction entre les pratiques constitutives de torture et celles constitutives de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, est impossible ; seuls les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ont tenté de conceptualiser une distinction entre les différents

[126] Voir Report of the HR Committee, *Cariboni v. Uruguay* (159/1983), ONU Doc. A/43/40 (1988), Annex VII A, §§ 4, 10.
[127] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 7(16), §2 ; voir également general comment 20(44), ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VI A, §4.
[128] ONU Doc. E/CN.4/1997/7, §§119-121.
[129] Rapport du CCT, ONU Doc. A/52/44 (1997), §257.
[130] ONU Doc. E/CN.4/1997/7, §121.
[131] Voir ONU Doc. E/CN.4/1986/15, §§23-33 et E/CN.4/1998/38, §§158 et 102, respectivement.

membres de son article 3. A l'opposé, la pratique du Comité des droits de l'homme et des autres instances internationales ne permet pas d'établir de telles distinctions.

La Déclaration des Nations Unies contre la torture dispose qu'elle doit être infligée par un agent public ou à son instigation [132]. La Convention contre la torture précise quant à elle que la torture doit être infligée « *par un agent de la fonction publique ou toute autre personne à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite* » [133]. Il s'ensuit que l'interdiction de la torture ne concerne pas les actions de personnes privées, sans liens avec l'Etat. Ce sont donc essentiellement les forces de sécurité ou forces spéciales, militaires ou de police, du type des « *escadrons de la mort* », qui sont concernées par l'interdiction de la torture au niveau international [134]. Ceci demeure néanmoins le sujet de vastes débats.

2. La définition des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Le Statut de la Cour pénale internationale incrimine la torture seule, définie 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 [135]. Toutefois, il convient également de distinguer, dans le cadre des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, la torture des 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 [136].

La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Tomasi* déjà citée, a estimé que les coups donnés sur diverses parties du corps, provoquant des lésions médicalement certifiées, entraient dans la catégorie des autres peines ou traitements inhumains ou dégradants [137]. La conclusion de la Cour est comparable dans l'affaire *Ribitsch* [138].

Ces deux affaires semblent confirmer que les passages à tabac seuls ne sauraient être constitutifs de torture. Le Comité européen de prévention de la torture semble suivre une approche comparable [139]. Toutefois, dans l'affaire *Selmouni*, la Commission européenne des droits de l'homme estima que le passage à tabac pouvait être constitutif, en lui-même, de torture [140]. Dans tous les cas, il est clair que la limite supérieure entre mauvais traitements et torture, ou, dans le vocable de l'article 7 du Statut de Rome, entre torture et autres actes inhumains, est imprécise.

Le Comité des droits de l'homme, dans l'affaire *Bouton*, conclut quant à lui, à une violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

---

[132] Voir art. 1 Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
[133] Art. 1 Convention contre la torture.
[134] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 100.
[135] Voir art. 7 §1 lit. (f) et §2 lit. (e) CPI.
[136] Voir art. 7 §1 lit. (k) CPI.
[137] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tomasi c. France*, du 27 août 1992, A241-A, §§108-115.
[138] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Ribitsch c. Autriche*, du 4 décembre 1995, §§29 et 39.
[139] Voir par exemple Espagne, Conseil de l'Europe Doc. CPT/Inf.(96) 9(1996), §21 : des personnes avaient été « *slapped, punched, kicked or verbally abused* », ce qui fut décrit comme « *less severe forms of ill-treatment* », et opposé à la « *torture and severe ill-treatment* », voir également Royaume Uni (Irlande du Nord), Conseil de l'Europe Doc. CPT/Inf.(94) 17 (1994), §§31-33.
[140] Rapport de la Commission EDH dans l'affaire *Selmouni c. France*, du 11 décembre 1997.

qu'il qualifia de traitement inhumain et dégradant, sur la base des faits suivants : « *she was forced to stand for 35 hours, with minor interruptions; that her wrists were bound with a strip of coarse cloth which hurt her and that her eyes were continuously kept bandaged. During day and night she could hear the cries of other detainees being tortured. During interrogation she was allegedly threatened with 'more effective ways than conventional torture to make her talk* » [141].

Les décisions retenant spécifiquement le concept de traitement dégradant sont rares. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme a rendu une décision dans laquelle l'emploi des termes traitements dégradants semble particulièrement approprié, en rapport au traitement infligé à une personne qui fut présentée à la presse dans une cage, dans le but clairement exprimé de l'humilier, mais sans l'infliction d'aucune peine physique, ce qui ne pouvait manifestement pas être qualifié de torture [142].

En dehors de ce cas particulier, l'étendue de la notion de traitements dégradants est matière à spéculation. Dans l'affaire grecque, la Commission européenne des droits de l'homme a défini les traitements dégradants comme étant ceux qui « *grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience* », précisant que le seuil de tolérance de la violence que peuvent accepter tant les personnes détenues que le public comme n'étant ni cruelle ni excessive, varie tant entre différentes sociétés qu'entre les groupes qui la composent [143].

Nigel S. Rodley relève à juste titre que la notion de relativité socioculturelle à apprécier dans la détermination du seuil inférieur des traitements dégradants est dérangeante [144]. Dans tous les cas, il demeure une question de fait de savoir si les éléments de la cause constituent ou non un traitement cruel, inhumain ou dégradant. Dans l'affaire *Irlande du Nord*, la Commission européenne des droits de l'homme suivit le raisonnement qu'elle établit dans l'affaire grecque et la Cour européenne des droits de l'homme réaffirma que le seuil minimum d'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est par nature relatif et dépend de toutes les circonstances de la cause, notamment de la durée du traitement infligé, de ses effets physiques et psychiques et, dans certains cas, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la personne qui les subit [145]. Ce critère de relativité doit toutefois être manié avec d'extrêmes précautions pour ne pas constituer d'inégalité de traitement.

C. La torture en droit international des conflits armés

La torture est également, et de manière coutumière, interdite par le droit international des conflits armés. Son interdiction est à relever dès le Code Lieber de 1863, pour lequel « *la nécessité militaire n'admet pas la cruauté, (…) ni la torture pour obtenir des renseignements* » [146]. Aujourd'hui, les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels interdisent clairement la torture.

---

[141] Report of the HR Committee, *Bouton v. Uruguay* (371/1978), ONU Doc. A/36/40 (1981), Annex XIV, §§2.3 et 13.
[142] Voir Report of the HR Committee, *Polay Campos v. Peru* (577/1994), ONU Doc. CCPR/C/61/D/577/1994 (1998), §8.5.
[143] Commission EDH, 12 *Yearbook – The Greek Case* 180 (1969).
[144] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 104.
[145] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, §69.
[146] Instructions de 1863 pour le comportement des armées des Etats-Unis d'Amérique en campagne, art. 16, *in* Dietrich Schindler & Jiri Toman, *Droits des conflits armés*, N°1, pp. 3 et ss.

En matière de conflits armés de caractère international, les deux premières Conventions de Genève interdisent de soumettre les blessés, les malades et les naufragés à la torture, enjoignant plus généralement de les traiter avec humanité [147] ; la troisième Convention impose de toujours traiter avec humanité les prisonniers de guerre et notamment de ne pas les soumettre à des mutilations physiques ou à des expériences médicales ou scientifiques ; plus précisément, elle interdit explicitement la torture, physique ou morale [148]. Enfin, la quatrième Convention protège les personnes civiles, qui doivent être traitées en toutes circonstances avec humanité et protégées, notamment contre les actes de violence ou d'intimidation, interdit toute contrainte physique ou morale, notamment en vue de l'obtention de renseignements, de même que toute mesure de nature à causer des souffrances physiques, notamment la torture, les peines corporelles, les mutilations et les expériences médicales ou scientifiques [149]. De manière générale, la torture, les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, ainsi que le fait de causer de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, sont des infractions graves aux Conventions de Genève [150].

Le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève complète la protection des blessés, malades et naufragés ainsi que des personnes physiques ; la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale, mais également les peines corporelles, les mutilations et les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu [151].

En matière de conflit armé de caractère non international, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève interdit en tout temps et en tout lieu, les mutilations, traitements cruels, torture et supplices ainsi que les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants. Le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève complète et développe l'article 3 commun, reprenant les mêmes interdictions, relatives à la torture et aux autres mauvais traitements [152].

La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relève l'interdiction générale de la torture dans le droit des conflits armés et retient son caractère coutumier, notamment sur la base de la très large adhésion des Etats aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels. Ce Tribunal rappelle également la décision de la Cour internationale de justice dans l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*, bien connue pour avoir considéré l'article 3 commun aux Conventions de Genève comme une règle bien établie du droit international coutumier. En conclusion sur la torture, ce Tribunal relève : « *Il semble donc désormais indéniable que la torture en temps de conflit armé est prohibée par une règle générale de droit international. Dans les conflits armés, cette règle peut s'appliquer à la fois en tant que règle du droit international coutumier et - si les conditions requises sont réunies - en tant que disposition du droit international conventionnel, sans le contenu de l'interdiction diffère* » [153]. Dans ce cadre et contrairement à la définition de la torture dans la

[147] Voir art. 12 Conventions I et II de Genève.
[148] Voir art. 13 et 17 Convention III de Genève.
[149] Voir respectivement art. 27, 31 et 32 Convention IV de Genève.
[150] Voir art. commun 50 Convention I, 51 Convention II, 130 Convention III, 147 Convention IV de Genève.
[151] Voir respectivement art. 10-11, 48 et ss et 75 Protocole I additionnel aux Conventions de Genève.
[152] Voir art. 4 Protocole II additionnel aux Conventions de Genève.
[153] TPIY, Furundzija, §139.

Convention des Nations Unies de 1984, le Tribunal a estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'un agent de l'Etat soit l'auteur de ces actes [154].

D. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en matière de torture comme crime contre l'humanité

Les décisions pertinentes du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie reprennent et détaillent la jurisprudence que nous avons analysée ici en matière de droits de l'homme, accordant également une importance particulière aux règles du droit international humanitaire en la matière. C'est ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relève que : « *L'interdiction de la torture consacrée par le droit international humanitaire en période de conflit armé est renforcée par l'ensemble des règles conventionnelles internationales sur les droits de l'homme : ces règles interdisent la torture aussi bien en temps de paix que de conflit armé. Par ailleurs, des traités ainsi que des résolutions émanant d'organisations internationales ont mis sur pied des mécanismes destinés à garantir que l'interdiction ne reste pas lettre morte et à prévenir autant que possible les actes de torture* » [155].

Ce Tribunal relève aussi le caractère absolu de l'interdiction de la torture : « *Il est à noter que l'interdiction de la torture édictée par les traités relatifs aux droits de l'homme consacre un droit absolu auquel il ne peut être dérogé, même en situation de crise (il s'ensuit que l'interdiction s'applique également en temps de conflit armé). Cela tient au fait, comme nous le verrons par la suite, que l'interdiction de la torture est une norme impérative ou* jus cogens. *Cette interdiction est si large que les États ne peuvent, sans enfreindre le droit international, expulser, refouler ou extrader une personne vers un autre État où des motifs sérieux portent à croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* » [156]. La torture suscite donc une répulsion universelle, le tortionnaire étant devenu comme le pirate ou le marchand d'esclaves d'autrefois, un *hostis humani generis* [157].

Le Tribunal reconnaît également que l'interdiction de la torture correspond à une obligation *erga omnes*, qui s'impose donc à tous les Etats de la communauté internationale, ce qui signifie que « *la violation de ces obligations porte simultanément atteinte au droit corrélatif de tous les membres de la communauté internationale et autorise chacun d'entre eux à exiger que l'État en cause remplisse son obligation ou, à tout le moins, cesse d'y contrevenir ou ne récidive pas* » [158].

S'appuyant sur des éléments comparables, le même Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dans une autre affaire, estima que la définition donnée de la torture par la Convention de 1984 représente un consensus correspondant à l'état actuel de la coutume internationale, nonobstant la mention à l'article 1er de cette Convention que la définition ne s'applique qu'à ses fins et demeure sans préjudice de tout instrument international de portée plus large [159]. Analysant ensuite la jurisprudence internationale relative à la différence de degré existant entre la torture et les autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans les termes que nous avons analysés également, le Tribunal conclut sur ce point : « *As evidenced*

[154] TPIY, Kunarac et al., §§465-471.
[155] TPIY, Furundzija, §143.
[156] TPIY, Furundzija, §§144 et 153-158.
[157] TPIY, Furundzija, §147.
[158] TPIY, Furundzija, §151.
[159] TPIY, Delalic et al., §459, TPIY, Furundzija, §§134-164 et TPIY, Kunarac et al., §473.

by the jurisprudence set forth above, it is difficult to articulate with any degree of precision the threshold level of suffering at which other forms of mistreatment become torture. However, the existence of such a grey area should not be seen as an invitation to create an exhaustive list of acts constituting torture, in order to neatly categorise the prohibition. As stated by Rodley, "… a juridical definition cannot depend upon a catalogue of horrific practices; for it to do so would simply provide a challenge to the ingenuity of the torturers, not a viable legal prohibition." » [160].

Plus précisément, le Tribunal a estimé que la torture devait atteindre un certain niveau de gravité, que le jugement rendu dans l'affaire *Krnojelac* tente de discerner : « *The Trial Chamber is satisfied that, on 8 August 1992, FWS-54 was beaten by a KP Dom guard named Pilica Blagojevic as punishment for giving a fellow detainee an extra slice of bread contrary to orders. As a result of the beating, FWS-54 was seriously bruised and lost a few teeth. After the beating, he was locked up in solitary confinement for three or four days. Despite the degree of seriousness of the physical abuse, the condition of the victim prior to his beating and isolation, the consequences of the beating upon the victim and the fact that punishment was meted out for a minor breach of the prison regulations, the Trial Chamber is not satisfied that the acts in question should be regarded as torture pursuant to the definition given above. Although the losing of teeth and the bruising of the body constitute a serious infringement upon the victim's well-being, they do not, in the circumstances of this case, reach the degree of severity implicit in the definition of torture. Torture is among the most serious abuses upon physical or mental integrity. Further, and crucially, in case of doubt as to whether or not the act is serious enough to amount to torture, the Accused should have the benefit of that doubt, and the acts for which he is charged should be considered under the heading of the less serious offence, namely cruel treatment under Article 3 or inhumane acts under Article 5(i)* » [161].

Sur ce même point, la Chambre d'appel, dans l'affaire *Kunarac* a jugé : « *La torture est constituée par un acte ou une omission causant 'une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales', mais il n'y a pas de conditions plus spécifiques permettant d'opérer une classification exhaustive et d'énumérer tous les actes susceptibles de recevoir cette qualification. La jurisprudence existante n'a pas déterminé en termes absolus le degré de souffrance à partir duquel la torture est réputée constituée* » [162].

Quant aux buts poursuivis par l'auteur des actes de torture, le Tribunal se réfert aux buts mentionnés par l'article premier de la Convention de 1984 contre la torture, soulignant leur caractère explicatif et non limitatif, visant seulement à exclure des actes d'ordre privé, suivant des buts personnels, du champ d'application de la torture en droit international coutumier : « *the list of such prohibited purposes in the Torture Convention expands upon those enumerated in the Declaration on Torture by adding "discrimination of any kind". The use of the words "for such purposes" in the customary definition of torture, indicate that the various listed purposes do not constitute an exhaustive list, and should be regarded as merely representative. Further, there is no requirement that the conduct must be solely perpetrated for a prohibited purpose. Thus, in order for this requirement to be met, the prohibited purpose must simply be part of the motivation behind the conduct and need not be the predominating or sole purpose* » [163].

Enfin, ce Tribunal relève que l'auteur des actes de tortures doit être revêtu de la qualité d'agent de la fonction publique d'un Etat, ou agir avec l'accord ou le soutien d'un tel agent : « *Traditionally, an act of torture must be committed by, or at the*

[160] TPIY, Delalic et al., §469.
[161] TPIY, Krnojelac, §219.
[162] TPIY, Kunarac, appel, §149.
[163] TPIY, Delalic et al., §470.

instigation of, or with the consent or acquiescence of, a public official or person acting in an official capacity. In the context of international humanitarian law, this requirement must be interpreted to include officials of non- State parties to a conflict, in order for the prohibition to retain significance in situations of internal armed conflicts or international conflicts involving some non-State entities » [164]. Toutefois, sur ce point, la Chambre d'appel estime que ce n'est pas là un élément de droit coutumier de la définition de la torture et qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit donné lorsque la responsabilité pénale d'un individu est engagée [165].

Néanmoins, il demeure que, à l'instar de la pratique des organes de protection des droits de l'homme, la jurisprudence des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* peinent à établir une claire distinction entre la torture et les autres formes de mauvais traitements, comme dans l'affaire *Krnojelac* où le Tribunal retient les qualificatifs de « *Torture, cruel treatment and inhumane acts* » et joint « *Torture and beatings* » sans préciser si le passage à tabac en tant que tel peut être considéré comme torture [166].

En conclusion, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie retient trois éléments constitutifs de torture comme crime contre l'humanité : «*Toutefois, trois éléments de la définition de la Convention sur la torture sont incontestés. On considère qu'ils représentent l'état actuel du droit international coutumier sur ce sujet : i) la torture consiste à infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales ; ii) l'acte ou omission est délibéré ; iii) l'acte doit servir un autre but, c'est-à-dire que la douleur doit être infligée afin d'atteindre un certain but. (…) Par contre, trois éléments demeurent controversés : i) la liste des buts que l'on pourrait considérer comme illégitimes et qui entreraient dans le cadre de la définition de la torture ; ii) le fait de savoir s'il faut ou non que l'acte soit commis en relation avec un conflit armé ; iii) Le fait de savoir s'il faut ou non que l'acte soit infligé par un agent public ou une autre personne agissant à titre officiel, à leur instigation ou avec leur consentement exprès ou tacite. (…) La Chambre de première instance est convaincue que les buts suivants font maintenant partie du droit international coutumier : a) obtenir des renseignements ou des aveux, b) punir, intimider ou contraindre la victime ou un tiers, c) opérer une discrimination au détriment de la victime ou d'un tiers, quel qu'en soit le motif. Il n'est pas sûr que d'autres buts soient reconnus en droit international coutumier, mais la question n'a pas à être résolue ici, puisque la conduite des accusés en l'espèce peut aisément être rapportée à l'un des buts susdits (…) Le droit international coutumier n'exige pas que la conduite soit exclusivement motivée par l'un des buts défendus. (…) il suffit que le but défendu ait constitué l'un des mobiles de l'acte ; il n'est pas nécessaire qu'il ait été le seul but visé ou le principal* » [167].

Les éléments constitutifs de la torture en tant que crime contre l'humanité ont été ramenés en appel de la même affaire aux éléments suivants : « *à savoir un acte intentionnel, une souffrance résultant d'un tel acte, et l'existence d'un but prohibé* » [168].

---

[164] TPIY, Delalic et al., §473.
[165] Voir TPIY, Kunarac, appel, §§134-155, repris dans TPIY, Kvocka, §§137-141 et soutenu par Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 77-78.
[166] Voir TPIY, Krnojelac, §§189-320.
[167] TPIY, Kunarac et al., §§483-486.
[168] TPIY, Kunarac, appel, §134.

III. La torture comme crime de guerre dans le Statut de Rome

La torture n'apparaît pas seulement, dans le Statut de la Cour pénale internationale, constitutive de crimes contre l'humanité, mais également de crimes de guerre [169]. L'approche de la torture est complexe dans l'article 8 du Statut. En effet, aux deux infractions proprement dites de torture, il convient d'ajouter, au titre d'infraction grave aux Conventions de Genève, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ; au titre des autres violations graves de lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, le fait de soumettre des personnes à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques ou les atteintes à la dignité de la personne ; au titre de violation grave à l'article commun aux Conventions de Genève, les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ; enfin, au titre des autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, le fait de soumettre une personne à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques [170].

La torture n'est pas définie, dans le Statut, en tant que crime de guerre ; seule la torture en tant que crime contre l'humanité l'est. La Commission préparatoire eut à déterminer si cette définition est également applicable aux crimes de guerre. Toutefois, de nombreuses délégations estimèrent qu'une approche distincte s'imposait, notamment vu la jurisprudence des deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui définissent la torture sur la base de la Convention de 1984 contre la torture et les autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, que ces tribunaux estiment représenter l'état du droit international coutumier en la matière. Certaines délégations estimèrent que soit le but poursuivi, soit la qualité de l'auteur devait permettre de distinguer la torture des autres formes de mauvais traitements, alors que d'autres, prenant appui sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, estimaient que c'est le degré de souffrance infligé qui doit être primordial à la distinction entre ces crimes. Le compromis fut finalement atteint en incorporant dans les éléments constitutifs de torture une liste illustrative des buts à poursuivre, sans référence à la qualité officielle de l'auteur. Sur ce point, Knut Dörmann précise : « *The vast majority of delegations to the PrepCom took the view that while war crimes necessarily take place in the context of an armed conflict and, in most cases, involve persons acting in an 'official capacity', the inclusion would create the unintended impression that non-State actors are not covered. This would greatly restrict the crime, particularly in non-international armed conflicts involving rebel groups. Given the fact that it was the understanding of the PrepCom that the definition of torture should be identical for international and non-international armed conflicts, this argument had considerable weight* » [171].

L'Assemblée des Etats parties retint donc les éléments constitutifs suivants de torture : « *1. L'auteur a infligé une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une ou plusieurs personnes. 2. L'auteur a infligé cette douleur ou ces souffrances afin, notamment, d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre ; ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination, quelle qu'elle soit. 3. Ladite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs des Conventions de*

[169] Voir art. 8 §2, lit. (a) ch. (ii) et lit. (c) ch. (i) CPI.
[170] Respectivement art. 8 §2 lit. (a) ch. (iii), lit. (b) ch. (x) et (xi), lit. (c) ch. (ii) et lit. (e) ch. (xi) CPI.
[171] Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 44-45, *ad* art. 8 §2(a)(ii) CPI.

Genève de 1949. 4. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne protégée. 5. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 6. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé » [172].

Les éléments sont les mêmes pour les crimes de guerre de traitement inhumain ou de traitement cruel, le deuxième élément étant simplement omis dans ces deux cas. Quant au fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, les éléments sont identiques à la torture, sauf la disparition du deuxième élément et la différence de qualification du degré des souffrances infligées : elles sont aiguës pour la torture, grandes sinon [173]. Si l'on ajoute à ceci que, conformément au quatrième paragraphe de l'introduction générale que l'Assemblée rédigea aux Eléments des crimes, il n'est pas utile que l'auteur ait porté un jugement de valeur quant à la gravité des souffrances infligées, il devient réellement délicat de distinguer un crime de l'autre, ce dont Knut Dörmann convient, en reprenant l'essentiel de la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme [174].

Le crime contre l'humanité de torture exige que la victime soit sous la garde ou le contrôle de l'auteur et certaines délégations proposèrent à la Commission préparatoire de retenir ce même élément en faveur des crimes de guerre, ce que celle-ci rejeta, précisant dans une note de bas de page : « *Comme l'élément 3 exige que toutes les victimes soient des 'personnes protégées' par une ou plusieurs des Conventions de Genève de 1949, ces éléments ne comprennent pas, à la différence des éléments de l'article 7 2) e), l'exigence de la garde ou du contrôle* » [175].

Il n'est donc pas possible d'avoir une vision cohérente de la définition de la torture dans le Statut de la Cour pénale internationale et chacune de ses incriminations doit se définir pour elle-même, soit en tant que crime de guerre, soit en tant que crime contre l'humanité.

[172] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Torture, *ad* art. 8 §2(a)(ii) et (c)(i), pp. 129 et 149. Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 401-403, *ad* art. 8 §2(c)(i) CPI.
[173] Voir *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Traitement inhumain, *ad* art. 8 §2(a)(ii)-2, Fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, *ad* art. 8 §2(a)(iii), p. 129.
[174] Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 51-55, *ad* art. 8 §2(a)(ii) CPI.
[175] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Torture, *ad* art. 8 §2(a)(ii), note 35, p. 129. Cette note n'est pas reprise dans les éléments de la torture au sens de l'article 8 §2(c)(i), par ailleurs identiques, p. 149. Voir ONU Docs. PCNICC/1999/DP.4/Add.2 du 4 février 1999, p. 4 et PCNICC/1999/WGEC/DP.5 du 23 février 1999.

IV. Cas pratique : l'affaire Naletilic et Martinovic

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a reconnu les accusés Mladen Naletilic et Vinko Martinovic coupables de torture comme crime contre l'humanité, sur la base des faits suivants. Un certain nombre de témoins ont mentionné les faits de torture et de mauvais traitement à Sovici, dont le Tribunal estime qu'ils représentent la gravité requise pour être qualifiés de traitements cruels :

« *350. La Chambre estime que les mauvais traitements les plus graves qui aient été infligés aux prisonniers l'ont été pendant leur transfert de Sovici à Ljubuški le 18 avril 1993. Les soldats capturés rassemblés dans l'école de Sovici ont dû sortir et monter dans des autocars en présence de Cikota. Plusieurs d'entre eux ont été molestés alors qu'ils montaient dans le car. Roba a poignardé Muharem Helbet à la jambe. Le témoin Y, Mustafa Kukic et un homme plus jeune du nom de Hamdija Lulic ont été frappés. Dans l'autocar, ils ont dû chanter des chants nationalistes croates en forçant de plus en plus la voix. (…).*

351. Sur la route de Ljubuški, l'autocar s'est embourbé. Les prisonniers ont dû en descendre et s'aligner. Des coups de feu ont été tirés au-dessus de leur tête. Le prisonnier Salim Kadušak a été obligé de mettre une balle dans sa bouche et de l'avaler et a été violemment frappé. Le témoin Y a dû se mettre torse nu, faire des pompes en l'honneur de l'ABiH et du HVO et nettoyer les bottes de certains des officiers avec ses vêtements. Il a ensuite été battu jusqu'à en perdre connaissance. Lorsque, aspergé d'eau, il a repris connaissance, les coups ont recommencé. Il a fallu le porter dans l'autocar. (…) L'autocar s'est de nouveau arrêté sur la route de Ljubuški, à Sovicka Vrata, et le témoin Y a été sorti du véhicule et sévèrement battu par tous les soldats, y compris Robo. Ils ont commencé par lui cogner la tête contre l'autocar jusqu'à ce qu'il s'évanouisse. Il a été ramené inconscient dans l'autocar » [176].

La Chambre de première instance est convaincue que Naletilic a infligé personnellement de grandes souffrances à des détenus musulmans dans la ferme piscicole de Doljani, le 20 avril 1993 :

« *Pendant que Mladen Naletilic procédait à des interrogatoires dans la cabane, les soldats continuaient à brutaliser les autres prisonniers rassemblés à l'extérieur. Ils devaient faire comme s'ils 'cueillaient du raisin'. Le témoin RR a raconté qu'au début, il ne comprenait pas ce qu'il devait faire. Les soldats lui ont alors montré qu'il devait s'agenouiller et tendre les bras au-dessus de la tête, de sorte qu'ils pouvaient plus aisément le frapper et lui donner des coups de brodequin dans le ventre et ailleurs. Les soldats ont ensuite frappé les prisonniers à la cage thoracique et à l'estomac. Tous ont été battus. Alors qu'il 'cueillait du raisin' après son interrogatoire, le témoin TT a vu son ami roué de coups et saigner à la bouche. Un membre allemand du KB a demandé s'il pouvait frapper la personne qui crachait sur le sol croate. Le témoin TT a reçu un coup de pied tellement fort à la bouche qu'il a perdu deux dents. Les prisonniers ont également dû chanter des chansons croates* » [177].

La torture prend différentes formes, que nous avons toutes analysées plus haut, en rapport avec sa professionnalisation :

« *366. La Chambre est convaincue que Mladen Naletilic a torturé Fikret Begic en le frappant à la tête avec son pistolet et en lui enfonçant son arme dans la bouche tout en exigeant le mot de passe pour Jablanica. Il a intentionnellement infligé de grandes souffrances physiques à sa victime dans le but de lui extorquer des informations.*

[176] TPIY, Naletilic et Martinovic, §§350-351.
[177] TPIY, Naletilic et Martinovic, §357.

367. La Chambre est également convaincue que Mladen Naletilic a torturé les témoins TT et Fikret Begic en les menaçant de les envoyer devant un peloton d'exécution. Elle a tenu compte du fait que cette 'condamnation à mort' intervenait dans le climat général de violence qui régnait à la ferme piscicole de Doljani le 20 avril 1993 et que, dans ces circonstances particulières, le témoin TT et Fikret Begic ne pouvaient qu'y croire. (…) La Chambre est donc convaincue que l'accusé a infligé de grandes souffrances mentales aux témoins TT et Fikret Begic en leur disant qu'ils seraient exécutés par un peloton d'exécution, et que ces souffrances mentales présentaient le degré de gravité requis pour constituer des tortures au sens des articles 2 c) et 5 f) du Statut.

368. La Chambre est convaincue que Mladen Naletilic a mis le témoin B à la torture en posant ostensiblement son pistolet sur le bureau et en menaçant de le tuer s'il ne lui fournissait aucune information. Elle prend note du fait que Mladen Naletilic a proféré cette menace alors que des exactions se commettaient à l'extérieur de la cabane et qu'il procédait à l'intérieur à des interrogatoires brutaux et systématiques. La Chambre tient également compte du fait qu'à l'époque, le témoin B n'avait que 16 ans et qu'il devait donc être particulièrement vulnérable et effrayé par les sévices qu'on lui avait infligés avant de l'interroger et de le menacer de mort. Elle est donc convaincue que Mladen Naletilic a infligé au témoin B des souffrances mentales suffisamment graves pour être assimilées à des tortures. Elle estime également que ces souffrances ont été infligées dans le but d'obtenir des informations et que les éléments constitutifs de la torture visée aux articles 2 c) et 5 f) du Statut sont réunis » [178].

Quant à Martinovic, la Chambre de première instance estime prouvés à son encontre les faits suivants :

« *Les témoins SS, K et NN ont évoqué des faits survenus au quartier général de Vinko Martinovic en juillet ou août 1993, faits à l'occasion desquels plusieurs prisonniers ont été roués de coups par Vinko Martinovic. Ce jour-là, les témoins SS, K et NN, qui faisaient partie d'un groupe de 24 prisonniers, ont été conduits de l'Heliodrom au quartier général de Vinko Martinovic. À leur descente de l'autocar, on leur a dit d'attendre 'le chef'. Peu après, Vinko Martinovic est arrivé en voiture. Il s'est présenté sous le nom de Štela, s'est mis à crier et a ordonné aux prisonniers de s'aligner le long du mur et de baisser la tête. Il a commencé à frapper un des prisonniers. Il assenait de tels coups qu'il a fini par casser son bracelet de montre et que le prisonnier qui se trouvait juste à côté de la victime s'est senti mal et s'est évanoui. Un autre prisonnier l'a retenu pour l'empêcher de tomber. L'accusé a ensuite également frappé les deux prisonniers qui se trouvaient à côté de sa première victime. Les soldats qui avaient accompagné les prisonniers au quartier général de Vinko Martinovic ont assisté à la scène ; l'un d'eux, Semir (Sema) Bošnjic, n'a pas seulement regardé, il a aussi frappé le premier prisonnier. Au cours de cet épisode, le témoin NN a aussi été menacé et sévèrement battu par Vinko Martinovic ; il a reçu des coups de poing et de pied à la tête, au thorax et dans le ventre* » [179].

Ailleurs, des subordonnés de Mladen Naletilic et Vinko Martiovic ont infligé des sévices que la Chambre établit ainsi :

« *Pendant leur détention au poste du MUP, plusieurs témoins ont été frappés et maltraités par Romeo Blaževic, Ernest Takac et Ivan Cikota. Le témoin AA a été sévèrement battu à coups de bâton et de pistolet par Romeo Blaževic et Ernest Takac. Il a été frappé une autre fois pendant le week-end. Quatre ou cinq soldats ont fait sortir un autre prisonnier et l'ont battu, après quoi ils ont aussi extrait le témoin AA de la cellule. Ils l'ont frappé au niveau des reins et l'ont forcé à faire des pompes. Le soldat qui avait déjà frappé le témoin AA et Meho Žilic à leur arrivée a pointé son pistolet vers AA et a appuyé sur la détente mais le*

[178] TPIY, Naletilic et Martinovic, §§366-368.
[179] TPIY, Naletilic et Martinovic, §385.

témoin n'a entendu que le bruit du percuteur. Ivan Cikota et les autres ont éteint une cigarette dans la bouche du témoin AA et l'ont forcé à l'avaler. Ils l'ont ensuite obligé à se frapper la tête contre le mur dix fois et l'ont ramené dans sa cellule » [180].

Dans la coopérative de tabac de Lištica-Široki Brijeg, en septembre 1993, les faits suivants se sont produits :

« *Un autre jour, le témoin L, qui partageait sa cellule avec le témoin VV, a vu qu'on emmenait ce dernier. Bosanac et un autre membre du KB appelé 'général' ont conduit le témoin VV dans un bureau. Bosanac était blond, mesurait entre 1,75 m et 1,80 m, était de constitution robuste et n'avait pas plus de 25 ans. Ils ont fixé des fils téléphoniques aux doigts du témoin et des décharges électriques lui ont traversé le corps. (…). Le témoin L a déclaré que le témoin VV avait crié, et qu'il lui avait dit plus tard que les soldats lui avaient envoyé des décharges électriques au moyen d'un inducteur téléphonique relié à ses doigts. Une autre fois, vers le 10 novembre 1993, les témoins L et VV ont été conduits dans un autre bâtiment situé dans le même complexe. Des membres de la police militaire ont commencé à les interroger et à les battre. Au bout d'un moment, ils les ont sortis du bâtiment, les ont contraints à se tenir debout sous une gouttière, puis à rester assis devant le bâtiment, grelottant de froid, avant de les ramener dans le bâtiment et de les interroger à nouveau. Ils étaient au nombre de cinq ou six et leur chef était, semble-t-il, un dénommé Robo* » [181].

Ce qui se passa également à l'Heliodrom relève incontestablement de la torture :

« *432. (…) Quand on l'a amené à l'Heliodrom, le témoin Y était déjà en piteux état pour avoir été frappé quotidiennement pendant les 47 jours de sa détention à Ljubuški. Mladen Naletilic lui a rendu visite dans sa cellule, ce qui prouve au-delà de tout doute raisonnable qu'il savait que les prisonniers étaient maltraités et qu'il l'approuvait. Après un mois environ de détention à l'Heliodrom, le témoin Y a été transféré des pièces communes dans une cellule d'isolement située au sous-sol où il est resté une quarantaine de jours. Il n'était autorisé à sortir de cette cellule totalement obscure que pour aller dans le couloir où on le frappait. (…) Le témoin Y était à ce point roué de coups qu'il ne pouvait plus bouger. Puis, on le laissait tranquille quelques jours, le temps qu'il récupère, avant de le brutaliser de nouveau. Lorsqu'il perdait connaissance sous les coups, les gardiens prenaient un tuyau d'arrosage, l'aspergeaient d'eau, puis le laissaient allongé dans la flaque. Un jour, alors qu'il était ainsi soumis à ce régime cruel dans sa cellule, des policiers ont ouvert la porte et lui ont ordonné de se présenter à Tuta. Quand il a obéi, Tuta lui a dit qu'il s'en sortait plutôt bien vu ce qu'il méritait pour ses actes. Cinq minutes après le départ de Tuta, des policiers militaires sont entrés, lui ont donné l'ordre de sortir de sa cellule et se sont mis à le frapper avec divers objets. Le témoin Y s'est affalé et son sang ruisselait par terre. Un des policiers lui a ordonné de lécher le sang et lui a dit qu'aucune goutte de sang balija ne devait souiller le sol croate* » [182].

[180] TPIY, Naletilic et Martinovic, §398.
[181] TPIY, Naletilic et Martinovic, §410.
[182] TPIY, Naletilic et Martinovic, §432, voir globalement §§335-455 ; des faits comparables peuvent être relevés dans TPIY, Krnojelac, §§189-320.

V. L'*actus reus* de la torture

La torture, absente du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg comme crime contre l'humanité – bien que comprise dans les actes inhumains de l'article 6 lettre (c) – se retrouve dans tous les instruments postérieurs, dès la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié. Le droit de n'être pas soumis à la torture est également reconnu comme étant indérogeable dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme [183].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a clairement souligné, dans l'affaire *Aleksovski*, ce qui fait la gravité particulière de la torture : « *Il est incontestable que l'interdiction d'actes constituant une atteinte à la dignité des personnes contribue au respect d'une valeur importante. En effet, on ne saurait concevoir de valeur plus importante que le respect de la personne humaine. On peut dire que tout l'édifice du droit international relatif aux droits de l'homme et de l'évolution du droit international humanitaire repose sur ce principe fondamental. La protection de l'individu contre les traitements inhumains est assurément un des principes essentiels énumérés à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, principe également consacré par les interdictions prévues dans les instruments régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme, lesquels ont débouché sur l'adoption par consensus de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par l'Assemblée générale le 10 décembre 1984. En outre, la constitution et la législation de la plupart des pays contiennent des dispositions visant à protéger les individus contre la torture et autres traitements cruels ou inhumains* » [184].

Au sens du Statut de la Cour pénale internationale, le crime contre l'humanité de torture est défini comme étant 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* » [185], ce que reprend textuellement l'Assemblée des Etats parties dans ses *Eléments des crimes* [186].

Deux éléments ressortent de cette définition, l'intensité des douleurs ou souffrances infligées, qui doivent être aiguës, physiques ou mentales, et le fait que la victime doit être sous la garde ou le contrôle de l'auteur au moment des faits, ce qui s'éloigne sensiblement du droit international coutumier en la matière et notamment de la Convention de 1984 contre la torture.

A. Le fait d'infliger une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales

L'intensité des douleurs ou souffrances infligées est, dans tous les instruments relatifs à la torture, l'un des éléments de sa définition. Aigu (« *severe* » dans sa version anglaise, « *graves* » en espagnol) est déjà le qualificatif retenu dans la Convention des Nations Unies contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 1984. Par contre, la Convention interaméricaine contre la torture, de 1985, ne retient aucun élément propre à l'intensité des douleurs ou souffrances infligées dans sa définition de la torture. Dans le sens courant, aigu

[183] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 139, *ad* art. 7 CPI.
[184] TPIY, Aleksovski, §54.
[185] Art. 7 §2 lit. (e) CPI.
[186] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Torture, *ad* art. 7 §1(f) CPI, p. 122.

signifie violent, excessif ; est excessif ce qui excède la règle, la mesure, le degré ordinaire (Littré).

Cet élément est également repris par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui a refusé de reconnaître à certaines formes de mauvais traitements la gravité nécessaire à leur qualification de crime contre l'humanité de torture [187], la Chambre d'appel du Tribunal retenant déjà et sur la base de la Convention de 1984 contre la torture, la qualification de douleur ou souffrances aiguës, tout en précisant que la jurisprudence existante n'avait pu déterminer en termes absolus le degré de souffrance à partir duquel la torture est réputée constituée [188].

Il est en effet impossible de déterminer, de manière abstraite et objective, à partir de quel degré de souffrance il est permis de la considérer comme aiguë et donc constitutive du crime contre l'humanité de torture, ou comme grande et constitutive d'autres actes inhumains. L'Assemblée des Etats parties n'attend pas de l'auteur qu'il reconnaisse le degré de souffrance infligé comme étant aigu, mais simplement qu'il agisse intentionnellement, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'il ait porté un tel jugement de valeur sur les conséquences de ses actes [189]. Il serait d'ailleurs erroné de percevoir la torture simplement comme le degré ultime de brutalité infligé à la victime.

Nous avons souligné dans l'analyse de la professionnalisation de la torture depuis le début du XXème siècle et dont les événements contemporains à Guantanamo, en Afghanistan ou en Irak nous rappelle l'actualité, qu'elle consiste en la destruction volontaire, réfléchie et appliquée selon des techniques médicales et psychologiques, de la personnalité de la victime. Les méthodes sont vastes, des coups au viol, de l'asphyxie à l'électricité, des privations de toutes sortes à la terreur ressentie de ce qui adviendra ou pourrait advenir, à la victime elle-même ou à un tiers. Dans la détermination du degré de souffrance propre à la torture, il ne s'agit pas de chercher à établir si les passages à tabac sont plus douloureux que les décharges électriques, mais de reconnaître un processus de destruction de la personnalité de la victime qui correspond au vrai degré d'inhumanité de ces actes et justifie leur place au sein de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Ce processus de destruction de la personnalité peut être tant physique que psychique et est souvent les deux à la fois : on frappe, on terrorise, c'est tout un, comme le démontre les passages déjà cités de l'affaire *Naletilic et Martinovic* [190].

Il convient de bien percevoir la torture constitutive de crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale comme un processus global correspondant à l'analyse que Françoise Sironi a développée dans son ouvrage largement cité *Bourreaux et victimes, psychologie de la torture* et dont les mécanismes sont immédiatement apparents dans les faits relevés dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans les affaires *Tadic*, *Naletilic et Martinovic*, *Kunarac*, *Delalic*, *Furundzija* ou *Krnojelac*. Ce processus global peut précéder un autre crime contre l'humanité, le meurtre ou la disparition forcée, ou se suffire à lui-même et relâcher la victime, détruite psychologiquement et physiquement, à l'issue d'un processus voulu de désaffiliation et de déconstruction.

---

[187] Voir TPIY, Krnojelac, §219.
[188] Voir TPIY, Kunarac, appel, §149. Voir également Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 163-164, *ad* art. 7 CPI.
[189] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §4, p. 116.
[190] Voir TPIY, Naletilic et Martinovic, §§409 et 446.

B. La garde ou le contrôle exercé sur la victime

Le deuxième élément constitutif de torture réside dans la soumission de la victime, au moment des faits, à la garde ou au contrôle de l'auteur. Christopher K. Hall relève, dans son commentaire de l'article 7 du Statut de Rome, que : « *The terms 'custody' and 'under the control of the accused' are not synonymous with the terms 'imprisonment or other severe deprivation of liberty'. The term 'custody' would include any form of detention or imprisonment, including arrest by security forces, other restrictions on liberty such as those in crowd control by security forces or enforced disappearances. The term 'under the control of the accused' is broader and would include any other form of restraint by another, including enslavement (…) The history of the drafting of the UN Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Torture, and the Convention against Torture indicates that these terms should be given a broad reading* » [191].

Tous les exemples de torture, dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme, notamment le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme, sont commis dans le cadre d'une détention. L'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, Nigel S. Rodley, relevait que la plupart des mauvais traitements étaient infligés pendant la détention policière, avant toute comparution devant un juge ou un tribunal [192]. La torture se pratique dans les lieux de détentions comme la prison *Libertad* en Uruguay, dans des camps de concentration comme ceux d'Omarska, de Keraterm ou de Trnopolje en Bosnie, dans des postes de police ou dans des lieux particuliers, réservés à cet effet, comme par exemple la Villa Grimaldi à Santiago du Chili.

S'il convient effectivement d'entendre largement les termes du Statut « *sous sa garde ou sous son contrôle* », il faut se souvenir que le contrôle de la victime est intrinsèque à la torture : il n'est pas possible de torturer une personne sur laquelle on n'exerce aucun contrôle physique. Replaçons le crime contre l'humanité de torture dans son contexte général. Il doit être commis en tant qu'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. Ceci suppose des moyens : on ne torture pas les gens chez eux ni sur la place du village. Bien au contraire, l'arrestation, la détention, l'enfermement dans un lieu particulier, tout ceci fait partie du processus de désaffiliation de la victime de son milieu social et familial, qui est une composante essentielle de la torture et agit comme un additif de stress ou de terreur. Ce lieu peut être secret et favoriser les disparitions forcées et surtout la négation de toute torture, ou il peut être bien connu de la population, comme le fut la Villa Grimaldi ; l'arrestation peut être arbitraire ou légale, de même que la détention qui s'ensuit. Il semble donc essentiel, même sans vouloir trop en formaliser l'approche, que la garde ou le contrôle de l'auteur sur la victime représente une forme de détention ou de privation de liberté. Nous avons abordé largement ces notions dans le chapitre consacré aux crimes contre l'humanité d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique [193], et il est cohérent de les reconnaître sous la garde et le contrôle nécessaires à la qualification de torture, ce d'autant plus que la gravité exigée de ladite privation de liberté peut

[191] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 163-164, *ad* art. 7 CPI.
[192] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 277.
[193] Voir *supra* chapitre 9.

résider également dans le traitement réservé aux détenus : torturer un détenu est une forme de privation grave de liberté physique.

Toutefois, le texte du Statut, en n'exigeant que la garde ou le contrôle de l'auteur sur sa victime est volontairement plus large et l'on ne saurait limiter ces termes aux différentes formes d'emprisonnement ou de privation grave de liberté physique sans confondre ces deux crimes, ce qui n'est manifestement pas le sens du Statut. La garde est l'action de garder, de conserver, de défendre quelqu'un ou quelque chose, c'est aussi la surveillance (Littré), alors que le contrôle recouvre tout examen pour surveiller ou vérifier, ou la vigilance sur la conduite de quelqu'un (Robert). Le sens en est donc beaucoup plus large et tend à recouvrir la possibilité matérielle de l'auteur à mener à bien ses activités coupables.

C. La qualité de l'auteur

Autre chose est la qualité de l'auteur. La Convention de 1984 contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants exige que l'auteur soit un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, sous son contrôle ou à son instigation. Cette condition a été reprise par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [194]. Cette condition ne subsiste pas dans le Statut de Rome dont elle a été volontairement omise [195]. Déjà le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a-t-il jugé sur ce point que : « *Rien ne justifie que seuls les membres de la fonction publique soient tenus pour responsables* », rappelant que dans le contexte du crime contre l'humanité, la responsabilité de l'auteur doit se chercher dans la nature de l'acte commis et non dans le statut de l'auteur [196].

Néanmoins, les crimes contre l'humanité, dont la torture, doivent être commis dans l'application ou la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, et l'expérience démontre la grande part que l'Etat prend, en règle générale, dans la commission de ces crimes. Que cette condition ne soit pas retenue par le Statut de Rome en son article 7 en tant qu'élément constitutif de torture ne signifie pas qu'elle doit être rejetée. Il est en effet évident que si l'Etat lui-même mène une politique constitutive de crimes contre l'humanité, les auteurs de ces crimes seront, *de jure* ou *de facto*, des agents de l'Etat, ce qui ne sera pas le cas si les crimes sont commis par une organisation ayant pour but une telle attaque [197]. Sur ce point, il est encore intéressant de relever l'avis du Comité des droits de l'homme dans un commentaire général de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Les pouvoirs publics ont également le devoir d'assurer une protection en vertu de la loi contre de tels traitements, même lorsqu'ils sont appliqués par des personnes agissant en dehors de leurs fonctions officielles ou sans aucune autorité officielle* » [198], ajoutant dans un commentaire ultérieur : « *L'État partie a le devoir d'assurer à toute personne, par des mesures législatives ou autres, une protection contre les actes prohibés par l'article 7, que ceux-ci soient le fait de personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles, en dehors de celles-ci ou à titre privé* » [199].

---

[194] Voir TPIY, Delalic et al., §473.
[195] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 163-164, *ad* art. 7 CPI.
[196] TPIY, Kunarac et al., §§493 et 495.
[197] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 110-113.
[198] Rapport du Comité des droits de l'homme, ONU Doc. A/37/40, commentaire général 7(16), §2.
[199] Rapport du Comité des droits de l'homme, ONU Doc. A/47/40, commentaire général 20(44) §2.

Le rejet de toute considération du but à poursuivre dans la définition de la torture est également heureux et permet de mieux saisir sa pratique actuelle, axée, nous l'avons démontré, sur la destruction de la personnalité de la victime, et non simplement pour obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, la punir, l'intimider ou faire pression sur elle ou tout autre motif fondé sur une forme de discrimination, comme c'est le cas dans le champs d'application de la Convention de 1984 contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [200].

Le Statut de la Cour pénale internationale, à la suite cette fois de la Convention de 1984, précise que les douleurs ou souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, ne sont pas constitutives de torture. La légalité des sanctions pénales doit s'analyser en regard du droit international. L'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, Peter Kooijmans, relevait sur ce point dans un rapport de 1988 : « *the fact that sanctions are accepted under domestic law does not necessarily make them lawful sanctions in the sense of article 1 of the Convention against torture (…) It is international law and not domestic law which ultimately determines whether a certain practice may be regarded as lawful* » [201]. Cette réserve du Statut – et de la Convention de 1984 – laisse penser qu'il pourrait exister des sanctions légales au regard du droit international, notamment des droits de l'homme, par lesquelles on infligerait au condamné une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales. C'est peu concevable et il semble que cette adjonction viennent soulager les inquiétudes d'Etats appliquant la loi islamique dont certaines peines, notamment les amputations et plus généralement les châtiments corporels, pourraient être constitutives de torture [202]. Toutefois, de telles sanctions sont en tous les cas illicites en droit international, notamment des droits de l'homme, ce qui pose plus largement la question de la compatibilité des droits de l'homme dans leur version arabo-musulmane avec les standards internationaux. Il faut donc considérer cette réserve comme dénuée de sens.

En conclusion : « *The crime against humanity of torture does not have this 'purpose' element anywhere, be it in the ICC Statute or in the Elements of crimes. Therefore, what distinguishes the crime against humanity of torture from other crimes against humanity which involve the infliction of harm to the body, mental state of mind, or health is the severity of the harm inflicted in the case of torture. In the case of torture, it is the 'severe' physical or mental pain or suffering. As will be seen, in the case of 'other inhuman acts', it is 'great suffering or serious injury to body or to mental or physical health'* » [203].

---

[200] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 163-164, *ad* art. 7 CPI et Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 110-113.
[201] Report of the UN Special Rapporteur on torture, ONU Doc. E/CN.4/1988/17, §42. Voir également Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 163-164, *ad* art. 7 CPI.
[202] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 110-113.
[203] Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 110-113.

D. Le viol comme torture

Un élément particulier doit être analysé ici en tant que méthode ou moyen de torture : le viol. Le viol est largement utilisé comme torture et nous avons déjà souligné l'importance de l'élément sexuel dans la torture moderne : coups et décharges électriques dans les parties génitales, nudité forcée et humiliation touchent tant les hommes que les femmes. Le viol est un acte de violence, physique et psychique, dont le plaisir sexuel n'est pas la fin ultime. C'est pourquoi un objet peut être substitué au sexe de l'homme et tant les hommes que les femmes en être victimes.

Nous aborderons le viol en détail dans le chapitre suivant, avec les autres formes de violence sexuelle qu'incrimine le Statut de la Cour pénale internationale [204]. Il s'agit ici de distinguer les caractéristiques du viol employé comme méthode de torture. Raphaëlle Branche, dans son ouvrage consacré à *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, relève que les violences faites aux femmes présentes d'évidentes caractéristiques sexuelles : « *Il s'agit surtout de pénétration réalisée au moyen d'objets, morceaux de bois ou bouteilles de verre. Le viol apparaît ici sous son vrai visage : le vagin des femmes est un nouveau lieu pour appliquer la douleur, une porte par laquelle la violence peut faire effraction* » [205], ce qui est vrai du vagin comme de l'anus, de la femme ou de l'homme. Le viol ajoute à la violence physique une dimension sociale fondamentale dans certaines sociétés, notamment musulmane, marquant définitivement les victimes et leurs proches.

Dans l'affaire *Aydin c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme reconnut le viol comme étant constitutif de torture, avec d'autres mauvais traitements subis par la requérante : « *Pendant sa détention, la requérante fut violée par un individu dont l'identité n'a pas encore été établie. Le viol d'un détenu par un agent de l'Etat doit être considéré comme une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité. En outre, le viol laisse chez la victime des blessures psychologiques profondes qui ne s'effacent pas aussi rapidement que pour d'autres formes de violence physique et mentale. La requérante a également subi la vive douleur physique que provoque une pénétration par la force, ce qui n'a pu manquer d'engendrer en elle le sentiment d'avoir été avilie et violée sur les plans tant physique qu'émotionnel* ». La Cour ajouta, ce qui semble reconnaître le viol à lui seul comme pouvant être constitutif de torture au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *Dans ces conditions, la Cour est convaincue que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 de la Convention. La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément* » [206].

La Cour suivit sur ce point les observations écrites qu'Amnesty International lui soumit et par lesquelles elle soutenait « *que le viol d'une détenue par un agent de l'Etat en vue notamment de lui extorquer des renseignements ou des aveux ou bien l'humiliation, la punition ou l'intimidation de la victime sont considérés comme des actes de torture dans les interprétations contemporaines des normes en matière de droits de*

[204] Voir *infra* chapitre 11.
[205] Voir Raphaëlle Branche, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, pp. 304-305.
[206] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Aydin c. Turquie*, du 25 septembre 1997, 1997-VI, §§83 et 86.

l'homme » [207]. Cette approche se base sur la décision rendue par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Fernando and Raquel Mejia v. Peru*, du 1er mars 1996 [208]. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a soutenu une argumentation comparable [209].

Enfin, il convient de relever que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été saisi d'un acte d'accusation concernant Gragan Gagovic et d'autres, où il est fait mention de manière très liée, de viols et de torture au long de quarante-quatre chefs d'accusation [210].

Ce Tribunal a été très clair dans sa perception du viol comme un élément de torture dans l'affaire *Kunarac*, dans laquelle la Chambre d'appel statua : « *La Chambre d'appel juge erroné le postulat des Appelants selon lequel la souffrance doit être visible, même longtemps après la commission des crimes qui l'ont provoquée. D'une façon générale, certains actes établissent d'eux-mêmes la souffrance de ceux qui les subissent. Le viol est évidemment l'un de ceux-ci. La Chambre de première instance ne pouvait que conclure à la présence d'une telle souffrance, même en l'absence d'un certificat médical. Les violences sexuelles causent nécessairement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, et justifient ainsi leur qualification d'actes de torture. (…) Une douleur ou des souffrances aiguës, telle qu'exigées par la définition du crime de torture, sont donc réputées établies dès lors que le viol est prouvé, puisque cet acte implique nécessairement une telle douleur ou des souffrances. La Chambre d'appel juge donc qu'on ne saurait mettre en doute la douleur ou les souffrances aiguës, physiques ou mentales, ressenties par les victimes, et que c'est avec raison que la Chambre de première instance a conclu que cette douleur ou ces souffrances étaient suffisamment aiguës pour que les actes des Appelants soient qualifiés d'actes de torture. Les moyens soulevés par les Appelants à cet égard sont non fondés et ils sont donc rejetés* » [211].

S'il faut reconnaître la place du viol comme élément de torture, il demeure difficile de suivre la Chambre d'appel dans sa décision, ce qui reviendrait à faire de tout viol un acte constitutif de torture et priverait de tout contenu son incrimination spécifique. Les appelants tentèrent une définition de la *mens rea* de torture qui exclurait, selon eux, leur culpabilité au titre de torture, ce que la Chambre d'appel a rejeté : « *Les Appelants font valoir que l'intention de l'auteur était d'ordre sexuel ce qui, selon eux, est incompatible avec l'intention de commettre le crime de torture. À cet égard, la Chambre d'appel souhaite rappeler l'importante distinction entre la notion d''intention' et celle de 'mobile'. La Chambre d'appel considère que même si le mobile de l'auteur du crime est d'ordre purement sexuel, il ne s'ensuit pas qu'il n'avait pas l'intention de commettre un acte de torture ou que son comportement ne cause pas à la victime une douleur ou des souffrances aiguës, qu'elles soient physiques ou mentales, puisque pareilles douleur ou souffrances sont les conséquences probables et logiques de son comportement* » [212].

Plus précis, car il maintient la distinction entre viol et torture, le jugement rendu en l'affaire *Furundzija* nous semble plus correct : « *Comme le montrent la jurisprudence internationale, les rapports du Comité des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture, ceux du Rapporteur spécial ainsi que les déclarations publiques du Comité européen pour la prévention de la torture, cette pratique odieuse et honteuse peut prendre diverses formes. La jurisprudence internationale et les rapports du Rapporteur spécial témoignent d'une tendance à assimiler à une forme de torture, et donc à*

[207] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Aydin c. Turquie*, du 25 septembre 1997, 1997-VI, §51.
[208] Voir *Mejía v. Peru*, Report No. 5/96, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1995, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.9 Doc. Rev. 7 (1996), 157, 186-7.
[209] ONU Doc. E/CN.4/1986/15, §119; E/CN.4/1992/SR.21, §35 ; et E/CN.4/1995/34, §19.
[210] Voir TPIY, Gagovic, acte d'accusation modifié, du 7 octobre 1999.
[211] TPIY, Kunarac, appel, §§150-151.
[212] TPIY, Kunarac, appel, §154.

une violation du droit international, la pratique du viol pendant la détention et l'interrogatoire. Le viol est alors utilisé par la personne chargée d'interroger le ou la détenue ou par les autres personnes associées à l'interrogatoire comme un moyen de punir, d'intimider, de contraindre ou d'humilier la victime ou encore d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux. (…) Selon les circonstances, le viol peut, en droit pénal international, constituer un crime distinct de la torture » [213].

Il est encore possible, pour illustrer la manière dont le viol peut être utilisé dans un contexte de torture, de citer ce témoignage d'un prisonnier Irakien, détenu à la prison d'Abou Ghraib à Bagdad, publié dans *Le Monde* du 29 juin 2004 : « *Un jour, S., un soldat, a violé une jeune fille. Elle s'appelle Zara. Ils l'ont amenée du quartier des femmes, devant la cellule de son frère Ali, la cellule 47, proche de la mienne. S. lui a plaqué le visage contre le mur et l'a violée par derrière. Il la violée devant son frère, devant nous. Tous les prisonniers pleuraient. On criait 'Allah akhbar' ('Dieu est le plus grand'). Elle, elle pleurait, et elle disait : 'Où est l'islam ? où est le Dieu ? Où sont mes frères ?* » [214].

[213] TPIY, Furundzija, §§163-164.
[214] *Le Monde*, Rémy Ourdan, *Tortures américaines, paroles d'Irakiens*, édition électronique du 29 juin 2004, www.lemonde.fr.

VI. La *mens rea*

La *mens rea* de la torture, comme celle de tout crime au sein du Statut de Rome, s'apprécie par rapport à l'article 30 du Statut, sauf disposition qui lui soit contraire. L'article 7 ne contient aucune dérogation en matière de torture, qui ne fait pas non plus l'objet d'un *dolus specialis* qui lui soit propre.

La définition de la torture par l'article 7 paragraphe 2 lettre (e) du Statut précise que l'on entend par là le fait d'infliger « *intentionnellement* » une douleur ou des souffrances aiguës. Nous avions déjà relevé cette exigence du Statut dans l'analyse du crime contre l'humanité d'extermination. Il ne s'agit pas ici d'un *dolus specialis*, mais simplement de la reprise de l'élément intentionnel requis généralement par l'article 30 et qui doit être compris dans le sens qu'il définit. C'est ce que souligne l'Assemblée des Etats parties dans ses Eléments des crimes, en ajoutant à la torture, la note de bas de page suivante : « *Il est entendu qu'aucune intention spécifique n'a besoin d'être établie pour ce crime* » [215]. Nous avions souligné que, pour constituer le crime contre l'humanité de meurtre dans le Statut de la Cour pénale internationale, la mort devait être le résultat du comportement de l'auteur, qui devait ainsi directement provoquer la mort de la victime. Dans les cas de torture, il semble clair également que les douleurs ou souffrances aiguës doivent être le résultat du comportement de l'auteur, qui doit intentionnellement les infliger.

Au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct, excluant le dol éventuel et la négligence, sauf si le Statut en dispose autrement.

En ce qui concerne la torture, l'auteur doit donc avoir l'intention d'infliger à une ou plusieurs personnes qu'il a sous sa garde ou son contrôle, des douleurs ou souffrances aiguës, physiques ou mentales. Seul le dessein ou dol direct est ici admissible et il convient, comme pour chaque crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, de rejeter le dol éventuel. Il n'est pas nécessaire à la commission du crime de torture que l'auteur poursuive un but particulier, tel que l'exige, par exemple, la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, de même qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur soit revêtu d'une quelconque qualité officielle, *de jure* ou *de facto*. L'auteur doit avoir l'intention de placer une personne sous sa garde ou son contrôle et de lui infliger des douleurs ou une souffrance aiguës, physiques ou mentales. Il est suffisant, au sens de l'article 30 du Statut, que l'auteur entende provoquer de telles douleurs ou souffrances ou qu'il soit conscient qu'elles adviendront dans le cours normal des événements.

L'auteur doit savoir que la personne qu'il torture est placée sous sa garde ou son contrôle ; il doit savoir qu'il lui inflige des douleurs ou une souffrance aiguës, physiques ou mentales, en ce sens qu'il sait que ces douleurs ou souffrances sont effectivement endurées par cette personne ou qu'il est conscient qu'elles adviendront dans le cours normal des événements.

---

[215] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Torture, note 14, p. 122.

VII. Conclusion : les éléments constitutifs de torture

L'Assemblée des Etats parties a, pour sa part, établi comme suit les éléments constitutifs de torture comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour [216] :

« *1. L'auteur a infligé à une ou plusieurs personnes une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales.*

2. Ladite ou lesdites personnes étaient sous la garde ou sous le contrôle de l'auteur.

3. Les douleurs ou souffrances ne résultaient pas uniquement de sanctions légales et n'étaient pas inhérentes à de telles sanctions ni occasionnées par elles.

4. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

5. 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 » [217].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de torture comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ;
2. L'auteur inflige à une ou plusieurs personnes des douleurs ou des souffrances aiguës ; et
3. Cette ou ces personnes sont sous la garde ou le contrôle de l'auteur.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend infliger des douleurs ou des souffrances aiguës ; et
3. L'auteur entend provoquer ces souffrances comme résultat de ce comportement.

[216] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 90-92.
[217] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Torture, p. 122.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que des douleurs ou souffrances aiguës seront le résultat de son comportement.

Chapitre 11

Le viol et les autres formes de violence sexuelle

Le viol, dont nous avons vu qu'il était également largement utilisé comme moyen de torture, est ensuite incriminé pour lui-même, non plus seul, comme dans les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, mais avec l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et toutes les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable [1].

De toutes ces formes de violence sexuelle, seule la grossesse forcée est définie dans le Statut de la Cour pénale internationale, comme devant être « *la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international* » [2], mais le seul viol fait l'objet de la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, dans une acceptation large, nous le verrons, pas totalement compatible avec les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

A l'issue de la seconde guerre mondiale, le Statut de Nuremberg, fondateur de la notion de crimes contre l'humanité, ne retint pas le viol aux côtés de l'assassinat, de l'extermination, de la réduction en esclavage, de la déportation et de la persécution : la catégorie des autres aces inhumains commis contre toutes populations civiles pouvait seule recouvrir le viol. Cette lacune fut comblée dès la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié, qui le reconnut expressément comme l'un des actes constitutifs de crime contre l'humanité.

Le viol et les autres formes de violence sexuelle sont aujourd'hui, comme par le passé, largement utilisés comme arme de guerre ou comme moyen de nettoyage ethnique. Du viol de Nanjing en 1937, ou des « *femmes de confort* » Coréennes, Philippines ou Chinoises utilisées par l'armée japonaise durant la seconde guerre mondiale, aux viols systématiques commis durant les guerres yougoslaves, avec

---

[1] Voir art. 7 §1 lit. (g) ; nous avons traité de l'esclavage sexuel dans le chapitre consacré à la réduction en esclavage et n'y reviendrons pas ici, voir *supra* chapitre 7.
[2] Art. 7 §2, lit. (f) CPI.

l'instauration des camps de viol, ou durant le génocide Rwandais, les violences sexuelles sont aujourd'hui encore largement perpétrées dans certains conflits, notamment en République démocratique du Congo. Ces crimes peuvent obéir à des motifs bassement sexuels, être représentatifs de l'usage par les guerriers des femmes comme d'un butin de guerre ou encore constituer une politique systématique dite de nettoyage ethnique.

C'est donc, comme tous les crimes contre l'humanité, une vaste réalité que recouvrent les notions de viol et autres violences sexuelles dans le Statut de la Cour pénale internationale. A l'encontre toutefois de ces autres crimes, ils ne sont pas la violation typique d'une norme protectrice du droit international des droits de l'homme, l'interdiction du viol n'y apparaissant jamais *expressis verbis* mais devant se déduire de la protection de l'intégrité de la personne.

I. Les violences sexuelles de masse

Les violences sexuelles apparaissent de tout temps comme le corollaire des conflits armés. Il est courant que les femmes, dans une situation de conflit armé, se retrouvent entre deux feux, victimes tant de la communauté ennemie que des forces armées ou de sécurité. Il convient de rappeler ici quelques chiffres afin de mieux discerner l'ampleur de l'affaiblissement des femmes, générateur de violences sexuelles. Elles représentent septante pourcents des populations les plus pauvres du monde et deux tiers des enfants non scolarisés sont des filles ; septante pourcents des victimes civiles des conflits armés sont des femmes et elles forment près de quatre-vingts pourcents de la population réfugiée, soit environ quatorze millions de femmes [3].

Le corps des femmes se transforme, tout au long de l'histoire, en champ de bataille sur lequel se mènent tous les combats : butin de guerre pris avec les biens des vaincus ou trophée brandi par les vainqueurs, il peut également être un moyen de conquête.

Le viol des Sabines par les soldats de Romulus au moment de la fondation mythique de Rome visa un but de domination et de peuplement et Salluste relevait déjà les « *rapts de jeunes filles et de jeunes garçons, enfants arrachés aux bras de leurs parents, mères de famille livrées au bon plaisir des vainqueurs* » [4]. Brantôme, au XVIème siècle, raillait cyniquement les femmes qui « *ayment les hommes de guerre toujours plus que les autres, et leur violence leur en fait venir plus d'appétit* » [5]. Dans son célèbre ouvrage consacré au *Droit de la guerre et de la paix* (1625), Hugo Grotius ne relevait pas d'interdiction claire du viol en temps de guerre : « *Mais que dirons-nous de la licence de violer les femmes ou les filles des Ennemis ? On voit, cela est permis chez les uns et défendu chez les autres* » [6]. Ce manque d'interdiction du viol est flagrant dans les *Mémoires de Monsieur de Pontis, Maréchal de Bataille* (1676), qui mentionne que ses propres soldats se retournèrent, les armes à la main, contre lui lorsqu'il leur interdit le viol et le pillage au couvent de Tourlement durant la bataille des Flandres, en 1635 [7].

Des formes de ce que Karima Guenivet appelle de l'impérialisme génétique furent pratiquées en France au XVIème siècle, durant les guerres de religions, les femmes enceintes étant éventrées afin qu'elle ne donnassent pas naissance, selon les camps, à un catholique ou à un protestant, ou par les Anglais en Amérique au XVIIIème siècle ou encore par les Japonais lors de la prise de Nanjing en 1937. Le viol est également un moyen d'annexion, comme le fut par exemple la réintroduction du bénéfice de *jus primae noctis* au profit des seigneurs anglais dans l'Ecosse indocile du XVIème siècle : ce privilège permettait au seigneur anglais d'exiger la nuit de noce de toute femme mariée [8].

Le viol est un crime moral spécifique et Georges Vigarello, dans son *Histoire du viol*, souligne qu'il est une transgression toute morale dans le droit classique,

---

[3] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 11.
[4] Salluste, *Catilina*, Livre I, 9.
[5] Pierre de Bourdeille, Seigneur de Brantôme (1535-1614), *Les femmes galantes*, p. 278.
[6] Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, première édition latine en 1625, édition française, Bâle 1746, t. II, p. 263.
[7] Voir Louis de Pontis (1583-1670), *Mémoire de Monsieur de Pontis, Maréchal de bataille*, première édition 1676, p. 226.
[8] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 18-19.

associée aux crimes contre les mœurs, tels que fornication, adultère, sodomie ou bestialité, mais non aux crimes de sang. Ce crime appartient ainsi « *à l'univers de l'impudeur avant d'appartenir à celui de la violence, il est jouissance illicite avant d'être blessure illicite* ». Le viol est d'abord un geste de lascivité, désordre moral de la concupiscence ; l'énormité du maléfice impose d'en faire disparaître les traces et la victime « *est alors plus irrémédiablement liée, engagée dans l'image de l'acte, prisonnière de son univers de faute comme l'est l'animal dans l'acte de bestialité, jugé lui-même si gravement avili que la justice ancienne n'hésite pas à le condamner en l'étranglant, en le brûlant et en dispersant ses cendres au vent* », le même sort au jeune garçon ou au jeune homme violé, qui est alors perçu comme « *sodomite* » [9].

C'est dans cette idée que la victime, pour être reconnue violée, doit, au XVIIème siècle, montrer qu'elle a, de chaque instant, physiquement résisté à son agresseur [10]. En effet, la croyance que la femme a cédé volontairement s'impose sourdement dans l'histoire du viol, en vertu de sa « *lascivité diabolique* », de ses « *discontinence et déréglée impudicité* », ce qui la conduit « *là ou vertu et raison répugnent* » [11]. L'idée s'impose par ailleurs que la femme est de force à s'opposer à son agresseur. Les juristes d'Ancien Régime tiennent pour une quasi vérité ce qu'atteste, par exemple, en 1775, le *Traité de l'adultère* de Fournel : « *Quelle que soit la supériorité des forces d'un homme sur celle d'une femme, la nature a fourni à celle-ci des ressources sans nombre pour éluder le triomphe de son adversaire* » [12] : en d'autres termes, il n'y a pas de viol possible par un homme seul car s'il parvient à ses fins, ceci signifie sans aucun doute que la femme, conformément à sa « *lascivité diabolique* » a finalement agréé l'acte sexuel pour commettre le crime d'adultère…

Même Voltaire se positionne dans son *Prix de la justice de l'humanité* (1777) : « *Pour les filles ou femmes qui se plaindraient d'avoir été violées, il n'y aurait ce me semble qu'à leur conter comment une reine éluda autrefois l'accusation d'une complaignante. Elle prit un fourreau d'épée et, le remuant toujours, elle fit voir à la dame qu'il n'était pas possible alors de mettre l'épée dans le fourreau* », avec cette conclusion succulente que : « *Il en est du viol comme de l'impuissance ; il est certains cas dont les tribunaux ne doivent jamais connaître* » [13]! Même remarque chez Diderot, dans un ouvrage peu connu au titre évocateur, *Les Bijoux indiscrets*, qui écrit dans une métaphore militaire transparente que la poliorcétique contredit toutefois : « *On ne se rend jamais que par capitulation et pour peu qu'une place fût défendue, il est de toute impossibilité de l'emporter de vive force* » [14]. Rousseau, sans toutefois évoquer directement le viol mais les comportements quotidiens, estime dans le même sens que le « *faux abandon* » de la femme est un trait de nature, cherchant « *à se ménager de loin des excuses et le droit d'être faible au besoin* » : « *Ce qu'il y a de plus doux pour l'homme dans sa victoire est de douter si c'est la faiblesse qui cède à la force ou si c'est la volonté qui se rend ; et la ruse ordinaire de la femme est de laisser toujours ce doute entre elle et lui* ». D'où la conclusion conduisant à pardonner le viol : « *L'on ne parle plus guère de violences depuis qu'elles sont si peu nécessaires et que les hommes n'y croient plus* » [15].

Le plus surprenant est que l'on retrouve jusqu'au XXème siècle ce genre de raisonnement, Charles Vibert, médecin légiste à la Faculté de médecine de Paris,

[9] Georges Vigarello, *Histoire du viol*, p. 41.
[10] Voir Georges Vigarello, *Histoire du viol*, p. 51.
[11] Jean de Marconville, *De la bonté et mauvaiseté des femmes*, première édition 1564, p. 122.
[12] J.-F. Fournel, *Traité de l'adultère considéré dans l'ordre judiciaire*, Paris, 1778, p. 84, cité *in* Georges Vigarello, *Histoire du viol*, p. 54.
[13] Voltaire, *Prix de la justice de l'humanité* (1777), *Œuvres complètes*, t. XXX, p. 567.
[14] Denis Diderot, *Les Bijoux indiscrets* (1748), p. 98.
[15] Jean-Jacques Rousseau, *Emile ou De l'éducation* (1762), pp. 448-449.

écrivit encore en 1911 : « *Quand il s'agit d'une femme qui sait ce que sont les rapports sexuels, et qui est en possession de ses forces, il est impossible de croire qu'un homme seul réussisse à accomplir sur elle un viol* » [16]. Tous ces raisonnements sont aujourd'hui heureusement obsolètes, pour le moins dans les Etats occidentaux, même si l'exigence d'une contrainte dans la commission du viol et des autres formes de violences sexuelles comme crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale vise justement à surmonter la résistance des victimes.

Susan Brownmiller, dans un ouvrage fondateur, exprima que tout viol est l'exercice d'une forme de pouvoir : « *All rape is an exercise in power, but some rapists have an edge that is more than physical. They operate within an institutionalized setting that works to their advantage and in which a victim has little chance to redress her grievance. Rape in slavery and rape in wartime are two of such examples. But rapists may also operate within an emotional setting or within a dependent relationship that provides a hierarchical, authoritarian structure of its own that weakens a victim's resistance, distorts her perspective and confounds her will* » [17].

Dans une optique plus typiquement féministe, l'auteur souligne également que « *Women are trained to be rape victims. To simply learn the word rape is to take instruction in the power relationship between males and females. To talk about rape, even with nervous laughter, is to acknowledge a woman's special victim status. We hear the whispers when we are children: girls get raped. Not boys. The message becomes clear. Rape has something to do with our sex. Rape is something awful that happens to females: it is the dark at the top of the stairs, the undefinable abyss that is just around the corner, and unless we watch our step it might become our destiny* » [18].

Cette approche trouve sa source dans les travaux de certains disciples de Sigmund Freud, notamment la brillante psychanalyste autrichienne Helene Deutsch, qui développa la thèse du masochisme féminin dans un ouvrage en deux volumes consacré à la *Psychologie des femmes*, paru en 1944-1945. Sans entrer dans l'analyse des travaux fondamentaux mais aujourd'hui en partie au moins dépassés de Helene Deutsch, il faut reconnaître avec Susan Brownmiller leur impact sur la vision des femmes de leur féminité, non sans rapport avec la question du viol. : « *Deutsch's belief in the fundamental rightness of rape as an archetypal female experience rested primarily on her view of sexual intercourse as an essentially painful encounter for an essentially passive woman. (…) Deutsch maintained in her writings that women put up with the pain of intercourse and even taught themselves to find a bit of pleasure in it, if they were genitally mature, because of the female's historic mission of reproduction, or as she put it, 'service to the species'. Service to the species was a holy mission fraught with pain from beginning to the end, but most particularly at the moments of labor and birth, and it was clearly a mission any right-thinking person would shirk were it not for a conveniently built-in female masochism* » [19].

Concernant les viols de masse commis en période de conflit armé, Karima Guenivet souligne quant à elle que : « *La réalité anthropologique fait que l'humiliation, la terreur et la violence infligées par le violeur visent non seulement à dégrader la femme, mais aussi à dépouiller de son humanité la communauté à laquelle elle appartient. L'honneur de l'ennemi est visé davantage que l'honneur de la victime, lorsqu'un acte de violence sexuelle est perpétré contre une femme. Elle n'est plus considérée comme une épouse, une mère ou une*

[16] Charles Vibert, *Précis de médecine légale*, Paris 1911, p. 383, cité *in* Georges Vigarello, *Histoire du viol*, p. 43.
[17] Susan Brownmiller, *Against Our Will*, p. 256.
[18] Susan Brownmiller, *Against Our Will*, p. 309.
[19] Susan Brownmiller, *Against Our Will*, p. 316.

sœur, mais comme le symbole de sa communauté. Un symbole qu'il faut détruire pour vaincre, une cible stratégique. Le viol devient alors le moyen d'humilier l'ennemi, en niant son rôle originel de figure protectrice. Cette souillure est définitive puisque le viol est lié aux notions de vertu et de virginité. Il devient alors le symbole de la force pour les vainqueurs et celui de la faiblesse pour les vaincus. Ce lien entre la femme et la communauté s'étend de la femme au pays. La femme est l'incarnation de la terre, de la mère, de la nourrice, et de la patrie (…) Souiller son image, c'est détruire le pays » [20].

Cette symbolique de la femme se retrouve en l'allégorie de la nation française en Marianne ou dans les affiches de propagande nazie qui, durant la seconde guerre mondiale, assimilèrent les pays occupés à des femmes violées. Cette même symbolique fut également utilisée plus tôt, dans le premier conflit mondial, la Serbie étant alors représentée comme une femme déshabillée de force par ses agresseurs autrichiens et allemands, la première guerre mondiale portant également à son paroxysme l'assimilation de la germanité masculine et de l'identité féminine de la France. Ceci est également valable pour la Belgique : selon une caricature de Doumergue, parue durant la première guerre mondiale, un soldat allemand quittant la chambre de sa victime lui dit : « *ben quoi, le Kaiser a bien violé la Belgique* » [21].

Au-delà, le viol des femmes est également celui des hommes, dans un système de représentation qui fait de la protection des femmes un des points d'ancrage du sentiment national français, l'angoisse de l'échec des hommes, de leur impotence, de leur impuissance [22].

Le viol apparaît, à travers l'histoire des conflits armés, comme un bienfait ou un mal nécessaire. Francisco de Vittoria estima que « *le sac et le viol peuvent être un stimulant pour donner du courage aux soldats* » [23]. Viol et guerre sont indissociables, voir interdépendants si l'on considère le viol comme consubstantiel aux conflits armés. Les bienfaits du viol sur le moral des troupes et leur ardeur au combat le fait apparaître comme un mal nécessaire, nonobstant sa barbarie reconnue.

Durant la première guerre mondiale, les soldats allemands en France et en Belgique, utilisèrent le viol pour imposer la terreur aux populations locales. Dans les premières semaines de la guerre, les viols des femmes de l'adversaire semblent avoir été un phénomène banal rencontré dans tous les camps dans des formes parfaitement comparables [24]. Toutes les enquêtes réalisées par les gouvernements engagés dans ce conflit sur les atrocités commises par les ennemis sur leur territoire le démontrent. Toutefois, les viols n'obéissent pas à la même logique que les autres formes de violences ordonnées et encadrées par la hiérarchie. Les viols ne sont pas des actes de répression ni des réponses à des agressions supposées ; aucun ordre n'est donné de les commettre et les hiérarchies interviennent parfois pour les prévenir ou les réprimer [25].

Ces viols de guerre, entre 1914 et 1918, sont parfois individuels mais le plus souvent commis en groupe, dont tous les membres ne participent pas toujours au viol proprement dit, certains sécurisant les lieux ou intimidant les témoins, notamment les membres de la famille. Les victimes sont terrorisées par l'emploi des armes de guerre pour briser leur résistance, fusils, revolvers ou baïonnettes. Ces viols sont le plus souvent publics, les maris ou les parents devant être témoins des

[20] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 19.
[21] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 94-95.
[22] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, p. 96.
[23] Francisco de Vittoria, *De indis et de jure belle relectiones*, 1696.
[24] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, p. 33.
[25] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 49-50.

violences faites à leurs femmes ou à leurs enfants, qui sont violés avec le profond sentiment que ce fut là le seul moyen de sauver leur vie ou celle de leurs proches [26].

Stéphane Audoin-Rouzeau les interprète non comme une certaine forme d'imaginaire masculin à la recherche du plaisir sexuel de la part de soldats privés de présence féminine au front, mais comme un désir de puissance et d'humiliation maximum de la femme à travers la négation de son intégrité personnelle [27].

Le terme de viol est d'ailleurs peu usité dans le vocabulaire de la presse et des revues de l'époque. On y parle plus facilement de crime, de violence ou d'attentat ; les viols deviennent « *étreinte* », « *supplice* », « *brutalités génitales* », « *outrage* », « *manifestations bestiales* », « *ruts* » ou « *méfaits lubriques* » ; violer devient « *posséder* » ou, plus elliptiquement, « *commettre l'irréparable* ». Dans le même temps, le terme qui revient le plus souvent, en 1915, pour caractériser la nature du viol, est celui de souillure mais on y trouve également la honte et le déshonneur ; les femmes sont des « *victimes malheureuses* », parfois des « *martyres* » [28].

De tous ces viols, certains provoquèrent des grossesses, qui n'eussent pu cependant être qualifiées de forcées au sens du Statut de la Cour pénale internationale, car elles n'en possédèrent ni l'intention ni le calcul. Il n'en demeure pas moins que le sort de ces enfants de l'ennemi déchaîna les passions dans la France de la première guerre mondiale. *Le Matin*, le quotidien au plus gros tirage de l'époque, lança le débat en publiant le texte, sans doute apocryphe, du sermon d'un prêtre belge aux termes sans ambiguïté : « *Oui mes sœurs, (…) au nom du Dieu de vengeance qui condamne, et du Dieu de pitié qui absout, vous ne voudrez pas perpétuer l'abomination dont vous fûtes les innocentes et saintes victimes. (…) Que chacune de vous se fasse l'Hérode impitoyable de la lignée d'opprobre. (…) Proscrivez, extirpez, exterminez sans scrupule l'ivraie immonde et criminelle qui déshonorerait un jour le pur froment de nos plaines sur lesquelles souffle le vent de liberté* » [29].

Un mois plus tard et plus sérieusement, Maurice Barrès publia dans l'*Echos de Paris* un texte excusant à demi-mot l'avortement, voire l'infanticide : « *Dans notre région lorraine, le peuple croit fermement que le Gouvernement va faire tuer ces intrus. Il y a plus, des femmes ont prévenu le maire de leur village qu'elles se chargeraient de cet acte. Quel jury les condamnerait ?* ». L'auteur proposait toutefois le vote d'une loi permettant aux maires de faire inscrire les enfants du viol comme nés de père et de mère inconnus, qui pourraient alors être remis à l'assistance publique, pour qu'ainsi puissent disparaître « *les traces de ces souillures, autant qu'il est humainement possible de les effacer* ». Le coût de cette mesure eût pu être assumé par la création d'un « *fonds des bâtards du crime* » sur les biens de tous les officiers allemands [30].

Le Sénateur Louis Martin, avocat au barreau de Paris, s'exprima avec emphase à la Tribune du Sénat, « *face à la crapuleuse et frénétique orgie de viols et de crimes* » à laquelle s'adonnèrent « *les hordes de l'ennemi* ». Il proposa « *une mesure énergique, héroïque, exceptionnelle* ». En effet, quel homme consentirait à « *élever dans sa maison, comme les frères de ses propres fils, les enfants d'opprobre et de honte, dernier résidu de l'invasion* » ? La mesure préconisée était donc la suspension provisoire, dans toute

[26] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 54-66.
[27] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 69-71.
[28] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 85-92.
[29] *Le Matin* du 7 janvier 1915, cité *in* Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 99-100.
[30] Maurice Barrès, *in L'échos de Paris* du 10 février 1915, cité *in* Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 100-101.

l'étendue des territoires ayant été occupés par les armées allemandes, de l'application des dispositions du Code pénal punissant l'avortement [31].

En fait, les véritables enjeux étaient d'ordre biologiques, liés à l'avenir de ces enfants nés de pères allemands et aux conséquences qu'une telle « *contamination* » entraînerait pour la « *race française* ». C'était ainsi les effets de l'hérédité paternelle, celle de criminels et soudards allemands, qui furent les plus craints. Au début du siècle, il faut se souvenir que la théorie de l'imprégnation, dite également d'hérédité par influence ou télégonie, était encore en vogue : elle faisait craindre que la première fécondation et même le premier rapport sexuel imprégnât l'ensemble de la descendance des caractères du premier partenaire. Le problème était donc particulièrement grave dans l'esprit de l'époque [32].

Finalement le Gouvernement chercha à faciliter l'abandon par les mères de leurs enfants, afin d'éviter l'avortement ou l'infanticide. Il s'agissait de conserver le secret aux victimes des viols et à leurs enfants et d'éviter les violences sur ces enfants. L'abandon semblait devoir être favorisé, tenant compte du phénomène probable de rejet de leur progéniture par les mères concernées [33]. Bien qu'historique et semblant aujourd'hui dépassée, notamment dans ses dimensions biologiques, la situation de ces femmes violées et mises enceintes par l'ennemi reste symptomatique de l'ampleur du crime commis et de son caractère inhumain lorsqu'il s'avère constitutif du crime contre l'humanité de grossesse forcée dans le Statut de la Cour pénale internationale.

Durant la seconde guerre mondiale, les Japonais inaugurèrent à Nanjing, en décembre 1937, une longue série de viols. Les viols ne furent pas les seules atrocités commises lors de la prise de la capitale chinoise d'alors, les meurtres de civils étant également largement répandus. Le Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient de Tokyo estima le nombre de victimes civiles à deux cent soixante milles, certaines sources avançant des chiffres jusqu'à trois cent cinquante milles victimes civiles [34]. Un ancien soldat japonais témoigna ainsi : « *Women suffered most. No matter how young or old, they all could not escape the fate of being raped. We sent out coal trucks from Hsiakwan to the city streets and villages to seize a lot of women. And then each of them was allocated to 15 to 20 soldiers for sexual intercourse and abuse* » [35]. L'étendue du viol de Nanjing tient à divers facteurs, dont la croyance que déflorer une vierge rend plus fort au combat ou que des amulettes contenant les poils pubiens de leurs victimes les protégeraient des blessures. La police militaire, qui formellement interdisait le viol, encouragea les troupes à en tuer les victimes pour en masquer l'occurrence et les plus hauts officiers, jusqu'au général commandant le 6ème Division, Tani Hisao, qui fut reconnu coupable du viol d'une vingtaine de femmes, y participèrent [36].

Les viols commis à Nanjing représentent sans doute le pire événement en la matière, comparable seulement dans son ampleur aux viols des femmes bengali par les soldats Pakistanais en 1971 [37] ; il y eut en effet de vingt à quarante milles viols à Nanjing, certaines sources avançant des chiffres jusqu'à quatre-vingts milles victimes. Les viols touchèrent les femmes de toute classe et de tous âges, certaines

[31] Louis Martin *in La Gazette des tribunaux*, 22-24 février 1915, p. 74, cité *in* Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 102-103.
[32] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, pp. 105-106.
[33] Voir Stéphane Audoin-Rouzeau, *L'enfant de l'ennemi*, p. 131.
[34] Voir Iris Chang, *The Rape of Nanking*, p. 4.
[35] Iris Chang, *The Rape of Nanking*, p. 49.
[36] Iris Chang, *The Rape of Nanking*, pp. 49-50.
[37] Voir Susan Brownmiller, *Against Our Will*, pp. 81-82.

victimes ayant moins de dix ans, d'autres plus de quatre-vingts ; ils furent commis en tous lieux de la ville [38].

Certaines femmes furent maintenues attachées nues sur des chaises ou des lits, en position d'être violées continuellement ; elles ne survécurent pas à leurs tourments. « *Chinese witnesses described the body of an eleven-year-old girl who died after she was raped continuously for two days : 'According to eyewitness reports, the blood stained, swollen and ruptured area between the girl's legs created a disgusting scene difficult for anyone to look at directly* » [39].

Les femmes ne furent pas les seules victimes des assauts japonais. Les hommes furent également souvent sodomisés ou contraints d'accomplir une variété d'actes sexuels devant des soldats japonais hilares. Un Chinois au moins fut tué pour refuser d'accomplir un acte de nécrophilie sur le cadavre d'une femme gisant dans la neige. « *The Japanese drew sadistic pleasure in forcing Chinese men to commit incest – fathers to rape their own daughters, brothers their sisters, sons their mothers. (…) Some families openly embraced death rather than participate in their own destruction. One such family was crossing the Yangtze River when two Japanese soldiers stopped them and demanded inspection. Upon seeing the young women and girls in the boat, the soldiers raped them right in front of their parents and husbands. This was horrifying enough, but what the soldiers demanded next of the family devastated them. The soldiers wanted the old man of the family to rape the women as well. Rather than obey, the entire family jumped into the river and drowned* » [40].

Certains auteurs des viols commis à Nanjing y furent jugés après la guerre, dans des procès qui se tinrent d'août 1946 à février 1947, dans la ville même, où plus de mille personnes témoignèrent sur près de quatre cent soixante cas de meurtres et de viols. L'un des éléments de preuves les plus importants fut la production d'un album de seize photos prises par les Japonais eux-mêmes pour immortaliser leur conduite. Le général Tani Hisao y fut condamné à mort [41]. Le général Matsui fut condamné à mort par le Tribunal militaire international de Tokyo, ainsi que sept autres dignitaires du japon impérial, dont le Ministre des affaires étrangères Hirota Koki. La responsabilité de l'Empereur Hiro Hito et de certains membres de sa familles, au premier rang desquels le Prince Asaka, demeure un sujet de controverse [42].

Le viol fut également largement pratiqué dans les pays occupés par l'Allemagne nazie, notamment à titre de représailles contre les activités de résistance. Dans l'idéologie nazie, exprimée notamment par Goebbels, les hommes devaient être entraînés à la guerre et les femmes à la procréation de guerriers : « *Therefore, it was not surprising that the ideology of rape burst into perfect flower as Hitler's armies gooses-stepped over the face of Europe in the early days of World War II* » [43]. Tout au long de la guerre, les viols se multiplièrent, notamment durant l'opération *Barbarossa* contre l'Union soviétique : dans le village ukrainien de Borodayevka, dans la région de Dniepropetrovsk, toutes les femmes et les jeunes filles furent violées ; dans celui de Berezovka, dans la région de Smolensk, toutes les femmes âgées de seize à trente ans

[38] Voir Iris Chang, *The Rape of Nanking*, pp. 89-91.
[39] Iris Chang, *The Rape of Nanking*, pp. 93-94.
[40] Iris Chang, *The Rape of Nanking*, pp. 95-96.
[41] Voir Iris Chang, *The Rape of Nanking*, pp. 170-172.
[42] Voir Iris Chang, *The Rape of Nanking*, pp. 172-180.
[43] Susan Brownmiller, *Against Our Will*, pp. 48-49.

furent violées par des soldats allemands ivres ; à Smolensk, l'armée allemande ouvrit un bordel réservé aux officiers et y conduisit des centaines de femmes et filles… [44].

Ces viols furent instrumentés de manière très manichéenne, comme symbole de la barbarie des uns, annihilant le fait que les armées alliées ne furent pas exemptes de tout reproche, les soviétiques ayant, par exemple, violé environ dix milles femmes lors de la prise de Berlin en 1945, ou les soldats français des milliers d'Italiennes pendant la campagne d'Italie. En Allemagne, durant la campagne de 1945 et l'occupation qui s'ensuivit, ce n'est pas moins de mille cent nonante-huit cas de viols qui furent signalés pour la seule ville de Stuttgart, en zone française [45].

J. Robert Lilly, dans son étude consacrée à *La face cachée des GI's, les viols commis par les soldats américains en France, en Angleterre et en Allemagne pendant la Seconde Guerre Mondiale*, remarque deux éléments importants, premièrement l'importation du système américain de ségrégation raciale et, deuxièmement, la gradation des exactions entre le stationnement en Angleterre et les campagnes de France puis d'Allemagne. Sur le premier point, il relève deux formes de racisme, qui conditionnèrent le comportement des troupes et le fonctionnement de la justice militaire américaine. L'Amérique de l'époque est celle de la ségrégation et, si les noirs étaient présents dans son armée, ils n'y furent intégrés que sur la base de cette même ségrégation : il n'y avait, en 1940, que cinq officiers noirs (dont trois aumôniers) et quatre milles soldats en service actif. A ceci s'ajoute un racisme important dans les affaires de viols, prêtant aux Noirs des attributs et un appétit sexuels surdimensionnés [46].

Estimant que seul cinq pourcents des viols furent effectivement répertoriés, l'auteur avance le chiffre de dix-huit milles violeurs pour dix-sept mille quatre-vingts victimes. Celles-ci sont réparties pour environ quatorze pourcents en Angleterre, vingt-deux pourcents en France et soixante-quatre pourcents en Allemagne, ce qui s'explique par le changement de statut de la femme dans ces trois contextes nationaux distincts. En Angleterre, les femmes furent agressées dans un climat de panique morale concernant les relations sexuelles entre une femme blanche et un homme noir, importée des Etats-Unis ; ces femmes y sont qualifiées par les autorités judiciaires militaires de « *victimes innocentes* ». Le terme subsiste pour les victimes françaises, lorsqu'elles sont violées par des soldats noirs. En Allemagne, les victimes de ces viols sont rendues coupables de leur association au nazisme et parfois qualifiées de « *seulement allemandes* », et les sanctions sont moins graves contre les auteurs des viols, excusés par les « *conditions de la guerre* ». Ainsi, si les exécutions pour viol sont relativement nombreuses pour les crimes commis en Angleterre, elles sont plus rares pour ceux commis en France et inexistantes pour ceux commis en Allemagne [47].

Ces viols obéissent à certaines règles, qui peuvent être la recherche du plaisir sexuel, l'usage des femmes ennemies comme butin de guerre ou l'intention d'humilier les hommes ennemis, qui se voient ainsi signifier leur impuissance à protéger leurs femmes et leurs filles. Il n'y eut pas, du côté allié en général, de politique de viols systématiques, mais des agissements nombreux de soldats violant seuls ou en groupe et plus ou moins lourdement condamnés selon les circonstances.

[44] Voir Susan Brownmiller, *Against Our Will*, pp. 55-56.
[45] Voir J. Robert Lilly, *La face cachée des GI's*, préface de Fabrice Virgili, pp. 9-22.
[46] Voir J. Robert Lilly, *La face cachée des GI's*, pp. 23-40.
[47] Voir J. Robert Lilly, *La face cachée des GI's*, pp. 40-49.

Les forces américaines au Japon commirent également de nombreux viols, certaines sources les chiffrant à mille trois cents entre le 30 août et le 10 septembre 1945 [48].

L'instauration de bordels de guerre est perçue comme un moyen d'éviter les viols dans la population civile. Si leur existence permet effectivement de mesurer une baisse des agressions sexuelles, elle permet également l'émergence d'autres formes de crimes sexuels, comme l'esclavage sexuel ou la prostitution forcée. L'exemple le plus marquant est celui des « *femmes de confort* » de l'armée Japonaise lors de la seconde guerre mondiale : plus de vingt milles Coréennes, Philippines et Chinoises furent déportées et prostituées aux soldats japonais. Même la plupart des camps de concentrations nazis, notamment Auschwitz et Ravensbrück, furent équipés d'un bordel, à l'usage des SS et des Kapos, dans lesquels des femmes détenues se trouvaient à leur disposition. Les Américains mirent également en place des bordels, dans le théâtre Pacifique des opérations militaires, dont celui de l'île d'Okinawa demeura en service jusqu'en 1972 ! Les Américains renouèrent avec la pratique des bordels militaires pendant la guerre du Vietnam, où les Français les précédèrent : « *By the time the Americans had fully replaced the French in Indochina the war had sufficiently disrupted South Vietnamese society to a point where it was no longer necessary to import foreign women for the purpose of military prostitution. (…) But as the long war progressed, prostitution increasingly became the only viable economic solution for thousands of South Vietnamese women* » [49].

Au cours du massacre de My Lai au Vietnam, les troupes américaines commirent également des viols, dont un photographe reporter a donné le témoignage suivant : « *A few men now singled out a slender Vietnamese girl of about fifteen. They tore her from the group and started to pull at her blouse. They attempted to fondle her breasts. The women and children were screaming and crying. One G.I. yelled, 'Let's see what she's made of'. Another said, 'V.C. Boom Boom', meaning she was a Viet Cong whore… An old lady began fighting with fanatical fury, trying to protect the girl. Robert said 'She was fighting off two or three guys at once. She was fantastic. Usually they're pretty passive… They hadn't even gotten that chick's blouse off when Haeberle came along'. One of the G.I. finally smacked the old woman with his rifle butt ; another booted her in the rear* » [50]. Trois des membres au moins de la *Charlie Company* furent jugés pour les viols commis à My Lai, l'armée reconnaissant qu'ils y furent systématiques [51].

Le contrôle de ces bordels militaires a toutefois échappé aux armées officielles pour devenir le fait de mafias peu scrupuleuses, qui fleurissent aujourd'hui autour des grandes opérations de maintien de la paix. En Bosnie-Herzégovine, au Kosovo, la concentration de population masculine, civile et militaire, a conduit à la prospérité les réseaux locaux de prostitution, alimentés par des jeunes filles slaves venues des anciennes républiques soviétiques comme la Moldavie, l'Ukraine, le Belarus, ou la Russie elle-même. L'arrivée massive des personnels humanitaires et des forces militaires de l'OSCE, de l'ONU et de l'OTAN est une manne pour les mafias locales et pour certains mouvements d'opposition. Le nombre de bordels ouverts en Bosnie depuis la guerre est estimé à cinq cents [52], alors que le journal allemand *Die Zeit* publia un article dénonçant le fait qu'en 1994, le Haut Commissariat aux Réfugiés affichait, dans son quartier général de Bosnie, à côté du bulletin hebdomadaire sur la

[48] Voir J. Robert Lilly, *La face cachée des GI's*, pp. 58-73.
[49] Voir Susan Brownmiller, *Against Our Will*, p. 93 ; voir également Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 19-22.
[50] Susan Brownmiller, *Against Our Will*, pp. 103-104.
[51] Voir Susan Brownmiller, *Against Our Will*, p. 105.
[52] Voir FIDH, Rapport, lettre N°38, juin 2000.

sécurité, un autre bulletin hebdomadaire consacré aux nouveaux arrivages de prostituées, pratique qui cessa rapidement [53].

D'un autre côté, il n'est pas possible d'ignorer aujourd'hui un plus grand engagement des femmes dans les conflits armés. Les commandos des Tigres Tamouls, l'armée albanaise du Kosovo de l'UCK, les groupes armés algériens du GIA sont de plus en plus largement composés de femmes qui participent directement aux hostilités, à l'image des hommes. Le génocide Rwandais a également connu des femmes parmi les auteurs de ces crimes [54].

Dans la plupart des situations actuelles, les violences sexuelles ne sont pas le résultat de quelques débordements individuels rendus possibles par une situation de conflit ; elles relèvent d'une pratique réfléchie d'humiliation. L'acte le plus courant, le plus complet dans ses effets d'anéantissement de la victime, est le viol. Le viol peut être perpétré dans une optique plus précise de déshumanisation, notamment en forçant des femmes ou, plus rarement, des hommes, à avoir des relations sexuelles avec leurs fils, leurs frères ou leurs pères. La destruction de la cellule familiale ou la reconstruction d'une nouvelle « *race* » par la grossesse forcée peuvent être recherchées. Les mutilations génitales, des testicules chez les hommes, du clitoris ou des lèvres ou la suture de la vulve chez les femmes, sont pratiquées pour entraîner une altération irrémédiable des organes de reproduction. Les autres formes de mutilation, comme l'ablation de la poitrine sont essentiellement pratiquées pour détruire le corps de la femme, le défigurer et le dédiaboliser, notamment en Algérie ou en Afghanistan où, pour les fondamentalistes, il est une représentation du mal. Les mutilations visant les autres parties du corps, ont été largement pratiquées au Rwanda, notamment le nez, perçu comme un trait caractéristique de l'ethnique tutsie ; il s'agit là d'une défiguration esthétique de la victime dans ce qu'elle a de plus beau, mais aussi de plus inquiétant, une sorte de déféminisation de son corps [55].

Le viol ne se limite pas à la violence exercée. Tout comme la torture, il laisse des séquelles morales et physiques importantes. Les victimes de viol sont traumatisées, surtout dans des situations de conflits armés, de crimes contre l'humanité ou de génocide, où la perte des foyers et de leurs familles s'ajoute aux violences sexuelles subies par les victimes. Les experts psychologiques estiment que le viol entraîne chez la victime une altération de l'estime de soi, l'amène à douter d'elle-même en lui inspirant un sentiment de dévalorisation sociale, un sentiment de honte exacerbé. Ces femmes racontent souvent qu'il eût mieux valut pour elle être tuées que violées. Lorsque leurs agresseurs leurs disent : « *je te laisse vivante car tu es déjà morte* », ils insistent sur ce point, surtout dans le cadre de sociétés où les traditions culturelles et religieuses, catholiques au Rwanda, musulmanes en Bosnie, attachent une importance primordiale à la virginité des femmes. Une femme qui admet avoir été violée jette le déshonneur sur elle et sur sa famille. Certains maris les rejettent, soit en demandant le divorce soit en refusant tout nouveau contact avec elles. Elles sont ostracisées, expliquant les difficultés qu'elles peuvent avoir à parler de leur expérience, dont elles craignent les conséquences. Les jeunes filles violées alors qu'elles étaient vierges pensent que la perte de leur hymen les privera à tout jamais d'un mari [56].

---

[53] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 21-23.
[54] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 29-32.
[55] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 41-44.
[56] Voir Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences (Mme Radhika Coomaraswamy), conformément à la résolution 1997/44 de la commission Additif Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et

Les médecins qui travaillent avec les victimes de violences sexuelles de masse, notamment au Centre Primo Levi à Paris, décrivent de sévères désordres psychologiques et émotionnels, en plus des séquelles physiques, dont la douleur se manifeste par une déstructuration profonde de l'individu, un sentiment de honte et d'humiliation d'autant plus fort que le viol a été perpétré devant des témoins, la famille ou le village. Les symptômes de cette souffrance morale les plus répandus sont des cauchemars, des aménorrhées, des maladies fréquentes, la phobie des contacts humains ou la frigidité. Le silence s'abat sur elles comme un carcan, une obligation. Les femmes dont le viol a provoqué une grossesse sont particulièrement vulnérables. Certaines ont abandonné leurs enfants, d'autres ont commis l'infanticide. En République démocratique du Congo, le sort de ces enfants nés de viols systématiques est un problème non résolu, qui entretient la souffrance de toute la population, au point que leur extermination a sérieusement été envisagée comme une réparation aux crimes commis. On n'est pas loin ici du débat que nous relatâmes en rapport à des éléments comparables durant la première guerre mondiale. Les avortements clandestins peuvent provoquer des lésions irréversibles. Enfin, il ne faut pas négliger la large transmission de maladies sexuellement transmissibles à l'occasion de ces campagnes de viols systématiques, et notamment la propagation du virus du HIV/SIDA : avant le génocide, il semble que la population Rwandaise souffrît à vingt-cinq pourcents du HIV/SIDA et même à trente-cinq pourcents dans l'armée [57].

Le fait marquant des conflits yougoslaves est la mise en avant de la politique de viols massifs dont près de trente milles femmes furent victimes [58]. L'entreprise de nettoyage ethnique visa à l'élimination de l'autre, dans l'espace comme dans le temps, en détruisant son passé à travers son patrimoine culturel, et son futur dans sa capacité de reproduction et sa sexualité, notamment par les ablations sexuelles et les castrations, que le Statut de la Cour pénale internationale permet d'aborder sous l'incrimination de stérilisation forcée. Ces crimes permettent de traquer l'ennemi « *jusqu'à sa source, qui est le ventre de la mère, de le déloger et d'y concevoir un nouveau germe à sa propre image* » [59].

Un chant populaire serbe contient, par exemple, ce couplet : « *Dans la clairière d'une petite forêt,/un Serbe baise une femme musulmane,/la femme musulmane est couverte de sang,/le Serbe est son premier homme* ». Karima Guenivet en offre l'analyse suivante : « *Ce folklore, basé sur une haine ethnique latente, sert de message idéologique qui suffit à transgresser toutes les règles. Dans le chant cité ci-dessus, la défloration, symbole métaphorique de l'annexion et de la conquête militaire, terme guerrier, nécessite le fait d'être le premier. Dans l'imaginaire collectif de ces soldats, elle représente une victoire avec le sang de l'ennemi en trophée. La description des viols par les victimes dévoile que, lorsqu'elles ne sont pas vierges, on leur ordonne de se laver avant de leur faire un 'bébé tchetnik'. La volonté de nettoyer la souillure avant de purifier est flagrante. Les vierges et les jeunes filles sont tout spécialement appréciées. Non 'salies' par des Musulmans, elles permettent de déroger au rite de purification et peuvent être mises enceintes afin de contribuer à la création d'une nouvelle race de Serbes* » [60].

---

constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4.

[57] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 48-52.

[58] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 80.

[59] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 74.

[60] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 75.

Le nettoyage ethnique est un processus qu'il faut comprendre dans sa globalité. La propagande serbe axée sur des récits de viols, de profanations et de cruautés commises par les Musulmans, Albanais ou Bosniaques à l'encontre des Serbes, est décisive dans la volonté de créer un esprit de revanche et de vengeance ainsi que dans la légitimation des actes serbes. Dans ce sens, la proximité géographique et communautaire rend le viol à la fois plus facile et plus violent. Les victimes connaissent souvent les violeurs, qui sont des voisins, des collègues ou des hommes du village, ce qui est également vrai au Rwanda. Lorsque des violeurs impuissants ne parviennent pas à violer leurs victimes, ils utilisent une bouteille ou un fusil comme substitut phallique à la pénétration, voire urinent sur leurs victimes, afin de malgré tout accomplir leurs tâches [61].

Les éléments connus aujourd'hui des violences sexuelles pratiquées en Bosnie permettent de relever certains éléments constants. La mise en scène tient un rôle important et la présence de témoins est fondamentale : la famille, les voisins ou d'autres victimes sont forcés d'assister aux viols et de regarder. Au Rwanda ou en Algérie, ces femmes violées étaient presque systématiquement tuées ensuite, ce qui ne fut pas le cas en Bosnie, le but étant de les utiliser pour repeupler la nouvelle Serbie. Il est possible de relever cinq cas de figure particuliers en Bosnie par rapport aux violences sexuelles commises.

Le premier apparaît dans un contexte d'éviction forcée, lorsqu'il s'agit de faire fuir les populations non serbes des zones que les forces bosno-serbes veulent totalement contrôler. Dans des régions où la population à éliminer représente entre quarante et quatre-vingts pourcents de la population totale, les exactions sont commises la nuit et comprennent le viol, la menace, l'assassinat et la mise à sac.

Le deuxième apparaît dans le contexte de l'invasion d'un village ou d'une région, après les combats, au moment de la prise des lieux, quand il s'agit de les « *nettoyer* ». La population est réunie et les hommes et les jeunes gens en âge de porter les armes sont séparés des femmes, des vieillards et des enfants. Les premiers sont tués ou déportés, les seconds, après le rituel des viols, connaissent bien souvent le même sort. Les femmes sont emmenées dans les maisons vides pour être violées ou le sont en public ; les viols collectifs sont très courants, dans lesquels certains demeurent spectateurs. Les femmes sont violées devant leurs maris et leurs enfants ; leurs fils sont forcés de les violer également avant que les miliciens ne s'acharnent sur elles.

Le troisième regroupe les viols commis en détention, après le « *nettoyage* » des villes et des villages. Les femmes sont détenues dans des camps improvisés ou organisés à cet effet ; elles sont à la disposition des appétits sexuels de leurs gardiens. Elles sont notamment systématiquement violées pendant les interrogatoires.

Le quatrième est la détention dans des camps de viol, dans lesquels les femmes sont détenues avec leurs enfants, violées, mises enceintes de force et gardées jusqu'à ce qu'un avortement ne soit plus possible. Elles sont violées plusieurs fois par jour mais également humiliées, insultées, battues et parfois tuées. Alors que les médecins sont inexistants dans les autres camps, ces femmes reçoivent régulièrement la visite de gynécologues. Les femmes enceintes sont montrées en exemples aux autres détenues et mieux traitées jusqu'au septième mois de leur grossesse, où elles sont remises en liberté, les gardes étant ainsi assurés qu'elles donneront bien naissance à des « *petits Tchetniks* ».

[61] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 77.

Enfin, le dernier regroupe les cas de prostitution forcées et d'esclavage sexuel, dans lesquels les femmes sont obligées de servir de prostituées dans des bordels à la disposition des soldats serbes. Elles ne reçoivent aucune rétribution et sont plus souvent tuées que relâchées. Contrairement aux camps de viol, on ne reconnaît aucun rôle à ces femmes dans la constitution de la grande Serbie [62].

Quant à la femme tutsie, elle est également attaquée pour ses caractéristiques physiques, qui surprirent les colons belges au XIXème siècle, et qui sont utilisées comme signes discriminatoires à leurs dépends. Le mythe de la femme tutsie, européenne à peau noire, a fait d'elle un fantasme inaccessible, qui semble avoir longtemps frustré les Hutus et nuit socialement à leurs femmes. Les femmes tutsies sont grandes, élancées, au nez fin, au front haut et au port altier, ce qui les rendit détestables et alimenta les nombreux stéréotypes du discours racial des génocidaires. Tous les témoignages s'accordent à reconnaître la part importante de la propagande dans les viols commis. Ces femmes sont violées parce que Tutsies, leurs assaillants désirant connaître leur « *goût* » et leur douceur. On les dit méprisantes et elles deviennent un ennemi à part entière. Les viols systématiques détruisirent cette image et permirent de s'en venger. Les violeurs démontrèrent une réelle volonté de dégradation de leurs victimes afin de briser un tabou. Les femmes hutues participèrent massivement à leur élimination alors qu'elles devinrent, dans le même temps, des objets sexuels pour les hommes. Les estimations portent sur près de cinquante milles femmes violées et si la majorité d'entre elles est âgée entre seize et vingt-six ans, l'âge des victimes peut varier plus largement de deux à cinquante ans. Le viol est souvent accompagné de mutilations sexuelles, de la poitrine ou du nez, au point de laisser souvent la victime pour morte. Le but poursuivi est en effet et selon l'euphémisme hutu, de « *défricher* » en profondeur, d'éliminer et de profaner ces femmes. Les violences sexuelles deviennent un moyen de génocide ou de crimes contre l'humanité, destiné à exterminer les Tutsis : « *Cette volonté d'élimination se démontre aisément par les messages délivrés lors de ces crimes. Ils expriment une volonté d'annulation des naissances des Tutsis en les tuant à la source même, par l'émasculation. Lorsqu'elles vont se plaindre aux autorités, les femmes violées subissent un double châtiment et sont violées à nouveau. Si les miliciens leurs laissent la vie sauve après le viol, c'est uniquement pour mieux les tuer, lentement, mentalement, en les laissant mourir de honte et de chagrin* » [63].

Dans le génocide Rwandais, le rôle des femmes est particulier, puisqu'elles participèrent activement et massivement aux viols. Des femmes politiques, comme la députée Bernadette Mukarurangwa, à Ndora, ainsi que la ministre Pauline Nyaramasuhuko, à Ngoma, encouragèrent à la destruction des femmes et aux massacres en particulier. Des témoignages évoquent la haine d'Angeline Mukandutiye pour les institutrices, directement citées comme des cibles à abattre. La relation causale entre les discours politiques et les violences sexuelles est directement perceptible dans leur intensification immédiatement après les grandes réunions de Kigali, le 12 avril 1994 ou de Butare, le 22 avril 1994. Durant le génocide, le viol était appelé « *kubohoza* » en kinyarwanda, ce qui signifie littéralement « *aider à la libération* ». Le déroulement des faits est toujours identique : la torture et le massacre des hommes à coups de machettes, puis le viol des femmes, par les miliciens et par

[62] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 113-114, voir également pp. 109-115 et Beverly Allen, *Rape Warfare*.
[63] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 113-114, voir également pp. 109-115.

un membre de leur famille forcé à le faire ; ensuite viennent les mutilation et souvent la mort [64].

Certaines femmes Tutsies furent gardées par des miliciens et enfermées dans des maisons de « *captives* » ou dans des maisons individuelles, cachées dans un espace entre le toit et le plafond afin de ne pas être découvertes et tuées par d'autres, elles deviennent les « *épouses* » de leurs bourreaux, mariages reconnus sans exiger leur consentement ; certaines sont réellement traitées comme des épouses, d'autres comme des esclaves sexuelles. Ces femmes ressentent ensuite un énorme conflit intérieur entre la haine qu'elles vouent à leurs pseudo maris et la reconnaissance de leur avoir sauvé la vie. Elles pensent avoir été relativement épargnées et souffrent aujourd'hui des reproches de leurs familles ou de leurs proches [65].

Dans beaucoup de communautés, les victimes de viols et de violences sexuelles portent la honte et sont souvent expulsées de leur famille ou de leur communauté. A cause des sanctions contre l'adultère et de l'impossibilité d'avorter, ces femmes sont obligées de garder le silence. Lorsqu'une grossesse suit le viol, la victime n'a plus guère de possibilité de se sortir de cette situation [66].

C'est ce que relève Ann Llewellyn Barstow : « *Mass rape is used to terrorize communities. This kind of rape (…) is the outcome of armies and paramilitaries planning sexual attacks on an enemy's women as a strategy of war. Mass rape often take the form of rape-and-kill ; that is, after being assaulted, the victims are murdered as if they were combatants. The results lead to some of the deepest feelings of hatred and revenge that war can produce* » [67].

[64] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 115-116.
[65] Voir Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 119-122.
[66] Voir OMCT, *Violence against Women*, p. 199 et Rapport final sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé, présenté par Mme Gay J. McDougall, Rapporteuse spéciale, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13.
[67] Ann Llewellyn Barstow, editor, *War's Dirty Secret*, p. 11.

II. La protection de l'intégrité sexuelle par le droit international des droits de l'homme et des conflits armés

Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ne contiennent aucune disposition propre à l'interdiction du viol ni des autres formes de violence sexuelles. Seules les dispositions protégeant la sûreté et l'intégrité de la personne et celles interdisant la torture et les mauvais traitements peuvent protéger contre le viol et nous les avons déjà analysées dans les chapitres précédents [68].

La Commission du droit international, dans son projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 mentionne en son article 18 lettre (j) le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violences sexuelles comme crimes contre l'humanité et le Commentaire que la Commission donne de cette disposition relève que ces crimes sont des formes de violence qui peuvent avant tout toucher les femmes et constituer dès lors une violation de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes [69].

Aux fins de ladite Convention, l'expression « *discrimination à l'égard des femmes* » « *vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine* » et les Etats parties s'engagent à adopter une large série de mesures propres à assurer l'égalité de l'homme et de la femme dans tous les domaines [70].

En 1993, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta une Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, qui fut le premier instrument de droit international des droits de l'homme à traiter exclusivement de ce sujet. Cette Déclaration affirme que ce type de violence ne permet pas aux femmes de jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui sont les leurs. En ce sens, les Etats doivent condamner la violence exercée contre les femmes comme un obstacle à l'égalité, au développement et à la paix. La violence contre les femmes y est définie comme : « *tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* » [71].

L'article 2 de cette Déclaration reconnaît que les violences exercées contre les femmes se retrouvent dans trois domaines : « *La violence à l'égard des femmes s'entend comme englobant, sans y être limitée, les formes de violence énumérées ci-après : a) La violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille, y compris les coups, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin au foyer, les violences liées à la dot, le viol conjugal, les mutilations génitales et autres pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme, la violence non conjugale, et la violence liée à l'exploitation; b) La violence physique,*

---

[68] Voir *supra* chapitre 10

[69] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, Doc A/51/10, Chapitre II, Projet de code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 18 lit. (j) et commentaire, § 16, p. 244.

[70] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ONU Doc. A/RES/34/180 du 18 décembre 1979, art. 1er.

[71] Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes, ONU Doc. A/RES/48/104, du 20 décembre 1993, art. 1er.

sexuelle et psychologique exercée au sein de la collectivité, y compris le viol, les sévices sexuels, le harcèlement sexuel et l'intimidation au travail, dans les établissements d'enseignement et ailleurs, le proxénétisme et la prostitution forcée; c) La violence physique, sexuelle et psychologique perpétrée ou tolérée par l'Etat, où qu'elle s'exerce ».

Ces formes de violences se distinguent de toutes les autres en ce qu'elles sont infligées à des femmes en tant que femmes ; elles constituent dès lors une violation de l'interdiction de toute forme de discrimination comme des différentes dispositions protégeant l'intégrité physique et mentale. Toutefois, la liste de l'article 2 n'est pas exhaustive et ne précise notamment pas quels autres types de violence, notamment les atteintes portées à la capacité de reproduction, pourraient également entrer dans son champ d'application [72].

Les violences exercées par des officiers publics ou par des membres des forces armées ou de police sont particulièrement violentes à l'égard des femmes et surtout d'un caractère sexuel beaucoup plus marqué, et nous avons déjà mentionné que le viol est largement utilisé comme moyen de torture. C'est ainsi que le viol des femmes sert à atteindre leurs maris, frères ou pères, que l'on force à assister à ces scènes. Si ce traitement a été maintes fois caractérisé de torture psychologique à l'encontre des hommes qui en sont les témoins forcés, les femmes violées dans ces circonstances ne sont souvent pas considérées comme ayant également été torturées [73].

A la Conférence mondiale sur la population et le développement, tenue au Caire, en Egypte, du 5 au 13 septembre 1994, la communauté internationale affirma l'importance du droit à la reproduction et au libre choix en la matière. Telle que définie et reconnue par les gouvernements, la santé en matière de reproduction inclut la liberté de chacun de développer une vie sexuelle satisfaisante, de se reproduire et d'en décider librement, de même que du moment et du nombre d'enfants désirés. Le Programme d'action de cette Conférence estime implicite « *the right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law, and the right of access to appropriate health care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth and provide couples with the best chance of having a healthy infant* » [74]. Les violations grave du droit à la reproduction peuvent provenir de pratiques qui, en elles-mêmes, constituent des formes de violences sexuelles, notamment le viol, les mutilations génitales, l'infanticide des bébés filles, le trafic des personnes et la prostitution forcée [75].

Le Rapporteur spécial chargé de la violence contre les femmes, Madame Radhika Coomaraswamy, définit ainsi le viol dans son rapport de 1999 à la Commission des droits de l'homme, avant d'insister sur ses séquelles psychologiques et physiques à long terme et de le rapprocher de la torture : « *Le Rapporteur spécial l'a déjà souligné, le viol, acte brutal et humiliant s'il en fût, constitue 'une intrusion dans les parties les plus intimes du corps de la femme, ainsi qu'une atteinte à son moi'. S'il n'est souvent dirigé que contre une seule victime, cet acte d'une extrême brutalité prend aussi de*

[72] Voir OMCT, *Violence against Women*, pp. 27-30.
[73] Voir OMCT, *Violences against Women*, p. 199.
[74] Cité *in* OMCT, *Violence against Women*, p. 232.
[75] Voir Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Additif, Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4, pp. 6-12.

plus en plus un caractère collectif, devenant un instrument de guerre, de répression politique ou d'épuration ethnique » [76].

La plupart des violations du droit de reproduction constituent des violations des droits des femmes, tels qu'énoncés par la Déclaration de 1993 sur l'élimination de la violence contre les femmes. Un niveau de connaissance incertain en matière de sexualité et des informations erronées ou inadéquates en matière de reproduction et toutes les limites imposées aux femmes dans la gestion de leur sexualité contribuent à la violation de leurs droits de reproduction. Le défaut des gouvernements dans la diffusion d'une information médicale appropriée en matière de contraception, de grossesse et d'accouchement, de même qu'en matière d'avortement lors de grossesses non désirées, peut constituer une violation du droit à la vie, en plus de la violation aux droits de reproduction et à la sécurité de la personne. Qui plus est, les efforts de certains Etats pour contrôler la croissance de leur population peuvent conduire à des mesures de stérilisation forcées. L'Organisation mondiale de la santé estime que septante-cinq milles femmes meurent chaque année à cause d'avortements effectués dans de mauvaises conditions. Les avortements forcés, la contraception forcée et les grossesses forcées constituent des violations des droits à l'intégrité physique et à la sécurité de la personne [77].

En droit international des conflits armés, le viol est bien plus présent et son interdiction de droit coutumier depuis le Code Lieber de 1863, même si les *Articles of War* de Richard II en 1385 la contiennent déjà. L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 prohibe en tout temps et en tout lieu les atteintes à l'intégrité corporelles ainsi que celles à la dignité de la personne en période de conflits armés de caractère non international, interdiction reprise et développée avec la mention du viol dans l'article 4 de leur second Protocole additionnel.

En période de conflit armé de caractère international, les atteintes graves portées à l'intégrité physique des personnes protégées sont une infraction grave aux quatre Conventions de Genève. Dans la troisième Convention, les femmes prisonniers de guerre doivent être traitée avec tous les égards dus à leur sexe ; les personnes protégées par la quatrième Convention ont droit au respect de leur personne et de leur honneur et les femmes sont spécialement protégées contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur. Les garanties fondamentales développées par le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève interdit de manière générale les atteintes à la dignité des personnes protégées, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur et protège spécialement les femmes contre le viol, la contrainte à la prostitution et toute autre forme d'attentat à la pudeur et la pudeur des enfants jouit de la même protection [78].

---

[76] Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Additif, Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4, p. 6.

[77] Voir Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Additif, Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4, pp. 7-8 et OMCT, *Violences against Women*, pp. 232-242.

[78] Voir respectivement, art. commun 50 Conv. I, 51 Conv. II, 130 Conv. III et 147 Conv. IV ; art. 14 Conv. III ; art. 27 Conv. IV ; art. 75 §2 lit. (b), 76 §1 et 77 §1 Prot. I.

III. Le viol et les autres formes de violence sexuelle comme génocide et crimes de guerre dans le Statut de Rome

Le viol et les violences sexuelles n'apparaissent pas dans le Statut de Rome comme étant constitutifs de génocide, même si le Tribunal pénal international, dans son jugement en l'affaire Akayesu, estima que le viol pouvait être une mesure visant à entraver les naissances au sein du groupe [79], ce qui ne convainc guère William Schabas [80].

Plus sûrement, des mesures de stérilisation forcées, prise dans le but spécifique de l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale entravent bien évidemment les naissances au sein du groupe, de même que les autres formes de violence sexuelle que peuvent être les mutilations, notamment l'émasculation ou les graves mutilations vaginales [81].

Au titre de crimes de guerre, le Statut de Rome incrimine : « *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* », de manière identique en situation de conflits armés de caractère international ou non [82].

Contrairement au crime précédent de torture, il existe non seulement une exacte symétrie entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité en matière de violences sexuelles, mais même un renvoi exprès à ceux-ci. L'Assemblée des Etats parties, à la suite de la Commission préparatoire, a ainsi retenu les mêmes éléments constitutifs pour tous ces crimes, ce qui permet d'analyser de manière cohérente toutes les formes de violence sexuelle, qu'elles constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité [83].

[79] Voir TPIR, Akayesu, §507.
[80] Voir William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 174.
[81] Voir TPIR, Akayesu, §507 et Kayishema et Ruzindana, §117 ; voir également William A. Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 172-175.
[82] Art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxii) et lit. (e) ch. (vi) CPI.
[83] Voir *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Viol, Prostitution forcée, Grossesse forcée, Stérilisation forcée, Autres formes de violences sexuelles, *ad* art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxii), pp. 144-146 et lit. (e) ch. (vi), pp. 154-156. Voir également Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 325-343.

IV. Cas pratique : les affaires Akayesu et Kajelijeli

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a été le premier à rendre une condamnation en matière de crime sexuel, sur la base notamment des faits suivants, qui démontrent l'ampleur des viols commis pendant le génocide et se passent de tout autre commentaire :

« 416. Les allégations de violence sexuelle ont été pour la première fois portées à l'attention de la Chambre par le biais du témoignage du témoin J, une femme tutsie, qui a déclaré que sa fille de six ans avait été violée par trois Interahamwe venus tuer son père. Interrogée par la Chambre, le témoin J a également dit avoir appris que des fillettes avaient été violées au Bureau communal. Par la suite, le témoin H, une femme tutsie a déclaré avoir été elle-même violée dans un champ de sorgho et avoir vu tout près de l'enceinte du Bureau communal, d'autres femmes Tutsies en train d'être violées et avoir eu connaissance d'au moins trois cas de viol perpétrés par des Interahamwe. (…)

417. Le 17 juin 1997, l'Acte d'accusation a été amendé à l'effet d'y inclure des allégations de violences sexuelles et des charges supplémentaires contre l'Accusé en vertu des articles 3(g),et 3(i) et 4(2) du Statut du TPIR. En présentant cette modification, le Procureur a déclaré que la déposition du témoin H l'a motivé à rouvrir les enquêtes sur les violences sexuelles à l'occasion des évènements qui avaient eu lieu à Taba au Bureau communal. L'Accusation a déclaré que les éléments de preuve dont elle disposait précédemment ne suffisaient pas impliquer l'Accusé dans les actes de violence sexuelle et a reconnu que cette absence de preuve pouvait s'expliquer par le sentiment de honte suscitée par les actes de violence sexuelle ainsi que l'insensibilité qui caractérise les enquêtes sur les actes de violence sexuelle. La Chambre relève que dans sa plaidoirie, la Défense s'était demandé si la modification de l'Acte d'accusation n'avait pas été dictée par la pression exercée par l'opinion publique dans le sens de la poursuite des violences sexuelles. La Chambre croit comprendre que la modification de l'Acte d'accusation résultait des dépositions faites spontanément à l'audience par les témoins J et H sur les violences sexuelles , et de l'enquête qui s'en est suivie et non d'une pression de la part du public. Néanmoins, la Chambre note que l'intérêt que les organisations non gouvernementales portent à cette question, et qui, à ses yeux témoigne de la préoccupation qu'inspire à l'opinion publique le fait que les viols et autres formes de violences sexuelles sont traditionnellement exclus du champ des enquêtes sur les crimes de guerre et de leur poursuite. L'enquête sur les violences sexuelles et la présentation des éléments de preuve y relatives servent l'intérêt de la justice.

418. A la suite de la modification de l'Acte d'accusation, le témoin JJ, une femme Tutsie, a témoigné au sujet des évènements qui s'étaient déroulés à Taba, après la chute de l'avion. Elle a déclaré avoir été chassée de sa maison qui avait été détruite par ses voisins Hutus qui l'avaient attaquée ainsi que sa famille après qu'un homme [fut] venu sur la colline lui dire que le Bourgmestre l'avait envoyé s'assurer qu'il ne reste plus de Tutsis sur la colline cette nuit-là. Le témoin JJ a vu ses voisins Tutsis tués et elle a fui, cherchant refuge dans la forêt avoisinante avec son bébé sur le dos et sa jeune soeur qui avait été blessée d'un coup de hache et de deux coups de machette lors d'une attaque. Pourchassée, le témoin JJ dit [être allée] au Bureau communal. Là, elle a trouvé plus de soixante réfugiés le long de la route et dans le champ voisin. Elle a indiqué que la plupart des réfugiés étaient des femmes et des enfants.

419. Le témoin JJ a déclaré que les réfugiés du Bureau communal avaient été battus par les Interahamwe et ils étaient couchés sur le sol quand elle est arrivée. Le témoin JJ a rencontré quatre Interahamwe à l'extérieur du Bureau communal, armés de couteaux, de gourdins, de petites haches et de petites houes. Cet après-midi là, a-t-elle déclaré, une quarantaine d'autres Interahamwe sont venus bastonner les réfugiés dont elle-même. A ce

moment là, elle a vu l'Accusé, debout dans la cour du Bureau communal, deux policiers communaux armés de fusils dont l'un dénommé Mushumba, se tenaient à ses côtés. Le témoin JJ dit avoir reçu des coups sur la tête, les côtes et la jambe gauche, coups dont elle est sortie handicapée. Ce soir- là, l'Accusé est venu avec un policier chercher les réfugiés et a ordonné aux Interahamwe de les bastonner, les qualifiant de 'personnes mauvaises' disant 'qu'ils n'avaient plus le droit de refuge'. Les réfugiés ont alors été battus et chassés. (…)

420. Le témoin JJ a déclaré avoir passé la nuit sous la pluie dans un champ. Le lendemain, elle est retournée au Bureau communal (…). Sentant que la mort les attendait partout, les réfugiés sont restés au Bureau communal, a déclaré le témoin JJ.

421. (…) Elle a déclaré que les Interahamwe tiraient les jeunes filles et les femmes de leur sanctuaire pour les conduire dans une forêt voisine et les violer. Le témoin JJ a dit que cela lui était arrivé, qu'elle a été déshabillée et violée devant d'autres personnes. A la demande du Procureur, et avec un vif sentiment de honte, elle a expliqué que son violeur, un jeune homme armé d'une hache et d'un long couteau, a pénétré son vagin avec son pénis . Elle a déclaré qu'à cette occasion, elle a été violée deux fois. Par la suite, un jour où il pleuvait, elle a déclaré avoir été conduite de force des environs du Bureau communal au centre culturel dans l'enceinte du Bureau communal parmi un groupe d'une quinzaine de filles et femmes. Au centre culturel, selon le témoin JJ, elles ont été violées. Elle a été violée deux fois par un homme. Ensuite, un autre homme est venu là où elle était couchée et l'a aussi violée. Un troisième homme l'a violée et à ce moment, elle se sentait au seuil de la mort a-t-elle déclaré. Le témoin JJ dit avoir été plus tard traînée à nouveau parmi un groupe d'environ dix filles et femmes, jusqu'au centre culturel où elles ont été violées. Elle a été violée de nouveau à deux reprises. Le témoin JJ a déclaré ne pas être en mesure de compter le nombre de fois qu'elle a été violée. Elle a dit que 'chaque fois que vous rencontriez des assaillants, ils vous violaient', dans la forêt, dans les champs de sorgho. Le témoin JJ a raconté à la Chambre comment elle a trouvé sa soeur avant qu'elle ne meure, après avoir été violée et coupée à la machette.

422. Le témoin JJ a déclaré qu'en arrivant au Bureau communal, les femmes espéraient que les autorités les défendraient mais elle a été surprise de constater que c'était le contraire. Lors de sa déposition, elle s'est rappelée qu'étant couchée au centre culturel, après avoir été violée à plusieurs reprises par les Interahamwe, elle entendait les pleurs de jeunes filles autour d'elle, des fillettes de douze ou treize ans. Sur le chemin du centre culturel la première fois qu'elle y avait été violée, le témoin JJ a déclaré qu'on les avait fait passer devant l'Accusé, elle et les autres et qu'il les regardait. La deuxième fois qu'elle a été conduite au centre culturel pour y être violée, le témoin JJ s'est rappelée avoir vu l'Accusé debout à l'entrée du centre culturel et l'avoir entendu dire à haute voix aux Interahamwe, 'Ne me demandez plus jamais quel est le goût d'une femme Tutsie', et 'demain elles seront tuées'(Ntihazagire umbaza uko umututsikazi yari ameze, ngo kandi mumenye ko ejo ngo nibabica nta kintu muzambaza. Ngo ejo bazabica) Selon le témoin JJ, la plupart des filles et des femmes ont été tuées par la suite, emmenées à la rivière et tuées là, une fois rentrées chez elles, ou tuées au Bureau communal. Le témoin JJ a déclaré qu'elle n'a jamais vu l'Accusé violer qui que ce soit, mais pensait, tout comme le témoin H , qu'il avait les moyens d'empêcher les viols mais n'a jamais essayé de le faire. En décrivant l'Accusé et ce qu'il a dit à propos du goût des femmes Tutsies, elle a dit qu'il 'parlait comme quelqu'un qui encourageait un joueur' (Yavugaga nk'ubwiriza umukinnyi) et laissé entendre qu'il 'supervisait' les viols. Le témoin JJ a dit n'avoir pas été témoin de massacres au Bureau communal, bien qu'elle y ait vu des cadavres.

423. Quand le témoin JJ a fui le Bureau communal, elle a confié son enfant d'un an à un homme et une femme Hutus, qui disaient avoir du lait pour l'enfant mais qui par le suite, l'ont tué. Le témoin JJ a parlé de la profonde tristesse que la guerre lui a causé. Elle a parlé de son humiliation de mère, d'avoir été offerte nue à la vue de tous et violée par des jeunes gens en présence d'enfants. Elle a déclaré que rien que d'y penser, ravivait le souvenir de la guerre

en elle. Le témoin JJ a dit à la Chambre qu'elle s'était remariée mais que sa vie n'a jamais été ce qu'elle avait été à cause des bastonnades et des viols qu'elle avait endurés. Elle a déclaré que les douleurs qu'elle ressent dans les côtes l'empêchaient de cultiver son champ car elle ne peut plus se servir d'une houe alors qu'elle vivait du produit de ses champs » [84].

Plus loin dans le même jugement, la Chambre de première instance relève les faits suivants :

« *451. (…) [Il] est établi que l'Accusé a ordonné, incité et autrement aidé et encouragé à commettre les violences sexuelles. L'Accusé a regardé deux Interahamwe traîner une femme pour aller la violer entre le Bureau communal et le centre culturel. Les deux policiers communaux debout devant son bureau ont été témoins du viol mais n'ont rien fait pour l'empêcher. Les deux fois où le témoin JJ a été emmenée du Bureau communal au centre culturel pour être violée, elle et un groupe de filles et de femmes sont passées devant l'Accusé. La première fois, il les a regardées et la deuxième fois, il se tenait debout à l'entrée du centre culturel. Cette fois là, il a dit 'Ne me demandez plus jamais quelle est la saveur d'une femme Tutsie'. Le témoin JJ a dit de l'Accusé qu'il 'parlait comme quelqu'un qui encourageait un joueur'. De manière générale, elle a déclaré que l'Accusé était celui qui 'supervisait' les actes de viol. Lorsque le témoin OO et deux autres filles ont été arrêtées par des Interahamwe dans leur fuite du Bureau communal, les Interahamwe sont allés voir l'Accusé et lui ont dit qu'ils emmenaient les filles pour coucher avec elles. L'Accusé a dit 'emmenez les'. L'Accusé a dit aux Interahamwe de déshabiller Chantal et de la faire défiler. Il riait et il était heureux de regarder et après il a dit aux Interahamwe de l'emmener, il leur a dit 'prenez soin d'abord de coucher avec cette fille'. La Chambre voit dans cette déclaration la preuve que l'Accusé a ordonné et incité à commettre des actes de violence sexuelle, bien qu'il n'y ait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir au delà de tout doute raisonnable que Chantal a effectivement été violée* » [85].

Dans un jugement plus récent, rendu le 1er décembre 2003 en l'affaire *Kajelijeli*, ce même Tribunal releva les faits suivants de viol comme crime contre l'humanité :

« *632. Le témoin à charge GAO a dit s'être rendu en compagnie d'Interahamwe dans la cellule de Rwankeri dans la matinée du 7 avril 1994, après que l'accusé eut donné pour instruction à ceux qui étaient rassemblés au marché de Byangabo 'de tuer et d'exterminer'. Le témoin a vu à Rwankeri deux éléments Interahamwe, Gapfobo Mbonankira et Rugumire Ntuziyiremye, violer une fille tutsie du nom de Joyce chez Rudatinya. Après l'avoir violée, ils lui ont transpercé le côté et le sexe à l'aide d'une lance et l'ont couverte de sa jupe après sa mort. (…)*

634. Le témoin à charge GAO a dit avoir vu Uyamuremye, fils de Nzirarusha, couper le sein d'une fille du nom de Nyiramburanga, puis le sucer ou lécher le sang de la victime. Le témoin a ouï dire qu'Uyamuremye avait également violé une femme du nom de Kizungu. À ce moment- là, le témoin tuait des gens à 30 mètres de là. (…)

636. Le témoin à charge ACM a dit avoir échappé au massacre de la paroisse de Busogo le 7 avril 1994 et s'être cachée dans le buisson proche de cette paroisse. Elle a quitté en cachette dans la soirée pour se rendre dans la commune de Nkuli. Elle aurait été arrêtée à un barrage routier tenu par les Interahamwe, non loin de la paroisse dans la cellule de Kabyaza, secteur de Gitwa (commune de Nkuli). Le témoin a identifié Félix, Nyakamwe, Tuyiringire, Mbarushimana et Twarayisenze au nombre des éléments Interahamwe tenant ce barrage. Elle a reconnu en eux ceux qui avaient été dans la concession de Munyemvano plus tôt ce jour- là.

[84] TPIR, Akayesu, §§416-423. Des faits comparables sont relevés aux §§424-447 ou dans TPIR, Musema, §§797-861.
[85] TPIR, Akayesu, §451.

Elle a remarqué qu'ils étaient en uniforme et portaient des armes à feu et des machettes. Elle a été arrêtée, et Félix et Tuyiringire l'ont violée ; après quoi, ils [Félix et Tuyiringire] lui ont demandé de partir, lui disant que d'autres personnes présentes au barrage routier la tueraient. Le témoin saignait abondamment et s'est réfugiée chez un ami hutu à Nkuli.

637. (…) Selon le témoin [GDO], l'accusé a dit aux Interahamwe : 'qu'il fallait chercher les femmes tutsies, les violer et ensuite les tuer'. Il leur a donné l'ordre de violer les femmes tutsies, leur disant 'qu'[il] [l'accusé] devait séparer le bon grain de l'ivraie'.

638. Toujours selon le témoin à charge GDO, les Interahamwe ont commencé à fouiller la forêt à la recherche des Tutsis et ont trouvé sa fille qu'ils ont jetée par terre, déshabillée et violée. Le témoin n'a pu dire combien d'éléments Interahamwe avaient violé sa fille. De sa cachette, elle a vu l'accusé à bord de son véhicule avec le reste des Interahamwe. C'est alors que les Interahamwe qui fouillaient la forêt ont vu le témoin et le bébé qu'elle portait sur le dos. Ils ont posé le bébé par terre et ont déshabillé et battu le témoin jusqu'à ce qu'elle perde connaissance. Celle-ci n'a pas remarqué que les Interahamwe portaient des armes lorsqu'ils l'ont attaquée. Lorsqu'elle a repris connaissance, le témoin a constaté que sa fille qui avait été violée était morte, la bouche ouverte et les jambes écartées. Un autre enfant, baignant dans le sang qui avait coulé du vagin de sa fille violée, criait non loin du cadavre. (…)

654. Selon le témoin GDT, les Interahamwe l'ont ensuite emmenée à la rivière Kazi, située à 30 ou 40 pas de chez elle. Elle était épuisée, à cause des coups que les Interahamwe lui avaient administrés. Dès qu'ils sont arrivés près de la rivière, ils l'ont poussée à terre, lui ont écarté les jambes et ont commencé à la violer. Selon ses dires, tous ces gens ont, chacun à son tour, introduit leur membre dans son organe sexuel. Lorsque le sixième d'entre eux a fini de la violer, elle a perdu connaissance. Elle n'a pas pu dire combien de personnes l'avaient violée. Le témoin ne pouvait pas résister, puisque les Interahamwe étaient armés et même si elle avait été armée elle-même, une arme aurait selon elle été inutile.

655. Le témoin à charge GDT a dit s'être rendu compte par la suite qu'une partie de son organe sexuel avait été coupée, mais ne pouvait dire quelle arme ou quel outil avait été utilisé. Les Interahamwe l'ont laissée pour morte. Sa santé a pâti de la perte de la peau qui a été coupée de son organe sexuel car elle ne peut plus donner naissance normalement. Le témoin est persuadée que l'accusé est responsable du viol qu'elle a subi, puisque les personnes qui l'ont agressée ont raconté par la suite que celui-ci leur avait demandé de 'faire vite, et de revenir à l'endroit où il se trouvait, avant qu'il ne termine sa bière'. (…)

662. Le témoin GDF a dit en outre s'être mise à courir avec sa sœur pour se cacher dans les champs de maïs, mais elles se sont rendues compte que les Interahamwe et les voisins qui s'approchaient de la maison les avaient repérées. Quelques Interahamwe sont alors venus à l'endroit où les deux soeurs se trouvaient. Ils ont d'abord agressé sa sœur. Ensuite, quatre Interahamwe s'en sont pris à elle et l'ont déshabillée. Celle-ci a protesté, mais les Interahamwe l'ont jetée à terre. Avant de la violer, le premier Interahamwe a dit : 'Laissez- moi avoir une relation sexuelle avec une femme tutsie, pour la goûter'. Pendant que cet individu la violait, les autres la maintenaient à terre, la regardant et se moquant d'elle. Deux autres l'ont ensuite violée à leur tour. Chacun a mis une vingtaine de minutes.

663. Selon le témoin à charge GDF, le quatrième Interahamwe a regardé son organe sexuel et a dit ceci : 'Je ne peux pas me mettre au-dessus d'une femme tutsie ou [de] son vagin'. Après quoi, il a enfoncé un mégot de cigarette dans le sexe du témoin avant de lui donner des coups de pied. Le témoin a alors perdu connaissance et n'a plus rien entendu. (…)
664. Le témoin GDF a dit n'avoir jamais été violée auparavant. Elle porte de petites blessures partout, y compris sur son organe sexuel et aux seins ; elle souffre de maux d'estomac et son sexe continue à saigner. Le témoin ne s'est pas remariée et n'a plus eu de rapports sexuels depuis qu'elle a été violée. Sa sœur aurait 'subi le même sort' (…). À la suite de ces outrages,

sa sœur, qui avait 15 ans à l'époque, souffre maintenant de déséquilibre mental et se fait soigner à Ndera » [86].

[86] TPIR, Kajelijeli, §§632-664.

V. L'*actus reus* du viol, de la prostitution forcée, de la grossesse forcée, de la stérilisation forcée et des autres formes de violences sexuelles de gravité comparable

Le viol et les violences sexuelles ne firent pas l'objet de poursuites de la part du Tribunal militaire international de Nuremberg, ni ne figurèrent au sein des Principes de Nuremberg rédigés par la Commission du droit international. Le viol fut expressément qualifié de crime contre l'humanité, pour la première fois, dans la Loi N° 10 du Conseil de contrôle allié mais, une fois encore, aucun procès ne fut intenté de ce chef.

C'est le Tribunal militaire international de Tokyo, le premier, qui a condamné les Généraux Toyoda et Matsui au titre de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour les violations des lois ou coutumes de la guerre commises par leurs soldats lors du viol de Nanjing. L'ancien Ministre japonais des affaires étrangères, Hirota, fut également condamné pour ces mêmes atrocités. Comme le relève le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *Cette décision et celle de la Commission militaire des États-Unis dans l'affaire Yamashita ont, de même que l'intégration dans le droit international coutumier de l'interdiction fondamentale des 'atteintes à la dignité de la personne' édictée par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, contribué à l'émergence de normes universellement admises prohibant aussi bien le viol que les violences sexuelles graves* » [87].

Le viol, accompagné de la prostitution forcée et des autres formes de violences sexuelles figurent dans la liste des crimes contre l'humanité établie par la Commission du droit international dans son Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 [88].

Enfin, le Statut de la Cour pénale internationale établit la liste définitive des violences sexuelles que nous connaissons ici. Machteld Boot relève sur ce point : « *The inclusion of rape and other sexual abuse in the subject-matter jurisdiction of this Court can be regarded as addressing the criticism that international humanitarian law generally does not spell out explicitly this kind of conduct as constituting violent crimes. Existing norms of international humanitarian law allow for prosecution of rape and enforced prostitution, but these norms have been defined as violations of the honour and reputation of women, not as criminal acts aimed at the physical and mental integrity of a person, which, more often than not, constitute torture* » [89]. Il va de soi que cette incrimination du viol et des autres formes de violences sexuelles s'appliquent tant aux femmes qu'aux hommes, auteurs ou victimes [90].

---

[87] TPIY, Furundzija, §168.
[88] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc A/51/10, Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 18 lit. (j).
[89] Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 140-141, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[90] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 141, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI ; voir également Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 78-79.

A. Le viol

C'est dans l'affaire *Akayesu* que le Tribunal pénal international pour le Rwanda a, pour la première fois, déterminé les éléments constitutifs de viol comme crime contre l'humanité. Sa décision est fondatrice, quoique d'un intérêt moindre aujourd'hui, les violences sexuelles étant définies de manière bien plus détaillées comme crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale qu'elles ne le furent jamais. Les fait que nous avons relevés permirent au Tribunal de conclure : « *Ayant soigneusement examiné les dépositions des témoins à charge en ce qui concerne les violences sexuelles, la Chambre est d'avis qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour établir au delà de tout doute raisonnable qu'au cours des évènements de 1994, des filles et des femmes Tutsies ont été soumises à des sévices sexuels , battues et tuées à l'intérieur ou près des locaux du Bureau communal ainsi qu'ailleurs dans la commune de Taba* » [91].

Sur cette base, il donna du viol la définition suivante :

« 595. (…) En cherchant à déterminer dans quelle mesure le viol constitue un crime contre l'humanité, conformément à l'article 3 g) du Statut, la Chambre doit définir le viol, dans la mesure où aucune des définitions connues ne fait l'objet d'un consensus en droit international. Si le viol a été défini, dans certaines juridictions nationales, comme tout acte de pénétration sexuelle non consensuel commis sur la personne d'autrui, en tant qu'acte, il peut toutefois consister en l'introduction d'objets quelconques dans des orifices du corps d'autrui qui ne sont pas considérés comme ayant une vocation sexuelle intrinsèque et/ou en l'utilisation de tels orifices dans un but sexuel.

596. La Chambre considère que le viol constitue une forme d'agression et qu'une description mécanique des objets et des parties du corps qui interviennent dans sa commission ne permet pas d'appréhender les éléments essentiels de ce crime. La Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants n'énumère pas d'actes précis dans sa définition de la torture, préférant mettre l'accent sur le cadre conceptuel de la violence sanctionnée par l'Etat. Du point de vue du droit international, cette approche est d'un grand intérêt. A l'instar de la torture, le viol est utilisé à des fins d'intimidation, de dégradation, d'humiliation, de discrimination, de sanction, de contrôle ou de destruction d'une personne. Comme elle, il constitue une atteinte à la dignité de la personne et s'assimile en fait à la torture lorsqu'il est commis par un agent de la fonction publique ou par toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.

597. La Chambre définit le viol comme une invasion physique de nature sexuelle commise sur la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte. L'agression sexuelle, dont le viol est une manifestation, est considérée comme tout un acte de nature sexuelle, commis sur la personne sous l'empire de la contrainte. Cet acte doit être commis :

a) Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique;

b) Sur une population civile;

c) Pour des motifs discriminatoires, en raison notamment de l'appartenance nationale, ethnique, politique, raciale ou religieuse de la victime » [92].

Rappelons que ce dernier élément est propre au Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

[91] TPIR, Akayesu, §448.
[92] TPIR, Akayesu, §§596-598, repris dans TPIR, Musema, §§220-229 et TPIY, Delalic, §§479.

C'est avec l'affaire *Furundzija* que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie découvrit le viol et les « *autres violences sexuelles graves en droit international* » [93]. Le Tribunal y reconnaît que « *le viol est un acte effectué sous la contrainte. Autrement dit, c'est un acte accompli en faisant usage de la force ou de la menace, celle-ci pouvant être explicite ou non, et qui doit donner à la victime des raisons de craindre qu'elle-même ou une tierce personne ne soit victime de violences, de mesures de coercition, ou de mise en détention ou d'une oppression psychologique* » [94].

Ce Tribunal relève ensuite qu'il n'existe pas de définition du viol en droit international : « *Cependant, les traités internationaux donnent certaines indications générales. En particulier, il faut attirer l'attention sur le fait que l'article 27 de la IVe Convention de Genève, l'article 76 1) du Protocole additionnel I et l'article 4 2) e) du Protocole additionnel II interdisent à la fois le viol et 'tout attentat à la pudeur' contre les femmes. On peut en déduire qu'en interdisant expressément le viol et, d'une manière générale, les autres formes de violences sexuelles, le droit international fait du viol la plus grave des violences sexuelles, ce que confirme entre autres, l'article 5 du Statut du Tribunal international, qui mentionne explicitement le viol alors qu'il englobe implicitement dans son alinéa i) d'autres formes moins graves de violences sexuelles, comme 'autres actes inhumains* » [95].

Après avoir rappelé la décision *Akayesu* et analysé les principaux systèmes de droit interne pour en tirer ce que le Statut de la Cour pénale internationale nomme aujourd'hui les « *principes généraux du droit dégagé par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde* » [96], la Chambre de première instance tranche un cas controversé : « *La Chambre de première instance estime que la pénétration buccale forcée par l'organe sexuel masculin constitue une atteinte à la dignité humaine particulièrement humiliante et dégradante. L'aspect essentiel des règles du droit international humanitaire ainsi que du droit relatif aux droits humains réside dans la protection de la dignité de la personne, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin. Le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être ; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble. Ce principe a pour but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne. Qu'une violence sexuelle aussi grave que la pénétration orale forcée soit qualifiée de viol est dans le droit fil de ce principe* » [97].

Enfin, sa définition du viol est la suivante : « *Ainsi, la Chambre de première instance estime que les éléments objectifs constitutifs du viol sont : i) la pénétration sexuelle, fût-elle légère : a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur ; ou (b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur ; ii) par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne* » [98].

Le Statut du Tribunal pénal international ne retient comme crime contre l'humanité en matière de violences sexuelles que le viol, ce qui n'empêche pas ce Tribunal de conclure à l'interdiction en droit international des autres formes de violences sexuelles également : « *Comme il a été fait observer plus haut, les règles du droit pénal international répriment non seulement le viol mais aussi toute violence sexuelle grave*

[93] TPIY, Furundzija, §165.
[94] TPIY, Furundzija, §174.
[95] TPIY, Furundzija, §175.
[96] Art. 21 §1 lit. (c) CPI.
[97] TPIY, Furundzija, §183.
[98] TPIY, Furundzija, §185.

qui ne s'accompagne pas d'une véritable pénétration. Il semblerait que sont interdites toutes les violences sexuelles graves qui portent atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne et qui sont infligées au moyen de la menace, de l'intimidation ou de la force, d'une façon qui dégrade ou humilie la victime. Les uns et les autres constituant des crimes en droit international, la distinction est importante avant tout pour la condamnation » [99].

Une autre Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a repris et précisé le jugement rendu en l'affaire *Furundzija* en ce qui concerne l'élément de contrainte nécessaire à la qualification des faits de viol :

« *457. L'analyse des dispositions précitées indique que les éléments répertoriés sous les deux premiers titres font que la volonté de la victime est ignorée ou que celle-ci se soumet involontairement à l'acte. Le principe fondamental véritablement commun à tous ces systèmes juridiques est que doivent être réprimées les violations graves de l'autonomie sexuelle. Cette dernière est violée chaque fois que la victime se voit imposer un acte auquel elle n'a pas librement consenti ou auquel elle ne participe pas volontairement.*

458. Dans les faits, l'absence d'un véritable consentement donné librement ou d'une participation volontaire peut se manifester par la présence de divers facteurs, précisés dans d'autres systèmes – l'emploi de la force, la menace de son emploi ou le fait de profiter d'une personne qui n'est pas en mesure de résister. En faisant du défaut de consentement un élément constitutif du viol, et en précisant qu'il ne saurait y avoir de consentement en cas d'emploi de la force, d'inconscience, d'incapacité de résister de la victime ou de tromperie par l'auteur, certains systèmes démontrent clairement que ces facteurs excluent tout consentement véritable.

459. Étant donné qu'il ressort clairement de l'affaire Furundžija qu'il ne convient pas de donner une interprétation étroite des termes de contrainte, force ou menace d'emploi de la force et que le terme de contrainte en particulier recouvre la plupart des comportements qui excluent le consentement, l'interprétation donnée par le droit international sur le sujet ne diffère pas substantiellement de la définition Furundžija.

460. À la lumière de ces considérations, la Chambre de première instance conclut qu'en droit international, l'élément matériel du crime de viol est constitué par : la pénétration sexuelle, fût-elle légère : a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis du violeur ou tout autre objet utilisé par lui ; ou b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur, dès lors que cette pénétration sexuelle a lieu sans le consentement de la victime. Le consentement à cet effet doit être donné volontairement et doit résulter de l'exercice du libre arbitre de la victime, évalué au vu des circonstances. L'élément moral est constitué par l'intention de procéder à cette pénétration sexuelle, et par le fait de savoir qu'elle se produit sans le consentement de la victime » [100].

Les accusés ayant fait appel de ce jugement, ils tentèrent de faire valoir que la résistance de la victime doit être continue et réelle tout au long de l'acte (argument obsolète que nous avons déjà analysé dans l'histoire du viol avant le XXème siècle) pour que celui-ci puisse être qualifié de viol. A juste titre, la Chambre d'appel a balayé cet argument et a insisté sur le rôle de l'emploi de la force, qu'elle a clarifié, dans la commission du crime contre l'humanité de viol :

« *132. En l'espèce, les Appelants ont été pour l'essentiel condamnés pour avoir violé des femmes détenues dans des locaux qui servaient de quartiers généraux militaires, des centres de détention et dans des appartements où logeaient des soldats. Les victimes étaient considérées, et c'était là la caractéristique la plus patente de leur condition, comme des proies sexuelles légitimes par les individus qui les détenaient. De manière générale, ces femmes ont*

[99] TPIY, Furundzija, §186.
[100] TPIY, Kunarac, §§457-460.

été violées par plus d'un agresseur et avec une régularité quasi inimaginable (celles qui au départ ont tenté de chercher de l'aide ou de résister ont été traitées avec davantage de brutalité). Dans le contexte de ces détentions, les circonstances étaient si coercitives qu'elles excluaient toute possibilité de consentement.

133. En conséquence, la Chambre d'appel fait sienne la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle les circonstances coercitives de l'espèce excluent toute possibilité de consentement aux actes sexuels commis par les Appelants. Le moyen d'appel relatif à la définition du crime de viol est donc rejeté » [101].

Hors les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, le Rapport final du Rapporteur spécial du Groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage, consacré aux viols systématiques, à l'esclavage sexuel et aux autres pratiques comparables à l'esclavage en période de conflit armé, définit également le viol en droit international : « *On entend par 'viol' l'introduction, par la force, la contrainte ou la violence, d'un objet quelconque, y compris mais pas exclusivement un pénis, dans le vagin ou l'anus de la victime ou l'introduction, par la force, la contrainte ou la violence, d'un pénis dans la bouche de la victime. Le viol est défini sans précision quant à l'identité sexuelle de la victime, celle-ci pouvant être aussi bien un homme qu'une femme. Il convient toutefois de noter que les femmes risquent davantage d'être victimes de crimes sexuels violents et se heurtent à des obstacles qui tiennent à leur appartenance au sexe féminin lorsqu'elles s'efforcent d'obtenir réparation. Bien que le présent rapport conserve le mot 'pénétration' dans la définition du viol, il va sans dire que la focalisation, de tout temps, sur la pénétration découle pour une large part des préoccupations masculines concernant la chasteté des femmes et l'attribution de la paternité. Il est important néanmoins de souligner que toutes les formes de violence sexuelle, dont le viol mais toutes les autres aussi, doivent être condamnées et combattues* » [102].

En matière de contrainte, le Rapporteur spécial souligne son évidence dans toutes les situations de conflit armé, ce qui permet d'établir une présomption de non consentement et rend donc inutile toute enquête visant à faire apparaître le manque de consentement comme élément du crime, ajoutant que le consentement n'est pas un élément qui entre en ligne de compte d'un point de vue juridique ou factuel lorsque la responsabilité de l'auteur est examinée [103].

Quant à l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale, elle arrêta ainsi les éléments constitutifs de viol comme crime contre l'humanité : « *1. L'auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps. 2. L'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces*

[101] TPIY, Kunarac appel, §§132-133. Cette définition du viol est reprise dans Kvocka, §§175-183 et dans TPIR, Kajelijeli, §§915-916 : « *915. Le droit ayant évolué en ce domaine, conduisant la Chambre d'appel du TPIY à adopter en définitive la solution retenue dans les affaires Furundžija et Kunarac, la Chambre, considérant que cette solution fait autorité, adopte la définition donnée du viol dans le jugement Kunarac telle que citée plus haut. L'élément moral du viol constitutif de crime contre l'humanité réside dans l'intention de procéder à la pénétration sexuelle décrite plus haut, sachant que la victime n'est pas consentante. 916. D'autres actes de violence sexuelle qui peuvent ne pas répondre à cette définition précise pourraient évidemment être poursuivis et seraient considérés par la Chambre comme relevant d'autres catégories de crimes du ressort du Tribunal, par exemple celle dite des « autres actes inhumains* » ; voir également TPIY, Stakic, §§228-244.

[102] Rapport final sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé, présenté par Mme Gay J. McDougall, Rapporteuse spéciale, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, p. 9 ; voir également Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 141-142, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.

[103] Voir Rapport final sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé, présenté par Mme Gay J. McDougall, Rapporteuse spéciale, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, p. 9.

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. 3. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 4. 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 » [104].

L'Assemblée ajouta deux notes de bas de page explicatives. La première en rapport aux termes « *L'auteur a pris possession…* », nous dit que : « *L'expression 'possession' se veut suffisamment large pour être dénuée de connotation sexospécifique* » [105]. La seconde éclaire la notion de libre consentement de la victime en ces termes : « *Il est entendu qu'une personne peut être incapable de donner un libre consentement si elle souffre d'une incapacité innée, acquise ou liée à l'âge. La présente note vaut aussi pour les éléments correspondants des articles 7 1) g)-3, 5 et 6* » [106].

Les débats de la Conférence préparatoire qui précédèrent l'adoption du texte par l'Assemblée des Etats parties furent centrés sur le choix d'une terminologie anglaise appropriée pour qualifier le consentement de la victime. Certaines délégations eussent préféré qu'il fût qualifié de « *voluntary* » ou de « *freely given* » en lieu et place de « *genuine* », dans le rapport final de la Commission. Toutefois, il fut finalement décidé que les termes de « *genuine consent* » couvrent également les autres propositions avancées, ce qui n'offre guère d'intérêt face à la version française, qui retient le libre consentement de la victime. En fait, « *The Elements of crimes adopted by the PCNICC for this crime follows more closely the mechanical description of objects and body parts used in Furundzija, with elaboration to permit the possibility that the victim can be male or female. The conceptual definition was found to be too vague to be satisfactory for criminal prosecution before the ICC* » [107].

Cette définition est centrée sur deux éléments essentiels, systématiquement relevés par toutes les autres sources, qui sont la pénétration sexuelle et l'emploi de la force pour y parvenir. La pénétration est l'élément central retenu par la Commission, avec cette nouveauté qu'elle envisage celle du corps de la victime ou de l'auteur. Il y a donc viol dans deux hypothèses principales, qui sont, pour la première, la pénétration du corps de la victime par l'organe sexuel de l'auteur ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute autre partie du corps de l'auteur, de la victime ou d'une tierce personne, et, pour la seconde, la pénétration du corps de l'auteur ou d'une tierce personne par l'organe sexuel de la victime ou de l'anus ou du vagin par un objet ou toute autre partie du corps de l'auteur, de la victime ou d'une tierce personne.

Cette seconde hypothèse démontre que c'est la confrontation à un acte sexuel non voulu qui constitue le viol, que cet acte conduise à la pénétration forcée de la victime ou de l'auteur. Il s'agit là sans aucun doute d'une nouvelle extension de la notion de viol, destinée à couvrir tous les cas envisageables d'acte sexuel imposé contre la volonté d'une personne. Par ailleurs, la définition dénuée de tout caractère sexospécifique de la pénétration signifie clairement que tant l'homme que la femme peuvent être auteur direct d'un viol ou victime d'un viol. La qualité sexuelle de la pénétration repose soit dans la partie du corps pénétrée : vagin ou anus, soit dans la

[104] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Viol, p. 122.
[105] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Viol, note de bas de page 15, p. 122.
[106] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Viol, note de bas de page 16, p. 122.
[107] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 112 ; voir également, *mutatis mutandis*, Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 325-332.

partie du corps pénétrante : pénis, l'un des deux suffisant ; en ce sens il est clair que la bouche est dénuée de caractère sexuel intrinsèque et que sa pénétration ne peut être qualifiée de viol que si elle est le fait du pénis de l'auteur ou d'un tiers.

Le second élément porte sur l'usage de la force ou la menace de son recours, compris très largement par l'Assemblée, dans un sens conforme aux autres sources du droit international en la matière. La Commission reconnaît, avec la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux que nous venons d'analyser, qu'un environnement coercitif peut suffire à constituer l'emploi de la force, environnement dans lequel l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, telle que définie à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, se reconnaît aisément. Il en découle que le viol comme crime contre l'humanité est toujours commis dans le contexte d'un « *environnement coercitif* », qui suffit à sa qualification et qu'il n'est pas besoin de démontrer plus avant l'absence, présumée, de consentement de la victime.

B. La prostitution forcée

Le cas le plus flagrant de prostitution forcée est à rechercher avant tout dans la situation des femmes dites de confort que l'Empire japonais prostitua à ses troupes tout au long de la seconde guerre mondiale. Les termes coréens de « *Jungun Wianbu* » ou japonais de « *Jugun Ianfu* » signifient par euphémisme « *femmes de confort* » [108]. Le réseau de femmes et de maisons de confort fut largement développé à la suite du viol de Nanjing, dont nous avons souligné l'ampleur sans précédent, selon l'idée que la mise en place d'un réseau de prostitution interne à l'armée permettrait de canaliser l'énergie sexuelle de ses soldats et d'éviter de nouveaux débordements. Il est difficile d'évaluer exactement l'ampleur de ce système de prostitution forcée. Il semble que quatre-vingts pourcents de ces femmes fussent âgées de quatorze à dix-huit ans, qui venaient essentiellement de Corée, mais également de Taiwan, de Chine, des Philippines et d'Indonésie ; quelques femmes néerlandaises servirent également comme femmes de confort en Indonésie [109].

Il y eut trois type de maisons de confort : les maisons militaires, les maisons privées mais gérées par les militaires et ouvertes uniquement aux militaires, et celles ouvertes à tous les citoyens, avec priorité au personnel militaire. Les secondes furent les plus largement répandues, sous la responsabilité directe, de même que les premières, de l'administration militaire. Ces maisons furent des prisons virtuelles d'où toute fuite était impossible [110].

Quant aux femmes de confort, elles sont une quinzaine par lieu de prostitution, mais ces chiffres peuvent descendre parfois à dix ou grimper à plus de quatre-vingts. Il est également possible de mesurer leur nombre en rapport avec les troupes engagées sur un théâtre d'opération. En moyenne, il semble qu'il y eût une cinquantaine de soldats pour une femme de confort, ce chiffre variant parfois de trente-cinq à cent soldats pour une femme de confort. Cette estimation permet d'envisager l'exploitation d'environ cent trente-neuf milles femmes durant la

[108] Voir Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, p. 1.
[109] Voir Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, pp. 40-41.
[110] Voir Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, pp. 50-51.

guerre [111]. Les femmes en poste en Birmanie furent réputées pour leur enthousiasme au service des soldats japonais, sans doute dû en partie à leur haine des anglais, précédents colonisateurs des lieux ; il y eut environ trois mille deux cents femmes de confort en Birmanie, dont deux mille huit cents Coréennes [112].

Ces femmes étaient particulièrement encadrées médicalement, afin d'éviter la propagation dans les rangs de l'armées de maladies vénériennes. Les inspections médicales furent régulières et nombreuses, sur une base hebdomadaire, ce qui est remarquable si l'on sait que ces maisons furent le plus souvent situées au plus près du front [113].

En règle générale, ces femmes se voyaient accorder deux jours de repos par mois, pour leurs menstruations. Certaines maisons demeuraient fermées un jour par mois et certaines interruption de travail dépendaient également des mouvements de troupes [114].

Toutes ces femmes furent enlevées de leurs villages par les troupes japonaises, en même temps que les hommes, qui furent dirigés vers les services de travail forcé et victimes d'une exploitation de type esclavagiste comparable à celle mise en place dans le IIIème Reich nazi, que nous analysâmes dans le chapitre consacré à la réduction en esclavage [115].

Les Japonais établissaient des dossiers aux données très précises quant aux jeunes filles présentes dans les villages notamment coréens : « *In sum, the Japanese military was involved directly in recruiting, coercing and abducting women for sex slavery. Normally, this took the form of orders and instructions from the military, often through the military police. If the officials, military or police, were not directly carrying out the task, it was given to the local leaders and/or traders. These people worked together, sometimes individually and at other time collaboratively, but always under a keen military eye. Comfort women came largely from the colonies and the occupied territories, the majority with no prior record of prostitution. The Japanese military never proposed using Japanese women other than known prostitutes* » [116].

Leur condition féminine se trouva rabaissée à celle d'objets : elles furent en effet comptées dans la logistique de l'armée japonaise en termes de « *munitions* » ou de « *provisions pour la cantine* », « *less perhaps from an attempt at concealment than from simple indifference to their humanity, or the absence of a better category* » [117].

Leur statut fut très précisément réglementé, notamment par le Règlement de Shanghai, publié pour la première fois en 1969, qui représente un prototype des règlements successifs. Les règles essentielles sont les suivantes : l'entrée dans les maisons de confort est exclusivement réservée aux forces militaires ou paramilitaires ; les visiteurs doivent payer à la réception et reçoivent un ticket et un préservatif ; le prix du ticket est de l'ordre de 2 yens ; ce ticket n'est valable que pour une occasion et s'il n'est pas utilisé immédiatement par le visiteur, il ne peut servir à une visite ultérieure ; il peut toutefois être remboursé si le visiteur ne rentre pas dans une chambre ; le visiteur doit entrer dans la chambre dont le ticket porte le numéro ; le temps à sa disposition est de trente minutes ; l'hôtesse doit prendre le ticket à

[111] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, pp. 15-19 ; Dai Sil Kim-Gibson estime leur nombre entre cent et deux cent milles, *Silence broken*, p. 40.
[112] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, p. 134.
[113] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, p. 50 ; voir également Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, p. 55.
[114] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, pp. 76-77.
[115] Voir *supra* chapitre 7.
[116] Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, p. 49.
[117] George Hicks, *The Comfort Women*, p. 83 ; voir également Dai Sil Kim-Gibson, *Silence Broken*, p. 39.

l'entrée du visiteur dans la chambre ; la consommation d'alcool y est interdite ; le visiteur doit quitter la chambre immédiatement son affaire terminée (la traduction anglaise du Règlement retient le terme de « *business* ») ; tout visiteur n'observant pas le règlement ou violant les règles de la discipline militaire doit être expulsé ; les rapports sexuels sans préservatif sont interdits ; les heures d'ouverture de la maison de confort sont établies de dix à vingt-et-une heure [118].

Le Règlement d'Okinawa fut plus détaillé et les tarifs varièrent de trois yens pour les officiers à deux yens pour les soldats, la durée de leur présence auprès des femmes de confort étant rallongée à quarante minutes. Les préservatifs n'y sont plus obligatoires et les heures d'ouverture de la maison de confort s'étendent de midi à vingt heure pour les soldats et les paramilitaires, de vingt heure à minuit pour les officiers [119]. Dans les règlements de Nakayama, Toyama et Ch'angchou, le prix des services des femmes de confort varie selon leur appartenance ethnique : deux yens pour les Japonaises, un yen et demi pour les Coréennes, un yen pour les chinoises ; l'usage des préservatifs, appelés d'un terme signifiant littéralement « *masque à gaz* » ou « *casque d'acier* », y est obligatoire ; les inspections sanitaires se déroulent tous les lundi et vendredi matin, de huit à dix heure [120].

A Surabaya, dans l'est de Java, les clubs étaient réservés aux officiers et les femmes qui y officiaient étaient des prostituées japonaises, les soldats devant se contenter des baraquements dans lesquels travaillaient les Coréennes ; le prix des premières était de deux yens et demi, de un yen ou un yen et demi pour les autres [121].

La question du prix à payer pour accéder au service de ces femmes de confort démontre son caractère de prostitution forcée, à l'exclusion de la qualification d'esclavage sexuel. Les montants peuvent varier, nous l'avons vu, selon le rang des soldats ou officiers dans l'armée, ou selon l'appartenance ethnique des femmes ; ils peuvent également, rarement, être payés autrement qu'en yens, par exemple en yuans dans certaines régions chinoises occupées ou, dans un cas seulement, en bahts thaïs. Si l'on considère que la solde mensuelle d'un soldat japonais de l'époque était de quinze yens, le prix de ces femmes de confort peut paraître élevé. Cet argent fut souvent confisqué par les maquerelles tenancières de ces maisons de confort et parvint rarement aux femmes elles-mêmes [122].

Durant leur service, ces femmes reçurent de vingt à quarante soldats par jour, certaines sources mentionnant jusqu'à cent soldats en un week-end [123].

A la fin de la guerre, certaines de ces femmes, tombées aux mains des troupes américaines, furent conduites à une « *United States army comfort station* », où un représentant du *Home Ministry* leur déclara qu'elles devaient être fières de rendre un service spécial, « *in order to relieve anxiety in the Most Honoured Quarter* », ce qui n'était que reprendre au compte de l'armée américaine le service des ces femmes, en usant d'une phraséologie propre au service de l'Empereur [124].

Ce n'est que tardivement que le voile fut levé sur ces femmes, générant les premières études scientifiques au Japon dans les années 1970. Au niveau

[118] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, pp. 83-84 ; voir également Dai Sil Kim-Gibson, *Silence Broken*, pp. 24-29.
[119] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, pp. 85-86.
[120] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, pp. 87-88.
[121] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, p. 141 ; voir également Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, p. 53.
[122] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, pp. 91-93.
[123] Voir Dai Sil Kim-Gibson, *Silence broken*, p. 52.
[124] Voir George Hicks, *The Comfort Women*, p. 160.

international, le Rapporteur spécial sur les violences contre les femmes, Madame Radhika Coomaraswamy, soumit un rapport à la Commission des droits de l'homme les concernant en 1996, dans lequel elle qualifia ainsi ces actes : « *the practice of 'comfort women' should be considered a clear case of sexual slavery and slavery-like practice in accordance with the approach adopted by relevant international human rights bodies and mechanisms* » [125]. Nous considérons au contraire que ces femmes de confort relèvent de la prostitution forcée, essentiellement en raison du prix à payer par les soldats et officiers recourant à leur service, tel que nous allons maintenant l'analyser dans les éléments constitutifs de ce crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

La prostitution forcée est, il est vrai, particulièrement proche de l'esclavage sexuel dont il n'est pas aisé de la distinguer clairement. Ce rapprochement est systématiquement relevé, au point que les notions semblent parfois se confondre. C'est ainsi que Madame le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences traite ensemble de la traite des femmes et de leur prostitution forcée : « *Tous les ans, des milliers de femmes de tous âges, partout dans le monde, sont enlevées, ou leurrées avec la promesse d'un emploi plus rémunérateur que ce qu'elles peuvent trouver là où elles sont, pour être vendues et contraintes à la prostitution dans des maisons closes d'où elles ne peuvent s'échapper ni communiquer avec l'extérieur, les tenanciers de ces établissements les y séquestrant et les tenant par la menace, les brutalités et des dettes qu'elles ne peuvent jamais rembourser* ». Ce lien particulièrement étroit réside donc essentiellement en le fait que la traite des femmes prélude bien souvent à leur prostitution forcée.

La situation de ces femmes se confond également largement avec la notion de réduction en esclavage que nous avons analysée plus haut, ce que relève également le Rapporteur spécial. Dans l'impossibilité de négocier les conditions des prestations exigées d'elles, ces femmes sont exposées à de graves risques de santé, notamment aux maladies vénériennes et au VIH/SIDA. Elles ne peuvent choisir ni les clients, ni leur nombre dans une journée, moins encore l'emploi de préservatifs ou la nature des rapports sexuels : « *Les premières observations qui ont été faites d'un point de vue médical donnent à penser que plus la prostituée est jeune, plus elle risque de contracter le sida, du fait que sa muqueuse génitale, plus mince que celle de la femme adulte, arrête moins bien les virus. Bien souvent, les clients n'utilisent pas de préservatifs, la maison de passe acquiesçant volontiers puisqu'ils paient plus cher pour cela. Les prostituées finissent souvent par souffrir d'écorchures et de meurtrissures vaginales douloureuses et sont donc d'autant plus exposées aux maladies vénériennes. Elles sont enfin gravement traumatisées sur le plan psychologique par ce qui est en fait des viols constants* ».

Enfin, le Rapporteur spécial souligne que l'injection forcée de contraceptifs ajoute à la détresse de ces personnes soumises à la prostitution forcée, et fait le lien avec l'analyse de la stérilisation forcée : « *Les femmes enfermées dans les maisons de passe sont exposées au risque supplémentaire que constituent les injections de contraceptifs, de plus en plus pratiquées, car les tenanciers de ces établissements, bien souvent, réutilisent de multiples fois la même aiguille, qui peut être contaminée. Les femmes risquent de mourir du sida ou de contracter des maladies vénériennes qui les mettront dans l'incapacité d'avoir des enfants. Dans des sociétés où la procréation est la fin première du mariage, et dans lesquelles les relations sexuelles avant le mariage, ou ce qui est considéré comme de la promiscuité, sont des éléments rédhibitoires, ces femmes ne peuvent plus espérer se marier. Mises à l'écart par leur communauté, elles n'ont souvent guère d'autre choix que de retourner à la prostitution*

[125] Voir Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, ONU Doc. E/CN.4/1996/53/Add.1, du 19 avril 1996.

pour assurer leur subsistance, prises dans un cercle vicieux et définitivement condamnées à la servitude sexuelle. Il y a aussi, rapporte-t-on, des stérilisations de force, le cas le plus fréquent étant l'hystérectomie pratiquée à l'occasion d'un avortement » [126].

Machteld Boot relève également le lien existant entre ces deux crimes, précisant toutefois que le terme de prostitution semble requérir un échange de prestations à l'initiative de la victime plus que de l'auteur, même si tout ceci se déroule de manière forcée [127].

Un Etat proposa pendant les travaux de la Commission préparatoire que « *the actus reus of enforced prostitution is enslavement of a sexual nature wherein the forcible element need not be present for each individual sex act, but is generally present regarding a mandated activity that involves acts of a sexual nature* », ce qui ne fut pas retenu [128].

Incriminés comme deux infractions distinctes, l'esclavage sexuel et la prostitution forcée doivent être distingués et Karima Guenivet, dans son ouvrage consacré aux *Violences sexuelles, la nouvelle arme de guerre*, expose ainsi cette différence : « *Le combattant devient proxénète et gagne l'argent qui sera réinvesti dans l'effort de guerre. Elle s'apparente assez à l'esclavagisme d'antan où les esclaves enlevées lors des guerres pouvaient être troquées ou revendues contre de l'or. Aujourd'hui, le contexte est différent, elles ne sont plus vendues mais 'louées'. Les narco-guérillas, en sus du trafic illicite, utilisent la prostitution à des fins économiques. La prostitution forcée peut revêtir plusieurs formes : celle qui consiste à obliger directement une femme à se prostituer ou celle qui force, indirectement une femme à avoir recours à la prostitution. Le facteur économique est dans ce cas précis le déclencheur. (…) Les pertes de foyer, de revenu ou de famille privent les femmes et les jeunes filles de leur capacité de produire des revenus et les contraignent à se prostituer afin de survivre, de s'échapper ou encore de sauver la vie de leur mari ou de leurs enfants. Ce cas de figure survient en conséquence de la guerre et en cela, il doit être considéré comme de la prostitution forcée* » [129].

Kriangsak Kittichaisaree perçoit également une différence entre la prostitution forcée et l'esclavage sexuel dans l'avantage, pécuniaire ou autre, que l'auteur ou toute autre personne obtient ou espère obtenir en échange ou en lien avec l'acte sexuel imposé à la victime, ce qui le conduit à qualifier les femmes de confort exploitées par l'armée japonaise durant la seconde guerre mondiale d'esclaves sexuelles et non de prostituées forcées, ce qui n'est pas notre avis [130].

Il existe quelques sources en droit international pour clarifier la définition de la prostitution forcée, décrites en des termes délicieusement désuets mais reflétant le sens exact des mots (Littré) dans le commentaire de l'article 27 de la quatrième Convention de Genève, comme étant le fait « *de livrer, par violence ou menace grave, une femme à l'immoralité* » [131].

A l'issue de la seconde guerre mondiale, l'affaire *Awochi*, du nom d'un japonais accusé de prostitution forcée, définie dans le *Statute Book Decree No. 44 of 1946 on War Crimes*, article 1 paragraphe 7, comme étant « *Abduction of girls and*

---

[126] Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Additif, Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4, pp. 8-9.
[127] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 142-144, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[128] Voir ONU Doc. A/CONF.183/C.1/L. 10, 1998, pp. 6 et 7.
[129] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 45-46.
[130] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 114.
[131] CICR, *Commentaire* de la IVème Convention de Genève, *ad* art. 27 al. 2, p. 221 ; voir la définition de la prostitution du Littré : « *Abandonner à l'impudicité* ».

women for the purpose of enforced prostitution », fut jugée comme suit : « *[The women] had to take up residence in a part of the club shut off for that purpose and from which they where not free to move. (…) [They] were threatened with Kempei (Japanese Military Police) which threats (…) were rightly considered as being synonymous with ill-treatments, loss of liberty and worse* » ; les victimes furent donc « *forced through them to give themselves to the Japanese visitors (…) against their will* » [132].

L'Assemblée des Etats parties a quant à elle apporté les éléments de définition suivants comme constitutifs du crime de prostitution forcée : « *1. L'auteur a amené une ou plusieurs personnes à accomplir un ou plusieurs actes de nature sexuelle 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 desdites personnes de donner leur libre consentement. 2. L'auteur ou une autre personne a obtenu ou espérait obtenir un avantage pécuniaire ou autre en échange des actes de nature sexuelle ou en relation avec ceux-ci. 3. Ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 4. 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* » [133].

La Commission préparatoire de la Cour pénale internationale a longuement débattu de l'élément relatif à l'avantage pécuniaire ou autre en échange des actes de nature sexuelle, ou en relation avec ceux-ci. Il s'agissait ici de tracer une délimitation aussi claire que possible entre la prostitution forcée et l'esclavage sexuel ou les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable. La formulation du deuxième élément est donc le fruit d'un compromis entre les délégations qui souhaitèrent sa suppression ou son maintien, par l'ajout des autres avantages que pécuniaires, que l'auteur peut retirer ou escompter de l'activité de nature sexuelle imposée à la victime [134].

L'élément prostitution est incontournable dans la recherche des éléments constitutifs du crime contre l'humanité de prostitution forcée. Dans le sens courant, la prostitution est l'acte par lequel une personne consent à des rapports sexuels contre de l'argent ou l'état d'une personne qui en fait son métier (Larousse) ou le fait de livrer son corps au plaisir sexuel d'autrui pour de l'argent et d'en faire métier (Robert), dont il découle deux éléments, qui sont les rapports sexuels et l'avantage pécuniaire.

Les rapports sexuels sont nécessaires à la prostitution, la Commission préparatoire ayant retenu des actes de nature sexuelle pour signifier qu'il convient de les entendre plus largement que la pénétration constitutive de viol. La pénétration n'est donc pas consubstantielle à l'acte de nature sexuelle, sans que la Commission ne nous aie donné pour autant plus de précision. Les actes en cause doivent néanmoins être de nature sexuelle.

L'avantage pécuniaire est également une composante essentielle de la prostitution, à ceci près qu'elle ne correspond pas du tout à la réalité des faits couverts par la prostitution forcée. En effet, si avantage pécuniaire il y a, ce n'est certainement pas la victime qui en profite mais le bordel ou la maison de passe l'y réduisant ou quelque autre souteneur ou trafiquant. Il n'en demeure pas moins que

---

[132] *W. Awochi case*, *in* UNWCC, LRTWC, vol. XIII, pp. 123-124 ; 13 AD 254, cité *in* Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 343.
[133] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Prostitution forcée, p. 123.
[134] Voir *mutatis mutandis* Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 325-332.

c'est là l'élément la distinguant de l'esclavage sexuel, exempt de tout avantage, pécuniaire ou d'aucune autre sorte. Notons encore que l'auteur peut obtenir ou espérer obtenir – sa déception sur ce point n'exonérant pas sa responsabilité – un avantage qui peut être soit pécuniaire soit « *autre* », ce qui laisse penser qu'il puisse ne pas être uniquement matériel. Il ne saurait toutefois simplement résider en le plaisir sexuel éprouvé par l'auteur ou un tiers, auquel cas il serait plus pertinent de le qualifier d'esclavage sexuel. Enfin, cet avantage peut aller à l'auteur ou à un tiers, y compris la victime elle-même dont la prostitution doit toutefois demeurer forcée ce nonobstant.

Le second élément réside dans le caractère forcé de la prostitution, dont l'Assemblée donne la même définition que l'usage de la force relatif au crime de viol, qui peut, par exemple, résider en un environnement coercitif constitué, notamment, par l'attaque généralisée ou systématique propre aux crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

C. La grossesse forcée

La grossesse forcée est la seule forme de violence sexuelle constitutive de crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale à faire l'objet d'une définition, établie comme « *la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international* » [135]. Toutefois, l'intégration dans la liste de l'article 7 de ce crime fut largement controversée, certains Etats craignant qu'elle ne servît à dénoncer certaines politiques en matière d'avortement [136].

Avec un sens abouti de la paraphrase, l'Assemblée des Etats parties en établit ainsi les éléments constitutifs : « *1. L'auteur a détenu une ou plusieurs femmes rendues enceintes de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. 2. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 3. 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* » [137].

Notons qu'ainsi rédigés, les éléments de ce crime ne correspondent pas à la méthode que l'Assemblée annonce avoir suivie dans son introduction générale, dont le septième paragraphe eût exigé une séparation entre l'élément décrivant le comportement de l'accusé (« *L'auteur a détenu…* ») et l'intention spécifique requise [138].

Cette définition est complexe et les Eléments des crimes n'apportent aucun éclaircissement : elle comporte trois volets cumulatifs qui sont premièrement la détention illégale d'une femme, deuxièmement sa mise enceinte de force et, troisièmement, l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international.

La détention illégale doit s'interpréter largement comme toute forme de privation de liberté contraire au droit international, tel que nous l'avons analysé dans le chapitre consacré à l'emprisonnement et aux autres formes de privation grave de

[135] Art. 7 §2, lit. (f) CPI.
[136] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 144, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[137] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Grossesse forcée, p. 124.
[138] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §7, p. 116 et, *mutatis mutandis*, Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 325-332.

liberté physique comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, sans pourtant nécessairement être grave [139]. Il suffit en effet que la privation de liberté permette la réalisation du crime, par exemple en ne relâchant la victime qu'après qu'un avortement n'est plus possible.

La mise enceinte de force suppose le viol dans son sens strict de pénétration vaginale par le sexe de l'auteur avec pour résultat nécessaire la mise enceinte, mais pas seulement. L'évolution de la science permettant les grossesses par insémination artificielle, l'on peut les qualifier de grossesses forcées lorsqu'elles s'inscrivent tant dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique au sens de l'article 7 paragraphes 1 et 2 lettre (a) que dans l'intention requise par l'article 7 paragraphe 2 lettre (f). Dans tous les cas, tant que la victime n'est pas enceinte, ce crime n'est pas constitué et la grossesse doit donc être perçue comme le résultat nécessaire à sa commission, comme la mort de la victime l'est au meurtre. Le Statut exigeant l'intention de modifier la composition d'un groupe ethnique, l'on peut également se demander si la naissance d'un enfant viable n'est pas également requise comme résultat constitutif de ce crime. Rien ne permet de le retenir et le sens strict des mots impose de s'arrêter à la grossesse comme résultat constitutif. Nous confortant dans cette conclusion, la définition de ce crime n'impose l'intention de modifier la composition ethnique d'un groupe que comme l'un des deux volets d'une alternative, le second étant la commission de toute autre violation grave du droit international, ce que la mise enceinte de force de la femme détenue est déjà, sans exiger la naissance de l'enfant comme résultat complémentaire.

L'exigence de la mise enceinte de force reprend l'élément de contrainte identique au viol et à la prostitution forcée, et il ne semble pas qu'il doive être interprété différemment. En ce sens, il convient de retenir que l'acte a été commis 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. Nous avons démontré que l'environnement coercitif recouvre la notion d'attaque généralisée et systématique nécessaire à la qualification de crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, renforcé encore ici par la détention requise de la femme mise enceinte de force [140].

Enfin, il convient de relever un avenant à la définition de ce crime, le Statut de Rome ajoutant en effet que « *Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse* ». Cette clause de réserve marque le compromis trouvé entre les délégations désireuses d'inclure ce crime au sein de l'article 7 et celles qui craignirent qu'une définition trop large ne portât atteinte à leur législation en matière de grossesse ou d'avortement. Ainsi, les lois nationales interdisant l'avortement ne sont pas constitutives de grossesse forcée [141]. Comme en matière de torture, cette clause ne revêt aucune signification réelle. En effet, même sans elle, il faudrait que les lois nationales d'un Etat permettent la détention illégale (en regard du droit international) d'une femme en vue de la violer dans le but de la mettre enceinte de force, le tout dans l'intention de modifier la composition ethnique d'un groupe ou de commettre d'autres violations

[139] Voir *supra* chapitre 9.
[140] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 164-165, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[141] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 164-165, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.

graves du droit international pour être constitutives de ce crime… Toutefois, il est clair également qu'il ne s'agit pas ici de promouvoir universellement l'avortement [142].

Trois remarques s'imposent par rapport à ce crime particulier dans le Statut de Rome. D'abord, même si le viol et les violences sexuelles sont dépourvus de critères sexospécifiques, il est ici évident que la victime ne peut être qu'une femme, qui ne peut être mise enceinte que par un homme ; toutefois, dans l'hypothèse des grossesses par insémination artificielle, une femme pourrait également être l'auteur de ladite insémination. Ensuite, si tous les crimes contre l'humanité sont par essence collectifs (nous y reviendrons dans le chapitre consacré à la responsabilité pénale individuelle [143]), la grossesse forcée en est un exemple particulier : en effet, il n'est pas exigé que la personne qui détient la victime soit la même que celle qui l'a mise enceinte, gardien et géniteur pouvant réaliser alors un cas typique de coactivité [144]. Enfin, le but poursuivi doit être notamment de modifier la composition ethnique d'un groupe : ceci implique que le groupe en question soit un groupe ethnique, que la victime lui appartienne mais que l'auteur appartienne à un autre groupe ethnique, et que l'appartenance audit groupe ethnique soit déterminée par le père. Hors de cette hypothèse, il ne peut y avoir de modification du groupe ethnique, ce qui pose évidemment un problème de preuve en matière de connaissance et d'intention de l'auteur, que nous aborderons dans le paragraphe consacré à la *mens rea* ci-dessous.

D. La stérilisation forcée

La stérilisation forcée n'est pas définie par le Statut de la Cour pénale internationale et ne figure pas dans les autres instruments internationaux pertinents. Toutefois, ce crime a fait l'objet d'une condamnation par les tribunaux de Nuremberg, plus largement pour avoir mené des expériences médicales, dont la stérilisation forcée, dans les camps de concentration nazis de la seconde guerre mondiale, contre des prisonniers de guerre et des civils, dans l'affaire dite *Medical case*.

La stérilisation forcée, si elle est menée avec l'intention requise par l'article 6 du Statut, peut également être constitutive de génocide, au titre de mesure visant à entraver les naissances [145]. La Commission préparatoire ne retient toutefois pas les mêmes éléments constitutifs de ces deux crimes, restant extrêmement vague dans le fait d'imposer « *certaines mesures (…) visant à entraver les naissances* » dans le cadre du génocide, qui peuvent donc être beaucoup plus larges que la seule stérilisation forcée [146].

L'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale adopta les éléments constitutifs suivants de ce crime : « *1. L'auteur a privé une ou plusieurs personnes de la capacité biologique de se reproduire. 2. De tels actes n'étaient ni justifiés par un traitement médical ou hospitalier des personnes concernées ni effectués avec leur libre consentement. 3. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 4. 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* » [147].

---

[142] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 112-116.
[143] Voir *infra* chapitre 16.
[144] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 165, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[145] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 144, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[146] *Eléments des crimes*, Génocide par imposition de mesures visant à entraver les naissances, p. 118.
[147] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Stérilisation forcée, p. 124.

L'Assemblée ajoute deux notes de bas de page, la première portant sur la capacité biologique de se reproduire, précisant que « *Cela ne vise pas les mesures de régulation des naissances qui ont un effet non permanent dans la pratique* » et la seconde sur le libre consentement de la victime, ajoutant : « *Il est entendu que le terme 'libre consentement' ne comprend pas le consentement obtenu par la tromperie* » [148].

La Chine avait en effet exprimé son inquiétude, au sein de la Commission préparatoire, quand à l'éventuelle qualification de stérilisation forcée de sa politique de l'enfant unique, menée en vue de contrôler sa croissance démographique, souhaitant que les mesures ne provoquant pas d'effet permanent, mais simplement un effet à court terme, soient expressément exclues du champ d'application de cette disposition. Le Canada et l'Allemagne notamment s'y opposèrent estimant que toute mesure de stérilisation forcée comportait intrinsèquement des mesures de contrôle des naissances. Les éléments des crimes, en retenant la perte de la capacité biologique de reproduction, imposent donc un résultat définitif [149].

Avec ce crime, l'Assemblée des Etats parties renoue avec des termes dénués de contenu sexospécifique, ce qui signifie que tant l'homme que la femme peut en être l'auteur ou la victime.

Deux éléments ressortent des Eléments des crimes, qui sont la définition de la stérilisation et l'absence de consentement de la victime. Le premier définit la stérilisation comme la privation de la capacité biologique de se reproduire, ce qui induit une action de type médical suffisamment précise pour atteindre le but visé. En exigeant la perte de la capacité biologique de reproduction, l'Assemblée des Etats parties limite donc les moyens d'action des auteurs de cette infraction aux traitements médicaux ou d'ordre médical, qui, seuls, peuvent avoir les effets biologiques escomptés. Il en découle qu'un tel traitement, s'il est inévitablement d'ordre médical, ne doit pas être confondu avec celui que la ou les victimes suivraient dans l'intérêt de leur santé ou avec leur plein consentement [150]. Toutefois, des formes de mutilations physiques peuvent également provoquer la perte de la capacité biologique de reproduction, comme, par exemple, celle des testicules chez l'homme, ce qui n'est pas le cas des formes d'excisions pratiquées chez les femmes, malgré les difficultés qu'elles provoquent tant au moment des rapports sexuels que de l'accouchement.

Le second élément est identique au consentement exigé en matière de traitement médical ou d'expérience scientifique comme crime de guerre dans sa première partie [151], autorisant toutefois, en plus, le consentement libre (« *genuine* » en anglais) de la victime. Le sens de ce consentement doit être compris en relation avec l'emploi de la force présent dans toutes les formes de violences sexuelles comme crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. En effet, si l'on considère que, pour le viol, la grossesse forcée, la prostitution forcée et les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable, l'emploi de la force doit s'entendre largement, il faut remarquer que l'absence de cet élément en matière de stérilisation forcée n'est pas cohérent. Il convient donc d'interpréter la stérilisation forcée comme étant imposée de la même manière « *par la force ou en usant à l'encontre*

---

[148] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Stérilisation forcée, notes de bas de page 19 et 20, p. 124.
[149] Voir *Proposal submitted by Canada and Germany on art. 7*, ONU Doc PCNICC/1999/WGEC/DP.36 du 23 Novembre 1999, at. 7, n. 11 ; voir également Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 112-116.
[150] Voir *mutatis mutandis* Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 331.
[151] Voir art. 8 §2 lit. (b) ch. (x) CPI et *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Expériences médicales ou scientifiques, p. 139 et Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 332.

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 desdites personnes de donner leur libre consentement » [152]. Nous avons démontré sur ce point que l'attaque généralisée ou systématique dans laquelle les crimes contre l'humanité sont commis constitue un environnement coercitif n'autorisant pas à conclure au libre consentement de la victime. Comme pour tous les crimes contre l'humanité de violences sexuelles, il faut donc reconnaître la présomption irréfragable de l'absence de consentement libre de la victime en matière de stérilisation forcée. La possibilité d'un consentement libre de la victime n'a donc pas ici d'autre sens que diplomatique.

E. Les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable

Les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable forment une incrimination résiduelle, qui décrit toute forme de violence de caractère sexuel, autre que le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée mais d'une gravité comparable [153].

L'Assemblée des Etats parties a retenu les éléments constitutifs suivants de ce crime : « *1. L'auteur a commis un acte de nature sexuelle sur une ou plusieurs personnes ou a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un tel acte 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 desdites personnes de donner leur libre consentement. 2. Les actes étaient d'une gravité comparable à celle des autres infractions visées à l'article 7, paragraphe 1) g), du Statut* » [154].

Manquent dans la version française les deux derniers éléments habituels à tous les crimes contre l'humanité, relatifs au contexte nécessaire à leur qualification, que l'on retrouve toutefois dans les autres versions du texte, par exemple en anglais : « *4. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. 5. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population* » [155]. Il s'agit ici certainement d'une erreur dans la reproduction du texte français, ces deux éléments étant essentiels et s'imposant de manière systématique [156].

Toutefois, un troisième élément doit être relevé des autres textes, manquant également dans la version française : « *3. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established the gravity of the conduct* » ou « *3. Que el autor haya sido*

[152] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Viol, p. 15.
[153] Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 144-145, *ad* art. 7§1 lit. (g) CPI.
[154] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Autres formes de violences sexuelles, p. 16.
[155] *Elements of crimes*, Crimes against humanity of sexual violence, p. 15.
[156] La même erreur figurait déjà dans le Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, ONU Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 ; l'on peut regretter que l'Assemblée des Etats parties, adoptant sans modification le texte des Eléments des crimes retenu par la Commission, n'en aie pas profité pour corriger ce point et éclaircir le suivant.

consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta » [157]. Rappelons ici que l'Assemblée des Etats parties et, avant elle, la Commission préparatoire, dans son introduction générale aux Eléments des crimes, a précisé, en rapport aux éléments psychologiques faisant intervenir un jugement de valeur, comme ceux qui utilisent les mots « *inhumains* » ou « *graves* », qu'il n'est pas utile que l'auteur ait lui-même porté un jugement de valeur, « *sauf indication contraire* » [158]. Il semble donc que les éléments de ce crime contiennent une indication contraire exigeant de l'auteur qu'il soit conscient de la gravité particulière de ses actes [159].

On peut s'interroger sur la pertinence d'un tel élément, qui n'est pas requis du Statut. Nous ne sommes pas dans une situation comparable au crime contre l'humanité d'emprisonnement ou d'autre forme de privation *grave* de la liberté physique ; le Statut n'exige en effet pas que les violences sexuelles soient graves, mais qu'elles soient d'une gravité comparables à celles qui sont énumérées. Ici, les travaux de la Commission préparatoire, adoptés sans modification par l'Assemblée des Etats parties, créent donc un élément constitutif supplémentaire contraire au Statut, qui doit prévaloir sur les Eléments des crimes. Il faut donc en conclure que la gravité de l'acte de l'auteur n'est pas un élément constitutif particulier exigeant une intention et une connaissance particulière de l'auteur, et qu'il doit donc s'apprécier correctement dans le sens de la remarque générale de l'Assemblée elle-même, à savoir comme n'exigeant pas de l'auteur qu'il porte un jugement de valeur sur la gravité particulière de ses actes. Ceci permet de rendre aux Eléments des crimes leur cohérence avec le Statut mais également de leur rendre leur cohérence interne au sens de l'introduction générale que l'Assemblée leur a donné, enfin, ceci permet de rendre également cohérent les différentes versions du texte des Eléments des crimes.

Trois éléments ressortent donc du texte du Statut et des travaux de la Commission préparatoire, qui sont un acte de nature sexuelle, l'usage de la force et la gravité comparable aux autres crimes sexuels, dans le même sens que le Tribunal pénal international pour le Rwanda conclût que ces violences sont constituées de n'importe quel acte de violence de nature sexuelle, imposé à une personne dans des circonstances coercitives, qui n'exige pas la pénétration ni même un contact physique entre l'auteur et la victime [160].

Pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *Il semblerait que sont interdites toutes les violences sexuelles graves qui portent atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne et qui sont infligées au moyen de la menace, de l'intimidation ou de la force, d'une façon qui dégrade ou humilie la victime. Les uns et les autres constituant des crimes en droit international, la distinction est importante avant tout pour la condamnation* » [161].

Il convient de délimiter quelque peu la notion d'acte de nature sexuelle. En effet, si l'acte sexuel est en principe l'acte propre à la reproduction (le *coitus intra femorem*), la notion de viol définie comme la pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps, recouvre également largement la notion d'acte de nature sexuelle. Une première indication réside dans la

---

[157] *Elements of crimes*, Crimes against humanity of sexual violence, p. 121 et *Elementos de los Crímenes*, Crimen de lesa humanidad de violencia sexual, p. 125.
[158] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §4, p. 116.
[159] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 112-116 et Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 339-343.
[160] Voir TPIR, Akayesu, §§598 et 688.
[161] TPIY, Furundzija, §186.

liste des autres crimes de l'article 7 paragraphe 1 lettre (g) : l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée, la nature sexuelle de cette dernière étant toutefois particulière, puisqu'il ne s'agit pas d'un acte sexuel ni même de nature sexuelle, mais médical destiné à priver la victime non pas d'activité sexuelle mais de sa capacité de reproduction, ce qui est très différent.

Par ailleurs, si l'on suit le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans le jugement rendu en l'affaire *Furundzija*, il est possible de définir les actes de nature sexuelle comme portant atteinte à l'intégrité physique et morale de la victime. Cependant, toute atteinte à l'intégrité physique ou morale n'est pas en soi de nature sexuelle, ce qui nous éclaire peu. La nature sexuelle de l'acte en cause devra s'apprécier en fonction de toutes les circonstances de l'espèce, de même que sa gravité.

Certains actes sont clairement de nature sexuelle et d'une gravité suffisante, comme les mutilations dont sont victimes jusqu'à cent trente-deux millions de femmes et de jeunes filles dans le monde, selon l'Organisation mondiale de la santé. Ces mutilations se pratiquent dans vingt-huit pays d'Afrique et dans certaines régions d'Asie ou du Moyen Orient, ainsi que dans certaines communautés immigrées en Amérique du Nord, en Europe ou en Australie. Diverses raisons sont avancées pour les justifier, telles que la coutume et la tradition, la religion (alors qu'aucune religion ne les demande), la purification, l'honneur de la famille, l'hygiène, l'esthétique, la protection de la virginité et la prévention de la promiscuité masculine, l'augmentation du plaisir sexuel du mari, un signe d'appartenance au groupe, le renforcement de la fertilité ou l'augmentation des chances matrimoniales. Ces pratiques se distinguent en trois catégories de mutilations, premièrement la « *suna* » qui est l'ablation partielle du clitoris, puis l'excision, qui consiste en l'ablation du clitoris et des petites lèvres, enfin l'infibulation ou circoncision pharaonique, par laquelle sont amputés le clitoris, les petites lèvres et au moins deux tiers des grandes. Ces mutilations se pratiquent sans anesthésie et avec un matériel aléatoire, ce qui génère des complications multiples, des hémorragies au tétanos ou à la septicémie, aux dommages infligés aux organes voisins du fait de l'agitation de la victime au moment de l'opération. L'infibulation provoque également de sérieuses complications obstétriques, tant en ce qui concerne les menstruations, les rapports sexuels que l'accouchement [162].

D'autres par contre ne revêtent pas franchement ce caractère sexuel, comme ce peut être le cas de la nudité forcée. Imposer à un homme ou à une femme de se tenir nu ou d'avoir quelque activité que ce soit nu, devant d'autres personnes est manifestement attentatoire à la dignité de sa personne, sans pour autant comporter intrinsèquement de caractère sexuel. Par contre, lorsque cette nudité forcée s'accompagne de quolibets ou de sarcasmes à l'encontre des organes sexuels des personnes en cause, comme nous l'avons analysé par rapport à certains actes qualifiés de torture [163], elle prend alors un caractère sexuel permettant de la qualifier d'autre forme de violence sexuelle au sens de l'article 7 paragraphe 1 lettre (g) du Statut de la Cour pénale internationale.

[162] Voir OMCT, *Violence against Women*, pp. 132-136 et Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Additif, Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4. pp. 10-11.
[163] Voir *infra* chapitre 10.

La définition courante du terme sexuel apporte peu d'éclaircissements : qui a rapport au sexe, qui le caractérise, qui tient au sexe (Littré), le sexe étant la différence constitutive du mâle et de la femelle (Littré) ; sexuel signifie également ce qui caractérise le sexe des êtres vivants, le caractère sexuel étant les caractéristiques anatomiques ou physiologiques de l'un ou l'autre sexe, distinguant des caractères sexuels primaires (organes génitaux) et des caractères sexuels secondaires (pilosité, adiposité, voix) (Larousse), ou encore ce qui est relatif au sexe, aux conformations et aux fonctions de reproduction particulières de l'homme ou de la femme ; les parties sexuelles sont les parties génitales ; chez l'homme, est sexuel ce qui concerne l'accouplement, les comportements qui le déterminent et ceux qui en dérivent, l'accouplement étant l'union sexuelle, le coït ou la copulation (Robert). L'acte de caractère sexuel doit alors s'entendre en rapport avec l'accouplement et recouvre ainsi les mêmes notions que la pénétration sexuelle définissant le viol.

Pour le Statut de Rome toutefois, le terme sexe s'entend de l'un ou l'autre sexe, masculin ou féminin : il n'implique aucun autre sens [164]. Logiquement, l'acte sexuel devrait avoir le même sens. Il faut donc que l'acte en cause ait un rapport avec le sexe masculin ou féminin, en tant qu'organe, ce qui implique qu'il soit mis à contribution en tant que tel, comme c'est le cas, par exemple, des mutilations sexuelles. Il convient donc d'analyser au cas par cas le caractère sexuel ou non des actes allégués, qui ne se prêtent guère à une délimitation abstraite.

Il semble toutefois, vu la définition du viol issue de la jurisprudence internationale et des travaux de la Commission préparatoire, tels qu'adoptés par l'Assemblée des Etats parties, que l'incrimination de ces autres formes de violence sexuelle de gravité comparable soit très largement redondante avec celle du viol.

[164] Art. 7 §3 CPI.

VI. La *mens rea*

L'élément psychologique ou *mens rea* des différentes formes de violences sexuelles s'apprécie, comme pour tous les autres crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, selon les critères de l'article 30 du Statut, qui exige qu'elles soient commises avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct, excluant le dol éventuel et la négligence, sauf si le Statut en dispose autrement.

Cet élément doit s'apprécier pour chacune des formes de violences sexuelles individuellement.

A. Le viol

Pour le viol, l'intention de l'auteur doit porter sur la pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps, et sur la contrainte à employer pour y parvenir contre la volonté de la victime, ou sur l'utilisation d'un environnement coercitif à cette fin. Sa connaissance doit porter sur la pénétration sexuelle, sur la contrainte qui lui permettra de passer outre l'opposition de sa victime ou sur l'environnement coercitif existant et sur la pénétration que constitue son acte. L'auteur doit donc entendre pénétrer sexuellement sa victime en usant de la contrainte et savoir que son acte constitue une pénétration sexuelle imposée par la contrainte.

Comme le soulignait déjà le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *L'élément moral du viol est constitué par l'intention de procéder à une pénétration sexuelle et par le fait de savoir qu'elle se produit sans le consentement de la victime* » [165].

B. La prostitution forcée

L'intention en matière de prostitution forcée doit porter sur l'acte de nature sexuelle, sur la contrainte à employer pour y parvenir contre la volonté de la victime ou sur l'utilisation d'un environnement coercitif à cette fin, et sur l'avantage que l'auteur obtiendra ou espère obtenir de ce fait, pour lui-même ou toute autre personne, y compris la victime. Quant à la connaissance, l'auteur doit savoir que l'acte qu'il commet est de nature sexuelle, il doit savoir que la victime y est contrainte ou qu'il profite d'un environnement coercitif et, enfin, il doit savoir que lui-même ou un tiers obtiendra ou espère obtenir un avantage de ce fait.

[165] TPIY, Kvocka, §179.

C. La grossesse forcée

La grossesse forcée est un cas particulier au sein des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. En effet, nous avons vu que la définition que le Statut lui donne comporte l'intention spécifique de modifier la composition ethnique d'un groupe ou de commettre une autre violation grave du droit international [166].

Pour mieux comprendre l'enjeu de ce crime, citons deux passages du livre de Karima Guenivet, *Violences sexuelles, la nouvelle arme de guerre*, en rapport avec les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie : « *On ne peut comprendre l'utilisation des violences sexuelles et des grossesses forcées durant cette guerre sans tenter d'analyser la vision serbe de l'identité. D'aucuns pourraient penser qu'en mettant enceintes des femmes bosniaques, les Serbes ne font que grossir les rangs de l'ennemi et qu'un enfant élevé par des Bosniaques sera Bosniaque. Il n'en est rien et les croyances de certains intellectuels serbes influents en la matière permettent de lever le voile sur ce paradoxe. Le cas de Dobrica Cosic est un bon exemple de cet amalgame entre croyances et savoir. Inspirateur du* Mémorandum de l'Académie des sciences et des arts de Belgrade*, il est aussi l'auteur de romans centrés sur les questions de mélange de sang et transmission généalogique mise en péril par la sexualité féminine lorsque le père social n'est pas le père ethnique. Dans son roman* Racines*, l'adultère féminin est présenté comme un risque d'introduction de l''autre' par transmission ethnique. Selon son raisonnement, porter l'autre dans son ventre, c'est 'contribuer à l'assassinat de la mémoire collective'. (…) Cette interprétation des faits va à l'encontre de toutes les théories sur l'inné et l'acquis, pourtant elle est ancrée dans l'imaginaire collectif serbe* » [167].

Plus loin, le même auteur trace le tableau suivant des grossesses forcées commises par des Serbes : « *Mises enceintes volontairement par des soldats serbes dans des camps d'enfantement ou victimes de viols, de nombreuses femmes se sont retrouvées enceintes. Selon Mme Sarac, responsable du service de Sarajevo, ces femmes violées et violentées par plusieurs hommes ignorent l'identité du géniteur. Le viol a été institutionnalisé afin de 'polluer' la société et la culture musulmane et dans ce sens, la femme devient un élément important de cette stratégie de guerre. Il semble que l'idée était de mettre en place une espèce de cinquième colonne, une société d'enfants bosniaques, musulmans et croates avec des pères serbes, des enfants qui auraient rejoint la cause de leur père. (…) A l'accouchement, elles sont à la fois libérées du fardeau de cet enfant et marquées à jamais. Elles entrent ensuite dans une nouvelle prison, celle de la honte, du souvenir à jamais présent sous la forme de cet enfant qui est le leur. Certains hommes ont accepté d'élever aux côtés de leur femme l'enfant né du viol considérant qu'il était, au même titre qu'eux, une victime de guerre. La majorité des femmes ont choisi de les abandonner ou pire* », avant de conclure que la situation de ces enfants est différente d'un cas à un autre : « *Un des avantages de la Bosnie, contrairement à l'Algérie ou au Rwanda, est l'assimilation de ces enfants au même titre que les autres par les autorités bosniaques. Selon la tradition bosniaque, les enfants orphelins sont généralement pris en charge par la famille proche ou élargie. Avec la guerre, la cellule familiale a été modifiée, rendant difficile cette pratique. L'accouchement sous X n'existe pas en Bosnie et dans le processus légal d'adoption, l'enfant doit savoir avant l'âge de 5 ans qu'il a été adopté. A 18 ans, l'enfant peut, s'il le désire, connaître l'identité de ses parents et son*

[166] Voir art. 7 §2 lit. (f) CPI.
[167] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, p. 71.

origine. Peut-on imaginer qu'elle sera la réaction de tous ces enfants 'de la honte' lorsqu'ils sauront qu'ils sont le fruit d'une morbide stratégie d'épuration ethnique ? » [168].

L'intention et la connaissance de l'auteur doivent porter sur un grand nombre d'éléments, ce qui ne sera pas sans soulever d'importantes difficultés en matière de preuve. L'intention de l'auteur doit ainsi couvrir cinq éléments cumulatifs : la détention d'une femme, l'acte sexuel à commettre, la mise enceinte de cette femme, la contrainte nécessaire pour y parvenir contre sa volonté ou l'utilisation d'une environnement coercitif à cette fin, le but poursuivi de modifier ce faisant la composition ethnique d'un groupe ou de commettre une autre violation grave du droit international.

On peut s'interroger sur la pertinence du second volet de l'alternative qu'offre le *dolus specialis* en matière de grossesse forcée, car le simple fait de détenir une femme et de la mettre enceinte de force constitue une violation grave du droit international, sans qu'une quelconque intention particulière ne soit en sus nécessaire. En effet, la détention illégale d'une femme mise enceinte de force est clairement contraire aux droits de l'homme ou au droit des conflits armés, qui protègent la liberté de la personne et son intégrité physique et mentale, interdisent la détention arbitraire et tout type de mauvais traitement, le droit des conflits armés étant même plus complet dans sa protection de la femme contre tout viol et plus généralement contre tout attentat à la pudeur.

Il faut donc reconnaître que l'essence de la grossesse forcée réside dans la modification de la composition ethnique d'un groupe, ce qui est typique des pratiques dites de nettoyage ethnique ; les autres violations graves du droit international permettent de ne pas enfermer la définition de la grossesse forcée dans ces cas stricts de nettoyage ethnique, laissant ouvert la possibilité de qualifier ainsi d'autres comportements.

La connaissance de l'auteur doit elle, porter sur six éléments qui sont : la détention de la femme, l'acte sexuel à commettre, la grossesse qui en résultera, la contrainte nécessaire pour y parvenir contre la volonté de la victime ou l'utilisation d'un environnement coercitif à cette fin, l'appartenance de la victime à un groupe ethnique différent du sien, dans lequel l'appartenance ethnique est déterminée par le père.

A ceci s'ajoute une question particulière liée à la participation éventuelle de plus d'un auteur, notamment si l'on distingue la personne qui détient la femme, de celle qui la met enceinte de force. Si les deux partagent la même intention de modifier la composition d'un groupe ethnique ou de commettre une autre violation grave du droit international, alors ils sont tous deux coauteurs de ce crime. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il en soit ainsi et l'un d'eux seul peut être habité d'une telle intention, à l'exception de l'autre. Dans un tel cas, seul celui qui aura agi dans l'intention de modifier la composition ethnique d'un groupe ou de commettre une autre violation grave du droit international pourra être accusé du crime contre l'humanité de grossesse forcée ; l'autre pourra soit être son complice, s'il connaissait ses desseins, soit commettre un autre crime, par exemple de détention ou autre forme de privation grave de liberté physique ou de viol. Ceci dépendra des circonstances de l'espèce.

[168] Karima Guenivet, *Violences sexuelles*, pp. 86-87.

D. La stérilisation forcée

Par la stérilisation forcée, l'auteur doit avoir l'intention de priver la victime de sa capacité biologique à se reproduire et il doit avoir l'intention d'user de la contrainte nécessaire à passer outre son absence de consentement ou d'utiliser à cette fin un environnement coercitif ; il doit donc également savoir que son acte provoquera la perte de la capacité biologique de reproduction de la victime et que sa victime n'a pas consenti librement à ce traitement.

E. Les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable

Enfin, en matière d'autre forme de violence sexuelle, l'auteur doit avoir l'intention de commettre un acte de nature sexuelle et d'user de la contrainte nécessaire à surmonter l'opposition de sa victime ou de profiter d'un environnement coercitif à cette fin ; il doit savoir que l'acte qu'il commet est de nature sexuelle et que la victime n'est pas consentante. Par contre, et ne retenant pas sur ce point les travaux de la Commission préparatoire dans ses textes hors le français, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait porté un jugement de valeur particulier sur la gravité de ses actes.

VII. Conclusion : les éléments constitutifs de viol, de prostitution forcée, de grossesse forcée, de stérilisation forcée et des autres formes de violence sexuelle de gravité comparable

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs des différentes formes de violences sexuelles comme crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile [169].

A. Le viol

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ;
2. L'auteur a violé une ou plusieurs personnes par la pénétration même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps ; et
3. L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend provoquer la pénétration même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps ; et
3. L'auteur entend user de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien entend agir à la faveur d'un

[169] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, p. 93.

environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que la pénétration même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps sera le résultat de son comportement ; et
3. L'auteur sait que sa victime n'est pas consentante.

B. La prostitution forcée

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ;
2. L'auteur a amené une ou plusieurs personnes à la commission d'un acte de nature sexuelle ; et
3. L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement ; et
4. L'auteur ou une autre personne a obtenu ou espérait obtenir un avantage pécuniaire ou autre en échange des actes de nature sexuelle ou en relation avec ceux-ci.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend amener une ou plusieurs personnes à la commission d'un acte de nature sexuelle ; et
3. L'auteur entend user de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien entend agir à la faveur d'un

environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement ; et

4. L'auteur ou une autre personne entend obtenir ou espère obtenir un avantage pécuniaire ou autre en échange de l'acte de nature sexuelle ou en relation avec celui-ci.

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que l'acte qu'il amène sa victime à commettre est de nature sexuelle ; et
3. L'auteur sait que sa victime n'est pas consentante ; et
4. L'auteur ou une autre personne sait qu'il obtiendra ou espère obtenir un avantage pécuniaire ou autre en échange de l'acte de nature sexuelle ou en relation avec celui-ci.

C. La grossesse forcée

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur a détenu illégalement une femme ; et/ou
3. L'auteur a commis un acte sexuel avec cette femme ; et
4. L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement ; et
5. L'auteur a mis cette femme enceinte.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend détenir une femme ; et/ou
3. L'auteur entend commettre avec cette femme l'acte sexuel ; et
4. L'auteur entend user de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée

par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien entend agir à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement ; et

5. L'auteur entend mettre cette femme enceinte ; et
6. L'auteur entend ainsi modifier la composition ethnique d'un groupe ou commettre une autre violation grave du droit international.

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait qu'il détient illégalement une femme ; et/ou
3. L'auteur sait qu'il commettra ou qu'un tiers commettra un acte sexuel avec cette femme ; et
4. L'auteur sait que cette femme n'est pas consentante ; et
5. L'auteur sait que la grossesse de cette femme sera la conséquence de son viol ; et
6. L'auteur sait que la naissance d'un enfant dans ces conditions modifiera la composition ethnique d'un groupe ou constituera une autre violation grave du droit international.

D. La stérilisation forcée

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ;
2. L'auteur a privé une ou plusieurs personnes de la capacité biologique de se reproduire ; et
3. L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et

2. L'auteur entend priver une ou plusieurs personnes de la capacité biologique de se reproduire ; et
3. L'auteur entend user de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien entend agir à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que la privation de la capacité biologique de se reproduire d'une ou plusieurs personnes sera le résultat de ses actes ; et
3. L'auteur sait que sa victime n'est pas consentante.

E. Les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable

1. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ;
2. L'auteur a commis un acte de nature sexuelle autre que les précédents avec une ou plusieurs personnes ; et
3. L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

2. Eléments psychologiques

a) Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend commettre un acte de nature sexuelle ; et
3. L'auteur entend user de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien entend agir à la faveur d'un

environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

b) Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait que l'acte qu'il commet est de nature sexuelle ; et
3. L'auteur sait que sa victime n'est pas consentante.

Chapitre 12

La persécution

La persécution apparut à Nuremberg comme l'un des deux volets des crimes contre l'humanité, en complément de ceux dits de type « *meurtre* », et fut reprise ensuite dans tous les instruments internationaux relatifs aux crimes contre l'humanité [1].

Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg sépara la persécution des autres crimes contre l'humanité et en limita les motifs à ceux politiques, raciaux ou religieux. Nous avons démontré, dans un précédent chapitre consacré au meurtre [2], que cette distinction n'a plus guère de sens aujourd'hui car les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, de même que celui de la Cour pénale internationale elle-même, ne tracent plus ce genre de catégories au sein des crimes contre l'humanité.

Plus pertinente nous apparaît la distinction entre des crimes contre l'humanité « *simples* » tels que le meurtre, et « *composés* », tels que la persécution, qui sont constitués d'autres actes énumérés ailleurs dans la liste des crimes contre l'humanité, à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, ou ailleurs dans ce Statut, aux articles 6 et 8, consacrés respectivement aux crimes de génocide et de guerre.

Si l'incrimination de la persécution est claire en droit international, sa définition l'est moins. Le Statut de la Cour pénale internationale en donne aujourd'hui la première définition conventionnelle : « *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* », ce qui s'entend du « *déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet* » [3].

---

[1] Voir art. 6 lit. (c) TMI Nuremberg et art. 5 lit (c) TMI Tokyo, art. II §1 lit. (c) Loi N°10 du Conseil de contrôle allié, art. 5 lit. (h) TPIY et art. 3 lit. (h) TPIR.
[2] Voir *supra* chapitre 5.
[3] Art. 7 §§1 lit. (h) et 2 lit. (g) CPI.

Les persécutions font l'objet d'une assez vaste jurisprudence, depuis le jugement du Tribunal de Nuremberg jusqu'aux dernières décisions des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, en passant par quelques jugements rendus par des tribunaux nationaux, essentiellement dans les affaires *Eichmann*, en Israël, et *Barbie* en France.

Surtout, nous retrouvons avec la persécution un crime contre l'humanité qui constitue une violation flagrante des droits de l'homme, en particulier de celui de chacun de jouir des droits et libertés garantis dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et de l'interdiction de toute discrimination. Le droit international des réfugiés contient également une interdiction particulière des discriminations. La persécution, comme tous les autres crimes contre l'humanité, recouvre également une vaste catégorie de comportements, qui, nous le verrons, peuvent être extrêmement divers, de l'atteinte à certains biens matériels à l'extermination de millions de victimes.

I. La persécution dans la jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale

Nous l'avons mentionné, la persécution n'a pas connu de définition claire avant l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale. Pourtant, la notion a été largement utilisée dès les travaux du Tribunal militaire international de Nuremberg.

En effet, dans le chapitre du jugement consacré à la persécution des Juifs, le Tribunal jugea qu'il y avait là la preuve d'actes commis sur une grande échelle avec une inhumanité constante et systématique. La persécution des Juifs s'intensifia à la prise du pouvoir par les nazis, une série de lois d'exception fut promulguée, qui limitait les fonctions et professions que les Juifs avaient le droit d'exercer, leur vie privée et leurs droits de citoyens firent également l'objet d'autres restrictions. Dès l'automne 1938, les nazis, dans leur politique antisémite, avaient programmé l'exclusion totale des Juifs de la vie allemande et, pour ce faire, organisèrent des pogroms consistant à brûler et à détruire les synagogues, à piller les magasins israélites et à arrêter les hommes d'affaires juifs importants. Une amende collective d'un milliard de mark leur fut imposée, la saisie de leurs avoirs fut permise et ils ne furent autorisés à se déplacer que dans certains districts et à certaines heures. Des ghettos furent créés en grand nombre et, sur ordre de la Gestapo, les Juifs furent obligés de porter une étoile jaune sur la poitrine et une autre dans le dos [4].

L'analyse des faits permit au Tribunal de conclure : « *Après que les nazis furent arrivés au pouvoir en 1933, la persécution des Juifs fit partie de la politique officielle de l'État. Le 1er avril 1933, le Cabinet nazi approuva le boycottage des entreprises juives et, dans les années qui suivirent, une série de lois antisémites furent votées pour limiter les activités des Juifs dans l'administration, les professions juridiques, le journalisme et l'armée. En septembre 1935, on vota les lois appelées 'lois de Nuremberg', dont le résultat le plus important fut d'enlever aux Juifs le titre de citoyens allemands* » [5].

Certains accusés furent individuellement condamnés pour persécution, comme Martin Bormann, au motif qu'il « *joua un rôle actif dans la persécution des Juifs, tant en Allemagne que dans les pays occupés. Il prit part aux discussions qui conduisirent à transférer en Pologne soixante mille Juifs de Vienne, avec l'aide des SS et de la Gestapo. Il signa le décret du 31 mai 1941 qui étendait l'application des Lois de Nuremberg aux territoires annexés de l'Est. (...) Le 1er juillet 1943, il signa une ordonnance qui privait les Juifs de la protection des tribunaux ordinaires et les plaçait sous la juridiction exclusive de la Gestapo de Himmler* » [6].

Hans Franck fut également condamné pour persécution, dans le sens où : « *Les persécutions de Juifs commencèrent immédiatement. À l'origine, le territoire contenait deux millions cinq cent mille à trois millions cinq cent mille Juifs. Ils furent tous contraints de vivre dans des ghettos, soumis à des lois d'exception, privés de la nourriture nécessaire à leur subsistance, finalement exterminés systématiquement et brutalement* » [7]. Wilhelm Frick, quant à lui, se vit reprocher le crime de persécution pour les motifs d'avoir rédigé, signé et appliqué les lois antisémites destinées à éliminer les Juifs de la vie et de l'économie allemande, qui conduisirent au décret final les déclarant hors la loi, livrant leur sort à la Gestapo et ouvrant ainsi la voie à la solution finale. La

[4] Voir Jugement de Nuremberg, pp. 247-249, cité *in* TPIY, Tadic, §705, note 255.
[5] Jugement de Nuremberg, pp. 180-181, cité *in* TPIY, Tadic, §705, note 256.
[6] Jugement de Nuremberg, pp. 339-340, cité *in* TPIY, Tadic, §706, note 257.
[7] Jugement de Nuremberg, pp. 297-298, cité *in* TPIY, Tadic, §706, note 258.

discrimination économique antisémite fut également l'un des facteurs qui permit au Tribunal de conclure que Walter Funk et Arthur Seyss-Inquart furent des criminels de guerre [8].

Le Tribunal détermina, dans l'affaire *Friedrich Flick et consorts*, que les crimes contre les biens industriels ne pouvaient pas être constitutifs de persécution comme crime contre l'humanité, sans trancher la question de savoir si la destruction de biens personnels, qu'il distingua des biens industriels, tels que les logements, articles ménagers et nourriture des personnes persécutées, qui représenteraient une atteinte à la santé et à la vie, comme l'incendie de son foyer, la privation de nourriture ou d'un emploi rémunéré, peuvent l'être [9].

Le jugement israélien rendu dans l'affaire *Eichmann* renforce la conclusion tirée de la qualification de crime contre l'humanité de la persécution économique, que l'atteinte à des biens personnels est bien constitutive de ce crime. Eichmann a en effet été condamné pour crimes contre l'humanité et la saisie des avoirs des Juifs contraints d'émigrer ou déportés a notamment été qualifiée de crime contre l'humanité lorsqu'elle fut commise « *par la terreur ou liée à d'autres actes de violence définis dans la Loi ou quand elle a résulté de ces actes, de sorte qu'elle faisait partie d'un dispositif généralisé, comme la saisie par les Centres d'émigration juive des avoirs de ceux qui furent déportés et exterminés* » [10].

D'autres formes de discrimination permirent également au Tribunal de Nuremberg de condamner certains accusés, notamment Julius Streicher, qui, en prêchant la haine des Juifs par le verbe et l'écrit, « *sema dans l'esprit allemand le virus de l'antisémitisme et poussa le peuple à se livrer à des actions hostiles à l'égard des Juifs* » en Allemagne et ailleurs. Ainsi, « *le fait que Streicher poussait au meurtre et à l'extermination, à l'époque même où, dans l'Est, les Juifs étaient massacrés dans les conditions les plus horribles, réalise la persécution pour des motifs politiques et raciaux prévue parmi les crimes de guerre définis par le statut, et constitue également un crime contre l'Humanité* » [11].

D'autres actes encore furent jugés constitutifs du crime contre l'humanité de persécution dans le cadre de l'affaire *Justice*, dans laquelle les accusés furent tous d'anciens juges, procureurs ou fonctionnaires du Ministère de la justice du Reich. Le Tribunal y examina les aspects juridiques du rôle joué dans le progrès de la persécution des Juifs et des Polonais ainsi que d'autres aspects de la politique nazie, par plusieurs des accusés agissant dans leur capacité officielle ou judiciaire mais, a-t-il ajouté, « *toutes les lois que nous avons mentionnées pourraient être appliquées de manière discriminatoire et l'ont été et, dans le cas de bon nombre d'entre elles, le Ministère de la justice et les tribunaux les ont appliquées par des moyens arbitraires et brutaux, révoltant la conscience de l'humanité et qui sont punissables ici* » [12].

Le commentaire relatif à cette affaire souligne que « *Rothaug et Oeschey ont été déclarés coupables de crimes contre l'humanité non seulement parce que le comportement arbitraire à l'instance a été établi mais parce qu'il a été démontré que ce comportement*

---

[8] Jugement de Nuremberg, p. 300 et *the Trial of Fredrich Flick and Five Others*, vol. IX, *Law Reports*, p. 27, cité *in* TPIY, Tadic, §706, notes 259 à 261.
[9] Voir *the Trial of Friedrich Flick and Five Others*, vol. IX, *Law Reports*, p. 26, cité *in* TPIY, Tadic, §707, notes 262 à 265.
[10] *Attorney General of Israel v. Eichmann*, 36 *International Law Reports* 5, 239 (1968), p. 14, cité *in* TPIY, Tadic, §707, notes 267 et 268.
[11] Jugement de Nuremberg, pp. 302-304, cité *in* TPIY, Tadic, §708, notes 269 et 270.
[12] Voir *trial of Josef Altstötter and Others* ("Affaire Justice"), vol. VI, *Law Reports* of Trials of War Criminals (UN War Crimes Commission London, 1949) ("*Law Reports*"), pp. 51-52, cité *in* TPIY, Tadic, §709, notes 271 et 272.

correspondait à une participation à une persécution pour des raisons politiques, raciales ou religieuses (...) en d'autres termes, il est probablement exact de dire que le Tribunal a considéré comme constituant des crimes contre l'humanité non seulement une série de changements apportés au système juridique de l'Allemagne mais aussi qu'une série de ces modifications exerçaient ou représentaient des persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, ou qu'elles étaient à l'origine de la perpétration d''atrocités et de crimes' » [13].

Quant à l'affaire *Eichmann*, que nous avons déjà mentionnée, le Tribunal israélien observa que le quatrième paragraphe du Programme du Parti national-socialiste déclarait que les Juifs, n'appartenant pas au peuple allemand, ne pouvaient être des citoyens de l'Etat allemand, et le huitième paragraphe exigea que tous les Juifs qui n'étaient pas allemands ou immigrèrent en Allemagne après le 2 août 1914 quittassent immédiatement le territoire du Reich ; en foi de quoi il jugea : « *avec l'arrivée d'Hitler au pouvoir, la persécution des Juifs est devenue la politique officielle et a revêtu la forme quasi juridique de lois et règlements publiés par le Gouvernement du Reich conformément au pouvoir législatif que lui avait délégué le Reichstag le 24 mars 1933 (Session 14, p. 71) et d'actes directs de violence organisés par le régime contre les personnes et les biens des Juifs (...). Le but de ces actes commis durant la première phase était de priver les Juifs de leurs droits de citoyens, de les dégrader et de les effrayer, de les séparer du reste des habitants, de les éliminer de la vie économique et culturelle de l'État et de les exclure des sources de revenu. Ces tendances se sont exacerbées au fil des ans jusqu'à l'ouverture des hostilités. Même avant que les Juifs allemands aient subi leur premier choc général le 1er avril 1933 lorsqu'ont commencé le boycottage des entreprises et commerces juifs, l'arrestation de Juifs et leur envoi en camps de concentration (...) Le 7 novembre 1938, Hirsch Grynschpan tira sur vom Rath, le Conseiller de l'Ambassade allemande à Paris. Après cet acte, la vague des persécutions contre les Juifs en Allemagne déferla* » [14].

Des affaires ultérieures confirmèrent l'interprétation extensive de la persécution, bien qu'aucune juridiction ne tentât de la définir précisément, et le terme fut généralement employé pour décrire le traitement imposé aux Juifs ainsi qu'à d'autres groupes spécifiquement visés, tels les Polonais. La persécution fut la principale accusation portée dans nombre de procès conduits sous la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié, dont l'affaire dite des *Ministères* dans laquelle le Tribunal militaire des Etats-Unis affirma : « *Hitler a fait de la persécution des Juifs l'un des thèmes principaux de sa politique en vue de s'emparer du pouvoir et de le conserver (…). La persécution des Juifs s'est progressivement intensifiée pour aller jusqu'à la mort la plus ignoble. (…) Les Juifs d'Allemagne ont tout d'abord été privés de leur droit de citoyenneté. Ils ont ensuite été privés du droit d'enseigner, d'exercer des professions libérales, d'accéder à l'éducation, de diriger des entreprises ou commerces, de se marier, si ce n'est entre adeptes de la même religion ; ils faisaient l'objet d'arrestation et d'emprisonnement dans des camps de concentration, ils subissaient sévices, mutilations et torture ; leurs biens étaient saisis ; ils étaient confinés dans des ghettos ; ils étaient contraints d'émigrer et devaient payer pour obtenir l'autorisation de le faire ; ils étaient déportés à l'Est, où ils devaient travailler jusqu'à l'épuisement et la mort ; ils ont été contraints au travail forcé ; et enfin, plus de six millions d'entre eux ont été exterminés* » [15].

Par ailleurs, le gauleiter Artur Greiser fut accusé et condamné par le Tribunal national suprême de Pologne pour sa participation à des crimes contre les peuples polonais et juif, y compris des actes de persécution et d'extermination consistant

[13] Note sur le jugement, pp. 81 et 83, cité *in* TPIY, Tadic, §709, note 273.
[14] Note sur le jugement, pp. 56-57, cité *in* TPIY, Tadic, §710, note 275.
[15] Affaire des Ministères, TMN, Vol. XIV, p. 471, cité *in* Kupreskic, §598, note 874.

notamment à les tuer sur le champ, ou « *en les rassemblant dans des ghettos (…) d'où ils ont été progressivement déportés, pour être assassinés, principalement dans les chambres à gaz du camp d'extermination de Chelmno (…), à soumettre dès le tout début de l'occupation, la population juive à toutes formes de vexations et de tourments, des provocations verbales ou physiques jusqu'aux dommages corporels les plus graves, infligés de manière aussi douloureuse et humainement dégradante que possible* » [16].

Enfin, dans l'affaire *Willy Zühlke*, un ancien gardien de prison allemand fut condamné par la Cour spéciale néerlandaise d'Amsterdam pour sa participation à la politique allemande visant à humilier et persécuter les Juifs en les maintenant illégalement en détention, en leur infligeant des coups de poing et de pied et autres mauvais traitements et humiliations. La Cour spéciale néerlandaise a fait remarquer qu'« *il maltraitait les prisonniers juifs avec beaucoup plus de brutalité que les autres prisonniers* » [17].

L'analyse de cette jurisprudence permit au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de conclure que le crime de persécution englobe une variété d'actes, notamment ceux d'un caractère physique, économique ou judiciaire, qui privent une personne de son droit à un exercice égal de ses libertés fondamentales [18].

Le Professeur Bassiouni essaya de combler l'absence de définition de la persécution en droit international, écrivant que les termes persécuter et persécution finirent par être interprétés comme se référant à une pratique discriminatoire résultant de violences physiques ou mentales, de préjudices économiques ou de toutes ces violences réunies. Le verbe persécuter et l'acte de persécution ont acquis un sens universellement accepté dont il donna la définition suivante : action ou politique d'un État visant à harceler, tourmenter, opprimer ou discriminer à l'égard d'une personne en vue de lui causer des souffrances physiques ou mentales ou de lui nuire économiquement, en raison des convictions ou opinions de la victime ou de son appartenance à un groupe identifiable donné (religieux, social, ethnique, linguistique ou autre) ou simplement parce que l'auteur visait à distinguer une catégorie spécifique de victimes pour des raisons qui lui sont personnelles [19].

La Cour de cassation française, dans l'affaire *Barbie* tenta également de mieux cerner ce crime contre l'humanité, dans les mots employés à l'audience par le Conseiller à la Cour de Cassation Le Gunehec, qui soutint que, par dessus tout, ces crimes violent les droits fondamentaux de l'humanité, tels que le droit à l'égalité, sans distinctions de race, de couleur ou de nationalité et le droit à ses propres opinions politiques et religieuses, qu'ils n'infligent pas de blessures ou la mort mais sont aggravés par la violation intentionnelle, délibérée et gratuite de la dignité de tous les hommes et de toutes les femmes : ceux-ci sont des victimes uniquement parce qu'ils appartiennent à un groupe autre que celui de leurs persécuteurs ou qui n'accepte pas leur domination [20].

Pus tardivement, en 1986, le Tribunal de district de Zagreb a rendu un jugement dans l'affaire *Andrija Artukovic*, un membre important du mouvement oustachi de « *l'État indépendant de Croatie* » autoproclamé durant la deuxième guerre

---

[16] Procès du *Gauleiter Artur Greiser*, Cour nationale suprême de Pologne, 21 juin – 7 juillet 1946, *in Law Reports*, Vol XIII, p. 105, cité *in* Kupreskic, §600, note 877.
[17] Jugement du *Bijzonder Gerechtshof Amsterdam*, 3 août 1948, cité dans l'arrêt du *Bijzondere Raad van Cassatie*, 6 décembre 1948, *Nederlandse Jurisprudentie,* 1949 n° 85 ; traduction anglaise non officielle *in Law Reports*, Vol. XIV, p. 139, cité *in* Kupreskic, §601, note 878.
[18] TPIY, Tadic, §710, conclusion reprise *in* TPIY, Kupreskic, §597.
[19] Voir Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, p. 317.
[20] Rapport du Conseiller Le Gunehec, p. 24, cité *in* TPIY,Tadic, §696, note 228.

mondiale, qui ordonna les exécutions en masse et les déportations dans un camp de concentration. Le Tribunal estima que son intention résultait de ses « *convictions oustachies, au nom desquelles les persécutions, les camps de concentration et les exécutions en masse de Serbes, de Juifs, de Tsiganes, ainsi que de Croates hostiles à cette idéologie, faisaient partie intégrante de la mise en oeuvre d'un programme visant à créer une Croatie 'pure'* ». Le Tribunal le condamna à la peine de mort, le décrivant comme l'un des « *meurtriers implacables, qui sous le prétexte de 'protéger la pureté de la race et de la foi' et dans le but de réaliser leur idéologie nazie et fasciste, (…) ont tué, massacré, torturé, mutilé, exposé à de grandes souffrances et persécuté des milliers et des milliers de personnes, dont des femmes et des enfants* » [21].

Le commentaire du Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, de la Commission du droit international, retient un déni des droits de l'homme et des libertés fondamentales auxquels chacun peut prétendre sans distinction, et renvoie ainsi aux articles de la Charte des Nations Unies et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui traitent du droit à la non-discrimination. Il examine aussi le lien entre « *la persécution pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques* » et celui de « *discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population* », remarquant qu'ils se caractérisent tous les deux par « *le refus de reconnaître à des individus les libertés et droits fondamentaux de l'être humain sur la base d'un critère discriminatoire injustifiable, bien que dans le cas des derniers, il faut que le plan ou la politique discriminatoires ait été institutionnalisé* ». C'est la violation du droit à l'égalité portant gravement atteinte à l'exercice d'un droit fondamental qui constitue la persécution [22].

La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans la première affaire qu'elle eut à traiter, reprit ces définitions, pour en conclure qu'il en ressort « *que l'élément nécessaire est une certaine forme de discrimination qui entend constituer un déni des droits fondamentaux d'un individu et se traduit par un tel déni. De plus, cette discrimination doit se fonder sur des motifs spécifiques, à savoir la race, la religion ou la politique. Les crimes contre l'humanité du 'type persécution' étant distincts de ceux du 'type meurtre', il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte inhumain distinct pour qu'il y ait persécution ; la discrimination en soi rend l'acte inhumain* » [23].

[21] *Affaire Artukovic*, Tribunal de district de Zagreb, Doc. N° K-1/84-61, 14 mai 1986, p. 23 de la traduction en anglais (disponible au TPIY), cité *in* TPIY, Kupreskic, §602, note 882.
[22] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, pp. 98-99.
[23] TPIY, Tadic, §697.

II. La protection contre les discriminations en droit international des droits de l'homme

A. Les conventions générales de protection des droits de l'homme

L'interdiction des discriminations est l'un des fondements de tout le droit international des droits de l'homme, affirmée dès l'article premier de la Déclaration universelle, qui reconnaît que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit* ». C'est cependant son article 2 qui stipule plus précisément que nulle distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ne doit présider à la reconnaissance des droits et des libertés proclamés.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant, avec cette précision que les Etats parties doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination, la Convention européenne des droits de l'homme, qui ajoute une considération particulière aux minorités nationales, la Déclaration et la Convention américaines des droits de l'homme, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples reprennent tous l'interdiction de toute forme de discrimination, énonçant des listes souvent identiques mais dont les différences ne sont pas essentielles, et qui, surtout, sont toutes illustratives [24]. L'énumération n'est en effet qu'exemplative et non limitative, la présence de l'un de ces motifs permettant tout juste de provoquer une présomption ou une suspicion d'illégitimité, qui aura pour effet de déplacer le fardeau de la preuve [25].

Toutes ces conventions contiennent l'énumération d'une quinzaine de motifs discriminatoires formellement interdits et le texte français de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit toute « *distinction* » doit être compris dans le sens de « *discrimination* », tel qu'on le retrouve dans le texte anglais et plus largement dans les diverses conventions internationales de protection des droits de l'homme. Il serait en effet absurde d'interdire toute distinction, seules les discriminations arbitraires devant l'être [26].

Il convient de souligner que, en matière de protection internationale des droits de l'homme, l'interdiction de la discrimination n'a pas d'existence indépendante, en ce sens qu'elle n'est interdite que pour autant qu'elle se pratique dans la reconnaissance d'un droit ou d'une liberté reconnu : « *D'un point de vue normatif, la discrimination est interdite dans tout droit de l'homme et toute liberté fondamentale, mais elle est seulement interdite lorsque la matière dans laquelle elle se*

[24] Art. 2 §1 PIDCP ; art. 2 §1 Conv. Droits de l'enfant ; art. 14 CEDH ; préambule et art. 2 DADH ; art. 1 §1 CADH ; art. 2 CAfDHP.
[25] Voir Marc Bossuyt, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, *ad* art. 14, p. 477.
[26] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, A6, En droit, I/B, §10.

pratique est juridiquement protégée, en d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'un droit ou d'une liberté reconnu par le système juridique en vigueur » [27].

L'absence d'interdiction générale de la discrimination n'offre que des conséquences institutionnelles, limitant la compétence des organes internationaux et notamment de la Cour européenne, qui doit rechercher avant tout si la matière dans laquelle la discrimination est pratiquée rentre bien dans le champ d'application de la Convention. Toutefois, des violations autonomes de cette interdiction sont possibles mais rares. En effet, la Convention européenne, comme les autres conventions internationales en la matière, précise que les droits et libertés qu'elle contient doivent être accordés à tous sans discrimination, ce qui a pour conséquence que la privation arbitraire de l'un de ces droits ou libertés constitue tout à la fois une violation du droit ou de la liberté concerné et de l'interdiction de la discrimination, ce qui n'apporte rien de supplémentaire. C'est donc dans des cas de restrictions apportées à certains droits, comme les libertés d'expression, de réunion, d'association ou de circulation, ou lorsque le droit ou la liberté en question impose des obligations positives à l'Etat, que l'on peut envisager une discrimination violant l'article 14 de la Convention européenne seule [28].

Une fois identifié le motif de discrimination et le droit ou la liberté auquel il se rapporte, il convient encore de déterminer son caractère arbitraire ou, en d'autres termes, d'évaluer la pertinence du motif justifiant une distinction dans la jouissance de ce droit ou de cette liberté. La Cour européenne des droits de l'homme fixa sa jurisprudence sur ce point dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, estimant que : « *l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » [29].

Le Comité des droits de l'homme traita en plusieurs occurrences des questions de discrimination, notamment sur la base de l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui prescrit que femmes et hommes doivent jouir des droits et libertés garantis sans distinction. Pour le Comité des droits de l'homme, cette disposition, à l'instar de l'article 2 paragraphe 1 ou de l'article 26 du Pacte, requiert non seulement des mesures de protection et de prévention contre toute discrimination, mais également des actions concrètes en vue de la jouissance effective des droits garantis, citant comme exemple les lois en matières d'immigration : « *the positive obligation undertaken by States parties under that article may itself have an inevitable impact on legislation or administrative measures specifically designed to regulate matters other than those dealt with in the Covenant but which may adversely affect rights recognized in the Covenant. One example, among others, is the degree to which immigration laws which distinguish between a male and a female citizen*

---

[27] Marc Bossuyt, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, *ad* art. 14, p. 478.
[28] Voir Marc Bossuyt, *in* Pettiti, Decaux, Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, *ad* art. 14, p. 480.
[29] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, A6, En droit, I/B, §10.

may or may not adversely affect the scope of the right of the woman to marriage to non-citizens or to hold public office » [30].

Plus généralement en matière de non discrimination, le Comité des droits de l'homme relève que « *Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights. (…) Indeed, the principle of non-discrimination is so basic that article 3 obligates each State party to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of the rights set forth in the Covenant* ». Relevant l'absence de définition de la discrimination dans le Pacte, le Comité rappelle celles figurant dans certaines Conventions consacrées à telle ou telle forme spécifique de discrimination, soulignant que : « *While these conventions deal only with cases of discrimination on specific grounds, the Committee believes that the term "discrimination" as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms* », précisant encore que « *The enjoyment of rights and freedoms on an equal footing, however, does not mean identical treatment in every instance* » [31].

Nous avions souligné que seule la Convention européenne des droits de l'homme contient une interdiction de discrimination spécifique à l'appartenance à une minorité nationale, mais le Comité des droits de l'homme a également abordé cette question, sous l'angle de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui stipule : « *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* ».

Tout d'abord, le Comité « *observes that this article establishes and recognizes a right which is conferred on individuals belonging to minority groups and which is distinct from, and additional to, all the other rights which, as individuals in common with everyone else, they are already entitled to enjoy under the Covenant* ». Puis il tente de mieux cerner les groupes de personnes protégées : « *The terms used in article 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party. In this regard, the obligations deriving from article 2.1 are also relevant, since a State party is required under that article to ensure that the rights protected under the Covenant are available to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction, except rights which are expressly made to apply to citizens, for example, political rights under article 25. A State party may not, therefore, restrict the rights under article 27 to its citizens alone* ». La protection de la culture de ces minorités est également importante : « *With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially*

[30] Comité des droits de l'homme, Thirteenth session (1981) General comment No. 4 : Article 3 (Equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights), *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, p. 127.

[31] Comité des droits de l'homme, Thirty-seventh session (1989) General comment No. 18 : Non-discrimination, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 146-148.

in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law ». En conclusion, le Comité estime que la protection des minorités dans le cadre de l'article 27 du Pacte, « *relates to rights whose protection imposes specific obligations on States parties. The protection of these rights is directed towards ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned, thus enriching the fabric of society as a whole. Accordingly, the Committee observes that these rights must be protected as such and should not be confused with other personal rights conferred on one and all under the Covenant* » [32].

B. La discrimination raciale

D'autres instruments internationaux sont directement consacrés à la lutte contre la discrimination. En 1963, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta une Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qu'elle proclama en ces termes et condamna comme contraire tant à la Charte des Nations Unies qu'aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, ce qui rejoint déjà la définition de la persécution par le Statut de la Cour pénale internationale : « *La discrimination entre les être humains pour les motifs de race, de couleur ou d'origine ethnique est une offense de la dignité humaine et doit être condamnée comme un désaveu des principes de la Charte des Nations Unies, comme une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés par la Déclaration universelle des droits de l'homme, comme un obstacle aux relations amicales et pacifiques entre les nations et comme un fait susceptible de troubler la paix et la sécurité entre les peuples* » [33].

Une Convention suivit, sur le même sujet, définissant l'expression discrimination raciale comme « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique* » [34].

Sur le même chapitre de la discrimination raciale, la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, adopta une Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, dont l'article premier proclame que tous les êtres humains appartiennent à la même espèce et proviennent de la même souche, qu'ils naissent égaux en dignité et en droits et font tous partie intégrante de l'humanité. Ceci inclut que tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents, de se concevoir et d'être perçus comme tels, ce qui ne peut en aucun cas servir de prétexte aux préjugés raciaux ni légitimer, ni en droit ni en fait, quelque pratique discriminatoire que ce soit, moins encore fonder la politique de l'apartheid, qui constitue la forme extrême du racisme. Cette Déclaration souligne également que l'identité d'origine n'affecte en rien la faculté pour les êtres humains

[32] Comité des droits de l'homme, Fiftieth session (1994) General comment No. 23 : Article 27 (Rights of minorities), *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 158-161.
[33] Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 1904 (XVIII) du 20 novembre 1963, art. 1er.
[34] Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, art. 1er §1.

de vivre différemment, ni les différences fondées sur la diversité des cultures, du milieu et de l'histoire, ni le droit de maintenir l'identité culturelle, que tous les peuples du monde sont dotés des mêmes facultés leur permettant d'atteindre la plénitude de développement intellectuel, technique, social, économique, culturel et politique. L'UNESCO relève également que « *Les différences entre les réalisations des différents peuples s'expliquent entièrement par des facteurs géographiques, historiques, politiques, économiques, sociaux et culturels. Ces différences ne peuvent en aucun cas servir de prétexte à un quelconque classement hiérarchisé des nations et des peuples* » [35].

Le racisme y est défini comme toute théorie faisant état de la supériorité ou de l'infériorité intrinsèque de groupes raciaux ou ethniques qui donnerait aux uns le droit de dominer ou d'éliminer les autres, inférieurs présumés, ou fondant des jugements de valeur sur une différence raciale, est sans fondement scientifique, ce qui est contraire aux principes moraux et éthiques de l'humanité. Le racisme englobe ainsi les idéologies racistes, les attitudes fondées sur les préjugés raciaux, les comportements discriminatoires, les dispositions structurelles et les pratiques institutionnalisées qui provoquent l'inégalité raciale, de même que l'idée fallacieuse que les relations discriminatoires entre groupes sont moralement et scientifiquement justifiables ; il se manifeste également par des dispositions législatives ou réglementaires et par des pratiques discriminatoires, ainsi que par des croyances et des actes antisociaux ; il entrave le développement de ses victimes, pervertit ceux qui le mettent en pratique, divise les nations au sein d'elles-mêmes, constitue un obstacle à la coopération internationale, et crée des tensions politiques entre les peuples ; enfin, il est contraire aux principes fondamentaux du droit international et, par conséquent, trouble gravement la paix et la sécurité internationales. En conclusion, le préjugé racial, historiquement lié aux inégalités de pouvoir, se renforce en raison des différences économiques et sociales entre les individus et les groupes humains, et, visant encore aujourd'hui à justifier de telles inégalités, il est totalement injustifié [36].

Enfin, la Déclaration estime que « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou sur l'intolérance religieuse motivée par des considérations racistes, qui détruit ou compromet l'égalité souveraine des Etats et le droit des peuples à l'autodétermination ou qui limite d'une manière arbitraire ou discriminatoire le droit au développement intégral de tout être et groupe humains* » est incompatible avec les exigences d'un ordre international juste et garantissant le respect des droits de l'homme [37].

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, créé conformément à l'article 8 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, relève, à la suite du Comité des droits de l'homme, l'importance du principe de non discrimination, à la base de la protection des droits de l'homme. Le Comité précise ensuite la notion de discrimination raciale, en relevant que : « *It is of the opinion that the words "based on" do not bear any meaning different from "on the grounds of" in preambular paragraph 7. A distinction is contrary to the Convention if it has either the purpose or the effect of impairing particular rights and freedoms. This is confirmed by the obligation placed upon States parties by article 2,*

[35] Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, Adoptée par acclamation le 27 novembre 1978 à la vingtième session de la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture à Paris (UNESCO), art. 1.
[36] Déclaration sur la race et les préjugés raciaux (UNESCO), art. 2.
[37] Déclaration sur la race et les préjugés raciaux (UNESCO), art. 3.

paragraph 1 (c), to nullify any law or practice which has the effect of creating or perpetuating racial discrimination » [38].

La discrimination raciale s'exprime également à l'encontre des peuples indigènes et le Comité est, de toujours, très attentif à leur protection : « *The Committee is conscious of the fact that in many regions of the world indigenous peoples have been, and are still being, discriminated against and deprived of their human rights and fundamental freedoms and in particular that they have lost their land and resources to colonists, commercial companies and State enterprises. Consequently, the preservation of their culture and their historical identity has been and still is jeopardized* ». Le Comité invite donc les Etats parties à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à reconnaître l'identité des peuples indigènes et à les protéger, notamment dans la propriété de leurs terres [39].

Le Comité est également préoccupé du fait que la discrimination raciale n'affecte pas identiquement les hommes et les femmes. C'est ainsi que certaines formes de discrimination raciale peuvent être dirigées contre les femmes en particulier, en fonction de leur sexe, comme par exemple les différentes formes de violences sexuelles que nous avons analysées au chapitre précédent. Les conséquences de telles formes de discrimination peuvent également toucher prioritairement, sinon même exclusivement les femmes, comme il en est des grossesses forcées [40].

La discrimination dont le peuple Rom est victime est un cas particulier qui généra une approche thématique des travaux du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui recommanda un certain nombre de mesures, notamment de respecter le vœu des Roms quant à leur désignation et à celle du groupe auquel ils appartiennent, de prévenir les actes d'agression à caractère raciste dont ils pourraient être victimes, y compris de la part des forces de police, de les intégrer dans le système d'éducation, tout en tenant compte du caractère migrant de ces populations, ainsi que dans la vie professionnelle, de leur offrir de bonnes conditions de vie et, en ce sens, les Etats sont invités à « *To act firmly against any discriminatory practices affecting Roma, mainly by local authorities and private owners, with regard to taking up residence and access to housing; to act firmly against local measures denying residence to and unlawful expulsion of Roma, and to refrain from placing Roma in camps outside populated areas that are isolated and without access to health care and other facilities* » [41].

---

[38] Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Forty-second session (1993) General recommendation XIV on article 1, paragraph 1, of the Convention, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 206-207.

[39] Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Fifty-first session (1997) General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 215-216.

[40] Voir Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Fifty-sixth session (2000) General recommendation XXV on gender-related dimensions of racial discrimination, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 217-218.

[41] Voir Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Fifty-seventh session (2000) General recommendation XXVII on discrimination against Roma, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 219-224.

C. La discrimination religieuse

Les discriminations en matière religieuse firent également l'objet de l'attention particulière de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui proclama une Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, au sens de laquelle, nul ne peut faire l'objet de discrimination de la part d'un Etat, d'une institution, d'un groupe ou d'un individu quelconque en raison de sa religion ou de sa conviction, et qui en donne la définition suivante : « *Aux fins de la présente Déclaration, on entend par les termes 'intolérance et discrimination fondées sur la religion ou la conviction' toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondées sur la religion ou la conviction et ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur une base d'égalité* » [42].

D. La discrimination à l'égard des femmes

La situation des femmes, dont nous avons vu au chapitre précédent à quel point elle s'avère précaire dans des situations de conflits ou d'attaque généralisée ou systématique constitutive de crimes contre l'humanité au sens du Statut de la Cour pénale internationale, attira l'attention de la communauté internationale et l'Assemblée générale des Nations Unies proclama une Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, dont elle estime « *qu'elle nie ou limite l'égalité des droits de la femme avec l'homme, est fondamentalement injuste et constitue une atteinte à la dignité humaine* » [43].

Cette Déclaration trouva son aboutissement dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui les définit comme étant : « *toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine* » [44].

Toutes les formes de discrimination exercées à l'encontre des femmes « *seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men* », selon le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui définit ainsi cette forme de discrimination : « *The Convention in article 1 defines discrimination against women. The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence. (…) Gender-based violence, which impairs or nullifies*

[42] Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 36/55 du 25 novembre 1981, art. 2. Voir également Nathan Lerner, *Group Rights and Discrimination*, pp. 75-96.
[43] Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 2263 (XXII) du 7 novembre 1967, art. 1er.
[44] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 34/180, du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, art. 1er.

the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention. These rights and freedoms include: (a) The right to life; (b) The right not to be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; (c) The right to equal protection according to humanitarian norms in time of international or internal armed conflict; (d) The right to liberty and security of person; (e) The right to equal protection under the law; (f) The right to equality in the family; (g) The right to the highest standard attainable of physical and mental health; (h) The right to just and favourable conditions of work ». Le Comité souligne également que la Convention s'applique tant aux violences commises par les autorités publiques qu'à celles commises par toute personne, organisation ou entreprise, que les Etats parties ont l'obligation de prévenir [45].

E. La protection des minorités

Rejoignant la protection des minorités nationales dans la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Déclaration plus récente consacrées aux minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, dispose que « *Les Etats protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité* » [46].

Il s'ensuit que les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque. Les personnes appartenant à des minorités ont également le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique, de même qu'elles ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale. Elles jouissent de la liberté d'association et d'établir et de maintenir, sans aucune discrimination, des contacts libres et pacifiques avec d'autres membres de leur groupe et avec des personnes appartenant à d'autres minorités, ainsi que des contacts au-delà des frontières avec des citoyens d'autres Etats auxquels elles sont liées par leur origine nationale ou ethnique ou par leur appartenance religieuse ou linguistique [47].

[45] Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Eleventh session (1992) General recommendation No. 19: Violence against women, General comments, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 246-252.
[46] Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992, art. 1 §1.
[47] Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, art. 2. Voir également Nathan Lerner, *Group Rights and Discrimination*, pp. 99-114.

F. L'apartheid

L'apartheid est bien sûr la forme de discrimination la plus grave et, à ce titre, se trouve spécifiquement incriminée comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale ; nous y reviendrons dans un chapitre qui lui sera spécifiquement consacré [48]. Soulignons toutefois ici sa pertinence en matière de discrimination, que relève l'article II de la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid dans la définition de certaines des formes qu'il peut revêtir : « *Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques* » ou « *Prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents, et en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes* » [49].

G. Le statut de réfugié

Dans la Convention de 1951 relative au statut de réfugié, peut y prétendre toute personne qui craint avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques [50]. Il convient cependant de préciser que le droit international des réfugiés n'offre pas de définition de la persécution.

La Commission et la Cour européenne des droits de l'homme ont estimé que le fait d'exposer une personne à un risque de persécution dans son pays d'origine pouvait constituer une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, sans pour autant la définir [51].

Cette absence de définition claire de la persécution dans ces domaines du droit international conduisit le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à en rejeter l'application : « *Condamner un individu pour persécution sur la base d'une définition issue du droit international des réfugiés ou des droits de l'homme contreviendrait au principe de la légalité. Ces matières juridiques visent principalement à déterminer si une personne réclamant le statut de réfugié ou risquant l'expulsion ou la déportation a de bonnes raisons de craindre 'd'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques'. L'accent porte plus sur l'état d'esprit de la personne qui soutient qu'elle a été persécutée (ou qu'elle est susceptible de*

[48] Voir *infra* chapitre 14.
[49] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 3068 (XXVIII), du 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976, art. II.
[50] Art. 1er, lit. A, ch. 2 Convention relative au statut de réfugié.
[51] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Ahmed c. Autriche*, du 17 décembre 1996, 1996-VI.

l'être) que sur les conclusions factuelles quant au fait de savoir si des persécutions ont eu lieu ou pourraient avoir lieu. De plus, dans ce cadre, l'intention du persécuteur n'est pas pertinente. Il en résulte que cette notion de 'persécution' va bien au-delà de ce qui se justifie juridiquement en vue d'engager la responsabilité pénale individuelle. Il est donc impossible d'appliquer en l'espèce la définition provenant du droit international des réfugiés ou des droits de l'homme » [52].

Nous verrons toutefois l'importance des droits de l'homme en matière de définition des différents éléments de la persécution comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. Rappelons encore que, selon son Statut, la Cour doit interpréter le droit applicable conformément aux droits de l'homme internationalement reconnus [53].

[52] TPIY, Kupreskic, §589.
[53] Voir art. 21 §3 CPI.

III. Cas pratique : les affaires Kordic et Cerkez, Krstic, Naletilic et Martinovic et Stakic

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie retint des actes divers comme constitutifs du crime contre l'humanité de persécution. Ainsi, dans le jugement qu'il rendit en l'affaire *Kordic et Cerkez*, il reconnut que des actes énumérés ailleurs dans son Statut qu'à l'article 5 relatif aux crimes contre l'humanité, pouvait constituer la persécution. Le premier de ces éléments est l'attaque de villes et de villages :

« *Cet acte s'apparente à 'l'attaque ou bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus', ce qui constitue une violation des lois ou coutumes de la guerre visée à l'article 3 c) du Statut. En conséquence, cet acte a déjà été qualifié de crime en vertu du droit international coutumier et du Statut du Tribunal international en particulier. En outre, l'attaque dirigée contre des villes et des villages pour des motifs discriminatoires, constitue le contexte factuel dans lequel sont perpétrés la plupart des autres actes de persécution allégués (meurtre, emprisonnement, transfert forcé, actes inhumains, destruction arbitraire et massive de biens, etc.). La conjugaison de cet élément matériel à l'intention discriminatoire requise constituerait donc le crime de persécution* » [54].

Le deuxième est constitué par le creusement de tranchées et l'utilisation de détenus comme otages et boucliers humains :

« *Ces actes sont généralement reconnus comme des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, et en tant que tels, ils constituent déjà des crimes au regard du droit international coutumier et du Statut du Tribunal international en particulier. Pour cette raison, et pour celles énumérées au paragraphe précédent, la Chambre de première instance conclut que cet acte, associé à l'intention discriminatoire requise, atteint le même degré de gravité que les autres crimes contre l'humanité visés à l'article 5* » [55].

Puis vient la destruction arbitraire et le pillage :

« *Cet acte est similaire à 'la destruction sans motif des villes et des villages' et au 'pillage de biens publics ou privés' qui constituent des violations des lois ou coutumes de la guerre énumérées à l'article 3 b) et 3 e) du Statut. En conséquence, cet acte a déjà été qualifié de crime en vertu du droit international coutumier et du Statut du Tribunal international en particulier. La jurisprudence du Tribunal international montre clairement que la destruction de biens commise avec l'intention discriminatoire requise peut constituer une persécution. Si l'objectif ultime de la persécution est 'd'exclure certains individus de la société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs des actes, voire de l'humanité elle-même', la destruction généralisée ou systématique pour des motifs discriminatoires des habitations et des moyens d'existence d'un groupe d'individus aura pour conséquence certaine la réalisation de cet objectif. Dans le contexte d'une campagne de persécution générale, priver des personnes de leur maison et de tout moyen de subsistance peut être un moyen de contraindre, d'intimider, de terroriser et d'expulser de force des civils de leurs maisons et de leurs villages. Aussi, lorsque l'effet cumulatif de telles destructions de biens résulte en une expulsion des civils de leurs maisons pour des motifs discriminatoires, les actes de 'destruction arbitraire et massive et/ou pillage de domiciles, de bâtiments, d'entreprises, de biens privés et du bétail appartenant à des civils musulmans de Bosnie' peuvent-ils constituer le crime de persécution* » [56].

Enfin, la destruction et la dégradation d'édifices consacrés à la religion ou à l'éducation :

[54] TPIY, Kordic et Cerkez, §203.
[55] TPIY, Kordic et Cerkez, §204.
[56] TPIY, Kordic et Cerkez, §205.

« 206. Cet acte est similaire à la 'destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion' qui constitue une violation des lois ou coutumes de la guerre visée à l'article 3 d) du Statut. En conséquence, cet acte a déjà été qualifié de crime en vertu du droit international coutumier et du Statut du Tribunal international en particulier. En outre, le TMI, la jurisprudence de ce Tribunal international, et le Rapport de la Commission du droit international ('CDI') de 1991, entre autres, ont tous considéré que la destruction d'édifices consacrés à la religion constituait sans équivoque un acte de persécution au sens de crime contre l'humanité.

207. Cet acte, lorsqu'il est perpétré avec l'intention discriminatoire requise, équivaut à une attaque contre l'identité religieuse même d'un peuple. En tant que tel, il illustre de manière quasi exemplaire la notion de 'crimes contre l'humanité', car de fait, c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent. La présente Chambre conclut en conséquence que la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices musulmans consacrés à la religion ou à l'éducation peuvent constituer, si elles sont commises avec l'intention discriminatoire requise, un acte de persécution » [57].

Le Tribunal estime, au contraire, que certains actes non énumérés dans son Statut ne peuvent s'avérer constitutifs du crime contre l'humanité de persécution car ils n'atteignent pas le même degré de gravité que les actes spécifiquement visés en son article 5. C'est le cas de l'incitation à la haine pour des motifs politiques ou autres, ainsi que du renvoi et de l'exclusion des Musulmans de Bosnie de l'administration centrale et locale :

« 209. La Chambre de première instance relève que l'Acte d'accusation dressé contre Dario Kordic est le premier dans l'histoire du Tribunal international à présenter l'incitation à la haine pour des motifs politiques ou autre comme un crime contre l'humanité. La Chambre constate toutefois que cet acte, tel qu'il est allégué dans l'Acte d'accusation, ne constitue pas en soi une persécution en tant que crime contre l'humanité. Il n'est nulle part mentionné en tant que crime dans le Statut du Tribunal international, mais surtout, il n'atteint pas le même degré de gravité que les autres actes visés à l'article 5. En outre, le droit international coutumier ne considère pas cet acte comme un crime. Aussi, ce serait violer le principe de la légalité que de condamner l'accusé pour un tel acte sous le chef de persécution. (…)

210. À l'instar de l'acte précédent, la Chambre de première instance conclut que cet acte [le renvoi et l'exclusion des Musulmans de Bosnie de l'administration centrale et locale] ne constitue pas une persécution en tant que crime contre l'humanité, car il n'atteint pas le même degré de gravité que les autres crimes contre l'humanité visés à l'article 5. Le droit international coutumier ne considère toujours pas cet acte comme un crime. Comme l'a affirmé le Tribunal militaire des États-Unis siégeant à Nuremberg dans l'affaire des Einsatzgruppen : Nous ne parlons pas d'explosions de haine localisées ni de discriminations insignifiantes qui existent malheureusement même dans les pays les plus civilisés. Quand les persécutions atteignent l'ampleur de campagnes nationales visant à rendre la vie de certains groupes intolérables ou à les exterminer, le droit ne peut se permettre de rester silencieux. L'acte allégué aurait dû s'inscrire dans une politique plus large pour qu'on puisse invoquer la jurisprudence du TMI, dans laquelle la discrimination économique allait le plus souvent jusqu'à trouver son expression légale dans des décrets licenciant tous les Juifs et leur imposant des amendes collectives très lourdes. À la lumière des allégations présentées, cela n'a pas été le cas en l'espèce » [58].

[57] TPIY, Kordic et Cerkez, §§206-207.
[58] TPIY, Kordic et Cerkez, §§209-210.

Dans l'affaire *Krstic*, ce même Tribunal qualifia les faits suivants de persécution :

« *a. le meurtre de milliers de civils musulmans de Bosnie, hommes, femmes, enfants et personnes âgées ; b. le traitement cruel et inhumain de civils musulmans de Bosnie, notamment sous forme de sévices corporels graves ; c. le fait de terroriser les civils musulmans de Bosnie ; d. la destruction des biens personnels des Musulmans ; e. l'expulsion ou le transfert forcé de Musulmans de Bosnie de l'enclave de Srebrenica* » [59].

En effet, il releva que :

« *535. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal que la persécution ne se limite pas aux actes énumérés dans les autres alinéas de l'article 5 ou ailleurs dans le Statut, mais comprend également le refus de reconnaître d'autres droits fondamentaux de la personne, pour peu qu'il présente le même degré de gravité. De surcroît, cette jurisprudence met l'accent sur le fait que les discriminations qualifiées de persécutions ne doivent pas être prises isolément, mais envisagées dans leur contexte, eu égard à leur effet cumulatif. 'Même si les actes, pris individuellement, peuvent ne pas être inhumains, leurs conséquences globales doivent choquer l'humanité à un point tel qu'elles peuvent être qualifiées d''inhumaines'. (…)*

537. La crise humanitaire de Potocari, l'incendie de maisons à Srebrenica et Potocari, la campagne de terreur visant les civils musulmans de Bosnie, le meurtre de milliers de civils musulmans de Bosnie, que ce soit à Potocari ou lors d'exécutions de masse soigneusement organisées, et le transfert forcé de femmes, d'enfants et de personnes âgées hors du territoire contrôlé par les Serbes de Bosnie constituent autant d'actes de persécution.

538. La Chambre de première instance est donc convaincue qu'un crime de persécution, tel que défini dans l'acte d'accusation, a été commis à partir du 11 juillet dans l'enclave de Srebrenica » [60].

Le Tribunal a également jugé que les transferts forcés et les déportations constituent dans la même mesure le crime contre l'humanité de persécution :

« *671. La Chambre a jugé que Mladen Naletilic était responsable du transfert forcé d'au moins 400 civils de Sovici et Doljani le 4 mai 1993. Ces transferts revêtaient un caractère discriminatoire puisqu'ils ne concernaient que des Musulmans. La Chambre est convaincue que ces transferts constituent des persécutions au sens de l'article 5 h) du Statut et que Mladen Naletilic en est pénalement individuellement responsable au regard de l'article 7 1) du Statut. La Chambre a déjà conclu que l'accusé, comme il l'a lui-même dit au témoin LL, avait pour but d'expulser la population musulmane de la région. Il était donc animé d'une intention discriminatoire.*

672. S'agissant des transferts illégaux qui ont eu lieu à Mostar, la Chambre a jugé que Vinko Martinovic était responsable, au regard de l'article 7 1) du Statut, du transfert de civils musulmans à l'Heliodrom. Elle l'a également jugé responsable, sur la base de l'article 7 1), du transfert illégal vers Mostar-Est de civils musulmans originaires du quartier DUM le 13 juin 1993 et du quartier Centar II de Mostar-Ouest le 29 septembre 1993. En outre, la Chambre a estimé que Mladen Naletilic était responsable, au regard de l'article 7 3) du Statut, des transferts illégaux des 13 juin et 29 septembre 1993. Ces transferts forcés étaient discriminatoires puisque les Musulmans ont été choisis et expulsés de chez eux, tandis que leurs voisins croates de BH ont pu rester. Ces faits s'inscrivaient dans le cadre d'une campagne bien organisée visant à expulser la population civile musulmane de la partie ouest de Mostar. Les deux accusés étaient informés de cette campagne et y ont participé. Que Vinko Martinovic ait pu protéger certains Musulmans n'enlève rien au fait qu'il en a expulsés

[59] TPIY, Krstic, §533.
[60] TPIY, Krstic, §§535-538.

d'autres dans une intention discriminatoire. La Chambre est convaincue que ces actes constituent des persécutions au sens de l'article 5 h) du Statut. Vinko Martinovic en est pénalement individuellement responsable au regard de l'article 7 1). La Chambre conclut que Mladen Naletilic est responsable en tant que supérieur hiérarchique au regard de l'article 7 3) » [61].

Dans le jugement rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Stakic*, l'assassinat, la torture, les violences physiques, définies comme « *une expression générale qui s'applique pour l'essentiel aux conditions de vie imposées aux détenus, telles que le surpeuplement des locaux, la privation de nourriture et d'eau et le manque d'air, l'exposition à une chaleur ou à un froid extrême, les sévices infligés arbitrairement aux détenus à titre de mesure générale visant à instiller la terreur parmi eux, ainsi que d'autres formes similaires d'agressions physiques qui ne répondent pas à la définition de la torture* » [62] (en reconnaissant que si ces actes ne peuvent être qualifiés de torture, ils peuvent néanmoins l'être de persécution), les viols et autres violences sexuelles, les humiliations et dégradations constantes, la destruction, l'endommagement délibéré et le pillage d'habitations et de locaux commerciaux, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices religieux et culturels, l'expulsion et le transfert forcé, le refus de reconnaître des droits fondamentaux, notamment le droit à l'emploi, la liberté de circulation, le droit à une procédure régulière, ou le droit à des soins médicaux convenables, avec cette remarque que « *La Chambre de première instance admet que s'agissant de persécutions, peu importe quels droits peuvent être qualifiés de fondamentaux. La persécution peut consister en une privation d'un large éventail de droits, qu'ils soient fondamentaux ou non, intangibles ou non* » [63].

La Chambre de première instance, reprenant ensuite ces différents crimes, analyse ce qui en fait précisément de la persécution. Ainsi, de l'assassinat :

« *777. Dans le hameau de Čemernica, le témoin S a vu un soldat demander à Muhamed Hadžić quelle était son appartenance ethnique puis l'abattre à bout portant. Le 23 juillet 1992, le témoin S et une dizaine d'autres Musulmans ont reçu l'ordre d'aller aider à l'enlèvement des corps sur le territoire de la communauté locale de Bišćani. Il estime qu'au total, en l'espace de deux jours, lui et d'autres ont enlevé entre 300 et 350 corps. Toutes les victimes étaient des Musulmans vivant sur le territoire de la communauté locale de Bišćani. Le témoin S a présenté une liste définitive de 37 personnes de Bišćani qu'il a personnellement identifiées et qui ont été tuées vers le 20 juillet 1992.*

778. En outre, des détenus du camp de Trnopolje qui faisaient partie d'un convoi de civils non serbes ont été tués au Mont Vlašić le 21 août 1992. Comme l'a déjà constaté la Chambre de première instance, environ 200 personnes ont alors été abattues.

779. Au camp de Trnopolje, un homme du nom de Tupe Topala tenait un couteau et criait : 'Où êtes-vous, balija ? Je veux vous égorger.' Les soldats criaient et juraient. Ensuite, ils ont emmené 11 hommes hors du camp, tête baissée et mains sur la tête. Les soldats ont conduit ces hommes dans un champ de maïs. Des coups de feu et des cris ont ensuite été entendus. La Chambre de première instance est convaincue que le meurtre de ces personnes a été commis avec une intention discriminatoire » [64].

Les viols et autres violences sexuelles furent également commis avec une intention discriminatoire, comme le relève la Chambre dans l'exemple d'une femme, déposant comme témoin dans cette affaire :

---

[61] TPIY, Naletilic et Martinovic, §§671-672.
[62] TPIY, Stakic, §752.
[63] TPIY, Stakic, §773.
[64] TPIY, Stakic, §§777-779.

« 791. La Chambre de première instance constate que des viols ont été commis dans le camp de Trnopolje. À présent, elle tient à examiner en détail un cas précis de viol, celui qui aurait été commis sur la personne du témoin Q, et dans lequel l'intention discriminatoire de l'auteur direct a joué un rôle important. La Chambre de première instance se trouve en présence de deux versions contradictoires de ce viol : la première est le récit qu'en a fait le témoin Q elle-même, la seconde est la déclaration faite par le violeur présumé, également entendu comme témoin en l'espèce, et qui a nié les faits.

792. Le témoin Q a été arrêtée vers le 26 juillet 1992 et emmenée au camp de Trnopolje où elle est restée jusqu'au 4 septembre 1992. Après neuf jours passés dans le camp, elle a appris que le commandant voulait la voir. Elle a été conduite auprès de Slobodan Kuruzović, qu'elle connaissait parce qu'il avait été le professeur de son frère. Il a commencé à l'interroger et lui a dit qu'elle devait emménager chez lui. Elle est retournée chercher ses enfants puis s'est installée chez Kuruzović.

793. Le témoin Q a déclaré que la première nuit, Kuruzović était entré, arborant des lunettes de soleil. Il a enlevé sa chemise et sorti son pistolet. Il s'est assis, en maillot de corps, et a dit au témoin Q : 'Allez, debout, embrasse-moi.' Le témoin Q a baissé les yeux et a refusé de s'exécuter. Il l'a saisi au visage et lui a ordonné d'enlever ses vêtements. Il a dit : 'Je veux voir comment baisent les femmes musulmanes.' Il s'est entièrement déshabillé et lui a ordonné de faire de même. Il s'est mis à lui arracher sa chemise et le témoin Q a dit : 'Vous feriez mieux de me tuer.' Il a répondu : 'Je ne vais pas tuer une jolie femme comme toi.' Elle lui a demandé de lui épargner cela. Il l'a embrassée et s'est mis à la mordre et à la frapper. Elle a hurlé et il a dit : 'Inutile de crier. Personne ici ne peut venir à ton secours. » Il a sorti son pénis, le lui a mis dans la bouche puis l'a violée. Elle a crié mais il a dit : 'Il vaut mieux pour toi que tu te tiennes tranquille, ou tous les soldats qui sont dehors viendront chacun à leur tour'. Le témoin Q était dans l'impossibilité de résister. Slobodan Kuruzović l'a violée et a éjaculé en elle. Puis il est parti en disant : 'À demain.' Le témoin Q a pu trouver des vêtements dans la maison pour remplacer les siens, qui étaient en loques.

794. Kuruzović est retourné voir le témoin Q la nuit suivante et lui a demandé : 'Qui t'a fait ça ?' 'Un imbécile', a répondu le témoin, et Kuruzović s'est mis à rire. Cette nuit-là, il l'a insultée et lui a dit : 'Tu sais ce que les Musulmans font à nos femmes.' Brandissant son couteau, il a recommencé à violer le témoin. Elle a crié et l'a saisi à la gorge, manquant de l'étrangler. Il l'a poignardée à l'épaule gauche puis il l'a violée. Il est parti en disant : 'À demain, ma chérie.' Le témoin Q a déclaré qu'elle souffrait encore de sa blessure à l'épaule gauche et qu'elle ne pouvait pas garder longtemps la main tendue au-dessus de son épaule.

795. Lorsque Kuruzović est retourné voir le témoin une troisième fois, elle l'a supplié de relâcher son frère, qui se trouvait également dans le camp. Elle voulait se donner la mort et confier à son frère le soin de s'occuper de ses enfants. Le lendemain, le frère du témoin Q a été amené dans la maison, et à peine a-t-il vu sa soeur qu'il s'est mis à pleurer. Il lui a dit qu'il savait ce qui lui était arrivé. Kuruzović est encore revenu la nuit suivante. Il a déshabillé le témoin et l'a projetée au sol. Elle n'a opposé aucune résistance. Lorsqu'il l'a violée cette nuit-là, elle était tenaillée par la douleur. Pendant son séjour dans cette maison, il n'y a eu que deux nuits où Kuruzović n'est pas venu la voir. (…)

806. En conséquence, la Chambre de première instance est convaincue que des viols ont été commis dans le camp de Trnopolje avec une intention discriminatoire. La Chambre de première instance a déjà constaté que d'autres viols et violences sexuelles avaient été commis dans les camps de Keraterm et d'Omarska. Comme il a été dit plus haut, ces crimes ont été commis avec une intention discriminatoire » [65].

[65] TPIY, Stakic, §§791-806.

IV. L'*actus reus* de la persécution

L'élément matériel ou *actus reus* du crime contre l'humanité de persécution dans le Statut de la Cour pénale internationale est complexe car, comme l'exige l'article 7, la « *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* » est composée du « *déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet* », « *en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour* » [66].

Il découle de cette définition plusieurs éléments qu'il convient d'analyser : tout d'abord, la persécution – tout comme l'extermination – vise un groupe ou une collectivité et non des individus isolés ; ensuite, elle peut être commise par une large variété de comportements, qui consistent en le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux ; la persécution doit également être commise pour des motifs particuliers dont le Statut donne quelques exemples ; enfin, la persécution doit être commise en corrélation avec tout crime contre l'humanité ou tout autre crime relevant de la compétence de la Cour. Tous ces éléments sont interdépendants et leur analyse doit s'efforcer de garder une vue d'ensemble.

A. Les groupes visés

Le Statut de la Cour pénale internationale exige que la persécution atteigne un groupe ou une collectivité, que le Statut nous permet d'identifier grâce aux motifs invoqués, d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international.

Dans l'affaire *Blaskic* et à la suite de l'affaire *Tadic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estima que les victimes de persécution doivent appartenir à un groupe définit négativement comme étant un groupe auquel l'auteur n'appartient pas [67].

La Chambre de première instance jugeant l'affaire *Naletilic et Martinovic* ajouta à cette conclusion que : « *Il y a discrimination lorsqu'une personne est prise pour cible pour des raisons religieuses, politiques ou raciales, c'est-à-dire pour son appartenance à un groupe donné visé par le groupe qui commet le crime. La Chambre (…) estime que le groupe ne comprend pas seulement des individus qui répondent personnellement aux critères (religieux, raciaux ou politiques) en question. Ce groupe doit être envisagé de façon large et, en particulier, il peut inclure des personnes définies par l'auteur des crimes comme appartenant au groupe visé en raison de leurs liens étroits ou de leur sympathie pour ce groupe. La Chambre juge cette interprétation conforme à la raison d'être de la disposition interdisant la persécution puisque c'est l'auteur des crimes qui définit le groupe visé, tandis que les victimes n'ont aucune influence sur la détermination de leur statut. Elle estime qu'en*

[66] Art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI. Voir également Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 79-80.
[67] Voir TPIY, Blaskic, §236.

pareils cas il y a discrimination car les victimes font l'objet d'une discrimination dans les faits en raison de la perception qu'en a l'auteur des crimes » [68].

Le Statut de la Cour pénale internationale apporte des précisions, qui ne permettent plus de suivre ce Tribunal dans sa jurisprudence sur ce point. En effet, le groupe visé doit être identifiable, pour les motifs énumérés.

Machteld Boot et Christopher K. Hall relèvent, dans le Commentaire du Statut de Rome publié sous la direction du Professeur Triffterer, que la lettre (h) du premier paragraphe de l'article 7 du Statut semble exclure les actes commis contre des individus, diverses propositions soutenant néanmoins que tant les individus que les groupes ou collectivités peuvent être victime du crime contre l'humanité de persécution dans le Statut de la Cour pénale internationale, soulignant que, somme toute, les groupes sont composés d'individus : « *Acts committed against the group as such are necessarily put into practice against its individual members. Since persecution under this Statute is required to be against 'any' group or collectivity, it must be understood as including at least a small number of individuals. The purpose of the distinction between 'group' and 'collectivity' is not clear* » [69]. Il nous semble toutefois clair que la persécution doit viser un groupe de personnes, même restreint, à l'exclusion d'individus isolés. Il n'est en effet pas possible de lire autrement le Statut, qui incrimine explicitement la « *persécution de tout groupe ou de toute collectivité* », ajoutant même que les motifs de la persécution doivent être liés à l'identité du « *groupe ou de la collectivité* » qui en fait l'objet.

Le Statut ne précise pas quels groupes ou collectivités peuvent être persécutés. Toutefois, il semble bien que cette notion de groupe ou de collectivité soit plus précise que celle que nous analysâmes dans le chapitre consacré à l'extermination [70], qui peut être composé simplement de plusieurs personnes, même ne partageant aucune caractéristique commune. Ici, le Statut mentionne indirectement, dans la liste des motifs retenus de persécution, des groupes politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels, religieux ou sexistes, ou tout autre groupe persécuté en raison de tout autre critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international. C'est en effet cette identité politique, raciale, nationale, ethnique, culturelle, religieuse ou sexiste, ou toute autre servant de motif de discrimination, qui doit être persécutée.

Ceci nous ramène à l'analyse de l'interdiction des diverses formes de discrimination en droit international des droits de l'homme, dont les instruments pertinents permettent de définir plus précisément certains de ces groupes.

Le premier groupe mentionné par le Statut est politique. Il n'existe pas, en droit international, de définition du groupe politique mais il est toutefois possible de le définir comme regroupant des personnes partageant le même engagement politique, notamment au sein d'un parti politique, et l'on peut rappeler ici la persécution des communistes dans l'Allemagne nazie mais aussi celle de tous les groupes d'opposition politique par les dictatures latino-américaines, avec l'instauration du plan Condor. Le sens du mot politique est toutefois vaste : il désigne la science du gouvernement des Etats, le système particulier qu'adopte un gouvernement ou la direction donnée aux affaires de l'Etat ou, plus généralement, l'ensemble des affaires publiques (Littré). Il s'ensuit que les membres d'un

[68] TPIY, Naletilic et Martinovic, §636 ; voir également TPIY, Stakic, §§733-734.
[69] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 147.
[70] Voir *supra* chapitre 6.

gouvernement ou même d'un conseil municipal sont un groupe politique, même s'ils n'y représentent pas tous le même parti.

En matière de groupe racial, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale la définit comme portant sur toute « *distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique* » [71]. La notion de race est toutefois délicate à manier, le préambule de cette même Convention précisant justement que « *toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse et que rien ne saurait justifier, où que ce soit, la discrimination raciale, ni en théorie ni en pratique* » [72].

En ce sens, il semble que la notion de race est intimement liée à celles de couleur et d'appartenance nationale ou ethnique. La race peut être définie comme une réunion d'individus appartenant à la même espèce, ayant une origine commune et des caractères semblables par voie de génération, de même qu'elle peut définir une famille, au sens de lignée, de l'ancien haut allemand *reiza*, ligne (Littré) Il est donc extrêmement délicat de chercher à distinguer clairement les persécutions menées à l'encontre de groupes raciaux, nationaux ou ethniques [73].

Les groupes nationaux peuvent être identifiés comme se rattachant à la nationalité d'un Etat mais également englober, plus largement, les groupes qui se considèrent eux-mêmes comme une nation, malgré leur répartition sur le territoire de plusieurs Etats, à l'exemple des Kurdes [74]. En ce sens, il se rapproche du groupe racial, car il faut entendre par nation la réunion d'hommes habitant un même territoire, soumis ou non à un même gouvernement, ayant depuis longtemps des intérêts assez communs pour qu'on les regarde comme appartenant à la même race (Littré).

Quant aux groupes ethniques, l'analyse que le Comité des droits de l'homme apporte de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques permet de les mieux cerner : « *The terms used in article 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party* » [75]. L'ethnie caractérise un peuple (Littré), qui est une multitude d'hommes d'un même pays et vivant sous les mêmes lois ou d'hommes qui, bien que n'habitant pas le même pays, ont une même religion ou une même origine (Littré), ce qui est peu discernable des groupes raciaux, nationaux ou religieux.

Les groupes culturels semblent devoir partager la même culture, ce qui ne les différencie guère des groupes ethniques, raciaux, voire nationaux et religieux. Par

---

[71] Art. 1er §1 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.
[72] Préambule §6 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.
[73] Voir Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, Adoptée par acclamation le 27 novembre 1978 à la vingtième session de la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture à Paris (UNESCO), art. 1-3.
[74] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 149.
[75] Voir Comité des droits de l'homme, Fiftieth session (1994) General comment No. 23: Article 27 (Rights of minorities), *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, pp. 158-161.

culture, il faut entendre l'instruction, l'éducation (Littré) et si un groupe culturel doit partager la même instruction ou la même éducation, le rapprochement est plus net encore avec les groupes ethniques, raciaux et nationaux.

Les groupes religieux peuvent *a priori* être aisément définis comme regroupant les personnes partageant la même religion. Cependant, il convient, conformément à la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, de considérer la conviction également. Par religion, il faut entendre l'ensemble des doctrines et des pratiques qui constituent le rapport de l'homme avec la puissance divine, de même que la foi, la piété ou la croyance (Littré). La conviction s'entend de la certitude raisonnée, car elle est la nécessité où l'on met quelqu'un, par des preuves, de reconnaître la vérité qu'on lui présente (Littré). Il est relativement aisé de concevoir un groupe religieux, juif, chrétien ou musulman par exemple, même si différents groupes peuvent être distingués au sein d'une même religion, comme les protestants et les catholiques dans la religion chrétienne, les chiites ou sunnites dans la religion musulmane, mais la notion de conviction peut ouvrir plus largement la discussion sur un sujet trop délicat pour être ici plus que simplement mentionné, celui des sectes. Plus généralement, la notion de religion et de conviction peut aisément rejoindre celle de culture et les groupes se confondre.

En matière de groupe sexiste, qu'il convient de comprendre dans le sens de l'article 7 paragraphe 3, à savoir comme regroupant des personnes de l'un ou l'autre sexe, masculin ou féminin (ce qui n'est guère surprenant), il faut garder en mémoire la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui « *vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine* » [76]. Ceci vaut sans aucun doute, *mutatis mutandis*, pour les hommes également. Les transsexuels sont également couverts par cette définition car, somme toute, c'est en fonction de leur sexe, masculin ou féminin, ou plus exactement en fonction de leur changement de sexe, que les persécutions peuvent être conduites. Toutefois, cette définition ne recouvre pas les groupes définis par leur orientation sexuelle, comme les homosexuels ou lesbiennes.

Demeurent tous les autres groupes persécutés en raisons d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, sur la base des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, qui interdisent de manière générale toute discrimination arbitraire.

Les critères inadmissibles de discrimination énumérés de manière exemplative par ces instruments sont plus nombreux que ceux retenus par les auteurs du Statut de la Cour pénale internationale en son article 7 paragraphe 1 lettre (h). L'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques mentionne également la couleur, que nous avons rapprochée des groupes raciaux et ethniques, la langue, que nous avons rattachée aux groupes nationaux, ethniques ou culturels, ainsi que l'origine sociale, de fortune ou de naissance. Il faut donc également conclure que les groupes sociaux, par exemple les membres d'une même caste ou d'un même ordre social, peuvent être victimes de persécution. Les dispositions

[76] Art. 1er Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

pertinentes des instruments régionaux de protection des droits de l'homme ne sont pas différentes.

En plus de ces quelques précisions, il semble acquis que le groupe doit être identifiable par l'auteur du crime contre l'humanité de persécution tout à la fois sur la base de critères objectifs et comme étant un groupe différent de celui auquel lui-même appartient [77]. Rien ne l'exige expressément dans le Statut, et, même s'il semble évident que l'auteur ne persécutera pas les siens, ce n'est pas pour autant exclu. Il convient alors de ne pas consacrer cette hypothèse comme un élément matériel du crime contre l'humanité de persécution dans le Statut de la Cour pénale internationale.

B. Les actes commis

La jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a souvent eu à déterminer quels actes pouvaient être qualifiés de crime contre l'humanité de persécution. Dans la première affaire dont le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie eut à connaître, l'accusation soutint que le crime de persécution englobe les actes inhumains de toute sorte dirigés contre une population civile, quand ils sont commis avec une intention discriminatoire, pour des motifs spécifiques. À l'appui de cet argument, l'Accusation fit référence à l'article 6 du Statut de Nuremberg, qui visait, comme nous l'avons déjà mentionné, deux catégories de crimes contre l'humanité, ainsi qu'aux Principes de Nuremberg, qui conservèrent cette distinction. L'Accusation conclut de ce fait que, à Nuremberg, « *les persécutions étaient distinguées des autres actes inhumains sur la base d'une condition d'intention discriminatoire pour des motifs spécifiques* » et, de ce fait « *en plus de la responsabilité pénale qui s'attache aux actes inhumains énumérés, il existe un élément additionnel de culpabilité quand ces actes sont commis avec une intention discriminatoire* ». A l'appui de ses conclusions, l'Accusation mentionne également l'affaire *Eichmann*, jugée par un Tribunal israélien [78].

La Chambre de première instance ayant conclu à tort – elle fut fermement désavouée par la Chambre d'appel sur ce point – que tous les crimes contre l'humanité doivent être commis avec une intention discriminatoire, tous les actes énumérés à l'article 5 de son Statut étaient donc *ipso facto* des actes de persécution, ce qui est manifestement insoutenable [79].

Toutefois, en ce qui concerne les actes énumérés ailleurs dans son Statut, cette Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en conclut : « *Ainsi, le crime de persécution englobe des actes de divers degrés de gravité, allant du meurtre à la limitation des professions que peuvent exercer les membres du groupe ciblé. Le Jugement de Nuremberg a, notamment, pris en considération les actes suivants dans ses conclusions sur la persécution : lois d'exception limitant les fonctions et professions que les Juifs pouvaient exercer ; restrictions imposées à leur vie privée et à leurs droits de citoyens ; création de ghettos ; saisie de leurs avoirs et imposition d'une amende collective* » [80].

---

[77] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 147.
[78] Voir TPIY, Tadic, §699.
[79] Voir Marco Sassoli & Laura M. Olson, *The judgement of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case*.
[80] TPIY, Tadic, §704.

Soulignant la nature complexe de ce crime contre l'humanité, la Chambre de première instance relève ainsi que : « *Les éléments constitutifs du crime de persécution sont l'existence d'un acte ou d'une omission de persécution et un motif discriminatoire animant cet acte ou omission commis sur la base d'une des raisons énumérées, plus précisément des raisons raciales, religieuses ou politiques* » [81]. Ainsi l'acte de persécution doit viser à refuser à une personne l'exercice d'un droit fondamental et se traduire par ce déni. Le concept d'acte de persécution a une couverture large et englobe les actes mentionnés ailleurs dans le Statut ainsi que ceux qui, en eux-mêmes, ne sont pas inhumains mais qui le deviennent en raison de la discrimination qui les inspire. Il en découle que les « *conditions qui doivent être réunies pour constituer le crime de persécution viennent s'ajouter à celles relatives à l'applicabilité des crimes contre l'humanité, qui doivent aussi être remplies* » [82].

Dans l'affaire *Blaskic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie releva également que la persécution peut revêtir différentes formes criminelles et l'acte d'accusation à l'encontre du général Blaskic retint à ce titre des atteintes à l'intégrité physique et mentale, y compris l'utilisation de civils comme boucliers humains et l'obligation pour ceux-ci de creuser des tranchées, des atteintes à la liberté individuelle, telles que les arrestations et détentions arbitraires ou les transferts forcés de civils, ainsi que des atteintes aux biens, telles que leur pillage et destruction, à l'encontre de la population civile musulmane de Bosnie [83].

La Chambre de première instance retint donc les éléments constitutifs suivants pour chacun des crimes de persécution : « *La Chambre traitera dans ces lignes des éléments constitutifs des manifestations de la persécution retenues dans l'acte d'accusation : destruction et pillage de biens, détention illégale et transfert forcé de civils, à l'exception du meurtre et de l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale (…).*

- Destruction et pillage de biens. Dans le contexte du crime de persécution, il faut entendre par destruction de biens, la destruction de villes et villages et autres biens publics ou privés appartenant à une population civile donnée ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires et qui est exécutée sur une grande échelle de façon illicite, arbitraire et discriminatoire. Le pillage de biens se définit, dans ce même contexte, comme l'appropriation illicite, massive et arbitraire de biens détenus par une population déterminée, qu'ils soient la propriété de personnes privées ou celle de collectivités publiques étatiques ou 'quasi étatiques'.

- Détention illégale de civils. La détention illégale de personnes civiles, comme manifestation du crime de persécution, signifie la privation illégale de la liberté d'un groupe de civils discriminés.

- Déportation ou transfert forcé de civils. La déportation ou le transfert forcé de civils discriminés désignent, quant à eux, 'le fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région ou elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international' » [84].

Pour la Chambre de première instance qui jugea l'affaire *Kupreskic*, « *La persécution peut manifestement revêtir des formes diverses et ne requiert pas nécessairement un élément physique* » [85], avant de préciser : « *Une interprétation logique de l'article 5 du Statut permettrait de conclure que le crime de persécution recouvre des actes autres que ceux qui sont énumérés aux autres alinéas : chacun semble en effet concerner un crime distinct.*

[81] TPIY, Tadic, §715.
[82] TPIY, Tadic, §716.
[83] Voir TPIY, Blaskic, §218.
[84] TPIY, Blaskic, §234.
[85] TPIY, Kupreskic, §568 ; voir également TPIY, Krnojelac, §433, TPIY, Naletilic et Martinovic, §635, TPIY, Stakic, §735 et TPIY, Vasiljevic, §246. Voir également TPIR, Semanza, §348.

Cependant, il ressort d'un examen plus approfondi que certains des crimes énumérés se chevauchent nécessairement : par exemple, l'extermination suppose obligatoirement l'assassinat, la torture peut impliquer le viol et la réduction en esclavage peut comprendre l'emprisonnement. Ainsi, l'interprétation logique du libellé de l'article 5 n'exclut pas que la persécution englobe des crimes prévus aux autres alinéas. Cependant, cet article n'offre aucune directive en la matière. Le Rapport du Secrétaire général reste également silencieux à ce sujet, et n'élucide pas davantage la question » [86].

Il en découle que la persécution peut être constituée de la privation d'un grand nombre de droits et qu'il n'est pas nécessaire qu'un acte soit précisément interdit par le Statut, ce qui permet à la Chambre de première instance de déterminer que l'élément matériel de la persécution est composé comme suit : « *a) Le droit international coutumier n'a pas retenu une définition restrictive de la persécution. Les juridictions l'ont décrite comme une large catégorie de crimes particulièrement graves commis par le régime nazi à l'encontre du peuple juif et d'autres groupes. b) Les juridictions ont interprété la persécution comme englobant des actes tels le meurtre, l'extermination, la torture et autres atteintes graves à la personne du type de celles aujourd'hui énumérées à l'article 5. c) La persécution peut également inclure une variété d'autres actes discriminatoires, impliquant des atteintes aux droits politiques, sociaux et économiques. (…) d) Le terme de persécution décrit le plus souvent une série d'actes plutôt qu'un acte unique. Les actes de persécution font généralement partie d'une politique ou, au moins, d'une pratique établie et ils doivent donc être considérés dans leur contexte. Concrètement, ils sont souvent commis en application d'une politique de discrimination ou dans le cadre d'une pratique généralisée de discrimination (…). e) Le paragraphe d) a pour corollaire que les actes discriminatoires qualifiés de persécution ne doivent pas être examinés isolément. Quelques uns des actes susmentionnés peuvent ne pas être suffisamment graves en soi pour constituer un crime contre l'humanité. Si, par exemple, les restrictions imposées aux droits d'un groupe donné de participer à certains aspects de la vie en société (interdiction d'aller dans les jardins publics, au théâtre ou dans les bibliothèques) constituent une discrimination répréhensible en soi, elles ne peuvent à elles seules constituer une persécution. Ces actes doivent être envisagés dans leur contexte, et non pas isolément, et être évalués au regard de leur effet cumulatif* » [87].

Dans le même esprit, la Chambre de première instance ajoute qu'elle est d'avis que « *pour que la persécution constitue un crime contre l'humanité, il ne suffit pas de définir un noyau fondamental d'actes constitutifs et de laisser planer un doute sur le statut des autres. Il convient de définir clairement les limites des types d'actes retenus au titre de la persécution. Certes, le domaine des droits de l'homme évolue et s'étend mais il n'en demeure pas moins que tout déni d'un droit de l'homme ne constitue pas forcément un crime contre l'humanité* » [88]. Ceci lui permet de conclure que les actes constitutifs de persécution doivent être au moins aussi graves que les autres actes énumérés comme étant constitutifs de crimes contre l'humanité [89].

Le jugement rendu en l'affaire *Obrenovic* renforce encore cette conclusion, soulignant la gravité particulière tant des crimes contre l'humanité en général que de celui de persécution en particulier : « *The Trial Chamber considers that the seriousness of the crime of persecutions cannot be emphasised enough: this is a crime that can be committed in different manners and incorporates manifold acts. It is the abhorrent discriminatory intent behind the commission of this crime against humanity that renders it particularly grave* » [90].

---

[86] TPIY, Kupreskic, §571.
[87] TPIY, Kupreskic, §615.
[88] TPIY, Kupreskic, §618.
[89] Voir, TPIY, Kupreskic, §619 ; dans le même sens, voir TPIY, Kordic et Cerkez, §195, TPIY, Krnojelac, §434, TPIY, Naletilic et Martinovic, §635 et TPIY, Vasiljevic, §247.
[90] TPIY, Obrenovic, §65.

Dans la détermination de la gravité des actes constitutifs de persécution, l'apport du droit international des droits de l'homme est important, car on trouvera « *des paramètres plus précis afin de définir la dignité humaine dans les normes internationales relatives aux droits de l'homme, comme celles inscrites dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1948, les deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques de 1966 et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire. L'analyse de différentes dispositions de ces textes permet d'identifier une série de droits fondamentaux dont bénéficie tout être humain et dont la violation caractérisée peut constituer, en fonction des circonstances, un crime contre l'humanité. La persécution consiste en une atteinte grave portée à ces droits, dans le but d'exclure une personne de la société pour des motifs discriminatoires. La Chambre de première instance définit par conséquent la persécution comme le déni manifeste ou flagrant, pour des raisons discriminatoires, d'un droit fondamental consacré par le droit international coutumier ou conventionnel, et atteignant le même degré de gravité que les autres actes prohibés par l'article 5 du Statut* » [91].

Pour déterminer si des actes particuliers constituent le crime contre l'humanité de persécution, la Chambre de première instance insiste sur une évaluation contextuelle des actes de persécution car il convient de prendre en considération leur effet cumulatif. Comme le précise la Chambre de première instance, même si « *les actes, pris individuellement, peuvent ne pas être inhumains, leurs conséquences globales doivent choquer l'humanité à un point tel qu'elles peuvent être qualifiées d''inhumaines'. Cette limitation s'accorde également avec le principe de la légalité, puisque les actes inhumains sont clairement prohibés par le Statut* » [92].

Toutefois, de manière controversée, la Chambre estime tout de même qu'un seul acte peut être constitutif du crime contre l'humanité de persécution, si l'intention discriminatoire en est clairement démontrée [93].

Encore faut-il déterminer quels sont les droits fondamentaux que les actes constitutifs de persécution doivent violer pour atteindre la gravité d'un crime contre l'humanité. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé qu'il n'est pas approprié d'identifier quels sont ces droits, afin que l'admission explicite de certains ne laisse pas penser à l'exclusion implicite des autres, ce qui ne servirait pas les intérêts de la justice. En effet, « *Le droit international coutumier n'a pas adopté cette approche au regard des crimes contre l'humanité, la catégorie des 'autres actes inhumains' conférant également aux juridictions une certaine flexibilité afin de se prononcer sur les affaires dont elles connaissent, en fonction des formes, multiples et particulièrement ingénieuses, que peuvent revêtir les atteintes à l'humanité. Chaque affaire doit donc être tranchée selon ses circonstances particulières* » [94].

Aujourd'hui, le Statut de la Cour pénale internationale apporte une définition du crime de persécution, qui limite les actes méritant une telle qualification au « *déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet* » [95]. Il n'y a plus là l'exigence d'une gravité comparable aux autres crimes contre l'humanité, telle que dans les autres formes de violences sexuelles que le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée ou la stérilisation forcée [96].

---

[91] TPIY, Kupreskic, §621.
[92] TPIY, Kupreskic, §622, voir également TPIY, Naletilic et Martinovic, §637, TPIY, Stakic, §735 et TPIY, Vasiljevic, §250. Voir également TPIR, Semanza, §349.
[93] Voir TPIY, Kupreskic, §624, conclusion reprise *in* TPIY, Kordic et Cerkez, §199.
[94] TPIY, Kupreskic, §623.
[95] Art. 7 §2 lit. (g) CPI.
[96] Voir art. 7 §1 lit. (g) CPI et *supra* chapitre 11.

La gravité nécessaire de ces actes est toutefois soulignée par l'exigence d'un déni intentionnel et grave des droits fondamentaux, pour des motifs discriminatoires liés à l'identité du groupe ou de la collectivité visé. La notion de droits fondamentaux n'est pas clairement délimitée et le domaine des droits de l'homme étant soumis à une interprétation constructive de ses normes protectrices, l'évolution de la notion au fil du temps doit être prise en compte. Machteld Boot estime que ces droit recouvrent pour le moins les droits indérogeables des conventions internationales de protection des droits de l'homme [97].

Le Comité des droits de l'homme s'est prononcé sur les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui ne peuvent faire l'objet de réserve de la part des Etats. Il s'agit de l'interdiction de l'esclavage, de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, du droit à la vie, du droit de ne pas être arrêté et détenu arbitrairement, de la liberté de pensée, de conscience et de religion, de la présomption d'innocence, de l'interdiction d'exécuter la peine de mort prononcée à l'encontre d'enfants ou de femmes enceintes, de l'interdiction des appels à la haine nationale, raciale, ou religieuse, du droit au mariage, du droit des minorités de jouir de leur culture, de pratiquer leur religion et de parler leur propre langue et du droit à un procès équitable [98].

Ces droits doivent donc être perçus comme fondamentaux. Sont-ils cependant les seuls à l'être ? Le *corpus* du droit international des droits de l'homme repose sur l'interdiction fondamentale de toute discrimination et des déclarations ou conventions internationales interdisent spécifiquement toutes les formes de discrimination raciale, ou à l'encontre des femmes, ou bien encore toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction. La discrimination arbitraire, pour les motifs énoncés ou tout autre, est en soi une violation grave d'un droit fondamental. Toutefois, il ne convient pas que tout acte discriminatoire puisse être qualifié de crime contre l'humanité, de même que nous relevâmes qu'il n'est pas concevable que, au sens du texte français de la Convention européenne des droits de l'homme, toute « *distinction* » soit jugée arbitraire. Les crimes contre l'humanité sont, avec le génocide, les crimes de guerre et l'agression, les crimes les plus graves, qui touchent l'ensemble de la communauté internationale et menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde. Il faut donc que l'atteinte aux droits des personnes persécutées soit particulièrement grave, ce que toute discrimination arbitraire ne saurait être [99].

Il convient toutefois de garder à l'esprit ce que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à souligné à maintes reprises : la persécution est souvent l'objet d'une politique globale, qui englobe toute une série d'actes de différente gravité, des atteintes aux personnes aux atteintes aux biens, à l'exclusion toutefois des biens industriels, qui ne peuvent constituer une atteinte à la liberté ou à la vie du groupe ou de la collectivité visé. C'est donc l'ensemble d'une telle politique de persécution qu'il faut analyser, comme un tout, car de l'ampleur des droits et libertés atteints peut découler la qualification de crime contre l'humanité de persécution au sens du Statut de la Cour pénale internationale. Ainsi, si l'interdiction faite à tel

---

[97] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §2 lit. (g) CPI, pp. 165-167.
[98] Comité des droits de l'homme, Fifty-second session (1994), General comment No. 24 : Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, §8, *in* Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004, p. 162.
[99] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 116.

groupe ou collectivité d'accéder, par exemple, à la fonction publique, ne saurait être qualifiée de crime contre l'humanité, elle peut être symptomatique d'une politique plus vaste, qui, dans son ampleur et la diversité des droits atteints, pourra l'être. Un élément physique n'est pas toujours nécessaire à la qualification de persécution, comme le démontre par exemple la condamnation de Julius Streicher à Nuremberg [100].

Toutefois, le Statut de la Cour pénale internationale exige que le crime de persécution soit commis en corrélation avec un autre crime contre l'humanité ou avec un autre crime relevant de la compétence de la Cour. Il semble donc que seuls les actes constitutifs de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ou l'agression, s'ils sont commis contre un groupe ou une collectivité en raison de son identité politique, raciale, nationale, ethnique, culturelle, religieuse ou sexiste, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, avec l'intention requise, puissent également constituer le crime contre l'humanité de persécution, à l'exclusion de tous autres actes non expressément mentionnés dans le Statut. C'est une manière de garantir que seuls les crimes les plus graves, conformément à la volonté de ses auteurs, entrent dans la compétence *ratione materiae* de la Cour. Cette définition des actes potentiellement constitutifs de persécution est ainsi plus étroite, plus précisément définie, que dans la jurisprudence issue des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, dont les Statuts ne contiennent pas de définition de ce crime.

Rappelons que les crimes contre l'humanité sont constitués d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [101]. Nous avions conclu que l'extermination pouvait, en elle-même, constituer une telle attaque [102]. Il en va de même de la persécution : une vaste politique de persécution à l'encontre d'un groupe identifié comme tel peut dans les mêmes faits, constituer l'élément général du crime contre l'humanité et l'élément spécial propre à la persécution. Dans cette idée, en cas de persécution, d'autres actes que ceux énumérés au paragraphe 1er de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale peuvent être constitutifs de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile [103]. Ceci renforce la limitation des actes de persécution à ceux constitutifs de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour, afin de garder une définition précise et conforme au principe de la légalité des crimes contre l'humanité.

Enfin, les actes commis doivent l'être contre un groupe ou une collectivité identifiable, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité visé. Cet élément de discrimination déborde ainsi le cadre de la *mens rea* pour constituer également un élément matériel du crime : quels que soient les actes commis, ils

[100] Il semble que la jurisprudence du TPIY, *in* TPIY, Kordic et Cerkez, §§209-210, en refusant de considérer l'incitation à la haine raciale ou nationale comme un crime contre l'humanité de persécution contredise sur ce point le jugement de Nuremberg. Toutefois, l'incitation seule ne saurait constituer un crime contre l'humanité, mais l'incitation, comme ce fut le cas pour Julius Streicher, dans un contexte de violations graves et massive des droits de l'homme, oui ; l'importance d'une approche globale prenant en considération tous les éléments de la cause est donc encore une fois à souligner.
[101] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.
[102] Voir *supra* chapitre 6.
[103] Voir *supra* chapitre 4.

doivent viser un groupe ou une collectivité identifiable, choisi comme cible de ces attaques en raison de son identité collective [104].

C. Les motifs poursuivis

Une vaste politique discriminatoire, à l'exemple de celle que mit en place le IIIème Reich, se retrouve souvent derrière les actes de persécution, ce qui rejoint l'exigence posée par le Statut de la Cour pénale internationale, que les crimes contre l'humanité soient commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique menée en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. Cependant, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ne retient pas que l'accusé doit avoir personnellement participé à l'élaboration de ladite politique [105].

Cette politique discriminatoire déborde la *mens rea* propre à ce crime contre l'humanité, en ce sens que l'acte ou l'omission doit provoquer une conséquence discriminatoire, plus que simplement résider en une intention qui, seule, ne saurait suffire à la constitution du crime. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie juge également que « *Bien que le Statut n'exige pas expressément que la discrimination s'exerce à l'encontre d'un membre du groupe visé, l'acte ou l'omission doit avoir des conséquences discriminatoires dans les faits, et non être commis avec une simple intention discriminatoire. L'intention discriminatoire ne suffit pas par elle-même. Sans une telle exigence, un accusé pourrait être déclaré coupable de persécutions sans que quiconque ait effectivement été persécuté. Si tel était le cas, la distinction entre le crime de persécution et d'autres crimes (comme le meurtre et la torture) perdrait pratiquement tout son sens* » [106].

Déjà le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait-il souligné, dans son premier jugement, qu'il n'existe pas, en droit international coutumier, de motifs précis sur lesquels la persécution doit être fondée, et que divers motifs ont été énumérés dans les instruments internationaux, ceux de son Statut demeurant basés sur celui du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui comprenait les trois motifs de race, de religion et de politique, ainsi que sur la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié, alors que la Charte du Tribunal militaire international de Tokyo ne retenait pas le motif religieux, qui ne trouvait pas à s'appliquer dans le contexte de la guerre du Pacifique [107].

Quels que soient les motifs qui entrent dans la liste pour la persécution, il est constant qu'ils ne représentent que diverses possibilités, dont une seule suffit à constituer le crime, malgré l'emploi de la conjonction « *et* » entre les différents motifs énoncés à l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [108].

Le Statut de la Cour pénale internationale mentionne aujourd'hui que la persécution doit être menée pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethniques, culturels, religieux ou sexiste, ou en fonction de tout autre critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international. Des propositions se firent jour au cours des travaux préparatoires afin d'étendre les

---

[104] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §2 lit. (g) CPI, pp. 165-167.
[105] Voir TPIY, Kupreskic, §625.
[106] TPIY, Vasiljevic, §245, également TPIY, Krnojelac, §432 ; *contra* mais sans référence à l'appui de son raisonnement, voir TPIY, Kvocka, §195.
[107] Voir TPIY, Tadic, §711.
[108] Voir TPIY, Tadic, §§712-713.

motifs discriminatoires de la persécution à l'ensemble des crimes contre l'humanité, à l'exemple du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ce qui ne fut finalement pas retenu, seule la persécution devant obéir à des motifs discriminatoires [109].

Les motifs d'ordre politique peuvent être compris comme ceux relatifs aux affaires publiques en général (Littré), au fonctionnement de l'Etat et du gouvernement et ne doivent pas être limités à l'adhésion à un parti politique ou à une quelconque idéologie politique, pour couvrir également les intérêts publics en matière d'environnement ou de santé ; « *a political ground for persecution would then cover at least the existence of a difference of opinion concerning these issues as a reason for committing the acts concerned* » [110].

Il est difficile de définir le motif d'ordre racial, comme il est délicat de définir un groupe racial. La présence de ce motif discriminatoire dans tous les précédents instruments pertinents ne permet pourtant pas d'en préciser clairement la notion. Ainsi, les motifs d'ordre racial doivent être compris dans un sens large, conforme à l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui couvre toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique [111].

Le motif d'ordre national est plus clairement identifiable comme se rattachant à la nationalité d'un Etat mais doit également englober, plus largement, les groupes qui se considèrent eux-mêmes comme une nation, même si ses membres sont répartis sur le territoire de plusieurs Etats [112]. En ce sens, il se rapproche du motif d'ordre racial, car, nous l'avons dit, il faut entendre par nation la réunion d'hommes habitant un même territoire, soumis ou non à un même gouvernement, ayant depuis longtemps des intérêts assez communs pour qu'on les regarde comme appartenant à la même race.

Les motifs d'ordre ethnique semblent redondants tant avec une définition élargie des motifs d'ordre national, qu'avec la définition retenue des motifs d'ordre racial, tels que définis dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, car ils caractérisent un peuple. Toutefois, il semble que le terme employé dans la version anglaise du Statut (« *ethnic* ») soit plus étroit de sens que celui employé à l'article 6 relatif au crime de génocide (« *ethnical* ») [113].

Les motifs d'ordre culturel, nous l'avons dit, touchent à l'instruction ou à l'éducation et le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels lie la vie culturelle au progrès scientifique et à ses applications, ainsi qu'à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique [114]. Par ailleurs, le droit à l'éducation vise au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité, au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi

[109] Voir ONU Doc. A/CONF.183/2/Add.1, du 14 avril 1998, pp. 25-26.
[110] Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, pp. 148-149.
[111] Voir art. 1er Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; voir également Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 149.
[112] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 149.
[113] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 149.
[114] Voir art. 15 PIDESC.

qu'à mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, en favorisant la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux [115].

Les motifs d'ordre religieux sont évidemment en rapport avec la religion du groupe ou de la collectivité visé, soit avec l'ensemble des pratiques qui constitue le rapport de l'homme avec la puissance divine. A la lecture de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion implique la liberté d'avoir une religion ou n'importe quelle conviction de son choix, ainsi que la liberté de les manifester individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement [116].

Les motifs sexistes ont trait à l'un ou l'autre sexe, masculin ou féminin, selon l'article 7 paragraphe 3 du Statut de la Cour pénale internationale. A la lecture de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, il convient de comprendre, *mutatis mutandis*, les motifs sexistes comme toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes ou par les hommes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine [117].

Enfin, la persécution peut également être constituée pour tout autre critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international, ce qui recouvre les critères largement reconnus et non devant l'être par tous les Etats sans exception, ce qui est en accord avec le but globalement poursuivi par le Statut de Rome. Tous les critères discriminatoires interdits par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que par les Conventions européenne et américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples doivent être ainsi reconnus comme motifs pertinents à la constitution du crime contre l'humanité de persécution dans le Statut de la Cour pénale internationale ; il s'agit de la couleur, de la langue, ainsi que de l'origine sociale, de fortune ou de naissance [118].

Ce dernier élément fut ajouté afin de bien marquer l'intention des auteurs du Statut de laisser la liste ouverte et non exhaustive [119].

D. La corrélation avec tout crime contre l'humanité ou avec tout autre crime relevant de la compétence de la Cour

Le Statut de la Cour pénale internationale exige que le crime contre l'humanité de persécution soit commis « *en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour* » [120].

---

[115] Voir art. 13 PIDESC.
[116] Voir art. 1er §1 Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction.
[117] Voir art. 1er Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.
[118] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 150.
[119] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 119-120.
[120] Art. 7 §1 lit. (h) *in fine* CPI.

Le lien devant exister entre la persécution et d'autres crimes provient de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui mentionna « *les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime* » [121]. Ce même libellé a été repris dans la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ainsi que dans les Principes du Statut et du Jugement de Nuremberg. Absent de la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié et des deux Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, il est repris dans le Statut de la Cour pénale internationale. Une Chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a rejeté l'idée que la persécution doive être liée à d'autres crimes relevant du Statut du Tribunal international. Elle fait remarquer qu'en tout état de cause, le Statut du Tribunal international n'impose aucunement cette condition [122].

La conclusion d'une autre Chambre de première instance de ce même Tribunal est la même, qui « *constate d'emblée que les termes de l'article 5 h) n'évoquent jamais comme condition l'existence d'un lien entre le crime de persécution et les autres crimes énumérés dans le Statut. À cette date, il semble acquis dans la jurisprudence des Chambres de première instance du Tribunal international que la persécution peut également englober des actes qui ne sont pas explicitement énumérés dans le Statut* » [123].

Cette exigence du Statut de la Cour pénale internationale s'éloigne de l'état actuel du droit international coutumier, qui n'exige plus un tel lien, et s'explique par le souhait de plusieurs délégations d'ajouter un élément au seuil d'applicabilité de la persécution, notion jugée trop vague et potentiellement élastique [124]. La persécution doit donc être commise en corrélation soit avec l'un des autres crimes contre l'humanité énumérés à l'article 7 paragraphe 1, soit avec l'un des autres crimes relevant de la compétence de la Cour, à savoir le génocide, les crimes de guerre, voire l'agression [125].

La question qui se pose alors est de déterminer si la persécution commise en corrélation avec l'un de ces autres crimes absorbe la précédente qualification au profit de celle de crime contre l'humanité de persécution, auquel cas, par exemple, un crime de guerre commis avec l'intention discriminatoire requise à l'encontre d'un groupe ou d'une collectivité identifiable et pour des motifs liés à l'identité de ce groupe ou de cette collectivité devient un crime contre l'humanité de persécution, ou, au contraire, si les deux qualifications subsistent en concours.

La pratique des Tribunaux pénaux internationaux tranche en faveur d'une double qualification de ces crimes, ce que semble confirmer le texte du Statut par l'emploi des termes « *en corrélation avec…* ». L'interprétation des droits de l'homme va dans le même sens, qui ne reconnaît pas d'autonomie à l'interdiction de toute discrimination, qui doit dès lors être liée à une autre violation d'un droit protégé ou d'une liberté garantie.

Cependant, la corrélation est la qualité de ce qui est corrélatif, c'est-à-dire de ce qui est dans une relation telle avec un autre objet que l'un suppose l'autre (Littré). En ce sens, la persécution se trouverait en relation telle avec un autre crime contre

[121] Art. 6 lit. (c) TMI.
[122] Voir TPIY, Kupreskic, §581.
[123] TPIY, Kordic et Cerkez, §193 ; voir également TPIY, Kupreskic, §608.
[124] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 121.
[125] Voir Machteld Boot & Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary*, *ad* art. 7 §1 lit. (h) CPI, p. 151.

l'humanité ou un autre crime relevant de la compétence de la Cour, que la réalisation de ses éléments constitutifs supposerait la réalisation des éléments constitutifs de cet autre crime. Ainsi la persécution reprendrait tous les éléments constitutifs de cet autre crime, lui ajoutant les siens propres, devenant par là même une infraction spéciale absorbant l'autre. Une personne commettant, par hypothèse, le crime contre l'humanité d'extermination contre un groupe de personnes choisi en raison de l'identité politique de ses membres ne commet alors pas deux crimes contre l'humanité, l'un d'extermination et l'autre de persécution, mais un seul, de persécution. Il en serait de même dans le cas de l'auteur d'un crime de guerre commis à l'encontre du même groupe de personnes, qui n'aurait commis alors que le seul crime contre l'humanité de persécution.

Les termes employés dans la version anglaise du Statut sont « *in connection with…* », qui signifient en relation ou en rapport avec cet autre crime (Harraps). La version espagnole du Statut reprend les mêmes termes de « *en conexión con…* ». La relation est l'état d'une chose qui tient à une autre, et le rapport la relation ou la connexion des objets entre eux ; la connexion est l'action de lier, d'unir des choses l'une avec l'autre, de les mettre en rapport intime l'une avec l'autre (Littré). Il semble que ces termes revêtent un sens moins fort que le terme français de « *corrélation* ». En l'absence de toute indication des travaux préparatoires en la matière, nous pouvons appliquer ici la solution préconisée par la Convention de Vienne sur le droit des traités, à savoir que les différents textes sont réputés avoir le même sens et que, à défaut, l'on appliquera « *le sens qui, compte tenu de l'objet et du but traité, concilie le mieux les textes* » [126]. En conséquence, il nous semble donc que le texte français ne soit pas à comprendre dans un sens trop restrictif et que les termes « *en connexité avec* » eussent sans doute mieux convenus ici. En ce sens, le crime de persécution serait commis en concours avec un autre crime.

En tout état de cause, il faut en conclure que le crime contre l'humanité de persécution n'est pas autonome et que sa constitution est également reliée à celle d'un autre crime. Toutefois, la situation ne sera pas identique selon que la persécution est commise en corrélation avec un autre crime contre l'humanité, tel qu'énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut, ou avec tout autre crime relevant de la compétence de la Cour.

1. La corrélation avec tout crime contre l'humanité

La persécution peut ainsi premièrement être commise en corrélation avec tout acte constitutif de crime contre l'humanité, à savoir le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, les disparitions forcées de personnes, le crime d'apartheid et les autres actes inhumains de caractère analogue.

Tous ces actes ne peuvent toutefois pas se prêter à une corrélation avec les éléments constitutifs du crime contre l'humanité de persécution. S'il est aisé d'envisager la possibilité de meurtre ou d'extermination commise à l'encontre d'un groupe de personnes identifiable en fonction d'un critère d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, ou en fonction d'autres critères

[126] art. 33 §§3 et 4 Convention de Vienne sur le droit des traités.

universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, il n'est pas possible de l'envisager pour le crime d'apartheid.

En effet, ce dernier est constitué, au sens du Statut de la Cour pénale internationale, par « *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* » [127]. Il est dès lors clair que la notion de persécution est intrinsèquement présente dans cette définition, par la domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial. Ceci est conforme aux droits de l'homme, dont nous avons déjà mentionné qu'ils tiennent l'apartheid pour la pire forme de discrimination raciale.

La spécificité du crime d'apartheid ne se prête dès lors pas à une corrélation avec les motifs de persécution. En effet, seule la discrimination raciale est pertinente au crime contre l'humanité d'apartheid et sans elle il n'est pas constitué ; l'élargissement du crime d'apartheid de la discrimination raciale à tous les motifs énoncés en matière de persécution serait contraire au texte du Statut et à la nature du crime d'apartheid. Cette corrélation doit donc être rejetée et la définition du crime d'apartheid perçue comme une *lex specialis* par rapport à la définition de la persécution.

2. La corrélation avec les autres crimes relevant de la compétence de la Cour

La corrélation entre le crime contre l'humanité de persécution et les autres crimes relevant de la compétence de la Cour pose également quelques problèmes.

Le premier de ces crimes est le génocide, défini comme : « *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 membres du groupe ; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe* » [128].

La notion de discrimination est également consubstantielle à celle de génocide et il n'est donc pas envisageable d'établir une corrélation avec le crime contre l'humanité de persécution. En effet, soit le génocide est dirigé expressément contre un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel, et il est alors un cas particulier de persécution, soit il n'y a pas de critère de discrimination établi, ou d'autres, ne figurant pas à l'article 6 le sont, et il n'y a pas de génocide. Par ailleurs, une telle corrélation entre ces deux crimes entraînerait une extension des groupes potentiellement victimes de génocide, qui contreviendrait au texte du Statut et à la nature du crime de génocide. Elle doit donc être rejetée, comme l'a confirmé une Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « *The offence of genocide does not subsume that of persecution. The Trial Chamber's conclusion to the contrary was erroneous* » [129]. La définition du génocide apparaît donc, à l'instar de

[127] Art. 7 §2 lit. (h) CPI. Voir *infra* chapitre 14.
[128] Art. 6 CPI.
[129] TPIY, Krstic appel, §229.

celle du crime d'apartheid, comme une *lex specialis* par rapport à celle de la persécution.

En ce qui concerne les crimes de guerre, il n'y a par contre, globalement, aucune difficulté à les envisager spécifiquement dirigés contre un groupe ou une collectivité pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international. En ce sens, la corrélation entre le crime contre l'humanité de persécution et un crime de guerre au sens du Statut de la Cour pénale internationale est la seule qui puisse subsister.

Demeure l'éventuelle corrélation entre le crime contre l'humanité de persécution et le crime d'agression. Celui-ci s'inscrit dans le champ de compétence matérielle de la Cour pénale internationale mais n'est pas encore formellement inscrit dans le Statut, une définition n'ayant pu lui être trouvée. A ce jour, le dernier document de travail de l'Assemblée des Etats parties ne permet pas de dégager une telle définition [130]. Néanmoins, l'agression est le crime d'un Etat contre un autre Etat et les motifs de persécution ne se prêtent guère à ce crime. Il semble donc, dans l'attente d'une définition définitive intégrant le Statut de la Cour pénale internationale, que la corrélation entre le crime contre l'humanité de persécution et le crime d'agression puisse difficilement être envisagée.

[130] Voir Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Additif, Partie II, Propositions en vue d'une disposition relative au crime d'agression, ONU Doc. PCNICC/2002/2/Add.2, du 24 juillet 2002.

V. La *mens rea*

La *mens rea* du crime contre l'humanité de persécution fait l'objet d'une abondante jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Comme le relevait la Chambre de première instance jugeant l'affaire *Blaskic* : « *L'infraction sous-jacente 'persécution' requiert l'existence d'un élément intentionnel duquel elle tire toute sa spécificité. (…) C'est, en effet, l'intention spéciale d'atteindre une personne humaine en tant qu'appartenant à telle communauté ou à tel groupe, plus que les moyens employés pour y parvenir, qui lui donne son caractère propre et sa gravité, et qui justifie qu'elle puisse se constituer d'actes criminels qui pourraient apparaître, en eux-mêmes, comme ne portant pas directement atteinte aux droits les plus fondamentaux de l'être humain (et, par exemple, les atteintes aux biens). En d'autres mots, l'auteur de la persécution vise non pas d'abord l'individu mais l'appartenance raciale, religieuse ou politique* » [131].

Dans l'affaire *Kupreskic*, la Chambre de première instance développa l'élément moral de la persécution, soulignant que l'analyse de certains des exemples de persécution permet de dégager 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. La Chambre estime que l'on peut considérer que l'objectif même de cette privation de droits est d'exclure ces individus de la société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs des actes, voire de l'humanité elle-même. Il en découle que « *l'élément moral requis pour la persécution est plus strict que pour les crimes contre l'humanité habituels, tout en demeurant en deçà de celui requis pour le génocide* ». Il est clair pour la Chambre que le crime contre l'humanité de persécution relève du même « *genus* » que le crime de génocide, puisqu'il s'agit dans les deux cas de crimes commis contre des personnes appartenant à un groupe déterminé, qui sont visées en raison même de cette appartenance. L'intention discriminatoire est essentielle dans les deux cas, qui se distinguent néanmoins : « *Alors que dans le cas de la persécution, l'intention discriminatoire peut revêtir diverses formes inhumaines et s'exprimer par le biais d'une multitude d'actes, dont l'assassinat, l'intention requise pour le génocide doit s'accompagner de celle de détruire, en tout ou en partie, le groupe auquel les victimes appartiennent. S'agissant de l'élément moral, on peut donc dire que le génocide est une forme de persécution extrême, sa forme la plus inhumaine. En d'autres termes, quand la persécution atteint sa forme extrême consistant en des actes intentionnels et délibérés destinés à détruire un groupe en tout ou en partie, on peut estimer qu'elle constitue un génocide* » [132].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a analysé la question de savoir si l'auteur du crime de persécution doit avoir l'intention spécifique de promouvoir une politique de persécution et partager l'intention discriminatoire qui l'anime ou s'il suffit d'établir qu'il savait objectivement que ses actions s'inscrivaient dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique menée pour des motifs discriminatoires, avant de conclure, que « *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'* » [133].

[131] TPIY, Blaskic, §235.
[132] TPIY, Kupreskic, §§634-636.
[133] TPIY, Kordic et Cerkez, §§211-220.

Dans l'affaire *Stakic*, ce même Tribunal affirma que, si l'intention discriminatoire est nécessaire, point n'est besoin d'établir l'existence d'une politique discriminatoire : « *La présente Chambre estime toutefois que le rôle joué par un accusé donné a une incidence importante sur la question de savoir s'il est nécessaire de rapporter la preuve d'une intention discriminatoire pour chaque acte particulier incriminé ou si la preuve de l'existence d'une attaque discriminatoire suffit pour conclure à l'intention discriminatoire pour les actes commis dans le cadre de cette attaque. (…) En l'espèce toutefois, il n'est pas reproché à l'Accusé d'avoir été l'auteur direct des crimes. Premier magistrat de la municipalité de Prijedor, il est en fait accusé d'avoir été un auteur derrière l'auteur/acteur direct ; l'Accusé est considéré comme étant le coauteur de ces crimes au même titre que les autres individus avec lesquels il a coopéré au sein des nombreuses instances dirigeantes de la municipalité. La Chambre de première instance emploie à dessein les deux termes 'auteur' et 'acteur', car, pour juger de l'intention de l'auteur indirect, peu importe que l'acteur ait été ou non animé d'une intention discriminatoire ; l'acteur peut n'avoir été qu'un instrument innocent.*

742. En conséquence, exiger la preuve de l'intention discriminatoire à la fois chez l'accusé et les exécutants pour l'ensemble des actes commis assurerait aux supérieurs une protection injustifiée et serait contraire au sens, à l'esprit et au but du Statut du Tribunal international. La Chambre estime donc que la preuve du caractère discriminatoire d'une attaque dirigée contre une population civile est suffisante pour conclure à l'intention discriminatoire d'un accusé pour des actes accomplis dans le cadre de cette attaque à laquelle il a participé en tant que (co) auteur.

743. Dans le cas d'une perpétration indirecte, il n'est exigé que la preuve de l'intention discriminatoire générale de l'auteur indirect pour l'attaque lancée par les auteurs/acteurs directs. Le fait que l'auteur/acteur direct n'ait pas agi avec une intention discriminatoire n'exclut pas en soi que ses agissements puissent être considérés comme s'inscrivant dans le cadre d'une attaque discriminatoire dès lors que l'auteur indirect était animé d'une intention discriminatoire » [134].

Ce qui compte en effet pour cette Chambre de première instance : « *c'est l'intention discriminatoire qui animait l'auteur indirect* » [135].

Pour la Chambre de première instance en charge du jugement de l'affaire *Krnojelac*, « *The crime of persecution also derives its unique character from the requirement of a specific discriminatory intent. It is not sufficient for the accused to be aware that he is in fact acting in a way that is discriminatory; he must consciously intend to discriminate. While the intent to discriminate need not be the primary intent with respect to the act, it must be a significant one. There is no requirement under persecution that a discriminatory policy exist or that, in the event that such a policy is shown to have existed, the accused has taken part in the formulation of such discriminatory policy or practice by a governmental authority* » [136].

En effet, l'intention spécifique de l'auteur doit être démontrée en relation avec l'acte spécifique de persécution à lui reproché, plus qu'à l'attaque en général, même si celle-ci peut également en pratique posséder un aspect discriminatoire. Clairement, il n'y a pas d'exigence, ni en matière de persécution, ni de manière plus générale pour l'ensemble des crimes contre l'humanité, que l'attaque généralisée ou systématique constitutive de ces crimes possède elle-même des caractéristiques discriminatoires [137].

---

[134] TPIY, Stakic, §§737-743.
[135] TPIY, Stakic, §746.
[136] TPIY, Krnojelac, §435.
[137] Voir TPIY, Krnojelac, §436 ; dans le même sens voir TPIY, Vasiljevic, §§244-250.

En tous les cas « *Le crime de persécution suppose de la part de son auteur une intention spéciale. Celui-ci doit se rendre délibérément coupable de l'acte ou de l'omission et être animé de l'intention spéciale d'opérer une discrimination à l'encontre de la victime pour des raisons raciales, religieuses ou politiques* » [138].

Pour Kriangsak Kittichaisaree, en ce qui concerne le crime contre l'humanité de persécution dans le Statut de la Cour pénale internationale, « *The requisite mens rea (…) is the discriminatory intent with the aim of removing the victims from the society in which they live alongside the perpetrators, or eventually even from humanity itself, on the ground that people who share ethnic, racial, religious, or other bonds different from those of a dominant group are to be treated as inferior to the dominant group, resulting in the fundamental human rights of the victim group being grossly and systematically trampled upon* » [139].

La *mens rea* du crime contre l'humanité de persécution, comme tous les crimes relevant de la compétence de la Cour, doit s'apprécier en regard de l'article 30 du Statut, selon lequel l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct, excluant le dol éventuel et la négligence, sauf si le Statut en dispose autrement.

En matière de persécution, la situation est particulière. En effet, la persécution doit être menée dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en connaissance de cette attaque, dans l'application ou la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, en corrélation avec tout crime contre l'humanité ou tout autre crime relevant de la compétence de la Cour.

Si la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda estime qu'il n'est pas nécessaire que l'attaque généralisée ou systématique en elle-même obéisse à une politique discriminatoire, la situation est différente dans le cadre du Statut de la Cour pénale internationale. En effet, la politique de l'Etat ou de l'organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique à l'encontre d'une population civile est l'un des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité, sur lequel doivent porter l'intention et la connaissance de l'auteur, conformément à l'article 30. Nous l'avons dit, l'ampleur du crime de persécution et les corrélations exigées avec notamment d'autres crimes contre l'humanité peut conduire à une réalisation simultanée des éléments constitutifs, tant généraux que spéciaux, de ce crime contre l'humanité.

Ainsi, si l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile est elle-même de caractère discriminatoire, visant des groupes ou collectivités identifiables pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, liés à l'identité des groupes ou collectivités visés, l'intention et la connaissance de l'auteur porte en même temps sur les éléments constitutifs généraux et spéciaux des crimes contre l'humanité. Par contre, si ladite attaque n'a pas en elle-même de caractère discriminatoire, alors la participation de

[138] TPIY, Naletilic et Martinovic, §638 ; voir également TPIR, Semanza, §350.
[139] Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 120.

l'accusé, par l'un des crimes énumérés à l'article 7 paragraphe 1, hors l'apartheid, doit être réalisée avec l'intention discriminatoire requise.

Il en découle que la connaissance de l'auteur doit porter sur les éléments constitutifs généraux de tout crime contre l'humanité, de même que sur les éléments constitutifs spéciaux du crime commis en corrélation avec la persécution, qui elle-même exige la connaissance de l'identité politique, raciale, nationale, ethnique, culturelle, religieuse ou sexiste, ou de tout autre critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international, des groupes ou collectivités visés.

Il en va de même de l'intention de l'auteur, qui doit vouloir s'associer à l'attaque en cours et commettre le crime en corrélation avec la persécution, de même qu'il doit avoir l'intention de choisir les groupes ou collectivités visés en fonction de leur identité politique, raciale, nationale, ethnique, culturelle, religieuse ou sexiste, ou de tout autre critère universellement reconnu comme inadmissible en droit international. L'article 7 exige en effet que le déni des droits fondamentaux constituant la persécution soit intentionnel et grave, ce qui ne fait que reprendre les éléments de l'article 30 et la gravité générale de tous les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, ce que reconnaît également l'Assemblée des Etats parties dans les Eléments des crimes [140].

[140] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §4, p. 116.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs de persécution

L'Assemblée des Etats parties a établi comme suit les éléments constitutifs du crime contre l'humanité de persécution : « *1. L'auteur a gravement porté atteinte, en violation du droit international, aux droits fondamentaux d'une ou plusieurs personnes. 2. L'auteur a pris pour cible la ou les personnes en raison de leur appartenance à un groupe ou à une collectivité identifiable ou a ciblé le groupe ou la collectivité en tant que tel. 3. Un tel ciblage était fondé sur des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3 de l'article 7 du Statut, ou à d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international. 4. Le comportement était commis en corrélation avec tout acte visé à l'article 7, paragraphe 1, du Statut ou avec tout crime relevant de la compétence de la Cour. 5. Le comportement faisait partie d'une campagne généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 6. L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une campagne généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie* » [141].

L'Assemblée a ajouté deux notes de bas de page à ces éléments. La première se rapporte au premier élément et précise que la condition d'avoir gravement porté atteinte aux droits fondamentaux d'une ou plusieurs personnes, en droit international, est sans préjudice du paragraphe 6 de l'introduction générale aux Eléments des crimes, qui précise que la condition d'illicéité « *prévue dans le Statut ou ailleurs dans le droit international, en particulier le droit international humanitaire, n'est généralement pas mentionnée dans les éléments des crimes* » [142]. Si elle n'est généralement pas mentionnée, nous n'attendions pas qu'elle le fût ici et sa présence ne sert donc qu'à reprendre la formulation du Statut.

La seconde note de bas de page se rapporte au quatrième élément, c'est-à-dire à la corrélation nécessaire de la persécution avec un autre crime contre l'humanité au sens de l'article 7 paragraphe 1 ou avec tout autre crime relevant de la compétence de la Cour et précise : « *Il est entendu qu'aucun élément psychologique additionnel n'est nécessaire ici, hormis celui qui est inhérent à l'élément 6* » [143]. Cette note n'est pour le moins pas claire. En effet, elle semble sous-entendre qu'aucun élément intentionnel n'est requis pour le crime commis en corrélation avec la persécution, ce qui n'est pas justifiable. Si cette note se limite simplement à mentionner que l'élément intentionnel du crime commis en corrélation avec la persécution lui est propre et, à ce titre, est identifié dans les éléments qui le concerne, elle est mal formulée [144].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de persécution comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

---

[141] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Persécution, p. 125.
[142] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Persécution, note 21, p. 125 et renvoi à Introduction générale, §6, p. 116.
[143] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Persécution, note 22, p. 125.
[144] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 94-97.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ;
2. L'auteur inflige à un groupe de personnes ou à une collectivité, un déni grave de leurs droits fondamentaux ; et
3. Ce déni grave des droits fondamentaux est contraire au droit international ; et
4. Ce groupe de personnes ou cette collectivité possède une identité politique, raciale, nationale, ethnique, culturelle, religieuse ou sexiste au sens de l'article 7 paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; et
5. Ce déni grave des droits fondamentaux intervient en corrélation avec tout autre crime contre l'humanité hors l'apartheid ou avec tout autre crime de guerre au sens de l'article 8 du Statut.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend dénier aux membres d'un groupe ou d'une collectivité la jouissance de leurs droits fondamentaux ; et
3. L'auteur entend leur dénier la jouissance de ces droits fondamentaux pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens de l'article 7 paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; et
4. L'auteur entend commettre ainsi un autre crime contre l'humanité, hors l'apartheid, ou tout autre crime de guerre au sens de l'article 8 du Statut.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait qu'il dénie aux membres d'un groupe ou d'une collectivité la jouissance de leurs droits fondamentaux ; et
3. L'auteur sait qu'il leur dénie la jouissance de ces droits fondamentaux pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens de l'article 7 paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; et
4. L'auteur sait qu'il commet ainsi un autre crime contre l'humanité, hors l'apartheid, ou tout autre crime de guerre au sens de l'article 8 du Statut.

Chapitre 13

Les disparitions forcées de personnes

L'antépénultième crime contre l'humanité figurant dans la liste de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale est les disparitions forcées de personnes, au pluriel dans le texte, qui sont définies comme étant « *les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée* » [1].

Le phénomène des disparitions forcées fit son apparition durant la seconde guerre mondiale, pour prendre une dimension particulière sous les régimes dictatoriaux d'Amérique latine, puis, plus récemment, dans d'autres pays comme l'Algérie.

Toutes les régions du monde connaissent cependant les disparitions forcées, qui recouvrent en fait la violation de nombreuses dispositions de protection des droits de l'homme. En ce sens, ce crime contre l'humanité est typique d'une violation massive et systématique des droits de l'homme.

Il est d'ailleurs symptomatique que la définition des disparitions forcées soit une construction jurisprudentielle, notamment développée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son arrêt rendu en l'affaire *Velásquez Rodríguez*.

Les travaux des Nations Unies, notamment de la Commission des droits de l'homme et du Groupe de travail institué pour traiter de ces questions, débouchèrent sur différents textes internationaux relatifs à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou involontaires.

La perception de ce phénomène est aujourd'hui assez précisément définie mais, des premières décisions jurisprudentielles aux texte des Nations Unies, pour terminer avec le Statut de la Cour pénale internationale, la notion n'est pas toujours exactement la même.

---

[1] Art. 7 §2 lit. (i) CPI.

Même si ce crime est, avec le crime d'apartheid, le dernier ajout à la liste des crimes contre l'humanité, qui en compta plusieurs depuis le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, une telle qualification est acquise depuis de nombreuses années déjà, même si les différents textes adoptés y relatifs tournent autour d'une telle qualification, sans l'aborder franchement. Les disparitions forcées de personnes faisaient toutefois certainement partie de ces autres actes inhumains, qui terminent les listes des crimes contre l'humanité avant le Statut de la Cour pénale internationale. Ceci nous permit de conclure, dans un chapitre précédent, à la qualité coutumière de la liste des crimes contre l'humanité, même dans ses derniers éléments [2].

Le phénomène des disparitions forcées est aujourd'hui bien connu et ses éléments habituels permettent de le définir comme un crime contre l'humanité, même si la définition qu'en donne le Statut de la Cour pénale internationale n'est pas sans soulever quelques questions.

[2] Voir *supra* chapitre 1.

I. Le phénomène des disparitions forcées

Le phénomène des disparitions forcées ou involontaires de personnes n'est pas identique aux disparitions de personnes dans le cadre, par exemple, des opérations militaires liées à des conflits armés, de caractère international ou non, pour lesquelles le Comité international de la Croix-Rouge jouit de la longue expérience de son Agence centrale de recherche. Il est courant que des personnes disparaissent dans de telles situations, qui ne sont pas couvertes par le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes, dans le Statut de la Cour pénale internationale. En effet, ce qui constitue ce crime, c'est l'intention de faire disparaître des personnes de manière forcée, ici dans le cadre de la définition donnée par le Statut, ce qui est très différent.

La nature de ce phénomène est particulière. Philippe Sollers relève ainsi à juste titre que « *La disparition n'est pas vraiment la mort, même si la mort en est la conséquence la plus constante. Il s'agit d'un vol du corps, d'un vol de la mort, d'un enfoncement dans le vide chargé de frapper l'imagination des proches et des communautés visées. Faire disparaître quelqu'un (pour le torturer et le tuer ensuite), maintenir le secret sur ce qui est arrivé est une façon d'affirmer une toute puissance beaucoup plus efficace qu'un massacre direct au grand jour* ». L'auteur ajoute que « *Le tissus social est ainsi en suspens : on oublie plus vite, d'une manière plus stable, un mort qu'un disparu pouvant revenir. La disparition est un procédé à fabriquer des fantômes. Peur, angoisse, culpabilité, troubles, malaise endémique : les vivants deviennent des disparus virtuels, des spectres possibles* » [3]. Cet auteur souligne également le déficit de publicité médiatique autour des disparitions forcées de personnes, relevant en effet que l'on ne peut filmer un gigantesque rassemblement de disparus [4].

Amnesty International estime que le phénomène des disparitions forcées de personnes est l'une des plus grandes menaces pour les droits de l'homme depuis les années 1990. Francis Perrin, Président de la section française d'Amnesty International, relève que, dans la grande majorité des cas, les disparus sont supprimés, « *ce qui montre le lien très fort existant avec cette autre technique de répression qu'est l'assassinat politique* », que nous avons abordé dans un précédent chapitre consacré au meurtre [5], tout en relevant que, parfois, les disparus sont longuement détenus au secret, réapparaissant même pour certains plusieurs années après leur disparition : en 1991, trois cents disparus, dont certains depuis dix-neuf ans, firent leur réapparition au Maroc [6] !

Les réapparitions, de nombreuses années après les disparitions, sont souvent aussi cruelles les unes que les autres. Hélène Jaffé, fondatrice de l'AVRE, Association pour les Victimes de la Répression en Exil, livre quelques témoignages : « *Gisela, la femme de Jürgend, avait été avertie de sa libération au moment même où son mari quittait la prison. Elle a eu, rétrospectivement, l'impression d'être la vedette d'un film en accéléré. Vite, du café, vite, le lit,* deux *oreillers. Un brin de mise en pli. Ranger son bureau – en six ans, elle se l'est appropriée, petit à petit. Et puis il est là, vieilli, maigre dans son complet froissé, tremblant, figé dans l'entrée. Elle prend sa main. N'en reconnaît pas le contact* », ou cette autre épouse retrouvant son mari : « *Natascha, elle, a accueilli un grand vieillard de*

---

[3] Philippe Sollers, *Nouvelle nuit, nouveau brouillard*, préface à Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 10-11.
[4] Philippe Sollers, *Nouvelle nuit, nouveau brouillard*, préface à Amnesty International, *Les disparitions*, p. 12.
[5] Voir *supra* chapitre 7.
[6] Francis Perrin, *'Disparitions', assassinats politiques et responsabilité de l'Etat*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 19 et 25.

cinquante ans, complètement édenté, hagard. Elle ne se remet pas du dégoût qu'elle a éprouvé alors et de ses efforts pour le cacher » ; « *Quant à Ali, c'est sa fille qui lui a ouvert au petit matin. Il a alors mesuré le temps de son incarcération à la longueur de ses jambes. Il retrouvait une presque jeune femme ; il gardait le souvenir d'une toute petite fille. Et cette jeune femme, reconnaissant son père, a dû lui dire que sa mère était ailleurs, avec un autre homme. 'On te croyait mort…'* » ; ou enfin ce témoignage d'un adolescent au retour de son père : « *Ils me disaient que mon père était en prison parce que c'était un ennemi du peuple, et ils me crachaient à la figure… Alors je le croyais. Et comme on ne me disait rien à la maison, je n'en parlais pas moi non plus… Quand 'il' est revenu, je n'arrivais pas à croire que c'était lui. Plutôt un grand-père ou un grand-oncle ? On n'était pas à l'aise : il me croyait toujours petit. Il y avait plein de choses qu'il ne savait pas. Et pour un rien il se mettait dans des colères terribles. J'avais peur de lui, alors je quittais la maison* » [7].

Les victimes des disparitions forcées de personnes sont non seulement celles qui ont été arrêtées, détenues ou enlevées et dont on est sans nouvelle, mais également, en raison même de cette absence d'information, les familles et les proches des personnes disparues. Le psychanalyste Daniel Sibony décrit la victimisation des familles et des proches de disparus par la notion de meurtre de tiers, ces personnes ayant été tuées en tant que tiers par les auteurs des disparitions [8].

L'invention – si invention il y a – des disparitions forcées ou involontaires de personnes est à rechercher dans le *Nacht und Nebel Erlass*, promulgué par Hitler les 7 et 12 décembre 1941, composé du décret lui-même, d'un commentaire et d'une ordonnance d'exécution. Les termes « *Nacht und Nebel* », nuit et brouillard, sont tirés de la tétralogie wagnérienne, Alberich, dans la troisième scène de l'introduction au *Ring des Niebelungen*, *Das Rheingold*, chantant : « *Dem Haupt fügt sich der Helm : ob sich der Zauber auch zeigt ? 'Nacht und Nebel, niemand gleich !' Siehst du mich, Bruder ?* » [9]. Toutefois, et pour rester dans les références lyriques, un cas plus ancien de disparition forcée peut être celui de Florestan dans l'unique opéra de Beethoven, *Fidelio* : détenu au secret dans les geôles de Don Pizarro, il doit être exécuté et son corps dissimulé afin de n'être pas retrouvé ; l'intervention de son épouse, Leonore, provoquera heureusement une issue différente.

Les décrets *Nuit et brouillard* firent l'objet d'une investigation propre lors du procès des grands criminels de guerre nazis devant le Tribunal militaire international de Nuremberg. Ils consistèrent à réglementer la disparition systématique des adversaires de l'Allemagne national-socialiste. Il faut en rechercher la genèse dans les circonstances qui suivirent l'entrée en guerre de l'Allemagne contre l'Union soviétique : les communistes se lancèrent, dès l'été 1941, dans une campagne d'attentats contre la *Wehrmacht*. Hitler tenta d'abord d'imposer aux tribunaux la peine de mort contre leurs auteurs mais, devant les difficultés à mettre en place l'appareil judiciaire nécessaire à une telle répression, décida de ne juger, dans les territoires occupés, que les accusés pour lesquels une condamnation capitale était rapide et certaine ; les autres devaient disparaître [10].

---

[7] Hélène Jaffé, *Réapparaître*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 104-113.
[8] Voir Daniel Sibony, *La disparition*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 98-103.
[9] Richard Wagner, *Das Rheingold*, troisième scène, « *Le heaume s'adapte à la tête : voyons si le charme opère ? 'Nuit et brouillard, plus personne !' [Il disparaît, à sa place, on aperçoit une colonne de brouillard] Frère, me vois-tu ?* », traduction de Françoise Ferlan, *in* Michel Pazdro s.d., *Guide des opéras de Wagner*, Fayard, Paris 1994.
[10] Voir François Bédarida, *Dans les ténèbres du IIIè Reich, Nuit et brouillard*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 76-85.

Ce fut le Maréchal Keitel, chef du Haut commandement allemand, qui fut chargé de préparer les mesures nécessaires à la répression du « *terrorisme* ». Contre ces agissements terroristes, lorsque n'étaient garanties ni la certitude ni la diligence d'une condamnation à mort, il fut prescrit de transférer en Allemagne, dans le plus grand secret et sans donner le moindre renseignement sur les disparus, les coupables, en les laissant, avec leur entourage, dans la plus complète incertitude quant à leur sort, afin de créer un effet de terreur. Toutefois, dès le printemps 1942, c'est l'Office central de la sécurité du Reich, qui prit en mains l'exécution du décret. Il convint alors de distinguer les détenus *NN* (pour « *Nacht und Nebel* ») ancienne manière, aux mains de la Wehrmacht, c'est-à-dire jugés et condamnés par un tribunal, de la nouvelle manière SS, immédiatement envoyés en détention de sécurité dans les camps de concentration de Sachsenhausen, Natzwiller-Struthof, Buchenwald, Dachau, Flossenburg, Mauthausen et, pour les femmes, Ravensbrück [11].

Le régime *NN* ne s'appliqua qu'aux territoires occupés de l'ouest, France, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas et Norvège, à l'exception du Danemark. Il recouvrit à la fois une procédure judiciaire et un mode de détention. Du 29 mai 1942 à l'automne 1943, une quarantaine de convois quittèrent la France, ayant transféré des détenus des prisons de Fresne, de la Santé ou du Cherche-Midi, vers le camp de concentration de Hinzert en Rhénanie, puis vers celui de Natzwiller-Struthof, en Alsace, exclusivement peuplés de détenus *NN* : « *Ils étaient déjà roués de coups en arrivant à la section politique. Tous les cadres du camp avaient reçu des instructions sévères, en vertu desquelles les nouveaux venus devaient être affectés, en plein air, aux travaux les plus rudes. Au bout de six jours, vingt d'entre eux avaient déjà été poussés dans le cordon de sentinelles et 'abattus lors d'une tentative de fuite'. (…) Les sentinelles SS recevaient, pour tout homme abattu, trois jours de permission ainsi qu'un supplément de vivres et de tabac* » [12].

Dans les camps de concentration, les détenus *NN* subirent le régime commun des autres détenus, tout en étant assujettis à une réglementation plus rigoureuse afin de maintenir le secret autour de leur détention. Une circulaire de la Gestapo de l'été 1942 indique en effet que « *le but du décret est de laisser les parents, amis et connaissances dans l'incertitude sur le sort des détenus. (…) Aucun renseignement concernant ces détenus ne pourra être donné à des services extérieurs. En cas de décès, il n'y aura pas lieu de prévenir les familles* » [13].

Dès la fin de l'année 1943, la procédure *NN* fut en plein recul et les détenus se confondirent dans les camps avec tous les autres détenus, avant l'abrogation du *Nacht und Nebel Erlass*, le 30 juillet 1944. Le taux de survivance des déportés *NN* est sensiblement le même que celui des autres déportés et il ne semble donc pas que ce régime fût source de traitement particulier dans les camps de concentration [14].

Le phénomène des disparitions forcées ou involontaires de personnes resurgit au tournant des années 1960-1970 en Amérique latine, premièrement au Guatemala et au Brésil. L'expression disparitions forcées est d'ailleurs la traduction des termes espagnols employés par les organisations non gouvernementales locales, « *desaparición forzada* ». Puis ce furent les disparitions forcées au Chili, après le coup d'Etat du général Pinochet, du 11 septembre 1973. La Commission et la Cour

---

[11] Sur le sort des détenues *NN* à Ravensbrück, voir Germaine Tillion, *Ravensbrück*.
[12] Eugen Kogon, *L'Etat SS*, pp. 252-253.
[13] Cité *in* François Bédarida, *Dans les ténèbres du IIIè Reich, Nuit et brouillard*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 85-86.
[14] Voir François Bédarida, *Dans les ténèbres du IIIè Reich, Nuit et brouillard*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 86-87.

interaméricaine des droits de l'homme et la Commission des droits de l'homme des Nations Unies eurent donc, les premières, à connaître de ces violations massives et systématiques des droits de l'homme [15].

La première analyse juridique des disparitions forcées figure dans le rapport du Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme au Chili, présenté à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies le 4 février 1976 [16]. Le cas d'Alphonse-René Chanfreau est symbolique de la pratique des disparitions forcées au Chili à cette époque. De père français et de mère Chilienne, il fut arrêté en juillet 1974 avec sa femme, qui fut ensuite libérée sur intervention du gouvernement français ; quant à lui, les seules réponses obtenues le concernant furent typiques de ce qui allait devenir l'un des éléments constitutifs de ce crime dans le Statut de la Cour pénale internationale : « *nous ne savons rien de M. Chanfreau, il n'a jamais été détenu par nous, son nom ne figure sur aucun de nos registres pénitentiaires* » [17].

En vingt ans, le Groupe de travail thématique sur les disparitions forcées ou involontaires de la Commission des droits de l'homme a transmis plus de cinquante milles communications concernant des cas individuels de disparitions forcées ou involontaires à près de cent pays dans toutes les régions du monde. Seuls dix pourcents de ces cas ont pu être élucidés [18].

Les pays dans lesquels demeurent aujourd'hui le plus grand nombre de cas de disparitions forcées ou involontaires de personnes sont, en tête de liste, l'Iraq et le Sri Lanka, viennent ensuite l'Argentine, le Guatemala, le Pérou, El Salvador, l'Algérie, la Colombie, le Chili, l'Indonésie, l'Iran, les Philippines, le Liban, l'Inde, le Soudan, le Mexique, la Fédération de Russie, le Yémen, le Honduras, le Maroc, l'Éthiopie, le Nicaragua et la Turquie ; le plus grand nombre de cas signalés à la Commission en 2001 concernait le Népal et la Colombie ; les deux années précédentes, ce furent l'Indonésie, l'Inde, la Fédération de Russie et, à nouveau, la Colombie, alors que les années précédentes, ce fut au gouvernement Algérien que le groupe de travail communiqua le plus grand nombre de cas [19].

Manfred Nowak en conclut que « *Bien que les chiffres publiés par le Groupe de travail ne se rapportent qu'aux cas qui sont enregistrés dans ses dossiers et ne sont donc peut-être pas représentatifs de l'ensemble du phénomène des disparitions forcées, ils montrent bien que les disparitions sont une violation des droits de l'homme qui se produit partout dans le monde et contre laquelle la communauté internationale devrait lutter beaucoup plus fermement* » [20].

Les disparitions forcées étant un phénomène déjà ancien, il est possible de relever son ampleur ces quarante dernières années : des centaines de milliers de disparus en Irak sous le régime de Saddam Hussein ; des dizaines de milliers en

---

[15] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, expert indépendant chargé d'étudier le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires, conformément au paragraphe 11 de la résolution 2001/46 de la Commission, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 7, §8.
[16] Voir ONU Doc. E/CN.4/1188, par. 103.
[17] Voir *Le Monde*, 28 et 29 décembre 1975, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, pp. 7-8.
[18] Voir ONU Doc. E/CN.4/2002/79.
[19] Voir ONU Doc. E/CN.4/2001/68 et E/CN.4/2000/64.
[20] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 8, §10.

Ethiopie, entre 1974 et 1991, sous le régime de Mengistu Hailé-Mariam, dix-sept milles disparus, selon les estimations de la police, au Liban de 1975 à 1990 ; des dizaines de milliers de disparus au Sri Lanka de 1987 à 1990, des milliers au Salvador, entre 1979 et 1992, quatre mille au moins au Pérou depuis la fin de l'année 1982 [21]…

Dans son dernier rapport, Amnesty International relève un certain nombre de cas de disparitions forcées ou involontaires dans le monde. Ainsi, au Burundi, « *Au mois de novembre, trois hommes soupçonnés d'avoir des liens avec un mouvement politique armé anti-rwandais présent en République démocratique du Congo ont 'disparu' après avoir été gardés à vue par la gendarmerie à Rumonge, une ville du sud du Burundi. (…) Leur sort ultérieur n'est pas connu* » [22].

Au Congo, la disparition d'au moins trois cent cinquante-trois réfugiés, qui rentraient de la République démocratique du Congo voisine, n'est toujours pas élucidée. Au Rwanda, plusieurs personnes auraient disparu en avril 2003, apparemment parce qu'elles étaient soupçonnées d'appartenir à l'opposition politique ; d'autres auraient disparu, victimes d'activités criminelles imputables aux membres des forces de sécurité [23]. En Côte d'Ivoire, « *Au début du mois de mars [2003], deux hommes armés et en uniforme qui affirmaient appartenir aux forces de sécurité se sont présentés avant l'aube au domicile de Cissé Korotomou et Diakité Mamadou, dans un quartier d'Abidjan. Réveillant les deux hommes, ils les ont accusés de cacher des 'rebelles' et les ont emmenés vers une destination inconnue, après avoir frappé Diakité Mamadou à coups de crosse. Leurs familles n'ont plus de nouvelles depuis* » [24].

En Asie, plus de cent cinquante personnes auraient disparu au Népal, après avoir été arrêtées au cours d'opérations anti-insurrectionnelles par les forces de sécurité, Amnesty International relevant que l' « *On pensait que nombre de ces 'disparus' étaient détenus au secret dans des casernes, un peu partout dans le pays* » [25]. Au Sri Lanka, une commission d'enquête, nommée par la Commission nationale des droits humains et chargée de faire la lumière sur les « *disparitions* », a enquêté sur deux cent quatre-vingt-un cas, dont deux cent quarante-cinq personnes appréhendées par les forces armées ; la Commission n'a pu que mettre en évidence les entraves systématiques de la police à ses investigations [26].

L'Europe n'est pas exempte du phénomène. Au Belarus, Amnesty International relève que « *Aucun progrès n'a été accompli dans la désignation des responsables des 'disparitions' de Iouri Zakharenko et Viktor Gontchar, deux grandes figures de l'opposition, de l'homme d'affaires Anatoli Krassovski et du journaliste Dimitri Zavadski. Les enquêtes judiciaires ont été arrêtées aux mois de janvier et de février [2003], mais ces décisions n'auraient pas été motivées quant au fond auprès des familles concernées. À la suite de campagnes menées par les proches, les investigations ont été rouvertes, en juin pour l'affaire Iouri Zakharenko, en juillet pour Viktor Gontchar et Anatoli Krassovski et au mois de décembre pour Dimitri Zavadski* » [27]. Si l'Espagne est également mentionnée au chapitre des disparitions forcées, c'est essentiellement relativement à des cas toujours non élucidés datant de la période franquiste [28]. En Bosnie-Herzégovine, des milliers

[21] Voir Francis Perrin, *'Disparitions', assassinats politiques et responsabilité de l'Etat*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, p. 20.
[22] Amnesty International, *Rapport 2004*, Burundi, p. 76.
[23] Amnesty International, *Rapport 2004*, Congo, p. 81, Rwanda, pp. 125-126.
[24] Amnesty International, *Rapport 2004*, Côte d'Ivoire, pp. 82-83.
[25] Amnesty International, *Rapport 2004*, Népal, p. 272.
[26] Amnesty International, *Rapport 2004*, Sri Lanka, p. 287.
[27] Amnesty International, *Rapport 2004*, Biélorussie (République du Belarus), p. 316.
[28] Voir Amnesty International, *Rapport 2004*, Espagne, pp. 330-331.

de disparitions n'ont toujours pas été élucidées et leurs auteurs présumés continuent de jouir de l'impunité [29]. Au mois de février 2003, la Commission gouvernementale croate des personnes disparues continuait ses recherches relatives à plus de mille deux cents personnes portées manquantes [30]. En Serbie-et-Montenegro, par contre, certains progrès ont été réalisés [31].

Dans le monde arabe, Amnesty International regrette que la Syrie ne donne toujours pas d'information sur le sort de nombreux Libanais, qui avaient disparus au cours des années précédentes, précisant que « *Certains d'entre eux étaient apparemment détenus dans des lieux tenus secrets dans différentes régions du pays* » [32]. En Algérie, le débat sur les disparitions s'est intensifié au cours de l'année 2003, toutefois, « *Aucune autre mesure n'a été prise et aucune évolution n'a été constatée vers l'ouverture d'enquêtes sur les milliers de cas de 'disparition' recensés, pour la plupart, entre 1994 et 1998. Les autorités continuaient de nier toute responsabilité des agents de l'État dans cette pratique répandue* » [33]. Enfin, en Libye, l'année 2003 « *a marqué le 25e anniversaire de la 'disparition' de l'imam Moussa al Sadr, éminent dignitaire chiite d'origine iranienne qui vivait au Liban. Il a 'disparu' en 1978 lors d'une visite en Libye. Mansour Kikhiya, ancien ministre des Affaires étrangères et militant éminent des droits humains, avait quant à lui 'disparu' depuis dix ans. Il a été vu pour la dernière fois au Caire en décembre 1993. Les autorités n'ont donné aucune information sur ces deux cas de 'disparition'. Elles n'ont pas non plus fourni d'éclaircissements sur le sort de Jaballah Matar et d'Izzat Youssef al Maqrif, deux personnalités de l'opposition libyenne qui ont 'disparu', également au Caire, en mars 1990* » [34].

Les politiques de disparitions forcées de personnes sont un moyen pour les gouvernements de gérer des situations conflictuelles par la violence et la terreur, ce qui entraîne que toute personne peut être victime de disparition forcée, même si certains secteurs d'une population sont plus largement visés, comme l'opposition politique (réelle ou supposée), les membres des familles de ces opposants politiques et leurs proches, les sympathisants de mouvements politiques ou syndicaux, des groupes sociaux vulnérables, tels les minorités ethniques, linguistiques ou religieuses, les populations déplacées, les réfugiés, des témoins gênants, des militants des droits de l'homme ou des personnes que certains adeptes de l'épuration sociale qualifient de « *déchets* », tels les enfants des rues dans plusieurs pays d'Amérique latine [35].

Il existe également des conséquences civiles aux disparitions forcées de personnes. Lorsque les efforts d'associations de défense des disparus permirent de retrouver plusieurs dizaines d'enfants, notamment en Argentine et au Pérou, les législations civiles firent obstacle à leur retour dans leurs familles. Les problèmes de prescription pour les actions en recherche de paternité, de forclusion pour les actions en contestation d'état civil et parfois en matière d'adoption, les auteurs de ces disparitions, souvent des officiers mariés sans enfants, ayant profité de leurs pouvoirs pour falsifier les états civils des enfants de disparus, effacer leur filiation biologique pour lui substituer une adoption obtenue par des jugements basés sur la

[29] Voir Amnesty International, *Rapport 2004*, Bosnie-Herzégovine, p. 321.
[30] Voir Amnesty International, *Rapport 2004*, Croatie, p. 327.
[31] Voir Amnesty International, *Rapport 2004*, Serbie-et-Montenegro, p. 383.
[32] Amnesty International, *Rapport 2004*, Syrie, p. 452.
[33] Amnesty International, *Rapport 2004*, Algérie, voir le rapport en ligne sur l'Internet, www.amnesty.org, ce pays ne figurant pas dans la version imprimée du Rapport.
[34] Amnesty International, *Rapport 2004*, Libye, www.amnesty.org.
[35] Voir Francis Perrin, *'Disparitions', assassinats politiques et responsabilité de l'Etat*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, pp. 24-25.

présentation de ces enfants comme étant nés de parents inconnus ou décédés. L'échec des procédures intentées pour faire annuler ces adoptions a été quasi total [36].

Les disparitions forcées ou involontaires de personnes sont donc un phénomène mondial, dont l'ampleur justifie malheureusement l'incrimination de ces actes comme crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

[36] Voir Louis Edmond Pettiti, *Droit international et 'disparitions'*, *in* Amnesty International, *Les disparitions*, p. 34.

II. Les disparitions forcées comme violations des droits de l'homme et du droit international des conflits armés

A. L'apparition des disparitions forcées de personnes dans les travaux des organes de protection des droits de l'homme

Les disparitions forcées de personnes sont, comme les autres crimes contre l'humanité, une violation massive et systématique des droits de l'homme et, dès 1974, la Commission interaméricaine des droits de l'homme les aborda, tant de manière générale que par référence à des cas concrets survenus au Chili, dans ses rapports à l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains [37]. Il fallut toutefois attendre septembre 1979, six ans après le coup d'Etat de Pinochet, pour voir l'Assemblée générale adopter une résolution, par laquelle elle déclara que la « *pratique des disparitions est un affront à la conscience de l'hémisphère* » [38].

La mission qu'entreprit en 1979 en Argentine, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, confirma que les disparitions forcées étaient une pratique systématique des juntes militaires successivement au pouvoir ; elle marqua un tournant dans les enquêtes internationales sur les disparitions forcées. La réaction de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains fut plus timide, qui ne cita pas l'Argentine, tout en demandant aux gouvernements concernés de mettre immédiatement fin à « *toute pratique entraînant la disparition des personnes* » [39]. En 1983, l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains qualifia les pratiques de disparitions forcées de crimes de « *lèse-humanité* » [40].

Ce sont les disparitions s'étant produites à Chypre, qui conduisirent la Commission des droits de l'homme des Nations Unies à réclamer des efforts concrets pour retrouver les « *personnes portées manquantes* » [41]. Ces personnes, disparues au cours d'un conflit armé, ne sont pas typiquement victime de disparitions forcées ou involontaires, c'est pourquoi l'Assemblée générale des Nations Unies, tout en soulignant la nécessité humaine pour les familles d'être informées de leur sort, employa les termes de personnes portées manquantes [42].

L'expression de personnes manquantes fut également, dans un premier temps, utilisée pour désigner les victimes de ce qui eût été mieux défini comme des disparitions forcées ou involontaires de personnes, le 9 décembre 1975, l'Assemblée

[37] Voir le Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1974, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.34, Doc.31 Rev.1 du 30 décembre 1974, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 8, §11.
[38] Voir OEA Doc. AG/Res.443 (IX-0/79), §3, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 8, §11.
[39] Voir OEA Doc. AG/Res.510 (X-01/80), Actes de la dixième session ordinaire, 1981, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 8, §11.
[40] Voir OEA Doc. AG/Res.666 (XIII-0/83), Actes de la treizième session ordinaire, 1983, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 8, §11.
[41] Voir Commission des droits de l'homme, Résolution 4 (XXXI), du 13 février 1975.
[42] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 9, §12.

générale des Nations Unies ayant en effet demandé au Chili de prendre des mesures pour clarifier la situation de ces personnes [43].

Toutefois, l'Assemblée générale des Nations Unies changea rapidement de terminologie pour s'aligner sur celle du Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme au Chili [44]. En 1977, elle exprima « *en particulier, son inquiétude et son indignation devant le fait que des personnes continuaient de disparaître, ce qui, d'après les preuves disponibles, était imputable à des raisons politiques, et devant le refus des autorités chiliennes d'accepter la responsabilité ou de rendre compte de ce nombre élevé de disparitions, ou même d'entreprendre une enquête adéquate sur les cas portés à leur attention* » [45].

Une année plus tard, l'Assemblée générale des Nations Unies se déclara « *profondément inquiète de ce que l'on rapportait de diverses régions du monde sur la disparition forcée ou involontaire de personnes à la suite d'actes illicites ou d'excès commis par les autorités chargées de l'ordre public et de la sécurité ou par des organismes analogues* », dans une résolution spécifiquement intitulée « *Personnes disparues* » [46].

La Commission des droits de l'homme nomma ensuite, comme « *expert agissant à titre personnel* » Monsieur Felix Ermacora, qui se chargea d'étudier la question des personnes portées manquantes ou disparues au Chili. Son rapport détaillé fut soumis à l'Assemblée générale le 21 novembre 1979, dans lequel il estima que « *Le Gouvernement chilien est responsable, en vertu du droit international, du sort d'au moins 600 personnes disparues, dont les droits fondamentaux d'êtres humains ont été enfreints et violés. Le Gouvernement se doit, vis-à-vis de la communauté internationale, de fournir des explications et des éclaircissements sur le sort de ces personnes disparues, de châtier les personnes responsables de ces disparitions, d'indemniser les proches des victimes et de prendre des mesures pour que de pareils actes ne se reproduisent pas à l'avenir* » [47].

Il estima surtout que « *les disparitions créent une situation permanente de violation des droits de l'homme et constituent un problème humanitaire grave pour les parents, qui veulent connaître, ce qui est leur droit, le sort qui a été réservé aux membres de leur famille* » [48]. Pour lutter contre ces disparitions, le Rapporteur proposa un certain nombre de mesures, dont l'interdiction des lieux de détention secrets, la tenue d'un registre central des arrestations et détentions, la possibilité pour les juges civils de se rendre dans tous les lieux de détention, l'obligation stricte de n'agir que sur mandat d'arrêt délivré par écrit, ainsi que d'autres mesures visant à renforcer le respect du droit et des normes minimales applicables en cas de privation de liberté [49]. Ouvrant le débat sur les disparitions qui se produisaient alors également hors du Chili, il estimait que son rapport pourrait être utile à ce que « *soient prises aux niveaux national et international des mesures visant à empêcher que des personnes disparaissent et à mobiliser les moyens nécessaires pour rechercher les personnes manquantes dans les diverses régions du monde* » [50].

---

[43] Voir ONU, AG, Résolution 3448 (XXX), du 9 décembre 1975. Les mêmes termes furent employés dans la Résolution 3 (XXXII) de la Commission des droits de l'homme, du 19 février 1976.
[44] Voir les rapports du Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation concernant les droits de l'homme au Chili, ONU Doc. A/10285 du 7 octobre 1975, ONU Doc. E/CN.4/1188 du 4 février 1976, ONU Doc. A/31/253 du 8 octobre 1976 et ONU Doc. E/CN.4/1221 du 10 février 1977.
[45] ONU, AG, Résolution 32/118, du 16 décembre 1977, §2.
[46] ONU, AG, Résolution 33/173, du 20 décembre 1978.
[47] ONU Doc. A/34/583/Add.1, §§165 et 177.
[48] ONU Doc. A/34/583/Add.1, §178.
[49] ONU Doc. A/34/583/Add.1, §§193 et ss.
[50] ONU Doc. A/34/583/Add.1, §5.

La discussion de ce rapport permit à la Commission des droits de l'homme, quelques mois plus tard, de créer, à l'initiative de la France, pour une durée d'un an, un groupe de travail, qui fut le premier mécanisme thématique de la Commission et surtout le principal organe des Nations Unies à s'occuper des disparitions forcées ou involontaires de personnes [51].

Ce Groupe de travail décida immédiatement « *d'aborder sa tâche dans un esprit humanitaire et de rechercher la coopération de toutes les parties intéressées, afin de trouver une solution au problème des disparitions forcées ou involontaires et de retrouver les personnes portées disparues ou manquantes ou de savoir quel était leur sort* » [52]. Jusqu'en 2001, ce Groupe de travail a enregistré et transmis aux gouvernements de quatre-vingt-huit pays un total de quarante-neuf mille huit cent deux cas, dont seuls sept mille neuf cent vingt purent être élucidés [53].

B. La jurisprudence des juridictions de contrôle en matière de droits de l'homme

1. Le Comité des droits de l'homme

Le Comité des droits de l'homme aborda pour la première fois la question des disparitions forcées de personnes dans le cadre d'un commentaire général consacré au droit à la vie, dans lequel il releva : « *Les États parties doivent aussi prendre des mesures spécifiques et efficaces pour empêcher la disparition des individus, ce qui malheureusement est devenu trop fréquent et entraîne trop souvent la privation arbitraire de la vie. En outre, les États doivent mettre en place des moyens et des procédures efficaces pour mener des enquêtes approfondies sur les cas de personnes disparues dans des circonstances pouvant impliquer une violation du droit à la vie* » [54].

En 1978, le Comité fut saisi de la première communication individuelle concernant un cas de disparition, par la fille et l'épouse de la victime, Eduardo Bleier, ancien membre du parti communiste Uruguayen interdit, arrêté sans mandat par les autorités en octobre 1975. Il put être établi que Eduardo Bleier fut bien détenu dans une unité militaire de Montevideo et que des tortures lui furent infligées. Le Comité retint une violation des articles 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), 9 (droit à la liberté et à la sécurité de la personne) et 10 paragraphe 1 (droit des personnes privées de liberté d'être traitée avec humanité) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, à titre de réparation, invita le Gouvernement Uruguayen à « *prendre des mesures efficaces i) pour établir ce qu'il était advenu d'Eduardo Bleier depuis octobre 1975, pour traduire en justice toute personne reconnue responsable de sa mort, de sa disparition ou de mauvais traitements à son égard et de l'indemniser ou d'indemniser sa famille pour les*

[51] Commission des droits de l'homme, Résolution 20 (XXXVI), du 29 février 1980, §1.
[52] Premier rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires à la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/1435, du 26 janvier 1981, §30.
[53] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 10, §15.
[54] Comité des droits de l'homme, Observation générale 6 (16) du 27 juillet 1982.

torts qui lui avaient été faits ; et ii) à faire le nécessaire pour que des violations analogues ne se reproduisent plus » [55].

En 1983, le Comité eut à connaître du cas d'Elena Quinteros Almeida, arrêtée à son domicile de Montevideo le 24 juin 1976 et disparue depuis, dans lequel il retint une violation des articles 7, 9 et 10 paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; il déclara en outre comprendre « *la douleur et l'angoisse causées à la mère par la disparition de sa fille et par les incertitudes qui demeuraient quant à son sort et au lieu où elle se trouvait. L'auteur [de la requête] avait le droit de savoir ce qu'il était advenu de sa fille. De ce point de vue, la mère était également victime des violations du Pacte dont sa fille faisait l'objet et, en particulier, de violations de l'article 7* » [56].

Dans l'affaire des frères Sanjuan, disparus en mars 1982 en Colombie, probablement après avoir été arrêtés par la section « *F2* » de la police, le Comité renvoya à son observation générale 6 (16) du 27 juillet 1982 et conclut que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de ces personnes n'avait pas été protégé de manière effective par l'Etat [57].

Le cas de Rafael Mojica, fils d'un dirigeant syndical connu en République Dominicaine, qui avait reçu des menaces de morts de la part de militaires gradés avant de disparaître à Saint-Domingue en mai 1990, permit au Comité de conclure, après s'être référé à son Observation générale 6 (16), à des violations des articles 6, 7 et 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en précisant, par rapport à l'article 7 – ce qui s'inscrit dans la ligne de sa jurisprudence en matière de détention *incommunicado* [58] : « *Conscient de la nature des disparitions forcées ou involontaires dans de nombreux pays, le Comité s'estime fondé à conclure que la disparition de personnes est inséparablement liée à un traitement qui équivaut à une violation de l'article 7* » [59].

Le Comité constata également l'absence de coopération des autorités péruviennes dans le cadre de l'affaire *Laureano c. Perou*. Ana Rosario Celis Laureano fut enlevée de chez elle, le 13 août 1992, par des hommes en uniforme militaire, puis détenue au secret, sans que sa famille ne pût obtenir la moindre information la concernant, ce qui permit au Comité de conclure à une violation des articles 7 et 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; qui plus est, la victime étant mineure au moment de son arrestation, celle-ci violait également l'article 24 paragraphe 1 du Pacte (Protection des enfants), y compris dans la violation du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant [60].

L'affaire relative à la disparition de Ximena Vicario, âgée de seulement neuf mois lors de son arrestation avec ses parents, à Buenos Aires en 1977 est symptomatique de l'adoption forcée des enfants de disparus. Le sort de ses parents n'a jamais pu être établi mais l'enfant fut adoptée par une infirmière et, en 1984, retrouvée par sa grand-mère. Il fallut attendre 1989 pour qua la grand-mère obtînt enfin sa garde provisoire et 1993 pour que l'identité officielle de l'enfant fût reconnue

[55] Comité des droits de l'homme, *Bleier* c. *Uruguay*, communication N°30/1978, constatations du 29 mars 1982.
[56] Comité des droits de l'homme, *Quinteros Almeida v. Uruguay*, communication N° 107/1981, constatations du 21 juillet 1983.
[57] Comité des droits de l'homme, *Sanjuan Arevalo* c. *Colombia*, communication N° 181/1984, constatations du 3 novembre 1999.
[58] Voir *supra* chapitre 9.
[59] Comité des droits de l'homme, *Mojica* c. *République dominicaine*, communication N°449/1991, constatations du 15 juillet 1994.
[60] Voir Comité des droits de l'homme, *Laureano* c. *Pérou*, communication N°540/1993, constatations du 16 avril 1996.

et la nullité de l'adoption confirmée. A titre de réparation, le Comité encouragea le Gouvernement argentin « *à persévérer dans ses efforts tendant à enquêter sur les disparitions d'enfants, à établir la véritable identité des enfants, à leur délivrer des papiers d'identité et passeports à leur vrai nom et à faire en sorte que les torts qui leur [avaient] été causés, ainsi qu'à leurs familles, soient rapidement réparés* » [61].

Le Comité utilisa également la procédure de communication des rapports par les Etats, conformément à l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, pour tancer l'Algérie en 1998, s'estimant gravement préoccupé par « *le nombre des disparitions et l'incapacité de l'État à réagir de manière appropriée, ou à répondre tout simplement, à des violations aussi graves. Les disparitions peuvent mettre en cause le droit à la vie consacré par l'article 6 du Pacte ainsi que, lorsque les personnes disparues sont toujours en vie et détenues au secret, le droit garanti par l'article 16 du Pacte, qui dispose que chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Dans cette situation, ces personnes sont également privées de leur capacité d'exercer tous les autres droits reconnus par le Pacte ainsi que toute possibilité de familles des disparus* » [62].

2. La Cour interaméricaine des droits de l'homme

Le Comité des droits de l'homme n'est pas la seule instance internationale à s'être prononcée sur des cas de disparitions forcées, la Cour interaméricaine des droits de l'homme le fit également, notamment dans sa célèbre affaire *Velásquez Rodríguez*, sur laquelle nous reviendrons longuement plus loin. Pour emblématique qu'elle fût, cette affaire n'est pas la seule que la Cour trancha. Essentiellement, la Cour y retint une violation des articles 4 (droit à la vie), 5 (droit à l'intégrité de la personne) et 7 (droit à la liberté de la personne), lus conjointement avec l'article 1 paragraphe 1 (obligation de respecter les droits) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme [63].

La Cour confirma et développa sa jurisprudence dans l'affaire *Godinez Cruz c. Honduras*, dans laquelle elle conclut à une violation des mêmes dispositions de la Convention américaine relative aux droits de l'homme [64].

Dans l'affaire *Caballero-Delagado et Santana c. Colombie*, la Cour conclut à une violation des articles 4 et 7 de la Convention, estimant manquer de preuves quant aux allégations de torture ou de traitements inhumains violant l'article 5 de la Convention [65].

La disparition d'un journaliste américain, Nicholas Blake, enlevé par une patrouille dite d'autodéfense civile en mars 1985 au Guatemala, dont le sort ne fut finalement connu qu'en 1992 (il fut en fait tué peu après son arrestation), après des recherches intensives menées par sa famille avec l'aide des autorités américaines, ne permit pas à la Cour de se déclarer compétente *ratione temporis* (le Guatemala ne reconnut sa compétence que deux ans après la disparition de Nicholas Blake) mais de

---

[61] Comité des droits de l'homme, *Monaco et Vicario* c. *Argentine*, communication N°400/1990, constatations du 3 avril 1995.
[62] Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le rapport de l'Algérie, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.95, du 18 août 1998.
[63] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, requête no 7920/1981, du 29 juillet 1988.
[64] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Godinez Cruz c. Honduras*, requête N°8097/1982, du 20 janvier 1989.
[65] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Caballero-Delgado et Santana c. Colombie*, requête N°10.319/1989, du 8 décembre 1995.

conclure, toutefois, à une violation des articles 5 et 8 (Garanties judiciaires) de la Convention à l'égard de la famille de la victime, en relevant que « *les disparitions forcées ou involontaires constituent l'une des violations les plus graves et les plus cruelles des droits de l'homme* » et qu'elles sont « *une violation multiple et persistante de plusieurs droits protégés par la Convention* » ; quand à la violation de l'article 5 de la Convention dont la famille est victime, la Cour releva encore que « *la disparition dans de telles circonstances entraîne souffrance et anxiété, en plus d'un sentiment d'insécurité, de frustration et d'impuissance face à l'inertie des autorités publiques* » [66].

Dans une affaire relative à la disparition du « *Commandant Everardo* », combattant de l'Union révolutionnaire nationale guatémaltèque, en 1992, la Cour interaméricaine des droits de l'homme conclut à une violation des articles 1 paragraphe 1, 4 et 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme à l'encontre de la victime, ainsi qu'à une violation des articles 5 paragraphes 1 et 2 (droit à l'intégrité de la personne), 8 et 25 (protection judiciaire) à l'encontre de la victime et de sa famille. La Cour fit plus, en abordant pour la première fois dans une affaire de disparition, la violation de l'article 3, consacrant la reconnaissance de la personnalité juridique de tout individu, mais en concluant que la Convention interaméricaine sur les disparitions forcées ne mentionne pas expressément ce droit parmi les dispositions violées par le crime complexe de disparitions forcées de personnes. Quant au droit des proches et de la société de connaître la vérité, la Cour estima que « *il est indéniable que cette situation a empêché (…) les proches de la victime de connaître la vérité sur son sort* », et que « *le droit à la vérité se confond avec le droit de la victime ou de ses proches d'obtenir des organes compétents de l'État l'élucidation des faits relatifs aux violations et aux responsabilités correspondantes, par les procédures d'enquête et les poursuites prévues par les articles 8 et 25 de la Convention* » [67].

A la suite des émeutes intervenues dans trois centres pénitentiaires de Lima, au Pérou, en juin 1986, sept détenus disparurent. La Cour conclut à la violation des articles 1 paragraphe 1, 2 (obligation d'adopter des mesures de droit interne), 4, 7, 8 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme à l'égard des personnes disparues, sans admettre dans ce cas une violation de l'article 5 de la Convention, n'estimant pas prouvé que les victimes eussent également été torturées [68].

Enfin, la Bolivie fut également condamnée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour la disparition de Trujillo Oroza, étudiant arrêté sans mandat judiciaire en décembre 1971, à qui sa mère put rendre visite tous les jours au début de sa détention, qui subit pourtant des tortures physiques avant de disparaître en février 1972. La Cour estima que la Bolivie avait violé les articles 1 paragraphe 1, 3 (droit à la reconnaissance de la personnalité juridique), 4 et 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme à l'égard de la victime, et les articles 5 paragraphes 1 et 2, 8 paragraphe 1 et 25 au détriment de la victime et de ses proches [69].

---

[66] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Blake c. Guatemala*, requête N°11.219/1993, du 24 janvier 1998.
[67] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, requête N°11.129/1993, du 25 novembre 2000.
[68] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Durand et Ugarte c. Pérou*, requêtes N°10.009 et 10.078/1987, du 16 août 2000.
[69] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Trujillo Oroza c. Bolivie*, du 26 janvier 2000.

3. La Cour européenne des droits de l'homme

L'affaire la plus importante qu'eut à connaître la Cour européenne des droits de l'homme en matière de disparitions forcées est *Kurt c. Turquie*. Üzeyir Kurt fut encerclé, dans un village kurde, par des membres des forces de sécurité, puis il disparut à la suite de son arrestation, en novembre 1993. La Cour se prononça tout d'abord sur une violation alléguée du droit à la liberté et à la sûreté, au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *Vu ces considérations, la Cour conclut que les autorités n'ont pas fourni d'explications plausibles et étayées quant à l'endroit où se trouve le fils de la requérante et à ce que celui-ci est devenu après avoir été appréhendé au village, et qu'aucune enquête valable n'a été menée alors que l'intéressée persistait à dire que son fils était détenu et qu'elle craignait pour sa vie. Les autorités ne se sont pas acquittées de leur obligation de rendre compte du sort d'Üzeyir Kurt et il y a lieu d'admettre que celui-ci se trouve en détention non reconnue, dans l'absence totale des garanties prévues à l'article 5* », pour conclure à « *une violation particulièrement grave du droit à la liberté et à la sûreté garanti à l'article 5, violation qui suscite de sérieuses préoccupations quant au bien-être d'Üzeyir Kurt* » [70].

Si la Cour rejette une violation de l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) à l'égard du disparu, faute d'éléments la démontrant, elle l'admet par contre à l'égard de la mère de la victime : « *Compte tenu des circonstances décrites plus haut comme du fait que la plaignante est la mère de la victime d'une atteinte aux droits de l'homme et est elle-même victime de la passivité des autorités devant son angoisse et sa détresse, la Cour estime que l'Etat défendeur enfreint l'article 3 à l'égard de M^me^ Kurt* » [71].

Face à la passivité des autorités turques devant les efforts de Madame Kurt pour obtenir des informations sur le sort de son fils, la Cour admet également une violation de l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif) : « *En conséquence, compte tenu en particulier de l'absence de véritable enquête, la Cour estime que la requérante a été privée d'un recours effectif quant à sa plainte d'après laquelle son fils avait disparu dans des circonstances engageant la responsabilité des autorités. Il y a donc eu violation de l'article 13* ». Qui plus est, les pressions subies par la requérante de la part des autorités turques sont également contraires à la Convention, « *devant l'amener à faire des déclarations au sujet de sa requête à la Commission, pressions qui ont entravé son libre exercice du droit de recours individuel garanti à l'article 25* » [72].

Cette jurisprudence fut confirmée par la Cour dans l'affaire *Kaya c. Turquie*, relative au docteur Hasan Kaya, connu pour avoir soigné des membres du *PKK*. Il avait reçu des menaces de mort avant de disparaître avec un autre homme, Metin Can, puis leurs corps furent retrouvés une semaine plus tard, à plus de cent kilomètres du lieu de leur disparition. La violation du droit à la vie est ici évidente, car les corps des victimes furent effectivement retrouvés. La Cour met en cause le comportement de la Turquie dans les circonstances de l'époque : « *La Cour estime que ces défauts ont sapé l'effectivité de la protection du droit pénal dans le Sud-Est de la Turquie à l'époque des faits de l'espèce. A son sens, cette situation a permis ou favorisé l'impunité des agents des forces de l'ordre pour leurs actes, ce qui, comme le constate la Commission dans son rapport, n'est pas compatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention. (…) En*

[70] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998, §128.
[71] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998, §134.
[72] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998, §142.

conséquence de ces lacunes, Hasan Kaya n'a pas bénéficié de la protection à laquelle la loi lui donnait droit. (…) La Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce, les autorités n'ont pas pris les mesures auxquelles elles pouvaient raisonnablement avoir recours pour prévenir la matérialisation d'un risque certain et imminent pour la vie de Hasan Kaya. Dès lors, il y a eu violation de l'article 2 de la Convention » [73].

La violation du droit à la vie protégée par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme prend également une autre dimension, la Cour précisant : « *La Cour n'est pas convaincue que l'enquête menée sur l'assassinat de Hasan Kaya et Metin Can ait été adéquate ou efficace. En effet, elle n'a pas permis d'établir les principaux faits ni de définir clairement ce qui était arrivé aux deux hommes ; elle n'a pas été effectuée avec la célérité et la détermination nécessaires pour qu'il y eût des perspectives réalistes d'identifier et d'arrêter les meurtriers. Dès le début, elle a été confiée à des procureurs près les cours de sûreté de l'Etat, qui sont principalement chargés d'enquêter sur les infractions à caractère terroriste ou séparatiste. (…) Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu à cet égard aussi violation de l'article 2 de la Convention* » [74].

En l'espèce, la Cour conclut également à une violation de l'article 3 de la Convention, qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, relevant des éléments suffisant à cette conclusion : « *La Cour constate avec la Commission que les circonstances exactes dans lesquelles Hasan Kaya a été détenu et s'est vu infliger les blessures corporelles relevées à l'autopsie ne sont pas connues. Les preuves médicales disponibles ne permettent pas non plus d'établir que ces souffrances peuvent être qualifiées de très graves et cruelles. Il est toutefois indubitable que les traitements que l'intéressé a endurés – poignets attachés avec du fil de fer qui lui a entaillé les chairs et pieds immergés de façon prolongée dans l'eau ou la neige –, qu'ils aient été infligés intentionnellement ou non, peuvent passer pour des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention. (…) La Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention dans le chef de Hasan Kaya* » [75].

Il y eut enfin violation de l'article 13 de la Convention, octroyant à chacun le droit à un recours effectif : « *Les autorités avaient donc l'obligation de mener une enquête effective sur les circonstances du meurtre du frère du requérant. (…) [On] ne saurait considérer qu'une enquête pénale effective a été conduite conformément à l'article 13, dont les exigences vont plus loin que l'obligation de mener une enquête imposée par l'article 2. La Cour conclut dès lors que le requérant a été privé d'un recours effectif quant au décès de son frère et donc de l'accès à d'autres recours disponibles, notamment une action en réparation. Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention* » [76].

La troisième affaire relative à des disparitions forcées de personnes sur laquelle eut encore à se prononcer la Cour européenne des droits de l'homme est toujours dirigée contre la Turquie. Elle concerne un membre du *PKK*, Mushin Tas, blessé et appréhendé par les forces de l'ordre le 14 octobre 1993 et disparu par la suite. Le corps du disparu ne fut pas retrouvé, la Cour présumant toutefois le décès : « *For the above reasons, the Court finds that Muhsin Taş must be presumed dead following his detention by the security forces. Consequently, the responsibility of the respondent State for his death is engaged. Noting that the authorities have not accounted for what happened during Muhsin Taş's detention and that they do not rely on any ground of justification in respect of any use of lethal force by their agents, it follows that liability for his death is attributable to the respondent Government. Accordingly, there has been a violation of*

[73] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, §§98-101.
[74] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, §§108-109.
[75] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, §§118-119.
[76] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, §126.

Article 2 on that account » [77]. Comme dans l'affaire précédente, la Cour estima que l'article 2 relatif au droit à la vie avait également été violé du fait de l'absence de toute procédure d'enquête en l'espèce : « *In the light of the foregoing, the Court finds that the investigation carried out into the disappearance of the applicant's son was neither prompt, adequate or effective and therefore discloses a breach of the State's procedural obligations to protect the right to life. There has accordingly been a violation of Article 2 of the Convention on this account also* » [78].

La Cour ne reconnut pas de violation de l'article 3 de la Convention, interdisant la torture et les traitements inhumains ou dégradants à l'encontre du disparu, notamment parce qu'il fut établi qu'il reçut les soins appropriés à ses blessures au moment de son arrestation. Par contre, le requérant, père du disparu, fut bien victime d'une violation de cette disposition : « *In the present case, the applicant was the father of the disappeared person. On hearing that his son had been detained and injured, he went immediately to Cizre, where he tried over a period of a month to obtain news. He called frequently on the public prosecutor and attempted to visit his son by calling at the gendarmeries at Cizre and Şirnak, and was told either to go away or to come back later. When, after a month of waiting, the public prosecutor told him that his son had "escaped", the applicant's expressed fears that this meant his son had been killed in custody did not lead the public prosecutor to take any step to investigate. Having regard to the indifference and callousness of the authorities to the applicant's concerns and the acute anguish and uncertainty which he has suffered as a result and continues to suffer, the Court finds that the applicant may claim to be a victim of the authorities' conduct, to an extent which discloses a breach of Article 3 of the Convention* » [79].

L'article 5, prescrivant le droit de toute personne à la liberté et à la sûreté, semble évidemment violé, ce que constata la Cour : « *The Court concludes that Muhsin Taş was held in detention in the complete absence of the safeguards contained in Article 5 and that there has been a particularly grave violation of the right to liberty and security of person guaranteed under that provision* » [80].

Le défaut d'investigations efficaces pour établir le sort de Mushin Tas permit à la Cour, également, de conclure à une violation du droit à un recours effectif prescrit à l'article 13 de la Convention : « *Accordingly, the authorities were under the obligation to conduct an effective investigation into the disappearance of the applicant's son. (…) [No] effective criminal investigation can be considered to have been conducted in accordance with Article 13, the requirements of which may be broader than the obligation to investigate imposed by Article 2. The Court finds therefore that the applicant has been denied an effective remedy in respect of the disappearance and death of his son and thereby access to any other available remedies at his disposal, including a claim for compensation. Consequently, there has been a violation of Article 13 of the Convention* » [81].

Enfin, dans la quatrième affaire étatique *Chypre c. Turquie*, relative à la situation qui régna dans la partie nord de Chypre, depuis que des opérations militaires y furent menées par la Turquie en juin 1974 et que le territoire chypriote fut divisé. Chypre soutenait que la Turquie était notamment responsable de la disparition forcée d'environ mille cinq cents Chypriotes grecs, vus pour la dernière fois aux mains des forces armées turques et dont on demeure aujourd'hui encore, sans nouvelles. La Cour conclut à une violation du droit à la vie : « *La Cour ne peut*

[77] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, §67.
[78] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, §72.
[79] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, §§ 76 et 80.
[80] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, §87.
[81] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, §93.

que noter que les autorités de l'Etat défendeur n'ont jamais ouvert la moindre enquête sur les griefs émanant des familles des disparus selon lesquels on aurait perdu la trace de ces derniers alors qu'ils se trouvaient détenus dans des circonstances où il y avait de réelles raisons de nourrir des craintes à leur sujet. (…) Rien n'a été tenté pour identifier les personnes qui auraient été libérées par les forces turques pour être remises aux forces paramilitaires chypriotes turques ni pour rechercher à quel endroit les corps auraient été abandonnés. Il n'apparaît pas non plus que la moindre enquête officielle ait été ouverte sur l'allégation selon laquelle des prisonniers chypriotes grecs auraient été transférés en Turquie. (…) A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'il y a eu violation continue de l'article 2 en ce que les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas mené d'enquête effective visant à faire la lumière sur le sort des Chypriotes grecs qui ont disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger, et sur le lieu où ils se trouvaient » [82]. La Cour conclut également à une violation continue de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, interdisant la torture et les traitements inhumains ou dégradants, à l'encontre des familles des disparus [83].

4. La Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine

La Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie Herzégovine, juridiction spécialisée dans les droits de l'homme créée par les Accords de paix de Dayton du 14 décembre 1995, qui a pour mandat de statuer de manière obligatoire et définitive sur les allégations de violation ou sur les violations apparentes de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que sur des allégations de discrimination ou des cas de discrimination apparente dans la jouissance de tous les droits inscrits dans une quinzaine d'instruments internationaux et européens relatifs aux droits de l'homme [84].

Plus de vingt milles personnes furent portées disparues durant la guerre de 1992-1995, nombre d'entre elles étant victimes de disparitions forcées de personnes au sens strict, cette pratique s'étant inscrite dans la stratégie de nettoyage ethnique. A l'entrée en vigueur de l'Accord de paix de Dayton, les familles des personnes disparues présentèrent des demandes à la Chambre des droits de l'homme qui se déclara toutefois, dans la plupart des cas, incompétente *ratione temporis* pour connaître des disparitions survenues avant le 14 décembre 1995, et c'est donc seulement dans les cas où il existe des éléments de preuves fiables du fait qu'une personne disparue était peut-être encore détenue au secret après cette date, que la Chambre estima avoir compétence pour examiner cette violation continue des droits de l'homme [85].

La principale affaire de disparition dont cette Chambre eut à connaître est celle de Avdo et Esma Palic, intentée contre le République Srpska. Avdo Palic, était un officier connu de l'armée de Bosnie-Herzégovine, qui commandait le détachement défendant l'enclave musulmane de Zepa contre des soldats serbes de Bosnie. En juillet 1995, alors qu'il négociait avec l'armée serbe de Bosnie l'évacuation pacifique de la population civile, il fut emmené de force par des soldats serbes armés, en présence de soldats et contrôleurs des Nations Unies, et conduit vers le poste de

[82] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, du 10 mai 2001, §§134 et 136.
[83] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, du 10 mai 2001, §158.
[84] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 19, §39.
[85] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 20, §40.

commandement du général Ratko Mladic. Bien que les autorités de la République Srpska prétendissent n'avoir pas eu connaissance de son arrestation ni de sa détention, la Chambre entendit des dépositions selon lesquelles il avait été vu dans une prison militaire à Bijeljina jusqu'en septembre 1995, et des négociations avaient été engagées par de hauts fonctionnaires en vue de sa libération au printemps 1996, sans succès.

La Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine constata des violations des articles 2 (droits à la vie), 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) et 5 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard du Colonel Palic et des articles 3 et 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention à l'égard de sa femme. Dans sa conclusion concernant la violation de l'article 3, la Chambre se référa à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, selon laquelle la détention prolongée au secret constitue en soi un traitement inhumain et dégradant. C'est également sur la base de la jurisprudence des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme qu'elle conclut à une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard de l'épouse du disparu. Plus novatrice, la conclusion selon laquelle il y eut violation du droit de l'épouse du disparu au respect de sa vie de famille repose sur l'argument que le fait de lui cacher arbitrairement des renseignements concernant le sort de son mari, y compris des renseignements concernant son corps, s'il n'est plus en vie, constitue une violation du droit qu'elle tire de l'article 8 de connaître son sort [86].

C. Des instruments internationaux spécifiques aux disparitions forcées

Les disparitions forcées sont un phénomène trop récent dans le domaine de la protection des droits de l'homme pour figurer expressément dans les différents instruments internationaux. Ni la Déclaration universelle, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni les instruments régionaux (Conventions européenne et américaine des droits de l'homme, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) n'en font mention et nous avons vu que les juridictions compétentes les analysent comme une violation de multiples dispositions protectrices, notamment du droit à la vie et à la liberté, ou de celui de n'être pas soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Ce n'est donc que la réaction des Etats face à l'ampleur de ce phénomène, à la fin des années 1970, qui permit l'élaboration d'instruments spécifiquement consacrés à la protection des individus contre les disparitions forcées ou involontaires. En 1981, l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris organisa un colloque de haut niveau en vue de l'adoption d'une convention internationale sur les disparitions [87]. Plusieurs autres projets furent ensuite préparés par des organisations non

[86] Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, décision dans l'affaire *Palic c. Republika Srpska,* affaire N° CH/99/3196, du 11 janvier 2001 sur la recevabilité et le fond, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 20, §41.

[87] Le texte du projet de convention établi par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris est reproduit dans *Le refus de l'oubli : la politique de disparition forcée*, colloque janvier/février 1981, p. 313, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 21, §43.

gouvernementales en Amérique latine, durant les années 1980 [88]. Ces projets servirent de base, avec la Convention des Nations Unies contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme et les travaux du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, à l'élaboration parallèle, dans le cadre des Nations Unies et de l'Organisation des Etats américains, d'une déclaration.

1. La Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Sur un projet de Louis Joinet, de 1988, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies élabora un texte adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1992 sous le titre de Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées [89].

C'est dans le Préambule de cette Déclaration qu'il faut rechercher la définition des disparitions forcées, ainsi énoncée : « *des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui refusent ensuite de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté, les soustrayant ainsi à la protection de la loi* » [90].

L'article premier de cette Déclaration en reprend toutefois l'essentiel : « *1. Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine. Il est condamné comme étant contraire aux buts de la Charte des Nations Unies et comme constituant une violation grave et flagrante des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux pertinents. 2. Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de graves souffrances à la victime elle-même, et à sa famille. Il constitue une violation des règles du droit international, notamment celles qui garantissent à chacun le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger* » [91].

L'article 4 de la Déclaration fait des disparitions forcées un crime qu'il convient de punir en tenant compte de son extrême gravité – ce qui nous rapproche déjà des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, avant que le reste de la Déclaration ne reprenne les principales violations des droits

---

[88] Voir le projet de la Ligue argentine des droits de l'homme, publié dans *Le refus de l'oubli*, 1981, note ci-dessus; la FEDEFAM (Fédération latino-américaine des associations des familles de détenus-disparus) adopta un projet de convention à son congrès annuel tenu au Pérou en 1982 ; en 1986, un projet de déclaration fut adopté par le premier Colloque sur les disparitions forcées, organisé par le Collectif d'avocats José Alvear Restepo de Bogota ; en 1988, la FEDEFAM et le Grupo de Iniciativa (un groupement d'ONG argentines) tinrent à Buenos Aires une réunion internationale qui aboutit à un nouveau projet de convention, voir « *La desaparición, crimen contra la humanidad* », colloque de Buenos Aires, 1988, p. 343, *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 21, §43.

[89] ONU Doc. A/RES/47/133, du 18 décembre 1992.

[90] Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, Préambule, §3.

[91] Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 1er.

de l'homme alors en vigueur. L'article 9 paragraphe 1 dispose ainsi que « *Le droit à un recours judiciaire rapide et efficace, pour déterminer l'endroit où se trouve une personne privée de liberté ou son état de santé et/ou pour identifier l'autorité qui a ordonné la privation de liberté ou y a procédé, est nécessaire pour prévenir les disparitions forcées, en toutes circonstances* ».

L'article 10 énumère les précautions à prendre en cas de privation de liberté, afin d'éviter les disparitions de personnes. Tout d'abord et de manière essentielle, toute personne privée de liberté doit être gardée dans des lieux de détention officiellement reconnus et être déférée à une autorité judiciaire, conformément à la législation nationale, peu après son arrestation. Ensuite, des informations exactes sur la détention de ces personnes et sur le lieu où elles se trouvent, y compris sur leur transfert éventuel, doivent être rapidement communiquées aux membres de leur famille, à leur avocat ou à toute personne légitimement fondée à connaître ces informations, sauf volonté contraire manifestée par les personnes privées de liberté. Enfin, un registre officiel de toutes les personnes privées de liberté doit être tenu à jour dans tout lieu de détention et tout Etat doit prendre des mesures pour tenir des registres centralisés de ce type ; les informations figurant sur ces registres sont tenues à la disposition des personnes mentionnées au paragraphe précédent, de toute autorité judiciaire ou autre autorité nationale compétente et indépendante ainsi que de toute autre autorité compétente habilitée par la législation nationale ou par tout instrument juridique international auquel l'Etat concerné est partie, qui désirent connaître l'endroit où une personne est détenue [92]. En ce sens, il convient que chaque Etat établisse dans sa législation nationale des règles permettant de désigner ses agents habilités à ordonner des mesures privatives de libertés et les conditions dans lesquelles elles doivent être exécutées [93].

L'arrestation n'est pas seule en cause, la libération des personnes détenues devant intervenir de manière à en vérifier avec exactitude l'occurrence [94].

Enfin, l'article 17 paragraphe 1 pose le principe de la violation continue des droits de l'homme « *aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés* ».

Son caractère non contraignant ne provoqua que peu d'effets pratiques, seuls la Colombie, le Guatemala, le Paraguay, le Pérou et le Venezuela ayant effectivement pris les mesures législatives de droit interne s'imposant [95].

2. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes

L'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains prit, en 1987, l'initiative de demander à la Commission interaméricaine des droits de l'homme d'établir un projet de Convention et la Commission lui soumit, en 1988, un texte assez complet et surtout d'une grande portée [96]. L'adoption de la Déclaration des Nations Unies en

[92] Voir Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10.
[93] Voir Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 12.
[94] Voir Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 11.
[95] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 22, §46.
[96] Voir OEA Doc. AG/Res.890 (XVII-0/87) ; l'Assemblée générale de l'OEA agissait en fait sur la suggestion de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, voir Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA Doc. OEA/Ser.P/AG/doc.2167/87, 1987 ; Voir Rapport annuel de la Commission

1992 permit au projet interaméricain de prendre un nouvel élan et, en 1994, l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains adopta la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes (au singulier dans le texte), premier instrument international juridiquement contraignant en la matière. La Convention a été adoptée le 9 juin 1994 à Belem do Pará et est entrée en vigueur le 28 mars 1996.

Dès le Préambule, la Convention réaffirme que la pratique systématique de la disparition forcée de personnes est un « *crime de lèse-humanité* » [97], ce qui nous rapproche davantage encore du crime contre l'humanité de disparitions forcées, que la reconnaissance de son extrême gravité par la Déclaration des Nations Unies.

La définition que la Convention donne de la disparition forcée de personnes est la suivante : « *on entend par disparition forcée des personnes la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière* » [98], ce qui est en tout point comparable à la Déclaration des Nations Unies.

De manière tout aussi proche de la Déclaration des Nations Unies, la Convention interaméricaine impose certaines précautions afin d'éviter la propagation de la disparition forcée, au premier rang desquelles toute personne privée de liberté doit être gardée dans un centre de détention officiellement reconnu comme tel et doit comparaître sans retard devant l'autorité judiciaire compétente. Surtout, les Etats parties doivent dresser et tenir des registres actualisés de détenus et, lorsque leur législation interne le prescrit, les mettre à la disposition des membres de la famille du détenu, des magistrats, des avocats, de toute personne ayant un intérêt légitime ainsi que d'autres autorités [99].

3. Le Projet de Convention internationale sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Face au caractère non contraignant de la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, un certain nombre d'organisations non gouvernementales et d'experts proposèrent, en 1998, l'adoption d'une convention, dans le cadre des Nations Unies [100]. En avril 2001, au cours de sa cinquante-huitième session, la Commission des droits de l'homme décida de créer un groupe de travail intersession à composition non limitée, dont le mandat est d'élaborer, à la lumière du Rapport présenté par Manfred Nowak, expert indépendant chargé d'étudier le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires [101], un projet d'instrument normatif contraignant.

---

interaméricaine des droits de l'homme, 1987-1988, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.74, Doc.10 rev.1, du 16 septembre 1988.

[97] Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes, Préambule, §6.

[98] Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes, art. II.

[99] Voir Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes, art. XI.

[100] Voir le projet de Convention, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/1998/25.

[101] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, expert indépendant chargé d'étudier le cadre international actuel en matière

Comme le relève Manfred Nowak, soulignant la qualification potentielle de crime contre l'humanité des disparitions forcées de personnes : « *Le projet de convention est basé essentiellement sur la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et contient des dispositions de fond qui visent à renforcer la protection contre ce phénomène. L'article 3 établit une différence entre les disparitions forcées correspondant à une pratique systématique ou massive et celles commises hors de ce contexte ; par conséquent, si la disparition forcée en tant que telle est qualifiée de crime international, en revanche, elle n'est qualifiée de crime contre l'humanité que lorsqu'elle constitue une pratique massive ou systématique. Essentielle est l'obligation qui figure à l'article 5 de qualifier la disparition forcée comme un crime en droit interne, un crime considéré comme continu ou permanent compte tenu de sa gravité et du fait qu'il présente un élément de continuité. Comme la Convention contre la torture, le projet de convention établit le principe de la compétence universelle (art. 69), mais d'une façon beaucoup plus claire. Il contient également un certain nombre de dispositions destinées à lutter contre l'impunité, à éradiquer les disparitions forcées et à éliminer les facteurs qui les favorisent. L'article 17 interdit d'octroyer le bénéfice de l'amnistie ou d'autres mesures analogues aux auteurs de crimes de disparition forcée avant qu'ils soient jugés par un tribunal, lequel, aux termes de l'article 10, ne peut être qu'une juridiction de droit commun, à l'exclusion des tribunaux militaires. L'article 18 aborde l'un des aspects les plus graves de la disparition forcée, à savoir l'enlèvement d'enfants nés pendant la disparition forcée de leur mère et leur adoption ultérieure. Enfin, le projet de convention prévoit un mécanisme de surveillance et des procédures internationales de contrôle et de protection qui tiennent compte de l'aspect spécifique et de la gravité du crime, entre autres une procédure internationale d'habeas corpus (art. 31)* » [102].

D. Les lacunes du droit international des droits de l'homme en la matière

Dans son rapport à la Commission des droits de l'homme, Manfred Nowak relève que « *D'après la définition opérationnelle du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, qui a été largement reprise dans la Déclaration des Nations Unies et dans la Convention interaméricaine, tout acte aboutissant à une disparition forcée contient au moins les trois éléments constitutifs suivants : a) Privation de liberté d'une personne contre sa volonté ; b) Implication d'agents du gouvernement, tout au moins indirecte, dans la mesure où ceux-ci donnent leur assentiment ; c) Refus de reconnaître la détention et de révéler le sort réservé à l'intéressé ou le lieu où il se trouve* » [103].

Nous l'avons relevé dans la jurisprudence des différentes juridictions internationales de protection des droits de l'homme, les disparitions forcées peuvent, comme tous les crimes contre l'humanité, s'analyser comme une violation massive ou systématique des droits de l'homme. Il n'est toutefois pas simple de déterminer exactement quels droits de l'homme sont violés par le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale. L'article premier de la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les

---

pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires, conformément au paragraphe 11 de la résolution 2001/46 de la Commission, ONU Doc. E/CN.4/2002/71.

[102] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 25, §50.

[103] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 31, §70.

personnes contre les disparitions forcées estime que sont violés « *le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger* » [104].

La situation n'est toutefois pas si claire. La seule violation des droits de l'homme systématiquement retenue par la jurisprudence internationale est celle du droit à la liberté de la personne. Seul le Comité des droits de l'homme a retenu une violation du droit à la sécurité de la personne, qui semble lui accorder une signification indépendante du précédent.

Le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, au sens de l'article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 3 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme est un concept relativement vague dont la violation n'a jamais été retenue par la jurisprudence internationale [105].

Le droit à la vie n'est retenu comme violé, en règle générale, que lorsqu'il existe des indices sérieux de la mort de la victime. La Cour européenne des droits de l'homme statua même à l'origine que, une fois établie la violation du droit à la liberté de la personne, il n'y avait pas lieu de se prononcer sur une violation présumée du droit à la vie [106].

La violation du droit de n'être pas soumis à la torture ou des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants suscite les plus grandes controverses entre les différentes juridictions internationales de protection des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme considère que toute détention *incommunicado* pendant une période prolongée constitue, en elle-même, un traitement inhumain, quel que soit le traitement effectivement réservé à la personne détenue, parvenant même à la conclusion, dans l'affaire *Mojica c. République dominicaine*, que « *la disparition de personnes est inséparablement liée à un traitement qui équivaut à une violation de l'article 7*» du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [107]. La Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, après quelques hésitations, s'est ralliée à la jurisprudence du Comité, déclarant que tous les cas de disparitions forcées violent également l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme [108]. La Cour européenne des droits de l'homme ne rejoint le Comité dans son analyse, que lorsque la torture ou les mauvais traitements sont avérés [109]. Dans le même esprit, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a

---

[104] Art. 1 §2 Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

[105] Dans l'arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Bámaca Velásquez* c. *Guatemala*, requête N°11.129/1993, du 25 novembre 2000, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique au sens de l'article 3 CADH a été évoqué pour la première fois dans un cas de disparition forcée ; la Cour a toutefois conclu qu'une violation de ce droit présuppose un déni formel et absolu de la possibilité d'avoir de tels droits ou de telles obligations (§179), ce qui n'est pas le cas avec la disparition forcée.

[106] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998.

[107] Voir Comité des droits de l'homme, *Bleier c. Uruguay*, communication N°30/1978, constatations du 29 mars 1982 ; *Quinteros Almeida v. Uruguay*, communication N° 107/1981, constatations du 21 juillet 1983 ; *Sanjuan Arevalo c. Colombia*, communication N° 181/1984, constatations du 3 novembre 1999 ; *Mojica c. République dominicaine*, communication N°449/1991, constatations du 15 juillet 1994 ; *Laureano c. Pérou*, communication N°540/1993, constatations du 16 avril 1996 et *Monaco et Vicario c. Argentine*, communication N°400/1990, constatations du 3 avril 1995.

[108] Voir Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, décision sur le fond en l'affaire *Matanovic c. RS*, cas N°CH/96/1, du 6 août 1997, citée *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 33, §75.

[109] Voir not. Arrêts de la Cour EDH dans les Affaires *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000 ; *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998 et *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000.

rejeté la conclusion d'une violation du droit à un traitement humain, au motif qu'il n'existait pas en l'espèce de preuves suffisantes que la personne détenue fût torturée ou soumise à de mauvais traitements [110].

Dans cette confrontation, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme est la plus restrictive, qui ne voit dans les disparitions forcées qu'une forme aggravée de détention arbitraire, ce qui ne semble pas tenir compte de l'extrême gravité, partout reconnue, des disparitions forcées de personnes. Manfred Nowak conclut de cette jurisprudence internationale contradictoire que : « *Il semble par conséquent nécessaire, soit d'établir un droit de l'homme nouveau, autonome et non susceptible de dérogation, à savoir le droit de ne pas être soumis à des disparitions forcées, soit de spécifier d'une manière juridiquement contraignante que tout acte conduisant à une disparition forcée constitue, outre une privation arbitraire de liberté de la personne, un traitement inhumain qui est incompatible avec l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qui porte atteinte également à d'autres droits* » [111].

Un autre point de controverse porte sur la reconnaissance de la qualité de victime aux membres des familles des personnes disparues. La situation d'angoisse et de stress de la famille, généralement recherchée par les auteurs des disparitions forcées de personnes, peut se prolonger des années durant, ce qui n'est pas contesté ; c'est là la pratique du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires. La Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées souligne que tout acte conduisant à une disparition forcée cause de graves souffrances tant à la victime elle-même qu'à sa famille [112]. Le Comité des droits de l'homme conclut, dans une décision de 1983 qui fit date, que « *la douleur et l'angoisse causées à la mère par la disparition de sa fille et par les incertitudes qui demeurent quant à son sort et au lieu où elle se trouve* » faisaient de cette dernière et de sa fille une victime des violations de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [113]. Le Comité n'a toutefois pas repris cette conclusion dans ses décisions ultérieures. La Cour interaméricaine de droits de l'homme reconnut, pour la première fois dans une décision rendue en 1988, que les circonstances d'une disparition forcée de personne engendraient souffrance et angoisse, en plus du sentiment d'insécurité, de frustration et d'impuissance face à l'absence d'investigation des pouvoirs publics, ce qui justifiait que les membres de la famille fussent considérés comme des victimes d'un traitement inhumain [114]. La Cour européenne des droits de l'homme semble partager la même approche, reconnaissant, depuis sa première décision en la matière, que les familles, mais non les personnes disparues, étaient victimes d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme [115]. Toutefois, dans son dernier arrêt rendu en l'espèce, la Cour prend ses distances avec sa propre jurisprudence sur ce point, estimant qu'il n'y a pas là de principe général [116]. C'est toutefois la Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, qui poussa le plus loin son raisonnement dans cette voie, estimant que les familles des personnes disparues sont

[110] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Caballero-Delgado et Santana* c. *Colombie*, requête N°10.319/1989, du 8 décembre 1995.
[111] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 34, §76.
[112] Art. 1 §2 Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.
[113] Comité des droits de l'homme, *Quinteros Almeida v. Uruguay*, communication N° 107/1981, constatations du 21 juillet 1983.
[114] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Blake* c. *Guatemala*, requête N°11.219/1993, du 24 janvier 1998.
[115] Voir Arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998, §128, et *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000.
[116] Voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000.

non seulement victimes d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également de son article 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale [117].

La situation des familles est encore plus cruelle envers les enfants de personnes disparues, notamment lorsque leurs deux parents disparaissent dans ces conditions. En Argentine et dans d'autres pays d'Amérique latine, ces enfants furent même enlevés, de manière systématique, pour être donné en adoption à ceux-là mêmes qui firent disparaître leurs parents [118]. Certains instruments internationaux traitent partiellement de cette question, comme la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980, mais c'est la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui stipule que « *l'enlèvement d'enfants dont les parents sont victimes de disparition forcée ou d'enfants nés pendant que leur mère était victime de disparition forcée, ainsi que la falsification ou la suppression de documents attestant de leur véritable identité, constituent des crimes d'une extrême gravité qui doivent être sanctionnés comme tels* » [119].

E. Le Rapport 2003 du Groupe de travail sur les disparitions forcées

Le Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées aboutit à la conclusion que la définition des disparitions forcées doit au moins contenir trois éléments constitutifs, qui sont la privation de liberté sous quelque forme que ce soit, la négation de cette privation de liberté et la soustraction de la personne disparue à la protection de la loi et à tous les droits universellement reconnus [120].

Certaines délégations y estimèrent qu'il était nécessaire d'élaborer une définition plus détaillée, d'autres soulignèrent que cette définition devait tenir compte de toutes les sources de droit qui inspirent les travaux du Groupe de travail, à savoir le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal, tout en gardant à l'esprit que le futur instrument sera rattaché aux droits de l'homme. Il y fut également signalé que cette définition devait prendre en compte les auteurs des disparitions forcées, de nombreuses délégations opinèrent, en effet, que l'instrument devait viser en premier lieu les agents d'un État et ceux qui leur sont assimilés. Toutefois, de l'avis de

---

[117] Voir Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, décision dans l'affaire *Palic c. Republika Srpska,* affaire N° CH/99/3196, du 11 janvier 2001 sur la recevabilité et le fond, cité *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 20, §41.

[118] Voir *Study on the situation of children of disappeared persons separated from their parents and reclaimed by members of their legitimate families*, *in* Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1987-1988, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.74, document 10/Rev.1, du 16 septembre 1998, p. 349 ; voir également le rapport de Theo van Boven à la Sous-Commission, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 et le premier rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, ONU Doc. E/CN.4/1435, du 22 janvier 1981, §§170-172.

[119] Art. 20 §3 Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de personnes.

[120] Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, p. 8, §33.

certaines délégations, il serait également opportun d'examiner la responsabilité et la situation des acteurs non étatiques. Pour la plupart des délégations, c'est aux États qu'incombe la responsabilité de prévenir et réprimer les disparitions forcées, y compris celles commises par les acteurs non étatiques, et d'en assurer la réparation. D'autres aspects y furent également évoqués, tels que la durée de la disparition forcée, l'application de l'instrument en période de conflit armé ou la nécessité de faire allusion aux disparitions transfrontalières dans la définition même. Plusieurs délégations ont suggéré que la disparition forcée soit définie avec des mots simples et clairs comme arrestation, détention et enlèvement, qui sont ceux du Statut de la Cour pénale internationale [121].

De nombreux intervenants ont souhaité que l'instrument qualifie de crimes contre l'humanité les disparitions forcées effectuées de façon systématique ou massive, ce qui semble s'imposer à la suite du Statut de la Cour pénale internationale, dont certains souhaitèrent tenir compte, avec d'autres instruments. Plusieurs intervenants relevèrent que le caractère systématique des violations impliquait une planification [122].

Le Président conclut les débats en reprenant les points suivants : premièrement, les disparitions forcées constituent un crime ; la question de la qualification du crime de disparition forcée comme infraction autonome en droit interne est posée ; le Groupe de travail devra préciser dans quelles circonstances, le cas échéant, la qualification de crime contre l'humanité pourrait être retenue pour certaines disparitions forcées (caractère massif, systématique ou généralisé). Deuxièmement, le Groupe de travail a évoqué les principaux éléments d'incrimination (tentative, entente, complicité, instigation, incitation, etc.) sur lesquels il devra poursuivre ses discussions ; il devra également approfondir d'autres questions importantes comme la dissimulation, l'inaction coupable, la responsabilité du supérieur hiérarchique, etc. Enfin, s'agissant des sanctions, le Groupe de travail pourrait reprendre une formule du type de celle utilisée dans certains textes existants, de même que dans le projet de 1998, selon lesquels des peines adéquates et proportionnelles à la gravité du crime devraient être encourues [123].

A titre de mesures préventives contre les disparitions forcées de personnes, le Groupe de travail estime devoir recommander l'interdiction absolue de la mise au secret et des lieux de détention clandestins, imposer un registre des personnes privées de liberté, de garantir qu'une personne privée de liberté pourra communiquer librement avec son avocat et informer ses proches ou toute personne légitime de sa situation, la mise en place de procédure d'*habeas corpus* et de contrôle des détentions, l'obligation d'enquêter, d'office s'il existe des raisons de croire qu'une personne a été victime d'une disparition forcée ou à l'initiative des familles

[121] Voir Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, p. 8, §§34-36.
[122] Voir Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, p. 9, §39.
[123] Voir Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, pp. 9-10, §41.

et, naturellement, l'obligation de sanctionner les agents étatiques coupables d'entrave [124].

Les délégations se sont accordées à reconnaître que la notion de victime ne pouvait être limitée aux seules personnes disparues mais devrait comprendre, outre la personne disparue, les personnes pour lesquelles la disparition aurait des conséquences dommageables [125].

Enfin, quant au sort des enfants des personnes disparues, les situations visées étant celles dans lesquelles les auteurs des disparitions forcées se sont approprié ces enfants, ainsi que celles dans lesquelles les enfants sont nés pendant que leur mère était victime d'une disparition forcée et qu'ensuite ces enfants sont donnés en adoption et perdent ainsi leur vraie identité. Il a été souligné que le nouvel instrument devait incorporer l'obligation de l'État de prévenir et réprimer ces actes, prévoir des mesures d'entraide internationale visant à la localisation et à la restitution des enfants et traiter de la question de l'état civil de ces enfants et de la possibilité de réviser ces adoptions [126].

F. Les disparitions forcées dans le droit international des conflits armés

Lorsque l'on aborde les disparitions forcées sous l'angle du droit international humanitaire, il est fondamental de rappeler immédiatement la distinction que nous fîmes déjà en ouverture du présent chapitre, à savoir que ces termes ne recouvrent nullement la disparition de personnes dans le cours de combats se déroulant durant un conflit armé, qu'il soit de caractère international ou non, pour lesquelles on emploiera plutôt les termes de personnes portées manquantes. Toutefois, l'existence d'un conflit armé, quel que soit son caractère, international ou non, favorise les disparitions forcées de personnes, comme le démontrent, notamment, les conflits chypriote, bosniaque ou Algérien.

Même si le droit international des conflits armés n'emploie nulle part les termes de disparitions forcées de personnes, pas plus d'ailleurs que les textes internationaux de protection des droits de l'homme, Manfred Nowak relève que, comme ces derniers, « *il ne fait toutefois aucun doute que bon nombre de ses dispositions sont destinées à prévenir ce phénomène dans le contexte des conflits armés* », tout en relevant que « *La portée du droit international humanitaire est en fait beaucoup plus large, en ce sens que ce corpus juridique contient de nombreuses règles applicables aux personnes qui peuvent être portées disparues dans le cadre d'un conflit armé, parmi lesquelles les victimes de disparitions forcées ne représentent qu'une seule catégorie* » [127].

---

[124] Voir Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, pp. 14-16, §§66-79.

[125] Voir Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, p.17, §83.

[126] Voir Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/2003/71 du 12 février 2003, p.19, §89.

[127] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 26, §56.

Certaines dispositions visant à la protection du droit à la vie peuvent premièrement être relevées dans ce contexte particulier. En effet, l'un des principes fondamentaux du droit international des conflits armés est de consacrer, pour toutes les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, ou ont cessé de le faire, le droit d'être traitées avec humanité [128]. L'homicide est strictement interdit [129]. Le Statut de la Cour pénale internationale confirme que l'homicide intentionnel de personnes protégées dans le cadre d'un conflit armé de caractère international est un crime de guerre, de même que les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, en situations de conflits armés de caractère non international [130].

L'interdiction de la torture est également absolue dans le droit international des conflits armés, tant en situations de conflits armés de caractère international que non international [131]. Dans le Statut de la Cour pénale internationale, la torture ainsi que les traitements humiliants et dégradants constituent des crimes de guerre [132].

En matière de détention arbitraire et de droit à un procès équitable, termes que le droit international des conflits armés ne retient pas expressément, certaines dispositions sont également pertinentes à la protection des personnes contre les disparitions forcées. De nombreuses dispositions réglementent ainsi les motifs pour lesquels une personne peut être privée de liberté et énoncent certaines garanties procédurales. La première catégorie de personnes dont le droit international humanitaire règlemente la privation de liberté est celle des prisonniers de guerre ou de personnes bénéficiant du statut de prisonniers de guerre, dans la troisième Convention de Genève. La seconde catégorie de personnes pouvant être privées de liberté est celle des civils internés, conformément à la quatrième Convention de Genève. La situation des personnes faisant l'objet de procédures pénales est réglementée tant par la troisième que par la quatrième Convention de Genève et celle des personnes privées de liberté pour des raisons liées au conflit qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions des Conventions de Genève par leur premier Protocole additionnel [133].

Il convient encore de relever que le droit international humanitaire contient certaines dispositions spécifiques à la détention pour des raisons autres que pénales, ainsi que des règles très précises relatives aux garanties judiciaires à respecter, s'agissant de personnes protégées traduites en jugement pour des infractions pénales. Ainsi, le fait de priver un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée du droit d'être jugé régulièrement et impartialement est un crime de guerre [134].

Les personnes touchées par un conflit armé de caractère non international, internées, détenues ou privées de liberté suite à une infraction pénale, bénéficient

[128] Voir dans les Conventions de Genève : art. 12 Conv. I et II, art. 13 Conv. III, art. 27 Conv. IV ; voir également art. 75 Prot. I concernant les conflits armés de caractère international ; Voir art. 3 commun aux Conventions de Genève et art. 4 §1 Prot. I concernant les conflits armés de caractère non international.
[129] Voir dans les Conventions de Genève : art. 12 Conv. I et II, art. 13 Conv. III, art. 32 Conv. IV ; voir également art. 75 §2 lit. (a) ch. (i) Prot. I concernant les conflits armés de caractère international.
[130] Voir art. 8 §2 lit. (a) ch. (i) et lit. (c) ch. (i) CPI.
[131] Voir dans les Conventions de Genève : art. 12 Conv. I et II, art. 13 Conv. III, art. 32 Conv. IV ; voir également art. 75 §2 lit. (a) ch. (ii) Prot. I concernant les conflits armés de caractère international ; Voir art. 3 commun aux Conventions de Genève et art. 4 §2 lit. (a) Prot. II concernant les conflits armés de caractère non international.
[132] Voir art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxi) et lit. (c) ch. (ii).
[133] Voir art. 99-108 Conv. III, art. 27, 30-33, 37, 38, 71-76, 126 Conv. IV et art. 75 Prot. I.
[134] Voir art. commun 130 Conv. III et 147 Conv. IV et art. 8 §2 lit. (a) ch. (vi) CPI.

également de la protection du droit international humanitaire. L'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le deuxième Protocole additionnel s'appliquent aux personnes internées ou détenues pour des raisons liées au conflit [135]. Alors que l'article 3 commun fournit des garanties judiciaires fondamentales, le deuxième Protocole additionnel énonce plus en détail les règles s'appliquant à la poursuite et à la répression d'infractions pénales en relation avec le conflit armé [136]. Enfin, le Statut de la Cour pénale internationale qualifie de crime de guerre le fait de dénier des garanties judiciaires aux personnes qui ne prennent pas une part active aux hostilités liées à un conflit armé non international [137].

La protection, par le droit international des conflits armés, de la vie familiale et les dispositions relatives au contact avec la famille ou au regroupement familial, permet également de lutter contre les disparitions forcées de personnes. Le principe fondamental sur ce point est que toute personne se trouvant sur le territoire d'une partie au conflit ou dans un territoire occupé par elle, a le droit de donner de ses nouvelles aux membres de sa famille. Les parties au conflit doivent elles-mêmes faciliter les recherches entreprises par les membres des familles dispersées par la guerre pour se retrouver et si possible se réunir [138]. Les Etats parties aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels ont également le devoir de faciliter le regroupement des familles et d'encourager l'action des organisations humanitaires se consacrant à cette tâche [139]. Enfin, d'autres dispositions permettent aux prisonniers de guerre et aux internés civils de contacter les membres de leurs familles [140]. Le même droit appartient aux personnes internées ou détenues en situations de conflits armés de caractère non international [141].

Le droit des familles de connaître le sort de leurs membres est également garanti par le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949, pour lequel « *l'activité des Hautes Parties contractantes, des Parties au conflit et des organisations humanitaires internationales mentionnées dans les Conventions et dans le présent Protocole est motivée au premier chef par le droit qu'ont les familles de connaître le sort de leurs membres* » [142]. Si le terme de « *droit* » des famille à connaître le sort de leurs membres fit l'objet de vifs débats au cours des négociations de ce Protocole, le Commentaire souligne que son utilisation est mûrement réfléchie et décidée en toute conscience, bien que le contenu de ce droit ne soit pas clairement défini : il consiste à connaître le sort de leurs membres, c'est-à-dire à ce que tout soit fait – le Commentaire rappelant judicieusement qu'à l'impossible nul n'est tenu – pour qu'elles en connaissent le sort. « *Bref, il paraît bien que la volonté du législateur est de voir l'ensemble des actions entreprises (…) reposer, essentiellement, sur le soucis de servir l'intérêt des familles et de leur épargner, autant que possible, des souffrances morales* » [143]. En situation de conflit armé de caractère non international, aucune règle comparable n'existe, même si la pratique de l'Agence centrale de recherche du Comité international de la Croix-Rouge, fondée sur son droit d'initiative, permet de penser que la même obligation est de droit coutumier, car elle intervient dans tout type de conflit, y compris en cas de troubles et de tensions internes.

---

[135] Voir art. 4 §2 et 5 Prot. II.
[136] Voir art. 3 §1 lit. (d) commun aux Conv. de Genève et art. 6 Prot. II.
[137] Voir art. 8 §2 lit. (c) ch. (iv) CPI.
[138] Voir art. 25 et 26 Conv. IV.
[139] Voir art. 74 Prot. I.
[140] Voir art. 70 et 71 Conv. III et art. 106-107 Conv. IV.
[141] Voir art. 5 §2 lit. (b) Prot. II.
[142] Art. 32 Prot. I.
[143] Voir Sandoz, Swinarski, Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 346-349, §§1204-1219.

Dans le même esprit, le droit international humanitaire tend à protéger spécialement les enfants touchés par des conflits armés, notamment à faciliter leur identification, à veiller à ce qu'ils ne soient pas séparés de leurs familles ou, en cas de séparation, qu'ils la retrouvent rapidement [144]. Les enfants privés de liberté bénéficient également de toutes les garanties offertes aux adultes dans la même situation, plus l'interdiction d'être condamné à la peine capitale [145].

[144] Voir art. 24 et 50 Conv. IV, art. 74 et 78 §§1 et 3 Prot. I, art. 4 §3 lit. (b) Prot. II.
[145] Voir art. 77 §5 Prot. I et art. 6 §4 Prot. II.

III. Cas pratique : l'affaire Velásquez Rodríguez

Le jugement que rendit la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire *Velásquez Rodríguez*, du 29 juillet 1988, permet de saisir tous les éléments constitutifs de ce qui est devenu depuis le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes, au sens de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

La disparition de Manfredo Velásquez s'inscrit, comme le souligne la Cour à la suite de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans une pratique plus vaste :

« *82. La Commission présenta des preuves testimoniales et écrites, afin de prouver qu'au Honduras, entre 1981 et 1984, de nombreuses personnes avaient été séquestrées et avaient ensuite disparu et que ces actes étaient imputables aux Forces armées du Honduras qui, pour le moins, comptaient sur la bienveillance du Gouvernement. Trois officiers des Forces armées ont déposé à ce sujet à la demande de la Cour.*

83. Différents témoins déposèrent qu'ils avaient été séquestrés, emprisonnés dans des prisons clandestines et torturés par des membres des forces armées » [146].

Les dépositions de ces divers témoins comportent les éléments suivants, avec les réponses que donna le gouvernement du Honduras, qui ne convainquirent cependant pas la Cour :

« *84. Inés Consuelo Murillo déposa qu'elle avait été détenue clandestinement pendant environ trois mois. Selon sa déposition, elle avait été arrêtée le 13 mars 1983, simultanément avec José Gonzalo Flores Trejo, avec lequel elle était en relation de manière fortuite, par des hommes qui étaient descendus d'une voiture, avaient crié qu'ils appartenaient à l'Office des Immigrations et qui l'avaient battue avec leurs armes. Ils étaient assistés par une seconde voiture arrêtée derrière la première. Elle raconta qu'ils lui avaient bandé les yeux, qu'ils l'avaient ligotée et conduite vraisemblablement à San Pedro Sula, où ils l'avaient retenue dans un centre clandestin. Là, elle avait été ligotée, battue, laissée nue la plupart du temps et n'avait rien eu à manger pendant plusieurs jours ; elle avait été soumise à des électrochocs, à des suspensions, à des tentatives d'étouffement, et à la menace d'avoir les yeux brûlés ; elle avait été menacée avec des armes, brûlée sur les jambes, piquées avec des aiguilles sur la peau, droguée et abusée sexuellement. Elle avait admis qu'elle était en possession de faux papiers d'identité au moment de son arrestation, mais que dix jours plus tard elle leur avait indiqué son vrai nom. Elle déclara que 36 jours après son arrestation, elle avait été amenée à un endroit près de Tegucigalpa où elle avait vu des officiers de l'armée (…) des papiers à en-tête de l'armée et des insignes militaires des Forces armées. Ce témoin ajouta que, finalement, elle avait été remise à la police et traduite en justice. Elle avait été accusée de quelques vingt crimes mais son avocat n'avait pas été autorisé à présenter des éléments de preuves et il n'y avait pas eu de procès (…).*

86. Le Gouvernement déclara qu'il avait été dans l'impossibilité d'informer les membres de la famille de la détention de Inés Consuelo Murillo, étant donné qu'elle était en possession de faux papiers d'identité, ce qui, selon l'opinion du gouvernement, indiquait qu'elle ne s'adonnait pas à des activités légales et par conséquent, ne disait pas toute la vérité. Il ajouta que son affirmation visant à faire croire que sa relation avec José Gonzalo Flores Trejo n'était que fortuite n'était pas crédible, étant donné que tous deux étaient impliqués dans des activités illégales.

[146] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§82-83, traduction RUDH.

87. José Gonzalo Flores Trejo déposa qu'il avait été arrêté, simultanément avec Inés Consuelo Murillo, et emmené avec elle dans une maison située probablement à San Pedro Sula, où ses ravisseurs lui avaient, à plusieurs reprises, plongé la tête dans une auge d'eau, provoquant presque la noyade, lui avaient lié les mains et les pieds et l'avaient suspendu de telle manière que seul son ventre touchait le sol. Il déclara en outre que, ultérieurement, dans un lieu où il avait été détenu près de Tegucigalpa, ils lui avaient recouvert la tête d'une 'capucha' *(sorte de capuchon réalisé avec la chambre à air d'un pneu de voiture et enfilé sur la tête de la personne, l'empêchant de respirer par la bouche et par le nez), provoquant ainsi presque l'asphyxie et l'avaient soumis à des électrochocs. Il dit qu'il savait qu'il se trouvait aux mains des militaires, car lorsqu'on lui avait enlevé le bandeau des yeux pour le photographier, il avait vu un officier de l'armée hondurienne et lorsqu'il avait été emmené pour prendre un bain, il avait vu des baraquements militaires. Il avait également entendu le son d'une trompette, des ordres qui étaient donnés ainsi qu'un coup de canon (…)*

88. Le Gouvernement argumenta que la déposition du témoin, de nationalité salvadorienne, n'était pas crédible car il avait tenté de convaincre la Cour que sa rencontre avec Inés Consuelo Murillo était de nature purement fortuite. Le Gouvernement ajouta que ces personnes étaient toutes deux impliquées dans des activités illicites.

89. Virgilio Carías, qui avait été Président du Parti socialiste hondurien, déposa qu'il avait été enlevé en plein jour, le 12 septembre 1981, par 12 ou 13 personnes qui avaient encerclé sa voiture et qui étaient armées de pistolets, de carabines et de fusils automatiques. Il déclara qu'il avait été emmené à une prison clandestine, menacé et battu, et que, durant 4 ou 5 jours, il n'avait eu ni à manger ni à boire et n'avait pas pu disposer de sanitaires. Le dixième jour, ses ravisseurs lui avaient fait une injection au bras et l'avaient jeté, ligoté, à l'arrière d'une camionnette. Par la suite, il avait été placé en travers d'une mule qui l'avait mené dans les montagnes, près de la frontière nicaraguayenne, où il avait recouvré sa liberté. (…)

90. Le gouvernement fit remarquer que ce témoin reconnaissait expressément être opposé au Gouvernement du Honduras et que ces réponses étaient imprécises ou évasives. Il argumenta, qu'étant donné que le témoin n'était pas en mesure d'identifier ses ravisseurs, sa déposition ne reposait que sur des ouï-dire et n'avait donc aucune valeur de preuve, et maintint, que selon lui, il n'avait eu aucune connaissance personnelle des événements et ne les connaissait que par l'intermédiaire d'autrui.

91. Un avocat hondurien, qui déclara assurer la défense de prisonniers politiques, déposa qu'en 1982, les Forces de sécurité du Honduras l'avaient détenu en l'absence de toute procédure équitable. Il avait été maintenu pendant 10 jours dans une prison clandestine, sans qu'aucune charge ait été portée contre lui, et avait été battu et torturé avant d'être traduit devant la Cour (…).

92. Le Gouvernement affirma que le témoin avait été inculpé pour atteinte à la sûreté de l'Etat et pour port d'armes prohibées (que seules les forces armées étaient autorisées à porter) et que, pour cette raison, il avait un intérêt personnel à discréditer le Honduras par sa déposition.

93. Un autre avocat, qui lui aussi déclara défendre des détenus politiques et qui se référait à la loi hondurienne, relata qu'il avait été appréhendé en plein jour, le 1er juin 1982 à Tegucigalpa par des membres du Département des investigations spéciales qui, après lui avoir bandé les yeux, l'avaient emmené à un endroit qu'il n'avait pas pu reconnaître et qui ne lui avait pas donné à manger ni à boire pendant 4 jours. Il avait été battu et insulté. Il déclara qu'il avait pu voir au travers de son bandeau qu'il se trouvait dans une unité militaire (…).

94. Le Gouvernement soutint que ce témoin avait émis plusieurs fausses déclarations concernant la loi en vigueur au Honduras et que sa déposition était 'dépourvue de toute

exactitude et de toute efficacité parce qu'elle n'était pas impartiale et qu'elle avait été faite dans l'intérêt de discréditer l'Etat du Honduras' » [147].

Quant au nombre de disparitions, entre 1981 et 1984, « *La Cour a recueilli des dépositions selon lesquelles, entre 1981 et 1984, quelques 112 à 130 personnes avaient disparu. Un ancien membre des Forces armées déposa que, selon une liste figurant dans les dossiers du Bataillon 316, ce nombre pourrait se situer entre 140 et 150* » [148].

Le rôle des forces armées est établit par la Cour, sur la base des éléments suivants :

« *96. En ce qui concerne l'existence, au sein des Forces armées, d'une unité chargée d'effectuer des disparitions, la Cour a entendu la déposition du Président du Comité pour la défense des droits de l'homme au Honduras. Selon cette déposition, il existait, en 1980, un groupe nommé 'les quatorze' placé sous le commandement du Major Adolfo Díaz, attaché à l'état-major des Forces armées. Ultérieurement, ce groupe avait été remplacé par un autre, dénommé 'les dix', commandé par le Capitaine Alexander Hernández et, finalement, par le Bataillon 316, une unité pour opérations spéciales, composé de groupes distincts entraînés pour la surveillance, les enlèvements, les exécutions, les écoutes téléphoniques, etc. L'existence de cette unité avait toujours été niée jusqu'en septembre 1986, date à laquelle elle avait été mentionnée dans un communiqué des Forces armées (…).*

97. Alexander Hernández, actuellement lieutenant-colonel, nia avoir participé au groupe 'les dix', avoir fait partie du Bataillon316 ou avoir eu un quelconque contact avec eux (…).

98. L'actuel directeur des Services de renseignements honduriens déposa que c'était dans les dossiers de son service qu'il avait découvert, qu'en 1984, un bataillon pour les services de renseignements, dénommé 316, avait été créé, avec pour mission de fournir des informations de combats aux brigades 101, 105 et 110. Il ajouta, qu'initialement ce bataillon fonctionnait comme une unité d'entraînement jusqu'à la création de l'Ecole des Services de renseignements à laquelle toutes les fonctions d'entraînement ont été graduellement transférées et que le bataillon avait été finalement dissous en septembre 1987. Il déclara que des groupes dénommés 'les quatorze' ou 'les dix' n'avaient jamais existé au sein des Forces armées ou des Forces de sécurité » [149].

Ceci permet à la Cour de déterminer le *modus operandi* des disparitions forcées :

« *99. Selon des dépositions reçues concernant le* modus operandi *de la pratique des disparitions, les ravisseurs opéraient selon le schéma suivant : ils utilisaient des voitures avec vitres teintées (pour lesquelles une autorisation spéciale des Services de la circulation routière était requise), sans plaque d'immatriculation ou avec de fausses plaques et, quelquefois, des tenues spéciales, telles que des perruques, des fausses moustaches, des postiches, des masques, etc. Les enlèvements étaient sélectifs. Les victimes étaient tout d'abord placées sous surveillance, puis l'enlèvement était planifié. Des minibus ou des fourgons étaient utilisés. Certaines victimes étaient enlevées à leur domicile, d'autres sur la voie publique. Lorsque, dans un cas, une patrouille de police était intervenue et avait intercepté les ravisseurs, ces derniers se sont identifiés comme étant des membres d'une unité spéciale des Forces armées et avaient été autorisés à partir avec leur victime (…).*

---

[147] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§84-94, traduction RUDH.
[148] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §95, traduction RUDH.
[149] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§96-98, traduction RUDH.

100. Un ancien membre des Forces armées, qui dit avoir fait partie de l'unité militaire qui est devenue le Bataillon 316, chargé de l'exécution des enlèvements, et avoir participé personnellement à quelques-uns de ces enlèvements, affirma que le point de départ était l'ordre, donné par le chef de l'unité, d'enquêter au sujet d'une personne et de la placer sous suveillance. Selon ce témoin, lorsque la décision était prise de poursuivre l'affaire, l'enlèvement était exécuté par des personnes en civil, utilisant des pseudonymes et des déguisements, et portant des armes. L'unité disposait, pour ces enlèvements, de quatre véhicules 'pick-up' Toyota avec double cabine, banalisés, dont deux avaient des vitres teintées (…)

102. L'actuel directeur des Services de renseignements de renseignement des Forces armées déposa que les unités de renseignement ne pratiquaient pas d'arrestations car elles 'étaient brûlées' (elles étaient découvertes) et n'utilisaient ni pseudonymes ni voitures dépourvues de plaques d'immatriculation. (…)

103. Un ancien membre des Forces armées confirma l'existence de prisons clandestines et d'endroits spécialement choisis pour enterrer les personnes exécutées. Il relata également qu'il existait dans son unité un groupe pour les tortures et un groupe pour les interrogatoires et qu'il faisait partie de ce dernier. Le groupe pour les tortures utilisait les électrochocs, le tonneau d'eau et la 'capucha'. Les victimes étaient laissées nues, ne recevaient rien à manger et étaient aspergées d'eau froide. Il ajouta que celles qui étaient destinées à être exécutées, étaient remises aux mains d'un groupe d'anciens prisonniers qui avaient été libérés de prison pour exécuter cette besogne, et qui utilisaient , dans un premier temps, des armes à feu, puis des poignards et des machettes (…).

104. L'actuel directeur des Services de renseignements nia le fait que les Forces armées disposaient de prisons clandestines, car cela ne correspondait nullement à leur modus operandi*, mais que l'existence de ces prisons était peut-être le fait d'éléments subversifs qui les avaient nommées 'les prisons du peuple'. Il ajouta que le but d'un Service de renseignements n'était pas d'éliminer ou de faire disparaître les personnes, mais plutôt d'obtenir et de traiter des informations, afin de permettre, au niveau gouvernemental le plus élevé, de prendre des décisions appropriées (…).*

106. Un officier hondurien présenta un grand nombre d'articles de la presse hondurienne, datant de la période 1981 à 1984, qui donnaient des informations sur au moins 64 cas de disparitions, ayant toutes eu lieu pour des raisons idéologiques, politiques ou syndicales. Après leur libération, six de ces personnes se sont plaintes d'avoir été torturées ou soumises à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ces articles de presse faisaient mention de cimetières clandestins dans lesquels 17 corps avaient été découverts » [150].

La disparition de Manfredo Velásquez s'est déroulée, quant à elle, de la manière suivante :

« *107. Selon la déposition de la sœur de Manfredo Velásquez, des témoins oculaires de l'enlèvement de ce dernier, lui avaient relaté qu'il avait été arrêté le 12 septembre 1981, entre 16h30 et 17h00 dans un parking situé au centre de Tegucigalpa, par sept hommes fortement armés, en civils (l'un d'entre eux était le sergent-chef José Isaías Vilorio) et utilisant un véhicule Ford, de couleur blanche, dépourvu de plaques d'immatriculation (…).*

113. L'ancien membre des Forces armées qui avait déclaré appartenir au groupe qui pratiquait les enlèvements, déclara devant la Cour que, bien que n'ayant pas pris part à l'enlèvement de Manfredo Velásquez, le Lieutenant Flores Murillo lui avait raconté ce qui était arrivé. Selon sa déposition, Manfredo Velásquez avait été enlevé au centre de Tegucigalpa au cours d'une opération à laquelle avaient pris part le Sergent José Isaías

[150] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§99-106, traduction RUDH.

*Vilorio, deux hommes qui utilisaient les pseudonymes de Ezequiel et Titanio et le Lieutenant Flores Murillo lui-même. Le lieutenant lui avait raconté que pendant la mêlée, un coup était parti du fusil de Ezequiel blessant Manfredo à la jambe. Ils avaient conduit le détenu à INDUMIL (*Industrias Militares*) où il avait été torturé. Puis ils 'l'avaient remis aux mains de ceux qui se chargeaient des exécutions qui, sur ordre du Général Alvarez, chef des Forces armées, l'avaient emmené hors de Tegucigalpa et l'avaient tué à coups de poignards et de machettes. Ils avaient démembré son corps et enterré les restes à différents endroits (…).*

114. L'actuel directeur du Service de renseignements déposa que José Isaías Vilorio était archiviste à la DNI. Il dit qu'il ne connaissait pas le Lieutenant Flores Murillo et déclara que INDUMIL n'avait jamais été utilisé comme centre de détention (…) » [151].

Les conditions de détention auxquelles fut soumis Manfredo Velásquez semblent avoir été particulièrement rudes :

« *115. Un témoin déposa qu'il avait été appréhendé le 29 septembre 1981 par 5 ou 6 personnes qui s'étaient identifiées comme étant des membres des Forces armées, et qui l'avaient emmené dans les locaux de la DNI. Là, ils lui avaient mis un bandeau sur les yeux et conduit en voiture à un endroit inconnu où il avait été torturé. Le 1er octobre 1981, au cours de sa détention, il avait entendu, par un trou dans la porte menant à une pièce voisine, une voix plaintive et souffrante. La personne lui avait dit être Manfredo Velásquez et demandait de l'aide. Selon la déposition du témoin, à ce moment là, le Lieutenant Ramón Mejía entra et le battit car il l'avait trouvé dans la position debout, bien que le témoin lui ait dit qu'il s'était levé parce qu'il était fatigué. Il ajouta que par la suite, le Sergent Carlos Alfredo Martínez, qu'il rencontra dans le bar dans lequel il travaillait lui avait relaté que Manfredo Velásquez avait été remis aux membres du Bataillon 316 (…).*

116. Le Gouvernement affirma que la déposition de ce témoin 'n'était pas entièrement digne de foi du fait de divergences qui ne devaient pas être négligées, telle, par exemple, le fait qu'il ait affirmé n'avoir fait l'objet que d'une seule arrestation en 1981 pour trafic d'armes et pour s'être emparé par la force d'un avion, alors que la vérité était que la police hondurienne l'avait arrêté à plusieurs occasions étant donné ses antécédents peu recommandables' » [152].

Nous verrons que le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale comporte pour élément constitutif le fait de soustraire la victime à la protection de la loi. La Cour interaméricaine des droits de l'homme constate l'inefficacité des procédures judiciaires dans les cas de disparitions forcées de personnes :

« *117. La Commission fournit également des preuves en vue de démontrer que, de 1981 à 1984, au Honduras, les voies de recours internes étaient inefficaces pour protéger les droits de l'homme, en particulier le droit à la vie, à la liberté et à l'intégrité des personnes disparues.*

118. A ce sujet, la Cour entendit les dépositions suivantes :

*a. Les procédures légales existantes au Honduras étaient inefficaces pour découvrir les lieux de détention et assurer le respect de l'intégrité physique et morale des détenus. Lorsque des procédures de présentation personnelle ou d'*habeas corpus *étaient introduites, les tribunaux étaient lents à désigner des juges chargés de les exécuter, et une fois désignés, ces juges étaient le plus souvent ignorés par les autorités de police. A plusieurs occasions, les autorités ont nié les détentions, même dans les cas dans lesquels les prisonniers avaient été ultérieurement relâchés. Les arrestations avaient lieu sans mandat d'arrêt et les lieux de*

[151] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§107, et 113-114, traduction RUDH.
[152] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§115-116, traduction RUDH.

*détention étaient inconnus. Lorsque des procédures d'*habeas corpus *étaient prises officiellement, les autorités de police ne présentaient pas les personnes citées dans ces procédures (…).*

*b. Les juges nommés par les cours de justice en vue d'exécuter les procédures d'*habeas corpus *ne jouissaient pas de toutes les garanties requises et craignaient des représailles, car ils étaient souvent menacés. Plus d'une fois, des juges avaient été emprisonnés et quelques-uns d'entre eux avaient été physiquement maltraités par les autorités. Des professeurs de droit et des avocats, qui défendaient des prisonniers politiques, avaient été soumis à des pressions pour éviter qu'ils s'occupent de cas de violations des droits de l'homme. Uniquement deux d'entre eux avaient osé introduire des procédures d'*habeas corpus *en faveur de personnes disparues et l'un d'eux avait été arrêté pendant qu'il remplissait les formalités requises (…).*

*c. Dans aucun cas, entre 1981 et 1984, une procédure d'*habeas corpus*, introduite en faveur d'une personne disparue, n'avait eu de résultat. Si certaines personnes disparues ont réapparu, cela n'était pas dû à l'efficacité d'une voie de recours* » [153].

En guise de conclusion, la Cour admit que les éléments suivants ont été prouvés à satisfaction de droit par devant elle :

« 147. La Cour en vint alors à examiner les principaux faits qui, selon elle, étaient prouvés, à savoir que :

a. Entre 1981 et 1984, 100 à 150 personnes ont disparu dans la République du Honduras, et parmi celles-ci, beaucoup n'ont plus jamais réapparu (…).

b. Ces disparitions se déroulaient selon un schéma pratiquement identique, débutant par un enlèvement forcé des victimes, souvent en plein jour et dans des lieux publics par des hommes armés, en civil et portant des déguisements, qui apparemment agissaient en toute impunité et utilisaient des véhicules banalisés avec vitres teintées et fausses plaques d'immatriculation ou sans plaques (…).

c. Il était de notoriété publique que les enlèvements étaient exécutés par des membres du corps militaire ou de la police ou par des personnes agissant sous leurs ordres (…).

d. Les disparitions avaient lieu selon une méthode précise, dont les caractéristiques suivantes ont été considérées par la Cour comme particulièrement significatives : i) Les victimes étaient généralement des personnes jugées dangereuses pour la sécurité de l'Etat par les autorités honduriennes (…). En outre, les victimes avaient généralement fait l'objet, pendant une période plus ou moins longue, d'une surveillance et d'une filature (…). ii) Les armes utilisées étaient réservées à l'usage exclusif des autorités militaires et policières et les véhicules utilisés avaient des vitres teintées ce qui nécessitait une autorisation officielle spéciale. Dans certains cas, des agents du Gouvernement procédaient aux arrestations ouvertement et sans faire usage de prétexte ou de déguisements ; dans d'autres cas, les agents du Gouvernement avaient fait dégager les lieux avant d'exécuter les enlèvements et lorsque, dans un cas, des agents du Gouvernement avaient arrêté les ravisseurs, ces derniers ont eu l'autorisation d'exécuter librement leur besogne après s'être identifiés (…). iii) Les ravisseurs bandaient les yeux à leurs victimes, les emmenaient dans des lieux de détention clandestins et inofficiels et les transféraient d'un endroit à un autre. Ils interrogeaient les victimes et leur faisaient subir des traitements cruels et humiliants ainsi que des torture. Quelques-unes étaient finalement assassinées et enterrées dans des cimetières clandestins (…). iv) Les autorités niaient de manière systématique tous les faits concernant la détention, le lieu de détention ou le sort des victimes lorsqu'elles étaient questionnées par des membres de la

[153] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§117-118, traduction RUDH.

*famille, par les avocats, par des personnes ou des organisations s'occupant de la protection des droits de l'homme, ou par des juges chargés de l'exécution des procédures d'*habeas corpus. *Cette attitude a même pu être constatée lorsque des personnes ont réapparu ultérieurement entre les mains de ces mêmes autorités qui avaient systématiquement nié les détenir ou connaître leur sort (…). v) Les membres des autorités militaires et policières, tout comme ceux du Gouvernement et du pouvoir judiciaire niaient les faits ou étaient incapables de les empêcher ou d'enquêter à leur sujet, de punir les responsables ou d'aider les intéressés à découvrir les lieux de détention et le sort des victimes ou de trouver leurs corps. Les commissions d'enquête mises en place par le Gouvernement et les Forces armées n'ont conduit à aucun résultat. Les procédures judiciaires introduites ont été menées avec une lenteur et un manque d'intérêt évidents et quelques-unes ont finalement été rejetées (…).*

e. Manfredo Velásquez a été enlevé le 12 septembre 1981, entre 16h30 et 17h00, dans un parking situé au centre de Tegucigalpa, par plusieurs hommes en civil, lourdement armés, conduisant un véhicule Ford de couleur blanche, sans plaque d'immatriculation. Aujourd'hui, presque 7 ans plus tard, il demeure disparu, ce qui permet de supposer raisonnablement qu'il est décédé (…).

f. Ces enlèvements ont été exécutés par des personnes en relation avec les Forces armées ou placées sous leurs ordres (…).

g. L'enlèvement et la disparition de Manfredo Velásquez entrent dans le cadre de la pratique systématique des disparitions à laquelle se réfèrent les faits, considérés comme prouvés (…).

h. Le dosser de Manfredo Velásquez ne contient aucun élément permettant de dire qu'il avait rejoint des groupes subversifs, sauf une lettre émanant du maire de Langue, qui contenait des rumeurs de ce genre. (…)

148. A la lumière des faits relatés ci-dessus, la Cour conclut que la procédure a permis de prouver ce qui suit : (1) l'existence d'une pratique de disparitions involontaires exécutées ou tolérées par les autorités honduriennes entre 1981 et 1984 ; (2) Manfredo Velásquez a disparu suite aux agissements ou avec l'accord de ces autorités, dans le cadre de cette pratique de disparitions involontaires ; et (3) le Gouvernement du Honduras a omis de garantir les droits de l'homme affectés par cette pratique de disparitions involontaires » [154].

La Cour reconnaît justement que « *Le phénomène des disparitions involontaires est une forme complexe de violation des droits de l'homme qui doit être interprétée et considérée d'une manière globale* » [155].

Cette approche globale du phénomène des disparitions forcées de personnes permet de conclure que :

« *La disparition involontaire de personnes représente une violation continuelle et réitérée de nombreux droits protégés par la Convention et que les Etats parties ont l'obligation de respecter et de garantir. La séquestration d'une personne est une privation arbitraire de liberté, qui enfreint le droit du détenu à être traduit dans le plus court délai devant un juge et à introduire les recours appropriés en vue de vérifier la légalité de son arrestation, le tout en violation de l'article 7 de la Convention qui reconnaît le droit à la liberté de la personne* » [156].

---

[154] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§147-148, traduction RUDH.
[155] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §150, traduction RUDH.
[156] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §155, traduction RUDH.

Comme le relève la Cour, « *En outre, un isolement prolongé et une privation de communication sont en eux-mêmes des traitements cruels et inhumains, préjudiciables à l'intégrité psychique et morale de la personne et une violation du droit de chaque détenu à être traité avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine. De tels traitements violent donc l'article 5 de la Convention qui reconnaît le droit à l'intégrité de la personne (…). En plus, les enquêtes menées en vue de vérifier l'existence de la pratique des disparitions ainsi que les dépositions des victimes qui ont recouvré leur liberté montrent que les détenus ont été soumis à des traitements impitoyables, englobant souvent tous les types de vexations, de tortures ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, en violation avec le droit à l'intégrité physique également reconnu par l'article 5 de la Convention* » [157].

Le sort des personnes ainsi disparues ne fait hélas que peu de doute :

« *La pratique des disparitions implique fréquemment l'exécution des détenus, secrètement et sans jugement, avec dissimulation des corps, afin de faire disparaître toute preuve matérielle du crime et d'assurer l'impunité des responsables, ce qui représente une violation flagrante du droit à la vie, reconnu par l'article 4 de la Convention* » [158].

En conclusion, la Cour estime que « *La pratique des disparitions non seulement viole directement de nombreuses dispositions de la Convention, telles que celles mentionnées ci-dessus, mais constitue également une violation radicale de ce traité, dans la mesure où elle implique un abandon net des valeurs qui émanent du concept de dignité humaine et de la plupart des principes de base du système interaméricain et de la Convention. L'existence de cette pratique, en outre, démontre la méconnaissance du devoir d'organiser l'appareil étatique de telle manière qu'il garantisse les droits reconnus par la Convention, ainsi que le démontrent les développements qui suivent* » [159].

[157] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §156, traduction RUDH.
[158] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §157, traduction RUDH.
[159] Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §158, traduction RUDH.

IV. L'*actus reus* des disparitions forcées de personnes

Le Maréchal Keitel fut la première personne condamnée par un tribunal international – le Tribunal militaire international de Nuremberg – pour son rôle dans l'application de l'ordonnance « *Nacht und Nebel* » d'Adolf Hitler, qualifié de crime de guerre, la notion juridique du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes n'existant pas encore.

Depuis, le concept de crime contre l'humanité s'est développé, en réponse notamment à l'impunité régnant en Amérique latine. Toutefois, ce n'est que tardivement que les disparitions forcées intégrèrent ce concept. Le projet de convention proposé par le Colloque de Paris en 1981, puis celui de la Fédération latino-américaine des associations des familles de détenus-disparus (FEDEFAM) en 1982, suggérèrent de considérer les disparitions forcées comme un crime contre l'humanité [160].

Poursuivant dans cette voie, l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains déclara que la disparition forcée constitue un « *affront à la conscience du continent* » et un crime de « *lèse-humanité* » [161]. Le Préambule de la Déclaration des Nations Unies retient lui une qualification particulière, « *de l'ordre du crime contre l'humanité* » [162], ce qui est une manière diplomatique de dire, tout en ne le disant pas, que cette qualification est bien celle convenant à ces actes, lorsque leur pratique est systématique.

Toutefois, comme le relève avec raison Manfred Nowak, « *Ces différences de formulation n'ont pas qu'une valeur sémantique, étant donné que la qualification en droit international pénal des actes conduisant à des disparitions forcées a des conséquences sur le plan légal, notamment en ce qui concerne l'applicabilité ou la non applicabilité de la prescription ou la reconnaissance de la compétence universelle* » [163].

Les Statuts d'aucun des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda n'incriminent, dans la liste des actes constitutifs des crimes contre l'humanité, les disparitions forcées de personnes, qui apparaissent pour la première fois à cette place dans le Projet de 1996 de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international [164].

Le Statut de la Cour pénale internationale est aujourd'hui le premier et le seul instrument international en vigueur à qualifier de crimes contre l'humanité les disparitions forcées de personnes commises au cours d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

Le Statut de la Cour pénale internationale donne une définition du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes, qui se lit comme suit : « *Par 'disparitions forcées de personnes', on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces*

---

[160] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, pp. 28-29, §65.
[161] OEA, Résolution 666 (XIII-0/83), 1983, §4.
[162] Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, Préambule, §4.
[163] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 29, §65.
[164] Voir CDI, *Annuaire de la Commission du droit international, 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 47, Commentaire de l'article 18 – Crimes contre l'humanité.

personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée » [165].

Il découle de cette définition cinq éléments constitutifs, que nous analyserons ici l'un après l'autre, qui sont, premièrement, l'arrestation, la détention ou l'enlèvement, puis deuxièmement, le rôle de l'Etat ou d'une organisation politique, avant, troisièmement, le refus d'information, puis, quatrièmement, la soustraction à la protection de la loi, et, enfin, cinquièmement, le caractère continu du crime sur une période prolongée.

A. Arrestation, détention ou enlèvement

Le premier élément de la définition du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale porte sur « *les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées* ». Pour Christopher K. Hall, il s'agit là d'un élément essentiel de ce crime : « *One of the essential elements of the crime of enforced disappearance is that the victim be deprived of liberty, whether it be by arrest, detention, abduction or some other means. Although the wording is not as broad as in other international instruments, which speaks of any deprivation of liberty, the three categories would cover most, if not all, types of deprivation of liberty* » [166]. Olivier de Frouville considère quant à lui qu'une « *disparition est avant tout une privation de liberté dans le sens le plus large que l'on puisse donner à cette expression* » [167]. Ce premier point est fondamental à double titre, premièrement parce qu'il rend possible la disparition forcée de personnes, ensuite parce que c'est là le seul point sur lequel toute la jurisprudence internationale en matière de protection des droits de l'homme est unanime : la violation du droit à la liberté personnelle.

Nous avons analysé, dans un précédent chapitre, les situations dans lesquelles une privation de liberté peut être légitimement ordonnée, conformément au droit international en vigueur [168]. Contrairement au crime contre l'humanité d'emprisonnement ou de privation grave de liberté physique [169], la privation de liberté en matière de disparition forcée ne nécessite pas d'être grave. Toutefois, et dans le même raisonnement que celui que nous conduisîmes dans le chapitre consacré au crime contre l'humanité de torture, qui exige que la victime soit sous la garde ou le contrôle de l'auteur [170], il semble que l'arrestation, la détention ou l'enlèvement recouvrent toute forme de privation de liberté propre à entraîner la disparition forcée des personnes ainsi traitées, c'est-à-dire, essentiellement, à refuser toute information les concernant dans le but de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

Cependant, les termes employés revêtent un sens précis, que l'Assemblée générale des Nations Unies a défini en décembre 1988 dans l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention et d'emprisonnement [171]. L'arrestation y est définie comme « *l'acte qui*

[165] Art. 7 §2 lit. (i) CPI.
[166] Christopher K. Hall *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit.(i) CPI, p. 170.
[167] Oliver de Frouville, *Les disparitions forcées*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 380.
[168] Voir *supra* chapitre 9.
[169] Voir art. 7 §1 lit. (e) CPI.
[170] Voir *supra* chapitre 10.
[171] Principes de protection des personnes détenues, ONU Doc. A/RES/43/173, du 9 décembre 1988.

consiste à appréhender une personne du chef d'une prétendue infraction ou par le fait d'une autorité quelconque », et il faut considérer qu'une personne est détenue si elle est « *privée de la liberté individuelle sauf à la suite d'une condamnation pour infraction* » ; la détention étant la condition d'une personne détenue [172]. La détention doit donc être comprise comme la privation de liberté, qui n'est pas la conséquence d'une condamnation judiciaire, ce qui souligne la soustraction à la protection de la loi. Toutefois, dans le cadre des principes de protection des personnes détenues, elle s'entend principalement de la détention provisoire en vue d'une comparution judiciaire, objectif contraire à celui poursuivi dans le cadre des disparitions forcées de personnes. Quant à l'enlèvement, c'est un synonyme de rapt, soit le fait d'enlever une personne par violence (Littré), ce qui revêt incontestablement un sens beaucoup plus large que l'arrestation ou l'emprisonnement et recouvre les comportements d'agents non étatiques, tels les organisations politiques ou autres groupes armés ou criminels. Aucune autre forme de privation de liberté que l'arrestation, la détention ou l'enlèvement n'est conforme à la définition de ce crime.

Surtout, une personne est arrêtée par une « *autorité quelconque* », et il est clair que le fait d'appréhender une personne à cause d'une prétendue infraction relève des compétences des forces de police, voire des forces armées, en tous les cas, des responsables de l'application des lois [173], ce que souligne le Statut par l'exigence que l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de ces personnes, soit le fait d'agents de l'Etat ou d'une organisation politique, ou de personnes agissant avec leur autorisation, leur assentiment ou leur appui. C'est ainsi que l'Assemblée des Etats parties note : « *Il est entendu que, dans certaines circonstances, l'arrestation ou la détention peuvent avoir été légales* » [174]. Ceci nous rapproche à nouveau du crime contre l'humanité d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international. Il semble toutefois difficilement concevable ici, qu'une arrestation ou une détention puisse avoir été légale, tout en s'inscrivant dans l'intention de soustraire la personne arrêtée ou détenue à la protection de la loi. Qui plus est, l'absence de tout contrôle judiciaire de la légalité de l'arrestation ou de la détention est intrinsèque au crime de disparitions forcées de personnes. Il demeure cependant vrai que l'on peut penser à des personnes légalement arrêtées ou détenues, qui disparaîtraient ensuite, au cours de leur détention, et c'est là ce que signifie cette note, qui peut faire référence à l'Arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Trujillo Oroza c. Bolivie* [175].

Nous pouvons donc conclure des éléments constitutifs de ce crime que, par personnes « *arrêtées, détenues ou enlevées* », le Statut recouvre toute privation de liberté suffisamment grave pour entraîner une disparition de la personne qui y est soumise, notamment dans des lieux de détention clandestins. Toutefois, il ne couvre que ces trois formes de privation de liberté, à l'exclusion de toute autre.

Dans un précédent chapitre [176], nous conclûmes que le crime contre l'humanité d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de la liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international, dans le Statut de la Cour pénale internationale, pouvait également être constitué par des

---

[172] Principes de protection des personnes détenues, §2, *Emploi des termes*.
[173] Voir le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, ONU Doc. A/RES/34/169, du 17 décembre 1979.
[174] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparition forcée, p. 17 note 126.
[175] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Trujillo Oroza c. Bolivie*, du 26 janvier 2000.
[176] Voir *supra* chapitre 9.

conditions de détentions contraires aux mêmes dispositions fondamentales, quelle que soit la légalité de la mesure privative de liberté. Ici, il n'est pas possible de retenir les conditions de détention comme un élément inhérent à la privation de liberté exigée pour le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale. La jurisprudence internationale est trop hésitante sur ce point et rien, dans le Statut de la Cour pénale internationale ni dans les Eléments des crimes établis par la Commission préparatoire, ne comporte une quelconque référence aux conditions de détention, qui doivent donc être perçues comme totalement irrelevantes, sans préjuger du fait qu'elles puissent être constitutives d'un autre crime contre l'humanité, par exemple de torture ou d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international.

B. Le rôle de l'Etat ou d'une organisation politique

Le deuxième élément constitutif du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale tient au rôle nécessaire de l'Etat ou d'une organisation politique, l'article 7 paragraphe 2 lettre (i) exigeant en effet que les auteurs de ce crime soient les agents d'un État ou d'une organisation politique ou des personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation.

Le mandat de Manfred Nowak, expert indépendant mandaté par la Commission des droits de l'homme, lui permit également d'identifier, sur ce point, les lacunes que présente le cadre juridique actuel en matière de disparitions forcées de personnes. Le droit international contient actuellement différentes définitions des disparitions forcées, engageant la responsabilité de divers auteurs. Le droit international des droits de l'homme s'en tient toujours à la notion traditionnelle selon laquelle les agents de l'État, agissant directement ou indirectement, sont seuls capables de commettre cette violation des droits de l'homme. Le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires partage cette analyse, qui correspond également aux définitions de la disparition forcée dans la Déclaration des Nations Unies, dans la Convention interaméricaine et même à l'article premier du Projet de Convention en cours d'étude [177].

Le Statut de la Cour pénale internationale reconnaît que la responsabilité pénale des agents d'autres entités que les États peut être recherchée, si ceux-ci agissent dans le cadre d'une organisation politique, au sens de la définition spéciale des disparitions forcées de personnes [178], mais également de toute organisation ayant pour but une attaque constitutive des crimes contre l'humanité au sens de son article 7 [179].

Sur ce point, Manfred Nowak s'interroge : « *L'un des principaux objectifs (…) de tout instrument international spécifiquement destiné à combattre le phénomène des disparitions forcées, étant d'obliger les États à appliquer la législation pénale interne à l'encontre des auteurs de telles pratiques, il y a lieu de se demander si une définition aussi étroite doit être maintenue* ». Il remarque en effet que « *Dans de nombreux États,*

[177] Voir Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 32, §73.
[178] Voir art. 7 §2 lit. (i) CPI.
[179] Voir art. 7 §2 lit. (a) CPI.

notamment en Colombie, on constate que ceux qui commettent des actes aboutissant à des disparitions forcées sont des fonctionnaires du Gouvernement, des acteurs agissant indirectement pour le compte de l'État, comme les membres des escadrons de la mort ou des forces dites d'autodéfense, mais aussi les mouvements de guérilla, les groupes paramilitaires qui combattent le Gouvernement et des bandes criminelles organisées, agissant souvent dans le cadre d'infractions liées à la drogue. Comme tous les faits qui accompagnent le crime sont dissimulés par définition, il est souvent très difficile de savoir si les auteurs ont agi avec ou sans 'l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État' ». Cette questions n'a pas échappé aux auteurs du projet de convention internationale sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dont l'article premier fait référence aux instruments pouvant contenir « *des dispositions de portée plus large* » [180].

D'où cette conclusion avisée de l'expert : « *Pour garantir une 'protection pleine et entière contre les disparitions forcées', le futur instrument contraignant doit s'appliquer, tout au moins en droit pénal interne, autant aux États qu'aux agents organisés autres que les États* » [181].

Pour sa part, Christopher K. Hall estime que « *The very concept of enforced disappearance under international law is a crime of State which can be committed only by state agents or with their consent or acquiescence. The UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances deals exclusively with governments. Enforced disappearances by state agents or with their consent or acquiescence is to be distinguished from kidnapping or abduction by armed political groups. The UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances recognize the distinction between the two types of acts by establishing a separate mechanism to deal with the latter in the former Yugoslavia. The expansion of the definition of enforced disappearance in article 7 para. 2(i) to include 'the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, … a political organization' is a major departure from existing international law and will require further clarification in the light of the requirement that those carrying out the enforced disappearance must intend to remove the victims from the protection of the law* » [182].

L'Assemblée des Etats parties, dans ses Eléments des crimes ne nous dit rien de plus, se contentant de reprendre les termes du Statut [183].

Il convient donc ici de déterminer, en rapport avec les éléments constitutifs spéciaux des crimes contre l'humanité, quel doit être le rôle de l'Etat ou d'une organisation politique, mais il convient également de définir ce que peut être ladite organisation politique, en rapport notamment avec les éléments constitutifs généraux des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui exigent que l'attaque généralisée ou systématique soit menée en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

Le rôle de l'Etat est évident dans toute la jurisprudence consacrée aux disparitions forcées de personnes. Il est clair que les auteurs de ces arrestations, détentions ou enlèvements sont des agents de l'Etat, membre de ses forces armées ou de police, parfois même agissant en uniformes ; même lorsqu'ils agissent en civil, voire déguisés, ces auteurs emploient des moyens réservés aux forces armées ou de police de l'Etat et, lorsqu'ils sont inquiétés par les forces de l'ordre au moment de leur intervention, parviennent sans peine à s'identifier et à poursuivre leur action. Le

[180] Voir ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/16, §46 et E/CN.4/Sub.2/1998/19, §22.
[181] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 32, §73.
[182] Christopher K. Hall *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit.(i) CPI, pp. 170-171.
[183] Voir *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparition forcée, §4, p. 126.

rôle de l'Etat est également évident dans les définitions que nous avons données de l'arrestation et de la détention.

Qu'est-ce donc qu'une organisation politique et quelle est sa relation avec une organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ? Comme le soulignent Manfred Nowak et Christopher K. Hall, les disparitions forcées ne sont pas le seul fait des Etats mais également de groupes politiques armés, qui ne sont pas des agents de l'Etat, ni n'agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de l'Etat ; Olivier de Frouville souligne quant à lui le fait qu'on ne retrouve dans aucune autre définition, y compris celle de la torture, mention d'une organisation politique, dont il s'interroge sur l'identité [184]. Il faut à notre avis reconnaître un sens large aux termes « *organisation politique* », pour recouvrir tous les groupes ayant les moyens de faire effectivement disparaître des personnes pour une période prolongée. Toutefois, le Statut établit un lien étroit entre l'Etat et ces organisations politiques.

En effet, ces organisations doivent être politiques, c'est-à-dire, dans le sens courant du mot, avoir rapport aux affaires publiques (Littré), généralement gérées par l'Etat. Ensuite, ces organisations doivent agir avec l'intention de soustraire les personnes disparues à la protection de la loi, or c'est le rôle de l'Etat d'assurer la protection de la loi aux personnes placées sous sa juridiction. Il est aisé de regrouper sous les termes organisation politique divers groupes armés, qui luttent contre le pouvoir en place dans leur pays, avec des buts politiques affirmés, comme c'est le cas de la plupart des guérillas latino-américaines ; il l'est moins de reconnaître que ces groupes agissent dans le but requis, qui sera plus souvent celui d'obtenir une rançon ou d'autres avantages spécifiques, matériels ou politiques.

Enfin, il ne semble pas que l'on doive faire de distinction entre ces organisations politiques, au sens de l'article 7 paragraphe 2 lettre (i), et les organisations ayant pour but une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, au sens de l'article 7 paragraphe 2 lettre (a) du Statut. En effet, une organisation politique, dès le moment où elle commet le crime de disparitions forcées dans le cadre général requis de tous les crimes contre l'humanité, agit dans le but de participer à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, sinon même de la conduire.

Le rôle de l'Etat ou de l'organisation politique est considérable, car l'auteur, au sens du Statut, doit agir avec leur autorisation, appui ou assentiment (« *the authorization, support or acquiescence* » dans la version anglaise du Statut, « *con su autorización, apoyo o aquiescencia* », en espagnol).

L'autorisation est l'action par laquelle on autorise, c'est-à-dire par laquelle on donne l'autorité, la faculté ou la permission de faire quelque chose (Littré). Dans ce cas, les auteurs de disparitions forcées s'inscrivent dans un lien de subordination par rapport à l'Etat ou à l'organisation politique dont ils sont les agents. Sans leur autorisation, le crime ne serait pas commis.

L'appui est ce qui supporte, qui soutient et, au figuré, l'aide ou le secours (Littré). Il n'est plus exigé ici de lien de subordination de l'auteur du crime contre l'humanité de disparition forcée par rapport à l'Etat ou à l'organisation politique, même s'il n'est pas exclu que les auteurs en demeurent les agents. Ce terme peut recouvrir une multitude de moyens, financiers, matériels ou autres, qui permettent à

[184] Voir Oliver de Frouville, *Les disparitions forcées*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 381.

l'auteur de commettre son crime. En ce sens, il est typique de la complicité, que le Statut définit comme le fait de faciliter la commission d'un tel crime, par l'apport de son aide, de son concours ou de 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 [185].

Enfin, l'assentiment est le mouvement de la volonté qui accède, c'est-à-dire l'approbation, l'agrément ou le consentement (Littré). L'acquiescement, plus proche des termes anglais et espagnols, est synonyme. Dans ce rôle, l'Etat ou l'organisation politique semble être plus passif. Toutefois, si l'Etat ou l'organisation politique est à même de donner son assentiment, c'est que son refus empêcherait vraisemblablement les auteurs de commettre leurs crimes. En ce sens, il semble qu'un lien de subordination puisse à nouveau exister entre les auteurs du crime contre l'humanité de disparition forcées et l'Etat ou l'organisation politique, dont ils sont alors toujours les agents.

Il semble donc évident, quelle que soit la forme de leur intervention, que les auteurs du crime contre l'humanité de disparitions forcées, dans le Statut de la Cour pénale internationale, ne peuvent être des individus sans liens aucun avec l'Etat ou une organisation politique. Un lien de subordination est même requis par deux des trois termes employés, qui peut être militaire ou civil [186]. Cette exigence d'un rôle majeur de l'Etat ou d'une organisation politique dans la commission de ce crime contre l'humanité renforce considérablement les éléments constitutifs généraux de l'ensemble des crimes contre l'humanité, à savoir qu'ils soient commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* » [187].

Comme le relève la Commission préparatoire dans ses Eléments des crimes, « *Vu la nature complexe de ce crime, il est entendu que sa commission impliquera normalement plusieurs auteurs ayant une intention criminelle commune* » [188], ce qui est le cas de tous les crimes contre l'humanité. Toutefois, ce crime exige en lui-même une pluralité d'auteurs. En effet, il est évident à la lecture du Statut, que la responsabilité de l'Etat ou de l'organisation politique est engagée – ailleurs que devant la Cour pénale internationale qui ne connaît que de la responsabilité pénale des personnes physiques. Surtout, le rôle de l'Etat ou de l'organisation politique, nous l'avons dit, appelle par deux fois une hiérarchie au sein de laquelle l'auteur apparaît comme un subordonné et nous verrons que tous les individus participant à la hiérarchie, jusqu'à ses plus hauts échelons, engagent leur responsabilité individuelle, comme supérieur hiérarchique militaire ou civil ou comme exécutant. Enfin, il semble évident à l'analyse de la pratique des disparitions forcées, que les arrestations, détentions ou enlèvements s'effectuent en groupe, et que les membres de ce groupe ne sont pas forcément les personnes appelées à répondre négativement aux demandes d'information des familles et des proches. L'élément collectif est ici plus fort que dans tous les autres crimes contre l'humanité. Enfin, le caractère continu de ce crime permet également d'envisager la participation d'auteurs sur tout ou partie de sa durée.

---

[185] Voir art. 25 §3 lit. (c) CPI et *infra* chapitre 17.
[186] Pour la responsabilité pénale au sein des hiérarchies, voir *infra* les chapitres 17 à 19.
[187] Art. 7 §2 lit. (a) CPI ; voir *supra* chapitre 4.
[188] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparition forcée, note 23, p. 126.

C. Le refus d'information

Le troisième élément constitutif du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale porte sur le refus d'admettre que les personnes disparues sont privées de liberté, de révéler le sort qui leur est réservé ou le lieu où elles se trouvent [189].

Ce refus est constant dans tous les cas de disparitions forcées de personnes et comporte plusieurs éléments. Premièrement, le refus d'admettre que ces personnes sont effectivement détenues, ce qui est souvent facilité par l'existence de centres de détention clandestins et par l'absence de l'identité de ces personnes sur les registres de détenus ; la disparition s'accompagne soit de l'absence de volonté des autorités pour effectuer les recherches nécessaires, soit de pressions exercées, dans certains cas, lorsque des procédures d'*habeas corpus* (ou d'*amparo* en Amérique latine) sont finalement engagées, comme le relevait l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire *Velásquez Rodríguez* [190].

Lorsque les personnes disparues ont été arrêtées par des hommes en uniforme agissant en plein jour, dans une situation telle qu'il est de notoriété publique que les auteurs en sont des agents des forces de police ou militaires, le refus d'admettre que ces personnes sont effectivement détenues requiert une politique réfléchie à l'avance. Il ne s'agit pas ici simplement de reprocher à un fonctionnaire de ne pas disposer des informations nécessaires. Les personnes arrêtées doivent l'être avec le refus anticipé, prévu, d'admettre qu'elles seront détenues, car c'est ce refus qui donne tout son sens à l'arrestation, la détention ou l'enlèvement dans le cadre des disparitions forcées de personnes.

Les deux autres éléments constitutifs de refus sont à la fois les conséquences logiques du premier – si l'on n'a pas arrêté ces personnes et si on ne les détient pas, il est, logiquement, impossible de révéler le sort qui leur est réservé ou le lieu où elles se trouvent – et deux éléments indépendants importants.

En effet, il arrive parfois, comme ce fut le cas au Maroc en 1991, que les disparus réapparaissent, remis en liberté par ces mêmes autorités qui nièrent farouchement les détenir. Par ailleurs, la politique de disparitions forcées de personnes ne vise pas tant à nier les détentions, qu'à semer la terreur et l'effroi dans la population. Ainsi, dans les régions du monde où ces pratiques sont largement répandues, l'identité de leurs auteurs ou des unités militaires, paramilitaires ou de police auxquelles ils appartiennent deviennent vite de notoriété publique. Dès lors le refus d'admettre que ces personnes sont détenues relève du cynisme, plus que d'une réelle volonté de nier la réalité de la détention. Le refus d'admettre le sort réservé aux disparus et le lieu où ils se trouvent devient alors l'élément central de ce crime. C'est ce refus qui permet de maintenir l'angoisse et l'espoir des familles et leur interdit de faire leur deuil.

Dans le refus d'admettre « *où elles se trouvent* », il faut également lire le refus d'admettre où les corps sont enterrés lorsque ces personnes ont été assassinées.

---

[189] Voir Christopher K. Hall *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit.(i) CPI, p. 171.
[190] Voir Arrêt de la Cour IADH dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, introduite par la Commission interaméricaine des droits de l'homme contre l'Etat du Honduras, du 29 juillet 1988, §§117-118, traduction RUDH.

D. La soustraction à la protection de la loi

La soustraction à la protection de la loi est une conséquence matérielle des disparitions forcées de personnes et doit donc s'analyser au-delà des questions propres à la *mens rea*. En effet, les personnes disparues ne sont pas présentées à un juge, elles ne peuvent contester la légalité de leur arrestation ou de leur détention, elles ne peuvent pas non plus contester leurs conditions de détention et ne sont donc pas protégées contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à l'extrême, elles ne sont pas protégées contre les exécutions sommaires ou arbitraires.

C'est ce que reconnaît la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, en disposant que « *Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi* » [191]. Dans le même sens, Olivier de Frouville souligne le caractère subsidiaire de l'élément de soustraction à la protection de la loi : « *il s'agit d'une simple conséquence, dont la mention est superfétatoire* », tant elle se confond avec le phénomène même des disparitions forcées de personnes [192].

La soustraction à la protection de la loi est essentielle aux disparitions forcées de personnes pour d'autres raisons que simplement pratiquer l'arbitraire. En effet, ceci permet de ne pas avoir à rendre de compte à la justice de l'identité et du nombre des personnes arrêtées, détenues ou enlevées, ni des modalités de l'opération, des motifs qui la provoquèrent ; de ne pas avoir à rendre compte non plus de la durée de la privation de liberté, des conditions de cette détention ni des motifs à son maintien ; de ne pas avoir à rendre compte de la fin de la privation de liberté, de ne pas avoir à justifier une libération – donc *a posteriori* la privation de liberté – ou un décès, donc les circonstances de ce décès et le lieu où repose le corps. La protection de la loi n'est matériellement pas compatible avec les disparitions forcées de personnes. La soustraction à ladite protection s'impose d'elle-même avec la réalisation des éléments matériels de ce crime, comme l'un de ces éléments matériels.

Il faut donc en conclure que la soustraction des personnes disparues à la protection de la loi est un élément matériel intrinsèque au crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale.

C'est en principe à l'Etat, et non à des organisations politique, d'assurer la protection de la loi à ses concitoyens ; seul l'Etat peut donc agir, *stricto sensu*, dans l'intention de soustraire les personnes arrêtées, détenues ou enlevées à la protection de la loi. Il n'y a aucun sens à exiger de groupes criminels, eux-mêmes hors-la-loi, d'adopter la même intention. Par contre, matériellement, l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de personnes par des organisations politiques, même hors-la-loi, prive ces personnes de la protection de la loi, puisque l'Etat n'est plus à même de leur garantir le droit à la vie et à liberté pour le moins. De cette manière, l'extension des auteurs possibles de disparitions forcées de personnes à des organisations politiques, donc à des acteurs non étatiques, réalise également cet élément.

C'est ce que relevait la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire déjà citée *Kayan c. Turquie* : « *La Cour estime que ces défauts ont sapé l'effectivité de la protection du droit pénal dans le Sud-Est de la Turquie à l'époque des faits de l'espèce. A son*

[191] art. 1 §2 Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.
[192] Oliver de Frouville, *Les disparitions forcées*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 381.

sens, cette situation a permis ou favorisé l'impunité des agents des forces de l'ordre pour leurs actes, ce qui (…) n'est pas compatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention. (…) En conséquence de ces lacunes, Hasan Kaya n'a pas bénéficié de la protection à laquelle la loi lui donnait droit. (…) La Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce, les autorités n'ont pas pris les mesures auxquelles elles pouvaient raisonnablement avoir recours pour prévenir la matérialisation d'un risque certain et imminent pour la vie de Hasan Kaya. Dès lors, il y a eu violation de l'article 2 de la Convention » [193].

La soustraction à la protection de la loi s'entend aussi de la privation du droit à un recours effectif, au sens, par exemple, de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce que reconnut également la Cour européenne des droits de l'homme dans la même affaire : « *Les autorités avaient donc l'obligation de mener une enquête effective sur les circonstances du meurtre du frère du requérant. (…) [On] ne saurait considérer qu'une enquête pénale effective a été conduite conformément à l'article 13 (…). La Cour conclut dès lors que le requérant a été privé d'un recours effectif quant au décès de son frère et donc de l'accès à d'autres recours disponibles, notamment une action en réparation. Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention* » [194].

E. Le caractère continu du crime

Il convient également, de souligner ici le caractère continu de ce crime, qui perdure « *aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés* », selon les termes de la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées [195] ou, plus simplement, « *pendant une période prolongée* » au sens du Statut de la Cour pénale internationale.

Syntaxiquement, ces termes du Statut ne se rapportent qu'à « *l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée* ». Il semble toutefois évident que la prolongation dans le temps des disparitions forcées de personnes est essentielle à la constitution du crime.

Les pratiques des disparitions forcées démontrent que cette période prolongée se compte en années, voire en décennies. Certains cas de disparitions des années 1970 ne sont toujours pas résolus aujourd'hui ; au Maroc en 1991, certains des disparus furent libérés après dix-neuf années de détention. Le Rapport 2004 d'Amnesty International démontre que les disparitions forcées de personnes durent de nombreuses années. La prolongation dans le temps de la privation de liberté est également reconnue comme un élément constitutif par l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale, qui précise dans une note de bas de page relative aux éléments de ce crime contre l'humanité, que « *Celui qui, sans avoir procédé à la mise en détention, a maintenu une détention existante est aussi considéré comme auteur* » [196].

Les termes « *période prolongée* » ne sont pas précis quant à la durée de la disparition et, si la disparition en elle-même peut durer des années, il est, comme le souligne le Statut, surtout important que l'auteur agisse dans l'intention de

[193] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, §§98-101.
[194] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, §126 ; voir également *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, §93.
[195] art. 17 §1 Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.
[196] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparition forcée, note 25, p. 126.

soustraire les personnes arrêtées, détenues ou enlevées, à la protection de la loi pendant une telle période, même si les événements se déroulent finalement sur une période plus réduite. Ceci signifie que même une disparition forcée de quelques heures peut être qualifiée ainsi, si l'intention de l'auteur portait sur une période prolongée et que la libération de cette personne intervient de manière indépendante de sa volonté, ce qui pose alors la question de la tentative [197].

Ce caractère continu a soulevé les inquiétudes de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, qui a précisé, dans une note de bas de page relative aux Eléments de ce crime, qu'il « *ne relève de la compétence de la Cour que si l'attaque visée aux éléments 7 et 8 intervient après l'entrée en vigueur du Statut* » [198], ce qui n'est pas uniquement rappeler l'évidence. En effet, les disparitions forcées étant un délit continu, qui dure de l'arrestation, de la détention ou de l'enlèvement jusqu'au retour de la personne disparue ou jusqu'à ce que son sort soit connu, cette note permet à la Cour de n'être pas saisie des disparitions non élucidées à ce jour, mais seulement de celles intervenant dans le cours d'une attaque généralisée et systématique lancée contre une population civile après l'entrée en vigueur du Statut.

[197] Voir *infra* chapitre 16.
[198] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparition forcée, note 24, p. 126.

V. La *mens rea*

La *mens rea* des disparitions forcées de personnes, comme celle de tout crime au sein du Statut de la Cour pénale internationale, s'apprécie par rapport à l'article 30 du Statut, sauf disposition qui lui soit contraire.

Au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct, excluant le dol éventuel et la négligence, sauf si le Statut en dispose autrement.

Pour commettre le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes dans le Statut de la Cour pénale internationale, l'intention de l'auteur doit donc porter, premièrement, sur l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de ces personnes, deuxièmement, sur le refus subséquent d'admettre que ces personnes sont effectivement privées de liberté ou de révéler le sort qui est le leur ou l'endroit où elles se trouvent, et, troisièmement, sur leur soustraction à la protection de la loi ; sur ce dernier point, il suffit, au sens de l'article 30, que l'auteur soit conscient que la soustraction à la protection de la loi adviendra dans le cours normal des évènements, comme une conséquence à son comportement.

La connaissance de l'auteur doit porter sur les mêmes éléments et il doit donc savoir qu'il arrête, détient ou enlève une personne, savoir également qu'il refusera d'admettre que ces personnes sont effectivement privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou le lieu où elles se trouvent, savoir enfin qu'il les soustrait à la protection de la loi.

Ce crime contre l'humanité exige toutefois un *dolus specialis*, qui en distingue la *mens rea* des règles générales du Statut, par l'emploi des termes « *dans l'intention de* » les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée [199], identiques aux termes employés à l'article 6 du Statut, consacré au génocide, ou à l'article 7 paragraphe 2 lettre (f), relatif à la grossesse forcée [200]. Les Eléments des crimes en reprennent la lettre, tout en demeurant confus sur l'ensemble de ce crime.

Surtout, comme le relevait Manfred Nowak, ce n'est pas là la réalité des disparitions forcées de personnes et, outre le fait qu'une telle intention s'avèrera, comme toute intention, particulièrement difficile à établir à satisfaction de droit, elle ne correspond simplement pas à l'intention qui anime le plus souvent les auteurs de ce crime : « *Cet élément subjectif inclus dans la définition se révélera dans la pratique difficile à prouver. En règle générale, les auteurs de tels actes ont seulement l'intention d'enlever la victime sans laisser de traces et de la conduire dans un lieu secret afin de l'interroger, de l'intimider, de la torturer ou de l'assassiner immédiatement mais sans que cela se sache. Un grand nombre de personnes sont souvent impliquées dans cet enlèvement et toutes ne connaissent pas le sort final réservé à la victime. En tout état de cause, si l'on veut doter le droit pénal d'un instrument vraiment dissuasif, il faut que le futur instrument*

[199] Les autres textes du Statut emploient des termes comparable, en anglais : « *with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time* », et en espagnol : « *con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado* ».
[200] Voir art. 6 CPI : « *dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* » et art. 7 §2 lit. (f) CPI : « *dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population* ».

international contienne une définition de la disparition forcée applicable sur le plan interne, qui soit plus large que celle qui a été retenue dans le Statut de la Cour pénale internationale » [201].

Nous avons porté l'accent sur la matérialité de la soustraction à la protection de la loi dans les cas de disparitions forcées, ce qui permet d'assouplir l'exigence du *dolus specialis*, par ailleurs incontournable dans la lettre du Statut. Qui plus est, l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale souligne, dans son introduction générale, applicable à tous les crimes relevant de la compétence de la Cour, que l'existence de l'intention et de la connaissance peut être déduite des faits et des circonstances pertinents [202]. La mention de ce *dolus specialis* apparaît ainsi d'un apport douteux : toute disparition forcée soustrait la victime à la protection de la loi, en tant que conséquence du comportement de l'auteur. L'intention et la connaissance générale doivent porter sur tous les éléments matériels du crime, donc également couvrir cette soustraction à la protection de la loi. En ce sens, l'intention de soustraire les victimes à la protection de la loi est couverte par l'intention de l'auteur, telle que définie à l'article 30 du Statut et l'exigence du *dolus specialis* est redondante ; il eût alors été préférable de rédiger la définition de ce crime de la manière suivante : « *…les soustrayant intentionnellement à la protection de la loi …* ».

Cette interprétation nous permet, tout à la fois, de respecter la lettre du Statut dans son exigence d'un *dolus specialis*, mais également d'en renforcer l'esprit, qui, comme le démontre son Préambule, repose dans l'affirmation 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* », et que les Etats sont aujourd'hui « *Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes* » [203] ; ceci nous permet également de nous inscrire dans le respect des règles d'interprétation posées à l'article 21 paragraphe 3, de conformer la définition ici donnée du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes, avec les droits de l'homme internationalement reconnus.

[201] Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, p. 33, §74.
[202] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §3, p. 116.
[203] Préambule, §§4 et 5 CPI.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs de disparitions forcées de personnes

Nous l'avons dit, les éléments de ce crime dégagés par l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale nous semblent globalement confus, alors que pas moins de six notes de bas de page s'attachent à eux. Qui plus est, l'Assemblée, à la suite de la Commission préparatoire, a modifié l'intitulé de ce crime, sans raison apparente, ce qui ajoute encore à la confusion. En effet, le Statut incrimine les « *disparitions forcées de personnes* », les Eléments des crimes ne retenant que « *Disparition forcée* » : on y perd le pluriel et les personnes.

Ils se lisent cependant comme suit :

« *1. L'auteur :*

a) A arrêté, détenu ou enlevé une ou plusieurs personnes; ou

b) A refusé de reconnaître que cette ou ces personnes avaient été arrêtées, détenues ou enlevées, ou de révéler le sort qui leur a été réservé ou l'endroit où elles se trouvent.

2. a) L'arrestation, la détention ou l'enlèvement ont été suivis ou accompagnés d'un refus d'admettre que cette ou ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent; ou

b) Ce refus était précédé ou accompagné de cette privation de liberté.

3. L'auteur savait que :

a) L'arrestation, la détention ou l'enlèvement serait suivi, dans le cours normal des événements, d'un refus d'admettre que cette ou ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent ; ou que

b) Ce refus était précédé ou accompagné d'une privation de liberté.

4. L'arrestation, la détention ou l'enlèvement a été exécuté par ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment d'un État ou d'une organisation politique.

5. Le refus d'admettre que cette ou ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent a été opposé par cet État ou cette organisation politique ou avec son autorisation ou son appui.

6. L'auteur avait l'intention de soustraire ladite ou lesdites personnes à la protection de la loi pendant une période prolongée.

7. Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

8. 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 » [204].

L'Assemblée ajoute quatre notes de bas de page à ces éléments, en sus de celles que nous avons déjà analysées. Tout d'abord, par rapport au terme « *détenu* » du premier élément, une première note précise que « *Celui qui, sans avoir procédé à la mise en détention, a maintenu une détention existante est aussi considéré comme auteur* » [205], ne faisant que reprendre les notes 23 et 24 qui la précèdent, et soulignant le caractère continu et collectif de ce crime.

[204] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Disparitions forcées de personnes, p. 126.
[205] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparitions forcées, note 25, p. 126.

L'Assemblée a également tenu à préciser que le troisième élément, « *qui a été inclus en raison de la complexité du crime, est sans préjudice de l'introduction générale aux éléments des crimes* » [206]. C'est là manifestement un renvoi au deuxième paragraphe de ladite introduction générale, dans lequel l'Assemblée exprime que : « *Comme le prévoit l'article 30, sauf disposition contraire, une personne n'est pénalement responsable et ne peut être punie 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. Lorsqu'il n'est pas fait mention, dans les éléments des crimes, d'un élément psychologique pour un comportement, une conséquence ou une circonstance particulière, il est entendu que l'élément psychologique pertinent, c'est-à-dire l'intention ou la connaissance ou l'une et l'autre, visé à l'article 30 s'applique. Les exceptions à la règle de l'article 30 fondées sur le Statut, y compris le droit applicable en vertu de ses dispositions pertinentes, sont énoncées ci-après* » [207]. Ce troisième élément ne doit donc pas être perçu comme l'exigence d'un *dolus specialis*, malgré sa présence ici : en somme, il eût mieux valu ne point l'y placer.

Enfin, et toujours relativement au troisième élément, l'Assemblée précise : « *Il est entendu que, dans le cas d'un auteur qui a maintenu une détention existante, cet élément devrait/pourrait être satisfait si l'auteur savait qu'un tel refus avait déjà été opposé* » [208], ce qui, une fois de plus, ne fait que souligner les éléments continus et collectifs de ce crime [209].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de disparitions forcées de personnes comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur :
    a. a arrêté, détenu ou enlevé une ou plusieurs personne ; ou
    b. refuse d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent ; et
3. L'auteur a agit au nom d'un Etat ou d'une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation politique ; et
4. L'auteur a ainsi soustrait la ou les personnes arrêtées, détenues ou enlevées à la protection de la loi pendant une période prolongée.

[206] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparitions forcées, note 27, p. 126.
[207] *Eléments des crimes*, Introduction générale, §2, p. 116.
[208] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, disparitions forcées, note 28, p. 126.
[209] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 98-103.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend :
    a. arrêter, détenir ou enlever une ou plusieurs personnes ; ou
    b. refuser ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent ; et
3. L'auteur entend agir au nom d'un Etat ou d'une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation politique ; et
4. L'auteur entend soustraire la ou les personnes arrêtées, détenues ou enlevées à la protection de la loi pendant une période prolongée.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait :
    a. qu'il arrête, détient ou enlève une ou plusieurs personne ; ou
    b. qu'il refuse d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent ; et
3. L'auteur sait qu'il agit au nom d'un Etat ou d'une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation politique ; et
4. L'auteur sait qu'il soustrait la ou les personnes arrêtées, détenues ou enlevées à la protection de la loi pendant une période prolongée.

Chapitre 14

Le crime d'apartheid

Le crime d'apartheid est l'avant-dernier des crimes contre l'humanité dans la liste dressée à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, puisqu'il ne sera plus suivi que des autres actes inhumains de caractère analogues, et se situe à part dans cette liste. En effet, outre le fait qu'il est le dernier arrivé, il est également le seul à être expressément qualifié de crime, comme si cette qualification de « *crime d'apartheid* » devait se substituer à celle de « *crime contre l'humanité d'apartheid* ».

Le Statut en donne, à l'instar de quelques autres crimes, une définition, selon laquelle « *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* » [1].

Le phénomène de l'apartheid est définitivement lié à la politique menée par le gouvernement de l'Afrique du Sud de 1948 à 1994, dont il porte le nom. Néanmoins, il ne saurait s'y limiter. D'autres pays d'Afrique australe connurent des régimes similaires et celui de la ségrégation aux Etats-Unis n'était rien d'autre.

Comme tous les crimes contre l'humanité, celui d'apartheid constitue une violation massive et systématique des droits de l'homme. Toutefois, sa construction n'est pas jurisprudentielle, à l'exemple des disparitions forcées de personnes, mais issue de la pratique des Nations Unies, essentiellement de l'Assemblée générale, qui le condamna chaque année jusqu'à ce que l'Afrique du Sud s'en libère.

La pratique des Nations Unies recouvre donc une multitude de résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, de même qu'un certain nombre de textes et de conférences internationales.

Le crime d'apartheid est aujourd'hui clairement défini et recouvre des pratiques clairement identifiées, qui furent celles du gouvernement d'Afrique du Sud durant près d'un demi siècle.

---

[1] art. 7 §2 lit. (h) CPI.

Toutefois, ce crime d'apartheid ne s'intègre que très imparfaitement à la liste des autres crimes contre l'humanité et nous verrons, notamment en rapport avec les éléments généraux de ces crimes, qu'il n'est pas possible de l'approcher de la même manière. Il constitue en fait par lui-même les crimes contre l'humanité, comme nous le démontrerons, empiétant ainsi largement sur tous les autres éléments que comporte la liste de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Par ailleurs, l'Assemblée générale des Nations Unies précisa, dans sa Résolution contenant la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973, que certains des actes qui peuvent être qualifiés d'actes d'apartheid sont également constitutifs du crime de génocide selon la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide [2].

C'est là manifestement un crime dont l'ampleur eût peut-être mérité une incrimination à part entière le détachant, à l'instar du génocide, des crimes contre l'humanité.

[2] Voir Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, ONU Doc. A/RES/3068 (XXVIII), du 30 novembre 1973.

I. Le phénomène de l'apartheid en Afrique du Sud

Nelson Mandela décrit dans ses mémoires, *Long Walk to Freedom*, ce que signifie l'apartheid : « *To be an African in South Africa means that one is politicized from the moment of one's birth, whether one acknowledge it or not. An African child is born in an Africans Only hospital, taken home in an Africans only bus, lives in an Africans Only area, and attends Africans Only schools, if he attends school at all. When he grows up, he can hold Africans Only jobs, rent a house in African Only township, ride Africans Only trains, and be stopped at any time of the day or night and be ordered to produce a pass, failing which he will be arrested and thrown in jail. His life is circumscribed by racist laws and regulations that cripple his growth, dim his potential, and stunt his life. This was the reality, and one could deal with it in a myriad of way* » [3].

L'apartheid (qui signifie « *séparation* ») est donc le régime politique que connut l'Afrique du Sud entre 1948 et 1994 mais il plonge toutefois ses racines plus profondément dans l'histoire coloniale de l'Afrique australe [4]. En effet, ce fut en 1910 que l'union des quatre provinces d'Afrique du Sud, sur la base du *South-Africa Act*, adopté par le Parlement britannique le 20 septembre 1909, consacra le pouvoir de la minorité blanche sur l'ensemble des peuples noirs. Les Xhosas, Pondos, Tembus, Zoulous, Bechuanas, Shangaans et Basutos n'étaient plus que les « *Kaffirs* », les « *Caffres* », les Africains ; déjà, ils n'avaient ni droit de vote ni liberté de déplacement et devaient se découvrir au passage des blancs, dans la rue, sans compter la confiscation de leurs terres, chaque jour plus importante.

Ce fut en 1912 que des intellectuels et des chefs de tribus fondèrent le *South African Native National Congress*, le Congrès national indigène d'Afrique du Sud, qui prit en 1920 le nom, qu'on lui connaît aujourd'hui encore, de *Africain National Congress*, ou *ANC*. Ce Congrès décida d'user des voies légales pour obtenir du Parlement la disparition de la barrière de couleur. En 1914, les femmes de l'Etat Libre d'Orange se soulevèrent contre un régime de laissez-passer trop contraignant, la première grève africaine eut lieu en 1919, la même année que le premier mouvement de résistance passive.

En 1935-1936, un nouveau renforcement de la politique de ségrégation provoqua une réaction lors de la *All-Africain Convention*, qui rejeta pourtant une motion appelant à l'action directe. Puis les Indiens lancèrent des campagnes de résistance passive en 1939, puis à nouveau en 1946.

Les élections générales du 26 mai 1948 permirent au bloc nationaliste afrikander d'accéder au pouvoir, ce qui offrit l'opportunité au secrétaire du Premier ministre de l'époque de déclarer, en 1952, à Walter Sisulu, que les différences entre Blancs et Noirs étaient le fait de la providence et non de l'homme. Ce fut en 1950 que le Parlement vota les lois qui formèrent le socle du régime d'apartheid. Le *Group Areas Act*, Loi sur les zones réservées, avec ses amendements de 1956 et 1957, fournit le cadre à la formation des réserves indigènes appelées « *Bantoustans* ». Dans chacune de ces zones, un groupe racial défini se vit octroyer, en exclusivité, le droit à la propriété, de résidence et d'exercer une activité économique. Le *Population Registration Act* codifia de manière rigide la classification en groupes raciaux, par lequel les Blancs étaient compris comme tout individu dont l'aspect était manifestement celui d'une personne de race blanche ou qui était généralement

[3] Nelson Mandela, *Long Walk to Freedom*, p. 95.
[4] Voir Mohandas K. Gandhi, *Autobiography, The Story of my Experiment with Truth*.

considéré comme tel ; les non Blancs étaient les Africains et les autres gens de couleurs, Indiens, Chinois, Malais ou Griquas.

En 1955, le *Natives (Urban Areas) Amendment Act*, Loi portant amendement aux lois relatives aux indigènes des zones urbaines, interdit à plus de cinq Africains – désignés dorénavant sous le nom de « *Bantous* » - de résider dans un même bâtiment à l'intérieur d'une zone désignée. Un amendement de 1957 interdit non seulement la résidence mais la présence même d'Africains dans des locaux réservés aux Blancs. Enfin, en 1964, la loi fit interdiction à tout Africain de pénétrer et de demeurer dans une zone urbaine pendant plus de trois jours, s'il n'y résida pas sans interruption depuis sa naissance, s'il n'y travailla pas pour le même employeur pendant dix ans au moins, ou s'il n'y fut pas autorisé par un fonctionnaire de l'inspection du travail.

Dans le domaine de l'éducation, le *Bantu Education Act*, de 1953, visait à donner aux non Blancs une éducation extrêmement modeste, leur permettant uniquement de parvenir au niveau de qualification professionnelle utile aux Européens, alors qu'au niveau universitaire, l'*Extension of University Education Act* expulsait les Noirs des universités, ayant prévu la création de trois collèges, réservés chacun à une ethnie différente, ainsi que d'autres collèges pour les Indiens et les gens de couleurs.

Dans le domaine du travail, de nouvelles atteintes aux libertés furent portées en 1956, de même que le renforcement de la ségrégation au sein des syndicats. Avec le *Native Building Workers Act*, l'*Industrial Conciliation Act* et le *Native Labour (Settlement of Disputes) Act*, les Noirs se virent refuser l'accès à un nombre toujours croissant de professions ; les Blancs détenaient tous les postes d'encadrement, quelles que fussent leurs qualités professionnelles, mais les Noirs ne pouvaient pas acquérir de formation professionnelle qualifiée. Le droit de grève n'existait pas pour les travailleurs Africains : « *The only rationale for tolerating blacks was that they were a source of cheap labour. Blacks who did not specifically fulfil this function were discardable, as a resolution of the 1973 pro-National Party Afrikaanse Studentebond confirmed: 'All the black women and children in the white areas must be shipped back to the homelands and only the men should be left in the white areas for as long as we need them'* » [5].

La *Campaign of Defiance of Unjust Laws* débuta en 1952, année au cours de laquelle huit mille cinq cents volontaires furent emprisonnés pour acte d'insoumission aux lois de l'apartheid. Le pouvoir réagit en criminalisant toute contravention, devenue passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans ou de trois milles livres d'amende. Le Gouvernement fit plus, légalisant la peine du fouet pour les condamnés et le *Public Safety Act* autorisa le gouverneur général à proclamer l'état d'urgence. En 1956, le *South African Riotous Assemblies Act* interdisait la « *subversion* » définie, entre autres aspects, comme toute action destinée à provoquer des sentiments d'animosité entre les habitants européens de l'Union et toute autre section de la population.

Depuis la loi de 1963 portant amendement à la législation sur les Bantous, les inspecteurs du travail jouissaient du pouvoir de contraindre tout Africain à aller s'installer dans une réserve, afin, officiellement, de les aider à trouver un emploi qui leur convînt. Le fonctionnaire qui dirigeait ces centres d'assistances étaient pourvus de pouvoirs policiers, devaient maintenir l'ordre et pouvaient ordonner l'arrestation de quiconque. Tous les Africains interdits de résidence dans des zones urbaines risquaient d'y être envoyés. Un nouvel arrivant se voyait affecté à un emploi,

[5] Kader Asmal, Louise Asmal, Ronald Suresh Roberts, *Reconciliation through Truth*, p. 38.

renvoyé chez lui ou envoyé dans une colonie de travail, un camp de reclassement ou tout autre endroit. Un Africain risquait à tout moment être arrêté, s'il était considéré comme oisif et indésirable, ce qu'il était s'il ne travaillait pas, s'il avait été condamné pour divers délit de droit commun, ou s'il avait purgé une peine pour sabotage, violence ou incitation à la violence pour protester contre une loi ou pour soutenir une campagne visant à l'abrogation ou à la modification d'une loi [6].

Le 21 mars 1960, la police sud-africaine tua soixante-huit africains et en blessa plus de deux cents en tirant dans une foule de manifestants, à Sharpeville, ce qui suscita, dans le monde entier, une profonde indignation et transforma l'attitude de la communauté internationale face à l'apartheid. Cet événement suscita d'autres mouvements de résistance et, en répression, un durcissement des lois de l'apartheid, interdisant notamment l'*African National Congress* le 8 avril 1961, qui, dès décembre 1961, s'engagea dans des activités de sabotage, commis par son bras armé, l'*Umkhonto We Sizwe*, littéralement la « *lance de la nation* », dont le manifeste précise : « *L'Umkhonto We Sizwe poursuivra le combat pour la liberté et la démocratie par de nouvelles méthodes, qui se révèlent nécessaires pour compléter les actions des organisations de libération nationale établies. (…) Il arrive un moment dans la vie de toute nation où il ne reste qu'une alternative : se soumettre ou lutter. Ce moment est arrivé en Afrique du Sud. Nous ne nous soumettrons pas et nous n'avons pas d'autre choix que de riposter par tous les moyens en notre pouvoir pour défendre notre peuple, notre avenir et notre liberté* » [7].

La réponse du gouvernement fut évidemment de durcir la répression, notamment avec la promulgation d'une loi, en 1963, permettant de maintenir les suspects en prison durant nonante jours, hors de tout contrôle judiciaire. Les services de renseignements généraux pratiquaient couramment la torture et les passages à tabac pour leur arracher des aveux et des renseignements.

En 1962, deux grandes figures internationales de la lutte contre l'apartheid et la ségrégation raciales s'unirent dans un Appel. Le Chef Albert Luthuli et le Révérend Martin Luther King y clamèrent que « *Toute solution fondée sur la justice n'est pas envisageable tant que le Gouvernement sud-africain ne sera pas contraint, par des pressions internes et externes, à répondre aux demandes de la majorité non blanche. Si la république de l'apartheid est une réalité aujourd'hui, c'est seulement parce que les peuples et les gouvernements du reste du monde n'ont pas voulu le placer en quarantaine. Il faut transformer l'opinion publique en action publique* » [8].

Le soulèvement des étudiants de Soweto contre le régime d'éducation bantoue, le 16 juin 1976, provoqua un grand nombre de victimes, les forces de police ayant tiré dans la foule et tué de nombreux écoliers ; le mouvement estudiantin se répandit néanmoins dans tout le pays. La répression s'ensuivit irrémédiablement, conduisant à la torture et à la mort l'un des fondateurs et chefs du mouvement de la conscience noire, Steve Biko, le 12 septembre 1977. Un mois plus tard, les organisations affiliées à ce mouvement et deux journaux noirs furent interdits.

Après 1980, le Gouvernement sud-africain adopta ce qu'il appela une stratégie totale pour juguler l'opposition. Alors que Pieter Willem Botha (surnommé le Grand Crocodile) fut au pouvoir, comme Premier ministre puis Président de la

---

[6] Voir Nelson Mandela, *L'apartheid*, Introduction de l'éditeur, pp. 7 à 26.

[7] Manifeste d'*Umkhonto We Sizwe*, organisation clandestine associée à l'*Africain National Congress*, du 16 décembre 1961, publié *in Les Nations Unies et l'apartheid*, doc. N°22, pp. 241-242.

[8] *Appel à la lutte contre l'apartheid*, lancé conjointement par le chef Albert J. Luthuli et le révérend Martin Luther King, Jr, le 10 décembre 1962, publié par l'ONU à la demande du Comité spécial chargé d'étudier la politique d'apartheid du Gouvernement de la République sud-africaine, dans une plaquette en hommage à Matin Luther King, *in Les Nations Unies et l'apartheid*, doc. N°24, pp. 243-244.

République, entre 1978 et 1989, l'apartheid connut ses heures les plus sombres. Entre 1983 et 1986, l'état d'urgence fut progressivement étendu à tout le pays et reconduit, année après année, jusqu'en 1990. Ceci permit aux forces de l'ordre de détenir sans procès des dizaines de milliers de personnes, parmi lesquelles des milliers d'enfants, dont certains à peine âgés de huit ans, qui furent constamment battus et torturés. L'indignation internationale força le gouvernement sud-africain à libérer beaucoup de ces enfants.

A la même époque, une campagne internationale fut organisée pour la libération de Nelson Mandela, lancée par le rédacteur en chef du *Sunday Post* dans un éditorial du 9 mars 1980, ce qui permit, dans les années 1990-1994, avec l'accession à la présidence du pays de Frederik De Klerk, d'aboutir à la transformation de l'Afrique du Sud, à la libération de Nelson Mandela et des autres détenus politiques, à l'accession au pouvoir de l'*African National Congress* puis à la présidence du pays de Nelson Mandela, en 1994 [9].

Comme le mentionna Nelson Mandela dans sa plaidoirie lors du procès de Pretoria, tenu du 22 octobre au 7 novembre 1962, « *Des hommes dignes de ce nom ne peuvent rester perpétuellement sans rien faire, sans rien dire, sans réagir à l'injustice, sans protester contre l'oppression, sans lutter pour leur vie* » [10].

La Commission Vérité et Réconciliation, instituée face aux ruines du régime d'apartheid, a répertorié quarante-six mille six cent nonante-six « *atteintes graves aux droits de l'homme* » perpétrées par les forces de l'ordre ou par les mouvements noirs entre 1960 et 1994. Environ trois millions et demi de Sud-africains furent directement victime des mesures de répression du gouvernement, et ils furent également trois millions et demi déplacés de force dans les bantoustans. Dans les pays voisins de l'Afrique australe, l'Angola, le Lesotho, le Mozambique, le Swaziland et le Zimbabwe, les opérations de déstabilisation de l'Afrique du Sud provoquèrent la mort d'un million et demi de personnes et causèrent des dommages estimés à quarante-cinq milliards de dollars. En Afrique du Sud, plus de trois mille meurtres furent attribués aux forces de sécurité, de même que quatre-vingt milles détentions arbitraires, mille enlèvements, cinq milles cas de torture, seize mille huit cent trente-huit cas de mauvais traitements. La majorité des victimes étaient âgées de treize à trente-six ans [11].

[9] Sur toutes ces questions, voir ONU, *Les Nations Unies et l'apartheid*, Introduction de Boutros Boutros-Ghali, pp. 3-136 et Kader Asmal, Louise Asmal & Ronald Suresh Roberts, *Reconciliation through Truth*.
[10] Nelson Mandela, *L'apartheid*, p. 45.
[11] Voir Sophie Pons, *Apartheid, L'aveu et le pardon*, pp. 209-210, source : *Truth and Rconciliation Commission Report*, vol. 1, chapitre 2 et vol. 3, chapitre 1, Human Right Committee, *A Crime against Humanity : Understanding Apartheid Repression*, *Cape Times*, 28 mai 1997.

II. L'apartheid dans le droit international des droits de l'homme et des conflits armés

A. La bataille des Nations Unies contre l'apartheid

Les Nations Unies s'engagèrent très tôt dans la lutte contre l'apartheid et, plus largement, dans celle contre toutes les discriminations raciales, adoptant même une résolution, lors de la première session de l'Assemblée générale en 1946, reconnaissant qu'il était « *de l'intérêt supérieur de l'humanité de mettre un terme aux persécutions religieuses ou dites raciales* » [12].

La première intervention relative à l'apartheid dans le cadre des Nations Unies, se trouve dans une lettre adressée au Secrétaire général par le représentant de l'Inde à propos du traitement des Hindous établis dans l'Union sud-africaine, qui dénonça une « *politique visant à l'apartheid (séparation), c'est-à-dire à la ségrégation raciale et à la domination exercée par les Européens sur tous les peuples de couleurs* » [13]. Ségrégation et domination sont déjà les deux premiers éléments constitutifs identifiables du crime d'apartheid.

La première résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies sur ce sujet, établit immédiatement le lien avec la discrimination raciale, « *Considérant que toute politique de ségrégation raciale (apartheid) repose forcément sur les doctrines de discrimination raciale* » [14]. Les quelques documents directement postérieurs à cette résolution développèrent les mêmes thèmes.

Les représentants permanents de divers pays d'Asie auprès des Nations Unies firent également part au Secrétaire général de ce que « *la politique du Gouvernement de l'Union sud-africaine vise à instaurer et à perpétuer toutes les formes de la discrimination raciale (…). L'apartheid suppose une supériorité permanente des blancs sur les autres habitants qui constituent la majorité de la population de l'union. (…) On est en train d'ériger un système social dans lequel les habitants qui n'appartiennent pas à la race blanche sont maintenus dans un état d'infériorité permanente par rapport à la minorité blanche* » [15]. C'est l'introduction de la notion de supériorité ou d'infériorité permanente d'une race par rapport à l'autre. Le même raisonnement fut repris lors de la présentation de la question de l'apartheid à la Commission politique spéciale des Nations Unies, le 12 novembre 1952 [16].

Le premier rapport de la Commission spéciale des Nations Unies pour l'étude de la situation raciale dans l'Union sud-africaine fit la synthèse de ces éléments, relevant que la politique d'apartheid appliquée par le gouvernement sud-africain affectait quasiment tous les aspects de la vie domestique et familiale, sociale,

[12] ONU Doc. A/RES/103 (I), du 19 novembre 1946.
[13] Lettre datée du 12 juillet 1948, adressée au Secrétaire général par le représentant de l'Inde à propos du traitement des Hindous établis dans l'Union sud-africaine, ONU Doc. A/577, du 16 juillet 1948, *in Les Nations Unies et l'apartheid*, N°2, p. 211.
[14] Traitement des personnes d'origine indienne établies dans l'Union sud-africaine, ONU Doc. A/RES/395 (V), du 2 décembre 1950.
[15] Lettre datée du 12 septembre 1952, adressée au Secrétaire général par les Représentants permanents de l'Afghanistan, de l'Arabie saoudite, de la Birmanie, de l'Egypte, de l'Inde, de l'Indonésie, de l'Irak, de l'Iran, du Liban, du Pakistan, des Philippines, de la Syrie et du Yémen, ONU Doc. A/2183, du 12 septembre 1952, *in Les Nations Unies et l'apartheid*, N°4, p. 213.
[16] Déclaration de Madame Vijaya Lakshmi Pandit, Présidente de la délégation indienne, présentant la question relative à l'apartheid à la Commission politique spéciale de l'Assemblée générale, ONU Doc. A/AC.61/SR.13, du 12 novembre 1952.

politique et économique de la population non blanche, et principalement les droits les plus essentiels de cette population, les droits politiques et les droits de la famille. Ce rapport ajouta que cette politique constitue « *une évidente discrimination pour des raisons de race qui rabaisse les quatre cinquièmes de la population à un niveau d'infériorité injurieuse qui porte atteinte à la dignité humaine et rend impossible ou très difficile le plein développement de sa personnalité* » [17].

A la suite du massacre de Sharpeville, le Conseil de sécurité se saisit également de la question, pour déplorer la politique et les actes du Gouvernement de l'Union sud-africaine qui provoquèrent cette situation [18]. Puis l'Assemblé générale adopta une résolution dans laquelle elle « *Réprouve toute politique fondée sur la discrimination raciale comme répréhensible et attentatoire à la dignité de l'homme* », ajoutant « *que la politique raciale suivie par le Gouvernement de l'Union sud-africaine constitue une violation flagrante de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme et est incompatible avec les obligations d'un Etat membre* » [19].

En 1963, l'Assemblée générale créa un Comité spécial chargé d'étudier la politique d'apartheid du Gouvernement de l'Union sud-africaine, appelé, dès 1971, Comité spécial de l'apartheid et, dès 1974, Comité spécial contre l'apartheid, ce qui permit aux Nations Unies de maintenir un constant examen de la question. Les rapports se firent de plus en plus virulents, retenant une « *politique tyrannique imposée à des fins qui sont incompatibles avec les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies* », « *conséquences d'une idéologie raciste élevée au rang de politique d'Etat et appliquée par la force* » [20]. Le président de ce Comité parla même, en 1973 à Genève, d'un système détestable ne pouvant être comparé qu'au nazisme [21].

La recrudescence de la répression et l'inculpation de Nelson Mandela en vertu de la loi sur le sabotage incitèrent l'Assemblée générale à examiner la question des prisonniers politiques dès sa session de 1963. Le procès de Rivonia justifia la demande que l'Assemblée générale adressa au Gouvernement sud-africain de « *renoncer au procès arbitraire en cours et de procéder à la libération immédiate et inconditionnelle de tous les prisonniers politiques et de toutes les personnes emprisonnées, internées ou soumises à d'autres restrictions pour s'être opposées à la politique d'apartheid* » [22].

La même année, le Conseil de sécurité décréta un embargo sur les armes – le premier embargo décidé à l'encontre d'un pays membre, relevant que l'Afrique du Sud accumulait des armes « *dont certaines servent à appliquer la politique raciale de ce gouvernement* » et demandant solennellement à « *tous les Etats membres de mettre fin immédiatement à la vente et à l'expédition d'armes, de munitions et de tous types de véhicules militaires à l'Afrique du Sud* », sans toutefois baser cette résolution sur le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui ne fut donc pas contraignante [23]. Ce fut en 1977

[17] Rapport de la Commission des Nations Unies pour l'étude de la situation raciale dans l'Union sud-africaine, ONU Doc. A/2505 et Add. 1, 1953.
[18] Voir ONU Doc. S/RES/134 (1960), du 1er avril 1960.
[19] ONU Doc. A/RES/1598 (XV), du 13 avril 1961
[20] Rapport du Comité spécial chargé d'étudier la politique d'apartheid du gouvernement de la République sud-africaine, ONU Doc. A/5497, du 16 septembre 1963.
[21] Voir Déclaration de Monsieur Edwin Ogebe Ogbu (Nigéria), Président du Comité spécial de l'apartheid, à la séance d'ouverture de la Conférence internationale des syndicats contre l'apartheid, Genève, 15 juin 1973, ONU Doc. A/9169, du 1er octobre 1973.
[22] ONU Doc. A/RES/1881 (XVIII), du 11 octobre 1963.
[23] ONU Doc. S/RES/181 (1963), du 7 août 1973.

que le Conseil de sécurité, confirmant l'embargo sur les armes, se basa expressément sur le Chapitre VII, le faisant pour la première fois à l'encontre d'un Etat membre [24].

Le Conseil de sécurité fut à nouveau saisi de la question de l'Afrique du Sud en 1964, après que Nelson Mandela et ses compagnons furent condamnés à la prison à perpétuité. Dans sa résolution, le Conseil de sécurité adressa un appel pressant au Gouvernement de l'Afrique du Sud afin qu'il renonçât à l'exécution de toute personne condamnée à mort pour son opposition à la politique d'apartheid, amnistiât immédiatement toutes les personnes détenues ou déférées aux tribunaux, graciât toutes les personnes condamnées pour leur opposition à cette politique et abolît la pratique de l'emprisonnement sans mise en accusation, sans possibilité de consulter un défenseur de son choix ou sans droit d'être jugé promptement [25].

En 1966, l'Assemblée générale condamna pour la première fois l'apartheid comme un crime contre l'humanité [26]. A cette date et comme le souligne l'ancien Secrétaire général des Nations Unies Boutros Boutros-Ghali, « *il existait à l'Organisation des Nations Unies une quasi-unanimité d'objectifs en ce qui concernait l'Afrique du Sud. L'ONU avait condamné catégoriquement l'apartheid, reconnaissant qu'il constituait une violation flagrante de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle s'était fixée pour objectif de promouvoir l'égalité de tous devant la loi, sans distinction de race, de croyance ou de couleur, ainsi que la participation économique, sociale, culturelle et politique de tous sur une base d'égalité raciale. Elle estimait en conséquence que des consultations devaient réunir tout le peuple de l'Afrique du Sud, qui pourrait ainsi décider de l'avenir de son pays à l'échelon national. L'Organisation avait mis le Gouvernement sud-africain en demeure de mettre fin à la répression et d'amnistier toutes les personnes condamnées, détenues, mises en liberté surveillée ou exilées en raison de leur opposition à l'apartheid* » [27].

Entre 1967 et 1989, la politique répressive de l'apartheid et les manifestions, nationales comme internationales, à son encontre, se renforcèrent toutes deux. En 1973, l'Assemblée générale déclara que « *le régime sud-africain n'a aucun droit de représenter le peuple d'Afrique du Sud et que les mouvements de libération reconnus par l'Organisation de l'unité africaine sont les représentants authentiques de la majorité écrasante du peuple sud-africain* » [28]. L'Afrique du Sud fut exclue des sessions de l'Assemblée générale et, progressivement de tous les organes des Nations Unies.

Dès 1971, l'Assemblée générale adopta des résolutions importantes, qui comptèrent jusqu'à dix-huit volets successifs, soutenant ses opposants et condamnant l'apartheid sous tous les angles possibles : la politique de bantoustanisation, l'organisation d'un fonds d'affectation spécial des Nations Unies pour l'Afrique du Sud, la solidarité avec les prisonniers politiques, l'embargo sur les armes, les relations entre Israël et l'Afrique du Sud, l'apartheid dans les sports, le programme de travail du Comité spécial contre l'apartheid, la collaboration économique avec l'Afrique du Sud, la situation générale en Afrique du Sud, le programme d'action contre l'apartheid et la question des investissements en Afrique du Sud [29]. En 1979, vinrent s'ajouter à toutes ces questions la convocation d'une Conférence internationale sur des sanctions contre l'Afrique du Sud, la question de la

[24] Voir ONU Doc. S/RES/418 (1977), du 4 novembre 1977.
[25] Voir ONU Doc. S/RES/191 (1964), du 18 juin 1964.
[26] Voir ONU Doc. A/RES/2202 (XXI) A, du 16 décembre 1966.
[27] Boutros Boutros-Ghali, *in Les Nations Unies et l'apartheid*, pp. 26-27.
[28] ONU Doc. A/RES/3151 G (XXVIII), du 14 décembre 1973.
[29] Voir ONU Doc. A/RES/2775 (XXVI) A-H, du 29 novembre 1971, puis A/RES/3411 (XXX) A-G, du 10 décembre 1975 et A/RES/31/6 A-K, des 26 octobre et 9 novembre 1976.

collaboration nucléaire avec l'Afrique du Sud, l'embargo sur le pétrole, un programme de diffusion de l'information sur l'apartheid, la question particulière des femmes et des enfants, le rôle des organes d'information et des organisations non gouvernementales contre l'apartheid [30].

En rapport avec la politique de bantoustanisation de l'Afrique du Sud, consistant à regrouper les Noirs dans des réserves déclarées fictivement indépendantes, l'Assemblée générale condamna « *vigoureusement la création de bantoustans comme étant une mesure destinée à consolider la politique inhumaine d'apartheid, à détruire l'intégrité territoriale du pays, à perpétuer la domination de la communauté blanche et à déposséder la population africaine d'Afrique du Sud de ses droits inaliénables* » [31]. Elle reprendra sa condamnation dans les mêmes termes en 1979, avec la proclamation d' « *indépendance* » des bantoustans du Bophuthatswana et du Venda [32]. En effet, l'un des principaux objectifs de l'apartheid fut de priver les Africains, représentant plus des quatre cinquièmes de la population du pays, de leur nationalité en les considérant comme des ressortissants de ces bantoustans, qui ne couvraient que moins de treize pourcents de la superficie du pays. Ainsi, les Africains dont le régime avait besoin comme ouvrier, mineurs ou domestiques étaient considérés comme des résidents temporaires en Afrique du Sud, et toutes les « *bouches inutiles* », vieillards et infirmes en particuliers, furent déplacées de force dans ces réserves. Dans les années 1980 plusieurs millions de personnes furent ainsi déplacées de force. Ces bantoustans étaient très morcelés et généralement composés de terres infertiles, sans possibilité donc de développer jamais une économie viable.

Quant à la lutte politique contre ce régime, l'Assemblée générale réaffirma « *la légitimité de la lutte du peuple sud-africain pour l'élimination totale de l'apartheid et l'exercice du droit à l'autodétermination par tous les habitants de l'Afrique du Sud* », et, s'étant déclarée gravement préoccupée des émeutes de Soweto et de l'incarcération massives d'écoliers et d'autres personnes ayant manifesté contre l'apartheid, elle fit « *l'éloge de l'héroïsme et des sacrifices du peuple sud-africain dans sa lutte pour la libération* », en fonction de quoi elle condamna « *le régime raciste d'Afrique du Sud pour la répression impitoyable exercée contre le peuple opprimé d'Afrique du Sud et les autres adversaires de l'apartheid* » et réaffirma « *sa solidarité avec tous les Sud-Africains qui luttent contre l'apartheid pour l'instauration d'un gouvernement par la majorité et l'exercice de leur droit à l'autodétermination et pour les principes consacrés dans la Charte des Nations Unies* » [33]. Plus tard, elle nota « *avec une grave préoccupation la répression persistante et croissante en Afrique du Sud, y compris les exécutions, la torture et l'assassinat des adversaires de l'apartheid, ainsi que l'ouverture de nombreux procès en vertu de lois arbitraires prévoyant la peine de mort* » [34].

Puis l'Assemblée générale prit note du « *soulèvement national du peuple opprimé d'Afrique du Sud* » et se déclara « *scandalisée par les massacres et autres atrocités que le régime raciste d'Afrique du Sud continue de perpétrer contre des écoliers et d'autres personnes qui manifestent paisiblement contre l'apartheid et la discrimination raciale* », ce qui entretint sa conviction que « *la situation en Afrique du Sud constitue une grave*

---

[30] Voir ONU Doc. A/RES/34/93, A-R, des 12 et 17 décembre 1979, A/RES/35/206 A-R, du 16 décembre 1980, A/RES/37/69 A-J, du 9 décembre 1982, A/RES/40/64 A-I, du 10 décembre 1985, A/RES/43/23 A-H, du 20 novembre 1987, A/RES/44/27 A-L, du 22 novembre 1989, A/RES/43/50 A-K, du 5 décembre 1988, A/RES/45/176 A-H, du 19 décembre 1990.

[31] *Le Transkei prétendument indépendant et les autres* bantoustans, ONU Doc. A/RES/31/6 A, du 26 octobre 1976.

[32] Voir *Bantoustans*, ONU Doc. A/RES/34/93 G, du 12 décembre 1979.

[33] *Solidarité avec les prisonniers politiques sud-africains*, ONU Doc. A/RES/31/6 C, du 9 novembre 1976.

[34] *Prisonniers politiques en Afrique du Sud*, ONU Doc. A/RES/34/93 H, du 12 décembre 1979.

menace pour la paix et la sécurité internationales » et lui permit de réaffirmer que « *la politique et les pratiques d'apartheid constituent un crime contre l'humanité* », elle proclama ainsi que « *le régime raciste d'Afrique du Sud est illégitime et n'a aucun droit de représenter le peuple sud-africain* » [35].

Aucune autre situation que l'apartheid n'a autant mobilisé l'Assemblée générale, dans des termes aussi fermes que ceux qu'elle employa dans sa lutte. Ainsi, elle considéra que l'Organisation des Nations Unies avait un rôle crucial à jouer dans la promotion de l'action internationale pour l'élimination de l'apartheid et réaffirma « *l'engagement sans réserve qu'elle a pris en vue de l'élimination de l'apartheid et de la menace que fait peser le régime d'apartheid sur la paix et la sécurité internationale* » et, une fois de plus, qu'il constitue un crime contre l'humanité [36].

Les conclusions de l'Assemblée générale furent on ne peut plus franches, puisqu'elle déclara « *solennellement que seules l'éradication totale de l'apartheid et l'instauration d'une société démocratique sans distinction de race et fondée sur le principe du gouvernement par la majorité, grâce au plein et libre exercice du droit de vote par tous les adultes dans une Afrique du Sud unie et non fragmentée, peuvent conduire à une solution juste et durable de la situation explosive qui règne en Afrique du Sud* » [37].

Une Conférence internationale pour l'action contre l'apartheid se réunit dans la capitale du Nigéria, à Lagos, en août 1977, à l'initiative des Nations Unies et de l'Organisation de l'Unité Africaine. La Déclaration qui en est issue complète la notion d'apartheid que nous avions développée jusqu'à présent, remontant toutefois bien plus loin dans l'histoire du pays, en précisant que « *cette politique repose sur la dépossession, le pillage, l'exploitation et l'oppression sociale de la population autochtone par les colons et leurs descendants depuis 1652* » [38].

La politique d'apartheid menée par l'Afrique du Sud eut également un large impact international. L'Union sud-africaine s'était vue confier le mandat de gérer la Namibie, alors appelée Sud-ouest Africain, à la suite du Traité de Versailles de 1919. A la suite de la seconde guerre mondiale, l'Union sud-africaine estima que le mandat était terminé et que ces territoires pouvaient être intégrés à l'Union. L'Assemblée générale des Nations Unies refusa cette idée et demanda à l'Union sud-africaine de placer ces territoires sous le régime de tutelle, conformément au chapitre XII de la Charte des Nations Unies [39]. L'Union sud-africaine refusa et la Cour internationale de Justice intervint par deux fois sous la forme d'un avis consultatif, la première fois en 1950 [40]. En 1966, l'Assemblée générale des Nations Unies décida de mettre un terme au mandat de l'Afrique du Sud sur le Territoire du Sud-ouest africain (Namibie). L'Afrique du Sud maintint cependant son occupation, ce qui généra l'intervention de la Cour internationale de Justice dans son second avis consultatif sur le sujet, qui reconnut l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie [41]. Les forces armées de l'Afrique du Sud intervinrent également en Rhodésie du Sud, en 1967, pour y soutenir un régime d'apartheid comparable au sien, ce nonobstant les

[35] *Situation en Afrique du Sud*, ONU Doc. A/RES/31/6 I, du 9 novembre 1976.
[36] *Mobilisation internationale contre l'apartheid*, ONU Doc. A/RES/33/183 B, du 24 janvier 1979.
[37] ONU Doc. A/RES/38/11, du 15 novembre 1983.
[38] Déclaration de Lagos pour l'action contre l'apartheid, adoptée par la Conférence mondiale pour l'action contre l'apartheid, réunie à Lagos, 22-26 août 1977, ONU Doc. S/12426, du 28 octobre 1977.
[39] Voir ONU Doc. A/RES/65/1 du 14 décembre 1946, A/RES/141/2 du 1er novembre 1947 et A/RES/227/3, du 26 novembre 1948.
[40] Voir CIJ, Avis consultatif, *Statut international du Sud-ouest africain*, du 11 juillet 1950.
[41] Voir CIJ, Avis consultatif, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, du 21 juin 1971.

condamnations réitérées des Nations Unies ; elles intervinrent également en Angola et au Mozambique dont les Portugais se retirèrent respectivement en 1974 et 1975, en Zambie, au Lesotho et au Bostwana [42].

Les nombreuses résolutions adoptées dans le cadre des Nations Unies, tant à l'Assemblée générale qu'au Conseil de Sécurité, ainsi que les rapports des comités spéciaux chargés de la question de l'apartheid, employèrent les termes les plus divers pour en qualifier la pratique. La Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement africains réunie à Addis-Abeba en mai 1963 qualifia la politique d'apartheid menée par l'Afrique du Sud de politique criminelle [43].

Les références à l'inhumanité de cette politique furent des plus claires : négation de l'humanité [44], affront intolérable à la conscience de l'humanité [45], répugne à la conscience de l'humanité [46], système inhumain [47], politique inhumaine [48], menace pour l'humanité [49]. La qualification de l'apartheid comme un crime revenait sous deux formules différentes. La première est celle de crime contre la conscience et la dignité de l'humanité, que l'on retrouve régulièrement entre 1976 et 1990, sans que l'on sache très bien à quoi correspond la conscience et la dignité de l'humanité [50] ; la seconde est celle de crime contre l'humanité, qui apparaît dès la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dans laquelle les « *actes inhumains découlant de la politiques d'apartheid* » sont qualifiés de crimes contre l'humanité. Cette qualification reviendra souvent dans les résolutions de l'Assemblée générale, notamment celle contenant la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid [51].

---

[42] Voir ONU Doc. S/RES/387 (1976), du 31 mars 1976 et S/RES/428 (1978), du 6 mai 1978, S/RES/454 (1979), du 2 novembre 1979, S/RES/475 (1980), du 27 juin 1980, S/RES/545 (1983), du 20 décembre 1983, S/RES/546 (1984), du 6 janvier 1984, S/RES/567 (1985), du 20 juin 1985, S/RES/571 (1985), du 20 septembre 1985, S/RES/577 (1985), du 6 décembre 1985, S/RES/602 (1987), du 25 novembre 1987 (Angola), S/RES/393 (1976) du 30 juillet 1976 et S/RES/466 (1980), du 11 avril 1980 (Zambie), S/RES/402 (1976), du 22 décembre 1976, S/RES/527 (1982), du 15 décembre 1983, S/RES/535 (1983), du 29 juin 1983, S/RES/580 (1985), du 30 décembre 1985 (Lesotho), S/RES/572 (1985), du 30 septembre 1985 (Bostwana), S/RES/581 (1986), du 13 février 1986 (Afrique australe).

[43] Résolution sur l'apartheid et la discrimination raciale adoptée par la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement africains, tenue à Addis-Abeba du 22 au 25 mai 1963, ONU Doc. A/AC.115/L.11, du 27 juin 1963 ; voir également la déclaration de Madame Jeanne Martin Cissé (Guinée), présidente du Comité spécial contre l'apartheid, Communiqué de presse des Nations Unies ONU Doc. GA/AP/523, du 21 janvier 1976.

[44] Déclaration de Nelson Mandela, président de l'ANC devant le Comité spécial contre l'apartheid, notes et documents du Centre des Nations Unies contre l'apartheid, N° 8/93, septembre 1993.

[45] Déclaration de la Conférence internationale sur les femmes et l'apartheid, tenue à Bruxelles du 17 au 19 mai 1982, ONU Doc. A/AC.115/L.571, du 14 juillet 1982.

[46] *Question relative à la politique d'apartheid du gouvernement de la République sud-africaine*, ONU Doc. S/RES/182 (1963), du 4 décembre 1963.

[47] *Politique d'apartheid du Gouvernement sud-africain – la situation en Afrique du Sud*, ONU Doc. A/RES/34/93 A, du 12 décembre 1979.

[48] Résolution adoptée par la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, ONU Doc. E/CN.4/RES/2 (XXIII), du 6 mars 1967 ; Résolutions de l'Assemblée générale ONU Docs. A/RES/2396, du 2 décembre 1968 ; A/RES/2923 E (XXVII), du 15 novembre 1972 ; A/RES/31/6 A, du 26 octobre 1976 ; voir également le Rapport du Comité spécial contre l'apartheid sur les massacres de Soweto, ONU Doc. A/31/22 Add.1, du 3 août 1976 et la Déclaration de Lagos pour l'action contre l'apartheid, ONU Doc. S/12426, du 28 octobre 1977, ainsi que le Programme d'action contre l'apartheid adopté par l'Assemblée générale, ONU Doc. A/38/539-S/16102, du 8 novembre 1983.

[49] Programme d'action contre l'apartheid adopté par l'Assemblée générale, Doc. A/38/539–S/16102, du 8 novembre 1983.

[50] Voir not. *La situation en Afrique du Sud, Massacres et actes de violence commis par le régime d'apartheid en Afrique du Sud à Soweto et dans d'autres régions*, ONU Doc. S/RES/392 (1976), du 19 juin 1976, et ONU Docs. A/RES/34/93 O, du 12 décembre 1979, A/RES/-S-16/1, du 14 décembre 1989 et A/RES/45/176 B, du 19 décembre 1990.

[51] voir ONU Doc. A/RES/3068 (XXVIII), du 30 novembre 1973 contenant la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid et not. ONU Docs. A/RES/2202 A (XXI), du 26 octobre 1966 ; A/RES/2396 (XXIII), du 2 décembre 1968 ; A/RES/2671 F, du 8 décembre 1970 ; A/RES/2775 E, du 29

Les Nations Unies se sont très tôt et, par la suite continûment, opposées à l'apartheid. Des nombreuses déclarations, résolutions et conventions qui furent adoptées durant les cinquante-six ans de régime d'apartheid en Afrique du Sud, il est possible, malgré quelques difficultés, de définir clairement et complètement ce qu'est le crime d'apartheid.

L'Assemblée générale et le Conseil de Sécurité relevèrent, dans bon nombre de résolutions, que la politique d'apartheid est incompatible avec la Charte des Nations Unies, notamment avec le préambule, qui proclame la foi des peuples des Nations Unies dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et avec les articles 55 et 56 [52]. L'article 55 de la Charte, rédigé en termes impératifs, fait obligation à l'Organisation des Nations Unies de favoriser par son action le respect universel et effectif des droits de l'homme. L'article 56 de la Charte oblige les Etats à agir, tant individuellement que conjointement en coopération avec l'Organisation, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, dont le respect des droits de l'homme. A tout le moins, des pratiques systématiques de rejet total des recommandations et d'obstruction sont contraires à l'article 56. L'Assemblée générale releva également souvent que la politique d'apartheid constituait des violations massives ou flagrantes des droits de l'homme [53].

B. L'apartheid comme violation systématique des droits de l'homme

La notion de l'apartheid est difficile à cerner avec précision tant elle englobe un large champ de violations des droits de l'homme et de la Charte des Nations Unies. En fait, le régime d'apartheid, en lui-même, n'est qu'une forme de discrimination raciale interdite par tous les instruments de protection des droits de l'homme. Là cependant ne s'arrêtent pas les violations des droits de l'homme commises tout au long de ce régime en Afrique du Sud. Les multiples actes des Nations Unies relatifs à l'apartheid relèvent des cas de torture et mauvais traitements, d'arrestations, de détentions, de procès et d'exécutions arbitraires, de persécution, de terrorisme, de massacres, surtout à l'encontre de prisonniers dits politiques et de déplacements forcés de personnes. L'apartheid est manifestement un crime d'Etat, commis par les autorités au pouvoir et visant à s'y maintenir. Ainsi, toutes les violations des droits de l'homme intervinrent dans le but de détruire l'opposition politique au régime, qui s'autorisa, par la loi, tous les excès.

En 1960, environ deux milles personnes furent détenues sur la base du *Public Safety Act* ; en 1961, elles furent près de dix milles pour une période de détention, sans contrôle judiciaire, de douze jours. Dès 1963, la loi prolongea cette période de détention à nonante jours et environ milles personnes furent détenues en 1963-1964 sur cette base. Entre 1986 et 1990, les détentions arbitraires se multiplièrent et se

novembre 1971 ; A/RES/33/183 B, du 24 janvier 1979 ; A/RES/38/11, du 15 novembre 1983 et A/RES/44/27 C, du 22 novembre 1989.

[52] Voir not. ONU Doc. A/RES/616 B (VII), du 5 décembre 1952 ; A/RES/1598 (XV), du 13 avril 1961 ; A/RES/2671 F, du 8 décembre 1970 ; A/RES/2775 E, du 29 novembre 1971 ; A/RES/2923 E (XXVII), du 15 novembre 1972 ; A/RES/3207 (XXIX), du 30 septembre 1974 et ONU Doc. S/RES/181 (1963), du 7 août 1963 ; S/RES/182 (1963), du 4 décembre 1963 ; voir également la résolution de la Commission des droits de l'homme E/CN.4/RES/2 (XXIII), du 6 mars 1967.

[53] Voir not. ONU Doc. A/RES/1598 (XV), du 13 avril 1961 ; A/RES/2144 A (XXI), du 26 octobre 1966 et A/RES/3207 (XXIX), du 30 septembre 1974.

prolongèrent dans le temps [54]. Entre 1963 et 1990, au moins soixante-huit personnes décédèrent au cours de leur détention : « *According to official explanations, they died from such unlikely mishaps as slipping on soap, and falling out of a window, through suicide, or what human rights lawyers began to call the 'induced suicide'* » [55].

La torture était largement utilisée, notamment les coups, les passages à tabac, les décharges électriques – les machines utilisées étaient appelées parfois Sophie - et d'autres méthodes plus scientifiques de privation sensorielle, notamment par privation de sommeil. Beaucoup de détenus furent enfermés au secret durant des mois, sans aucun contact extérieur. Une étude démontra que, entre 1974 et 1984, près de trente-neuf pourcents des personnes détenues ne voyaient jamais la lumière du jour, presque autant n'eurent jamais la possibilité du moindre exercice physique et quatre-vingt-trois pourcents d'entre elles furent torturées : « *In one common ritual, two warders dangled the torture victim by the legs outside a window far above the ground and each would successively let go of one leg, the other attempting to catch the remaining leg in time to avert an 'accident'. In several cases where the victim did end up crashing to the ground below, the deaths were recorded as suicides. Detainees were systematically made to sing freedom songs while being subjected to torture, a form of mockery designed to demoralise them while apparently entertaining their interlocutors. 'I used to scream and shout and they used to laugh like mad hyenas', said one victim recently, describing the conduct of warders as they banged his head against walls and battered his penis* » [56]. Les conditions étaient les mêmes pour des enfants, parfois à peine âgés de onze ans.

Dans un journal médical britannique, *The Lancet*, du 19 mars 1988, il était présenté un résumé des conditions de détention des enfants, qu'il convient de citer ici largement : « *The children described their experiences of physical abuse. Moreover, they talked about the widespread use of psychological torture, including solitary confinement, sleep deprivation, and humiliations such as being stripped naked. The [1987 Harare Conference on Children] was told of children who had been made to lie down naked in mortuaries with bloodstained walls. Threats of many kinds were made, and in one instance police put a rubber tyre round a schoolchild's neck, doused it with petrol, and threatened to set it alight. One youngster recounted his arrest in the middle of the night without explanation to his parents. He was kept in solitary confinement for several days; attempts by his parents to find him were prevented; and police ate the food brought for him. He described electric shocks torture to which he had been subjected for half an hour, then how he had been put in a refrigerator for half an hour before undergoing electric shocks torture again. He was kept in a cell and frequently heard the screams of other children. To this day the boy's sleep is disturbed; the screams of others seem to haunt him more than his own dreadful treatment. An eleven-year old boy had been assaulted during his two month detention, with the loss of four teeth. He began to give evidence about his incarceration, but became frightened, saying 'Vlok [The Minister of Law and Order] will get me'* » [57].

Toutes ces formes de violations des droits de l'homme apparaissent surtout dans les définitions que les instruments internationaux adoptés contre l'apartheid développent et, aujourd'hui, dans la définition donnée à l'article 7 paragraphe 2 lettre (h) du Statut de la Cour pénale internationale.

[54] Voir Kader Asmal, Louise Asmal & Ronald Suresh Roberts, *Reconciliation through Truth*, p. 99.
[55] Kader Asmal, Louise Asmal & Ronald Suresh Roberts, *Reconciliation through Truth*, p. 99.
[56] Kader Asmal, Louise Asmal & Ronald Suresh Roberts, *Reconciliation through Truth*, p. 100.
[57] Cité *in* Kader Asmal, Louise Asmal & Ronald Suresh Roberts, *Reconciliation through Truth*, pp. 100-101.

C. Les textes conventionnels sur l'interdiction de l'apartheid

L'intense activité de condamnation de l'apartheid par les Nations Unies ouvrit la voie à trois Conventions internationales, consacrées à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à l'élimination et à la répression du crime d'apartheid et contre l'apartheid dans le sport.

1. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

Nous avons déjà abordé cette Convention dans le cadre du chapitre consacré à la persécution, dans lequel, déjà, nous introduisîmes le crime d'apartheid [58]. Comme son titre l'indique clairement, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination recouvre un champ nettement plus vaste que le crime d'apartheid, l'expression discrimination raciale y étant définie comme « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique* » [59].

Le crime d'apartheid apparaît donc comme la pire forme de discrimination raciale et les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies comportent des condamnations systématiques du régime raciste gouvernant l'Afrique du Sud. La Convention en comporte d'ailleurs une condamnation sans appel en son article 3 : « *Les Etats parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature* ».

Surtout, l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale comporte tous les éléments tendant à rendre impossible l'émergence ou le maintien d'un régime d'apartheid, car les Etats parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales ; ces Etats s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment : « *a) A déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ; b) A déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande*

[58] Voir *supra* chapitre 12.
[59] Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, art. 1er §1.

organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités ; c) A ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager » [60].

2. La Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid

La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid fut adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 3068 (XXVIII), du 30 novembre 1973 ; elle est entrée en vigueur le 18 juillet 1976. Comme le souligne avec un brin d'ironie John Dugard, « *son but est de supprimer une conduite à l'intérieur d'un Etat qui n'est pas partie en mobilisant l'opposition à la conduite en question (l'apartheid) chez les Etats parties qui ne sont eux-mêmes pas menacés (ou, à tout le moins, qui prétendent ne pas l'être) par une conduite criminelle semblable sur leur propre territoire* » [61].

La Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid ne concerne pas seulement la politique poursuivie par le Gouvernement sud-africain en Afrique du Sud et en Namibie, mais également celle suivie par le régime de la minorité blanche de la Rhodésie et éventuellement par le gouvernement colonial portugais au Mozambique et en Angola avant 1975. Cela résulte clairement du texte de la Convention, dont les dispositions font à plusieurs reprises référence au fait qu'elles s'appliquent non seulement à l'apartheid tel qu'il est pratiqué à l'époque en Afrique du Sud, mais également aux politiques similaires de discrimination raciale, où qu'elles soient mises en œuvre [62].

Le titre de la Convention est très proche de celui de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, ce qui démontre que la communauté internationale était consciente de l'extrême gravité du crime d'apartheid. La référence au génocide figure expressément dans le Préambule de la Convention, « *Rappelant que, dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, certains actes qui peuvent être qualifiés aussi d'actes d'apartheid constituent un crime au regard du droit international* » [63].

La Convention n'oublie pas de mentionner, à la suite des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies depuis 1966, que « *les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid* » constituent également un crime contre l'humanité [64]. Enfin, le but de la Convention est clairement exprimé, les Etats parties se déclarant « *Convaincus qu'une convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid permettrait de prendre de nouvelles mesures plus efficaces sur le plan international et sur le plan national en vue d'éliminer et de réprimer le crime d'apartheid* » [65].

L'article I de la Convention réaffirme vigoureusement la qualification de crime contre l'humanité et de crimes qui vont à l'encontre des normes de droit

[60] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 4.
[61] John Dugard, *L'apartheid*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 350.
[62] Voir John Dugard, *L'apartheid*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 351.
[63] Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, Préambule, §5.
[64] Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, Préambule, §§6 et 7.
[65] Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, Préambule, §9.

international, notamment de la Charte des Nations Unies, et déclare que les institutions, organisations et individus qui le commettent sont criminels.

L'article II de la Convention apporte la première définition conventionnelle du crime d'apartheid, qu'il importe de citer complètement :

« *Aux fins de la présente Convention, l'expression 'crime d'apartheid', qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci ;*

a) Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne :

i) En ôtant la vie à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux ;

ii) En portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, ou en les soumettant à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants ;

iii) En arrêtant arbitrairement et en emprisonnant illégalement les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;

b) Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle ;

c) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques ;

d) Prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents, et en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes ;

e) Exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en particulier en les soumettant au travail forcé ;

f) Persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'apartheid » [66].

L'expression crime d'apartheid couvre donc, au sens de cette convention, un certain nombre d'actes, englobant les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination, essentiellement celle que l'Afrique australes connut.

Dans la définition de l'élément psychologique du crime d'apartheid, la Convention ouvre la voie à la formulation que nous retrouvons dans le Statut de la

[66] Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. II.

Cour pénale internationale. Les actes déterminés doivent être accomplis dans le but d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci. Une telle intention est forcément difficile à démontrer, sauf dans le cas de poursuites contre les leaders politiques responsables de la conception et de la mise en œuvre de l'idéologie de l'apartheid. John Dugard en déduit que des poursuites furent envisagées uniquement pour les leaders politiques ou alors qu'un critère strict relatif à l'intention n'était pas nécessaire [67]. Roger S. Clark quant à lui, suggéra qu'il pourrait être suffisant de démontrer que l'Etat délinquant s'est consacré à la domination raciale, ce qui pourrait conduire à présumer que le fonctionnaire subalterne, partie intégrante de ce système, avait l'intention requise [68].

Nous rapprochant également du crime d'apartheid comme crime contre l'humanité dans le Statut de Rome, cette définition contient un élément systématique proche de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. La Convention de 1973 n'interdit pas seulement quelques actes, mais une pratique, qui doit s'inscrire dans le but précis d'instituer ou d'entretenir une politique de discrimination raciale.

Les actes spécifiques retenus par la Convention de 1973 sont au nombre de six. On y trouve tout d'abord (lettre (a)) le refus à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux du droit à la vie et à la liberté de la personne, par le meurtre d'une ou de plusieurs personnes membres d'un ou de tels groupes (chiffre (i)) ; par des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un tel groupe, ou par la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (chiffre (ii)) ; par des arrestations arbitraires et des emprisonnements illégaux de membres du groupe (chiffre (iii)). Nous retrouvons dans cette première partie des actes constitutifs d'apartheid les principales violations des droits fondamentaux de l'homme que l'Afrique du Sud a tristement connu. Surtout, nous y trouvons des actes que le Statut de la Cour pénale internationale qualifie aujourd'hui de crimes contre l'humanité : le meurtre, la torture, l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique ou les autres actes inhumains causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale [69].

La lettre (b) de la même disposition incrimine ensuite le fait d'imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux, des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle. Cette incrimination est manifestement placée sous l'influence de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide [70], mais elle introduit également la notion d'extermination, telle que le Statut de la Cour pénale internationale la définit en tant que crime contre l'humanité [71].

La lettre (c) retient la prise de mesures législatives ou autres destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays. Ces mesures créeront délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupes ou des groupes considérés, notamment en les privant du droit au travail et à

[67] Voir John Dugard, *L'apartheid*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 355.
[68] Voir Roger S. Clark, *The Crime of Apartheid*, in M. Cherif Bassiouni ed., *International Criminal Law*, vol. I *Crimes*, pp. 303-304.
[69] Voir respectivement art. 7 §1 lit. (a), (f), (e) et (k) CPI.
[70] Voir art. II lit. (c) Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide.
[71] Voir art. 7 §1 lit. (b) et §2 lit. (b) CPI et *supra* chapitre 8.

l'éducation, de la liberté de mouvement et de circulation, du droit à la nationalité, à la liberté d'opinion et d'expression, à la liberté de réunion et d'association pacifiques.

La lettre (d) prohibe également la prise de mesures, y compris législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux, par la création de réserves et de ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages intergroupes ou en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à des groupes raciaux. Il s'agit là de répondre à la politique de « *bantoustanisation* » de l'Afrique du Sud, qui avait créé quatre « *bantoustans* » prétendument indépendants, dans lesquels les populations non blanches étaient regroupées, avec pour conséquence de les priver de tout moyen de subsistance, mais également de la nationalité sud-africaine.

La lettre (e) mentionne l'exploitation du travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en particulier en les soumettant au travail forcé. Ceci peut nous rapprocher du crime contre l'humanité de réduction en esclavage dans le Statut de la Cour pénale internationale, avec cette réserve que nous en avons exclu le travail forcé en tant que tel et qu'il faudra donc que l'apartheid ainsi pratiqué consiste en une exploitation esclavagiste pour pouvoir également constituer cet autre crime [72].

Enfin, la lettre (f) retient la persécution des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'apartheid, ce qui permet de rapprocher cet acte de la persécution de tout groupe racial ou politique pour le moins ici, au sens de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale [73].

Il est donc important de noter que tous les actes mentionnés dans l'article II de cette Convention représentent des violations graves et massives des droits de l'homme internationalement reconnus, mais également qu'ils sont aujourd'hui présents dans la liste des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, qu'ils recouvrent presque exactement, puisque n'y manquent que la déportation ou le transfert forcé de population et le viol et les autres formes de violences sexuelles. On peut d'ailleurs s'étonner de ces deux absences : le transfert forcé de personnes dans les bantoustans a concerné plus de trois millions et demi de personnes, ce qui eût été suffisant à son incrimination, et les viols furent également fréquents, comme dans tout système oppressif, notamment en tant que moyen de torture.

John Dugard relevait à juste titre que « *La Convention contre l'apartheid peut être considérée soit comme une convention qui élabore de façon très détaillée une catégorie de crimes contre l'humanité, soit comme une convention qui pénalise la discrimination raciale telle que pratiquée par le Gouvernement de l'Afrique du Sud* » [74].

En somme, la Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid a servi un objectif utile durant toute la période de l'apartheid, qui était de délégitimer le Gouvernement sud-africain. Sa mise en œuvre, inexistante à ce jour, semble bien improbable, même si, en théorie, elle couvre toutes les situations de domination raciale. L'Afrique du Sud n'est pas devenue partie à la Convention, ayant choisi la voie de l'amnistie et de la réconciliation et non celle des poursuites pénales : « *Dans tous les cas, le crime ne peut être compris sans faire référence à son origine*

[72] Voir art. 7 §1 lit. (c) et §2 lit. (c) CPI.
[73] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI.
[74] John Dugard, *L'apartheid*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 353.

historique et à la définition contenue dans la Convention contre l'apartheid. Ainsi, bien que le crime soit autonome en droit international contemporain, il manifeste un constant rappel des politiques raciales qui, à une certaine époque, ont été menées par le Gouvernement de l'Afrique du Sud » [75].

3. La Convention contre l'apartheid dans le sport

La Convention internationale contre l'apartheid dans le sport fut adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa Résolution 40/64 G du 10 décembre 1985 ; elle est entrée en vigueur le 3 avril 1988.

Cette Convention rappelle les dispositions de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid de 1973, poursuivant un but spécifique énoncé en Préambule : « *Résolus à adopter toutes les mesures nécessaires pour abolir la pratique de l'apartheid dans les sports et promouvoir les contacts sportifs internationaux sur la base du principe olympique* » [76].

Cette Convention précise simplement que l'on y entend par apartheid « *un système de ségrégation et de discrimination raciales institutionnalisées ayant pour objet d'établir et d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur un autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci, comme c'est le cas en Afrique du Sud* » [77], en ne faisant que reprendre la substance de la première phrase de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid, sans en préciser tout le contenu.

D. L'apartheid dans le droit international des conflits armés

L'apartheid fit également son apparition dans le droit international des conflits armés, en 1977, à l'article 85 paragraphe 4 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Cette disposition se lit ainsi : « *Outre les infractions graves définies aux paragraphes précédents et dans les Conventions, les actes suivants sont considérés comme des infractions graves au Protocole lorsqu'ils sont commis intentionnellement et en violation des Conventions ou du présent Protocole : (…) c) les pratiques de l'*apartheid *et les autres pratiques inhumaines et dégradantes fondées sur la discrimination raciale, qui donnent lieu à des outrages à la dignité personnelle* ».

Dans son ensemble, cet article est considéré comme important pour une meilleure application du droit international des conflits armés. Ce quatrième paragraphe vise des atteintes aux droits de personnes au pouvoir de l'ennemi. Le Commentaire souligne : « *Que ce soit pour l'apartheid ou pour les autres pratiques inhumaines et dégradantes, le Protocole n'incrimine dans le présent alinéa que les pratiques ; les politiques restent, pour leur part, du domaine exclusif des crimes contre l'humanité* » [78].

L'apartheid fit ainsi son apparition comme crime de guerre, sans toutefois être repris à l'article 8 du Statut de la Cour pénale internationale. Cette disposition

[75] John Dugard, *L'apartheid*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 360.
[76] Convention internationale contre l'apartheid dans le sport, Préambule, §7.
[77] Convention internationale contre l'apartheid dans le sport, art. 1 lit. (a).
[78] Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels*, *ad* art. 85 §4 Prot. I, p. 1026.

du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève semble d'un bien faible apport, ce que reconnaît également le commentateur : « *Si l'on tient compte, pour terminer, de ce que le présent alinéa suppose une situation visée à l'article premier (Principes généraux et champ d'application), on conclura que les pratiques visées sont déjà, quel que soit leur motif, des infractions graves aux Conventions ; il y a simplement mention particulière de comportements coupables dont le motif est particulièrement choquant* » [79].

E. La discrimination institutionnalisée dans le Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

Le projet de la Commission du droit international d'un Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne retenait pas l'apartheid comme l'un des crimes contre l'humanité mais la « *discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux* » [80], ce qui n'est pas totalement comparable.

Dans ce texte, l'acte prohibé comprend trois éléments : la commission d'un acte de discrimination à l'encontre d'individus en raison de leur appartenance à un groupe racial, ethnique ou religieux ; le refus de leur reconnaître les libertés et droits fondamentaux de l'être humain, qui doit se traduire par une discrimination suffisamment grave ; l'existence en conséquence d'un grave désavantage pour les membres d'un groupe formant une partie de la population [81].

La discrimination et la persécution recouvrent des conduites criminelles distinctes et cependant étroitement liées, qui se caractérisent par un refus de reconnaître à des individus les libertés et droits fondamentaux de l'être humain sur la base d'un critère discriminatoire injustifiable. Sont injustifiables en ce sens les critères fondés sur la race, l'ethnie ou la religion des personnes visées. Il faut que le plan ou la politique discriminatoire ait été institutionnalisée par l'adoption, par exemple, d'une série de mesures législatives déniant aux membres de tel ou tel groupe racial, ethnique ou religieux leurs libertés ou droits individuels. La Commission reconnaît expressément que son appellation un peu alambiquée recouvre le crime d'apartheid. Sans doute craignait-elle en l'utilisant de limiter la définition de l'apartheid à la situation concrète connue par l'Afrique du Sud à l'époque. Les termes retenus semblaient alors plus neutres et plus abstraits, aptes à couvrir toutes situations de discrimination institutionnalisée.

---

[79] Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels*, *ad* art. 85 §4 Prot. I, p. 1026.
[80] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Chapitre II, Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 18 lit. (f).
[81] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Chapitre II, Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire de l'art. 18 lit. (f), §12, p. 241.

III. Cas pratiques issus des travaux de la Commission Vérité et Réconciliation

L'apartheid, contrairement aux autres crimes contre l'humanité, n'offre aucune jurisprudence, aucun tribunal n'ayant été appelé à juger les auteurs de ces crimes. Seuls les travaux de la Commission Vérité et Réconciliation, présidée par le Prix Nobel de la Paix Desmond Tutu, permettent d'examiner quelques cas pratiques, issus du livre de Sophie Pons, *Apartheid, l'aveu et le pardon* et de celui de Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*.

La déposition devant la Commission de Joyce Mtimkhulu quant à l'arrestation et à la disparition de son fils, Siphiwo, arrêté en mai 1981, alors qu'il était âgé de vingt ans, permit de connaître les éléments suivants du traitement qui lui fut réservé durant sa détention :

« *Il devait se déshabiller, puis on l'enchaînait et on lui disait de se coucher par terre. Niewoudt prenait des outils pour le torturer, des tuyaux et des fils électriques et il le battait. Siphiwo perdait conscience. Quand il revenait à lui, ils reprenaient leur sale boulot. Ils prenaient une serviette humide pour l'étouffer. Puis ils lui plongeaient la tête sous l'eau, dans une baignoire d'eau froide. Et puis, parfois, on l'emmenait au bord de l'océan. On l'installait sur un rocher, nu, et là il était torturé jusqu'à ne plus savoir ce qui lui arrivait. Pendant ce temps, les autres prenaient du bon temps, ils se faisaient des grillades et buvaient des bières. Ils lui jetaient des os comme à un chien. Ou bien ils le laissaient affamé. (…) La police a fait de lui un légume, il avait l'air d'un vieillard* ».

A sa sortie de détention, il dut être hospitalisé, perdit l'usage de ses jambes et ses cheveux. Il devint un héros à Port Elizabeth pour y avoir déposé une plainte pour mauvais traitements contre les policiers, qu'il nomma. Il disparut quelques semaines plus tard, en compagnie d'un de ses amis, Topsy Madaka. Sa chaise roulante fut retrouvée à la frontière du Lesotho et la police affirmait qu'il partît sans doute rejoindre la résistance et recevoir une formation paramilitaire à l'étranger.

La conclusion de cette affaire fut connue avec la déposition subséquente devant la Commission du général Gerrit Erasmus, qui dirigeait alors le commissariat de Port Elizabeth : « *Nous avons beaucoup parlé de leur cas et nous avons finalement conclu qu'il n'y avait pas d'autre solution que d'éliminer les deux agitateurs. J'ai pris cette décision en tant que commissaire principal ; à l'époque, j'étais profondément persuadé que ce que je faisais était correct. Tout ce que nous avons fait, nous l'avons fait pour protéger le gouvernement* ».

Puis ce fut celle du général Nicholas Van Rensburg, en charge au moment des faits des « *questions syndicales* » au commissariat de Port Elizabeth, qui répond aux questions de la Commission : « *Le plan était d'éliminer les deux militants ?*

- *C'est exact.*
- *Vers vingt-deux heures environ vous leur avez donné à boire et ils se sont endormis ?*
- *C'est exact.*
- *Pendant la journée vous aviez ramassé des branchages et des bûches ?*
- *C'est exact.*
- *Puis, avec l'officier Niewoudt, vous êtes entrés dans la maison ?*
- *C'est exact.*

- *Et vous avez transporté les deux hommes à l'extérieur ?*
- *C'est exact.*
- *Vous avez abattu Siphiwo Mtimkhulu ?*
- *C'est exact.*
- *Et Niewoudt a abattu Topsy Madaka ?*
- *C'est exact.*
- *Qu'avez-vous fait des corps ?*
- *Nous les avons mis sur le feu, nous avions préparé une couche de braise.*
- *Et vous avez versé de l'essence dessus ?*
- *C'est exact.*
- *Et le feu a brûlé pendant six heures ?*
- *C'est exact* » [82].

Une toute autre déposition mérite également l'attention, d'autant plus que son auteur publia ses mémoires, qui firent grand bruit en Afrique du Sud et à l'étranger. « *Je suis resté chef de la police secrète pendant sept ans, car j'étais considéré comme l'un des acteurs les plus efficaces des services de sécurité. Quand il y avait un sale boulot à faire, on appelait Eugène De Kock* », surnommé « *le fléau de Dieu* ». Après avoir été l'un des serviteurs les plus zélés de l'apartheid, à la tête du *Vlakplaas*, la police secrète, il en devint le délateur efficace.

Il raconta devant la Commission le meurtre de Johannes Temba Mabotha, disparu sans explication : « *Nous l'avons interrogé. Il a démenti. Nous l'avons emmené dans la carrière d'une mine abandonnée. C'était le soir, il était debout près du feu, les mains enchaînées. Je me suis avancé, il m'a regardé avec insolence. Je lui ai tiré deux balles dans le cœur. A cet instant, j'ai eu l'impression qu'il allait me parler. Il est mort immédiatement. On l'a dévêtu et on l'a placé sur une pile d'explosifs. Je me suis éloigné. Un de mes hommes a déclenché le détonateur. Le corps a été détruit. Je suis rentré immédiatement à Prétoria, les autres sont restés sur place pour nettoyer les lieux. J'ai ensuite avisé mon supérieur que cet agent ne nous inquiéterait plus* ».

Il estime clair que la « *suppression de la résistance ne pouvait pas se faire dans le cadre légal. Il a fallu, de plus en plus souvent, recourir à la terreur, à la fois contre nos concitoyens et dans les Etats voisins. Nous savions que ceux qui défendaient si âprement leurs idéaux et leurs droits ne pourraient pas être vaincus par la peur. (…) Nous avons utilisé des agents secrets pour les intimider, pour détruire leurs maisons, pour mettre des bombes et allumer des incendies. Bien sûr, en même temps, tout cela était accompagné de démentis officiels : jamais l'Etat n'aurait voulu reconnaître son implication. (…) L'ancien chef de la police dit que jamais l'ordre n'a été donné d'utiliser des méthodes illégales pour contrer le terrorisme. Il n'y a rien de moins vrai. Le Vlakplaas était une unité chargée des opérations anti-terroristes secrètes. Secret, par définition, veut dire illégal. (…) La mort et la destruction étaient entérinées au plus haut niveau, la violence était une politique d'Etat* » [83].

Desmond Tutu mentionne le témoignage de l'adjudant Paul Van Vuuren, surnommé « *l'électricien* », l'un des cinq policiers de la police du Transvaal-Nord, dans la région de Pretoria, qui demandèrent l'amnistie, devant la Commission :

---

[82] Sophie Pons, *Apartheid, l'aveu et le pardon*, pp. 19-33.
[83] Sophie Pons, *Apartheid, l'aveu et le pardon*, pp. 51-63, voir également Eugène De Kock, *A Long Night's Damage : Working for the Apartheid State*, Contra (SA), 1996. Sur les travaux de la Commission Vérité et Réconcilition, voir également Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*.

« *Nous avons interrogé [Harold Sello] Sefolo de la même manière que les deux autres [Jackson Maake et Andrew Makupe]… Nous avons utilisé une génératrice portable Robin, de couleur jaune, pour lui envoyer des décharges dans tout le corps et l'obliger à parler… Il y avait deux fils. L'un était fixé à ses pieds, l'autre à ses mains. Quand nous avons mis la génératrice en marche, son corps s'est raidi sous le choc… Sefolo était un homme vigoureux, qui croyait totalement en ce qu'il faisait… qui était persuadé d'avoir raison… A la fin de l'interrogatoire, il a fini par avouer être l'un des chefs de l'ANC à Witbank…*

Quand Joe Mamasela lui a fourré un couteau sous le nez, il nous a donné quelques renseignements supplémentaires. Il nous a supplié de lui laisser la vie sauve, puis il a demandé s'il pouvait chanter Nkosi Sikelel' iAfrika [84]*. Ensuite, il nous a dit qu'on pouvait le tuer. Il a ajouté que l'apartheid ne durerait pas et que l'ANC finirait par prendre le pouvoir… [Après que Maake a été tué par une décharge électrique] Mamasela a couvert son corps avec le drapeau de l'ANC tandis que Sefolo continuait de chanter* Nkosi Sikelel' iAfrika. *Nous avons alors envoyé à Makupe une décharge mortelle…*

On devait absolument les tuer pour détruire la cellule entière. Personne n'a su ce qui leur était arrivé. Nous les avons fait sauter avec une mine de façon qu'on ne puisse pas les reconnaître… Il fallait qu'on croie que cette mine leur avait sauté entre les mains… Nous n'avons pris aucun plaisir à faire cela, nous n'en n'avions [sic] aucune envie, mais il fallait les empêcher de tuer des femmes et des enfants innocents. Il était d'autant plus nécessaire de le faire que nous étions en guerre avec l'ANC, J'éprouve un profond respect pour la façon dont il s'est comporté tout au long de l'interrogatoire et au moment où nous l'avons tué » [85].

Certains membres de l'*African National Congress* qui se faisaient arrêter, devant les menaces pour leur vie, acceptaient parfois de travailler pour la police, comme indicateurs ; on les appelait des « *askaris* ». Joe Mamasela était l'un d'eux. Il vint témoigner devant la Commission à l'audience au cours de laquelle trois de ses anciens collègues comparaissaient pour le meurtre des « *Trois de Pebco* », trois chefs de la *Black Civic Organization* de Port Elizabeth :

« *Personnellement, je n'ai jamais assisté, dans ce bouge infect, à quelque chose que l'on puisse appeler une mort propre. Une chose pareille n'existe que dans la tête de ceux qui veulent se faire passer pour des hommes honnêtes et convenables refusant d'infliger aux autres des douleurs inutiles. C'est faux – les prisonniers étaient tués sauvagement, on les traitait plus mal que des animaux, cela est un fait… Le but de la Security Police n'était pas uniquement de tuer des gens et de s'en débarrasser… mais de leur soutirer le plus d'informations possible avant qu'ils ne meurent. Le principe consistait à les faire souffrir au maximum. Il s'agissait d'une méthode sadique et bien calculée. Ils le savent parfaitement, et je l'ai moi-même utilisée* » [86].

Joe Mamasela a raconté les circonstances de l'interrogatoire de Sipho Hashe, qui répondit à ses bourreaux que l'*African National Congress* était un mouvement qui luttait pour une Afrique du Sud démocratique :

« *Cette réponse plus qu'aucune autre a semblé mettre le lieutenant [Gideon] Nieuwoudt en fureur. Il s'est emparé d'un tuyau en fonte et a frappé plusieurs fois le vieil homme sur la tête, et bientôt tout le monde l'a imité… Le malheureux s'est mis à hurler, c'est tout ce qu'il pouvait faire. Le lieutenant Nieuwoudt m'a ordonné d'étouffer ses cris, de mettre ma main sur sa bouche et d'appuyer très fort pour que ses hurlements n'alertent pas les fermiers des alentours. Pietr Mogoai et moi, nous nous sommes efforcés de l'empêcher de crier*

[84] *Dieu bénisse l'Afrique*, chant populaire parmi les partisans des mouvements de libération et aujourd'hui l'un des deux hymnes nationaux de l'Afrique du Sud.
[85] Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, pp. 125-126.
[86] Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, p. 131.

pendant que tous les autres, dont j'ai cité les noms, lui tombaient dessus à coup de pied, de poing et de bâton.

Tandis que le lieutenant Nieuwoudt le frappait sur la tête avec son tuyau, j'ai remarqué que du sang coulait du nez, des oreilles et de la bouche du vieil homme. J'ai vu ses yeux se révulser. On l'aurait cru sur le point de s'évanouir ou de mourir… Ils ont continué à le frapper, encore et encore, jusqu'à ce qu'il s'écroule sur le sol, la tête et le visage en sang…

Quand le tour de Champion Galela est venu, il s'est passé quelque chose de vraiment horrible… L'adjudant Beeslaar lui a empoigné les testicules et les a serrés très fort jusqu'à ce qu'ils aient presque la taille de balles de golfe. Puis avec son poing droit il les a frappés violemment, vraiment très violemment. J'ai vu le visage de l'homme changer de couleur et virer au bleuâtre, et un liquide jaunâtre a giclé de ses organes génitaux. Je n'avais jamais assisté à quelque chose d'aussi brutal de toute ma vie à Vlakplaas. Je suis resté longtemps dans cet antre du diable. En tant que prisonnier de guerre de ces gens-là, je savais ce qui s'y passait, mais je n'avais jamais rien vu de pareil. Et je n'ai jamais rien vu de tel depuis. Cette expérience a été la plus déshumanisante que j'aie connu » [87].

[87] Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, pp. 131-132.

IV. L'*actus reus* du crime d'apartheid

Le Statut de la Cour pénale internationale donne la définition suivante du crime d'apartheid : « *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* » [88].

Christopher K. Hall souligne l'immensité de ce crime tel que défini par le Statut : « *The wide number of acts which constitute 'the crime of apartheid', the broad definition of racial discrimination under international law as including discrimination based on 'race, colour, descent, or national or ethnic origin' and the significant number of States which today have institutionalized regimes of systematic oppression and domination by one racial group over at least one other racial group, means that the potential number of acts which would be subjected to the Court's jurisdiction is considerable. It is clear that the drafters wished the 'crime of apartheid' to have a broad definition as they did not include the phrase in the Article 1 of the Apartheid Convention that it included 'similar policies and practices of racial segregation and discrimination as practised in Southern Africa' under the former government* » [89].

Quatre éléments matériels ressortent de cette définition, qui doivent être analysés successivement : la commission d'actes inhumains, dans le cadre d'un régime institutionnalisé, qui doit être un régime d'oppression systématique et de domination raciale.

A. Des actes inhumains

Le premier élément de la définition du crime d'apartheid dans le Statut de la Cour pénale internationale est composé des « *actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1* ». Les actes visés au paragraphe premier de l'article 7 sont le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et le transfert forcé de population, l'emprisonnement et autre forme de privation grave de liberté physique, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, la persécution, les disparitions forcées de personnes et les autres actes inhumains de caractère analogue.

En ce sens, le crime d'apartheid se rapproche de la persécution, dont nous avions conclu qu'elle est un crime composé, commis en corrélation avec tout acte visé dans le même premier paragraphe, sauf l'apartheid [90].

Christopher K. Hall estime que la définition donnée ici est plus restrictive que celle de l'article II de la Convention pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid, notamment par ce qu'elle le définit comme une catégorie résiduelle d'actes inhumains non couverts par les autres crimes contre l'humanité, lorsqu'ils sont commis dans un contexte particulier : « *The term 'other inhuman acts of a character similar to those referred to in paragraph 1' seems to suggest that for the purposes of the Statute, 'the crime of apartheid' includes only those inhuman acts which are not already listed*

[88] art. 7 §2 li. (h) CPI.
[89] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit. (j) CPI, p. 154.
[90] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI et *supra* chapitre 12.

in paragraph 1(a)-(i) or included in the other residual category of 'other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health' in paragraph 1(k). Since the acts must be similar to, but not identical to, both of these two categories in the rest of paragraph 1, the acts which constitute 'the crime of apartheid' would include both those types of acts which involve 'great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health' within the meaning of paragraph 1(k), and those acts listed in paragraphs (a)-(i) which in some cases might involve a lesser degree of suffering or less serious injury » [91]. En ce sens, cet auteur estime que le crime d'apartheid tel que défini par le Statut de la Cour pénale internationale ne peut recouvrir que les actes énumérés à l'article II de la Convention pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid qui ne sont pas également présents dans la liste de l'article 7 paragraphe 1.

Nous ne partageons pas cette analyse. Nous l'avons dit d'emblée, le crime d'apartheid est à part dans la liste des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. Lorsqu'il mentionne des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe premier de l'article 7, il n'entend pas se rapporter à d'autres actes que ceux énumérés. Ceci ne fait aucun sens dans l'approche du crime d'apartheid, car en exclure le meurtre, la torture ou tous les autres crimes contre l'humanité des éléments constitutifs le viderait de sa substance et serait incohérent avec l'histoire de la notion et la définition qu'en donne le droit international des droits de l'homme, notamment la Convention pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid. Il convient ici de rappeler que le Statut nous impose une analyse conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus.

Ce qui fait la particularité du crime d'apartheid est le contexte dans lequel il est commis, celui d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux. Ce contexte est différent de celui de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et se substitue à lui en tant que « *contextus specialis* », en ce sens qu'il reprend tous les éléments de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, plus d'autres qui lui sont propres. En effet, nous avons défini une attaque comme la répétition d'un ou de plusieurs actes visés au paragraphe premier de l'article 7, ce qu'est également le crime d'apartheid ; nous avons défini les termes d'attaque généralisée comme provoquant un grand nombre de victimes et ceux d'attaque systématique comme obéissant à un plan, or un régime institutionnalisé obéit immanquablement à un plan et ses exactions revêtent donc sans contestation possible un caractère systématique – sans compter un nombre de victimes vraisemblablement élevé lorsqu'il opprime un ou plusieurs groupes raciaux, quatre-vingts pourcents de la population dans le cadre de l'Afrique du Sud ; enfin, l'attaque doit être lancée contre une population civile, ce que sont également sans aucun doute les groupes raciaux opprimés par un régime d'apartheid, bien que le Statut ne s'y limite pas. En plus de ces éléments communs, le crime d'apartheid exige un élément général particulier dans le caractère d'oppression systématique et de domination raciale du régime [92].

Ainsi, ce qui fait du meurtre un crime contre l'humanité, c'est le contexte de l'attaque généralisée ou systématique dans lequel il est commis. Le contexte du crime d'apartheid étant différent, le meurtre commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur

[91] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §2 lit. (h) CPI, pp. 167-168.
[92] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a), voir *supra* chapitre 4.

tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux ne lui est pas identique mais analogue. Rappelons ici que ce qui est analogue est un rapport de similitude entre plusieurs choses différentes (Littré). Nous en concluons que les actes constitutifs du crime contre l'humanité d'apartheid dans le Statut de la Cour pénale internationale sont ceux de la liste de l'article 7 paragraphe 1, commis dans le contexte particulier défini en matière de crime d'apartheid.

Ceci est pleinement conforme à la réalité historique de l'apartheid, dont nous avons mentionné à quel point tous les actes commis en Afrique du Sud dans les années 1948-1994 correspondent à tous les crimes contre l'humanité de l'article 7 paragraphe 1 du Statut. L'article II de la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime d'apartheid reprend la même liste, à l'exception de la déportation et du transfert forcé de population et du viol et des autres formes de violences sexuelles, qui y eussent pourtant eu leur place. Ceci correspond également aux droits de l'homme internationalement reconnus.

Toutefois, nous avons déjà souligné l'incompatibilité entre persécution et crime d'apartheid [93]. En effet, la persécution est un élément inhérent à l'apartheid, qui apparaît immédiatement à la lecture de la définition donnée à l'article 7 paragraphe 1 lettre (h) du Statut ; elle est donc absorbée par la notion de régime de domination raciale.

B. Un régime institutionnalisé

La définition du crime d'apartheid exige qu'il soit commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale. C'est là ce « *contextus specialis* » déjà souligné. Il est remarquable sur ce point que la formulation de la définition du crime d'apartheid suive presque exactement le modèle de la définition du contexte, qui ouvre l'article 7 du Statut. Tous les actes énumérés à l'article 7 sont commis soit « *dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique…* » pour constituer les crimes contre l'humanité, soit « *dans le cadre d'un régime institutionnalisé…* » pour constituer le crime d'apartheid.

Le mot régime vient du latin « *regimen* », qui signifie action de régir, de gouverner, de diriger ; il s'agit ici de la manière de gouverner, d'administrer un Etat (Littré). Pour Christopher K. Hall, ce mot revêt une signification plus large encore, afin d'englober également les acteurs non gouvernementaux : « *The word 'regime' appears to modify the term 'systematic oppression and domination' and, therefore, be used in its broader sense of 'a method or system of organizing or doing [something]' rather than in its primary sense of 'a method or system of government'. Thus, there is nothing in the Statute, which applies to all persons which would prevent a broader interpretation of the word regime to include a system institutionalized by an armed group which was not a recognized government where it controlled an area in which it systematically committed inhumane act against members of another racial group* » [94].

Toutefois, ce régime doit être institutionnalisé, c'est-à-dire reposer sur les institutions, qui sont les lois fondamentales régissant un Etat (Littré), et c'est exactement ce que fut le régime sud-africain, qui reposait sur de nombreuses lois et sur l'investissement direct de tous les organes de l'Etat. En ce sens, il est clair que le crime d'apartheid est un crime d'Etat et qu'il ne saurait être commis par une autre

[93] Voir *supra* chapitre 12.
[94] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §2 lit. (h) CPI, p. 168.

organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, au sens de l'article 7 paragraphe 2 lettre (a), ni par une organisation politique, au sens de l'article 7 paragraphe 2 lettre (i), et le raisonnement de Christopher K. Hall sur ce point n'est pas soutenable. Une telle organisation peut commettre le crime contre l'humanité de persécution, par exemple, ou tout autre, mais pas celui d'apartheid. L'article 7 paragraphe 2 lettre (h) du Statut ne contient d'ailleurs aucune référence à une organisation, politique ou autre, ce qu'il ne manque pas de faire à l'article 7 paragraphe 2 lettre (a) ou lettre (i), lorsque ses auteurs l'estimèrent nécessaire.

Il est vrai que le Statut de la Cour pénale internationale ne contient plus aucune référence au régime qui gouverna l'Afrique du Sud de 1948 à 1994, comme le faisait notamment l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid, « *qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe* », mais ce n'est pas parce qu'il prend ses distances avec un élément historique aujourd'hui heureusement terminé, qu'il faut en tirer pour conclusion l'affranchissement de tout lien avec l'Etat.

Puisque nous avons nettement distingué les contextes des crimes contre l'humanité d'une part et du crime d'apartheid d'autre part, il convient de ne pas les mélanger ensuite. L'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile peut être le fait d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ; le régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale ne peut être le fait que d'un Etat.

C. Un régime d'oppression systématique

Ce régime doit être d'oppression systématique et c'est là sans doute la suite logique de l'institutionnalisation de la politique d'apartheid : l'organisation de l'Etat repose sur la discrimination, qui ne peut être que systématique, puisqu'elle découle de la loi et des institutions de l'Etat.

Par oppression il faut entendre l'état de ce qui est opprimé ; opprimer, c'est accabler sous la violence, sous une autorité tyrannique (Littré). Cette oppression s'exprime par la commission des actes inhumains analogues à ceux énumérés à l'article 7 paragraphe 1 et par son caractère systématique. Cette systématicité ne doit pas être perçue comme redondante à celle exigée de l'attaque généralisée ou systématique, ce qui ne fait guère de sens [95], mais comme un élément propre au contexte particulier du crime d'apartheid.

D. Un régime de domination raciale

Le crime d'apartheid dans le Statut de la Cour pénale internationale doit reposer sur la domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux. Le critère de l'hégémonie d'une race – la race blanche dans les différents exemples historiques – conduit à mettre en avant la valeur de cette race supérieure à

[95] Voir Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §2 lit. (h) CPI, pp. 168-169.

toutes les autres. Dans un régime d'apartheid, selon le Statut de la Cour, il ne saurait y avoir domination que d'un seul groupe racial sur un ou l'ensemble des autres groupes raciaux existant sur le territoire de l'Etat en cause.

La notion de groupe racial nous renvoie à l'analyse que nous en développâmes dans le chapitre consacré à la persécution, sur la base de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [96]. Nous en avions conclu que la définition du groupe racial est particulièrement délicate, car tenter d'établir des distinctions reconnaissables de race, c'est justement faire montre de racisme, mais également car les notions de groupes racial, ethnique ou national ne sont pas fermées les unes aux autres et se recoupent en larges parts. Néanmoins, aussi peu précis soit-il, ce critère de race est intrinsèque à la notion d'apartheid et il convient de l'entendre largement, comme le reconnaît Christopher K. Hall : « *This broad definition means that the crime will involve domination by a broad range of groups other than those which would fall within a narrow definition of race and thus, coupled with the crime of persecution, give the Court potential jurisdiction over a large number of discriminatory acts as crimes against humanity* » [97].

Ce qu'il importe de préciser, c'est que les motifs de discrimination reconnus comme pouvant constituer le crime contre l'humanité de persécution ne sont pas applicables ici, l'apartheid étant fondé sur la discrimination raciale seule, comme un cas spécial de persécution.

[96] Voir *supra* chapitre 12.
[97] Christopher K. Hall, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §2 lit. (h) CPI, p. 169.

V. La *mens rea*

La *mens rea* du crime d'apartheid, comme celle de tout crime au sein du Statut de la Cour pénale internationale, s'apprécie par rapport à l'article 30 du Statut, sauf disposition qui lui soit contraire.

Au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements. Ces termes limitent la commission du crime à la forme du dessein ou du dol direct, excluant le dol éventuel et la négligence.

Pour commettre le crime contre l'humanité d'apartheid dans le Statut de la Cour pénale internationale, l'intention de l'auteur doit donc porter, premièrement, sur la commission d'actes inhumains parmi la liste de l'article 7 paragraphe 1, deuxièmement, sur le caractère institutionnalisé du régime dans le cadre duquel il commet lesdits actes inhumains, troisièmement sur le caractère d'oppression systématique de ce régime et, quatrièmement, sur la domination raciale qu'il exerce.

La connaissance de l'auteur doit porter sur les mêmes éléments et il doit donc savoir qu'il commet l'un des actes inhumains énumérés à l'article 7 paragraphe 1, savoir également qu'il les commet dans le cadre d'un régime institutionnalisé, savoir encore que ce régime possède un caractère d'oppression systématique, savoir enfin que ce régime repose sur la domination raciale.

Toutefois, à l'instar du crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes, le crime d'apartheid exige un *dolus specialis* supplémentaire, l'intention de perpétuer ce régime. Cette intention requise de l'auteur du crime d'apartheid se différencie de celle de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, selon laquelle ce crime doit être commis « *en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci* » [98]. Nous avons déjà mentionné l'esprit permanent du régime sud-africain [99].

Cette intention de perpétuer le régime ne doit pas être perçue comme limitant les poursuites potentielles à l'encontre des dirigeants politiques. N'importe quel membre des forces de police ou des forces armées peut, dans l'accomplissement de ces actes, posséder la même intention, n'importe quel individu le peut également, soit parce qu'il partage l'idéologie raciste du régime, soit parce qu'il en tire un avantage quelconque. Il nous semble dès lors correct d'affirmer que, si le crime d'apartheid est un crime d'Etat, ce *dolus specialis* n'en limite pas les auteurs aux agents de l'Etat hauts placés.

Au contraire, il exclut du champ d'application de ce crime les actes de résistances, quels qu'ils soient, qui ont un motif contraire, d'abattre ce régime, ce qui ne signifie nullement que de tels actes ne puissent être constitutifs d'autres crimes.

[98] Art. II *in initio* Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.
[99] Voir ONU Docs. A/2183, du 12 septembre 1952 et A/AC.61/SR.13, du 12 novembre 1952.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs du crime d'apartheid

L'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale a établi, sans grand débat, les éléments constitutifs du crime d'apartheid, en en modifiant toutefois l'appellation, sans corriger sur ce point le Rapport de la Commission préparatoire [100]: alors que le Statut de la Cour pénale internationale mentionne le « *crime d'apartheid* », les Eléments des crimes ne retiennent que l' « *apartheid* ». Les éléments retenus sont les suivants :

« *1. L'auteur a commis un acte inhumain contre une ou plusieurs personnes.*

2. Cet acte était un des actes visés à l'article 7, paragraphe 1, du Statut ou était un acte d'un caractère similaire à l'un quelconque de ces actes.

3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant les caractéristiques de l'acte.

4. Le comportement s'inscrivait dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématiques par un groupe racial à l'encontre d'un ou d'autres groupes raciaux.

5. L'auteur avait, par son comportement, l'intention de maintenir ce régime.

6. Ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

7. 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 » [101].

Une note de bas de page accompagne le deuxième élément : « *Il est entendu que 'caractère' ou caractéristique se réfère à la nature et la gravité de l'acte* » [102].

Les trois premiers éléments sont confus. Ils signifient cependant que le crime d'apartheid est constitué de l'un ou de plusieurs des crimes contre l'humanité énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut. Les précisions quant au sens des caractères ou caractéristiques des actes en question n'apportent guère de clarté. Par contre, nous n'estimons pas que le crime d'apartheid dans le Statut de la Cour pénale internationale couvre d'autres actes d'un caractère similaire.

Il est également intéressant de relever que, comme nous l'avons démontré, la Commission semble estimer que les éléments propres au crime d'apartheid réalisent en eux-mêmes les éléments généraux nécessaires aux autres crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, puisqu'elle ne les mentionne pas. Sur ce point, une note ou une précision eût été bienvenue [103].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs du crime d'apartheid comme crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, auxquels viendront s'ajouter les éléments spécifiques à chacun des crimes énumérés :

---

[100] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 125.
[101] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Apartheid, p. 127.
[102] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Apartheid, note 29, p. 127.
[103] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 103-106.

A. Eléments matériels

1. 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,
2. L'auteur a commis l'un ou plusieurs des actes inhumains énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut de la Cour pénale internationale, hors la persécution, à savoir :
    a. Le meurtre,
    b. L'extermination,
    c. La réduction en esclavage,
    d. La déportation ou le transfert forcé de population,
    e. L'emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international,
    f. La torture,
    g. Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable,
    h. Les disparitions forcées de personnes,
    i. D'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.

B. Eléments psychologique

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, agir dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination raciale ; et
2. L'auteur entend commettre un ou plusieurs des actes inhumains énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut de la Cour pénale internationale, hors la persécution ; et
3. L'auteur entend ainsi maintenir ce régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'il agit 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

2. L'auteur sait qu'il commet un ou plusieurs des actes inhumains énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut de la Cour pénale internationale, hors la persécution ; et
3. L'auteur sait qu'il maintient ou tente de maintenir ainsi ce régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux.

Chapitre 15

Les autres actes inhumains de caractère analogue

Le dernier des crimes contre l'humanité, dans la liste qu'en dresse l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, est 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* » [1].

Tous les instruments internationaux relatifs aux crimes contre l'humanité contiennent une liste ouverte de leurs éléments constitutifs, se terminant toujours par l'incrimination des autres actes inhumains, sans plus de précision. Dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, les mots « *tout autre acte inhumain* » clôturent la liste des crimes contre l'humanité de type « *meurtre* » et ne s'appliquent donc pas à ceux de type « *persécution* » [2]. La même formulation se retrouve dans le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient à Tokyo, dans la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié et dans les Principes de Nuremberg. Quant aux Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, leurs listes des crimes contre l'humanité se terminent par les « *autres actes inhumains* » [3]. Aucune de ces dispositions ne contient donc une liste exhaustive des crimes contre l'humanité [4].

Le Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 de la Commission du droit international contenait une disposition différente, qui soulignait toutefois également le caractère non exhaustif de la liste des crimes contre l'humanité, l'article 2 paragraphe 11 mentionnant des « *actes inhumains tels que…* », et suivait la liste de ces crimes. Le même projet de Code, dans sa version de 1991, ne contenait plus aucune de ces formulations, ce qui laisse supposer que la liste envisagée pût être exhaustive, le Rapporteur ayant toutefois exprimé l'avis qu'il est impossible de donner une liste complète des crimes contre l'humanité. Enfin, la version de 1996 retrouve le principe de la liste non exhaustive de crimes, en limitant

---

[1] art. 7 §1 lit. (k) CPI.
[2] Art. 6 lit. (c) TMI.
[3] Voir art. 5 lit. (i) TPIY et art. 3 lit. (i) TPIR.
[4] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit. (k) CPI, pp. 153-155

toutefois l'ouverture à « *d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves* » [5].

Le Statut de la Cour pénale internationale est plus précis que toutes ces dispositions, car il n'ouvre pas la liste à tout autre acte inhumain : il n'incrimine que les actes inhumains causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale. En ce sens, il ferme la liste.

C'est en fait une incrimination complémentaire de celle de torture, qui vient, à l'image du droit international des droits de l'homme, plus ou moins couvrir les autres peines ou traitements cruels, inhumains, voire dégradants. Comme pour tous les crimes contre l'humanité, il s'agit donc encore d'une violation massive ou systématique des droits de l'homme.

[5] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 18 lit. (k).

I. Le régime de ces autres actes analogues dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie s'est à maintes reprises prononcé sur les autres actes inhumains clôturant la liste des crimes contre l'humanité à l'article 5 de son Statut. Il semble *a priori* que l'incrimination de ces autres actes inhumains recouvre en fait les traitements cruels, incriminés par ailleurs comme crimes de guerre.

C'est la conclusion de ce Tribunal dans l'affaire *Jelisic* : « *La sous-qualification 'autres actes inhumains' prévue à l'article 5 i) du Statut est une incrimination générique qui regroupe un ensemble d'actes criminels. (…) [La] Chambre estime que les notions de 'traitement cruel' au sens de l'article 3 et de 'traitement inhumain' prévu à l'article 5 du Statut ont la même signification juridique. Les faits invoqués à l'appui de ces chefs d'accusation sont au demeurant les mêmes que ceux qui sont invoqués au titre de l'article 3 pour traitement cruel, et dont la Chambre a déjà constaté qu'ils étaient établis* » [6].

Dans l'affaire *Blaskic*, la Chambre de première instance du même Tribunal se réfère expressément à la notion de traitement humain, tel qu'elle apparaît à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, soulignant avec le commentaire de ces Conventions : « *Quelque soin que l'on prît à énumérer toutes les sortes d'exactions, on serait toujours en retard sur l'imagination des tortionnaires éventuels qui voudraient, en dépit de toutes les interdictions, assouvir leur bestialité. Plus une énumération veut être précise et complète, plus elle prend un caractère limitatif* » [7]. Pour la Chambre, de la même manière : « *la sous-qualification 'autres actes inhumains' visée à l'article 5 i) du Statut est une incrimination générique qui regroupe un ensemble d'activités criminelles, lesquelles n'ont pas été explicitement énumérées* » [8].

L'acte d'accusation à l'encontre du général Blaskic avait ainsi qualifié les atteintes à l'intégrité autres que le meurtre, dont fut victime la population musulmane de Bosnie-Herzégovine et plus spécifiquement le fait d'avoir causé intentionnellement de grandes souffrances physiques et mentales et d'avoir porté de graves atteintes à l'intégrité physique et mentale des civils, ce qui permit à la Chambre de juger que « *les atteintes graves à l'intégrité physique et mentale sont, sans aucun doute, des 'actes inhumains' au sens de l'article 5 du Statut et peuvent, à ce titre, et si elles s'inscrivent dans un contexte massif ou systématique, revêtir la qualification de crime contre l'humanité* » [9].

Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Kupreskic*, estime tout d'abord que « *On a pu exprimer la crainte que cette catégorie manque de précision, qu'elle soit trop générale pour constituer un outil fiable pour le Tribunal et qu'elle contrevienne ainsi au principe de 'spécificité' du droit pénal. Il est donc impératif d'en préciser la teneur. L'expression 'autres actes inhumains' était délibérément destinée à former une catégorie supplétive. On a en effet estimé qu'il n'était pas souhaitable d'en énumérer les composants de manière exhaustive, puisque cela aurait pour unique effet de créer la possibilité de violer la lettre des prohibitions* » [10]. Il rejette l'application de la règle d'interprétation *ejusdem*

[6] TPIY, Jelisic, §52.
[7] CICR, *Commentaire*, Conv. I, *ad* art. 3 commun, p. 58.
[8] TPIY, Blaskic, §237.
[9] TPIY, Blaskic, §238.
[10] TPIY, Kupreskic, §563.

generis, selon laquelle l'expression peut couvrir des actions similaires à celles qui sont explicitement prévues, car elle est trop générale pour être un outil fiable [11].

Dans sa recherche des éléments constitutifs de ce crime contre l'humanité, après avoir remarqué que le Statut de la Cour pénale internationale, bien que plus précis, ne donne somme toute guère plus d'éléments, le Tribunal analyse le droit international des droits de l'homme, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes internationaux de 1966, relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels pour le premier, aux droits civils et politiques pour le second : « *En se fondant sur diverses dispositions de ces textes, il est possible d'identifier un groupe de droits fondamentaux de la personne, dont la violation peut, en fonction des circonstances de l'espèce, constituer un crime contre l'humanité. C'est indubitablement le cas, par exemple, des formes graves de traitements cruels ou dégradants de personnes appartenant à un groupe ethnique, religieux, politique ou racial particulier ou des manifestations généralisées ou systématiques de traitements cruels, humiliants ou dégradants avec une intention de discrimination ou de persécution (…). De toute évidence, ces actes et d'autres actes similaires, doivent être exécutés de manière systématique et à grande échelle. Autrement dit, ils doivent être aussi graves que les crimes visés aux autres alinéas de l'article 5. Une fois les paramètres juridiques permettant de déterminer la teneur de la catégorie 'actes inhumains' identifiés, on est fondé à recourir à la règle ejusdem generis pour comparer et évaluer la gravité de l'acte prohibé* » [12].

Dans la ligne de la jurisprudence précédente, la Chambre de première instance dans l'affaire *Kordic et Cerkez* a tout d'abord relevé que « *Le fait que la catégorie des 'autres actes inhumains' figurant à l'article 5 soit résiduelle, regroupant un ensemble d'activités criminelles, lesquelles ne sont pas explicitement énumérées, n'est pas controversé* » [13], pour en conclure que : « *lorsque les activités qui, selon l'Acte d'accusation, constituent des atteintes à l'intégrité physique des personnes remplissent les conditions énoncées au paragraphe précédent, elles peuvent être qualifiées d''actes inhumains' au sens de l'article 5 du Statut* » [14].

Dans l'affaire *Galic*, le Procureur du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie avait poursuivi, sur la base de l'article 5 lettre (i) du Statut de ce Tribunal « *the Accused's alleged conduct of a coordinated and protracted campaign of sniping, artillery, and mortar attacks upon civilian areas and the civilian population of Sarajevo, resulting in the suffering and injury of civilians* » [15].

La Chambre de première instance jugea sur ce point que « *The crime of inhumane acts is a residual clause for serious acts which are not otherwise enumerated in Article 5 but which require proof of the same chapeau elements. The elements of the crime of inhumane acts are that: (a) there was an act or omission of similar seriousness to the other acts enumerated in Article 5; (b) the act or omission caused serious mental or physical suffering or injury or constituted a serious attack on human dignity; and (c) the act or omission was performed intentionally by the accused, or by a person or persons for whose acts and omissions the accused bears criminal responsibility* » [16].

Cette Chambre estime que « *In order to assess the seriousness of an act or omission, consideration must be given to all the factual circumstances of the case. These*

[11] TPIY, Kupreskic, §564.
[12] TPIY, Kupreskic, §266, en référence aux art. 7 PIDCP, 3 CEDH, 5 CADH, 1 Convention contre la Torture de 1984, ainsi qu'aux art. 49 Conv. IV de Genève et 17 §1 Prot. II.
[13] TPIY, Kordic et Cerkez, §269.
[14] TPIY, Kordic et Cerkez, §272.
[15] TPIY, Galic, §151.
[16] TPIY, Galic, §152.

circumstances may include the nature of the act or omission, the context in which it occurred, the personal circumstances of the victim including age, sex, and health, and the physical, mental, and moral effects of the act or omission upon the victim » [17], et que l'élément psychologique de ce crime est le suivant : « *The intention to inflict inhumane acts is satisfied where the offender, at the time of the act or omission, had the intention to inflict serious physical or mental suffering or to commit a serious attack upon the human dignity of the victim, or where he knew that his or her act or omission was likely to cause serious physical or mental suffering or a serious attack upon human dignity* » [18]

Dans le même esprit, l'affaire *Kvocka* permit à une autre Chambre de première instance de ce Tribunal de conclure que « *L'article 5 i) du Statut est une clause résiduelle. Il s'applique à des actes qui ne tombent sous le coup d'aucun autre alinéa de l'article 5 et qui présentent le même degré de gravité que les autres crimes qui y sont énumérés* » ; elle estime ainsi que « *les faits incriminés doivent constituer des atteintes intentionnelles graves à l'intégrité physique ou mentale de la victime, dont la gravité doit être appréciée au cas par cas* » [19].

Les exemples cités de ces autres actes inhumains, dans la jurisprudence du Tribunal sont « *les mutilations et autres formes de sévices graves, les voies de fait et autres actes de violence, les atteintes graves à l'intégrité physique et mentale, le transfert forcé, les traitements inhumains ou dégradants, la prostitution forcée et la disparition forcée entrent dans cette catégorie* » [20]. De tels actes ont été commis dans le camp d'Omarska, car « *Il ressort des éléments de preuve que les détenus y étaient soumis à des atteintes graves à leur intégrité physique et mentale, prenant la forme de sévices, d'actes de torture, de violences sexuelles, d'humiliations, de harcèlement, de violences psychologiques et d'internement dans des conditions inhumaines* » [21].

La Chambre de première instance qui se prononça dans l'affaire *Simic*, estima que les éléments constitutifs de ces autres actes inhumains au sens de l'article 5 lettre (i) de son Statut sont les mêmes que ceux de traitement inhumains au sens de son article 2 lettre (b), qui recouvre les infractions graves aux Conventions de Genève et spécifiquement « *la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques* », et que ceux de traitement cruel au sens de son article 3, relatif aux violations des lois et coutumes de la guerre, à savoir : « *(a) an intentional act or omission of similar gravity to the other enumerated acts under the Article concerned; (b) the act or omission caused serious mental or physical suffering or injury or constituted a serious attack on human dignity; and (c) the act or omission was performed deliberately by the accused or a person or persons for whose acts and omissions he bears criminal responsibility* » [22].

Dans l'établissement de ces éléments, « *Consideration must be given to all the factual circumstances in the determination of the seriousness of the act, including the nature of the act or omission, the context in which it occurred, the personal circumstances of the victim, including age, sex and health, as well as the physical, mental and moral effects of the act upon the victim. While there is no requirement that the suffering imposed by the act has long term effects on the victim, the fact that an act has had long term effects may be relevant to the determination of the seriousness of the act* » [23].

---

[17] TPIY, Galic, §153.
[18] TPIY, Galic, §154.
[19] TPIY, Kvocka, §206.
[20] TPIY, Kvocka, §208.
[21] TPIY, Kvocka, §209.
[22] TPIY, Simic, §74.
[23] TPIY, Simic, §75.

C'est toutefois dans l'affaire *Krnojelac* que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est le plus longuement intéressé à la définition de ces autres actes inhumains, maintenant le lien entre ce crime contre l'humanité et les crimes de guerre de traitement inhumain ou cruel [24]. L'incrimination de torture n'est jamais très éloignée de celle des autres actes inhumains et le Tribunal pénal international semble parfois peiner à clairement distinguer ces notions [25].

Quant au Tribunal pénal international pour le Rwanda, il a estimé que les actes entrant dans le champ de l'incrimination de ces autres actes inhumains doit être déterminé au cas par cas [26]. D'une manière comparable au Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, il estime que les « *autres actes inhumains comprennent les crimes contre l'humanité qui ne font pas partie d'une énumération précise (…) mais qui sont d'une gravité comparable à celle des actes énumérés* » ; « *il s'agira d'actes ou d'omissions qui causent délibérément des souffrances mentales ou physiques ou qui portent une atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de la victime ou qui constituent une atteinte grave à la dignité humaine* » [27].

[24] Voir TPIY, Krnojelac, §176.
[25] Voir TPIY, Krnojelac, §§190-293 et *infra* 3. Cas pratique.
[26] Voir TPIR, Musema, §233.
[27] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §§150-151 ; dans le même sens, voir TPIR, Bagilishema, §§91-92.

II. Les atteintes à l'intégrité physique ou mentale comme violation des droits de l'homme

Il est délicat de déterminer avec précision les normes internationales de protection des droits de l'homme violées par ces autres actes inhumains, qui clôturent la liste des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, sans répéter celle que la torture viole également [28].

En effet, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme interdisent dans les mêmes dispositions la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de même que la Convention internationale de 1984 contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Par exemple, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose que « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » [29].

Nous l'avons précisé, seule la Cour européenne des droits de l'homme tente de séparer les notions juridiques de torture d'une part, de traitement inhumains de l'autre, non sans rencontrer quelques difficultés. Il semble bien que ce soit là également la voie dans laquelle la Cour pénale internationale aura à s'engager, afin de tracer une aussi claire distinction que possible entre les éléments constitutifs de torture, que le Statut, rappelons-le, définit 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* » [30], et 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* » [31].

Sans revenir ici sur les éléments dont nous avons déjà traité dans le chapitre consacré à la torture, reprenons en l'essentiel. La Cour européenne des droits de l'homme estima, dans les affaires *Tomasi* et *Ribitsch*, que les coups données sur diverses parties du corps, provoquant des lésions médicalement certifiées, entraient dans la catégories des autres peines ou traitements inhumains ou dégradants [32].

Ces deux affaires semblent affirmer que les passages à tabac seuls ne sauraient être constitutifs de torture, mais uniquement de ces autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ce qui rejoint la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Le Comité européen de prévention de la torture paraît suivre une approche comparable [33]. Toutefois, dans l'affaire *Selmouni*, la Commission européenne des droits de l'homme estima que le passage à tabac pouvait être constitutif, en lui-même, de torture [34]. Dans tous les cas, il est clair que la limite supérieure entre mauvais traitements et

---

[28] Voir *supra* chapitre 10.
[29] Voir également art. 7 PIDCP ; art. 37 Convention relative aux droits de l'enfant ; art. 3 CEDH ; art. 5 §2 CADH ; art. 5 CAfDHP.
[30] Art. 7 §2 lit. (e) CPI.
[31] Art. 7 §1 lit. (k) CPI.
[32] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tomasi c. France*, du 27 août 1992, A241-A, §§108-115. Dans le même sens, voir Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Ribitsch c. Autriche*, du 4 décembre 1995, §§29 et 39.
[33] Voir par exemple Espagne, Conseil de l'Europe Doc. CPT/Inf.(96) 9(1996), §21 : des personnes avaient été « *slapped, punched, kicked or verbally abused* », ce qui fut décrit comme « *less severe forms of ill-treatment* », et opposé à la « *torture and severe ill-treatment* », voir également Royaume Uni (Irlande du Nord), Conseil de l'Europe Doc. CPT/Inf.(94) 17 (1994), §§31-33.
[34] Rapport de la Commission EDH dans l'affaire *Selmouni c. France*, du 11 décembre 1997.

torture, ou, dans le vocable de l'article 7 du Statut de Rome, entre torture et autres actes inhumains, demeure imprécise.

Le Comité des droits de l'homme, dans l'affaire *Bouton*, conclut quant à lui à des traitements inhumains et dégradants, violant l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, car la victime fut forcée de se maintenir debout durant trente-cinq heures sans interruption, les poignets attachés et les yeux bandés, entendant continuellement les cris des autres détenus torturés, alors que, durant ses propres interrogatoires, il semble qu'elle fût mieux traitées que d'autres [35].

Il existe donc un critère relatif dans la détermination du seuil entre les traitements inhumains et la torture, qui doit être manié avec une extrême prudence, afin de ne pas constituer d'inégalités de traitements [36].

[35] Report of the HR Committee, *Bouton v. Uruguay* (371/1978), ONU Doc. A/36/40 (1981), Annex XIV, §§2.3 et 13.
[36] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 104 ; voir également Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, §69.

III. Les traitements inhumains comme crimes de guerre dans le Statut de Rome

La jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda insiste sur une identité d'incrimination entre les autres actes inhumains comme crimes contre l'humanité et les traitements inhumains en tant qu'infractions graves aux Conventions de Genève, voire avec les traitements cruels au sens des violations des lois et coutumes de la guerre [37].

Le Statut de la Cour pénale internationale est plus précis dans son incrimination de ces autres actes inhumains comme crimes contre l'humanité, puisqu'il les limite aux « *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* » [38].

En tant que crimes de guerre, le Statut de la Cour pénale internationale incrimine, au titre des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, non seulement « *La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques* », mais également « *Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé* » [39]. Il incrimine également, au titre des autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, « *Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants* » [40]. Enfin, en cas de conflits armés ne présentant pas un caractère international, le Statut incrimine au titre des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, « *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* » et « *Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants* » [41].

Tout ceci fait beaucoup d'incriminations différentes pour ce qui apparaît toujours, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, comme une violation de l'interdiction de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

De son côté, l'Assemblée des Etats parties a ainsi établi les éléments constitutifs du crime de guerre de traitement inhumain, en tant qu'infraction grave aux Conventions de Genève de 1949 : « *1. L'auteur a infligé à une ou plusieurs personnes une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales. 2. Ladite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs des Conventions de Genève de 1949. 3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne protégée. 4. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 5. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* » [42].

---

[37] Voir art. 2 (Infractions graves aux Conventions de Genève de 1949), lit. (b), 3 (Violations des lois et coutumes de la guerre) et 5 (Crimes contre l'humanité), lit. (i) TPIY ; art. 3 (Crimes contre l'humanité), lit. (i) et 4 (Violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II), lit. (a) et (e) TPIR.
[38] Art. 7 §1 lit. (k) CPI.
[39] Art. 8 §2 lit. (a) ch. (ii) et (iii) CPI.
[40] Art. 8 §2 lit. (b) ch. (xxi) CPI.
[41] Art. 8 §2 lit. (c) ch. (i) et (ii) CPI.
[42] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Traitement inhumain, p. 129.

Ces éléments sont identiques à ceux que l'Assemblée établit pour le crime de guerre de torture, à l'exception d'un élément supplémentaire propre à la torture, qui s'insère en deuxième place et se lit comme suit : « *2. L'auteur a infligé cette douleur ou ces souffrances afin, notamment, d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre; ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination, quelle qu'elle soit* » [43].

Les éléments sont les mêmes pour les autres crimes de guerre de traitement inhumain ou de traitement cruel, ce deuxième élément propre à la torture étant simplement omis dans tous les cas [44]. En ce qui concerne les atteintes à la dignité de la personne, les Eléments des crimes ne font que reprendre la lettre du Statut, sans apporter d'autre précision [45].

En conclusion, la torture et les traitements inhumains et cruels infligent une douleur ou des souffrances aiguës à la victime, alors que ces mêmes souffrances sont qualifiées de « *grandes* » en tant que crime contre l'humanité. Si l'on se souvient que, conformément au quatrième paragraphe de l'introduction générale aux Eléments des crimes, il n'est pas utile que l'auteur ait porté un jugement de valeur quant à la gravité des souffrances infligées, il devient réellement délicat de distinguer un crime de l'autre, ce dont Knut Dörmann convient également [46].

[43] *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Torture, p. 129.
[44] Voir *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, p. 130 et Traitement cruel, p. 149.
[45] Voir *Eléments des crimes*, Crimes de guerre, Atteintes à la dignité de la personne, pp. 143 et 150.
[46] Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes*, pp. 51-55, *ad* art. 8 §2(a)(ii) CPI.

IV. Cas pratique : l'affaire *Krnojelac*

L'affaire *Krnojelac*, jugée par une Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est la plus développée en matière d'autres actes inhumains, réprimés sur la base de l'article 5 lettre (i) du Statut de ce Tribunal. Ces cas pratiques permettent de relever un lien constant entre les crimes contre l'humanité de torture et d'autres actes inhumains d'une part, et entre crimes contre l'humanité et crimes de guerre de traitements inhumains ou cruels d'autre part.

La Chambre de première instance s'intéresse tout d'abord aux éléments qualifiés de traitements cruels et d'actes inhumains dans l'acte d'accusation, premièrement en rapport avec les coups reçus par les détenus à leur arrivée à la prisons :

« *190. The Prosecutor has alleged in par 5.5 that FWS-71 was beaten, kicked and hit with rifle butts by soldiers when he arrived at the KP Dom in a group of 21 detainees on 25 May 1992.*

191. The Trial Chamber is satisfied that, on that date, FWS-71 was transported from the police station in Herceg-Novi to the KP Dom in a group of 21 detainees. On arrival, these men were met by a group of about ten individuals in uniforms. These soldiers started beating the Muslim detainees one by one as they were getting off the bus. The soldiers lined them up against the wall of the KP Dom and struck each one with a rifle butt. During the beatings, the soldiers used expletives and offensive language. FWS- 71 was kicked and hit a number of times by several soldiers during this incident. His mistreatment resulted in a bruise on his right shoulder which was clearly visible for between five and ten days. He also had pain around the rib cage and in the shoulder area. Slavko Koroman, Zoran Mijovic and Milenko Elecic of the regular KP Dom prison guard staff were present at the entrance to the KP Dom building, right next to where the detainees were lined up, when the incident occurred. These guards did not react at all while the detainees were being beaten » [47].

D'autres situations virent également les détenus roués de coups, que la Chambre de première instance considère comme, tout à la fois, constitutives de crimes contre l'humanité d'autres actes inhumains, au sens de l'article 5 lettre (i) de son Statut, et de violation des lois et coutumes de la guerre en tant que traitement cruel, au sens de son article 3 :

« *197. Par 5.9 alleges that the disabled detainee Edhem Gradisic, who also suffered from epilepsy, complained about the small food rations and, as a result, was beaten and kicked by three unidentified KP Dom guards.*

198. The Trial Chamber is satisfied that this incident has been established. The incident took place sometime during the summer of 1992, while detainees were lining up for food. One of the KP Dom guards, Dragomir Obrenovic, beat Gradisic so hard that he fell across the canteen. While he was lying there on his stomach, two other KP Dom guards named Perisic and Kunarac took him by his feet and dragged him out of the canteen, down the rickety stairs into the yard, and then to an isolation cell. The Trial Chamber is satisfied that the treatment meted out to Gradisic amounted to cruel treatment pursuant to Article 3 and inhumane acts pursuant to Article 5(i) of the Statute.

199. Par 5.10 alleges that in July 1992 a detainee with the nickname "Pace" was beaten by KP Dom guard Pedrag Stevanovic while he was lining up in front of the canteen.

[47] TPIY, Krnojelac, §§190-191 ; les témoins dont l'identité est protégée sont désignés par des codes, tel *FWS-71.*

200. The Trial Chamber is satisfied that, sometime in August 1992, KP Dom guard Predrag Stefanovic told detainee Nihad Pasovic, nicknamed "Pace" and "Paco", not to carry his tray in only one hand while lining up for lunch in the canteen. He then ordered him to step out of line and started slapping him and kicked his ankles. A group of other KP Dom guards was sitting close by but did not intervene. The Trial Chamber is not satisfied that this mistreatment is serious enough to amount to cruel treatment pursuant to Article 3 or inhumane acts pursuant to Article 5(i).

201. Par 5.11 alleges that unidentified soldiers from outside the KP Dom approached FWS-137 on several occasions between April and December 1992 while on his way to or from the canteen in a group, and assaulted him and other detainees while KP Dom guards watched without interfering.

202. The Trial Chamber is satisfied that, on one occasion in April 1992, FWS-137 received one or two blows from soldiers in the compound when he was coming back from breakfast. The guards of the KP Dom intervened and attempted to separate the detainees and soldiers. The treatment of FWS-137, although no doubt painful, does not reach the level of severity required by either offence charged under that paragraph of the Indictment.

203. Par 5.12 alleges that, sometime at the end of October or beginning of November 1992, Dr Amir Berberkic and D'evad S Lojo were assaulted on their way from the canteen by unidentified soldiers from Nevisenje in the presence of KP Dom guards.

204. The Trial Chamber is satisfied that, on or around 30 October 1992, soldiers with automatic rifles assaulted detainees in the kitchen and forced them to bend their heads. Those who did not bend their head low enough or quickly enough were hit. Berberkic received several blows which did not lead to any serious injuries but which resulted in pain above his right ear and which was later accompanied by swelling and bruises. Lojo was hit as well, but there is no indication of the nature and severity of the beating. The KP Dom guards who were present appeared to be frightened and did not intervene. The treatment of both Berberkic and Lojo does not reach the required level of severity implicit in the offence of cruel treatment pursuant to Article 3 or inhumane acts pursuant to Article 5(i).

205. Par 5.14 alleges that, during their confinement, detainees were subjected to sudden arbitrary beatings by guards of the KP Dom or soldiers from outside the KP Dom. This usually took place during the evenings. KP Dom guards are alleged to have led soldiers to various cells to select detainees for beatings, as described in par 5.15, 5.16 and in Schedule A to the indictment. These are dealt with separately below.

206. Par 5.15 alleges that Džemo Balic (Z.B.) was beaten severely by a Serb soldier from outside the KP Dom on 10 June 1992 and that he was thereafter locked up in solitary confinement for about a month. It is further alleged that Balic became deaf as a result of the beatings.

207. The Trial Chamber is satisfied that par 5.15 has been established. Džemo Balic was called out once in June or July 1992, while the detainees were lining up for lunch, and taken to the administration building gate. After the detainees returned to room 18, they heard Balic's screams and the sounds of beating from the area of the gate. The sounds came from the former visitor's room in the administration building. When Balic was brought back into his room a month later, he looked badly beaten and his face was yellow. Balic told his roommates that he had been beaten badly by KP Dom guard Cicmil in the administration building before being taken to a solitary confinement cell; as a result, he said, he was deaf in one ear and he had pain in his ribs. KP Dom guard Milenko Burilo was present when the beating took place, but he did not participate.588 The Trial Chamber is satisfied that the treatment of Džemo Balic amounted to cruel treatment pursuant to Article 3 and inhumane acts pursuant to Article 5(i) of the Statute.

208. Par 5.16 alleges that, on 11 July 1992, two KP Dom guards took FWS-71 to the solitary confinement cells and beat him with various objects for about 20 minutes until he fainted. FWS-71 allegedly suffered bruises all over his body.

209. The Trial Chamber is satisfied that this incident has been established. On 11 July 1992, FWS-71 was taken out of room 11 and was beaten for about 15 minutes by KP Dom guards Dragan Obrenovic and Zoran Matovic in the corridor in front of room 11. He was kicked in the chest, around the kidneys, and once slapped in the face. The guards were armed with semi-automatic rifles at the time, but it has not been established that they used them or any other object to beat FWS-71. Nor has it been established that FWS-71 fainted in the course of the beating. He started feeling pain in his lungs and above the right kidney from the beatings after a couple of days, which he said then lasted for about 10 to 15 days. The Trial Chamber is satisfied that the treatment of FWS-71 is serious enough as to amount to cruel treatment pursuant to Article 3 as well as inhumane acts pursuant to Article 5(i) of the Statute » [48].

D'autres cas de passage à tabac permettent à la Chambre de première instance de considérer que certains de ces actes ne revêtent pas une gravité suffisante pour être constitutifs d'actes inhumains :

« *The Trial Chamber either considers that there is insufficient evidence as to the level of pain inflicted upon several of the victims listed in Schedule A, or is not satisfied that the mistreatment in question established was serious enough to conclude that inhumane acts pursuant to Article 5(i) or cruel treatment pursuant to Article 3 have been committed against those individuals* » [49].

D'autres, au contraire, revêtent ce caractère :

« *214. The allegations contained under A 7 have been established. Ahmet Duric was kept with fifteen other persons in an isolation cell for three or four days after they had been brought to the KP Dom. At night, around 22 or 23 April 1992, persons in uniforms and army trousers came to the cell with torches. The detainees were told to look straight into the torches which the soldiers aimed directly into their eyes. Those who could not keep their eyes open or who averted their eyes from the light were hit. Duric was kicked so hard in the head that a fellow detainee testified that his face was all blue and a huge blister had formed by the following morning. The Trial Chamber is satisfied that the treatment inflicted upon Duric is sufficiently serious as to amount to cruel treatment pursuant to Article 3 and inhumane acts pursuant to Article 5(i).*

215. The Trial Chamber is satisfied that the allegations involving Kemo Kajgana (A 10) and Fikret Kovacevic (A 12) have been established. Fikret Kovacevic was taken out of the isolation cell, where he was being held together with Ahmet Duric (A 7), Ahmet Hadžimusic and Kemo Kajgana, and was beaten. Hadžimusic was in the room adjacent to where the beatings occurred and did not see but could hear the beatings taking place. At some point, the persons administering the beatings took the detainee Kajgana out of the cell and told him that his neighbour Kovacevic was asking for him. They instructed Kajgana to beat Kovacevic with the baton. Since Kajgana beat his fellow detainee only very gently, the baton was taken away from him and he was beaten himself to demonstrate how to administer real blows. Next, the baton was handed to Kovacevic who was also forced to beat Kajgana. The Trial Chamber is satisfied that the mistreatment inflicted upon both victims, Kajgana and Kovacevic, is sufficiently serious as to amount to cruel treatment pursuant to Article 3 and inhumane acts pursuant to Article 5(i) » [50].

---

[48] TPIY, Krnojelac, §§197-209.
[49] TPIY, Krnojelac. §211.
[50] TPIY, Krnojelac, §§214-215.

Entretenant la confusion entre torture et autres actes inhumains, la Chambre de première instance consacre un chapitre de son jugement aux « *Torture, cruel treatment and inhumane acts* », aux événements suivants notamment :

« *216. As a preliminary matter, the Trial Chamber notes that not every incident pleaded in the Indictment amounts to a serious violation of international humanitarian law, and that, whilst surrounding circumstances must be taken into account, not every alleged incident of torture in the instant case has been established. In this first section, it is alleged that severe pain was inflicted for the prohibited purpose of punishing the victims.*

(…) 219. The Trial Chamber is satisfied that, on 8 August 1992, FWS-54 was beaten by a KP Dom guard named Pilica Blagojevic as punishment for giving a fellow detainee an extra slice of bread contrary to orders. As a result of the beating, FWS-54 was seriously bruised and lost a few teeth. After the beating, he was locked up in solitary confinement for three or four days. Despite the degree of seriousness of the physical abuse, the condition of the victim prior to his beating and isolation, the consequences of the beating upon the victim and the fact that punishment was meted out for a minor breach of the prison regulations, the Trial Chamber is not satisfied that the acts in question should be regarded as torture pursuant to the definition given above. Although the losing of teeth and the bruising of the body constitute a serious infringement upon the victim's well-being, they do not, in the circumstances of this case, reach the degree of severity implicit in the definition of torture. Torture is among the most serious abuses upon physical or mental integrity. Further, and crucially, in case of doubt as to whether or not the act is serious enough to amount to torture, the Accused should have the benefit of that doubt, and the acts for which he is charged should be considered under the heading of the less serious offence, namely cruel treatment under Article 3 or inhumane acts under Article 5(i).

220. In the present instance, the Trial Chamber is satisfied that the allegations contained in par 5.18 have been established and that they amount to cruel treatment pursuant to Article 3 of the Statute as well as inhumane acts pursuant to Article 5(i) of the Statute » [51].

La limite entre la torture comme crime contre l'humanité, au sens de l'article 5 lettre (f), la torture ou les traitements inhumains comme infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, au sens de l'article 2 lettre (b), et le crime contre l'humanité d'autres actes inhumains, au sens de l'article 5 lettre (i) du Statut de ce Tribunal n'est manifestement pas claire :

« *233. The Trial Chamber is satisfied that, in the presence of the Accused, detainees were told by Todovic that, because of Zekovic's escape, all food rations would be halved, and that work and medical treatment would be forbidden. This punishment actually lasted for at least ten days. All rooms were searched and medicines were seized. In addition, following the escape, several detainees, all work companions of Zekovic, were severely beaten by KP Dom guards as punishment for Zekovic's escape or in order to obtain information about his whereabouts. The Accused denied having been aware of any punishment inflicted as a result of Zekovic's escape. The Trial Chamber does not accept his evidence; nor did his evidence cause the Trial Chamber to have any reasonable doubt as to the truth of the Prosecution witnesses on this issue. FWS-73 was beaten and kicked with boots on the head and on his lower back so brutally that he continues to the present day to suffer from the consequences of his mistreatment. Furthermore, a group of detainees, including some of those who had been beaten, were locked in solitary confinement for varying periods of time. FWS-73 stayed in an isolation cell for 12 days.*

234. The Trial Chamber is satisfied that those various instances of mistreatment were aimed at either obtaining information from those detainees who might know something about

[51] TPIY, Krnojelac, §§216-220.

Zekovic's escape plan or whereabouts following his escape, or punishing them for his failed attempt, or because they were suspected of having played a part in his escape.

235. In view of the seriousness of the treatment inflicted upon FWS-73, the Trial Chamber is satisfied that this treatment amounted to torture within the meaning of the definition given above. The Trial Chamber has also taken into account the fact that, following those beatings, FWS-73 was not given any medical treatment but was instead returned to the isolation cells where he was left lying on the floor with just one blanket to be shared between two detainees. Food rations, which were already largely insufficient, were halved.

236. In respect of FWS-110, FWS-144, Muhamed Lisica and the other unidentified detainees referred to in paragraph 5.21 of the Indictment, the Trial Chamber is not satisfied that the beating and other mistreatment which they suffered demonstrates a sufficient degree of gravity as to amount to torture. However, the combined effect of solitary confinement for a short period of time, the intentional deprivation of necessary food for several days, resulting from the halving of already minimal quantities of food, and the beatings which were meted out to some of them were in combination sufficient to reach the level of suffering required by the definition of inhumane acts under Article 5(i) as well as cruel treatment under Article 3 of the Statute » [52].

Il en est de même dans cet autre passage du jugement :

« *252. The Trial Chamber is satisfied that, while he was detained at the KP Dom, Salem Bico, another Muslim detainee, was taken out and beaten by guards of the KP Dom, or policemen from outside the KP Dom, on repeated occasions. Like Zulfo Veiz, he was taken out of his room sometime in June or July 1992, and he never came back. Screams and moans and finally shots were heard coming from the administrative building on the night he was taken. Although the Trial Chamber is satisfied that the beatings were of a very severe nature, there is no evidence that the beating was pursued for any of the listed prohibited purposes rather than being purely arbitrary. Consequently, the Trial Chamber is not satisfied that the mistreatment of Salem Bico amounted to torture pursuant to Article 3 and Article 5(f) of the Statute. The abuse was, however, of such a nature as to qualify as inhumane acts under Article 5(i) as well as cruel treatment under Article 3 of the Statute, and the Trial Chamber is accordingly satisfied that all the elements of those two offences have been established* » [53].

[52] TPIY, Krnojelac, §§233-236.
[53] TPIY, Krnojelac, §252. La Chambre de première instance poursuit son raisonnement en rapport à des faits comparables, voir §§253-320.

V. L'*actus reus* des autres actes inhumains

Il semble couramment admis que ce dernier élément représente une catégorie résiduelle des crimes contre l'humanité, uniquement destiné à maintenir ouverte la liste de ses actes constitutifs, afin d'être sûr que l'inhumanité d'autres actes oubliés n'échappe à une juste et nécessaire répression. Il trouve sa source dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg : « *This category of 'other inhumane acts', first included in Article 6(c) of the Nuremberg Charter, has been maintained since then to ensure that there be no lacuna in the law with regard to categories of crimes against humanity that need to evolve to catch up with the imagination and creativity of criminals against humanity* » [54].

La Commission du droit international, dans la version de 1996 de son projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, retrouve le principe de la liste non exhaustive de crimes, en limitant toutefois l'ouverture à « *d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves* » [55]. La Commission souligne les éléments suivants, dans le commentaire qu'elle apporte à cette disposition : « *La Commission s'est rendu compte qu'il était impossible d'établir une liste exhaustive des autres actes inhumains qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité. Cependant deux critères dominent cette notion : d'une part, elle n'est censée recouvrir que des actes différents de ceux qui sont énumérés dans les alinéas précédents, mais de même gravité ; d'autre part, il faut que l'acte considéré cause un préjudice à un être humain en l'atteignant dans son intégrité physique ou mentale, sa santé ou sa dignité. L'alinéa offre deux exemples de types d'actes qui rempliraient ces deux conditions, à savoir la mutilation et les autres sévices graves* » [56].

L'approche du Statut de la Cour pénale internationale n'est pas identique. L'article 7 du Statut définit, nous l'avons déjà mentionné, 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* » [57]. Deux éléments ressortent de cette définition, premièrement, des actes inhumains de caractère analogues au autres actes énumérés à l'article 7 du Statut et, deuxièmement, le fait que ces actes causent de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

A. Des actes inhumains de caractère analogue aux autres crimes contre l'humanité

La première exigence de l'article 7 en rapport avec ces autres actes inhumains, est qu'ils soient d'un caractère analogue aux autres crimes contre l'humanité. Machteld Boot souligne en ce sens que « *Paragraph 1(k) covers acts which must be of a character similar to those referred to in paragraph 1. This refers to acts of the 'murder' type, but also to persecution and the crime of apartheid. These last two crimes include acts which do not necessarily amount to 'great suffering, or serious injury to body or to mental or physical*

[54] Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 126 ; voir également Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 80-81.
[55] art. 18 lit. (k) Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, CDI 1996.
[56] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Commentaire à l'article 18 lit. (k), p. 245.
[57] art. 7 §1 lit. (k) CPI.

health', but are regarded as inhumane in and of themselves, such as enacting discriminatory legislation » [58].

Kriangsak Kittichaisaree estime, quant à lui, que l'exigence d'un caractère analogue aux autres crimes contre l'humanité s'explique par le caractère imprécis et ouvert de cette disposition : « *This is intended to rein in the imprecise and open-ended nature of this provision* » ; il ajoute même : « *One may question whether 'other inhumane acts' that are crimes against humanity extend to acts against property. The preferred view is that such inhumane acts are not confined to acts against life and limb. Pillage, plunder, arbitrary destruction or expropriation of public and private property may cause 'great suffering, or serious injury to the … mental … health' of the victim* » [59].

Ce caractère analogue exigé d'un crime aux autres crimes contre l'humanité est déjà connu du Statut de la Cour pénale internationale : le crime d'apartheid est lui aussi constitué d'actes inhumains analogues à ceux que vise l'article 7 paragraphe 1 du Statut [60].

Nous ne sommes pourtant pas ici face à l'ouverture des crimes contre l'humanité d'une manière « *analogue* » aux autres instruments internationaux en la matière, essentiellement le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et ceux des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Ces instruments, par la seule mention d' « *autres actes inhumains* », sans plus de précision, laissent effectivement aux juges la liberté de déterminer quels sont, dans les circonstances de chaque espèce, ces autres actes inhumains. Le Statut de la Cour pénale internationale innove sur ce point et précise ce qu'ils sont. Ainsi, il n'ouvre pas mais clôt la liste des crimes contre l'humanité par une incrimination aussi précise et aussi peu résiduelle que les autres actes énumérés à l'article 7 paragraphe premier, qui leur est ainsi analogue. Ces autres actes inhumains sont en effet ceux qui causent de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

B. Des actes causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale

Machteld Boot estime également que l'exigence que ces autres actes inhumains causent intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale, est importante au regard du principe de la légalité : « *The purpose of this phrase was to avoid a possible violation of the principle nullum crimen sine lege by limiting the clause of other inhumane acts. By limiting this catchall provision to acts 'intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health', the inhumanity of the act must both be judged by its consequences and by the (inhumane) nature of the act as such. Therefore, acts that do not amount to a violation of paragraph 1 (a)-(i) might not be covered by paragraph (k)* » [61].

Il nous semble difficile de parvenir à la même conclusion. En effet, si ces autres actes inhumains doivent également s'avérer constitutifs de l'un ou l'autre des

[58] Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit. (k) CPI, p. 156.
[59] Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 127.
[60] Voir *supra* chapitre 14.
[61] Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit. (k) CPI, p. 156.

crimes contre l'humanité, tels que l'article 7 paragraphe 1 du Statut en donne la liste, ils n'ont aucune utilité. Ce n'est donc pas soutenable.

Bien plus, et à la suite de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il faut relever la ressemblance entre cette incrimination et l'une des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, que l'on retrouve dans le Statut de la Cour pénale internationale, en tant que crime de guerre, à l'article 8 paragraphe 2 lettre (a) chiffre (iii) [62]. C'est plus qu'une ressemblance. Il faut en conclure que l'incrimination de ces autres actes inhumains complète celle de torture, en couvrant plus largement les atteintes graves à l'intégrité physique et à la santé physique ou mentale.

Il est intéressant de relever en ce sens les Eléments des crimes établis par l'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale pour ce crime de guerre : « *1. L'auteur a causé de grandes douleurs ou souffrances, physiques ou mentales, ou a porté gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé d'une ou de plusieurs personnes* » [63]. De la même manière, pour ce crime contre l'humanité, l'Assemblée établit ainsi ses éléments constitutifs : « *1. L'auteur a, par un acte inhumain, infligé de grandes souffrances ou porté gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale de ses victimes* » [64]. Ces deux crimes sont donc parfaitement comparables, le contexte seul dans lequel ils sont commis permettant de les distinguer.

En conséquence, ces autres actes inhumains ne servent pas à ouvrir la liste des crimes contre l'humanité à d'autres actes que ceux spécifiquement énumérés, mais simplement à incriminer comme crime contre l'humanité, les atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé mentale ou physique, en complément de la torture.

Notre analyse est conforme à l'exigence de l'article 22 paragraphe 2 du Statut, selon lequel la définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. Elle est également conforme au droit international des droits de l'homme, qui interdisent tout ensemble la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dans le sens de l'article 21 paragraphe 3 du Statut.

Toutefois, il ne semble pas que les notions de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, recouvrent exactement ces actes inhumains causant de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale. En effet, les traitements dégradants ne nous paraissent pas devoir être reconnus d'une gravité en eux-mêmes suffisante pour constituer un crime contre l'humanité. Il n'en sont toutefois pas exclus : c'est une question de fait de déterminer si un acte donné correspond ou non à ce niveau de l'infraction et il est envisageable qu'un traitement dégradant cause de grandes souffrances ou porte gravement atteinte à la santé mentale de la victime, de même qu'il l'est qu'un acte causant de grandes souffrances ou des atteintes graves à la santé mentale de la victime constitue également un traitement dégradant.

Ces actes inhumains sont donc ceux qui causent de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, physique ou mentale. Il ne faut pas, à notre sens, trop s'attarder à distinguer les souffrances aiguës de la torture, des grandes souffrances de ces autres actes inhumains. Il semble acquis que la torture revêt une gravité particulière, plus importante que celle des autres atteintes à

[62] Voir Machteld Boot, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, *ad* art. 7 §1 lit. (k) CPI, p. 156.
[63] *Eléments des crimes*, Crime de guerre, Fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, p. 130 ; les autres éléments de ce crime sont propres aux crimes de guerre.
[64] *Eléments des crimes*, Crime contre l'humanité, Autres actes inhumains, p. 127.

l'intégrité physique ou psychique et que, par conséquent, le niveau de souffrance infligée doit en être plus élevé. Ceci revêt toutefois un caractère bien affaibli dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui n'incrimine que les crimes les plus graves, conformément à son préambule, et il ne peut y avoir de distinction de gravité au sein des crimes contre l'humanité : comment envisager qu'un crime puisse être plus grave que le crime le plus grave ? Dans le cadre de ces autres actes inhumains, il convient d'analyser la gravité des souffrances endurées en rapport aux autres termes de la disposition. Il est possible d'en conclure que des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale provoquent de grandes souffrances, qui servent essentiellement à qualifier la gravité des atteintes portées à l'intégrité ou à la santé de la victime.

Toutefois, l'emploi de la conjonction « *ou* » entre les grandes souffrances et les atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale laisse également comprendre que ces grandes souffrances ne se limitent pas à de telles atteintes, même s'il est délicat d'imaginer quelles grandes souffrances ne provoqueraient ni atteinte à l'intégrité physique, ni atteinte à la santé physique ou mentale de la victime. Il semble en effet que, à la suite de la Commission du droit international, il faille surtout envisager cette disposition comme recouvrant les mutilations et les autres formes de sévices graves, ce qui devra s'apprécier selon les circonstances de chaque espèce.

C. Les châtiments corporels

Les châtiments corporels sont à rapprocher des autres actes inhumains et leur pratique généralisée ou systématique constitue manifestement un crime contre l'humanité. En règle générale, ils sont pratiqués conformément à la loi et non en la violant, dans un nombre fort restreint de pays. Par ailleurs, ce n'est pas là une pratique qui a attiré l'attention de l'opinion publique, comme c'est le cas par exemple, des questions liées à la peine de mort. Les juridictions internationales se sont peu penchées sur la question et aucune étude systématique du phénomène n'a été menée, à part le chapitre que lui consacre Nigel S. Rodley dans son ouvrage consacré au traitement des prisonniers en droit international.

Toutefois, le droit international traite de la question, notamment dans les Conventions de Genève de 1949 qui interdisent expressément les châtiments corporels à l'encontre des personnes au pouvoir de l'ennemi en situation de conflit armé de caractère international ou non international. Bien que non spécifiquement traités par le droit international des droits de l'homme, il existe d'évidents éléments permettant de conclure à leur interdiction.

Les châtiments corporels ne semblent subsister aujourd'hui que dans un nombre restreint de pays et être étranger à la plupart des codes pénaux nationaux. Les exceptions sont rassemblées dans quelques anciennes colonies britanniques ainsi que dans quelques pays appliquant la loi islamique, la *shari'a*. Le Swaziland est un exemple d'ancienne colonie britannique pratiquant les coups de verges ou de baguettes (« *caning* ») sur des mineurs pour certaines infractions. L'Arabie Saoudite est un exemple de pays appliquant la *shari'a* et administrant des châtiments corporels dans certaines circonstances, par exemple l'amputation de membres pour des vols d'objets d'une certaine valeur (« *Staqa* ») ou le brigandage (« *Hiraba* ») ; le fouet est la sanction de l'adultère (« *Zena* »), des fausses accusations d'adultère et des autres

comportements sexuellement déviants (« *Bhadf* ») et du fait de boire de l'alcool (« *Shohr al-Khamr* ») ; par ailleurs, lorsque le criminel a infligé une blessure à sa victime, une forme de loi du talion (« *Quesas* ») permet à la victime d'exiger l'infliction de la même blessure à l'auteur. Jusqu'à récemment, le Pakistan, qui est à la fois l'exemple d'une ancienne colonie britannique et un Etat islamique appliquant la *shari'a*, prévoyait le fouet comme punition d'une large variété d'infractions, avant qu'une loi de 1996 abolissant les châtiments corporels, jugés contraires à la dignité humaine pour les infractions ne figurant pas dans la *shari'a*, ne les laisse subsister que pour les infractions à la *shari'a* et, semble-t-il, à titre de mesure disciplinaire dans les prisons [65].

En 1949, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta une résolution dans laquelle elle apportait son plein soutien au Conseil de tutelle dans son soucis d'abolir immédiatement les châtiments corporels au Cameroun et au Togo sous administration britannique ainsi qu'en Nouvelle Guinée, recommandant également l'adoption de mesures effectives d'abolition des châtiments corporels, notamment le fouet, en Rwanda-Urundi [66]. Cette résolution ne précise pas quels sont les droits de l'homme violés par l'infliction de châtiments corporels, ses initiateurs estimant qu'il s'agissait là d'une violation de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme prohibant la torture et les autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants [67].

Les Nations Unies s'inquiétèrent également de la situation prévalant en Afrique du Sud dans les années 1970 où les personnes suspectées d'appartenir à la SWAPO, le mouvement de libération Namibien officiellement reconnu par les Nations Unies, étaient fouettées en public, sur la base de prétendue justice tribale traditionnelle. En règle générale, les autorités sud-africaines transféraient à de pseudo autorités tribales des personnes qu'elles détenaient sans procès et qui étaient ensuite publiquement fouettées. Le Conseil des Nations Unies pour la Namibie releva que « *the floggings generally leave the victims bleeding and unconscious* » [68]. Un groupe d'experts de la Commission des droits de l'homme récolta de nombreuses informations relatives à ces pratiques et conclut que l'usage du fouet est contraire aux coutumes et traditions tribales africaines et à toutes les normes de protection des droits de l'homme et de traitement des prisonniers [69], il appela des mesures « *aimed at bringing this cruel and barbaric form of punishment to an end* » [70]. La Commission des droits de l'homme adopta une résolution dans laquelle elle déplora « *that public floggings have become a shocking feature of the punishment of opponents of the apartheid policy* » [71].

La question des châtiments corporels revint devant un organe des Nations Unies, la Sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités, en 1984. Amnesty International et la Commission internationale des juristes déplorèrent cinquante-huit condamnations à l'amputation au Soudan, au moins trente-quatre d'entre-elles ayant été exécutées [72]. La Sous-commission adopta une résolution par laquelle elle notait « *the existence in various countries of legislation or*

[65] Voir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, p. 310.
[66] ONU Doc. A/RES/4/323 du 15 novembre 1949. Les parties du Cameroun et du Togo sous administration française ne connaissaient pas les châtiments corporels.
[67] ONU Doc. A/C.4/SR.172 (1950), §§11 et 26.
[68] ONU Doc. A/29/24 (1974), §§34-39.
[69] ONU Doc. E/CN.4/1159 (1975), §§260-271, chapter V B1(26).
[70] ONU Doc. E/CN.4/1159 (1975), §§260-271, chapter V B2(40).
[71] Commission des droits de l'homme, résolution 5 (XXXI), du 14 février 1975.
[72] ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1984/SR.23, §§34-39 et §§44-48.

practices providing for the penalty of amputation » et recommandait à la Commission des droits de l'homme de presser les Etats dont la législation autorisait de telles pratiques « *to take appropriate measures to provide for other punishment consonant with article 5* » de la Déclaration universelle des droits de l'homme [73].

En 1996, l'Arabie Saoudite contesta l'approche du Rapporteur spécial des Nations Unies pour la torture qui s'intéressa également aux cas de châtiments corporels. La Commission adopta, sans vote, une résolution selon laquelle « *[it] reminds Governments that corporal punishment can amount to cruel, inhuman or degrading punishment or even to torture* » [74]. La seule question qui subsiste après cette résolution est de déterminer quels pourraient être les châtiments corporels qui ne constitueraient pas de la torture ou des autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants.

Dans le domaine du droit international des conflits armés, les Conventions de Genève du 12 août 1949 sont dépourvues de toute ambiguïté sur la question. La troisième Convention interdit ainsi « *toute peine corporelle (…) et d'une manière générale, toute forme quelconque de torture ou de cruauté* » à l'encontre des prisonniers de guerre, en son article 87 paragraphe 3, tant comme sanction pénale que disciplinaire [75]. L'article 32 de la quatrième Convention de Genève adopte un langage différent, liant l'interdiction des châtiments corporels à celles du meurtre, de la torture, des mutilations et des expériences scientifiques ou médicales [76]. L'article 75 paragraphe 2 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève interdit également les peines corporelles, aux côtés du meurtre, de la torture et des mutilations, contre toutes les personnes protégées [77]. Enfin, l'article 4 du second Protocole additionnel interdit les peines corporelles en tant qu'atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes [78].

La plupart des instruments de droit international des droits de l'homme ne traitent pas explicitement des châtiments corporels. L'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus dispose que « *Les peines corporelles, la mise au cachot obscur ainsi que toute sanction cruelle, inhumaine ou dégradante doivent être complètement défendues comme sanctions disciplinaires* » [79]. Tout comme le droit international des conflits armés, les châtiments corporels sont reliés aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, dont l'illégalité est clairement acquise en droit international.

La Cour européenne des droits de l'homme eut à se pencher sur un cas de châtiment corporel infligé à un adolescent de quinze ans à l'île de Man. La Cour établit ainsi le déroulement de la punition infligée : « *M. Tyrer fut fustigé tard dans l'après-midi du même jour, en présence de son père ainsi que d'un médecin dont il avait attendu longtemps l'arrivée dans un poste de police. Il dut baisser son pantalon et son slip et se courber au-dessus d'une table. Deux agents de police le tenaient tandis qu'un troisième lui administrait son châtiment ; au premier coup, la verge se brisa en partie. Le père du requérant perdit son calme et après le troisième coup de verge 's'élança' sur l'un des agents ; il fallut le maîtriser* ».

---

[73] Sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités, résolution 1984/22 du 29 août 1984, voir ONU Doc. E/CN.4/1985/3 et E/CN.4/Sub.2/1984/43.
[74] Commission des droits de l'homme, résolution 1997/38, du 11 avril 1997.
[75] Voir CICR, Commentaire de la IIIème Convention de Genève, pp. 457-458, *ad* art. 87 §3.
[76] Art. 32 Conv. IV de Genève.
[77] Art. 75 §2 Protocole I aux Conv. de Genève.
[78] Art. 4 §2 Protocole II aux Conv. de Genève.
[79] Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, Règle 31.

La Cour analysa le caractère de cette affaire sous l'angle d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, excluant rapidement qu'il y eût torture ou traitement cruel ou inhumain. Restait l'analyse du traitement dégradant que la Cour mène ainsi : « *Les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. En outre, il s'agit de violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'Etat et infligées par sa police (…). Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne. On ne saurait davantage exclure que la peine ait entraîné des séquelles psychologiques néfastes. (…) Le caractère institutionnalisé de ces violences se combine de surcroît avec l'ensemble de la procédure officielle dont s'accompagnait le châtiment et avec la circonstance que les exécutants étaient entièrement étrangers au délinquant. (…) Examinant ces circonstances dans leur ensemble, la Cour conclut dès lors que l'on a soumis le requérant à une peine où l'élément d'humiliation atteignait le niveau inhérent à la notion de 'peine dégradante' (…). La honte de se voir administrer le châtiment sur le derrière nu en a dans une certaine mesure aggravé le caractère dégradant, mais elle n'a pas été le facteur unique ou déterminant* » [80].

En ce qui concerne l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a estimé sans ambiguïté, dans son commentaire général : « *In the view of the Committee the prohibition must extend to corporal punishment* » [81]. La Cour européenne des droits de l'homme a tendance à établir des distinctions entre torture d'une part, peines ou traitements inhumains d'autre part et, enfin, peines ou traitements dégradants. Le Comité des droits de l'homme n'est pas particulièrement enclins à établir de trop strictes distinctions entre les différentes formes de peines et traitements interdits [82].

Il apparaît donc que les châtiments corporels ont toute leur place au sein de ces 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, au sens de l'article 7 lettre (k) du Statut de la Cour pénale internationale.

[80] Arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, du 25 avril 1978, A26, §§33-35.
[81] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VI A, general comment 20(44), §5.
[82] Report of the HR Committee, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, general comment 7(16), §2 et ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VI A, general comment 20(44), §4. Voir également Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, pp. 309-321.

VI. La *mens rea*

La *mens rea* des autres actes inhumains, comme celle de tout crime au sein du Statut de la Cour pénale internationale, s'apprécie par rapport à l'article 30 du Statut, sauf disposition qui lui soit contraire. L'article 7 ne contient aucune dérogation en matière d'autres actes inhumains, qui ne font pas non plus l'objet d'un *dolus specialis* qui leur soit propre. La mention que ces actes doivent intentionnellement causer de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé mentale ne fait que répéter la condition générale d'intentionnalité, comme le relève la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale dans son introduction générale [83].

Au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur doit agir avec intention et connaissance. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou s'il entend provoquer une conséquence ou est conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou adviendra dans le cours normal des événements.

En ce qui concerne les autres actes inhumains, l'auteur doit avoir l'intention de causer de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale de la victime et il doit savoir que ce qu'il fait lui cause de grandes souffrances ou des atteintes graves à son intégrité physique ou mentale.

[83] Voir *Eléments des crimes*, Introduction générale, §§2 et 3, p. 116.

VII. Conclusion : les éléments constitutifs des autres actes inhumains de caractère analogue

L'Assemblée des Etats parties de la Cour pénale internationale établit ainsi les éléments constitutifs des autres actes inhumains, dont nous avons déjà cité le premier : « *1. L'auteur a, par un acte inhumain, infligé de grandes souffrances ou porté gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale de ses victimes. 2. Cet acte avait un caractère similaire à l'un quelconque des actes visés à l'article 7, paragraphe 1, du Statut. 3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant les caractéristiques de l'acte. 4. Ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. 5. 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* » [84]. Une note de bas de page accompagne le deuxième élément, qui précise que : « *Il est entendu que 'caractère' ou caractéristique se réfère à la nature et la gravité de l'acte* » [85].

Ces éléments n'apportent rien à notre réflexion. En effet, le premier se contente de reprendre le texte du Statut, le deuxième ne fait que reconnaître le caractère similaire des actes inhumains aux autres actes inhumains énumérés à l'article 7 paragraphe 1, la formulation du troisième est obscure, se référant seulement à l'intentionnalité habituelle de tous les crimes au sein du Statut et les deux derniers sont communs à tous les crimes contre l'humanité et répétés systématiquement [86].

En conclusion, et vu l'analyse qui précède, il convient donc de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs des autres actes inhumains comme crime contre l'humanité, qui viendront s'ajouter aux éléments généraux du chapeau de l'article 7 paragraphe 1, relatifs à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

A. Eléments matériels

1. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,
2. L'auteur :
    a. a infligé à une ou plusieurs personnes de grandes souffrances ; ou
    b. a gravement porté atteinte à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ; ou
    c. a gravement porté atteinte à la santé physique ou mentale d'une ou plusieurs personnes.

[84] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Autres actes inhumains, p. 127.
[85] *Eléments des crimes*, Crimes contre l'humanité, Autres actes inhumains, note 30, p. 127.
[86] Voir Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, *in* Roy. S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 106-108.

B. Eléments psychologiques

1. Intention

1. L'auteur entend, par son comportement, participer à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur entend :
    a. infliger à une ou plusieurs personnes de grandes souffrances ; ou
    b. gravement porter atteinte à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ; ou
    c. gravement porter atteinte à la santé physique ou mentale d'une ou plusieurs personnes.

2. Connaissance

1. L'auteur sait qu'une attaque généralisée ou systématique est en cours contre une population civile ; et
2. L'auteur sait :
    a. qu'il inflige à une ou plusieurs personnes de grandes souffrances ; ou
    b. qu'il porte gravement atteinte à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ; ou
    c. qu'il porte gravement atteinte à la santé physique ou mentale d'une ou plusieurs personnes.

Deuxième partie

De la responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale Internationale

Section 1

De la responsabilité pénale individuelle pour crimes contre l'humanité

Chapitre 16

La responsabilité pénale des individus pour crimes contre l'humanité

Les crimes contre l'humanité, comme les autres crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, apparaissent comme l'un des faits générateurs de la responsabilité pénale individuelle. Avec le Statut de la Cour pénale internationale, le droit international pénal détermine lui-même des faits individuels illicites considérés comme des crimes et rend ainsi l'auteur de l'infraction apte à en répondre pénalement.

La responsabilité pénale est individuelle. Seul celui qui a personnellement commis l'infraction peut en être reconnu pénalement responsable et il ne saurait y avoir, en droit international pénal, de responsabilité collective pour des crimes contre l'humanité commis. Nous avons eu l'occasion de relever, dans l'analyse des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité, la dimension éminemment collective nécessaire à leur commission. C'est dans une somme d'actions individuelles qu'ils trouvent leur réalisation et c'est une somme de responsabilités individuelles qui en répondra. Imputer la responsabilité des crimes contre l'humanité à toutes les personnes qui y ont participé révèle la difficulté et l'importance de déterminer l'élément intentionnel de chacun et son niveau de participation, à la lumière des articles 25 à 33 du Statut de la Cour pénale internationale.

Le principe de la responsabilité pénale individuelle est maintenant considérée comme relevant du droit international coutumier. Déjà en 1928, Henri Donnedieu de Vabres écrivait : « *Evidemment, il est plus facile de mettre la main sur un criminel en chair et en os, de le conduire à La Haye sous bonne escorte et de l'y garder dans une cellule que d'infliger ce traitement à un Etat ! Mais si on pénètre dans le détail, que de complications !* » [1]. Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, le premier, prévit, en son article 6, sa compétence pour « *juger et punir toutes personnes qui (…) auront commis, individuellement ou à titre de membre d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants*…». L'acceptation universelle du principe de la responsabilité pénale individuelle en droit international a été affirmée, d'une

[1] Henri Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 408.

manière devenue depuis justement célèbre, par le Tribunal : « *Enough has been said to show that individuals can be punished for violations of International Law. Crimes against International Law are committed by men not by abstract entities and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International Law be enforced* » [2]. La responsabilité pénale individuelle a d'ailleurs été retenue comme le premier des Principes du droit international consacrés par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg [3].

La Commission du droit international, dans ses différents projets de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a tenu à réaffirmer le principe de la responsabilité individuelle. Dans son rapport de 1996, la Commission releva à ce sujet, que la disposition qui lui y est consacrée « *est rédigé[e] en des termes généraux pour réaffirmer le principe général de la responsabilité pénale individuelle dans le cas de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qu'ils soient ou non énumérés dans le présent Code* » [4].

Les Statuts des deux tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda comportent des dispositions prévoyant leur compétence à « *l'égard des personnes physiques* » [5], lorsque celles-ci ont « *planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime* » [6]. Ces dispositions prévoient tant la responsabilité de l'individu, quelle que soit sa qualité officielle, que celle du supérieur hiérarchique et de l'exécutant.

La jurisprudence de ces deux tribunaux a clairement affirmé le caractère coutumier de la responsabilité pénale individuelle, qui, aujourd'hui, n'est plus contestée : « *The principle that an individual may be held criminally responsible for planning, assisting, participating or aiding and abetting in the commission of a crime is firmly based in customary international law* » [7].

Néanmoins, la poursuite des « *personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire* », telle que la prévoient les Statuts de ces deux tribunaux, a connu certaines limitations dans leur perception. Ainsi le Comité des juristes français chargé d'étudier sa création estimait que le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie devait poursuivre les décideurs politiques, les donneurs d'ordre ainsi que les simples exécutants, à l'exclusion semble-t-il des personnes privées [8]. De même le Rapporteur spécial Degni-Segui souligna-t-il dans son rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda que « *il sera pratiquement impossible au Tribunal international de connaître de tous les cas de personnes présumées responsables. Au Tribunal international reviendra sans doute la compétence de connaître des cas des grands criminels, ceux qui ont conçu, organisé et fait exécuter les crimes contre l'humanité et aux tribunaux nationaux ceux des personnes présumées responsables se trouvant sur le ressort de leur territoire national* » [9]. Le premier Procureur général de ces tribunaux, Richard Goldstone, confirmait cette approche en décidant de ne cibler que les principaux

---

[2] Tribunal Militaire International de Nuremberg, Jugement, p. 447.
[3] Principes du droit international consacrés par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg établis par la Commission du droit international et confirmés par l'Assemblée générale dans sa Résolution 95(I) du 11 décembre 1946.
[4] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, p. 156.
[5] Art. 6 TPIY et 5 TPIR.
[6] Art. 7 TPIY et 6 TPIR.
[7] TPIY, Kordic et Cerkez, §373
[8] Rapport du Comité des juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international destiné à juger les crimes commis en ex-Yougoslavie, ONU Doc. S/25266, pp. 22 et 23.
[9] *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda* soumis par le Rapporteur spécial R. Degni-Segui, en application du §20 de la Résolution S-3/1 du 25 mai 1994, ONU Doc. E/CN.4/1996/7, du 28 juin 1995.

dirigeants, qui sont les auteurs de la politique à l'origine des atrocités commises. Il s'agit là de l'établissement d'une politique criminelle réfléchie sur la base des moyens à disposition des deux tribunaux pénaux internationaux, ce qui ne peut évidemment pas être considéré, en tant que tel, comme une limitation du principe de la responsabilité pénale individuelle à ces dirigeants ou décideurs et à leurs exécutants [10].

Il convient donc maintenant d'analyser les principes établis par le Statut de la Cour pénale internationale en matière de responsabilité pénale individuelle, ce qui nous permettra de mettre en rapport la responsabilité de l'individu et celle d'autres entités, l'Etat ou une organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique, avant d'analyser les différentes manières de commettre des crimes contre l'humanité ou de participer à leur commission ; enfin, nous analyserons, toujours dans le Statut de la Cour pénale internationale, la tentative et le désistement dans la commission des crimes contre l'humanité et, très brièvement, aborderons la notion de concours en rapport avec les crimes contre l'humanité.

Il ne s'agit aucunement ici, pour nous, d'analyser globalement la problématique de la responsabilité pénale individuelle en droit international. Notre sujet se limite aux cas particulier du Statut de la Cour pénale internationale, en rapport à l'un des crimes fondant la juridiction de la Cour, les crimes contre l'humanité. C'est donc dans la continuité de notre approche de droit international pénal spécial que nous abordons ici l'analyse des modes de commission et de participation des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale.

[10] Voir Abdourahmane Niang, *Les individus en tant que personnes privées*, *in* Decaux, Ascensio, Pellet, *Droit international pénal*, p. 235.

I. La responsabilité pénale individuelle dans le Statut de Rome

L'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale reprend, dans une rédaction volontairement large, les principes de la responsabilité pénale individuelle. « *La Cour a compétence à l'égard des personnes physiques* » et « *Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut* » [11]. Lu conjointement avec les articles 27 et 28, il prévoit que l'individu est responsable, quelle que soit sa qualité de personne privée, d'exécutant ou de supérieur hiérarchique ou sa qualité officielle [12].

L'article 25 ne contient toutefois pas une compilation complète et définitive de tous les éléments essentiels de la responsabilité pénale individuelle, comme son titre pourrait le laisser penser. Les éléments de la responsabilité pénale dans le Statut de la Cour sont donc à chercher en partie dans l'article 25, en partie dans d'autres dispositions du Statut, tout en gardant en mémoire que certains éléments n'y sont pas codifiés [13].

L'article 25 porte sur la responsabilité individuelle des personnes, ses paragraphes 1 et 2 établissant la juridiction de la Cour sur les personnes physiques et proclamant leur responsabilité individuelle pour la commission des crimes contre l'humanité et la participation aux crimes, dont le paragraphe 3 décrit différentes formes, tout en élargissant la notion de responsabilité individuelle aux groupes de personnes agissant de concert [14].

Par contre, le principe de la légalité, principe cardinal selon lequel il n'existe pas de responsabilité criminelle autre que prévue par la loi, est exprimé aux articles 22 à 24 du Statut sous les titres, respectivement, de *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege* et *Non-rétroactivité ratione personae*. Les éléments subjectifs sont régis quant à eux par l'article 30 du Statut qui porte sur l'*Elément psychologique* et qui prévoit qu'une personne ne peut être reconnue responsable et punie d'un crime, que si elle a agi avec intention et connaissance [15].

Etablir la responsabilité pénale d'un individu ne se limite pas à déterminer l'existence d'éléments positifs tels que l'acte commis, l'intention et la connaissance de l'auteur, il faut également conclure à l'absence de certains éléments négatifs excluant la responsabilité de certaines personnes. Les modes d'exclusion de la responsabilité pénale sont traités principalement à l'article 31 du Statut pour la maladie ou déficience mentale, l'intoxication, la légitime défense et la contrainte, à son article 32 pour l'erreur de fait ou de droit, à son article 33 pour l'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi, sans oublier l'exclusion de juridiction de la Cour sur les personnes âgées de moins de dix-huit ans, conformément à l'article 26 [16].

---

[11] Art. 25 §§1 et 2 CPI.
[12] Voir art. 27 (*Défaut de pertinence de la qualité officielle*) et 28 (*Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques*) CPI, voir *infra* chapitres 17 et 18.
[13] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 768.
[14] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 770-771.
[15] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 771-772 ; sur la *mens rea*, voir *supra* chapitre 3.
[16] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 772-773 et *infra* chapitre 20.

Si le Statut de la Cour ne réglemente pas toutes les questions qui peuvent se poser dans ce domaine, il en codifie néanmoins l'essentiel et clarifie la situation telle qu'elle devra être appliquée par devant la Cour.

A. Définition de l'individu

1. Personne physique

L'article Premier du Statut prévoit que la compétence de la Cour peut s'exercer à l'égard « *des personnes* » pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale. Il ne semble pas y avoir de raison particulière à l'omission de la précision « *personnes physiques* ». L'article 25 énonce d'ailleurs clairement que la Cour est compétente, et uniquement compétente, à l'égard des personnes physiques. Quant à l'article 26, il prévoit que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard de personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment des faits. Ces dispositions établissent incontestablement que la Cour n'a compétence *ratione personae*, que sur les personnes physiques [17].

En établissant sa juridiction sur les personnes physiques et en proclamant leur responsabilité pénale, le Statut de la Cour pénale internationale limite également le champ de la responsabilité pénale en droit international à une responsabilité individuelle [18].

Ainsi, le Statut rejette implicitement la responsabilité pénale des corporations et autres personnes morales, y compris la responsabilité de l'Etat, ce qui s'inscrit dans la ligne du jugement de Nuremberg, même si quelques organisations y furent également considérées comme criminelles [19].

Ceci n'exclut toutefois pas la responsabilité de plusieurs individus, qui commettent ensemble des crimes contre l'humanité ou participent, à un titre ou un autre, à leur commission. Nous avons déjà relevé que les crimes contre l'humanité sous-entendent l'action de plusieurs personnes, qui peuvent en planifier la commission en se répartissant les actes à accomplir. L'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale prévoit également expressément la responsabilité de ceux qui commettent un crime au sein d'un groupe de personnes agissant de concert. Chacun restera toutefois responsable de ses actes et la responsabilité pénale ne portera pas sur le groupe de personnes en tant que tel mais sur chacun de ses membres comme autant d'individus [20].

---

[17] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 770.
[18] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 770.
[19] Voir Tribunal Militaire International de Nuremberg, Jugement, p. 447.
[20] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 779-780.

2. Personne privée

Est une personne privée au sens où nous l'entendons ici, l'individu qui n'a aucune qualité d'organe civil ou militaire de l'Etat, *de jure* ou *de facto*, occasionnel ou permanent, et agit sans aucun lien organique avec lui, en tant que simple particulier [21].

La particularité du droit international pénal, dans l'ensemble du droit international, est justement qu'il incrimine le comportement de personnes privées, qui agissent ou non au nom de l'Etat mais qui commettent bien personnellement des actes criminels extrêmement graves, que la communauté internationale a décidé de ne plus laisser impunis. Nous avons là une irruption en droit international de la personne privée, qui va bien au-delà des exemples connus jusqu'à présent, notamment dans le domaine des droits de l'homme, domaine dans lequel la personne privée apparaît comme titulaire d'un certain nombre de droits, peut exercer certains moyens pour en exiger le respect et demander réparation en cas de violation. En droit international pénal, il est clair que les personnes accusées des crimes les plus graves restent titulaires de l'ensemble des droits de l'homme, surtout du droit à un procès équitable, elles apparaissent néanmoins comme des criminels qui ont commis les actes les plus graves, universellement réprouvés. Ces personnes seront jugées, certaines condamnées, par des tribunaux internationaux (ex-Yougoslavie, Rwanda) ou par des tribunaux à caractère mixte, nationaux et internationaux (Sierra Leone, Timor Oriental, peut-être Cambodge) et, bientôt déjà, par la Cour pénale internationale.

Ces personnes privées resteront toutefois, vu le principe de complémentarité entre le Cour pénale internationale et les tribunaux nationaux, principalement soumises à leurs juridictions nationales [22]. Ce n'est que si leur pays n'est pas capable ou n'a pas la volonté de les juger pour les crimes sur lesquels la Cour pénale internationale a compétence que celle-ci pourra intervenir. C'est en effet prioritairement à l'Etat qu'appartient de faire respecter, par les personnes privées soumises à sa juridiction, les obligations leur incombant. Dans les développements des droits de l'homme et du droit international humanitaire notamment, c'est la qualité propre de personne privée qui a justifié la reconnaissance de certains droits ou garanties. Face aux crimes contre l'humanité, il convient de faire respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire garantis aux personnes privées en punissant d'autres personnes privées, qui se sont rendues coupables des exactions que nous avons analysées dans notre deuxième partie [23].

L'incrimination internationale couplée avec une répression internationale, comme c'est le cas par devant la Cour pénale internationale, n'autorisera plus les individus à invoquer une soumission exclusive, ni même prioritaire, à leur ordre juridique national. Les ordres juridiques nationaux et internationaux sont ainsi placés en concurrence directe.

Historiquement, le principe de la responsabilité des personnes privées trouve son origine dans la volonté des Etats de punir certains comportements jugés dangereux pour leur sécurité, notamment la piraterie en haute mer, la traite des

[21] Voir Abdourahmane Niang, *Les individus en tant que personnes privées*, *in* Decaux, Ascensio, Pellet, *Droit international pénal*, p. 225.
[22] Voir essentiellement art. 17 CPI.
[23] Voir *supra* chapitres 4 à 15.

esclaves, le trafic de stupéfiants. Depuis le développement qu'a connu le droit international avec les travaux des Tribunaux de Nuremberg, les crimes contre l'humanité peuvent être commis par des particuliers, par des agents publics ou par les deux, même si l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international ne prévoit que sa compétence à l'égard des personnes « *agissant pour le compte des pays européens de l'Axe* ». Ces personnes peuvent avoir agi individuellement ou comme membre d'organisations, mais il n'en demeure pas moins que sont principalement visés les « *dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot* », donc principalement des agents de l'Etat et non des personnes privées [24].

La Loi N° 10 du Conseil de Contrôle Allié prévoit largement la responsabilité des personnes ayant participé à la commission d'un crime international, sans tenir compte de la qualité, publique ou privée, dans laquelle elles ont agi [25]. C'était là une réelle évolution car sont responsables de leurs actes non seulement les personnes privées ayant agi à titre personnel, individuel, mais également les personnes qui ont à leur disposition la puissance de l'Etat, qui, de ce fait, commettaient des actes d'une toute autre ampleur.

Le principe de l'indivisibilité de la responsabilité pénale individuelle, issu des jugements de Nuremberg, signifie que l'individu qui agit en qualité de personne privée, ne peut aucunement trouver en elle la source d'une protection particulière ; il devra répondre des actes qui lui sont imputables. La responsabilité pénale individuelle n'est pas limitée aux seuls individus organes de l'Etat en tant qu'autorités politiques, militaires et civiles [26].

Ainsi, le Tribunal de Nuremberg a jugé qu'il n'y a aucune justification à limiter la responsabilité pénale aux seuls agents de l'Etat : « *Le Droit International comme tel lie tout citoyen, exactement comme le droit interne. Des actes jugés criminels lorsqu'ils sont accomplis par un agent du gouvernement sont également criminels lorsqu'ils sont commis par un simple particulier. La culpabilité ne diffère que quantitativement et non pas qualitativement. L'auteur dans les deux cas est accusé d'un tort individuel et la punition frappe l'auteur* in propria personna » [27].

Les principes de la responsabilité pénale individuelle consacrés par les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux, de même que par le Statut de la Cour pénale internationale, reflètent l'idée fondamentale que la responsabilité pénale individuelle à raison des infractions relevant de la compétence de ces Tribunaux déborde largement le cadre de la responsabilité directe. L'accusé peut en effet être tenu pénalement responsable des crimes commis par d'autres, au motif qu'il a ordonné, planifié, incité à commettre ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter ces crimes, ou parce qu'il n'a pas exercé ses devoirs de

---

[24] Voir Abdourahmane Niang, *Les individus en tant que personnes privées*, *in* Decaux, Ascensio, Pellet, *Droit international pénal*, p. 225.

[25] Voir art. 2 §2 Loi N° 10 : « *Any person without regard to (…) the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in §1 of this article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (f) with reference to §1 (a) if he (…) held high position in the financial, industrial or economic life of any such country* ».

[26] Voir Abdourahmane Niang, *Les individus en tant que personnes privées*, *in* Decaux, Ascensio, Pellet, *Droit international pénal*, p. 227.

[27] Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg, *Friedrich Flick et cinq autres (« The Flick Trial »)*, 20 avril-22 décembre 1947, *L.R.T.W.C.*, vol. IX, p. 18, cité *in* Abdourahmane Niang, *Les individus en tant que personnes privées*, *in* Decaux, Ascensio, Pellet, *Droit international pénal*, p. 228.

supérieurs hiérarchiques pour n'avoir pas empêché ou réprimé la commission d'un crime par ses subordonnés [28].

3. Âge

Pour la première fois, le Statut d'un tribunal pénal international fixe une limite d'âge, en dessous de laquelle la responsabilité pénale de l'individu ne peut être engagée devant lui. Cette limite a été fixée dans le Statut de Cour pénale internationale, à dix-huit ans au moment des faits : « *La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime* » [29].

La raison d'une telle réglementation était d'éviter les conflits avec les différents systèmes nationaux quant à l'âge à partir duquel une jeune personne peut être perçue comme pénalement responsable de ses actes et quant à la manière de juger de sa maturité. Il semble également que les auteurs du Statut reculassent devant les difficultés matérielles à juger des mineurs devant une juridiction pénale internationale et les soins particuliers nécessaires au traitement de ce genre de dossier. Le principe de complémentarité permet également de laisser aux juridictions nationales le soin de traiter de telles affaires. Comme le soulignent Roger Clark et Otto Triffterer : « *But taking into consideration that complementarity and thereby the priority of* national *criminal jurisdiction prevails anyhow, it appears not only justifiable but also preferable to leave the group under to the* national *courts. They are much better equipped to take care of the specific situation in which children have been when committing crimes under international criminal law* » [30].

Les enfants soldats, par exemple, ne pourront ainsi pas être jugés devant la Cour. La problématique en est d'ailleurs bien plus complexe que la simple analyse de leur responsabilité pénale [31].

4. Nationalité

Le Statut de la Cour pénale internationale ne prévoit pas le principe de l'universalité de juridiction mais dispose que la Cour peut exercer sa compétence si l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis ou celui dont l'auteur est le ressortissant est partie au Statut [32].

La nationalité est donc l'une des deux conditions à l'exercice de sa juridiction par la Cour, l'autre étant un lien de rattachement territorial. En conséquence, seuls les individus de la nationalité de l'un des Etats partie au moment des faits peuvent être poursuivis quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils ont commis leurs crimes. Sinon, ils ne peuvent être déférés devant la Cour que s'ils ont commis

[28] Voir TPIY, Delalic, §319 et TPIY, Blaskic, §265.
[29] Art. 26 CPI. A noter que le Statut de la *Special Court for Sierra Leone* (SCSL) abaisse cet âge à 15 ans, prévoyant toutefois un régime particulier pour les personnes accusées de crimes âgées de 15 à 18 ans, art. 7 SCSL.
[30] Roger S. Clark & Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 497-498, *ad* art. 26 CPI.
[31] Voir not. *supra* chapitre 7, dans lequel nous avons analysé la situation des enfants soldats sous l'angle de la réduction en esclavage.
[32] Voir art. 12 CPI.

leurs crimes sur le territoire d'un Etat partie ou si le Conseil de Sécurité en décide ainsi sur la base de l'article 13 du Statut.

B. Défaut de pertinence de la qualité officielle

1. Qualité officielle

La doctrine ancienne, dite de l'*Act of State*, fondée sur le principe de souveraineté des Etats, et sa conséquence directe de l'absence de juridiction d'un Etat sur un autre, donc sur ses agents, est aujourd'hui obsolète. L'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale vient comme une confirmation de l'évolution du droit international en la matière. Il prévoit en effet que la responsabilité pénale des individus commettant des crimes contre l'humanité ne souffre aucune exception [33].

Au regard de l'évolution du droit international depuis un demi siècle, une telle précision put sembler à certains superflue. Le projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international se contentait ainsi de préciser que la position officielle de telle ou telle personne accusée de crimes internationaux ne pouvait jamais être invoquée comme un motif d'exonération de sa responsabilité ni comme lui conférant une quelconque immunité [34].

La formule par laquelle s'ouvre l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale, prévoyant son application « *à tous de manière égale* », confirme une fois de plus que toute personne commettant un crime relevant de la compétence de la Cour doit être reconnue comme pénalement responsable et punie. C'est caractéristique de la volonté de juger tous les participants à la commission d'un crime, quelle que soit la forme de leur participation et leur qualité personnelle [35].

Il faut lire conjointement les articles 25, 27 et 28 pour leur donner toute leur signification. L'article 27 ajoute en effet aux dispositions de l'article 25 la garantie que les actes commis par une personne revêtant une qualité officielle et abusant de son pouvoir sont bien couverts par la juridiction de la Cour, rejetant ainsi toute impunité. L'article 28 va quant à lui plus loin, en tant qu'un supérieur, notamment militaire, sera souvent un organe de l'Etat [36]. Celui-ci se voit en effet non seulement privé de toute immunité qu'en d'autres circonstances le droit international lui accorderait, mais encore il peut voir sa responsabilité pénale engagée pour les actes de ses subordonnés, s'il a manqué à ses devoirs d'empêcher ou de réprimer les crimes commis ou sur le point de l'être [37].

L'expression « *capacité officielle* » employée dans l'article 27 paragraphe 1 décrit un concept général, illustré par quelques exemples. Ce concept englobe toutes les qualités officielles qui pourraient, selon l'ancienne doctrine de l'*Act of State*, protéger la personne qui en bénéficie de toutes poursuites pénales devant la Cour, lui accordant l'immunité nécessaire au maintien de son impunité. Ainsi, le concept de

---

[33] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 507, *ad* art. 27 CPI.
[34] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 40ème session*, 1988, ONU Doc. A/43/10, p. 71.
[35] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 508-509, *ad* art. 27 CPI.
[36] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 780.
[37] Voir *infra* chapitres 17 et 18, sous réserve toutefois de l'art. 98 CPI.

« *qualité officielle* » doit-il être largement interprété pour assurer qu'aucune position officielle, aussi élevée soit-elle, ne puisse exonérer l'auteur d'un crime de sa responsabilité pénale. Il a d'ailleurs en ce sens été précisé que l'article 27 est applicable aux qualités *de jure* et *de facto*, car une personne agissant effectivement comme Chef d'Etat ou de gouvernement, même sans aucune reconnaissance légale, doit pouvoir être jugée par la Cour [38].

Les différents exemples de qualité officielle donnés dans l'article 27 sont ceux de Chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent de l'Etat.

2. Chef d'Etat ou de gouvernement

Les fonctions de chef d'Etat ou de gouvernement ne font pas l'objet de difficultés particulières. Qu'il soit Roi ou Président de la République, le chef de l'Etat est la plus haute autorité de l'Etat conformément aux règles édictées le plus souvent dans sa constitution et il représente l'Etat sur la scène internationale. Le chef de gouvernement préside les travaux du gouvernement soit comme Président du Conseil des ministres soit comme Premier ministre [39].

La voie par laquelle une personne devient Chef d'Etat ou de gouvernement n'importe pas. Ce qui est décisif est le fait qu'elle occupe une telle position au sommet de l'Etat ou à la tête du gouvernement. Cette position peut être établie en conformité avec la loi du pays ou de toute autre manière, y compris par un coup d'Etat, si elle reçoit une reconnaissance significative de la communauté internationale [40].

3. Membre d'un gouvernement ou d'un parlement, représentant élu

Les membres d'un gouvernement ou d'un parlement sont toutes les personnes qui jouissent d'un siège dans l'un ou l'autre de ces organes, que ce soit au niveau national, fédéral ou local, indépendamment de la manière dont ces membres sont nommés ou élus. Le Parlement est, en règle générale, l'expression de l'élection par le peuple de ses représentants [41].

La mention du représentant élu tient compte également du développement des institutions démocratiques. Cette personne est bien un élu, quel que soit le système électoral adopté ; élu ne signifie pas seulement élu au suffrage universel, mais également au suffrage indirect, par l'un des organes de l'Etat. Toutefois, il semble que la notion d'élection se distingue clairement de celle de nomination ou de cooptation [42].

---

[38] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 509-510, *ad* art. 27 CPI.
[39] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 510, *ad* art. 27 CPI.
[40] Voir Emmanuel Decaux, *Les gouvernants*, *in* Decaux, Ascensio, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 183-199.
[41] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 510, *ad* art. 27 CPI.
[42] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 510-511, *ad* art. 27 CPI.

4. Agent de l'Etat

Il est admis, depuis longtemps, que les individus agissant comme des agents de l'Etat peuvent être soumis tant à la répression de leur Etat qu'à la répression internationale, même si ce n'est qu'avec le Statut de Rome qu'a pu naître une Cour pénale internationale permanente et que l'éventualité de poursuites pénales internationales avant elle n'était pas des plus fortes [43].

La notion d'agent de l'Etat peut être extrêmement large. Il y a tout d'abord les agents de l'Etat reconnus comme tels en droit international, ce qui recoupe les fonctions de chef de l'Etat et de chef du gouvernement que nous avons déjà vues et qui sont expressément nommées par le Statut, de même que le ministre des affaires étrangères, qui tous engagent leur Etat directement. Il y a ensuite les agents diplomatiques, soit les chefs de missions diplomatiques permanentes et les membres de leur personnel, divisés en membres du personnel diplomatique, qui ont la qualité de diplomates, membres du personnel administratif et technique, qui sont employés dans les services administratifs et techniques de la mission, et membres du personnel de service, qui sont employés au service domestique de la mission, au sens de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 [44]. La notion d'agent de l'Etat recouvre également le personnel des missions spéciales au sens de la Convention sur les missions spéciales de 1969, soit les chefs de mission et le personnel diplomatique d'une mission temporaire ayant pour tâche de traiter des questions déterminées et les représentants de l'Etat à une Conférence diplomatique, dans les mêmes subdivisions que la Convention de 1961 [45]. Les agents diplomatiques et les chefs d'Etats et de gouvernement ainsi que les ministres des affaires étrangères jouissent d'un statut particulier en droit international, du fait des immunités qui leur sont reconnues [46].

Il faut également comprendre par agent de l'Etat au sens du Statut de Rome, en suivant une interprétation large de la notion correspondant à la volonté des Etats parties que le Statut s'applique à tous de manière égale, toute personne qui, tant au niveau interne qu'international, représente l'Etat [47]. Ceci peut recouvrir notamment toute la hiérarchie militaire, du commandant en chef (qui est souvent le chef de l'Etat lui-même) au simple soldat, les membres civils de la fonction publique, enfin les personnes qui, *de jure* ou *de facto*, exercent une part de l'autorité de l'Etat, sur son territoire ou à l'étranger.

5. Conséquences pénales

L'article 27 du Statut affirme très clairement que la qualité officielle « *n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale* ». Par les mots « *en aucun cas* », cette disposition confirme qu'il n'y a aucune exception prévue par le Statut à son application à tous de manière égale. Quelle que soit la qualité officielle de la personne en cause, *de jure* ou

[43] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 502-505, *ad* art. 27 CPI.
[44] Voir art. 26 et 29 Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961.
[45] Voir art. 1 Convention sur les missions spéciales, ONU Doc. A/RES/2530 (XXIV) du 8 décembre 1969.
[46] Voir Patrick Dailler & Alain Pellet, *Droit international public*, pp. 740-748.
[47] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 510, *ad* art. 27 CPI.

de facto, réelle ou supposée, celle-ci est responsable pénalement de ses actes devant la Cour [48].

Il va de soi que toutes les personnes comparaissant devant la Cour doivent être traitées sans discrimination et que la qualité officielle des unes ne devant pas leur assurer d'avantages particuliers elle ne doit pas davantage leur être défavorable. Elles peuvent également bénéficier des causes spécifiques d'exclusion de la responsabilité telles que celles prévues à l'article 31 du Statut [49].

L'article 27 précise enfin, en son premier paragraphe, que la qualité officielle dont est revêtue une personne ne provoque pas en soi une mitigation de la peine. Au contraire, le fait qu'une personnalité officielle abuse de son pouvoir et commette un crime pourrait être perçu comme une circonstance aggravante. Il n'en demeure pas moins que les possibilités ouvertes par l'article 78 paragraphe 1 du Statut à une réduction de peine sont ouvertes de la même manière aux personnalités officielles et aux personnes privées [50].

C. Immunités et règles spéciales de procédure

Il convient de distinguer deux types d'immunités accordées aux individus organes de l'Etat en droit international, qui sont d'une part les immunités fonctionnelles ou *ratione materiae* et les immunités personnelles ou *ratione personae*. Les premières existent à l'avantage de tout individu organe de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions publiques, quand il agit donc pour le compte de l'Etat. Ceci signifie que de telles immunités ne couvrent que les actes accomplis dans l'exercice des fonctions publiques, actes qui sont attribués à l'Etat et non aux individus organes en tant que personnes privées. Comme il s'agit d'immunités liées à la nature de l'acte, leur validité dans le temps s'étend au-delà de la cessation d'activité de l'individu organe [51].

Les secondes, personnelles ou diplomatiques, sont accordées à certaines catégories d'individus organes exerçant leurs fonctions sur le territoire d'un Etat étranger afin d'assurer le libre exercice de leurs fonctions (*ne impediatur legatio*). Ce sont notamment les immunités dont bénéficient les agents diplomatiques. Elles sont liées au statut de ces organes de l'Etat et sauvegardent la fonction qu'ils accomplissent. Les immunités diplomatiques, si elles couvrent tant les actes accomplis pendant l'exercice du mandat officiel ou même avant, indépendamment de leur nature, ne survivent pas à la cessation de fonction. Les organes de l'Etat qui jouissent des immunités diplomatiques bénéficient concurremment des immunités fonctionnelles, qui coexistent tant que durent leurs fonctions [52].

La Cour internationale de Justice a eu l'occasion récente, dans l'affaire dite du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, opposant la République démocratique du Congo et la Belgique, de juger que le droit international établit clairement que les agents diplomatiques et consulaires, de même que certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, tels le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant

[48] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 510, *ad* art. 27 CPI.
[49] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 511, *ad* art. 27 CPI.
[50] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 511-512, *ad* art. 27 CPI.
[51] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 512-513, *ad* art. 27 CPI.
[52] Voir Patrick Dailler & Alain Pellet, *Droit international public*, pp. 748-753.

civiles que pénales. Les immunités accordées relèvent du droit international coutumier et sont reconnues, non pas à leur usage personnel, mais afin qu'ils s'acquittent librement de leurs fonctions pour le compte de l'Etat dont ils sont les représentants. La Cour précise « *qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son Etat avec tous les autres Etats, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'Etat et du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son Etat du seul fait de l'exercice de sa fonction* » [53]. La Cour estime que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères – et ceci vaut sans aucun doute pour les chefs d'Etat et de gouvernement – sont telles qu'il doit bénéficier d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger, pour toute la durée de sa charge [54]. La Cour conclut sur ce point qu'il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis à titre officiel et ceux commis à titre privé, pas plus qu'entre les actes commis avant l'entrée en fonction ou pendant l'exercice des fonctions [55]. La Cour prend soin de noter qu'immunité ne signifie pas impunité et que les concepts d'immunité et de responsabilité pénale individuelle sont nettement distincts, le premier revêtant un caractère procédural alors que le second touche au fond du droit [56].

Toutefois, face aux crimes internationaux les plus graves et notamment le crime contre l'humanité, on peut conclure de la pratique internationale qu'il existe une règle de droit international coutumier excluant le bénéfice de leurs immunités aux personnes mises en cause, en tout cas devant les juridictions internationales telles les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ou la Cour pénale internationale, ce que reconnaît la Cour internationale de justice dans l'affaire précitée [57]. Ces crimes ne sauraient être considérés comme entrant dans les fonctions des individus organes de l'Etat, ils ne sont pas des actes de l'Etat, comme l'a souligné la Chambre des Lords britannique en se prononçant sur l'immunité de Pinochet [58].

Les immunités et privilèges auxquels se rapporte l'article 27 paragraphe 2 du Statut de la Cour pénale internationale sont ceux qui procurent une exception de juridiction *ratione personae* ou *ratione materiae*. Il n'y a pas de différence au sens du Statut selon que de telles immunités excluent la responsabilité pénale des personnes qui en bénéficient ou se limitent à des règles spéciales de procédures interdisant aux tribunaux normalement compétents d'exercer leur juridiction [59].

La nature de ces immunités peut être très diverse et la Cour n'aura pas à analyser la nature de telle ou telle immunité invoquée. Il lui suffira de relever que l'article 27 paragraphe 2 lui permet d'exercer sa compétence nonobstant les immunités dont peut se prévaloir une personnalité officielle. La Cour pourra ainsi, par exemple, exercer sa compétence sans attendre la levée de l'immunité nécessaire devant les juridictions nationales. Il est évident que si une personnalité ne peut pas

---

[53] CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, §53.
[54] Voir CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, §54.
[55] Voir CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, §55.
[56] Voir CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, §60.
[57] Voir CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, §61.
[58] Voir House of Lords, *Regina v. Evans and others and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet*, jugement du 25 novembre 1998.
[59] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 512-513, *ad* art. 27 CPI.

se retrancher derrière sa qualité officielle pour échapper à toute responsabilité, elle ne puisse pas non plus faire valoir d'immunités ou de règles spéciales de procédure afin d'échapper à toute poursuite devant la Cour. Le paragraphe 2 de l'article 27 est donc le complément indispensable au premier [60].

Le Statut de la Cour pénale internationale établit ainsi avec l'article 27 paragraphe 2 une dérogation très précise aux règles sur les immunités personnelles, ne les reconnaissant en aucun cas comme un obstacle à l'exercice de sa compétence. Cette disposition va par ailleurs influencer la législation des Etats parties qui devront y intégrer une exception aux immunités accordées en droit interne en faveur des crimes énumérés dans le Statut de Rome.

La Cour pénale internationale ne disposant pas de pouvoir de coercition, la coopération des Etats membres est essentielle. Les articles 27 paragraphe 2 et 98 paragraphe 1, qui règle le conflit entre les dispositions du Statut et les obligations de l'Etat en droit international sur ce point, doivent être lus conjointement [61].

Il en découle qu'une dérogation automatique aux règles du droit international en matière d'immunité, notamment en matière d'inviolabilité de la personne et d'immunité d'exécution, n'est possible que lorsque la personne en cause est l'organe d'un Etat partie au Statut. L'exception s'applique alors jusqu'au sommet de l'Etat inclusivement. Par contre, il n'est pas possible d'envisager une exception automatique liant les Etats non membres. Il faut donc pour que la Cour puisse exercer sa compétence face à un individu ressortissant d'un Etat non membre et bénéficiant d'une immunité reconnue en droit international que cet Etat y renonce en conformité avec l'article 98 paragraphe 1 [62].

[60] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 512-513, *ad* art. 27 CPI
[61] Voir Otto Trifterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 512-513, *ad* art. 27 CPI.
[62] Voir Kimberly Prost & Angelika Schlunck, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 1131-1133, *ad* art. 98 CPI

II. Autres formes de responsabilité

Nous savons que les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale doivent être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique à l'encontre d'une population civile quelconque en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [63].

Il en découle nécessairement que le rôle de l'Etat et celui de cette organisation ayant pour but une telle attaque, que l'on retrouve dans la définition des disparitions forcées de personnes sous l'appellation d'organisation politique, est fondamental et qu'il est donc nécessaire d'envisager la responsabilité de ces entités aux côtés de celle de l'individu. Dans le même sens, l'individu qui commet un crime contre l'humanité appartiendra souvent à une hiérarchie, militaire ou civile, et sa responsabilité pourra être partagée avec celle du supérieur hiérarchique. Nous abordons donc ici brièvement les liens entre ces différentes formes de responsabilité.

A. Responsabilité de l'individu et responsabilité de l'Etat

Le rôle de l'Etat est donc important dans la commission des crimes contre l'humanité, dans la définition même qu'en donne le Statut de la Cour pénale internationale. L'Etat n'est pas seulement mentionné de manière générale, dans le cadre de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Il l'est également dans deux de ces crimes : les disparitions forcées de personnes et le crime d'apartheid. Par disparitions forcées, le Statut entend « *les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation* » [64]. Le crime d'apartheid, quant à lui, est commis dans le cadre d' « *un régime institutionnalisé* » [65]. L'Etat est donc l'un des auteurs des crimes contre l'humanité.

Il peut ainsi apparaître, et il apparaîtra sans doute souvent, que des individus jugés par la Cour sont des organes de l'Etat ou *de facto* des agents de l'Etat ou des personnes ayant agi en son nom.

Nous relevons par ailleurs une certaine analogie des termes entre les principes de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité pénale individuelle. Néanmoins, les incriminations relatives aux individus sont totalement différentes des comportements susceptibles d'engager la responsabilité internationale des Etats, même si l'individu agit en tant qu'agent de l'Etat. L'aspect pénal n'existe pas dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat [66].

Selon l'article 25 paragraphe 4 du Statut de la Cour pénale internationale, aucune disposition de ce Statut relative à la responsabilité pénale individuelle n'affecte la responsabilité de l'Etat en droit international [67]. Une telle clause de « *non préjudice* » était également incluse dans le Projet de Code de crimes contre la Paix et

[63] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.
[64] Art. 7 §2 lit. (i) CPI ; voir *supra* chapitre 13.
[65] Art. 7 §2 lit. (h) CPI ; voir *supra* chapitre 14.
[66] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 779. Voir également Marina Spinedi, *La responsabilité de l'Etat pour « crime » : une responsabilité pénale ?*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit internationl pénal*, pp. 93-114.
[67] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 490, *ad* art. 25 CPI.

la Sécurité de l'humanité de la Commission du droit international. Comme le relève la Commission, le châtiment personnel d'individus qui sont des organes de l'Etat « *n'épuise certes pas la responsabilité internationale incombant à l'Etat pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas* » [68]. La responsabilité de l'Etat subsiste donc sans que celui-ci puisse s'en dégager en invoquant les poursuites intentées ou les condamnations prononcées contre les individus auteurs du crime [69].

De la même manière dans le Statut de la Cour, un Etat ne peut pas se prévaloir du jugement des individus pour voir exonérée sa responsabilité, responsabilité qu'il n'engagera, en tout état de cause, pas devant la Cour. Néanmoins, la question est intéressante. La situation d'un Etat attrait par devant la Cour internationale de justice devant répondre de l'accusation de génocide et la comparution de l'ancien Président de la République du même Etat devant un tribunal pénal international pour y répondre de la même accusation de génocide n'est plus aujourd'hui théorique, comme le démontrent le procès de Slobodan Milosevic devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et l'affaire pendante par devant la Cour internationale de Justice, dite de l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [70]. Si le chef de l'Etat est reconnu coupable de génocide et condamné pour l'avoir planifié et exécuté avec tous les moyens de l'Etat à sa disposition, il semble difficile de soutenir que l'Etat n'encoure pas de responsabilité ou pire, qu'il n'y a pas de génocide dans le même cas d'espèce. Inversement, si l'Etat voit sa responsabilité reconnue pour avoir planifié ou exécuté le génocide au plus haut niveau de ses institutions, il ne semblera pas soutenable non plus que les dirigeants de cet Etat ne soient pas condamnés : il faut bien que ce génocide soit commis par quelqu'un. Comme il n'existe pas entre la Cour internationale de Justice et la Cour pénale internationale de hiérarchie ni de lien formel et que la jurisprudence de l'une ne saurait lier l'autre, le risque de situations délicates demeure.

B. Responsabilité de l'individu et responsabilité de l'organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique ou d'une organisation politique

L'alternative à l'action de l'Etat dans l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile est celle d'une organisation ayant pour but une telle attaque [71]. Le crime contre l'humanité de disparitions forcées de personnes peut également être commis par une « *organisation politique* » [72].

Se pose alors inévitablement la question de la responsabilité de ces organisations, même si « *there can be no doubt that by limiting criminal responsibility to*

[68] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, p. 167.
[69] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 779.
[70] Voir TPIY, Milosevic, Acte d'accusation du 24 avril 1998, le procès est en cours, et CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro)*, pendante, les audiences publiques sur le fond s'ouvriront le lundi 27 février 2006.
[71] Voir art. 7 §1 *in initio* CPI.
[72] Art. 7 §2 lit. (i) CPI.

individual natural persons, the Rome Statute implicitly negates – at least for its own jurisdiction – the punishability of corporations and other legal entities » [73].

Cette notion d'organisation ayant pour but une telle attaque ou d'organisation politique ne recouvre pas celle d'organisation criminelle, qu'Interpol définit comme n'importe quel groupement ayant une structure de corps constitué, qui a pour but de gagner des profits par des moyens illégaux, souvent en utilisant la peur et la corruption [74]. Nous ne pouvons non plus limiter l'approche de ces organisations aux entreprises, le Tribunal américain de Nuremberg ayant jugé, dans le cas *IG Farben*, que l'entreprise elle-même ne pouvait comparaître ni être condamnée pénalement [75].

Il est dès lors extrêmement délicat d'envisager, à l'instar des Etats, que de telles entités, si peu définies sur le plan juridique, puissent se voir attribuer un jour, devant une autre instance que la Cour pénale internationale, une part de responsabilité pour les crimes contre l'humanité commis. Il semble bien que la condamnation des individus y participant épuise le sujet.

C. Responsabilité de l'individu et responsabilité du supérieur hiérarchique

Un individu qui voit sa responsabilité engagée sur la base de sa qualité de personne privée peut également se trouver confronté à sa responsabilité de supérieur hiérarchique, suivant les circonstances dans lesquelles le crime est commis. Comme le Tribunal pénal international pour le Rwanda a eu l'occasion d'en juger, les deux formes de responsabilité, celle de l'individu personne privée et celle du supérieur hiérarchique, ne s'excluent pas mutuellement [76].

En effet, le supérieur hiérarchique ne voit pas sa responsabilité reconnue pour les actes qu'il commet personnellement mais pour ceux qui sont commis par ses subordonnés. C'est dans cette limite, que nous analyserons, que sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique peut être retenue [77]. S'il agit par l'une des formes énumérées à l'article 25 du Statut, il engage sa responsabilité personnelle d'individu, en sachant que sa qualité de supérieur hiérarchique, officielle ou non, militaire ou civile, de droit ou de fait, ne pourra l'exonérer. Il faudra alors privilégier, selon les circonstances, l'une ou l'autre des formes de responsabilité. Si le supérieur hiérarchique ordonne la commission d'un crime, il engage sa responsabilité sur la base de l'article 25 du Statut et non en tant que supérieur hiérarchique au sens de l'article 28, qui ne prévoit sa responsabilité que s'il ne prend pas les mesures nécessaires à empêcher ou réprimer la commission d'un crime par ses subordonnés. Les deux modes de responsabilité peuvent d'ailleurs cohabiter. Si le supérieur ordonne ou commet lui-même un crime, entraînant par son exemple ses subordonnés qu'il laisse ensuite poursuivre leurs actes sans les en empêcher ni les réprimer, il pourra répondre conjointement des actes qu'il a directement commis sur

[73] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 778.
[74] Voir Sofiène Bouiffror & Claire Derycke, *Les organisations criminelles*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 168.
[75] Voir Nicolas Castel & Claire Derycke, *Les entreprises*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 157.
[76] Voir TPIR, Kayishema et Ruzindana, §210.
[77] Voir *infra* chapitres 17 et 18.

la base de l'article 25 et de ceux qu'il a laissé commettre sur la base de l'article 27 du Statut.

Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé en ce sens que la responsabilité individuelle concerne les personnes directement impliquées dans l'un des différents modes de participation énumérés à l'article 7 paragraphe 1 de son Statut, soit pour avoir planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime. Ainsi, « *both the individual who himself carries out the unlawful conduct and his superior who is involved in the conduct not by physical participation, but, for example by ordering or instigating it, are covered by Article 7(1). For instance, a superior who orders the killing of a civilian may be held responsible under Article 7(1), as might a political leader who plans that certain civilians or groups of civilians should be executed, and passes these instructions on to a military commander. The criminal responsibility of such superiors, either military or civilian, in these circumstances is personal or direct, as a result or their direct link to the physical commission of the crimes* » [78].

[78] TPIY, Kordic et Cerkez, §367.

III. La commission des crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome

Il est généralement admis que les crimes contre l'humanité puissent être commis tant par action que par omission, sans que la notion d'omission ne soit définie en droit international pénal, qui demeure même particulièrement controversée. C'est là une question de droit international pénal général qui dépasse de très loin nos objectifs présents et nous laisserons donc ici, comme le fait le Statut de la Cour pénale internationale, la question ouverte, relevant simplement qu'il nous semble délicat de lancer une attaque généralisée ou systématique contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat, par omission [79].

Le Statut de la Cour pénale internationale établit qu'une « personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour » si elle « commet un tel crime, 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 » [80]. Cette disposition envisage donc trois types d'auteurs principaux, que sont l'auteur direct, qui agit individuellement, les coauteurs, qui agissent conjointement, et l'auteur médiat, qui agit par l'intermédiaire d'une autre personne [81].

A. L'auteur direct

L'auteur direct est celui qui « *commet* » le crime [82]. Commet le crime celui qui agit « *individuellement* » (« *as an individual* » dans la version anglaise du Statut), c'est-à-dire sans l'influence ni l'assistance de qui que ce soit. Les termes originaux de cette disposition soulignaient le concept de perpétration directe du crime « *à titre individuel* », aujourd'hui mieux rendu par les termes espagnols : « *por si solo* » [83].

Dans un sens plus large, commet également le crime celui qui en réalise effectivement les éléments constitutifs, comme auteur principal, sur l'ordre ou à l'instigation d'un tiers ou avec l'aide et l'assistance d'autres personnes. L'auteur direct commet physiquement, matériellement et directement les actes constitutifs des crimes contre l'humanité. Il tue, viole ou torture, il le fait lui-même, individuellement au sens du Statut [84].

Le statut d'auteur direct n'exige pas qu'une personne agisse seule et nous savons que les crimes contre l'humanité exigent une pluralité d'auteurs. Il constate simplement le rôle décisif et indispensable de celui qui exécute personnellement les éléments constitutifs du crime. Il ne saurait y avoir de crime sans lui, quelle que soit l'organisation et le nombre de personnes qui l'entourent à ce moment là [85].

---

[79] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 773.
[80] Art. 25 §3 lit. (a) CPI.
[81] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 478, *ad* art. 25 CPI et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 65-67.
[82] Voir art. 25 §3 lit. (a) *in initio* CPI.
[83] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 479, *ad* art. 25 CPI et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 68-71.
[84] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 789.
[85] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 180.

Il faut donc, pour être auteur direct d'un crime contre l'humanité, en avoir réalisé tous les éléments matériels définis par le Statut, avec l'intention et la connaissance requises. C'est ce qu'a jugé le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, tout d'abord dans l'affaire *Tadic*, estimant que la responsabilité pénale individuelle « *couvre d'abord et avant tout la perpétration physique d'un crime par l'auteur lui-même, ou l'omission coupable d'un acte requis en vertu d'une règle de droit pénal* » [86]. L'accusé sera reconnu coupable du comportement par lequel il aura été déterminé qu'il a sciemment participé à la perpétration d'un crime et que sa participation a influé directement et substantiellement sur celle-ci en lui apportant son appui effectif, avant, durant ou après sa commission ; il sera également tenu pour responsable de tout ce qui résulte naturellement de la perpétration de l'acte en question [87].

Pour le même Tribunal dans l'affaire *Kordic et Cerkez* : « *L'Accusation et la Défense ne semblent pas diverger sur le fond lorsqu'il s'agit de décrire les éléments constitutifs du fait de 'commettre' un crime. Il est allégué que, s'agissant de l'élément matériel requis, un accusé est tenu responsable d'avoir commis un crime s'il est établi que cet acte réunit tous les éléments matériels d'un crime visé au Statut du Tribunal international. (…) L'élément moral requis suppose que l'accusé a agi avec l'intention qu'exige pour ce crime le droit international coutumier. L'Accusation est d'avis que cette condition est satisfaite si l'accusé avait connaissance qu'un acte ou omission criminel résulterait vraisemblablement de son comportement. (…) La Chambre de première instance estime bien établi que pour conclure qu'un accusé a commis directement un crime, il faut démontrer qu'il a, en connaissance de cause, participé de manière directe ou physique aux actes sanctionnés par le Statut du Tribunal international* » [88].

Plus largement, ce Tribunal considère également : « *Committing covers physically perpetrating a crime or engendering a culpable omission in violation of criminal law* » [89].

B. Les coauteurs

La coperpétration n'est pas, dans le Statut de la Cour pénale internationale, une forme de complicité, mais est reconnue comme une forme autonome de perpétration du crime [90].

La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopte une notion large de la coperpétration, non expressément mentionnée dans le Statut de ce Tribunal. En décidant que la coperpétration n'exige pas forcément l'action physique et directe de l'accusé, elle ouvre la voie à une contribution indirecte à la commission du crime, l'élément intentionnel seul permettant alors de faire la distinction entre commission et participation [91].

Deux critères sont donc essentiels à la coactivité. Premièrement les coauteurs doivent agir selon un plan commun prévoyant la commission du crime, même s'il n'est pas nécessaire que ce plan fasse l'objet d'un arrangement ou d'une formulation antérieure ; deuxièmement, les coauteurs doivent établir ensemble les rôles qu'ils se

[86] TPIY, Tadic, §188.
[87] Voir TPIY, Tadic, §692.
[88] TPIY, Kordic et Cerkez, §§375-376.
[89] TPIY, Krstic, §601.
[90] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 476-477, *ad* art. 25 CPI et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 71-76.
[91] Voir TPIY, Tadic, Appel fond, §196.

partageront dans la réalisation de leur plan criminel. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie tente ensuite de bien distinguer la coperpétration de l'aide et de l'assistance (« *aiding and abetting* ») apportées à la commission d'un crime. Celui qui apporte son aide et son assistance à la commission du crime n'est qu'un auteur accessoire par rapport à l'auteur principal, qui commet effectivement le crime. Aider à la commission d'un crime ne présuppose pas un plan commun concerté entre l'auteur et son assistant [92].

Analysant le cas particulier d'une séance de torture, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé qu'il existe, en droit international, deux catégories principales de responsabilité, les coauteurs, qui participent à une action criminelle conjointe, et les complices. Analysant plus spécifiquement le crime de torture, la Chambre d'appel a décidé que « *pour faire la différence entre un co-auteur et un complice, il est essentiel d'établir si l'individu qui a pris part à la séance de torture a également partagé le but visé (c'est-à-dire obtenir des informations ou des aveux, punir, intimider, humilier, contraindre la victime ou une tierce personne ou encore leur faire subir une discrimination pour quelque raison que ce soit). La Chambre a enfin établi que, pour être reconnu coupable en tant que coauteur, l'accusé doit être associé au but recherché par la torture* » [93]. Dans le même jugement, à propos de la détermination du but commun, elle a jugé : « *Lorsque l'acte d'un accusé contribue au but poursuivi par un autre et que tous deux agissent en même temps, dans le même lieu, en étant témoins de leurs actes respectifs et pendant une longue période, il est tout simplement impossible d'affirmer que le but commun n'existe pas* » [94].

Ainsi, d'un point de vue objectif, les coauteurs ne doivent pas forcément tous commettre physiquement l'un des éléments constitutifs du crime poursuivi. La contribution d'un coauteur peut parfaitement s'exprimer à n'importe quel moment, des premiers éléments de planification ou de préparation jusqu'à la commission finale des éléments constitutifs, mais elle doit participer au choix du plan et à sa réalisation de manière importante et non seulement marginale ou secondaire. La répartition des rôles entre chacun des coauteurs dépendra subjectivement de leur choix, établi durant la planification ou la commission du crime. Dans tous les cas, dès que l'un des coauteurs réalise les éléments constitutifs du crime prévu, la responsabilité de l'autre est engagée, quelle que soit la participation matérielle de chacun [95].

Antonio Cassese estime que plusieurs personnes peuvent être coauteurs : « *Crimes are often committed by a plurality of persons. If all of them materially take part in the actual perpetration of the same crime and perform the same act (for instance, they are all members of an execution squad shooting innocent civilians), we can speak of co-perpetration. All participants in the crime partake of the same criminal conduct and the attendant mens rea* » [96].

Kai Ambos défend la même approche : « *It is characterized by a functional division of the criminal tasks between the different (at least two) co-perpetrators, who are normally interrelated by a common plan or agreement. Every co-perpetrator fulfils a certain task which contributes to the commission of the crime and without which the commission would not be possible. The common plan or agreement forms the basis of a reciprocal or*

[92] TPIY, Tadic, Appel fond, §229.
[93] TPIY, Furundzija, Appel, §118.
[94] TPIY, Furundzija, Appel, §120.
[95] Voir TPIY, Tadic, Appel fond, §227.
[96] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 181.

mutual attribution of the different contributions holding every co-perpetrator responsible for the whole crime » [97].

Le Statut de la Cour pénale internationale est clair sur ce point, il reconnaît la responsabilité de celui qui agit « *conjointement avec une autre personne* » [98], au singulier dans toutes ses versions. Il y a donc ici deux éléments imposés par le Statut, soit la présence de deux personnes, qui agissent ensemble [99]. Si plus de deux personnes agissent ensemble, elles forment « *un groupe de personnes agissant de concert* » en vue de commettre un crime [100]. Par ailleurs, pour bien distinguer les coauteurs des complices, il convient de comprendre le mot « *conjointement* » comme imposant aux participants de travailler ensemble à la commission du crime, sur un pied d'égalité [101].

Il y a donc coperpétration dans la mesure que relève Albin Eser : « *In sum, co-perpetration finds its own profile from two sides : while, in an objective respect, it does not necessarily require the own physical performance of a definitional element of the crime, as a contribution may be rendered during the entire commission of the crime, from as early as the planning of the crime until the accomplishment of the criminal perpetrator's contribution must co-determine the crime by being more than marginal or merely accidental* » [102]. C'est bien le partage d'une intention criminelle commune qui caractérise les coauteurs et qui correspond à l'exigence du Statut de les voir commettre le crime conjointement [103].

C. L'auteur médiat

L'auteur médiat agit indirectement, « *par l'intermédiaire d'une autre personne* » [104]. Contrairement aux auteurs directs et aux coauteurs, qui participent à la commission du crime sur un pied d'égalité, l'auteur médiat agit indirectement, en utilisant un tiers, qui commettra matériellement et physiquement le crime comme son instrument. L'auteur médiat vient donc se cacher derrière l'auteur direct du crime, sans intervenir lui-même : « *Differing from the aforementioned co-perpetratorship in which the parties to the crime are more or less on an equal standing, 'intermediary perpetration' (autoria mediate, mittelbare Täterschaft) is characterized by the predominance of an indirect perpetrator (auteur médiat, Hintermann) who uses the person that physically carries out the crime (intermédiaire, Tatmittler) as his instrument* » [105].

En ce sens, peu importe que l'instrument de l'auteur médiat soit ou non pénalement responsable. Le Statut de Rome prévoit sa responsabilité en toute hypothèse [106]. Ainsi, celui qui utilisera comme instrument un mineur de moins de

---

[97] Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 476-477, *ad* art. 25 CPI.
[98] Art. 25 §3 lit. (a) *in medio* CPI.
[99] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 789-793.
[100] Art. 25 §3 lit. (d) CPI.
[101] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 476-477, *ad* art. 25 CPI et Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 789.
[102] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 792-793.
[103] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 237-241.
[104] Art. 25 §3 lit. (a) *in fine* CPI.
[105] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 793.
[106] Art. 25 §3 lit. (a) *in fine* CPI.

dix-huit ans ou une personne souffrant d'une maladie mentale sera, seul, pleinement responsable des crimes contre l'humanité commis, devant la Cour [107].

Comme les autres modes de commission, la commission indirecte d'un crime exige que tous les éléments constitutifs du crime soient réalisés, non par l'auteur médiat dans ce cas, mais par son instrument, sur lequel il fera prévaloir sa volonté. La personne par laquelle l'auteur médiat commet le crime doit être utilisée comme son instrument, comme le jouet de sa volonté criminelle. Ceci requiert plus de force que les formes d'instigation prévue par le Statut. Il faudra à l'auteur médiat plus qu'inciter ou solliciter la commission d'un crime ; il faut que sa volonté se substitue à celle de son instrument, sans que celui-ci ne garde de liberté de choisir. Discerner l'instigation de la commission indirecte s'avérera sans doute souvent délicat puisqu'il s'agira en somme de déterminer le degré d'imprégnation de la volonté de l'auteur direct par celle de l'auteur médiat ou de l'instigateur [108].

Le Statut de la Cour pénale internationale ne précise ni ne limite les moyens par lesquels une personne peut être conduite à commettre le crime voulu par une autre. Il s'ensuit que n'importe quel moyen permettant d'instrumentaliser une personne en vue de la commission d'un crime, que se soit l'usage de la force, l'exploitation d'une faiblesse ou d'une erreur ou n'importe quel autre moyen, pourra être utilisé car l'important est que l'auteur médiat exerce un contrôle prédominant sur la volonté de son instrument [109].

En rendant indépendant l'une de l'autre la responsabilité de l'auteur médiat de celle de son instrument, le Statut de la Cour pénale internationale permet d'engager la responsabilité de celui-là quelles que soient les déficiences dont souffre son instrument, de même que si celui-ci est pleinement responsable de ses actes. Devenir l'instrument de l'auteur médiat impose de ne pouvoir résister à la volonté de celui dont on devient l'instrument mais n'implique pas pour autant la perte de toute capacité de discernement. L'instrument peut être pleinement conscient de la gravité de ses actes tout en se trouvant dans une situation dans laquelle il ne peut se soustraire à la volonté imposée par l'auteur médiat. Nous avons analysé plus haut le crime d'esclavage ; il est tout à fait envisageable qu'une personne réduite à la condition d'esclave soit utilisée comme instrument par la personne qui détiendra sur elle les pouvoirs liés au droit de propriété, tout en étant pleinement responsable pénalement [110].

Le cas de la contrainte est plus particulièrement parlant encore et typique de l'action médiate. Si la personne soumise à la contrainte peut effectivement voir son crime excusé, à des conditions sur lesquelles nous reviendrons [111], l'auteur de la contrainte sera punissable en tant qu'auteur médiat. Il commet effectivement son crime par l'intermédiaire de la personne qu'il contraint à agir selon ses propres desseins criminels [112].

Cette incrimination de l'auteur indirect derrière l'auteur direct sera particulièrement adaptée à des structures hiérarchiques, qu'elles soient de type

---

[107] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 480, *ad* art. 25 CPI.
[108] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 479-480, *ad* art. 25 CPI.
[109] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 794.
[110] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 794-795.
[111] Voir *infra* chapitre 20.
[112] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 794-795.

criminel ou non, par exemple des structures militaires ou administratives que l'on retrouvera facilement lorsque l'Etat lui-même supportera la commission des crimes contre l'humanité ou lorsqu'une organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique les supportera ou les commettra [113].

D. La Commission des crimes contre l'humanité par un groupe de personnes agissant de concert

Enfin, le Statut de la Cour pénale internationale incrimine le comportement de toute 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. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime* » [114].

Cette disposition est une copie presque littérale de celle que l'on trouve dans la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, dont elle est quasiment contemporaine [115]. Elle représente par ailleurs un compromis sur la notion anglo-saxonne de « *conspiracy* », controversée depuis Nuremberg [116].

Déjà le projet de 1996 de Code crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international avait-il incriminé le comportement de celui qui « *participe directement à la planification ou à une entente en*

---

[113] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 479-480, *ad* art. 25 CPI et Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 793-795.

[114] Art. 25 §3 lit. (d) ch. (i) et (ii) CPI.

[115] « *Commet également une infraction quiconque : a) Se rend complice d'une infraction au sens des paragraphes 1 ou 2 du présent article ; ou b) Organise la commission d'une infraction au sens des paragraphes 1 ou 2 du présent article ou donne l'ordre à d'autres personnes de la commettre ; ou c) Contribue de toute autre manière à la commission de l'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1 ou 2 du présent article par un groupe de personnes agissant de concert ; sa contribution doit être délibérée et faite soit pour faciliter l'activité criminelle générale du groupe ou en servir les buts, soit en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre l'infraction ou les infractions visées* », art. 2 §3, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 52/164, du 15 décembre 1997, ONU Doc. A/52/164.

[116] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 483-484, *ad* art. 25 CPI. La notion de « *conspiracy* » n'existe en droit international qu'en rapport au crime de génocide et ne nous intéresse donc pas ici ; Antonio Cassese la définit ainsi : « *Conspiracy is a group offence, consisting of the agreement of two or more persons to commit a crime. It is punished even if the crime is never perpetrated. In addition, if the crime is carried out, the perpetrators are held liable both for conspiracy and for the substantive crime they commit. The mens rea element of conspiracy required for each and every participant is twofold: (i) knowledge of the facts or circumstances making up the crime the group intend to commit; (ii) intent to carry out the conspiracy and thereby perpetrate the substantive offence. Plainly, the basic rationale behind the prohibition of this crime is the need to prevent offences especially when they involve several persons and are thus more dangerous to the community* », Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 196-197 ; Kriangsak Kittichaisaree la présente ainsi, toujours en relation avec le crime de génocide : « *Conspiracy is an inchoate offence punishable by virtue of the process of conspiracy itself and not as a consequence of the result of that conspiracy. Hence, an accused cannot be convicted of both genocide and conspiracy to commit genocide on the basis of the same set of acts. (…) In sum, conspiracy is distinguishable from complicity in the following ways. No distinction is made in the case of conspiracy between direct perpetrators and indirect perpetrators, perpetrators and co-perpetrators, or perpetrators and accomplices; all the participants are associated in the framework of a common plan and have jointly decided to commit the crime* », Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 249-250. A noter qu'à Nuremberg, la « *conspiracy* » ne s'appliquait qu'aux crimes contre la paix ; voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, p. 19 et Ilias Bantekas, *Principle of Direct and Superior Responsibility*, pp. 45-50.

vue de commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré » [117]. Par cette disposition, la Commission entend souligner qu'elle établit ainsi « *un principe de responsabilité individuelle pour une forme particulière de participation à un crime, plutôt qu'[elle] ne crée une infraction ou un crime séparé et distinct* », dans la ligne du jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg [118].

La Commission précise prévoir ici qu'un individu participant directement à la planification d'un crime ou à une entente en vue de commettre un crime encoure une responsabilité pour ledit crime, même si celui-ci est commis en réalité par quelqu'un d'autre. L'individu en question doit effectivement prendre une part substantielle à l'élaboration d'un plan criminel ou d'une politique criminelle, y compris en approuvant une politique ou un plan de ce type proposé par une autre personne. « *Le planificateur qui établit le plan détaillé de l'exécution d'un crime est à certains égards plus coupable que l'auteur qui exécute ce plan élaboré en vue d'un crime qu'il n'aurait autrement pas commis. De même, les individus qui forment une entente en vue de commettre un crime apportent une contribution significative à la commission de ce crime en participant conjointement à l'élaboration d'un plan en vue de son exécution et en s'associant pour poursuivre leur entreprise criminelle. Le membre de phrase 'dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré' indique que la responsabilité pénale d'un individu qui, agissant seul ou en compagnie d'autres individus, participe à la planification d'un crime (…) est limitée aux situations dans lesquelles le plan criminel est effectivement réalisé* » [119].

La Commission précise encore que cette disposition a pour but de garantir que de hauts fonctionnaires de l'administration ou des chefs militaires, qui élaborent eux-mêmes une politique criminelle ou un plan criminel ou participent à une entente aux fins de son élaboration, auront à répondre du rôle prépondérant qu'ils jouent, ce rôle étant souvent un facteur décisif dans la commission des crimes visés par le Code. En effet, « *Ce principe de responsabilité individuelle revêt une importance particulière* » dans le cas des crimes contre l'humanité, qui, « *de par leur nature même, requièrent souvent l'établissement d'un plan ou d'une politique systématique par de hauts fonctionnaires de l'administration et des chefs militaires* » [120].

La participation à la commission d'un crime par un groupe de personnes est nouvelle en droit international, en ce sens qu'elle n'était pas réprimée expressément par les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Néanmoins, il a été jugé qu'une telle participation y était implicite [121].

Les trois éléments constitutifs de cette forme de participation implicite sont définis par le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie comme engageant une pluralité de personnes, l'existence d'un plan commun prévoyant la commission d'un crime et la participation de l'accusé à l'action du groupe [122].

Le Tribunal a par ailleurs souligné la gravité particulière de ce mode de participation : « *The Appeals Chamber has made it clear that a convicted person must be punished for the seriousness of the acts which he has done, whatever their categorisation. The seriousness of what is done by a participant in a joint criminal enterprise who was not the*

---

[117] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Chapitre II, Projet de Code contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 2 §3 lit. (e), p. 153.
[118] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Chapitre II, Projet de Code contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 2 §3 lit. (e), Commentaire, pp. 160-161.
[119] CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Chapitre II, Projet de Code contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 2 §3 lit. (e), Commentaire, p. 161.
[120] CDI , *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Chapitre II, Projet de Code contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 2 §3 lit. (e), Commentaire, p. 161.
[121] Voir TPIY, Krstic, §601.
[122] Voir TPIY, Krstic, §611.

principal offender is significantly greater than what is done by one who merely aids and abets the principal offender. That is because a person who merely aids and abets the principal offender need only be aware of the intent with which the crime was committed by the principal offender, whereas the participant in a joint criminal enterprise with the principal offender must share that intent » [123].

Pour ce Tribunal, il existe une telle entreprise criminelle lorsqu'il y a entente ou accord entre deux personnes au moins en vue de commettre un crime. Une telle entente ou un tel accord ne doit pas nécessairement être formellement établi et son existence peut être déduite des circonstances. Il n'a pas besoin de précéder la commission du crime et les circonstances dans lesquelles agissent deux personnes ou plus en participant ensemble à la commission d'un crime peuvent établir un accord tacite entre elles en vue de commettre ce crime. Une personne sera considérée comme participant à une telle entreprise soit en participant directement à la commission du crime prévu comme auteur principal, soit en étant présente sur les lieux au moment du crime et, avec la connaissance requise, en assistant intentionnellement ou en encourageant les autres participants à l'entreprise dans la commission du crime, soit encore en agissant au sein d'un système dans lequel l'accusé occupe une fonction ou une position d'autorité, en connaissant la nature dudit système avec l'intention de s'y associer. Il suffira que le crime soit commis par l'un des membres du groupe pour que la responsabilité de tous soit engagée, sans égard au rôle tenu par chacun au cours de la commission du crime. Pour prouver l'existence d'une entreprise criminelle, il faut établir que chacun des participants avait pour intention commune celle requise par le crime effectivement commis [124].

Le Statut de la Cour pénale internationale pose deux conditions à la réalisation de cette forme de participation à la commission des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, l'un objectif, l'action d'un groupe de personnes, l'autre subjectif, ces personnes devant agir de concert [125].

L'élément objectif n'est pas simple à définir, le Statut employant des termes extrêmement vagues, exigeant simplement que l'auteur contribue de « *toute autre manière* » (« *in any other way* », « *de algún otro modo* ») à la commission ou à la tentative de commission de crimes contre l'humanité. Albin Eser relève que : « *As 'contributions in any other way' than those already comprised by subparagraphs (b) and (c) suffice, the objective threshold for a participation in subparagraph (d) is lowered once more and, consequently, is even more difficult to circumscribe than the assistance in subparagraph (c)* » [126]. Néanmoins, il s'agit toujours de commettre des crimes contre l'humanité, c'est-à-dire, au sens du Statut de la Cour pénale internationale, de commettre un certain nombre de crimes dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [127].

Les crimes contre l'humanité sont évidemment une affaire collective. En ce sens, ils seront le plus souvent commis par un groupe de personnes agissant de concert, dans le cadre de l'attaque généralisée ou systématique et, plus précisément

---

[123] TPIY, Krnojelac, §75.
[124] Voir TPIY, Krnojelac, §§80-83. La solution n'est pas aussi claire dans l'arrêt de la Cour d'appel *in* Tadic, voir TPIY, Tadic, Appel, §§178 et ss et Marco Sassoli & Laura M. Olson, *The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case*, RICR 2000, vol. 82, N°839, pp. 747-769.
[125] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 484, *ad* art. 25 CPI et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 94-109.
[126] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 802-803.
[127] Voir art. 7§1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.

encore, dans l'application ou la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation. Ainsi, si les auteurs de crimes contre l'humanité semblent nécessairement devoir être nombreux, ils semblent en plus devoir être organisés, soit au sein de l'Etat, soit comme organisation.

L'élément subjectif est défini par l'exigence d'une intention commune, rendue par le texte anglais de « *group of persons acting with a common purpose* » ou espagnol de « *un grupo de personas que tengan una finalidad común* » et par le texte français d'un « *groupe de personnes agissant de concert* » [128], qui, intentionnelle, permet de distinguer cette forme de participation de la complicité [129]. Le concert est l'action de se concerter, l'intelligence entre des personnes ou des gouvernements (le concert des Nations) pour arriver à une fin (Littré). Il est donc ici nécessaire qu'au moins trois personnes concertent de lancer ensemble, contre une population civile, une attaque généralisée ou systématique. L'exigence que cette forme de participation soit intentionnelle est à comprendre dans le sens général de l'article 30 du Statut, qui définit l'intention comme le fait qu'une personne entende adopter un comportement ou entende provoquer une conséquence, ou même sache que cette conséquence adviendra dans le cours normal des événements [130].

Cette intention est toutefois encore précisée par cette disposition, qui prévoit que la contribution de l'auteur doit viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe (« *Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group* » dans le texte anglais, ou « *Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo* » en espagnol) [131]. Ceci signifie que : « *the participant must pursue the 'aim' to further the criminal 'activity' or 'purpose' of the group. Thus, he or she must act with a specific dolus, i.e., with the specific intention to promote the practical acts and ideological objectives of the group* » [132].

Le Statut ouvre également l'alternative, prévoyant que la contribution de l'auteur peut également être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime (« *Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime* » ou « *A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen* ») [133]. En ce sens, « *The subparagraph under examination clearly requires 'knowledge of the intention … to commit a crime', i.e., the participant must be aware of the specific crime intended by the group* » [134].

L'intention partagée par les membres de ce groupe est plus précise encore dans le cadre des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. En effet, cette intention commune de faciliter l'activité ou le dessein criminel du groupe se retrouve dans l'exigence que les crimes contre l'humanité soient commis en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation [135].

Comme l'instigation et les autres formes de participation accessoire, la participation à un groupe criminel doit mener au moins à la tentative de commettre le crime, sinon à sa commission. Les participants au groupe doivent agir de concert,

---

[128] Art. 25 §3 lit. (d) CPI.
[129] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 484, *ad* art. 25 CPI.
[130] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 484-485, *ad* art. 25 CPI et Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 802-803.
[131] art. 25 §3 lit. (d) ch. (i) CPI.
[132] Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 486, *ad* art. 25 CPI.
[133] art. 25 §3 lit. (d) ch. (ii) CPI.
[134] Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 486, *ad* art. 25 CPI.
[135] Voir art. 7 §2 lit. (a) CPI.

c'est-à-dire selon une intention commune. Pour bien distinguer la participation à un groupe de personnes de l'action de coauteurs au sens de l'article 25 paragraphe 3 lettre (a), soit une personne agissant conjointement avec une autre, le groupe comprendra au moins trois personnes agissant de concert [136].

La commission de crimes contre l'humanité au sein d'un groupe de personnes agissant de concert permet en fait de traiter tous les membres du groupe comme des auteurs principaux, comme des coauteurs plus nombreux : « *the rationale behind this legal regulation is clear : if all those who take part in a common criminal action are aware of the purpose and character of the criminal action and share the requisite criminal intent, they must perforce share criminal liability, whatever the role and position they may have played in the commission of the crime. This is the case because: (i) each of them is indispensable for the achievement of the final result, and, on the other hand (ii) it would be difficult to distinguish between the degree of criminal liability, except for sentencing purposes* » [137].

[136] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 802.
[137] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 181-182.

IV. La participation à la commission des crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome

L'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale définit ensuite différentes formes de participation à la commission des crimes contre l'humanité, qui sont l'instigation, la complicité et la participation à la commission du crime par un groupe de personnes agissant de concert.

A. L'instigation

Le Statut de la Cour pénale internationale dispose qu'une personne est également pénalement responsable et peut être punie pour crimes contre l'humanité, si elle « *ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime* » [138]. Même si le Statut lui-même ne mentionne jamais le mot d'instigation, il apparaît plus courant de l'employer pour recouvrir les notions d'ordonner, solliciter ou encourager la commission de crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale [139].

La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux est abondante en ce qui concerne les différents modes de participation et notamment l'instigation. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie considère qu'il est nécessaire de prouver que quiconque a planifié, ordonné ou incité à commettre un crime avait une intention délictueuse, « *c'est-à-dire qu'il avait l'intention, de manière directe ou indirecte, de commettre le crime en question* », même si c'est une autre personne qui commettra l'élément matériel du crime, agissant en vertu d'un plan ou d'un ordre. La planification suppose ainsi qu'une ou plusieurs personnes programment la commission d'un crime, dans ses phases de préparation et d'exécution, la Chambre de première instance jugeant que « *des éléments de preuve conjecturaux peuvent suffire à prouver l'existence d'un plan* ». L'incitation suppose le fait de provoquer autrui à commettre un crime et est suffisamment large pour recouvrir tant les actes que les omissions, aussi bien les comportements explicites qu'implicites. La définition courante de ces termes, provoquer quelqu'un à faire quelque chose, « *corrobore l'opinion selon laquelle il est nécessaire de prouver qu'il existe un lien de causalité entre l'incitation et la perpétration matérielle du crime* » [140].

Pour reconnaître quelqu'un pénalement responsable pour sa participation à la commission d'un crime autrement que comme auteur, il doit être démontré que cette personne entendait participer à la commission du crime de manière directe et substantielle [141].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estime que planifier la commission d'un crime est l'une des formes de responsabilité pénale au sens de l'article 7 paragraphe 1 de son Statut et qu'ainsi un accusé peut être tenu pour responsable pour la seule planification du crime, par contre, une personne qui commet un crime ne sera pas reconnue responsable de la planification du même

[138] Art. 25 §3 lit. (b) CPI.
[139] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 795 et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 77-87.
[140] TPIY, Blaskic, §§279-280, voir également TPIY, Krstic, §601 ; TPIR, Musema, §119 et TPIR, Akayesu, §6.2.
[141] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §385.

crime, absorbée dans sa réalisation. Dans tous les cas, une personne sera reconnue responsable d'avoir planifié, incité à commettre ou ordonné la commission d'un crime que si elle avait l'intention que ce crime soit commis, directement ou indirectement [142].

L'instigation est un mode de participation distinct de la commission mais doit rester en relation avec la commission effective du crime. L'article 25 du Statut exige explicitement que le crime en question soit commis ou au moins tenté, sauf l'exception de l'incitation à commettre un génocide qui est incriminée pour elle-même, indépendamment de toute réalisation et qui ne constitue pas un mode de participation mais une infraction particulière [143]. Comme l'écrit Antonio Cassese, « *In other words, incitement is not punished per se, but only if it leads to the commission of a crime* » [144].

Le comportement constitutif d'instigation consiste à influencer quelqu'un psychiquement pour l'amener à commettre un crime, l'instigateur ayant fait naître chez cette personne l'intention de le commettre : « *It simply means taking all those psychological or physical measures designed to prompt somebody else to commit a crime* » [145]. Il suffit de s'adresser à autrui en ce sens, sans avoir à vaincre une résistance particulière de sa part. Néanmoins, il n'y aura pas d'instigation si la personne approchée avait déjà l'intention de commettre le crime au moment où l'instigateur intervient, sauf peut-être en ce qui concerne le fait d'ordonner la commission d'un crime. Pour qu'il y ait instigation, il faut que la personne sollicitée soit capable de comprendre l'instigation et d'y donner suite, d'agir par elle-même, selon sa propre volonté, sans être le jouet de l'instigateur, qui serait alors auteur médiat. Par contre, point n'est besoin que la personne sollicitée soit forcément responsable au sens du Statut de Rome. Il est en effet envisageable de solliciter un mineur de moins de dix-huit ans de commettre un crime en faisant naître en lui la volonté nécessaire, sans qu'il puisse en répondre par devant la Cour. L'instigateur ne doit pas posséder de qualité particulière ni limiter son intervention à tel ou tel acte, n'importe qui pouvant inciter n'importe quel crime défini dans le Statut de la Cour pénale internationale. Peu importe également les moyens qu'il utilise pour convaincre autrui de commettre le crime [146].

Dans le silence du Statut, nous pensons également que l'instigateur n'a pas à déterminer autrui à commettre le crime en qualité d'auteur direct uniquement. Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale impliquent la participation de nombreuses personnes, il est donc important que l'instigation puisse recouvrir toutes les formes de commission et de participation à ces crimes. L'instigateur peut donc convaincre quelqu'un d'agir en tant que coauteur ou auteur médiat, voire comme complice. L'instigateur peut convaincre quelqu'un d'agir seul ou avec d'autres personnes, lui compris. L'instigateur peut tenter de convaincre quelqu'un seul ou avec d'autres instigateurs. De même, il peut convaincre une ou plusieurs personnes d'agir, ensemble ou individuellement les unes des autres.

L'élément psychologique ou *mens rea* de l'instigation n'est pas différent de celui nécessaire à la commission du crime, sauf pour ce qui est de l'aide et de l'assistance qui doit être apportée avec l'intention de faciliter la commission du

---

[142] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §386.
[143] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 795-796.
[144] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 189.
[145] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 189.
[146] Voir Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 480-481, *ad* art. 25 CPI.

crime. En ce sens, l'instigateur doit avoir une double intention relative tout d'abord à sa conduite personnelle visant à provoquer la commission du crime, ensuite à la commission du crime par l'auteur principal, crime et auteur qu'il aura concrètement identifiés [147].

L'intention de l'instigateur portant sur la commission d'un crime spécialement déterminé par une personne clairement identifiée, sa responsabilité est limitée au crime envisagé. Ceci signifie que si l'auteur direct commet un autre crime que celui que l'instigateur l'avait incité à commettre, ou un crime plus grave, celui-ci ne saurait en être tenu pour responsable puisque son intention ne portait pas sur les actes effectivement commis. La différence existant entre l'acte effectivement commis et l'acte prévu par l'instigateur doit être importante et porter sur la nature ou la gravité du crime. « *It is still irrelevant, however, when the deviation of the actual from the proposed crime is inessential* » [148].

Il n'est toutefois pas nécessaire que l'instigateur qualifie de manière pénalement exacte le crime à accomplir. Il suffit qu'il décrive un acte concret correspondant à un crime effectivement réprimé par le Statut. L'instigateur ne développe pas un projet commun avec l'instigué, auquel cas ils seraient coauteurs. Il peut parfaitement lui donner carte blanche dans le choix de la victime, pour autant qu'il s'agisse de personne civile, du lieu ou du moment, pour autant qu'il reste en rapport avec l'attaque générale ou systématique en cours, ou des moyens. Il est toutefois évident que plus les desseins de l'instigateur seront exprimés largement, plus grande sera la liberté d'action de l'instigué et plus étroit le champ des différences possibles [149].

Il nous semble que les crimes contre l'humanité doivent être perçu comme un tout cohérent, ce qui permet de faire de tous les crimes énumérés à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale au cours d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, les éléments d'un seul crime. Ainsi, nous ne pensons pas qu'il y ait de divergence essentielle entre les différents éléments de l'article 7 paragraphe 1, qui tous constituent des crimes contre l'humanité. La spécificité de ces crimes est en effet d'être commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique, composée d'un ou de plusieurs des éléments énumérés, qui possèdent tous ainsi un statut comparable. L'instigateur d'un crime contre l'humanité reste donc punissable quelque crime que son instrument commette dans les limites de l'article 7 paragraphe 1.

Il doit donc y avoir deux résultats en cascade à l'instigation : tout d'abord convaincre autrui à commettre le crime, ensuite que ledit crime soit effectivement commis ou pour le moins tenté. Il est nécessaire qu'un lien de causalité existe entre ces deux résultats, même s'il n'est pas nécessaire de démontrer que le crime n'eût point été commis sans l'instigation [150]. Comme le relève le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie : « *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* » [151].

---

[147] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 797-798.
[148] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility, in* Cassese, *The Rome Statute*, vol. I, p. 798.
[149] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 795-798.
[150] Voir Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, p. 56.
[151] TPIY, Kordic et Cerkez, §387.

1. Ordonner la commission de crimes contre l'humanité

Ordonner la commission d'un crime contre l'humanité présuppose une position d'autorité, typique de la relation entre un supérieur et son ou ses subordonnés, qu'elle se situe au sein d'une hiérarchie civile ou militaire, *de jure* ou *de facto* [152]. Le supérieur usera de son autorité pour ordonner la commission d'un crime face à ses subordonnés liés par un devoir d'obéissance. Comme l'a précisé le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, « *Ordering entails a person in a position of authority using that position to convince another to commit an offence* » [153]. Agissant ainsi, le supérieur non seulement viole son devoir d'empêcher ou de réprimer la commission d'un crime par ses subordonnés mais abuse délibérément de celui-ci dans une intention criminelle. « *Therefore, ordering a crime is certainly the strongest form of instigation* » [154]. Une relation formelle d'autorité n'est pas nécessaire, tant qu'il est démontré que l'accusé possède l'autorité de donner un ordre [155].

Le Statut ne précisant aucune forme ni aucune procédure à respecter pour donner l'ordre de commettre un crime, il n'est pas nécessaire qu'il soit donné par écrit et il peut être explicite ou implicite, pour autant qu'il soit effectivement compris comme l'ordre de commettre un crime contre l'humanité [156]. De même, il n'est pas nécessaire que l'ordre soit donné directement par le supérieur hiérarchique, des échelons hiérarchiques intermédiaires pouvant parfaitement répercuter l'ordre jusqu'à la personne qui l'exécutera [157].

Il importe toutefois, au sens du Statut de la Cour pénale internationale que le crime soit effectivement commis ou pour le moins tenté, pour que l'ordre de le commettre engage la responsabilité pénale de son auteur [158].

Ce qui est fondamental à relever, avec le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, est que « *ce qui importe, c'est l'intention criminelle du supérieur hiérarchique, et non celle du subordonné ayant exécuté l'ordre donné. En conséquence, il importe peu que l'ordre donné revête ou non un caractère manifestement illégal* » [159]. En effet, il importe d'établir le caractère manifestement illégal de l'ordre pour déterminer la responsabilité de l'exécutant, comme nous le verrons plus loin, et non celle du donneur d'ordre [160]. Ordonner la commission de crimes contre l'humanité est par essence manifestement illégal mais ici, ordonner est une forme de participation engageant la responsabilité de celui qui donne l'ordre et non de celui qui l'exécute, sans toutefois constituer une excuse systématique pour ce dernier. Précisons déjà que l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est considéré en tout état de cause comme manifestement illégal par le Statut de Rome [161].

---

[152] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 796-797 ; voir également Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 193-194.
[153] TPIY, Krstic, §601, voir aussi TPIR, Akayesu, §483 ; TPIR, Musema, §121.
[154] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility, in* Cassese, *The Rome Statute*, vol. I, p. 798.
[155] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §388.
[156] Voir Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, p. 50.
[157] Voir TPIY, Blaskic, §282.
[158] L'art. 25 §3 lit. (b) CPI sur ce point plus strict que le droit international pénal général, au sein duquel l'ordre de commettre un crime ne nécessite pas d'être suivi d'effet ; voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 193-194.
[159] TPIY, Blaskic, §282.
[160] Voir *infra* chapitre 19.
[161] Voir art. 33 §2 CPI.

2. Solliciter ou encourager la commission de crimes contre l'humanité

Solliciter signifie exciter ou pousser à faire quelque chose ou encore requérir par une demande instante quelque chose de quelqu'un, alors qu'encourager signifie exciter, animer ou favoriser (Littré). En anglais, les termes employés sont « *soliciting or inducing a crime* ». Comme le relève Albin Eser, « *In common legal language, soliciting means to command, authorize, urge, incite, request or advice another person to commit a crime, whereas inducing means affect, cause, influence an act or course of conduct, lead by persuasion or reasoning* » [162]. En français comme en anglais, il est difficile de distinguer l'un de l'autre.

Ce qui est évident toutefois, c'est que solliciter ou encourager exige une intervention soutenue de l'instigateur qui doit, au sens courant, requérir par une demande instante la commission du crime contre l'humanité. Son intervention doit donc être relativement insistante, sans pour autant qu'il ait à vaincre une résistance soutenue. Sollicite la commission d'un crime contre l'humanité celui qui n'est pas en position hiérarchique de l'ordonner, son intention étant la même et sa demande tout aussi pressante qu'un ordre pourrait l'être face à un subordonné. Solliciter ou encourager la commission d'un crime correspond donc à une forte instigation, quand n'existe pas de lien hiérarchique permettant à l'instigateur d'ordonner la commission du crime. L'instigateur jouira d'un pouvoir de persuasion à défaut d'un pouvoir hiérarchique [163].

B. La complicité

Le Statut de la Cour pénale internationale incrimine ensuite largement la complicité, qu'il définit ainsi : « *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* » ; la version anglaise dispose : « *For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission* » [164]. En règle générale, ce mode de participation est perçu comme étant d'un degré de gravité moindre que les précédents [165].

La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda est particulièrement abondante sur le sujet. Pour ces tribunaux, « *aiding and abetting means rendering a substantial contribution to the commission of a crime* » [166]. Cette contribution substantielle n'exige pourtant pas que l'accusé soit présent sur les lieux du crime ou que sa contribution soit directe [167].

C'est ainsi que les éléments constitutifs de la complicité sont exposés : « *l'*actus reus *consiste en une aide, un encouragement ou un soutien moral pratique ayant un effet important sur la perpétration du crime. La* mens rea *nécessaire est le fait de savoir*

[162] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility, in* Cassese, *The Rome Statute*, vol. I, p. 796.
[163] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 480-481, *ad* art. 25 CPI.
[164] Art. 25 §3 lit. (c) CPI.
[165] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 481, *ad* art. 25 CPI et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 87-94.
[166] TPIY, Krstic, §601.
[167] Voir TPIR, Kayishema et Ruzindana, § 200.

que ces actes aident à la perpétration du crime » [168], ou encore : « *It must be demonstrated that the aider and abettor carried out an act which consisted of practical assistance, encouragement or moral support to the principal offender. The act of assistance need not have actually caused the act of the principal offender, but it must have had a substantial effect on the commission of the crime by the principal offender. The act of assistance may be either an act or omission, and it may occur before, during or after the act of the principal offender* » [169].

Dans la détermination de l'élément matériel de la complicité, la Chambre de première instance du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé qu'il peut être commis par omission, pour autant que ladite omission eût un effet décisif sur la perpétration du crime et qu'elle fût accompagnée de l'élément intentionnel nécessaire : « *A cet égard, la simple présence sur les lieux du crime d'un supérieur hiérarchique, comme un commandant militaire, constitue une indication probante lorsqu'il s'agit de déterminer si celui-ci a encouragé ou soutenu les auteurs du crime* » [170]. Cet élément matériel inclut tous les actes d'assistance qui encouragent ou supportent la commission du crime et peut consister non seulement en des actes physiques, mais également en la forme d'un soutien psychologique donné par exemple par la parole, voire par la simple présence sur les lieux [171]. La seule présence sur les lieux d'un accusé ne saurait toutefois, pour elle-même, être constitutive de complicité, à moins que ne soit démontré que cette présence apporte légitimité ou encouragement à l'auteur principal [172].

Pour ce qui est de l'élément intentionnel, il faut que le complice ait la connaissance que ses actes contribuent à la perpétration du crime tout en ayant l'intention de fournir une assistance ou pour le moins avoir eu conscience que cette assistance serait une conséquence possible et prévisible de son comportement [173]. Pourtant, il n'est pas nécessaire que le complice connaisse le crime précis qui est projeté et effectivement commis. « *S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, il a eu l'intention de le faciliter et il est coupable de complicité* » [174]. Il faut néanmoins que le complice soit conscient des éléments essentiels du crime, y compris la *mens rea* de l'auteur principal, *mens rea* qu'il n'a pas forcément à partager [175].

Un lien de causalité n'est pas nécessaire entre l'aide ou l'assistance du complice et la commission du crime et il est clairement envisageable que le crime puisse être commis malgré tout avec ou sans son aide. L'action du complice n'est pas décisive, même si elle doit être substantielle, et elle peut intervenir avant, pendant ou après la commission du crime et en être détachée géographiquement [176].

Les termes d'aide et d'assistance pourraient apparaître comme synonymes, ce qui n'est toutefois pas le cas. En anglais, la Chambre de première instance du Tribunal pour le Rwanda a tenté d'apporter des précisions : « *Aiding and abetting which may appear to be synonymous are indeed different. Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would involve facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto. The issue here is to whether the individual criminal responsibility provided for in Article 6(1) is incurred only where there was aiding and abetting at the same*

[168] TPIY, Furundzija, §249.
[169] TPIY, Krnojelac, §88.
[170] TPIY, Blaskic, §284.
[171] Voir TPIY, Delalic et al., §327 ; voir également TPIR, Musema, §126.
[172] Voir TPIY, Krnojelac, §89 ; voir également TPIY, Kunarac et al., §§391-393.
[173] Voir TPIY, Blaskic, §286 ; voir également TPIY, Delalic et al., §328.
[174] TPIY, Furundzija, §246.
[175] Voir TPIY, Krnojelac, §90 ; voir également TPIY, Tadic, §689- 691 et TPIY, Kunarac et al., §392.
[176] Voir TPIY, Blaskic, §285 de même que TPIY, Furundzija, §233 et TPIY, Aleksovski, §61. Voir également TPIR, Musema, §125. Voir Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, p. 65.

time. The Chamber is of the opinion that either aiding or abetting alone is sufficient to render the perpetrator criminally liable. In both instances, it is not necessary for the person aiding or abetting another to commit the offence to be present during the commission of the crime. The Chamber finds that, in many legal systems, aiding and abetting constitute acts of complicity » [177].

Enfin, il faut clairement distinguer entre la complicité, soit l'aide et l'assistance apportée à la commission d'un crime et la coactivité, soit la poursuite d'un objectif ou d'un dessein commun en vue de commettre un crime [178].

Dans le Statut de la Cour pénale internationale, l'article 25 paragraphe 3 lettre (c) couvre le champ classique de la complicité, comprise comme une forme de participation se situant entre l'instigation d'une part et la commission d'un crime par un groupe de personnes d'autre part. La formulation de cette disposition indique clairement que les termes d'aide et d'assistance ont chacun leur propre signification mais qu'ils ne sont que deux exemples cités parmi toutes les formes possibles du concours d'un complice à la commission d'un crime [179]. Enfin, il est clairement dit que fournir les moyens nécessaires à la commission du crime est un exemple particulier d'assistance à la commission d'un crime et donc de complicité [180].

Dans la détermination des éléments objectifs de la complicité, il faut se souvenir qu'il s'agit là d'une forme de participation accessoire en relation avec la commission d'un crime qui doit être effectivement commis ou pour le moins tenté. Les actes accomplis pour favoriser la commission d'un crime restent donc impunissables si le processus criminel n'est pas mené au moins à la tentative. Une fois atteint au moins ce stade, le fait de savoir à quel moment et sur quel point porte l'aide du complice est totalement irrelevant ; ainsi la complicité peut intervenir avant, pendant ou après la commission du crime [181]. Aucune des formes que peut revêtir la contribution du complice n'est expressément définie dans le Statut, hors le fait de fournir les moyens de la commission du crime et les termes d'aide, de concours et d'assistance sont très larges et loin de déterminer précisément les actes incriminés [182].

On peut tenter, face à la version anglaise du Statut, une esquisse de précision : « *If the ICTR defines aiding as giving assistance to someone, whereas abetting would involve facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto, aiding, perhaps not surprisingly, is practically identical with assisting, while abetting comes close to, if not being almost completely identifiable with, identification. Instead of exchanging synonyms, which are in any case rather unclear, it appears preferable to resort to the umbrella term of assistance which can consist of any sort of contribution facilitating the commission of the crime* » [183].

Ce commentaire peut être également pertinent pour la version française, concours, aide et assistance n'étant pas plus clairement distincts les uns des autres. Il faut en conclure, à partir du moment où il est admis qu'un lien de causalité entre l'aide apportée et la commission effective du crime n'est exigé ni par le Statut de la Cour pénale internationale ni avant lui par la jurisprudence des Tribunaux pénaux

[177] TPIR, Akayesu, §6.2.
[178] Voir TPIY, Blaskic, §288.
[179] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 236-237.
[180] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 798.
[181] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 236-237.
[182] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 798-799.
[183] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility, in* Cassese, *The Rome Statute*, vol. I, p. 799.

internationaux, que les formes de complicité peuvent être extrêmement variées dans la manière d'apporter l'aide, le concours ou l'assistance incriminée et que le Statut n'entend pas limiter la punissabilité de la complicité à telle ou telle forme d'assistance. De même importent peu les moyens par lesquels le crime est commis, de même ceux par lesquels le complice intervient ne sont pas relevants [184].

La seule exigence en la matière est que l'intervention du complice facilite effectivement la commission du crime d'une manière qui, sans être indispensable, ne soit pas marginale. L'intervention du complice a son importance dans la commission du crime, qui serait rendu plus difficile sans lui, mais non pas impossible [185]. Il peut donc apporter les moyens de la commission, monter la garde, conduire les auteurs du crime sur les lieux ou même simplement assister au crime si sa présence facilite ou légitime effectivement la commission du crime [186].

Quant à la détermination de l'élément subjectif, ou *mens rea*, de la complicité, il faut se souvenir que le Statut de la Cour pénale internationale n'incrimine la participation au crime contre l'humanité que pour les personnes agissant avec intention et connaissance. Ceci signifie que le complice doit être conscient de l'aide qu'il apporte à la commission du crime et avoir effectivement l'intention d'apporter une telle aide [187]. Il doit donc connaître les projets criminels de la ou des personnes qu'il assiste, sans forcément les faire siens, et pas forcément dans tous les détails. Le complice n'est qu'un auteur accessoire du crime et peu importe par exemple qu'il partage ou non les motifs discriminatoires des auteurs de persécution, qu'il connaisse ou non l'identité des victimes ou le lieu ou le moment de la commission du crime. Sa connaissance et son intention sont néanmoins doubles : elle doivent englober les éléments de l'aide qu'il apporte de même que la commission intentionnelle du crime par son auteur direct. Il doit en effet connaître non seulement les projets de l'auteur principal, mais également l'intention dans laquelle il agira. De même qu'il n'est pas nécessaire qu'il fasse siens les projets criminels, de même il n'est pas nécessaire qu'il partage l'intention de l'auteur principal [188]. Ainsi l'on peut, par exemple, faciliter le crime contre l'humanité de grossesse forcée en détenant une femme mise enceinte de force, sans pour autant partager l'intention de modifier la composition ethnique de la population à laquelle elle appartient.

---

[184] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 799-800.
[185] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 236-237.
[186] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 800-801.
[187] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 801.
[188] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 483, ad art. 25 CPI, Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 188 et Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 236-237.

V. La tentative et le désistement en matière de crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome

Pour la première fois en droit international, la tentative est incriminée à part entière, même si elle peut sembler sous-entendue dans la réglementation précédant le Statut de la Cour pénale internationale, notamment la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg et les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda [189]. Néanmoins, il est défendu que l'incrimination de la tentative et du désistement dans le Statut de la Cour pénale internationale ne fait que codifier le droit international coutumier existant [190].

Nous avons déjà souligné que la responsabilité des participants à un crime ne peut être engagée que si le crime est commis ou pour le moins tenté. La tentative implique l'échec, rencontré dans la commission du crime. L'échec peut également être volontaire et le désistement est également traité dans le Statut de la Cour pénale internationale, pour la première fois [191]. Il n'existe donc aucune jurisprudence en ce domaine, les Tribunaux pénaux internationaux ne pouvant se prononcer sur cette question. Les notions de tentative ou de désistement peuvent connaître des développements complexes dans le cadre du crime contre l'humanité du fait de la pluralité de participants et du caractère systématique et général des crimes commis de même que de la définition des éléments constitutifs des crimes.

A. La tentative

L'incrimination de la tentative est un pas important dans le développement du droit international pénal. Elle permet de criminaliser l'action criminelle dès son commencement d'exécution, même en cas d'échec, et de considérer de la même manière celui qui commet l'infraction et celui qui l'aurait commise si les circonstances l'avaient permis [192]. Ainsi, le Statut de la Cour pénale internationale incrimine-t-il le comportement d'une personne qui « *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* » [193].

Trois éléments ressortent de cette disposition, qui sont le commencement d'exécution du crime par des actes substantiels, ou *actus reus*, l'échec en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur et l'élément psychologique ou *mens rea* habituel, soit la connaissance et l'intention [194].

Le commencement d'exécution du crime par des actes substantiels est le premier élément constitutif de la tentative (« *action that commences its execution by means of a substantial step* » en anglais et « *actos que supongan un paso importante para su ejecución* » en espagnol). Très classiquement, l'intention délictueuse seule ne suffit pas pour engager la responsabilité pénale d'un individu, tant que cette intention ne

[189] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ p. 488, *ad* art. 25 CPI.
[190] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 195-196.
[191] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 807-809.
[192] Voir Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 250.
[193] Art. 25 §3 lit. (f) CPI.
[194] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 809.

s'est pas traduite par le commencement d'exécution du crime. Le commencement d'exécution suppose toujours l'accomplissement d'un acte allant au-delà de la préparation du crime. Il ne suffit pas de préparer la commission du crime, il faut agir : toute la question est de déterminer à quel stade l'auteur quitte la phase de préparation pour passer à celle de l'exécution [195].

Objectivement, l'exécution d'un crime commence avec l'accomplissement d'un acte érigé en élément constitutif de l'infraction. L'exigence du Statut d'un acte substantiel limite tout de même l'interprétation de la notion de commencement d'exécution et signifie pour Albin Eser : « *that, on the one hand, attempt does not necessarily require a partial fulfilment of the definitional elements of the crime but that, on the other hand, the perpetrator according to his opposition and intention is already directly endangering the protected interest or object, as would be the case when the murderer is about to pull the trigger or the rapist ready to assault or seize the victim the next moment* » [196]. Celui qui, avec son arme, tire sur sa victime pour la tuer mais la manque, ou son arme s'enraye, a clairement franchi le stade du commencement d'exécution. Celui qui attache la victime sur un lit de torture (le « *grill* » bien connu en Amérique latine) mais est empêché de poursuivre a manifestement franchi l'étape du commencement d'exécution, la mise en place de la victime étant un acte substantiel dans la réalisation du crime. Qu'en est-il de celui qui conduit la victime à la chambre de torture mais est arrêté en route ? Il ne s'agit certainement pas d'un acte objectivement substantiel, la victime pouvant être conduite à un simple interrogatoire, ou n'importe où et dans n'importe quel but autre que la torture, l'étape suivante n'étant pas suffisamment évidente pour en déduire un commencement d'exécution.

La question du commencement d'exécution sera plus délicate par exemple pour le crime d'extermination [197]. Nous avons déjà conclu à l'absence de résultat constitutif de l'infraction : il suffit de provoquer des conditions de vies calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population [198]. Si aucun membre de la population visée ne succombe à ces conditions, le crime est pourtant commis, sa commission étant achevée dès la mise en place des mesures provoquant matériellement les conditions de vie envisagées. La tentative ne pourrait ici inclure que l'échec dans la mise en place de ces conditions de vie, par exemple, celui qui tente de rompre l'approvisionnement en eau et nourriture d'une population alors que celle-ci parvient tout de même à s'approvisionner ou à vivre de ses réserves, aura franchi l'étape du commencement d'exécution du crime d'extermination.

On ne peut enfin analyser la tentative dans le cadre du crime contre l'humanité, sans analyser, non seulement le commencement d'exécution d'un crime particulier, tel que le meurtre ou la torture, mais également la tentative de l'attaque généralisée ou systématique, qui lui donne sa dimension [199]. Le groupe armé qui encercle un village ou une région dans le but d'en tuer les hommes et violer les femmes, mais qui doit renoncer, à cause de la défense acharnée des personnes visées ou de l'intervention de tiers, par exemple de forces d'interposition ou de maintien de la paix, commet une tentative de crime contre l'humanité car il a, en engageant l'attaque généralisée et systématique, franchi l'étape du commencement d'exécution. Quant à la tentative d'apartheid – qui est une forme d'attaque généralisée ou

---

[195] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 488-489, *ad* art. 25 CPI.
[196] Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 811-812.
[197] Voir art. 7 §1 lit. (b) et §2 lit. (b) CPI.
[198] Voir *supra* chapitre 6.
[199] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI et *supra* chapitre 4.

systématique, elle reposerait dans l'échec de la mise en place d'un régime d'oppression systématique destiné à se perpétuer [200].

Le deuxième élément de la tentative est l'échec, soit l'absence de l'un au moins des éléments constitutifs objectifs nécessaires à la consommation du crime, ce que le Statut qualifie par les termes « *sans que le crime soit accompli* » [201]. Ainsi la victime d'une tentative de meurtre ne meurt pas, celle d'une tentative de torture n'endure pas les douleurs ou souffrances aiguës projetées… Peu importe que la victime d'une tentative de meurtre ne meure pas parce que le coup l'a manquée ou que l'arme s'est enrayée ou parce qu'elle n'a été que blessée. Que soit en cause l'inaptitude des moyens employés ou celle de l'auteur, ce qui importe fondamentalement c'est que les circonstances de l'échec ne dépendent pas de la volonté de l'auteur, qui aura fait tout ce qui est en son pouvoir pour que le crime soit effectivement consommé sans y parvenir [202].

En effet, et c'est le troisième élément de la tentative, la volonté de l'auteur porte sur la commission du crime et non sur son échec, ce qui serait alors considéré comme un désistement. L'auteur doit posséder la connaissance et l'intention propres au crime tenté [203]. Il doit connaître l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile et vouloir s'y associer par la commission de tel ou tel élément constitutif des crimes contre l'humanité. En raison même de l'échec de la commission du crime, la volonté de l'auteur reste le seul point de référence permettant de déterminer ce qui aurait dû se passer. Ceci signifie que l'auteur doit avoir l'intention, inconditionnelle, de commettre le crime en allant au bout de l'*iter criminis*, en réalisant tous ses éléments constitutifs ; il n'échoue que parce que des circonstances étrangères à sa volonté l'empêchent d'atteindre ce but [204]. Sans ces circonstances, le crime eût été commis sans aucun doute, rien n'arrêtant le criminel dans la réalisation de ses objectifs [205].

Le crime contre l'humanité tenté engage la responsabilité pénale de tous ses auteurs et de tous ses participants, qu'ils soient complices, instigateurs ou membres d'un groupe de personnes agissant de concert. Nous avons mentionné dans l'analyse précédente des modes de participation que celle-ci n'était incriminée que pour autant que l'infraction soit commise ou pour le moins tentée. La participation à la tentative est ainsi incriminée au même titre que la participation à la commission de l'infraction.

Nous avons décrit le commencement d'exécution comme l'*actus reus* de la tentative. Qu'en est-il de ce qu'il est convenu d'appeler le délit impossible, soit le commencement d'exécution par l'auteur d'un crime dont la réalisation est absolument impossible, vu les moyens utilisés ou l'objet visé ? L'appréciation de l'auteur et sa volonté clairement extériorisée par le commencement d'exécution doivent aboutir à la commission d'un crime dont il ignore l'impossible réalisation. Il veut tuer ou torturer une personne déjà morte, exterminer une population déjà réduite à de telles conditions de vie par la famine suivant une sécheresse

---

[200] Voir 7 §2 lit. (h) CPI et *supra* chapitre 16.
[201] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 488-489, *ad* art. 25 CPI et Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 194-196.
[202] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 809-810.
[203] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 488-489, *ad* art. 25 CPI.
[204] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 194-196.
[205] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 811.

catastrophique, utilise des moyens qui en aucun cas ne peuvent produire le résultat escompté parce qu'ils ne fonctionnent pas ou ne sont pas propres à l'usage envisagé… Le Statut ne prévoit pas un tel cas de figure, qui doit donc être analysé au vu de la tentative. Il semble clair que le commencement d'exécution sera difficilement concevable dans un tel cas, où le bien protégé pénalement ne court objectivement aucun danger. La tentative impossible doit donc rester impunie en droit international pénal [206].

La question de la tentative d'une infraction commise par omission peut également se poser mais doit s'analyser dans le cadre général de la tentative. Le supérieur hiérarchique qui n'intervient pas pour empêcher ses subordonnés de commettre un crime, en souhaitant secrètement qu'ils le commettent, mais qui voit ses espoirs déçus, n'a objectivement fait courir aucun danger aux potentielles victimes. Un tel cas de figure doit également rester impuni. En effet, même si le supérieur a objectivement violé ses obligations, ce comportement n'a eu aucune conséquence pénale et le supérieur n'a d'obligation d'intervenir que si ses subordonnés commettent ou sont sur le point de commettre un crime contre l'humanité [207].

Une dernière question peut se poser de la tentative de participation à la commission d'un crime. Il ne s'agit pas là de la participation à une tentative mais du comportement de l'individu qui souhaiterait apporter son concours à la commission de crimes contre l'humanité, sans que les auteurs principaux ne fassent finalement appel à lui. Ici encore, il n'y a pas de commencement d'exécution substantiel qui permette de poursuivre cet individu [208].

B. Le désistement

Contrairement à la tentative, le Statut de la Cour pénale internationale renonce à incriminer le désistement, qu'il définit ainsi : « *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* » [209]. Il en ressort trois éléments, soit que l'individu abandonne ses efforts tendant à la commission d'un crime, qu'il en empêche l'achèvement, le tout en abandonnant totalement et volontairement ses desseins criminels [210].

Le désistement doit intervenir au cours de la tentative, dont il est le pendant, l'échec étant ici provoqué par la volonté de l'auteur. Ce que nous avons dit plus haut du commencement d'exécution est également valable dans le cas du désistement. Une personne qui renonce à ses intentions criminelles avant même le commencement d'exécution échappe totalement au droit international pénal. Par contre, celle qui y renonce après le commencement d'exécution mérite, par son action d'empêcher l'atteinte au bien protégé et par le renoncement à ses desseins criminels, un traitement de faveur. A l'opposé, si la commission du crime est achevée, il n'y a plus

[206] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 813.
[207] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 813-814.
[208] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 818.
[209] Art. 25 §3 lit. (f) *in fine* CPI.
[210] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 489-490, *ad* art. 25 CPI.

de place au désistement, l'atteinte au bien protégé étant effective et définitive [211]. La victime est morte, torturée ou violée et l'auteur ne peut plus revenir en arrière.

Pour bénéficier de cette disposition, il faut tout d'abord que l'individu abandonne ses efforts tendant à commettre un crime. Il aurait pu poursuivre son activité criminelle et consommer l'infraction mais il ne l'a pas voulu. Le désistement peut intervenir à tout moment dès le commencement d'exécution mais avant l'accomplissement de tous les éléments constitutifs du crime [212].

Abandonner ses efforts signifie que la commission du crime peut être obviée simplement en ne continuant pas dans la voie de la commission et donc que les actions menées jusque là ne suffisent pas à provoquer le résultat prohibé, ce qui est qualifié de tentative inachevée [213]. Il y a ainsi désistement si l'auteur de ce qui devait devenir un meurtre renonce à faire à nouveau usage de son arme après avoir manqué sa victime, ou s'il renonce à infliger des souffrances ou des douleurs physiques ou mentales aiguës à la victime qu'il était prêt à torturer.

L'importance de cet abandon est particulière dans le cas de la torture. L'auteur qui attache sa victime sur son lit de torture (le « *grill* » encore) mais renonce à lui infliger les premières souffrances abandonne sa tentative. Par contre, s'il lui inflige les premières souffrances mais face à sa réaction de douleur renonce à poursuivre, il aura achevé son crime et il n'y aura plus de place au désistement. Autre chose sera l'effet éventuel sur la fixation de la peine de cette renonciation à poursuivre [214].

Outre l'abandon de ses efforts, l'individu peut également, de toute autre manière, empêcher l'achèvement du crime tenté. Ceci fait référence aux cas où, dans le cours normal des événements, les actes de l'auteur eussent provoqué le résultat prohibé sans son intervention salvatrice. Après avoir tout fait pour réussir, l'auteur fait spontanément tout pour échouer. Le comportement générateur de l'échec (*actus contrarius*) doit évidemment être adopté tant que le résultat recherché est encore en suspens. C'est ce qui est qualifié de tentative achevée. L'auteur peut ainsi spontanément porter secours à sa victime, appeler une ambulance ou la conduire à l'hôpital, mais il ne lui suffira pas de se joindre aux premiers secours apportés par des tiers. Si un médecin assiste à la tentative de meurtre et intervient immédiatement pour porter secours à la victime et que, voyant ceci, l'auteur lui apporte son assistance pour conduire sa victime à l'hôpital, il n'y a pas là de désistement puisque le comportement générateur de l'échec n'est pas le fait de l'auteur mais d'un tiers [215].

Le fait d'empêcher la survenance du résultat exige que l'*actus contrarius* soit efficace. Si le résultat initialement voulu survient malgré tout, il n'y a pas de désistement [216]. La victime meurt malgré les soins apportés par l'auteur et le meurtre est consommé. Dans l'exemple de la torture que nous venons de mentionner, il n'y a pas de place non plus à empêcher la survenance du résultat une fois les premières souffrances infligées. L'auteur qui apporte ses soins à la victime après la séance de

---

[211] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 489-490, *ad* art. 25 CPI.
[212] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 815.
[213] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 815
[214] Voir art. 78 CPI. .
[215] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 815-816.
[216] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 816.

torture intervient trop tard, le crime déjà consommé, sans compter que les soins apportés après une séance de torture peuvent n'être destinés qu'à permettre à la victime de supporter une nouvelle séance de torture sans y laisser la vie [217].

L'élément subjectif du désistement réside, nous l'avons dit, dans l'abandon par l'auteur de ses desseins criminels, auxquels il doit complètement et volontairement renoncer. C'est ici l'élément psychologique décrit à l'article 30 du Statut, qui n'engage la responsabilité de l'auteur d'un crime que si celui-ci agit avec connaissance et intention, envisagé dans une option libératrice. Il y a intention si l'auteur entend adopter un comportement ou causer une conséquence déterminée et il y a connaissance si l'auteur est conscient qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des choses [218]. Le désistement comme le crime doivent reposer sur l'intention et la connaissance de l'auteur. L'auteur doit avoir l'intention d'adopter un comportement qui empêche la commission du crime de survenir et il doit être conscient que son action empêchera la survenance du résultat du crime dans le cours normal des événements. L'abandon des desseins criminels par l'auteur doit être complet et il est évident qu'il ne saurait y avoir désistement si l'auteur renonce à l'achèvement du crime pour se mettre à la recherche d'une nouvelle victime, tel le meurtrier qui renonce à tuer le fils sur les prières d'une mère mais tue le voisin ou tel le meurtrier qui renonce à tuer sa victime mais la viole. Le dessein criminel ne se limite pas à l'acte envisagé ou à l'identité de la victime mais à la volonté criminelle comme un tout. L'auteur doit donc abandonner, en ce qui nous concerne, ses desseins de commettre toute action criminelle qui serait constitutive de l'un des crimes contre l'humanité énumérés à l'article 7 du Statut, il doit donc abandonner toute idée de participation à l'attaque généralisée ou systématique en cours contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [219].

Se pose enfin la question, plus complexe, du désistement de l'un des auteurs du crime, alors que d'autres achèvent leurs actions criminelles. Le crime contre l'humanité, nous l'avons maintes fois mentionné, est une affaire collective et le Statut incrimine particulièrement le fait de participer aux crimes commis par un groupe de personnes agissant de concert. Il est évident qu'au sein de ce groupe, une personne peut se désister, sans que les autres ne suivent son exemple, voire même sans qu'elles n'en aient connaissance sur le moment. Il faut toujours garder en vue que la responsabilité pénale est individuelle et que même au sein d'un groupe de personnes agissant de concert, chacun des membres du groupe engage sa responsabilité individuelle. Le désistement de l'un ne le concerne qu'individuellement, sans entamer la responsabilité des autres [220].

Deux situations nous semblent alors envisageables. La première est le désistement de l'un des membres du groupe, qui provoque l'échec du crime et non seulement de sa seule participation. L'auteur du désistement pourra en bénéficier et voir sa responsabilité exonérée, alors que les autres participants demeureront les auteurs d'une tentative. La seconde est le désistement de l'un des membres du groupe, qui n'obvie pourtant pas à la commission globale du crime. Dans ce cas les

---

[217] Voir *supra* chapitre 10.
[218] Voir art. 30 CPI et *supra* chapitre 3.
[219] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 817.
[220] Voir Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 816.

auteurs du crime en ont achevé la commission et tous les membres du groupe en sont également responsables, y compris celui qui s'est désisté car son désistement n'aura pas empêché la survenance du résultat projeté. Il pourra toutefois sans doute se prévaloir de ce comportement au moment de la fixation de la peine [221].

La question du désistement des participants accessoires nous semble également pouvoir se poser en des termes différents. L'auteur qui commet lui-même les éléments constitutifs du crime est en bonne position pour y renoncer et en empêcher la survenance. Le complice n'apporte qu'une assistance qui, pour être substantielle, n'en est pas pour autant indispensable et il est probable qu'il ne soit pas matériellement en position d'agir pour empêcher le résultat projeté de survenir. Toutefois, si le complice intervient effectivement dans le cadre du désistement et parvient à empêcher l'achèvement du crime, il doit pouvoir bénéficier de son action et voir exonérée sa responsabilité, l'auteur principal engageant lui la sienne pour la tentative du crime dont l'échec ne lui sera pas imputable, l'action salvatrice du complice étant l'une de ces circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

Enfin, il est évident également que rien dans le Statut de la Cour pénale internationale ne fait obstacle à un désistement collectif de tous les participants à la commission de crimes contre l'humanité, ce qui en serait la conclusion la plus heureuse.

[221] Voir art. 78 CPI.

VI. Esquisse : le concours et les crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome

Nous avons déjà rencontré, sans l'analyser, la question du concours, notamment en relation avec le crime contre l'humanité de persécution, qui doit être commis en corrélation avec un autre crime contre l'humanité ou un autre crime relevant de la compétence de la Cour [222]. Toutefois, nous n'aborderons pas ici une analyse détaillée de cette question, pour différentes raisons : il s'agit d'une question de droit pénal général, qui sort donc de notre sujet, sa réglementation en droit international n'est pas complète et la jurisprudence se limite au jugement rendu par le Tribunal pénal international en l'affaire *Kupreskic et consorts*, la doctrine n'est pas non plus suffisante. Nous ne pourrions qu'aboutir à la constatation d'importantes divergences dans les différents droits nationaux ou à la reprise des conclusions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire précitée et nous préférons, suivant l'exemple des auteurs du Statut, laisser à la Cour le soin de développer cette question. Il n'en demeure pas moins que les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale sont d'une nature eux-mêmes complexe et nous voulons ici soulever quelques réflexions à ce sujet.

L'article 78 paragraphe 3 du Statut de la Cour pénale internationale envisage le cas d'une personne qui « *est reconnue coupable de plusieurs crimes* », soit des situations dites de concours d'infractions. Cette disposition permet d'envisager le cas de celui qui commet plusieurs crimes différents ou plusieurs fois le même crime, selon un schéma connu de la plupart des droits nationaux [223].

Historiquement, le Tribunal militaire international de Nuremberg et les autres tribunaux militaires siégeant à Nuremberg, à l'issue de la seconde guerre mondiale reconnurent de nombreux accusés coupables, tout à la fois, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, à raison des mêmes faits. Il est vrai qu'à cette époque, le crime contre l'humanité était une notion nouvelle et d'aucuns se demandaient si, en déclarant un accusé coupable uniquement de ce crime, on n'eût point appliqué la loi rétroactivement. En ce sens, une double condamnation pour crime de guerre et crime contre l'humanité permit d'esquiver une telle critique. Il faut d'ailleurs relever que les dispositions du droit international applicables à l'époque n'établissaient pas de distinction claire entre les deux catégories de crimes. Enfin, les concepts généraux de droit international pénal étaient encore en devenir.

Aujourd'hui la situation a évolué sur tous ces points et le droit international pénal est beaucoup plus développé, même s'il ne l'est pas encore de manière totalement cohérente, qu'il ne l'était il y a soixante ans, à l'époque des tribunaux de Nuremberg. Il n'en demeure pas moins, que seule la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Kupreskic et consorts*, s'est posée clairement à ce jour la question de déterminer les règles générales du concours [224].

Il n'en demeure pas moins également que la question du concours demeura controversée tout au long des travaux préparatoires à la Conférence de Rome et que l'article 78 du Statut n'y répond que très sommairement. Il semble acquis, que cette

[222] Voir art. 7 §1 lit. (h) CPI et *supra* chapitre 12.
[223] Voir Mark Jennings, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 1003, *ad* art. 78 §3 CPI.
[224] Voir PIY, Kupreskic et al, §§637-748.

question nécessite de plus amples développements et, à ce stade, la question demeure largement ouverte, laissant le soin à la Cour de se déterminer [225].

Les crimes contre l'humanité sont une infraction particulièrement complexe, constituée d'éléments constitutifs généraux, à savoir une attaque générale ou systématique lancée contre une population civile, et d'éléments constitutifs spéciaux, qui sont énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut, dont le meurtre, la torture, le viol… La question du concours peut donc se poser sur trois plans différents : premièrement entre les crimes contre l'humanité et les autres crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, de génocide, de crimes de guerre et d'agression ; deuxièmement entre plusieurs attaques généralisées ou systématiques, au sens du chapeau de l'article 7 ; troisièmement entre les différents éléments spécifiques énumérés en son paragraphe premier.

La première question du concours entre les quatre crimes sur lesquels la Cour peut exercer sa juridiction est l'élément le plus délicat. En effet, le fait de tuer une ou plusieurs personnes peut abstraitement constituer un crime de génocide de meurtre des membres du groupe, un crime contre l'humanité de meurtre ou un crime de guerre d'homicide intentionnel ou d'atteintes à la vie [226].

Se pose alors la question de la qualification de l'acte. Dans le cadre du meurtre, même les différences d'appellation entre meurtre, homicide intentionnel et atteinte à la vie, ne portent guère à confusion. Par contre, la question est plus délicate pour d'autres crimes de déterminer si un acte commis relève, par exemple, du crime de génocide d'atteinte grave à l'intégrité physique, du crime contre l'humanité de torture ou des crimes de guerre de traitement inhumain ou du fait de causer de grandes souffrances [227].

La distinction reposera sans doute sur le contexte requis par chacun des trois crimes. Le génocide doit être commis contre un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel avec l'intention de le détruire en tout ou partie [228]. Le crime contre l'humanité doit être commis au cours d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, dans l'application ou la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [229]. Le crime de guerre doit être commis au cours d'un conflit armé, international ou non international [230]. Cependant, les deux premiers peuvent être commis en temps de paix comme en temps de conflits armés. D'où la possibilité, dont ne se prive pas le bureau du Procureur des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda, de qualifier les mêmes faits de deux, voire trois crimes différents.

Les deux autres questions soulevées portent sur le concours interne au crime contre l'humanité, donc entre deux crimes contre l'humanité. Ce cas peut soit se présenter si l'auteur mène deux ou plusieurs attaques généralisées ou systématiques contre des populations civiles ou si l'auteur commet plusieurs des actes énumérés à l'article 7 paragraphe 1 du Statut ou plusieurs fois le même acte.

L'élément essentiel du crime contre l'humanité réside dans l'existence de cette attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation

---

[225] Voir Susanne Walther, *Cumulation of Offences*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 494.
[226] Voir respectivement art. 6 lit. (a), 7 §1 lit. (a), 8 §2 lit. (a) ch. (i) et 8 §2 lit. (c) ch. (i) CPI.
[227] Voir respectivement art. 6 lit. (b), 7 §1 lit. (f), 8 §2 lit. (a) ch. (ii) et (iii) CPI.
[228] Voir art. 6 CPI.
[229] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI et *supra* chapitre 4.
[230] Voir art. 8 CPI.

ayant pour but une telle attaque. Le terme attaque est défini par le Statut comme étant « *la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1* » [231]. Nous en concluons que les crimes contre l'humanité – au pluriel dans l'intitulé de l'article 7 - sont une infraction composée et qu'il est nécessaire à leur qualification que soient commis un grand nombre de meurtres, d'emprisonnements, de tortures ou de viols. Celui qui, au cours de l'attaque, commet plusieurs de ces crimes, ne se rend coupable qu'une seule fois de crimes contre l'humanité. La notion de concours ne nous semble pas devoir ici s'appliquer.

Par contre, une situation de concours pourrait se rencontrer si l'auteur participe à deux ou plusieurs attaques différentes contre la même population civile ou contre des populations civiles différentes. Toutefois, ce cas semble devoir se rencontrer difficilement en pratique. En effet, l'attaque doit être généralisée ou systématique, c'est-à-dire menée en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [232]. L'Etat qui lance l'attaque simultanément dans deux régions différentes du pays, contre des populations civiles distinctes et à l'aide de forces différentes, commet-il une ou deux fois des crimes contre l'humanité ? L'analyse de la politique suivie sera essentielle à le déterminer, même s'il semble possible de conclure abstraitement que dans un tel cas, les deux actions soient les volets complémentaires d'une même politique et donc d'une même attaque, chacune participant à l'établissement du caractère massif ou systématique de l'autre.

[231] Art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[232] Voir *supra* chapitre 4.

Section 2

De la responsabilité pénale au sein de structures hiérarchiques pour crimes contre l'humanité

Chapitre 17

La responsabilité pénale des chefs militaires pour crimes contre l'humanité

I. Introduction à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques

A. La responsabilité du supérieur hiérarchique

Le concept de responsabilité du supérieur hiérarchique rend le supérieur responsable pour n'avoir pas prévenu la conduite criminelle de ses subordonnés. Le supérieur est puni pour un défaut de contrôle et de supervision de ses subordonnés qui ont commis un crime et est ainsi puni tant pour son propre défaut d'intervention que pour les crimes commis par d'autres. Ce concept semble créer d'une part une responsabilité directe pour le défaut de contrôle et de supervision et d'autre part une responsabilité indirecte pour les crimes commis par des subordonnés. La responsabilité du supérieur hiérarchique possède donc le double caractère d'une omission et d'une infraction de mise en danger [1].

Telle que nous la définirons dans le présent chapitre et dans le suivant, la responsabilité du supérieur hiérarchique reposera sur la preuve, premièrement, que le supérieur était au moment des faits en position de commander et de contrôler effectivement ses subordonnés, ce qui lui donnait la capacité d'intervenir pour empêcher la commission d'un crime, et, deuxièmement, qu'il savait qu'un crime était commis ou sur le point de l'être et qu'il a négligé de tenir compte de ces informations [2].

L'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale distingue deux cas de responsabilité du supérieur hiérarchique entre la responsabilité du chef militaire ou

---

[1] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 203-205 et Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 824.
[2] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 824.

de celui qui en fait effectivement fonction, d'une part, et celle des autres supérieurs non militaires ou civils, d'autre part [3].

Mis en perspective avec l'historique de l'incrimination de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, la doctrine a déduit cinq éléments objectifs de l'article 28 du Statut, qui sont les suivants :

(a) l'auteur est un supérieur, militaire ou civil, occupant ses fonctions même *de facto*, qui a sous ses ordres des forces armées ou des subordonnés, quelle que soit la nature de la relation hiérarchique ;

(b) le pouvoir de commandement et de contrôle dans le cas d'un chef militaire ou l'autorité et le pouvoir de contrôle dans le cas d'un supérieur hiérarchique civil sur les subordonnés doit être effectif, ce qui est renforcé par l'exigence que la responsabilité et le contrôle effectifs du supérieur civil porte sur les activités liées à la commission du crime ;

(c) le crime commis par les subordonnés est le résultat du défaut de surveillance ou d'intervention du supérieur hiérarchique et il existe donc un lien de causalité entre le manquement du supérieur et le crime commis ;

(d) le supérieur ne prend pas les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir face à la commission du crime, ces mesures étant fonction de l'effectivité de son pouvoir ;

(e) les mesures à prendre doivent soit empêcher la commission du crime soit en réprimer la commission [4].

Dans ce cadre, le supérieur hiérarchique engage sa responsabilité pénale pour autant qu'il possède la *mens rea* requises par le Statut.

Comme nous l'avons dit, le supérieur hiérarchique engage sa responsabilité du fait d'une omission et est puni pour ses manquements à ses devoirs de prévenir et de réprimer les crimes commis par ses subordonnés. C'est bien pour n'avoir pas exercé le contrôle qui convenait sur ses subordonnés que le supérieur hiérarchique se trouve mis en cause et non pas à proprement parler pour les crimes qu'ils ont commis. La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique est donc le seul exemple du Statut de l'incrimination d'un délit d'omission proprement dit [5].

L'article 28 consacre ainsi un crime particulier d'omission qui consiste, à un niveau objectif, dans le manquement du supérieur hiérarchique de contrôler ses subordonnés. Les crimes commis par les subordonnés sont un élément de celui du supérieur hiérarchique, qui est responsable « *des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par les forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs* » [6] et sont donc une condition objective à sa punissabilité. Ils constituent le point de référence pour déterminer le manquement du supérieur à ses devoirs de contrôle [7].

La *mens rea* du supérieur doit-elle alors couvrir uniquement ses manquements qui créent un risque que ses subordonnés ne commettent un crime ou également les crimes commis eux-mêmes ? L'article 28 est rédigé dans une structure particulière, qui base la punissabilité du supérieur hiérarchique sur la commission des crimes par

[3] Voir art. 28 lit. (a) et (b) CPI.
[4] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 849-850.
[5] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 850-851.
[6] Art. 28 lit. (a) CPI.
[7] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 851.

ses subordonnés. Toutefois, l'élément psychologique du crime du supérieur est propre à l'article 28 et ne couvre pas celui des crimes commis par ses subordonnés. Analyser le rôle du supérieur fautif comme celui d'un complice ne tiendrait pas compte de la structure propre de l'article 28. L'objet principal de l'infraction est ici le manquement du supérieur de superviser correctement le comportement de ses subordonnés. Par contraste, si le supérieur hiérarchique partage l'intention de ses subordonnés, il en devient l'instigateur ou le complice, prenant une part à la commission de leur crime. Dans un tel cas, la responsabilité pénale du supérieur serait engagée sur la base de l'article 25, l'article 28 étant subsidiaire [8].

Dans la plupart des cas, la responsabilité du supérieur hiérarchique est engagée sur la base des ordres qu'il a donné de commettre un crime. Dans de tels cas, c'est la responsabilité selon l'article 25 qui prime, celle prévue en cas de défaut du supérieur restant subsidiaire et pouvant servir notamment à combler la difficulté de prouver qu'il a donné les ordres de commettre un crime [9].

Historiquement, la question de la responsabilité du supérieur hiérarchique a généré une importante jurisprudence depuis la fin de la seconde guerre mondiale avec notamment les cas *Toyoda* et *Yamashita*, jusqu'aux cas plus récents devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Un tribunal militaire américain à Tokyo, dans son jugement en l'affaire *US v. Soemu Toyoda*, a reconnu comme éléments essentiels fondant la responsabilité du chef militaire : « *1. (…) That atrocities were actually committed; 2. Notice of the commission thereof. This notice may be either: a) Actual, as in the case of an accused who sees their commission or who is informed thereof shortly thereafter; or b) Constructive. That is, the commission of such a great number of offences within his command that a reasonable man could come to no other conclusion than that the accused must have known of the offences or of the existence of an understood and acknowledged routine for their commission; 3. Power of command. That is, the accused must be proved to have actual authority over the offenders to issue orders to them not to commit illegal acts, and to punish offender; 4. Failure to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command and to prevent acts which are violations to the laws of war; 5. Failure to punish offenders* » [10]. Ce qui rejoint plus ou moins les éléments que nous pouvons tirer de l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale.

Dans la célèbre et controversée affaire Yamashita, il avait été jugé que le supérieur hiérarchique ne pouvait être considéré comme meurtrier ou violeur du fait des actes de ses subordonnés mais qu'il engageait tout de même sa responsabilité pénale de ce fait selon les circonstances : « *It is absurd, however, to consider a commander, a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape. Nonetheless, where murder and rape and vicious revengeful actions are widespread offenses, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them* » [11].

---

[8] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 851-852.
[9] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 853-854 et *supra* chapitre 18.
[10] *United States v. Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, p. 5006, cité *in* TPIY, Delalic et al., §339.
[11] US Military Commission in Manilla, *US v. Yamashita*, cité *in* Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, p. 559.

Plus récemment, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a, dans une jurisprudence constante, déterminé les éléments constitutifs de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique :

« *Il ressort de la lettre de l'art. 7 §3 [du Statut de ce Tribunal] que la responsabilité du supérieur hiérarchique peut être engagée si trois éléments cumulatifs sont prouvés :*

i) il doit être prouvé qu'un lien de subordination existe entre la personne mise en cause et les auteurs de l'infraction.

ii) il doit, par ailleurs, être prouvé que le supérieur hiérarchique savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime était sur le point d'être commis ou avait été commis.

iii) il doit enfin être prouvé que le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le crime ou en punir le ou les auteur(s) » [12].

Enfin, le caractère coutumier de la responsabilité du supérieur hiérarchique est souligné : « *That military commanders and other persons occupying position of superior authority may be held criminally responsible for the unlawful conduct of their subordinates is a well-established norm of customary and conventional international law. The criminal liability may arise either out of the positive acts of the superior (sometimes referred to as direct command responsibility) or from his culpable omissions (indirect command responsibility or command responsibility stricto sensu). Thus, a superior may be held criminally responsible not only for ordering, instigating or planning criminal acts carried out by his subordinates, but also for failing to take measures to prevent or repress the unlawful conduct of his subordinates* » [13].

Aujourd'hui donc, au-delà de l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale, la responsabilité des chefs militaires et des autres supérieurs hiérarchiques pour les actes de leurs subordonnés et les conditions de sa mise en oeuvre sont bien établis en droit international conventionnel et coutumier [14].

B. Responsabilité indirecte et responsabilité directe

La responsabilité du supérieur hiérarchique est une responsabilité indirecte, parce qu'elle ne se rapporte pas à une participation directe du supérieur à la commission du crime mais à son omission de prévenir ou de punir ces infractions, c'est-à-dire de son manquement à agir malgré la connaissance qu'il pouvait avoir des actes commis par ses subordonnés. « *La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique fait peser la responsabilité pénale sur un supérieur non en raison de ses actes (…) mais en raison de ses abstentions : un supérieur hiérarchique est tenu responsable des actes de ses subordonnés s'il n'a pas, soit empêché les violations criminelles commises par ses subordonnés, soit puni les auteurs de ces violations* » [15].

Cette responsabilité intervient uniquement lorsque le supérieur est soumis à une obligation d'agir, limitée dans le Statut de la Cour pénale internationale, aux situations décrites à l'article 28. La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique n'est pas engagée du fait des actes commis par ses subordonnés, mais parce qu'il a

[12] TPIY, Aleksovski, §69 ; à l'identique TPIY, Delalic et al., §346 ; voir aussi TPIY, Kunarac et al., §395 ; TPIY, Blaskic, §294 ; TPIY, Krstic, §604 ; TPIY, Krnojelac, §92.
[13] TPIY, Delalic et al., §333, confirmé en appel, §195
[14] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 204-205 et Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, p. 73.
[15] TPIY, Aleksovski, §67.

omis d'agir, alors qu'il savait, avait des raisons de savoir ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations en ce sens, que ses subordonnés commettaient ou étaient sur le point de commettre un crime. Il n'est ainsi pas tenu pour responsable en raison de son statut de supérieur mais en raison de ses manquements aux obligations qu'impose ce statut. Comme l'a conclu le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *Superior responsibility, which is a type of imputed responsibility, is therefore not a form of strict liability* » [16].

L'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale prévoit un certain nombre de situations dans lesquelles un individu engage sa responsabilité pénale directement, alors que l'article 28 dispose de celles dans lesquelles l'individu engage sa responsabilité pénale indirectement, pour le fait d'autrui. Il y a nécessairement des liens entre ces deux types de responsabilité pénale individuelle et des cas où les deux seront engagés [17].

Ces cas se sont déjà présentés notamment devant les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. C'est ainsi que le Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé que : « *Le fait pour un accusé de voir sa responsabilité engagée en vertu de l'art. 6 1) du Statut [responsabilité directe] ne fait pas obstacle à une déclaration additionnelle ou alternative de culpabilité par la Chambre sous l'empire de l'Article 6 3) [responsabilité indirecte du supérieur hiérarchique]. Les deux formes de responsabilité ne s'excluent pas mutuellement* » [18].

Il va de soi que tant le supérieur que ses subordonnés voient engagée leur responsabilité pénale, sur des plans différents, ce que reconnaît le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « *A commander may be held criminally liable in respect of the acts of his subordinates in violation of Article 2 to 5 of the Statute. Both the subordinates and the commander are individually responsible in relation to the impugned acts. The commander would be tried for failure to act in respect of the offences of his subordinates in the perpetration of which he did not directly participate* » [19].

Enfin, il est possible que le supérieur d'une part ne remplisse pas les devoirs liés à sa fonction mais qu'il commette également un acte engageant sa responsabilité directe en tant qu'auteur du crime, cumulant ainsi les deux formes de responsabilité : « *La Chambre de première instance estime que lorsqu'il est établi que le supérieur hiérarchique a non seulement été informé des crimes perpétrés par des subordonnés placés sous son autorité, mais qu'il a exercé son pouvoir afin de planifier, inciter à commettre ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter lesdits crimes, il conviendrait mieux d'engager sa responsabilité pénale en application des dispositions de l'article 7 1). Lorsque les omissions d'un accusé en position d'autorité contribuent (sous forme d'encouragements par exemple) à la perpétration d'un crime par un subordonné, sa conduite peut faire engager sa responsabilité en application de l'article 7 1)* » [20].

Dans le même sens, « *The Trial Chamber adheres to the belief that where a commander participates in the commission of a crime through his subordinates, by planning, instigating or ordering the commission of the crime, any responsibility under Article 7(3) is subsumed under Article 7(1)* » [21].

---

[16] TPIY, Kordic et Cerkez, §369.
[17] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 192-196 et *supra* chapitre 18.
[18] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §210.
[19] TPIY, Delalic et al., Appel, §225.
[20] TPIY, Kordic et Cerkez, §371.
[21] TPIY, Krstic, §605.

Ainsi, si les deux formes de responsabilité directe et indirecte ne s'excluent pas mutuellement, la responsabilité indirecte du supérieur hiérarchique, sur la base de l'article 28, reste subsidiaire à sa responsabilité directe en tant qu'auteur selon l'article 25 du Statut. Toutefois, comme nous le verrons dans ce chapitre et le suivant, il n'est pas possible d'envisager que l'auteur puisse être condamné cumulativement sur la base de ces deux dispositions en rapport avec le même crime. En effet, soit le comportement de l'accusé relève de l'article 25 du Statut, par exemple lorsqu'il ordonne la commission d'un crime, soit elle relève de l'article, par exemple lorsqu'il ne prend pas les mesures nécessaires en son pouvoir pour empêcher ses subordonnés de commettre un crime. Il serait en effet absurde de vouloir condamner l'auteur pour n'avoir pas empêché la commission d'un crime qu'il a lui-même ordonnée.

Dans le présent chapitre, nous ne nous intéresserons qu'à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques militaires, renvoyant au suivant l'analyse de celle des autres supérieurs hiérarchiques civils, sans toutefois nous livrer à une analyse complète de cette question en droit international. Dans le prolongement de notre approche de droit international pénal spécial, ce n'est que la responsabilité du chef militaire dans le cadre du Statut de la Cour pénale internationale et pour la commission de crimes contre l'humanité qui nous intéresse ici. Ceci justifie que nous nous limitions globalement à l'analyse du Statut de Rome et de la doctrine qui lui est consacrée.

II. Une hiérarchie militaire

La meilleure définition du statut du supérieur hiérarchique militaire se trouve dans le Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977, qui dispose notamment que les Etats parties « *doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placés sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes* » [22].

Cette disposition a été interprétée comme faisant référence à toutes les personnes qui ont une responsabilité de commandement, des commandants au plus haut niveau hiérarchique aux chefs qui n'ont que quelques hommes sous leur autorité. Ceci implique que la relation de supérieur à subordonné s'inscrive dans une chaîne de commandement, non que toutes les personnes dans cette chaîne de commandement soient également responsables, sans égard aux circonstances concrètes et à l'échelon hiérarchique impliqué, mais précise simplement que le concept de responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas limité à l'échelon immédiatement supérieur dans la chaîne de commandement. De la même manière, l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale engage la responsabilité des chefs militaires selon le pouvoir effectif qu'ils exercent sur leurs subordonnés, sans référence à un rang particulier du supérieur au sein de la hiérarchie [23].

En d'autres termes, l'élément minimum à l'application de l'article 28 du Statut est que le supérieur concerné exerce un commandement. Ce qui est toutefois important n'est pas le type d'autorité exercée par le supérieur mais bien qu'il possède autorité et contrôle sur ses subordonnés, sans exclure que le supérieur des uns puisse être le subordonné d'autres supérieurs [24].

Ainsi, l'article 28 du Statut ne fait pas référence à une situation formelle mais bien plus à une situation matérielle concrète. Le supérieur qui engage sa responsabilité au sens de l'article 28 est celui qui effectivement, sur le terrain, exerce sur ses subordonnés contrôle et autorité, indépendamment de son statut formel. La notion de supérieur doit être comprise en terme de hiérarchie impliquant un concept de contrôle effectif [25].

Toutefois, comme le relève le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *Il semble aller de soi qu'en vertu de la doctrine de la responsabilité du commandement, le lien de subordination doit être démontré pour que la responsabilité d'une personne en position d'autorité soit engagée. (…) La nature du lien de subordination requis peut toutefois varier* » [26].

---

[22] Art. 87 Protocole I.
[23] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 1043-1044, *ad* art. 87,
[24] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 856.
[25] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 856-857.
[26] TPIY, Kordic et Cerkez, §408.

A. Un chef militaire

Dans la chaîne de commandement militaire qui nous occupe dans le présent chapitre, il convient de définir la notion de chef militaire, soit la personne à qui sera imputée la responsabilité d'avoir manqué à ses devoirs [27].

Un chef militaire est normalement un membre des forces armées d'un pays à qui est confié ou qui assume le commandement d'une ou plusieurs unités militaires et qui a ainsi l'autorité pour donner des ordres à ses subordonnés ou à des commandants d'unités subordonnées. La notion de chef militaire se comprend de toute personne exerçant un commandement, sans égard à son rang [28].

La notion de chef militaire au sens de l'article 28 du Statut se confond avec celle de commandant au sens de l'article 87 paragraphe 1 du Protocole I, qui vise toute personne ayant des responsabilités de commandement, depuis les commandants supérieurs jusqu'aux chefs n'ayant que quelques hommes sous leurs ordres. Le Commentaire de ce Protocole expose clairement : « *Il n'existe aucun militaire exerçant un commandement qui ne soit tenu de veiller à la bonne application des Conventions et du Protocole et comme il n'y a aucun élément de l'armée qui ne soit subordonné à un commandant militaire, à quelque échelon que ce soit, cette responsabilité s'exerce du haut en bas de la hiérarchie, du commandant en chef au simple soldat qui prend la tête du peloton auquel il appartient au moment où son chef est tombé* » [29], ou, selon la formule de Georges Dumézil, le « *sous-lieutenant devenu par les lois et hasards de la balistique l'officier le plus ancien dans le grade le plus élevé* » [30].

La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a eu l'occasion de définir également la notion de commandant, donc de chef militaire, dans une optique plus précisément pénale. Premièrement, une relation hiérarchique entre le commandant et ses subordonnés n'a pas besoin d'être formalisée pour que le supérieur soit reconnu comme chef militaire et voie sa responsabilité engagée : « *Il n'est pas nécessaire que le lien entre le supérieur et ses subordonnés ait été officialisé : il suffit d'une entente tacite ou implicite entre eux sur leurs rapports mutuels. Le fait de donner des ordres ou d'exercer des pouvoirs qui s'attachent généralement à un commandement créent une présomption forte, celle que la personne est de fait un commandant. Ce ne sont toutefois pas les seuls critères pertinents* » [31].

Toutefois, dans une structure hiérarchique aussi strictement organisée que peut l'être la chaîne de commandement militaire, l'appointement formel du supérieur hiérarchique sera le plus souvent la règle. Il convient alors de définir les qualités d'un tel appointement. Une position formelle d'autorité peut être déterminée par référence à une nomination officielle ou à la remise formelle de l'autorité. Pour déterminer les pouvoirs et devoirs formellement exercés par un supérieur militaire, une analyse de la procédure de désignation prévue par la loi est un point de départ mais ne sera pas suffisante pour démontrer l'effectivité des pouvoirs du supérieur, nécessaire à la reconnaissance de sa responsabilité pénale [32].

Ainsi, la notion de chef militaire n'est pas une pure notion théorique couvrant n'importe quel chef militaire dans la chaîne de commandement. Il s'agit uniquement

---

[27] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 855-856.
[28] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 517, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[29] Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, p. 1043, *ad* art. 87 §1.
[30] Georges Dumézil, dédicace de *Mythe et Epopée I*, éd. Quarto, Gallimard 1995.
[31] TPIY, Kunarac et al., §397.
[32] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §§419 et 422.

du chef qui a une responsabilité personnelle à l'égard de l'auteur des crimes commis parce que ce dernier, étant son subordonné, se trouvait placé sous son contrôle [33].

B. Une personne faisant effectivement fonction de chef militaire

Nous avons déjà mentionné qu'il n'était pas besoin de formaliser la fonction de chef militaire par un appointement formel au sein de la hiérarchie militaire. L'article 28 du Statut le souligne en plaçant sur le même pied tant le chef militaire que toute personne faisant effectivement fonction de chef militaire [34].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi jugé sur ce point : « *En d'autres termes, sera tenu pénalement responsable tout supérieur hiérarchique occupant une position d'autorité officielle, mais également toute personne dont il est établi qu'elle exerçait une autorité 'effective' au sein d'une structure moins officielle, et qu'elle détenait le pouvoir d'empêcher que des crimes soient commis par des personnes placées sous son autorité et d'en punir les auteurs. En l'absence d'une nomination officielle, c'est la condition de l'exercice réel de l'autorité, et en particulier le critère du contrôle effectif qu'il faut satisfaire pour conclure à la responsabilité pénale* » [35].

La notion de personne faisant effectivement fonction de chef militaire est plus large que celle de chef militaire et peut inclure des officiers de police commandant des unités armées de police, des personnes commandant des unités paramilitaires non incorporées dans les forces armées et, plus généralement, toute personne qui assume *de facto* le commandement de forces militaires, de police ou paramilitaires. La notion de personne faisant effectivement fonction de chef militaire peut en effet couvrir tant les soldats qui exercent, dans le cours du combat une fois leur chef tombé, une autorité de fait, qu'elle soit ou non ensuite ratifiée par une promotion formelle, que les chefs d'autres unités que les forces armées au sens strict, telle que des forces de police ou des forces paramilitaires [36].

Considérer une personne comme faisant effectivement fonction de chef militaire dépend également de la définition des forces qu'il peut avoir sous son commandement. Pour déterminer si une personne fait effectivement fonction de chef militaire, on peut soit descendre la hiérarchie d'un supérieur à un autre et définir ainsi la chaîne de commandement mais on peut également la remonter et, à partir des forces en question, déterminer la personne qui exerçait sur elles un contrôle et une autorité effectifs faisant d'elle un chef militaire. La notion de personne faisant effectivement fonction de chef militaire ne doit toutefois pas s'analyser trop largement, sous peine de vider d'une grande part de son contenu la notion d'autres supérieurs hiérarchiques de l'article 28 lettre (b) du Statut [37].

L'importance de la qualité militaire est ici fondamentale et si l'on peut considérer que n'importe quelle personne exerçant une autorité militaire est un chef militaire, il ne pourrait en être de même de civils. Toutefois, l'on pourrait envisager le cas d'un civil exerçant une autorité et un contrôle effectif sur des forces militaires

---

[33] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, p. 1037, *ad* art. 86 §2.
[34] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 855-856.
[35] TPIY, Kordic et Cerkez, §406.
[36] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 517-518, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[37] Voir *infra* chapitre 18.

et, somme toute, le chef des armées dans bien des pays est le Chef de l'Etat, soit couramment une personne civile. Dans un tel cas de figure, sans doute rare mais que l'on pourrait rencontrer par exemple dans le cadre de l'administration de territoires occupés, le caractère militaire des forces sur lesquelles un tel chef exerce son autorité devrait nous conduire à le considérer comme faisant effectivement fonction de chef militaire, en tout cas par rapport aux éléments militaires qu'il contrôle. Si un tel supérieur exerce une autorité et un contrôle effectifs tant sur des forces militaires que sur des éléments civils clairement distincts de ces forces militaires, il faudra considérer la responsabilité du supérieur comme celle du chef militaire pour les agissements des forces placées sous son commandement et comme celle d'un autre supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 lettre b du Statut pour les agissements des éléments civils sous son autorité.

C. Les forces placées sous son autorité

L'article 28 du Statut définit le cadre de la responsabilité du chef militaire sur les « *forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs ou sous son autorité et son contrôle effectif, selon le cas* » [38]. La notion de forces placées sous le commandement d'un chef militaire ou d'une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est assez large et peut être perçue soit d'un point de vue formel soit d'un point de vue effectif. Les forces placées sous l'autorité d'un chef militaires croissent proportionnellement au rang hiérarchique occupé par le chef en cause. Plus son rang sera élevé, plus les forces placées sous son autorité seront nombreuses et variées et plus la notion de contrôle effectif sera complexe à établir car plus nombreux les échelons hiérarchiques intermédiaires [39].

La première base sur laquelle il est possible de définir les forces placées sous l'autorité d'un chef militaire reste le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Le mot force y recouvre évidemment les forces armées d'un pays mais pas uniquement :

« 1. Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armées et organisées qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnue par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés. (…)

3. La Partie à un conflit qui incorpore, dans ses forces armées, une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre, doit le notifier aux autres Parties au conflit » [40].

Sont donc des forces armées tous les groupes et toutes les unités armées qui sont placées sous le commandement d'une personne responsable de la conduite de ses subordonnés. Tant qu'elles sont rattachées à un commandement responsable, toutes les forces armées sont régulières, qu'elles soient mises sur pied par l'Etat sur la base des législations appropriées ou par toute autre partie à un conflit par des voies qui lui sont propres ou même qu'elles se soient levées spontanément. Les forces

[38] Art. 28 lit. (a) CPI.
[39] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 518, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI
[40] Art. 43 §§ 1 et 3 Protocole I.

armées regroupent en fait tous les combattants au sens des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels [41].

Peuvent également faire partie des forces armées d'une partie à un conflit les éléments de maintien de l'ordre en uniforme, notifiés comme tels [42]. Enfin, certains membres des forces armées ou des unités militaires peuvent être affectés aux organismes de protection civile, au sens de l'article 67 de ce même Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Ces unités militaires doivent être comprises comme des établissements et autres formations organisées à des fins de protection civile [43].

La responsabilité du chef militaire s'étend au premier chef à l'égard des membres des forces armées placés sous son commandement. Ces termes doivent être compris d'une manière concrète pour donner à cette disposition toute sa portée pratique et c'est là le sens de l'exigence sur laquelle nous reviendrons, que le chef militaire exerce sur ces forces armées une autorité et un contrôle effectifs. Un commandant peut se voir attribuer, pour une opération déterminée et pour un temps limité, un renfort constitué par des troupes qui ne sont normalement pas placées sous son commandement. Il devra assumer ses responsabilité par rapport à ces troupes et veiller à ce que leurs membres ne commettent aucun crime aussi longtemps qu'elles sont sous ses ordres. Il va de soi que l'obligation s'entend dans le cadre des compétences qui sont dévolues à chaque échelon de la hiérarchie, suivant le degré d'autorité de chaque chef militaire [44].

C'est ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé : « *On peut considérer que tant les personnes placées en permanence sous les ordres d'un individu que celles qui ne le sont que pendant une période limitée ou une opération ponctuelle sont de fait sous l'autorité dudit individu. Le caractère temporaire d'une unité militaire ne suffit pas en soi à exclure un lien de subordination entre les membres de cette unité et son commandant. Pour que celui-ci puisse être tenu responsable des actes commis par les hommes ayant agi sur ses ordres de manière ponctuelle ou temporaire, il faut pouvoir démontrer qu'au moment où les actes reprochés à l'inculpé dans l'acte d'accusation ont été commis, ces hommes se trouvaient de fait sous son autorité*» [45].

Les obligations du commandant ou chef militaire ne se limitent pas aux seuls membres des forces armées placés sous ses ordres mais s'étendent également à toutes les autres personnes placées sous son autorité. L'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale mentionne en effet des forces placées sous son commandement ou sous son autorité, reprenant les prescriptions de l'article 87 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. C'est tout particulièrement, mais pas exclusivement, en territoire occupé que peut surgir cette notion de subordination indirecte, par opposition au lien de subordination directe qui relie le commandant à sa troupe. Les personnes placées sous l'autorité du chef militaire recouvrent notamment la population du territoire occupé, le commandant d'une zone d'occupation ayant la responsabilité d'y maintenir l'ordre et la sécurité. De ce fait, son autorité s'étend à toutes les forces présentes dans la zone d'occupation en

[41] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 512-520, *ad* art. 43 §1.
[42] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, p. 523, *ad* art. 43 §3 ; dans le même sens, voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 518, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[43] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 817 et ss, *ad* art. 67 §1.
[44] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, p. 1043, *ad* art. 87 §1.
[45] TPIY, Kunarac et al., §399.

matière d'ordre public et de sécurité, de même qu'à toutes les personnes, y compris civiles, se trouvant dans cette zone d'occupation dont il assume le commandement et qui y troubleraient l'ordre public qu'il a l'obligation de maintenir, selon l'exemple des commentateurs du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève : « *Par conséquent, un commandant de place doit considérer que la population de la localité qui lui est confiée est soumise à son autorité (…) au cas où, par exemple, une partie des habitants entreprendraient une sorte de pogrom à l'encontre d'éléments minoritaires* » [46].

La responsabilité du commandant, et notamment celle de l'officier général en charge de l'administration d'un territoire occupé, a donné lieu à une jurisprudence célèbre issue de la seconde guerre mondiale et le cas de Wilhelm List, dit de *l'Affaire des otages*, est particulièrement intéressant.

Le Tribunal militaire américain à Nuremberg a en effet jugé : « *Nous avons déjà montré qu'il incombe au général commandant du territoire occupé de maintenir la paix et l'ordre, de sanctionner les crimes et de protéger les vies et les biens. Ce devoir s'étend non seulement aux habitants du territoire occupé, mais aussi à ses propres troupes et auxiliaires. Le général commandant du territoire occupé, qui exerce à la fois l'autorité exécutive et le commandement militaire, ne saurait prétendre que la responsabilité du crime incombe à une entité qui a obéi à aux ordres illégaux d'une autre autorité que la sienne, et qu'il est par là délivré de toute responsabilité. (…) Le devoir et la responsabilité du maintien de la paix et de l'ordre et de la prévention du crime incombent au général commandant. Il ne peut ignorer délibérément des faits patents pour ensuite se défendre en invoquant son ignorance. (…) En revanche, lorsqu'il s'agit du général commandant un territoire occupé, qui a la responsabilité de maintenir la paix et l'ordre, de sanctionner les crimes et de protéger les vies et les biens, les relations de subordination ont relativement peu d'importance. Sa responsabilité est globale et ne se limite pas à au contrôle des unités placées sous son commandement direct. Les commandants subordonnés en territoire occupé sont responsables de la même manière, dans la mesure où l'autorité exécutive leur a été déléguée. (…) Il peut exiger des rapports précis sur tous les faits relevant de sa compétence et, si ces rapports sont incomplets ou insuffisants pour d'autres raisons, il a le devoir d'exiger des rapports supplémentaires lui permettant d'avoir connaissance de l'ensemble des faits pertinents. S'il néglige d'exiger et d'obtenir des informations complètes, c'est lui qui a manqué à ses obligations professionnelles, et il ne saurait invoquer son propre manquement pour sa défense. L'absence du quartier général ne peut dispenser quiconque de sa responsabilité pour des actes commis en application d'une politique qu'il a définie ou à laquelle il a donné son accord. Il ne peut, bien entendu, être poursuivi pour des actes commis sur l'ordre de quelqu'un d'autre, sortant du cadre des ordres fondamentaux qu'il a formulés. Si le temps à disposition le permet, il doit annuler ces ordres illégaux ; en cas contraire, il doit prendre des mesures pour éviter qu'ils ne se produisent* » [47].

Cette jurisprudence a été reprise par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui reconnaît qu'en certaines occasions, les commandants militaires ont été reconnus coupables de n'avoir pas prévenu ou puni les actes criminels commis par des personnes qui n'étaient pas formellement placées sous leurs ordres au sein de la chaîne de commandement, notamment dans les affaires dites des *Otages*, dont nous venons de citer un extrait ou du *Haut commandement* [48].

Certains membres apparents des forces armées peuvent poser un problème d'interprétation quant à leur appartenance formelle à ces forces, sinon même quant à

---

[46] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 1043-1044, *ad* art. 87 §1.
[47] Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Wilhelm List*, *The Hostages Trial*, cité *in* Sassoli & Bouvier *Un droit dans la guerre ?*, vol. II, pp. 886-887.
[48] Voir TPIY, Delalic et al., §372.

leur soumission formelle ou effective à l'autorité de tel ou tel chef militaire. Ces cas concernent l'espion et le mercenaire.

L'espion est défini par le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève comme un membre des forces armées qui se livre à l'espionnage. Au sens où on l'entend couramment, l'espion correspond à la définition qu'en donnait déjà Lieber en 1863, soit une personne qui, en secret ou sous une fausse identité, ou comme le précise l'article 46 paragraphe 3 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, « *sous de fallacieux prétextes ou de façon délibérément clandestine* », recherche ou tente de rechercher des renseignements avec l'intention de les communiquer à l'ennemi, pour autant que cette personne agisse sur tout territoire contrôlé par une partie adverse sans être revêtue de l'uniforme des forces armées auxquelles elle appartient [49].

L'espion pris sur le fait peut être déchu de sa qualité de prisonnier de guerre [50]. Même privé de sa qualité de prisonnier de guerre, ce qui ne nous concerne guère ici, l'espion n'en demeure pas moins membre des forces armées au profit desquelles il espionnait. Sans doute, le rôle de l'espion n'est-il pas de commettre des crimes contre l'humanité, mais il est parfaitement envisageable que les informations qu'il récolte puissent être utilisées pour commettre un tel crime. Que l'espion sache ou non l'utilisation faite des renseignements qu'il transmet permettra d'établir éventuellement son rôle de participant aux crimes commis.

Ce qui est important ici c'est que l'autorité formelle du commandant de l'unité au sein de laquelle l'espion est engagé couvre les agissements de l'espion comme ceux de tous les autres membres des unités qu'il dirige. Il est vrai que l'espion agissant sur le territoire contrôlé par l'ennemi peut ne pas être sous le contrôle et l'autorité effectif de son supérieur pendant toute sa mission, celle-ci offrant souvent une certaine liberté d'action, du fait de l'éloignement et des difficultés de communication avec l'autorité dont il dépend. Ceci devra s'apprécier de cas en cas, sur la base de toutes les circonstances de l'espèce.

Le cas du mercenaire est plus complexe, de même que la définition qui en est donnée par le droit international humanitaire. Ainsi, un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre [51]. Est un mercenaire toute personne :

« *a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;*

b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ;

c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ;

d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ;

e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et

[49] Art. 46 Protocole I.
[50] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 571 et ss, *ad* art. 46.
[51] Art. 47 Protocole I.

f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat » [52].

Le mercenaire n'est ainsi pas un membre des forces armées du pays pour lequel il combat. Il n'en demeure pas moins qu'il est spécialement recruté pour participer activement aux combats et intègrera de ce fait soit une hiérarchie préexistante dont il dépendra et qui assumera les responsabilités du chef militaire face à ses agissements, soit dépendra d'une hiérarchie propre qui assumera les mêmes responsabilités. Nous avons souligné que la hiérarchie en cause pouvait être formelle ou non, ce qui ne devrait pas entraîner de rupture dans la responsabilité des chefs militaires encadrant les mercenaires. Les mercenaires, s'ils ne font pas partie des forces armées et ne sont pas considérés comme des combattants, ne sont pas non plus des civils puisqu'ils participent activement aux combats et que c'est d'ailleurs là leur profession. Toutefois, on notera qu'au sens des Conventions de Genève et du premier Protocole additionnel, les mercenaires sont considérés comme des civils puisqu'ils ne sont pas des combattants mais des civils privés d'une partie de leur protection du fait des activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat auxquelles ils se livrent [53].

On devrait considérer le chef de ces mercenaires comme un chef militaire, ou au moins comme un chef paramilitaire non incorporé, ce qui revient au même, ce que confirme le Commentaire du Statut publié sous la direction du Professeur Triffterer, lorsque William Fenrick remarque : « *A person effectively acting as a military commander is a wider category than the category 'military commander' and may include police officers in command of armed police units, persons responsible for paramilitary units not incorporated into the armed forces, and persons who have assumed de facto control over the armed forces, armed police units, or paramilitary units* » [54].

Que le mercenaire soit considéré comme un civil au sens du droit international humanitaire ne nous semble pas faire obstacle à le considérer comme militaire ou paramilitaire au sens du Statut de la Cour pénale internationale, vu son implication dans les combats.

D. Le commandement, l'autorité et le contrôle effectifs

Le Statut de la Cour pénale internationale ne prévoit d'engager la responsabilité pénale des chefs militaires et personnes faisant effectivement fonction de chefs militaires qu'à l'égard du comportement criminel des subordonnés placés sous leur commandement et leur contrôle effectifs pour ce qui est des chefs militaires, sous leur autorité et contrôle effectifs pour ce qui est des personnes faisant effectivement fonction de chefs militaires [55].

Les expériences de Stanley Milgram ont démontré toute l'importance de la soumission à l'autorité lorsque celle-ci détient un commandement, une autorité ou un contrôle effectif sur ses subordonnés. Lorsqu'un supérieur donne des instruction, elles sont largement suivies, même si elles contreviennent aux idéaux moraux du sujet. Nous y reviendrons dans un chapitre suivant pour expliquer le comportement

[52] art. 47 §2 Protocole I.
[53] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 584-591, *ad* art. 47.
[54] William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 517-518, *ad* art. 28 lit. (a) CPI.
[55] Voir art. 28 lit. (a) CPI.

et la responsabilité de l'exécutant. Néanmoins, il est important de noter, que « *Ce n'est pas l'ordre en soi qui est un facteur d'une importance décisive, mais bien la source dont il émane* » [56]. En effet, les ordres qui émanent d'une autorité non reconnue perdent toute leur force. « *Ce qui compte, ce n'est pas ce qu'ils font, mais* pour qui *ils le font* » [57].

En ce sens, Stanley Milgram définit l'autorité comme « *la perception de l'existence d'un contrôle social à l'intérieur d'un entourage spécifique qui détermine la catégorie d'ordres logiquement appropriés à son exercice. Il doit en général y avoir quelque lien intelligible entre la condition et le détenteur de l'autorité et la nature des ordres qu'il donne. La relation peut être plus ou moins claire, mais il faut que dans l'ensemble, elle soit cohérente* » [58].

Les deux termes impliquent un contrôle exercé sur les subordonnés : le terme commandement explicitement comme pouvoir de contrôle et le terme autorité implicitement comme le droit de commander. Ainsi, dans la plupart des cas, un supérieur qui commande ou exerce une autorité sur ses subordonnés en a le contrôle effectif et la capacité de donner des ordres [59].

La distinction entre le « *commandement* » exercé par le chef militaire et l' « *autorité* » exercée par la personne faisant effectivement fonction de chef militaire peut paraître contradictoire avec l'exigence de l'effectivité martelée par le Statut [60]. Réserver le terme « *commandement* » aux chefs militaires revient à le formaliser, le terme « *autorité* » se rapportant alors aux fonctions exercées *de facto* uniquement. Pourtant, la personne faisant effectivement fonction de chef militaire exercera effectivement le commandement de ses troupes. Commandement et autorité doivent donc se comprendre comme des termes synonymes [61].

Les forces sous le commandement et le contrôle effectifs d'un chef militaire sont celles qui lui sont subordonnées dans la chaîne de commandement, *de jure* ou *de facto*, et auxquelles il peut donner des ordres, transmis directement ou par le soin d'autres subordonnés. Lorsque plusieurs chaînes de commandement existent, la responsabilité qui s'exerce est celle de la chaîne de commandement au sein de laquelle se situe le pouvoir de donner des ordres relatifs à la conduite des hostilités ou à la protection des victimes de la guerre. L'identification des personnes possédant effectivement les pouvoirs de commandement et de contrôle doit se faire sur une base objective [62].

La délégation par un chef militaire de son pouvoir de supervision ne saurait l'absoudre de toute responsabilité car il doit choisir avec soin la personne à qui il délègue ses pouvoirs, de même qu'il lui appartient de lui donner des instructions et de contrôler la manière dont elle s'acquitte de sa tâche [63].

La jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda est abondante sur la question de l'effectivité des pouvoirs du chef militaire. Pour le premier, une telle relation de commandement, d'autorité et de contrôle effectifs, ne peut être déterminée uniquement par référence à

---

[56] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 120.
[57] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 133.
[58] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 176.
[59] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 857.
[60] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 518, *ad* art. 28 lit. (a) CPI, qui distingue le commandement exercé sur ses troupes permanentes par le commandant, de l'autorité exercée sur des éléments qui ne sont pas ses subordonnés dans la chaîne normale de commandement.
[61] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, p. 183.
[62] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 518, *ad* art. 28 lit. (a) CPI.
[63] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 859.

un statut formel. La désignation formelle d'une personne comme commandant n'est pas nécessaire pour établir sa responsabilité en tant que chef militaire, qui peut être établie sur la base des fonctions exercées *de jure* ou *de facto*. « *Ce qu'il faut démontrer, c'est que le supérieur avait une autorité effective sur ses subordonnés, c'est-à-dire qu'il avait la capacité matérielle d'user de son pouvoir pour empêcher ses subordonnés de commettre des infractions ou sanctionner les infractions commises par eux* » [64].

En somme, « *seuls les supérieurs hiérarchiques de jure ou de facto, civils ou militaires, qui font incontestablement, directement ou indirectement, partie d'une chaîne de commandement, et qui détiennent le pouvoir effectif de contrôler et de sanctionner les actes de leurs subordonnés peuvent voir leur responsabilité pénale engagée* » [65].

Un supérieur hiérarchique peut donc être tenu pour pénalement responsable des crimes commis par des personnes qui ne sont pas officiellement ses subordonnés, pour autant qu'il exerce effectivement un contrôle sur eux. « *Le critère du contrôle effectif exercé par le supérieur hiérarchique implique que plusieurs personnes peuvent être tenues pour responsables du même crime, commis par un subordonné* » [66].

Le même Tribunal a également précisé la signification des termes contrôle effectif : « *What must be demonstrated is that the superior had effective control over the persons committing the alleged offences. Effective control means the material ability to prevent offences or punish the principal offenders. Where a superior has effective control and fails to exercise that power he will be responsible for the crimes committed by his subordinates. Two or more superiors may be held responsible for the same crime perpetrated by the same individual if it is established that the principal offender was under the command of both superiors at the relevant time* » [67].

Très concrètement, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie conclut qu'est un supérieur hiérarchique celui qui possède le pouvoir ou l'autorité, *de jure* ou *de facto*, de prévenir la commission d'un crime par ses subordonnés ou de punir les auteurs d'un crime commis. « *Le terme 'commandement', dont l'interprétation n'est généralement pas matière à controverse, désigne normalement les pouvoirs attribués à un supérieur militaire, tandis que le terme 'contrôle', dont le sens est plus large, peut englober des pouvoirs exercés par des dirigeants civils. À ce propos, la Chambre d'appel estime qu'il est sans conteste possible d'engager la responsabilité des dirigeants civils pour des faits commis par leurs subordonnés ou par d'autres personnes placées sous leur contrôle effectif. Le critère du contrôle effectif a été retenu, y compris dans la jurisprudence du Tribunal, pour déterminer la responsabilité du supérieur hiérarchique. (…) Le critère du contrôle effectif s'impose pour les supérieurs tant de jure que de facto* » [68]. Puis plus loin : « *Pour trancher les questions de la responsabilité, il faut s'attacher à l'exercice effectif du pouvoir et non aux titres officiels. Il en irait de même en matière de responsabilité pénale. En règle générale, la détention d'un pouvoir de jure peut en soi ne pas suffire à établir la responsabilité du supérieur hiérarchique si elle ne se traduit pas par un contrôle effectif, encore qu'une juridiction puisse présumer que, jusqu'à preuve du contraire, elle emporte un contrôle effectif. La Chambre d'appel estime que la capacité à exercer un contrôle effectif est une condition nécessaire à l'établissement de la responsabilité du commandant ou du supérieur hiérarchique de facto et elle est donc d'accord avec la Chambre de première instance*

[64] TPIY, Kunarac et al., §396.
[65] TPIY, Kordic et Cerkez, §416.
[66] TPIY, Blaskic, §§301-303.
[67] TPIY, Krnojelac, §93.
[68] TPIY, Delalic et al., Appel, §196.

pour estimer que l'absence de nomination officielle n'empêche pas sous certaines conditions de conclure à la responsabilité pénale » [69].

L'existence d'une relation de supérieur à subordonné exige donc un lien hiérarchique entre le supérieur et le subordonné, relation qui n'a pas besoin d'être formalisée et qui peut exister tant par la position supérieure qu'une personne occupe *de jure* ou *de facto*. « *What must be demonstrated is that the superior had effective control over the persons committing the alleged offences. Effective control means the material ability to prevent offences or punish the principal offenders. Where a superior has effective control and fails to exercise that power he will be responsible for the crimes committed by his subordinates. Two or more superiors may be held responsible for the same crime perpetrated by the same individual if it is established that the principal offender was under the command of both superiors at the relevant time* » [70].

Le concept du contrôle effectif sur un subordonné, dans le sens d'une aptitude matérielle à prévenir ou réprimer une conduite criminelle, si toutefois ce contrôle est exercé, correspond donc au seuil à atteindre pour établir une relation de supérieur à subordonné au sens du Statut de ce Tribunal.

La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie comprend la nécessité de prouver que l'auteur du crime était bien le subordonné de l'accusé, non pour importer l'exigence d'un lien de subordination direct ou formel mais pour signifier que l'accusé est, en fonction de sa position, supérieur, sur la base d'une hiérarchie formelle ou informelle, à l'auteur du crime. La capacité à exercer un contrôle effectif dans le sens du pouvoir matériel de prévenir ou de punir, que la Chambre d'appel considère comme une exigence minimum pour reconnaître la relation de subordination, ne sera que rarement satisfaite sans qu'une telle relation de subordination n'existe.

Il est toutefois possible d'imaginer des scénarios dans lesquels l'une de deux personnes d'un rang identique, tel que deux soldats ou deux gardes de prison, peut en fait exercer un contrôle effectif sur l'autre, au moins dans le sens d'une capacité purement pratique à prévenir la conduite de l'autre par la force de sa personnalité ou de son physique. La Chambre d'appel ne considère pas la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique comme ayant été pensée pour imposer la responsabilité pénale d'une personne sur une autre d'un statut exactement identique, et nous la suivons sur ce point [71].

Quant à lui, le Tribunal pénal international pour le Rwanda est parvenu aux mêmes conclusions, estimant que l'existence du pouvoir d'autorité du supérieur hiérarchique devait être déterminé « *on a case-by-case basis* » [72].

En conclusion sur ce point, « *Le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne doit s'appliquer qu'aux supérieurs qui exercent un contrôle effectif sur leurs subordonnés* » [73], soit qui ont la capacité de donner des ordres et de se faire obéir de leurs subordonnés et qui ont donc ainsi la capacité de prévenir ou de réprimer les crimes commis ou sur le point de l'être par leurs subordonnés.

[69] TPIY, Delalic et al., Appel, §197.
[70] TPIY, Krnojelac, §93.
[71] Voir TPIY, Delalic et al., Appel, §303.
[72] TPIR, Musema, §135.
[73] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §229.

III. Savait ou aurait dû savoir

Le Statut de la Cour pénale internationale incriminant la responsabilité du chef militaire prévoit deux conditions cumulatives à l'engagement de cette responsabilité, dont la première fait référence à la connaissance qu'avait ou aurait dû avoir le chef militaire en ces termes : « *Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes* » [74], la seconde étant qu'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher, réprimer ou dénoncer la commission [75]. Nous analyserons donc ici les deux éléments de l'alternative ouverte par le Statut dans la première condition, soit la connaissance effective que le chef avait de la commission d'un crime contre l'humanité par ses subordonnés et la connaissance putative qu'il aurait dû avoir en raison des circonstances.

Le premier point porte sur la connaissance effective du supérieur, qui sait que des crimes sont commis ou sur le point de l'être, il en a la connaissance effective dans le sens qu'il est conscient que des circonstances existent ou que des conséquences vont survenir dans le cours ordinaire des événements, conformément à l'article 30 du Statut. « *S'agissant de l'élément moral requis, le premier cas de figure (le supérieur «savait») ne semble pas controversé. La connaissance effective, qui peut être définie comme la conscience que les crimes sont commis ou sur le point de l'être, peut être établie par des preuves directes ou indirectes. Les preuves indirectes permettent de déduire que le supérieur hiérarchique 'devait avoir connaissance' des actes criminels de ses subordonnés* » [76] mais la connaissance effective ne saurait être présumée [77].

En somme, la preuve apportée de la connaissance effective par des éléments circonstanciels nous reporte au second point, soit au fait que le supérieur aurait dû savoir. Les deux éléments, savait ou aurait dû savoir, rendent clair qu'au moins l'ignorance consciente, dans le sens d'une volonté de ne pas savoir, n'exonère pas le supérieur de sa responsabilité pénale. Ceci permet à Kai Ambos de conclure : « *As a result we are not dealing with any negligence ('toute négligence') but with a kind of negligence that, from a normative point of view, may be put on an equal footing with intent, i.e. negligence so serious that it is tantamount to malicious intent* » [78], ce qui revient, en quelque sorte, à créer une notion de « *négligence intentionnelle* » qui ne fait guère de sens.

Nous n'analysons pas cet élément en le rattachant à la négligence mais au dol éventuel : Le dol éventuel est l'état d'esprit dans lequel un individu prévoit que sa conduite peut produire un résultat constitutif d'un crime mais assume néanmoins le risque qu'il en soit ainsi. Dans ce cas, le degré de culpabilité est inférieur à celui de l'intention, l'élément cognitif prenant une importance prépondérante. Alors que l'auteur agissant intentionnellement poursuit un certain résultat dont il veut la survenance, dans le cas du dol éventuel, il ne fait qu'envisager ce résultat comme possible ou probable et assume délibérément le risque qu'il se produise, mais il ne le désire pas [79]. Le chef militaire sait qu'il est probable que ses subordonnés commettent

[74] Art. 28 lit. (a) ch. (i) CPI.
[75] Art. 28 lit. (a) ch. (ii) CPI.
[76] TPIY, Kordic et Cerkez, §427.
[77] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 863.
[78] Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 865.
[79] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 168-171.

un crime s'il n'intervient pas et il accepte par avance cette conséquence pour le cas où elle se présenterait.

Dans ces circonstances, le supérieur n'a pas de connaissance effective de la conduite criminelle de ses subordonnés mais il possède suffisamment d'informations concordantes, qui lui permettent de conclure qu'une telle conduite existe ou est sur le point de se produire. Un supérieur qui simplement ignore des informations indiquant clairement la possibilité d'une conduite criminelle de la part de ses subordonnés est sérieusement défaillant dans l'accomplissement de son devoir d'empêcher ou de réprimer une telle conduite en refusant l'effort raisonnable qui lui eût permis d'obtenir des informations complètes et de prendre les mesures qui s'imposaient [80].

Il convient également d'interpréter le critère « *aurait dû savoir* » à la lumière de la source originale de la responsabilité du chef militaire qu'est l'article 86 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977 : « *Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au Présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction* » [81].

Il convient de lire cette disposition, comme nous y invite le Commentaire de ce Protocole, en conjonction avec l'article 87, consacré aux devoirs du commandant, ce qui permet de conclure que la mission des commandants leur impose d'être continuellement informés de la manière dont leurs subordonnés s'acquittent des tâches qui leur sont confiées et de prendre les mesures nécessaires à cet effet [82].

Dans le même sens, William Fenrick explique : « *The commander has a duty to have relevant information gathered and to evaluate it. If he or she fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates, he or she meets the* should have known *standard* » [83].

Il est important de relever que l'incrimination de la responsabilité du supérieur qui aurait dû savoir que des crimes étaient commis ou sur le point de l'être, signifie qu'il avait en sa possession des informations d'une nature telle que, pour le moins, elles devaient l'inciter à de plus poussées investigations pour avoir attiré son attention sur les risques réels de tels comportements [84].

Dans la célèbre affaire *Yamashita*, la Cour Suprême des Etats-Unis avait insisté sur le fait que les crimes commis par ses troupes étaient d'une telle ampleur, dans le temps comme dans l'espace, que cela peut amener soit à conclure que l'accusé connaissait les faits, soit à la preuve qu'il n'a pas rempli ses devoirs de découvrir la conduite de ses troupes [85].

La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a permis d'établir un certain nombre de critères permettant d'évaluer si un supérieur

---

[80] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 866.
[81] Art. 86 §2 Protocole I.
[82] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 1035-1040, *ad* art. 86 §2, voir également TPIY, Blaskic, §329.
[83] William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 519, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[84] Voir en ce sens TPIY, Delalic et al., §383.
[85] Trial of General Tomoyuki Yamashita, Vol. IV, Law Reports, p. 94, cité *in* TPIY, Delalic et al., §384.

avait des raisons de savoir suffisantes pour engager sa responsabilité pénale au sens de son Statut, rédigé en des termes légèrement différents (le supérieur « *avait des raisons de savoir* » [86]) de celui de la Cour pénale internationale (« *aurait dû savoir* » [87]), sans présumer de sa connaissance :

« *In determining whether a superior, despite pleas to the contrary, in fact must have possessed the requisite knowledge, the Trial Chamber may consider,* inter alia*, the following indicia, listed by the Commission of Experts in its Final Report:*

(a) The number of illegal acts;

(b) The type of illegal acts;

(c) The scope of illegal acts;

(d) The time during which the illegal acts occurred;

(e) The number and type of troops involved;

(f) The logistic involved, if any;

(g) The geographical location of the acts;

(h) The widespread occurrence of the acts;

(i) The tactical tempo of operations;

(j) The modus operandi of similar illegal acts;

(k) The officers and staff involved;

(l) The location of the commander at the time » [88].

Les décisions issues de la deuxième guerre mondiale ont conclu, selon les termes du jugement de Tokyo, qu'un supérieur ne saurait tirer argument de son ignorance pour sa défense s'il avait eu le tort de ne pas s'informer [89].

A Nuremberg, il a été jugé que « *Le défaut de connaissance des rapports qui lui sont adressés ne constitue pas un moyen de défense. Les rapports transmis aux généraux commandants sont spécifiquement rédigés à leur intention (…) Omettre de prendre connaissance de ces rapports ou d'exiger des rapports complémentaires lorsque les premiers paraissent insatisfaisants constitue un manquement au devoir dont on ne saurait se prévaloir* » [90].

Plus récemment, une commission d'enquête israélienne chargée d'enquêter sur les massacres commis dans les camps de réfugiés de Sabra et Shatilla à Beyrouth en 1982 a estimé que, s'agissant de la responsabilité du chef d'état-major des forces armées israéliennes, la connaissance qu'avait ce dernier des sentiments de haine à l'égard des Palestiniens éprouvés par ses troupes engagées, ne pouvait justifier la conclusion que leur entrée dans les camps était sans danger : « *qu'un expert n'ait pas donné d'avertissement ne constitue pas une explication pour ignorer le risque de massacre. Le chef d'état-major aurait dû savoir et prévoir – de notoriété publique et de par les informations spéciales dont il disposait - que la possibilité existait de faire souffrir les populations dans les camps aux mains des Phalangistes. Même si les experts n'ont pas rempli leurs obligations, cela n'exonère pas le chef d'état-major de sa responsabilité* ». La Commission a clairement posé que le critère applicable pour attribuer la responsabilité est la négligence : « *si le*

[86] Art. 7 §3 TPIY.
[87] Art. 28 lit. (a) ch. (i) CPI.
[88] TPIY, Delalic et al., §386 ; voir aussi TPIY, Blaskic, §307 et TPIY, Kordic et Cerkez, §427.
[89] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 830-831.
[90] *Etats-Unis c. Wilhelm von Leeb et consorts*, Trials of War Criminals, vol. XI, p. 603, cité *in* TPIY, Blaskic,§320.

Chef d'état-major n'a pas du tout imaginé que l'entrée des Phalangistes dans les camps posait un danger pour la population civile, sa réflexion sur ce point constitue un mépris de considérations importantes qu'il aurait dû prendre en compte. (..) Nous considérons que l'inaction du Chef d'état-major (…) constitue un manquement au devoir et une négligence dans le service qui incombent au Chef d'état-major » [91].

Une interprétation des termes « *avait des raisons de savoir* » du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, correspondant aux termes « *aurait dû savoir* » du Statut de la Cour pénale internationale, mène ce Tribunal à la conclusion qu'un supérieur peut être tenu pour responsable des actes commis par ses subordonnés uniquement si des informations spécifiques étaient effectivement disponibles le conduisant à penser que des crimes pouvaient être commis par ses subordonnés. Ces informations ne doivent pas forcément suffire à conclure que la commission de tels crimes existe effectivement. Il suffit que le supérieur soit poussé à de plus amples investigations ou, en d'autres termes, que les informations reçues indiquent le besoin d'informations complémentaires pour déterminer si des crimes sont commis ou sur le point de l'être par ses subordonnés [92].

Il s'ensuit logiquement qu'un supérieur peut être exonéré de sa responsabilité s'il a correctement rempli ses obligations : « *La Chambre de première instance estime que si un commandant a exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui. Cependant, lorsque, compte tenu de sa position personnelle dans la hiérarchie et des circonstances du moment, l'ignorance résulte d'une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, elle ne saurait constituer un moyen de défense : ce commandant avait des raisons de savoir au sens du Statut* » [93].

En ce qui concerne plus précisément le Statut de la Cour pénale internationale, Kai Ambos expose, sur la base de l'analyse de l'article 86 paragraphe 2 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, quatre éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui aurait dû savoir :

« *(1) A superior has an obligation to monitor the actions of his subordinates and will be held responsible for the knowledge that a reasonable agent in his position would have possessed;*

(2) The superior must be guilty of willful blindness in order for knowledge to be assumed, because deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable;

(3) Knowledge must be constructively imputed based on his position if there is no way that he could not have known;

(4) Actual knowledge must be proved, but may be inferred from circumstantial evidence such as the defendant's position. (…) » [94].

L'élément commun à toutes les tentatives de définir un standard requérant moins que la connaissance effective de la commission des crimes par ses subordonnés est que le supérieur doit posséder des informations qui le conduisent à conclure que ses subordonnés commettent un crime [95].

---

[91] TPIY, Blaskic, §331, citant la Commission d'enquête israélienne, chargée d'enquêter sur les atrocités commises dans les camps de réfugiés de Sabra et Shatilla à Beyrouth en 1982.
[92] Voir TPIY, Delalic et al., §393; voir également TPIY, Krnojelac, §94 ; TPIY, Delalic et al., §390 ; TPIY, Kordic et Cerkez, §437.
[93] TPIY, Blaskic, §332.
[94] Kai Ambos, *Superior responsibility*, in Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 866.
[95] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 868-869.

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie fait référence à des informations dont la nature pousserait le supérieur à envisager le risque que de tels crimes soient commis et exigerait que de nouvelles investigations soient menées pour s'assurer si effectivement ces crimes ont bel et bien été commis ou sont sur le point de l'être. Si le supérieur possède des informations suffisantes mais ne les analyse pas avec l'attention requise et parvient ainsi à la conclusion erronée que des crimes ne sont pas commis alors qu'ils le sont, il engage sa responsabilité pour n'avoir pas su interpréter correctement les informations en sa possession. Ceci doit s'interpréter restrictivement car il est de son devoir de savoir [96].

[96] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 869-870 et Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, pp. 108-115.

IV. Les mesures à prendre

L'article 28 du Statut impose aux chefs militaires le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'un crime par leurs subordonnés [97]. C'est la seconde condition cumulative à l'engagement de leur responsabilité.

On retrouve dans cette disposition l'essentiel de l'article 87 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977, consacré aux devoirs des commandants, qui dispose que les commandants sont chargés de prendre des mesures qui, soit empêchent que des infractions aux Conventions et au Protocole ne soient commises, soit, au besoin, les répriment et les dénoncent aux autorités compétentes [98].

Nous avons mentionné plus haut l'importance de définir les chefs militaires et les troupes qui sont placées sous leur commandement en fonction d'un critère d'effectivité. Le droit international pénal les considère comme des chefs militaires parce qu'ils ont la capacité de donner des ordres et de se faire obéir et leurs troupes sont justement celles sur lesquelles ils peuvent exercer cette capacité de commandement. De la même manière, les mesures que l'on attend qu'un chef militaire prenne sont celles qui sont nécessaires et raisonnables, mais surtout celles qui sont en son pouvoir. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé que « *la capacité d'empêcher la commission d'un crime ou d'en punir les auteurs est une question intimement liée aux faits et aux circonstances qui entourent leur survenance* » [99].

A. Les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir

Les chefs militaires doivent prendre des mesures nécessaires et raisonnables en leur pouvoir, ce qui devra s'apprécier en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce. Ce qu'il est important de relever initialement est que le chef militaire n'est pas tenu à l'impossible et l'on n'exige pas de lui qu'il empêche effectivement la commission de toute infraction [100]. « *It must, however, be recognised that international law cannot oblige a superior to perform the impossible. Hence, a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his power.(…) [We] conclude that a superior should be held responsible for failing to take such measures that are within his material responsibility* » [101].

Il faut au chef militaire commander ses troupes avec la diligence requise et il doit exercer un commandement effectif sur ses hommes, ce qui en soi devrait être déjà propre à empêcher la commission de la plupart des infractions. Néanmoins, si un crime est commis, le chef militaire doit prendre les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir pour en assurer la répression ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Ces mesures peuvent nécessairement varier selon le niveau occupé par le chef militaire au sein de la hiérarchie, des mesures disciplinaires à la cour martiale ou autres procédures judiciaires adéquates, y compris celles qui pourraient être intentées par devant la

[97] Art. 28 lit. (a) ch. (ii) CPI.
[98] Art. 87 §1 Protocole I.
[99] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §231.
[100] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 861-862.
[101] TPIY, Delalic et al., §395.

Cour pénale internationale, en passant par les enquêtes nécessaires soit à empêcher soit à réprimer la commission de crimes contre l'humanité, ou par un rapport à ses supérieurs [102].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que lorsqu'une personne a la capacité matérielle d'empêcher ou de punir des crimes commis par d'autre, cette personne doit être considérée comme un supérieur. C'est donc à la lumière du degré effectif de contrôle de ce commandant, de sa capacité matérielle, qu'il faudra déterminer s'il a raisonnablement pris les mesures requises pour empêcher le crime ou en punir les auteurs [103].

En principe le chef militaire n'exerce pas de contrôle sur un système judiciaire civil ou militaire. Même le plus haut gradé des officiers ne peut souvent faire plus que d'en référer aux autorités responsables de l'enquête et des poursuites pénales. Dans certains systèmes, les militaires de haut rang peuvent diriger les investigations et renvoyer l'accusé en jugement, mais même dans ces systèmes l'accusé doit bénéficier d'un procès équitable devant des juges indépendants. Un chef militaire ne peut pas reconnaître lui-même directement la culpabilité pénale d'un de ses subordonnés [104].

Un chef militaire a ainsi assumé ses responsabilités s'il a pris toutes les mesures en son pouvoir pour s'assurer qu'une enquête est menée et que les auteurs présumés sont poursuivis devant les juridictions compétentes [105]. Il est évident que l'on ne saurait accepter de mesures expéditives et qu'il lui serait difficilement légitime de faire simplement fusiller les criminels arrêtés qui ont un droit inaliénable à un procès équitable, même si un tel comportement du chef militaire ne relèverait vraisemblablement pas du crime contre l'humanité.

Il ne faut pas nécessairement que le supérieur hiérarchique ait été juridiquement habilité à empêcher ou réprimer les crimes contre l'humanité perpétrés par ses subordonnés. L'élément qu'il convient de retenir est sa capacité matérielle qui, au lieu de donner des ordres ou de prendre des mesures disciplinaires, peut par exemple se traduire par le fait d'adresser des rapports aux autorités compétentes afin que des mesures appropriées soient prises [106]. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que « *a commander or superior is thus the one who possesses the power or authority in either a* de jure *or a* de facto *form to prevent a subordinate's crime or to punish the perpetrators of the crime after the crime is committed* » [107].

Il convient également, avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, de prendre en considération la nature du conflit, bien souvent déstructurée aujourd'hui et de noter avec lui : « *The power or authority to prevent or to punish does not solely arise from* de jure *authority conferred through official appointment. In many contemporary conflicts, there may be only* de facto*, self-proclaimed governments and therefore* de facto *armies and paramilitary groups subordinate thereto. Command structure, organized hastily, may well be in disorder and primitive. To enforce the law in these circumstances requires a determination of accountability not only individual offenders but of*

[102] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 520, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[103] Voir TPIY, Blaskic, §335.
[104] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 520, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[105] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 520, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.
[106] Voir TPIY, Blaskic, §302.
[107] TPIY, Delalic et al., Appel, §192.

their commanders or other superiors who were, based on evidence, in control of them without, however, a formal commission or appointment » [108].

L'exigence que le chef militaire prenne toutes les mesures raisonnables et nécessaires en son pouvoir a peu varié depuis le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977, qui retient des « *mesures pratiquement possibles en leur pouvoir* » [109] ou des « *mesures qui sont nécessaires* » [110]; les Statuts des deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda retiennent « *les mesures nécessaires et raisonnables* » [111], comme le Statut de la Cour pénale internationale [112].

Dans tous les cas, le chef militaire doit avoir les compétences légales et la possibilité matérielle de prévenir ou de réprimer la commission des crimes, le chef militaire devant particulièrement prendre les mesures suivantes : « *Ensure that the forces are adequately trained in international humanitarian law; Ensure that due regard is paid to international humanitarian law in operational decision-making; Ensure that an effective reporting system is established so that he or she is informed of incidents when violations of international humanitarian law might have occurred; Monitor the reporting system to ensure it is effective and Take corrective action when he or she becomes aware that violations are about to occur or have occurred* » [113].

En conclusion, il doit être démontré, pour engager sa responsabilité pénale, que le supérieur a manqué à ses devoirs de prendre les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour prévenir ou réprimer le crime de ses subordonnés ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. « *The measures required of the superior are limited to those, which are feasible in all the circumstances and are within his power. A superior is not obliged to perform the impossible. However, the superior has a duty to exercise the powers he has within the confines of those limitations* » [114].

B. Empêcher la commission du crime

Empêcher la commission d'un crime contre l'humanité est la première tâche imposée à un chef militaire. Le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève dispose, en vue de faciliter la prévention des crimes, que le chef militaire devra s'assurer que les membres des forces placées sous son commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions de Genève et de leur Protocole additionnel [115].

Le devoir de réagir de telle sorte que le chef militaire mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher des violations aux Conventions de Genève ou au Protocole est imposé à tout commandant quel qu'il soit : « *A titre d'exemple, un sous officier interpellera un soldat qui s'apprête à achever un blessé ou à abattre une personne civile, un lieutenant signalera un lieu protégé qu'il découvre au cours de sa progression, un commandant de compagnie fera mettre les prisonniers de guerre à l'abri*

[108] TPIY, Delalic et al., Appel, §193.
[109] Art. 86 §2 Protocole I.
[110] art. 87 §3 Protocole I.
[111] art. 7 §3 TPIY, art. 6 §3 TPIR.
[112] Art. 28 lit. (a) ch. (ii) CPI.
[113] Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 861-862.
[114] TPIY, Krnojelac, §95.
[115] Art. 87 §2 Protocole I.

des tirs, un commandant de bataillon veillera à interrompre l'attaque lorsqu'il s'avère que l'objectif visé n'est plus un objectif militaire, un commandant de régiment sélectionnera ses objectifs de manière à éviter toute attaque sans discrimination » [116].

Un chef militaire devra user de toutes les ressources effectives dont il dispose pour y parvenir, y compris prendre des mesures disciplinaires contre les personnes qu'il sait prévoir et préparer la commission d'un crime pour les empêcher d'agir. La dénonciation pénale et la transmission du cas aux juridictions militaires ou civiles compétentes peut également être un moyen de parvenir à ces fins et non seulement un moyen répressif à n'utiliser qu'après la commission du crime [117].

Il ne faut pas non plus ignorer que parmi les personnes projetant de commettre des crimes contre l'humanité, certaines peuvent être effectivement les subordonnés de ce chef militaire, mais non forcément toutes. Dans un tel cas de figure, que l'on ne saurait exclure vu le caractère éminemment collectif des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, il suffira que le chef militaire intervienne de façon à empêcher ses subordonnés de les commettre, quand bien même ceux-ci seraient-ils finalement commis par d'autres personnes sur lesquelles il n'exerce ni autorité ni contrôle effectif.

Dans la jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient à Tokyo eut l'occasion de se pencher, notamment, sur les mesures prises ou à prendre relativement au traitement des prisonniers de guerre. Il reconnut ainsi que toute personne qui avait la charge de veiller à ce que les prisonniers soient bien traités et de prévenir tout mauvais traitement devait établir à cet effet un système approprié et en assurer le bon fonctionnement. Il en résulte que ces personnes violent leurs devoirs et sont responsables des mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre soit si elles n'ont pas mis en place un tel système, soit si, une fois établi un tel système, elles n'en ont pas assuré le bon fonctionnement. Les personnes compétentes doivent en effet s'assurer que le système fonctionne et elles engagent leur responsabilité en ne le faisant pas de même qu'elles ne s'acquittent pas de leurs obligations en se contentant d'instituer le système voulu puis en négligeant de s'enquérir de sa mise en œuvre. Si des crimes de guerre sont commis, ces personnes ne seront pas responsables si un système approprié a été mis en place et dont le bon fonctionnement a constamment été assuré, sauf si elles savaient que de tels crimes étaient commis et ont omis, en toute connaissance de cause, de prendre les mesures en leur pouvoir pour empêcher la perpétration de tels crimes à l'avenir ou si elles sont coupables de ne pas avoir acquis cette connaissance. *« Dans le cas où cette personne savait, ou aurait dû savoir si elle n'avait fait preuve de négligence ou de laisser-aller, elle ne peut être disculpée de son inaction si sa fonction lui demandait ou lui permettait de prendre toute mesure nécessaire pour empêcher de tels crimes. Par ailleurs, il ne suffit pas, pour qu'une personne autrement responsable soit disculpée, qu'elle démontre avoir reçu des garanties d'autres personnes plus directement associées au contrôle des prisonniers si, du fait de la position de ces autres personnes, de la fréquence des rapports relatifs à ces crimes ou de toutes autres circonstances, elle aurait dû davantage s'enquérir de la sincérité de ces garanties. (…) Les commandants de l'armée ou de la marine peuvent, en donnant des ordres, assurer aux prisonniers un traitement approprié et empêcher les mauvais traitements. Les ministres de la Guerre et de la Marine le peuvent aussi. Si des crimes sont commis contre des prisonniers sous leur contrôle et qu'ils avaient ou auraient dû avoir connaissance à l'avance de leur probable perpétration,*

[116] Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, p. 1046, *ad* art. 87 §3.
[117] Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentaire Prot. I, pp. 1046-1047, *ad* art. 87 §3 et Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, pp. 116-118.

ils en sont responsables. S'il est démontré, par exemple, que des crimes de guerre conventionnels, dont le commandant avait ou aurait dû avoir connaissance, ont été commis par les unités sous son commandement, il engage sa responsabilité pour des crimes semblables qui se produirait à l'avenir s'il ne prend pas les mesures voulues pour les empêcher » [118].

Plus récemment, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que pour prouver le manquement à l'obligation de prévenir la commission d'un crime, il est nécessaire de démontrer « *qu'il n'a pris aucune mesure substantielle pour empêcher la commission de crimes par ses subordonnés*» [119]. Un supérieur sera en effet déchargé de sa responsabilité s'il use de tous les moyens en son pouvoir pour y parvenir et non seulement de certains de ces moyens, négligeant les autre, ce qui devra être déterminé selon les circonstances de chaque cas d'espèce. « *L'obligation d'empêcher les infractions désigne celle qui incombe à un supérieur hiérarchique, à n'importe quel stade précédant la perpétration d'un crime par ses subordonnés, s'il a connaissance que ce crime est préparé ou planifié, ou lorsqu'il a des raisons suffisantes de soupçonner que ses subordonnés s'apprêtent à commettre des crimes* » [120].

Déterminer si le supérieur doit prévenir ou réprimer la commission de crimes contre l'humanité dépendra des circonstances concrètes de chaque cas. En règle générale, il est possible de faire la distinction suivante : si un crime n'a pas encore été commis et qu'il est sur le point de l'être, le supérieur a l'obligation d'intervenir en donnant les ordres et en prenant les mesures appropriées pour que ses subordonnés soient arrêtés dans leur entreprise criminelle avant d'avoir pu passer à l'acte. Par contre, si le supérieur apprend après coup qu'un crime a été commis, il ne peut alors réagir que par des mesures répressives. Si la commission du crime est en cours, il convient que le supérieur intervienne pour arrêter ses subordonnés et éviter qu'ils poursuivent leurs activités criminelles et également prendre les mesures pour réprimer les crimes déjà commis ou la tentative interrompue par son intervention [121].

Cette notion de tentative, nouvelle en droit international pénal, pose justement la question du moment de l'intervention du chef militaire. La tentative implique, nous l'avons vu, le commencement d'exécution et l'échec pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur [122]. Quant aux actes préparatoires, ils ne sont pas pénalement relevants [123]. Le Statut exige par ailleurs du chef militaire qu'il intervienne lorsque ses subordonnés commettent le crime ou sont sur le point de le commettre. Etre sur le point de commettre un crime n'est pas une notion temporelle déterminée, même si elle implique une certaine proximité dans le temps, et ne peut être confondue, à notre sens, avec le commencement d'exécution constitutif de la tentative.

Le chef militaire peut ainsi savoir que ses subordonnés planifient la commission d'un crime contre l'humanité. Cette planification ne constitue pas un commencement d'exécution et n'est donc pas relevante en soi. Dans cette situation, le chef militaire possède néanmoins la connaissance requise. Un sain exercice de son pouvoir lui impose d'intervenir aussitôt que possible, même avant le stade de la tentative. Toutefois, s'il n'intervient pas à ce stade, sa responsabilité n'est pas encore en cause, ses subordonnés n'ayant commis aucun crime.

---

[118] Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient, Compte rendu officiel du procès de Tokyo, pp. 48444-48446, cité *in* TPIY, Blaskic, §315.
[119] TPIY, Kordic et Cerkez, §444.
[120] TPIY, Kordic et Cerkez, §445.
[121] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 862-863.
[122] Voir art. 25 §3 lit. (f) CPI et *supra* chapitre 18.
[123] Voir Kai Ambos, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*¸ pp. 488-489, *ad* art. 25 CPI.

Dès le commencement d'exécution, la situation se modifie. Les subordonnés commettent en effet le crime et si le supérieur intervient alors, c'est pour en empêcher la réalisation. Le crime n'est alors pas commis et le chef militaire l'a effectivement empêché. Néanmoins, la conduite de ses subordonnés est répréhensible, au même titre que s'ils l'avaient commis. S'il n'intervient pas à ce stade, dès le commencement d'exécution, il peut engager sa responsabilité à la double condition qu'il ait la connaissance des actes commis et qu'il n'agisse pas pour en empêcher la réalisation. Il est clair par ailleurs qu'il a également l'obligation de réprimer la tentative.

Toutefois, le chef militaire aura vraisemblablement très peu de temps pour intervenir. Non seulement la notion d'être sur le point de commettre un crime entraîne une certaine immédiateté, mais encore, entre le commencement d'exécution et la réalisation du crime, il est probable que fort peu de temps s'écoule. Celui qui tire sur une personne avec une arme à feu franchit l'étape du commencement d'exécution en actionnant la gâchette et réalise le crime dès que son projectile atteint sa cible, soit une fraction de seconde plus tard. C'est dire que le chef militaire n'aurait alors aucune possibilité d'intervention entre ces deux moments.

Il nous semble devoir en conclure que le chef militaire doit intervenir aussitôt que possible, même avant le stade de la tentative, dès qu'il acquiert la connaissance de la conduite criminelle de ses subordonnés. C'est dire aussi l'importance complémentaire des deux volets de son obligation, empêcher ou réprimer la commission du crime.

La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a eu l'occasion de souligner que l'obligation d'empêcher ou de réprimer la commission d'un crime « *ne place pas l'accusé face à deux options identiquement satisfaisantes. De toute évidence, lorsque l'accusé savait ou avait des raisons de savoir que des subordonnés étaient sur le point de commettre des crimes et n'a pas empêché ces crimes, il ne peut racheter cette omission d'agir en punissant après-coup ses subordonnés* » [124].

Il en est de même si le supérieur est lui-même l'auteur d'un crime contre l'humanité, notamment parce qu'il a donné l'ordre de le commettre ; il ne peut se racheter *a posteriori* par la répression de ce qu'il a lui-même ordonné.

C. Réprimer la commission du crime ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites

Réprimer la commission d'un crime est le second volet de l'obligation imposée aux chefs militaires s'ils n'ont pu intervenir avant que le crime ne soit commis et en empêcher la perpétration [125]. Comme nous venons de le souligner avec le jugement *Blaskic* rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il ne s'agit en aucun cas ici de la seconde partie d'une alternative laissée au libre choix du chef militaire. Pour remplir de bonne foi son obligation de réprimer la commission d'un crime contre l'humanité, le chef militaire doit ne pas avoir eu la possibilité d'intervenir en amont de sa commission ou alors doit avoir échoué dans son action d'en empêcher la commission, alors qu'il avait pourtant pris toutes les mesures

[124] TPIY, Blaskic, §336.
[125] Voir art. 28 lit. (a) ch. (ii) CPI.

nécessaires et raisonnables en son pouvoir pour y parvenir. Encore une fois, le chef militaire ne saurait être tenu à l'impossible et des situations de combat peuvent provoquer des circonstances très particulières dont il conviendra de tenir compte [126].

Le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève reste la première source en la matière, qui requiert de toutes les Hautes Parties contractantes et des Parties au conflit l'exigence de tout commandant « *qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations* » [127]. Le commandant peut donc intervenir ici soit par une action disciplinaire soit par une action pénale.

Il nous semble peu probable que l'action disciplinaire puisse constituer une répression proportionnée à la commission d'un crime aussi grave que les crimes contre l'humanité. Le chef militaire devra bien évidemment utiliser les mesures disciplinaires que la loi applicable lui reconnaît, mais plus certainement dans le but de favoriser l'enquête et l'établissement des faits ou dans l'attente de transmettre le cas aux juridictions pénales compétentes, militaires ou civiles.

La voie des juridictions pénales ne sera en règle générale pas directement accessible au chef militaire qui ne pourra pas agir comme procureur ou comme juge, ce qui peut toutefois dépendre de son rang dans la hiérarchie, certains officiers ayant sans doute le pouvoir d'initier les procédures martiales. Il pourra toutefois dénoncer le cas aux autorités compétentes, civiles ou militaires et pourquoi pas à la Cour pénale internationale elle-même. Il existe en effet dans toutes les armées un pouvoir judiciaire militaire qui sera vraisemblablement l'autorité compétente pour juger des crimes commis par les membres des forces armées ou des forces paramilitaires. La répression a donc de grandes chances de rester interne à l'armée, ce qui lie davantage le chef militaire qui est familier de ces procédures [128].

Il faudra considérer qu'il a rempli ses obligations de réprimer la commission des crimes commis s'il a effectivement porté les dénonciations nécessaires et transmis le dossier aux autorités compétentes, s'il a pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires en son pouvoir. Que les autorités judiciaires saisies ne donnent pas suite et c'est alors leur propre responsabilité qui sera en cause et non plus celle du chef militaire diligent. On ne saurait en effet attendre d'une telle obligation qu'elle aboutisse à un procès effectivement tenu dans les règles du procès équitable. Même si les termes « *réprimer la commission d'un crime* » sont clairs et se comprennent aisément comme l'obligation d'en punir les auteurs, on ne saurait attendre de la saisine des voies judiciaires appropriées des condamnations systématiques. Il est tout à fait envisageable que le jugement rendu à l'issue d'un tel procès soit un acquittement en faveur de tel ou tel subordonné dénoncé comme criminel.

Il n'y a pas de limites temporelles imposées à l'obligation de réprimer la commission de crimes contre l'humanité, contrairement à celle d'en empêcher la commission, qui doit nécessairement intervenir avant celle-ci. La voie de la répression peut être longue et il convient de rappeler que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. Toutefois, il faut attendre du chef militaire une action raisonnable en son pouvoir et surtout qu'il agisse de bonne foi. Il devra donc

[126] Voir Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, pp. 118-121.
[127] Art. 87 §3 Protocole I.
[128] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 520, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.

prendre les mesures nécessaires aussi rapidement que les circonstances le permettront, afin de réprimer les crimes commis. En tant que chef militaire, il est au contact direct de la troupe et du terrain pendant les opérations militaires en cause. Son devoir de s'informer et de contrôler effectivement le comportement de ses subordonnés implique qu'il saura vraisemblablement très rapidement qu'un crime a été commis. Il pourra et devra prendre le temps d'acquérir les informations nécessaires, demander peut-être une enquête avant d'agir réellement, mais il ne devra pas donner le temps aux criminels de fuir ou de se protéger, notamment par la destruction des preuves, moins encore de réitérer leur conduite criminelle.

Enfin, il convient de relever que l'obligation de réprimer sous entend que le chef militaire sait qu'un crime a été commis. La recherche de l'information tendant à cette connaissance fait partie de ses obligations générales et non de son obligation de réprimer. Le chef militaire, comme nous l'avons déjà souligné, a un devoir général de s'informer. Toutefois, savoir qu'un crime a été commis ne signifie pas en connaître tous les éléments sous leur qualification pénale ni tous les participants, dont il est d'ailleurs possible que certains ne soient pas au nombre de ses subordonnés.

Nous avons déjà souligné que dans le cadre des crimes contre l'humanité, dont la commission revêt un caractère général ou systématique, souvent atteint avec l'engagement même de l'Etat dans les activités criminelles, il est envisageable qu'un chef militaire non seulement néglige ses devoirs et engage ainsi sa responsabilité pénale, mais encore qu'il adopte un rôle actif dans la planification ou la commission du crime, par exemple en en ordonnant la commission.

Avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, nous considérons qu'il « *serait illogique de tenir un commandant pour pénalement responsable d'avoir planifié, instigué ou ordonné la perpétration de crimes et, simultanément, de lui reprocher de ne pas les avoir empêchés et sanctionnés* » [129]. C'est en ce sens que nous avons déjà conclu à la subsidiarité de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 du Statut de Rome face à la responsabilité pénale de l'auteur du crime au sens de son article 25 [130]. Si le comportement du chef militaire est celui d'un instigateur, la responsabilité du supérieur ne s'applique pas, au profit de celle de l'individu. La distinction pourra parfois difficilement être faite entre la responsabilité de l'instigateur et celle du supérieur, notamment si l'on considère qu'un lien de causalité entre le comportement de la personne en cause et la commission du crime existe dans les deux cas.

Le devoir de réprimer exige que le chef militaire prenne toutes les mesures nécessaires et raisonnables et non seulement certaines d'entre elles qui pourraient lui permettre de se donner bonne conscience en ayant apparemment rempli ses obligation mais sans effet concret. Il conviendra bien évidemment de déterminer quelles étaient les mesures qui, au moment où il apprenait la commission du crime, pouvaient raisonnablement être exigées de lui. Peut-être ne pourra-t-on raisonnablement rien exiger de lui, du fait de son rang dans la hiérarchie et des circonstances qui entourent la commission du crime, peut-être pourra-t-on exiger une répression effective venant directement de sa part et reposant sur les qualités reconnues à sa fonction, ce qui devra être déterminé pour chaque cas en fonction de toutes les circonstances de l'espèce [131].

---

[129] TPIY, Blaskic, §§337-339.
[130] Voir *supra* chapitre 16.
[131] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 520, *ad* art. 28 §1 lit. (a) CPI.

Un dernier cas convient d'être analysé, celui du chef militaire qui prend son commandement après la commission du crime et dont il apprend qu'il a été commis. « *Le devoir de punir intervient bien évidemment après la commission du crime. Les personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir. Cette obligation impose pour le moins d'enquêter sur les crimes, d'établir les faits et de transmettre un rapport aux autorités compétentes si le supérieur n'est pas habilité à prendre lui-même des sanctions* » [132]. Les devoirs d'un chef militaire prenant son commandement après la commission du crime sont les mêmes que ceux de tout commandant. Il va de soi que l'on ne saurait attendre de lui qu'il empêche la commission d'un crime déjà commis et qu'il n'aura plus alors que la voie de la répression pour agir, dans la même mesure que tout autre chef militaire. La date de sa prise de commandement fera partie des circonstances de l'espèce dont il conviendra de tenir compte dans l'évaluation des mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui dans l'exercice de ses fonctions. Néanmoins, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estime qu'aucune règle internationale permet de condamner un chef militaire en relation avec des crimes commis par ses subordonnés avant sa prise de fonction [133]. Toutefois, dans son opinion partiellement dissidente, le Juge Shahabuddeen conclut différemment, bien que prudemment : « *j'estime qu'en droit international coutumier, en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique, un commandant peut être tenu responsable de crimes commis par ses subordonnés avant qu'il ne prenne ses fonctions, si tant est qu'il était informé de ces crimes ou avait des raisons de l'être* » [134]. Pour le moins, cette question demeure controversée.

[132] TPIY, Kordic et Cerkez, §446.
[133] Voir TPIY, Hadžihasanović et Kubura, Décision de la Chambre d'appel relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), §55
[134] TPIY, Hadžihasanović et Kubura, Décision de la Chambre d'appel relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), Opinion partiellement dissidente du Juge Shahabuddeen, §43.

V. Le devoir d'agir du chef militaire

Nous avons déjà clairement mentionné que la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique repose sur une omission, celle de n'avoir pas pris les mesures nécessaires à empêcher ou réprimer la commission d'un crime contre l'humanité. Cette omission ne peut être reprochée qu'à une personne qui avait, en droit international pénal, un devoir d'agir reposant sur une obligation spéciale, clairement déterminable et non sur un devoir moral général [135]. Le devoir d'agir du supérieur hiérarchique ne ressort pas expressément de la lettre de l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale. Néanmoins, ce devoir d'agir est sous-jacent à la réglementation de la responsabilité du supérieur hiérarchique [136].

La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a repris le raisonnement de la Commission du droit international, pour laquelle un individu n'encourt une responsabilité pénale pour omission que dans le cas où il existe une obligation juridique d'agir. « *Une personne a l'obligation d'agir (…) uniquement s'il est établi qu'elle a la qualité de supérieur hiérarchique vis-à-vis des auteurs de l'infraction et qu'elle savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime était sur le point d'être commis ou avait été commis* » [137].

De même, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé : « *La question de la responsabilité qui découle d'une obligation de faire et de toute omission y relative, est intimement liée à celle de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Cette connexion procède du fait que l'Article 6 3) fait obligation aux personnes occupant une position d'autorité d'empêcher la commission d'un crime ou d'en punir les auteurs dès lors qu'elles en ont les moyens. Toutefois, la responsabilité individuelle de telles personnes sous l'empire de l'Article 6 1) du Statut est engagée ici, non pas à raison de l'obligation d'agir, mais plutôt de l'encouragement et de la caution que les auteurs du crime pourraient déduire du fait qu'ils n'aient pas agi en la circonstance* » [138].

Le Statut de la Cour pénale internationale incrimine le fait pour un supérieur de n'avoir pas pris les mesures nécessaires à empêcher ou réprimer la commission d'un crime contre l'humanité, alors qu'il savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient ou étaient sur le point de commettre [139]. C'est finalement la même disposition qui force à reconnaître qu'existe justement cette obligation d'agir, tracée dans les limites de son inobservation criminelle.

Comme l'a relevé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *International law imposes an affirmative duty on superiors to prevent persons under their control from committing violations of international humanitarian law, and it is ultimately this duty that provides the basis for, and defines the contours of, the imputed criminal responsibility* » [140].

Les devoirs du chef militaire recouvrent donc principalement le fait d'assurer sur ses subordonnés un commandement, une autorité et un contrôle effectifs, donc notamment le devoir de se tenir informé de leurs actions. Son devoir d'agir au sens du droit international pénal se limite au fait de s'assurer qu'ils ne commettent pas de

[135] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 200 et Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, pp. 96-99 et 115.
[136] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 190-191.
[137] TPIY, Aleksovski, §72.
[138] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §202.
[139] Voir art. 28 lit. (a) CPI.
[140] TPIY, Delalic et al., §334.

crime contre l'humanité, soit en les empêchant de le faire, soit en réprimant les crimes commis. C'est en effet dans cette abstention d'agir que réside l'omission incriminée dans le Statut. La connaissance du comportement de ses subordonnés est le standard du chef diligent et l'on ne saurait lui reprocher cette connaissance. On ne saurait non plus lui reprocher en soi son ignorance car l'omission criminelle réside non dans l'ignorance mais dans l'inaction conjuguée à la connaissance [141].

[141] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 850-855.

VI. La *mens rea*

Il semble *a priori* que la responsabilité du supérieur hiérarchique, telle que définie à l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale, puisse passer pour le seul cas de négligence existant dans le Statut de Rome, de même qu'elle est le seul cas d'omission proprement dite incriminée par le Statut.

Le terme de négligence n'est toutefois pas expressément utilisé par cette disposition, tout comme elle ne mentionne pas expressément le devoir d'agir du supérieur. La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique est un tout, basé sur les obligations du chef militaire ou de tout autre supérieur hiérarchique en faisant effectivement fonction et possédant l'autorité et le pouvoir de contrôler et d'agir. C'est d'ailleurs par l'existence de ce pouvoir effectif de contrôler et d'agir que sera reconnue la position de supérieur hiérarchique. Cette position confère des pouvoirs et existe par ces mêmes pouvoirs, dont l'usage est le centre de la fonction. Il parait dès lors logique que l'on puisse reprocher au supérieur hiérarchique, qui voit sa responsabilité engagée pour le fait de ses subordonnés, tant son omission volontaire, que sa négligence. Dans un cas comme dans l'autre, il a manqué à ses devoirs [142].

Sur la question de la négligence, alors que le Statut de Rome ne prévoit que la commission intentionnelle des crimes contre l'humanité au sens de son article 30, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans la même situation légale vis-à-vis de son Statut, a jugé : « *The requisite* mens rea *of any crime is the accused's criminal intent. This requirement, which amounts to at least a negligence that is so serious as to be tantamount to acquiescence, also applies in determining the individual criminal responsibility of a person accused of crimes defined in the Statute, for which it is certainly proper to ensure that there existed malicious intent, or, at least, to ensure that the accused's negligence was so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent* » [143]. Ceci revient à ce que nous avons déjà appelé une forme de « *négligence intentionnelle* »…

Dans le même sens, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé en première instance : « *La Chambre remarque que, selon la Commission d'experts, un commandant a le devoir de faire tout ce qui est possible et raisonnable pour empêcher que la loi ne soit violée. Tout manquement à cet égard entraîne sa responsabilité. La Commission a estimé ainsi qu'outre que les circonstances ou la connaissance peut être prouvée ou déduite, une telle négligence personnelle grave ayant amené le commandant à ne tenir aucun compte des conséquences éventuelles satisfait l'élément moral requis par l'article 7 3) du Statut* » [144]. Toutefois, la Chambre d'Appel a estimé que les références à la négligence dans le contexte de la responsabilité du supérieur hiérarchique : « *are likely to lead to confusion of thought* », exprimant que la décision qui fait autorité sur ce point est celle rendue en l'Affaire dite *Celibici* [145].

Dans celle-ci, ce Tribunal a fait porter la négligence sur le devoir de s'informer : « *Article 7(3) of the Statute is concerned with superior liability arising from failure to act in spite of knowledge. Neglect of a duty to acquire such knowledge, however, does not feature in the provision as a separate offence, and a superior is not therefore liable under the provision for such failures but only for failing to take necessary measures to prevent or to punish. The Appeals Chamber takes it that the Prosecution seeks a finding that reason to*

[142] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 864-870.
[143] TPIR, Musema, §131.
[144] TPIY, Blaskic, §330.
[145] TPIY, Blaskic, Appel, §63, citant TPIR, Bagilishema, Appel, §35.

know exists on the part of a commander if the latter is seriously negligent in his duty to obtain the relevant information. The point here should not be that knowledge may be presumed if a person fails in his duty to obtain the relevant information of a crime, but that it may be presumed if he had the means to obtain the knowledge but deliberately refrained from doing so » [146].

Ceci mène à s'interroger sur l'élément psychologique ou *mens rea* qui doit guider l'omission du chef militaire. L'article 30 du Statut dispose que la responsabilité pénale d'un individu n'est engagée que si le crime commis l'est intentionnellement, soit avec intention et connaissance. Il n'existe donc pas de répression générale de la négligence mais l'article 30 réserve les dispositions contraires du Statut [147]. La question est donc de déterminer si l'article 28 déroge ou non à l'article 30, en prévoyant une forme particulière de *mens rea*.

Le texte de l'article 28 dispose que le chef militaire est responsable dans deux cas, s'il savait ou s'il avait des raisons de savoir que ses subordonnés commettaient ou étaient sur le point de commettre un crime [148]. Il convient donc d'apprécier les deux situations suivantes : premièrement, le supérieur sait et n'agit pas, deuxièmement le supérieur ne sait pas et donc, logiquement, n'agit pas.

Lorsque le supérieur sait que ses subordonnés engagent une conduite criminelle, il possède la connaissance requise par l'article 30 du Statut. Sachant ceci, s'il n'agit pas, c'est qu'il a l'intention que ses subordonnés commettent effectivement leur action criminelle, puisqu'il sait que cette conséquence adviendra dans le cours normal des événements [149]. Cette situation est pleinement conforme à l'article 30 et le supérieur commet ainsi une omission intentionnelle sous la forme du dessein.

Dans un tel cas, il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'inaction du supérieur et le crime commis par ses subordonnés, ce que le Statut dans sa version anglaise exprime par les termes : « *crimes (…) committed (…) as a result of his failure* ». La version espagnole est identique, disposant : « *en razón de no haber ejercido un control apropiado* » [150]. Ces termes sont simplement omis dans la version française.

La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie devait cependant récemment ne trouver aucun support à l'existence de l'exigence d'un lien de causalité entre le crime commis et le manquement du supérieur dans les principes existants du droit international conventionnel, ce qui souligne la nouveauté de la réglementation du Statut de Rome sur ce point [151].

Toutefois, Kai Ambos envisage clairement le lien de causalité qui pourrait exister entre le manquement du supérieur d'une part et la commission du crime par ses subordonnés d'autre part, concluant en ces termes que le simple fait que l'omission du supérieur augmente le risque que le crime soit commis est suffisant : « *The requirement that the crime of the subordinates be a result of the superior's failure to exercise control properly implies a causal relationship between the superior's failure and the subordinate's commission of crimes. It corresponds exactly to the kind of causation required by the German Article 41 WStG and §130 OwiG. In concrete terms, the prosecution – in accordance with the generally recognised* conditio *formula or* but for *test – must prove that*

[146] TPIY, Delalic et al., Appel, §226.
[147] Voir *supra* chapitre 3.
[148] Voir art. 28 lit. (a) ch. (i) CPI.
[149] Voir art. 30 §2 lit. (b) CPI.
[150] Art. 28 lit. (a) *in fine* CPI.
[151] Voir TPIY, Delalic et al., §398.

the crimes would not have been committed if the superior had properly supervised the subordinates. (…) The omission causes the consequence, since the omitted act would have prevented it from occurring. (…) As a result, it is sufficient that the superior's failure of supervision increases the risk that the subordinates commits certain crimes » [152].

Ce lien de causalité s'impose aujourd'hui en raison du texte du Statut et de la conduite intentionnelle du supérieur, qui dispose par ailleurs du commandement, de l'autorité et du contrôle effectifs sur ses troupes ; une intervention de sa part aurait alors effectivement empêché le crime [153].

Le second cas porte plus à discussion. Le supérieur aurait dû savoir ou, en anglais « *should have known* », et, en espagnol « *hubiere debido saber* », que ses subordonnés engageaient une conduite criminelle. La situation est donc celle du chef militaire qui ne possède pas la connaissance requise. Pourtant, c'était son devoir de savoir et la question consiste alors à déterminer si l'on peut, et sous quelle forme le cas échéant, lui reprocher cette ignorance.

Le Statut dispose que sa responsabilité est engagée dans les cas où le supérieur « *en raison des circonstances, aurait dû savoir* ». Il convient alors de comparer sa situation à celle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances : au sens du Statut, qu'attend-on de cette personne ? La réponse est claire : le Statut attend qu'elle sache, puisque le chef défaillant « *aurait dû savoir* ». Les circonstances doivent être telles que le supérieur en tire la connaissance requise par l'article 30 et non seulement un doute. Le supérieur diligent, dans les mêmes circonstances, aurait donc su. En ne remplissant pas son devoir d'agir dans ces circonstances, il est conscient du risque que ses subordonnés commettent un crime et il en accepte la réalisation. On lui reproche donc son omission sous la forme du dol éventuel [154].

L'omission du supérieur réside dans son inaction, lorsqu'il savait ou lorsque les circonstances étaient telles qu'il devait savoir. Dans cette optique, le lien de causalité susmentionné subsiste, pour les mêmes raisons, entre l'action criminelle des subordonnés et l'omission du supérieur.

Le texte du Statut incrimine le supérieur qui aurait dû savoir et non celui qui aurait dû agir mais le droit international soumet le chef militaire à un devoir d'agir pour empêcher, réprimer ou dénoncer le crime. Savoir quel est le comportement de ses subordonnés ne saurait être criminel, c'est bien au contraire la condition à toute action de sa part. Il n'est en effet pas concevable qu'il empêche la commission d'un crime dont il ne sait pas, en raison des circonstances, qu'il est sur le point d'être commis ou qu'il réprime un crime dont il ne sait pas, en raison des circonstances, qu'il a été commis.

Par contre, si les circonstances génèrent un doute et que le chef militaire estime qu'il est envisageable que ses subordonnés commettent un crime, sans pour autant penser que ce sera le cas, on est dans l'hypothèse de la négligence consciente. Cette hypothèse n'est pas celle du Statut car son texte prévoit la connaissance, effective ou déduite des circonstances, à l'article 28 et uniquement la culpabilité intentionnelle à l'article 30. Si le chef militaire sait, il est également conscient que la commission du crime sera la conséquence de son inaction. La négligence excluant toute intention, l'accepter ici ne serait pas compatible avec la lettre du Statut, identique sur ce point dans ses versions française, anglaise et espagnole.

---

[152] Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 860 ; voir également Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, p. 121.
[153] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, pp. 189-190.
[154] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 168-171 et *supra* chapitre 16.

La systématique du Statut confirme l'interprétation du texte. Il est clair que la forme de culpabilité générale établie est celle de l'article 30, soit une culpabilité intentionnelle, réservée au dessein et au dol direct. Rien dans cette disposition n'ouvre directement la voie à l'incrimination de la négligence et la réserve de dispositions contraires du Statut n'est pas suffisamment évidente en ce sens.

Il est clair également que le Statut entend incriminer plus largement la responsabilité du supérieur militaire (qui savait ou aurait dû savoir) que celle du supérieur civil (qui savait ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations claires) [155]. Nous verrons que la responsabilité du supérieur civil revêt en tous les cas la forme du dessein et est donc plus strictement réglementée que la responsabilité par dol éventuel du chef militaire [156].

Cette systématique est confirmée également par l'exigence de la causalité qui figure dans les textes anglais et espagnol mais qui est omise dans le texte français.

Dès la fin de la deuxième guerre mondiale, le Tribunal américain à Nuremberg a estimé dans le cadre de l'affaire dite du Haut commandement, que, pour engager la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique dans les faits commis par ses subordonnés, il fallait, non pas un lien de causalité entre le fait du subordonné et l'abstention ou la négligence du supérieur, mais une négligence personnelle du supérieur : « *The President of the US is Commander in Chief of its military forces. Criminal acts committed by those forces cannot in themselves be charged to him on the theory of subordination. The same is true of other high commanders in the chain of command. Criminality does not attach to every individual in this chain of command from the fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinate constitutes criminal negligence on his part. In the latter case, it must be a personal neglect amounting to acquiescence. Any other interpretation of International Law would go far beyond the basic principles of criminal law as known to civilized nations* » [157]. Le Tribunal américain à Nuremberg rendait ainsi une place centrale à l'effectivité du pouvoir de commandement et de contrôle que le chef militaire doit exercer sur ses troupes pour engager sa responsabilité pénale en cas de manquement puisque de l'absence d'un tel commandement ou contrôle découlait sa responsabilité et non la commission du crime.

Un tel lien de causalité, envisagé dans l'hypothèse de la négligence, rendrait le rôle du supérieur hiérarchique plus important que ne le prévoit l'article 28 du Statut, qui limite sa responsabilité à une omission d'agir pour empêcher ou réprimer les crimes commis ou sur le point de l'être par ses subordonnés. Envisager que la négligence du supérieur hiérarchique soit la cause même de la commission du crime, qui n'eût sinon point été commis, revient à faire du chef militaire un auteur du crime au sens de l'article 25, son rôle étant alors celui d'un instigateur qui ordonne, encourage ou incite à commettre ces crimes.

La responsabilité indirecte du supérieur hiérarchique, au sens de l'article 28 du Statut, étant subsidiaire à la responsabilité directe de l'article 25, un tel lien de causalité ne saurait être retenu dans le cadre de la responsabilité du supérieur hiérarchique négligent.

Ceci est confirmé encore par l'article 28 du Statut lui-même, qui exige que le chef militaire empêche ou réprime la commission du crime. Vouloir imposer ce lien

---

[155] Voir art. 28 lit. (a) et (b) CPI.
[156] Voir *infra* chapitre 18.
[157] US Military Tribunal at Nuremberg, *US v. Wilhelm von Leeb et al.*, cité *in* Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, p. 560.

de causalité reviendrait à faire de l'obligation d'empêcher la commission du crime une obligation de résultat, qui viderait de son sens celle de réprimer et va au-delà du caractère effectif du commandement, de l'autorité et du contrôle du chef militaire. En effet, le chef militaire qui agit pour empêcher la commission du crime mais n'y parvient pas verrait sa responsabilité engagée et n'aurait plus alors de raison d'agir en répression. Enfin, un tel lien de causalité serait en contradiction évidente avec le cas d'un chef militaire qui apprendrait que ses subordonnés ont déjà commis un crime, tout en ayant été diligent dans l'exercice de ses fonctions.

Ainsi, la conclusion d'une responsabilité intentionnelle sous la forme du dol éventuel permet également de réconcilier les trois versions, française, anglaise et espagnole, du Statut.

Par ailleurs, le but du Statut, face à la gravité des crimes sur lesquels la Cour peut exercer sa juridiction, est manifestement de réprimer une criminalité intentionnelle. Lus conjointement, les articles 7 et 30 du Statut rendent inconcevable, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, de mener une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle, par négligence.

Enfin, le but de l'incrimination de l'omission du chef militaire est manifestement de l'encourager à remplir ses fonctions diligemment en ne réprimant que les cas dans lesquelles il possède une intention criminelle. En lui offrant la possibilité d'empêcher, de réprimer ou de dénoncer la commission du crime, le Statut prend en considération des circonstances qui peuvent être, au cœur des combats par exemple, extrêmement difficiles, et lui offre la possibilité de se libérer en apportant la preuve qu'il ne savait ni n'aurait dû savoir. Envisager la négligence nous rapprocherait de ce qui rend justement si controversé l'arrêt *Yamashita*. Il semble en effet clair dans cette affaire que le général Yamashita, du fait de l'interruption de tout moyen de communication entre son état-major et ses troupes, ne pouvait pas savoir qu'elles commettaient des actes criminels ; il a néanmoins été condamné. Dans ce cas, il semblerait même admissible de penser que le chef militaire en cause n'a plus le commandement, l'autorité et le contrôle effectifs sur ses troupes.

En conclusion, l'intention et la connaissance sont requises par l'article 30, qui limite la culpabilité intentionnelle à la forme du dessein, sauf disposition contraire du Statut. L'article 28 élargit la notion de culpabilité intentionnelle au dol éventuel en ce qui concerne le chef militaire mais exclut la négligence.

VII. Conclusion : les éléments constitutifs de la responsabilité des chefs militaires

En conclusion, il convient de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de l'omission du chef militaire :

A. Eléments matériels

1. Commission

1. Les subordonnés doivent commettre ou être sur le point de commettre l'un des crimes relevant de la juridiction de la Cour, soit un génocide, des crimes contre l'humanité ou un crime de guerre.
2. Leur crime doit avoir été commis ou au moins tenté.

2. Omission

1. Le chef militaire omet d'agir en vue de :
    a. Empêcher la commission du crime, ou
    b. Réprimer la commission du crime, ou
    c. En référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

B. Eléments psychologique

1. Intention

1. Le chef militaire doit avoir l'intention de ne pas agir et
2. Il doit
    a. avoir l'intention de provoquer, par son omission, la commission du crime par ses subordonnés, ou
    b. accepter le risque de provoquer, par son omission, la commission dudit crime.

2. Connaissance

1. Le chef militaire
    a. sait que ses subordonnés commettent un crime ou sont sur le point de le commettre ; ou

b. aurait dû savoir, en raison des circonstances, que ses subordonnés commettent un crime ou sont sur le point de le commettre ; et

2. Il doit savoir

a. que son omission entraînera la commission du crime par ses subordonnés ou

b. que son omission crée un risque que le crime soit commis.

Chapitre 18

La responsabilité pénale des autres supérieurs hiérarchiques pour crimes contre l'humanité

Après avoir analysé la responsabilité pénale du chef militaire, il convient, avec l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale, d'analyser la responsabilité pénale au sein des relations entre supérieurs hiérarchiques et subordonnés non couvertes par le paragraphe consacré aux chefs militaires et aux personnes en faisant effectivement fonction [1]. Dans la même voie, nous limitons notre analyse à l'article 28 lettre (b) du Statut et à la doctrine qui lui est consacrée.

Les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda mentionnent uniquement le terme de « *supérieur* », sans autre précision [2]. Le premier de ces Tribunaux a compris très largement cette notion de supérieur, ouvrant la voie à l'incrimination plus détaillée de tout supérieur hiérarchique, militaire ou non militaire, telle que nous la connaissons dans le Statut de la Cour pénale internationale : « *Le terme générique de supérieur (…) ne peut s'interpréter que comme signifiant que la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas limitée aux seuls commandants militaires, mais qu'elle peut s'appliquer à des autorités civiles. La Commission du droit international explique ainsi que le terme supérieur est suffisamment large pour s'entendre des commandants militaires ainsi que des autorités civiles qui se trouvent dans une position de commandement analogue et exercent le même degré d'autorité à l'égard de leurs subordonnés* » [3].

Ce premier point est important et, de même que pour les chefs militaires, il importe peu que l'exercice de ses fonctions par le supérieur repose ou non sur une base formelle : « *It is clear that the term* 'superior' *is sufficiently broad to encompass a position of authority based on the existence of* de facto *powers of control* » [4]. Ce qui compte donc aux yeux de ce Tribunal est principalement le degré d'autorité exercé par la

[1] Voir art. 28 lit. (b) CPI.
[2] Voir art. 7 §3 TPIY et art. 6 §3 TPIR.
[3] TPIY, Aleksovski, §75.
[4] TPIY, Delalic et al., §371.

personne en cause, qu'elle appartienne à une hiérarchie formellement établie ou non et que cette hiérarchie soit ou non d'ordre militaire, les civils occupant des fonctions analogues à celles de militaires devant en répondre de manière analogue.

Enfin, comme dans le cas du chef militaire, il est envisageable que, non seulement, un autre supérieur hiérarchique engage sa responsabilité pour avoir violé ses devoirs de supérieurs d'empêcher ou de réprimer la commission d'un crime, ou encore d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites, mais encore qu'il participe directement à la commission du crime, par exemple en en ordonnant la commission. Dans ce cas, « *le fait pour un accusé de voir sa responsabilité engagée en vertu de l'art. 6 1) du Statut [du Tribunal pénal international pour le Rwanda] ne fait pas obstacle à une déclaration additionnelle ou alternative de culpabilité par la Chambre sous l'empire de l'Article 6 3). Les deux formes de responsabilité ne s'excluent pas mutuellement* » [5].

Après avoir analysé la problématique de la hiérarchie militaire, telle qu'expressément mentionnée à l'article 28 lettre (a) du Statut de Rome (« *Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire* »), que nous interprétons comme englobant tous les chefs militaires quels qu'ils soient mais uniquement les chefs militaires, c'est-à-dire les supérieurs rattachés, *de jure* ou *de facto* à une hiérarchie de type militaire ou paramilitaire, nous emploierons les termes de hiérarchie civile pour englober avec l'article 28 lettre (b) du Statut « *les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a)* ».

[5] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §210.

I. Une hiérarchie civile

L'avantage indéniable de la hiérarchie militaire réside en son côté stricte et formel, essentiel à la conduite des opérations militaires. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels font d'ailleurs obligation aux Etats parties d'organiser leurs forces militaires sous le commandement de chefs responsables pour le comportement de leurs troupes. Il n'existe bien évidemment aucune obligation de ce genre en ce qui concerne une hiérarchie civile, qui sera donc dans les faits beaucoup plus complexe à établir, sans compter que la qualité militaire ou civile de supérieur peut parfois ne pas être évidente. L'administration de territoires occupés, par exemple, exige de son responsable des pouvoirs sur les troupes militaires d'occupation d'une part, sur les forces de police et de maintien de l'ordre du territoire occupé d'autre part, et lui impose un devoir général d'assurer le maintien de l'ordre et la sécurité des populations civiles. Il y a donc là des pouvoirs hiérarchiques exercés sur des militaires et sur des civils [6].

Nous pensons qu'il ne faut pas être trop formaliste dans la détermination abstraite des qualités de chef militaire ou civil d'une personne et qu'il convient de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce. Un officier général, militaire, sera un chef militaire, même s'il exerce des fonctions hiérarchiques sur des civils. Un supérieur civil pourra être considéré comme « *une personne faisant effectivement fonction de chef militaire* » [7], s'il exerce des fonctions hiérarchiques sur des militaires, mais non s'il les exerce sur des civils. Il conviendra de prendre en considération en ce sens tant les qualités du supérieur que celles de ses subordonnés et il n'est pas exclu d'envisager qu'une même personne puisse engager parallèlement sa responsabilité pénale sur la base de ces deux dispositions du Statut, répondant comme faisant effectivement fonction de chef militaire des actes de ses subordonnés militaires sur la base de l'article 28 lettre (a) et comme supérieur civil des actes de ses subordonnés civils sur la base de l'article 28 lettre (b). Ce qui est exclu en revanche, c'est que pour les mêmes faits et concernant les mêmes subordonnés, le supérieur puisse être considéré tout à la fois comme militaire et comme civil.

Fondamentalement, « l*a notion de responsabilité du supérieur hiérarchique repose sur le rapport hiérarchique qui existe entre le supérieur et le subordonné. La responsabilité qui incombe au supérieur hiérarchique à cet égard tire fondement du fait qu'il sait, ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprêtaient à commettre, ou avait commis un crime, ledit supérieur se doit de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher le crime ou en punir les auteurs. Faute de prendre les mesures qui sont en son pouvoir, il se rend coupable des crimes ainsi commis* » [8].

Il convient donc d'établir qu'il existe une hiérarchie civile, au sein de laquelle la personne en cause occupe une position de supérieur, exerçant son autorité sur les auteurs du crime, qui sont ses subordonnés [9].

L'Etat et son administration sont sans doute le meilleur exemple d'une telle hiérarchie civile mais on peut également penser à des hiérarchies privées, par

[6] Voir *supra* chapitre 17.
[7] Art. 28 lit. (a) CPI.
[8] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §217.
[9] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 520, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.

exemple au sein de grands groupes industriels ou même de groupes criminels formés et structurés en vue de commettre des crimes contre l'humanité [10].

Le Statut de la Cour pénale internationale précise que les crimes contre l'humanité doivent être commis « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* » [11], ce qui est extrêmement large et peut englober tous les systèmes hiérarchiques existant au sein de l'Etat, militaires et civils, de même que toutes les organisations criminelles, quelle que soit leur structure hiérarchique.

La notion d' « *organisation ayant pour but une telle attaque* » est particulièrement peu explicite pour permettre d'en déterminer les composantes. En effet, n'importe quel groupe criminel peut être constitué autour du but commun de commettre des crimes contre l'humanité et peut soit recouvrir la notion de groupe de personnes agissant de concert au sens de l'article 25 paragraphe 3 lettre (d) du Statut s'il n'existe pas de hiérarchie en son sein [12], soit établir une hiérarchie interne qui rendra les personnes désignées comme supérieurs hiérarchiques responsables des actes de leurs subordonnés. Il est envisageable de considérer comme organisation criminelle une entreprise privée mettant son activité au service de la commission de crimes contre l'humanité et ce cas permettra plus facilement d'en déterminer la hiérarchie. Par contre, une organisation criminelle peut fort bien s'organiser pour elle-même, sur la base d'un système dit mafieux et dans ce cas, sa structure interne sera particulièrement difficile à déterminer, de même que les termes renvoyant aux « *activités relevant de sa responsabilité* » prennent un sens très particulier.

Le célèbre procès tenu à Nuremberg contre Alfried Krupp et d'autres, pour les actions commises par la société Krupp a clairement montré que la responsabilité de la hiérarchie privée à la tête d'un grand groupe industriel pouvait être recherché pour les crimes commis, notamment : « *Nous concluons qu'il a été clairement établi grâce à des preuves crédibles qu'à partir de 1942, des actes illégaux de spoliation et de pillage à grande échelle ont été commis aux Pays-Bas par l'entreprise Krupp et en son nom, et que, en particulier, entre septembre 1944 et le printemps de 1945, certaines industries des Pays-Bas ont été exploitées et pillées au profit de l'effort de guerre allemand, de la manière la plus impitoyable, sans aucun respect de l'économie locale, et en application d'une conception et d'une politique délibérées* » [13].

L'existence d'un système hiérarchique sera prioritairement à démontrer, pour ensuite identifier, au sein de ce système, les personnes occupant les postes de supérieurs ou de subordonnés. Comme la hiérarchie militaire, la hiérarchie civile peut connaître différents échelons et différents niveaux de pouvoir. Un supérieur peut ainsi être lui-même le subordonné d'un autre supérieur ou de plusieurs supérieurs. L'essence de la relation de subordination est le pouvoir du supérieur de contrôler, *de jure* ou *de facto* les actes de son ou ses subordonnés. Le supérieur doit avoir le pouvoir de contrôler le travail de ses subordonnés et être capable de leur donner des ordres [14].

---

[10] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[11] Art. 7 §2 lit. (a) CPI.
[12] Voir *supra* chapitre 16.
[13] US Military Tribunal at Nuremberg, *US v. Alfried Krupp et al.*, *in* Sassoli & Bouvier, *Un droit dans la guerre ?*, vol. II, p. 871.
[14] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.

A. Un supérieur hiérarchique

Il était plus aisé, dans la chaîne de commandement militaire, de définir le supérieur hiérarchique, car la notion est assez clairement délimitée par la structure traditionnellement stricte des forces armées et par le droit international des conflits armés. Ce n'est pas le cas du supérieur hiérarchique civil. Celui-ci peut en effet appartenir à une hiérarchie de type étatique ou administrative, ou à une hiérarchie privée. Le supérieur hiérarchique sera ici une personne civile, c'est-à-dire une personne qui n'est pas incorporée au sein des forces armées d'un Etat ou d'un groupe armés organisé paramilitairement [15].

Un supérieur hiérarchique civil pourra être revêtu de qualités officielles, dont nous avons déjà dit qu'elle ne lui offrent aucune sauvegarde [16]. Ainsi, un chef d'Etat, un chef de gouvernement, un ministre, les représentants élus, notamment les maires, peuvent être des supérieurs hiérarchiques civils. Il en est de même des membres de la fonction publique organisée hiérarchiquement au sein des différents organes de l'Etat [17]. Des personnes privées, sans lien avec l'Etat, peuvent également être des supérieurs hiérarchiques, notamment les patrons de grands groupes industriels, à l'image d'Alfried Krupp, mais également les membres de la direction, les chefs d'atelier, les contremaîtres et autres chefs d'équipe. La liste peut s'allonger indéfiniment, tant le domaine civil peut offrir de situations différentes d'organisation hiérarchique.

La jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale eut l'occasion de juger un certain nombre de responsables civils, dont notamment le ministre des affaires étrangères du Japon, Hirota. Le Tribunal de Tokyo pour les crimes de guerre a ainsi précisé, concernant les atrocités commises à Nanjing : « *As Foreign Minister he received reports of these atrocities immediately after the entry of the Japanese forces into Nan king. According to the Defence evidence credence was given to these reports and the matter was taken up with the War Ministry. Assurances were accepted from the War Ministry that the atrocities would be stopped. After these assurances had been given reports of atrocities continued to come in for at least a month. The Tribunal is of the opinion that HIROTA was derelict in his duty in not insisting before the Cabinet that immediate action be taken to put an end to the atrocities, failing any other action open to him to bring about the same result. He was content to rely on assurances which he knew were not being implemented while hundreds of murders, violations of women, and other atrocities were being committed daily. His inaction amounted to criminal negligence* » [18].

Un ministre engage donc sa responsabilité comme supérieur civil, ce qu'a confirmé, en l'élargissant à tous les supérieurs civils quels qu'ils soient, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « *The use of the generic term 'superior' [in Art. 7 §3 of the Statute of the Tribunal] together with its juxtaposition to the affirmation of the individual criminal responsibility of Head of State or Government or responsible Government officials in article 7 (2), clearly indicates that its applicability extends beyond the responsibility of military commanders to also encompass political leaders and other civilian superiors in position of authority* » [19].

---

[15] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[16] Voir *supra* chapitre 16.
[17] Voir Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, pp. 82-85.
[18] Tokyo War Crimes Trial, *US v. Hirota*, p. 49, 816, cité *in* TPIY, Delalic et al., §357.
[19] TPIY, Delalic et al., §356.

Dans l'Affaire Krupp, le Tribunal militaire américain à Nuremberg a reconnu la responsabilité de la direction de la société Krupp pour les crimes commis au sein de l'entreprise : « *Le simple fait qu'un prévenu ait été membre de la direction de l'entreprise Krupp ou responsable de l'entreprise n'est pas suffisant. La règle que nous adoptons et que nous appliquons est formulée dans un texte américain faisant autorité, dans les termes suivants : 'Les responsables, directeurs ou agents d'une entreprise qui participent à une infraction à la loi dans la conduite des affaires de l'entreprise peuvent être tenus pénalement responsables de ces actes à titre individuel (…) Est responsable celui dont (…) l'autorité est établie, ou celui qui est l'auteur concret et opérant de l'acte incriminé. Lorsque l'entreprise elle-même n'a pas le droit d'accomplir un acte, l'interdiction s'étend au conseil d'administration et à chaque administrateur, séparément et individuellement'* » [20].

Les notions de qualité de supérieur, de pouvoir hiérarchique effectif et de la capacité à prendre des mesures sont étroitement liées et dépendent les unes des autres. Est un supérieur celui qui possède une autorité et un contrôle effectifs lorsqu'il a le pouvoir, *de jure* ou *de facto* de diriger le travail de ses subordonnés [21].

Un supérieur est tenu d'établir et de maintenir un contrôle effectif sur ses subordonnés afin de s'assurer que leur travail s'effectue dans le respect du droit international et de prendre les mesures nécessaires s'il apprend que des crimes sont commis ou sur le point de l'être. La qualité de supérieur hiérarchique n'est ainsi pas réservée aux autorités officielles. Toute personne agissant *de facto* comme supérieur hiérarchique peut voir sa responsabilité engagée. Le critère déterminant pour établir la qualité de supérieur hiérarchique en droit international coutumier ne réside pas uniquement dans le statut juridique formel de l'accusé, mais dans sa capacité de contrôle, telle que l'expriment ses attributions et ses compétences : « *Selon la Chambre, une personne civile doit être qualifiée de supérieur hiérarchique (…) dès lors qu'elle a la capacité* de facto *de donner des ordres afin de prévenir une infraction et d'en sanctionner les auteurs. Le pouvoir de sanction d'un civil doit cependant être interprété au sens large* » [22].

En somme, seules les personnes appartenant clairement à un système hiérarchique civil, que leur appartenance à cette hiérarchie repose ou non sur une base formelle, peuvent engager leur responsabilité comme supérieurs hiérarchiques pour n'avoir pas empêché, réprimé ou dénoncé la commission des crimes contre l'humanité commis par leurs subordonnés.

Une position formelle d'autorité peut être déterminée par référence à une nomination officielle ou à une position officielle d'autorité. Pour déterminer quels sont les pouvoirs formels exercés par un supérieur hiérarchique et quels sont les devoirs liés à sa fonction, l'analyse des procédures officielles de nomination aux offices civils, notamment par la législation applicable, est un point de départ. Ce n'est toutefois pas suffisant car il doit être démontré que les pouvoirs exercés sont réels, effectifs [23]. Lorsque le statut du supérieur n'est pas clairement déterminé par une nomination formelle, il peut être déduit des tâches effectives remplies : « *Des éléments indiquant qu'un accusé est perçu comme une figure publique éminente, ce dont attestent ses activités et ses déclarations publiques, et qu'il exerce donc une certaine autorité, sont pertinents pour évaluer globalement son pouvoir effectif, mais ne suffisent pas à établir*

[20] US Military Tribunal at Nuremberg, *US v. Alfried Krupp et al.*, *in* Sassoli & Bouvier, *Un droit dans la guerre ?*, vol. II, p. 873. Voir également : Tribunal général du Gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, Jugement rendu le 30 juin 1948 dans l'Affaire Herman Roechling et consorts, accusés de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, *in* Trials of War Criminals, vol. XIV, annexe B, p. 1088, cité *in* TPIY, Blaskic, §318.
[21] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[22] TPIY, Aleksovski, §§76-78, voir également TPIY, Delalic et al., §354.
[23] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §§419-423.

l'existence de cette autorité, en l'absence d'une preuve établissant l'attitude générale de l'accusé à l'égard de ses subordonnés et de ses devoirs de supérieur. De même, la participation d'un accusé à des négociations internationales de haut niveau ne démontre pas à elle seule l'existence d'un pouvoir. Si, pour les militaires, la preuve apportée par des observateurs externes tels que les membres d'organisations internationales participant à des missions humanitaires ou des missions de contrôle peut être probante, pour les supérieurs civils, en revanche, des preuves portant sur l'apparence d'un pouvoir peuvent, en l'absence d'un lien de subordination, être insuffisantes et ne révéler qu'un simple pouvoir d'influence » [24].

Le génocide commis au Rwanda a permis au Tribunal pénal international institué pour en connaître, d'analyser en détail les chaînes de commandement civiles, qui furent directement impliquées dans la commission des crimes. Ainsi, « *le fait de rapporter la preuve que l'accusé était le supérieur* de jure *ou* de facto *et que c'est pour donner effet à ses ordres que les atrocités ont été commises, suffit pour établir sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique. Dans une telle hypothèse, il ne reste à la Chambre qu'à chercher à déterminer s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre ces actes ou l'avait fait et qu'il n'a pris aucune mesure pour en empêcher ou en réprimer la commission et si, en fait, il n'en avait pas donné l'ordre. Si toutefois la Chambre est convaincue, au-delà de tout doute raisonnable, que l'accusé avait ordonnés la commission des atrocités alléguées, la question de savoir s'il avait tenté de les en empêcher cesse de se poser et celle qui consiste à déterminer s'il avait éventuellement tenté d'en punir les auteurs devient sans intérêt* » [25].

Même dans des situations où des rapports hiérarchiques clairement définis et fondés sur une autorité formelle n'existent pas, il est possible de retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique, de même que l'existence d'un pouvoir hiérarchique formel n'emporte pas toujours que son détenteur puisse automatiquement être mis en cause sur la base de sa responsabilité de supérieur hiérarchique. La culpabilité qui résulte de ce principe doit, en dernier ressort, faire fond sur l'autorité exercée par le supérieur sur ses subordonnés dans une situation donnée [26].

Pour le Tribunal pénal international pour le Rwanda, il n'est pas non plus nécessaire de structurer formellement la hiérarchie en cause et si un supérieur occupant *de facto* sa position peut être mis en cause, il peut aussi l'être sur la base de son influence personnelle, qui le fait apparaître comme un supérieur hiérarchique : « *De fait, l'influence qu'exerce un individu sur les auteurs d'un crime peut constituer un motif suffisant pour que sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique soit retenue, dès lors que la preuve peut être rapportée qu'il a usé de cette autorité pour ordonner la commission desdits crimes ou que sachant qu'il jouissait de cette autorité* de facto *il n'en a pas usé pour en empêcher leur commission* » [27].

Toutefois, dans un tel cas de figure, il convient d'établir clairement l'autorité effective de la personne considérée comme un supérieur hiérarchique. Comme nous l'avons souligné dans le cas des chefs militaires, l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale n'a pas pour but de réprimer le comportement d'une personne d'un statut identique à celui de l'auteur. Si, hors de toute relation hiérarchique, une personne use de son influence pour conduire une autre à la commission d'un crime, elle en sera l'auteur médiat ou l'instigateur, mais n'engagera pas sa responsabilité en

[24] TPIY, Kordic et Cerkez, §424.
[25] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §223.
[26] Voir TPIR, Kayishema et Ruzindana, §491.
[27] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §492.

tant que supérieur. Pour être considérée comme un supérieur, une personne doit appartenir, formellement ou non, à une hiérarchie clairement reconnaissable [28].

B. Les personnes relevant de sa responsabilité

Le Statut de Rome incrimine la responsabilité du supérieur hiérarchique civil pour les actes « *des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs* » [29], soit des personnes relevant de sa responsabilité, de même que les forces placées sous le commandement et le contrôle effectif d'un chef militaire engagent la responsabilité de celui-ci pour les actes qu'elles commettent.

Il est essentiel d'établir clairement la structure hiérarchique en cause pour en déterminer non seulement les supérieurs, mais également les subordonnés. Ce lien de subordination permet d'une part de définir qui est le supérieur responsable, de même qu'il permet de définir pour les actes de quels subordonnés il est responsable.

Ces personnes peuvent être de toute catégorie civile. Un ministre sera le supérieur des employés de son ministère et bien au-delà, l'administration publique comporte tous les chefs et tous les fonctionnaires, la hiérarchie d'un groupe industriel comporte les employés de ce groupe, du patron au simple ouvrier. Dans une organisation ayant pour but une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et constitutive des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale [30], ces personnes pourraient être l'ensemble de ses membres [31].

Déterminer la qualité de subordonné et celle de supérieur est un tout, le supérieur étant celui qui exerce le pouvoir effectif d'autorité et de contrôle et le subordonné celui qui est soumis à ce même pouvoir effectif d'autorité et de contrôle. Ce critère de l'effectivité des rôles est primordial et doit être interprété strictement. La notion de participation à la commission d'un crime contre l'humanité est par ailleurs suffisamment large pour inclure toutes les personnes qui auraient participé à la commission de ces crimes, qui n'entreraient pas dans le cadre d'une structure hiérarchique.

Une telle distinction peut apparaître quelque peu académique, mais les conditions de son application ne sont pas tout à fait les mêmes. Si la notion de supérieur hiérarchique civil est plus vaste que celle de chef militaire, sa responsabilité est plus strictement réglementée et se limite aux activités relevant de sa responsabilité et non pas à toutes les activités de ses subordonnés. Il convient de relever qu'un supérieur militaire occupe ce poste en permanence et l'organisation militaire ne connaît pas d'horaire particulier, les troupes étant en service permanent et en tout cas soumises uniquement à la hiérarchie militaire, à laquelle elles appartiennent totalement. Par contre, dans le domaine civil, un chef d'entreprise n'exercera ses fonctions que pendant les heures de travail de ses ouvriers et sur leur lieu de travail. Ce qu'ils commettent en dehors ne saurait dépendre de lui. Ainsi, les personnes soumises à l'autorité du supérieur civil ne le sont que dans la limite des activités relevant de sa responsabilité.

---

[28] Voir *supra* chapitre 17.
[29] Art. 28 lit. (b) CPI.
[30] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.
[31] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.

C. Les activités relevant de sa responsabilité

Le complément indispensable à la structure hiérarchique civile établie, soit au lien de subordination existant entre le supérieur et ses subordonnés, est la détermination des « *activités relevant de sa responsabilité* » [32]. Ce n'est que dans les limites de ces activités que sa responsabilité peut être engagée, de même que ce n'est que dans la limite de ces activités que sa position de supérieur hiérarchique existe. Les supérieurs civils ne sont en effet pas soumis à un système basé sur la discipline, tel que le système militaire. Leur responsabilité s'exerce uniquement dans leurs activités professionnelles ; celles de leurs subordonnés en dehors de leur engagement professionnel ne sont pas concernées [33].

Cette notion « *d'activités relevant de sa responsabilité* » ne peut être définie abstraitement car elle peut recouvrir des champs extrêmement vastes, les activités d'une entreprise privée pouvant être très différentes de celles d'une autre entreprise privée ou de l'administration publique par exemple.

Des exemples d'activités professionnelles pouvant constituer des crimes contre l'humanité peuvent être recherchés dans le comportement de certaines entreprises, par exemple dans le fait du traitement accordé aux travailleurs étrangers, notamment prisonniers de guerre, comme dans le cas Roechling : « *Il était de son devoir de patron de se tenir informé du traitement accordé aux travailleurs étrangers et aux prisonniers de guerre dont l'emploi dans ses usines d'armement était, qui plus est, proscrit par le droit de la guerre, ce qu'il ne pouvait ignorer ; (…) il ne peut pas se défausser de ses responsabilités en déclarant qu'il n'avait pas d'intérêt pour cette question* » [34].

Dans ces cas, l'activité même de l'entreprise était criminelle, ce qui nous permet de rappeler que les responsables, directeurs ou agents d'une entreprise participant à une infraction à la loi dans la conduite des affaires de l'entreprise peuvent être tenus pénalement responsables de ces actes à titre individuel. Est ainsi responsable celui dont l'autorité est établie, ou celui qui est l'auteur concret et opérant de l'acte incriminé. Lorsque l'entreprise elle-même n'a pas le droit d'accomplir un acte, l'interdiction s'étend au conseil d'administration et à chaque administrateur, séparément et individuellement [35].

Les activités criminelles pouvant être menées au cours d'activités professionnelles ne sont pas seulement envisageables comme des activités de l'entreprise elle-même, sur la base des instructions reçues de la hiérarchie. La décision d'employer des prisonniers de guerre ou des personnes soumises au travail forcé, ou encore de produire un gaz destiné à l'extermination de personnes ne peut venir que du sommet de la hiérarchie professionnelle, ce qui engage très clairement la responsabilité des supérieurs, qui ont pris de telles décisions. Par contre, l'activité criminelle peut également être le fait des employés ou d'une partie de la hiérarchie seulement. C'est pourquoi il conviendra d'établir que les crimes commis étaient liés à des activités relevant de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques civils mis en cause.

---

[32] Art. 28 lit. (b) ch. (ii) CPI.
[33] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome* Statute, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[34] Tribunal général du Gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, Jugement rendu le 30 juin 1948 dans l'Affaire Herman Roechling et consorts, accusés de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, in *Trials of War Criminals*, vol. XIV, annexe B, p. 1088, cité *in* TPIY, Blaskic, §318.
[35] Voir US Military Tribunal at Nuremberg, *US v. Alfried Krupp et al.*, *in* Sassoli & Bouvier, *Un droit dans la guerre ?*, p.873.

Ce lien exigé entre l'activité criminelle et l'activité relevant de la responsabilité du supérieur civil dépendra des circonstances et devra être établi au cas par cas. En l'absence de toute jurisprudence et de toute étude approfondie sur ce point, certains indices d'un tel lien nous semblent pouvoir résider dans trois domaines, que nous qualifierons de temporel, spatial et matériel.

Premièrement un lien temporel, les crimes étant commis aux horaires pendant lesquels le criminel exerce son activité professionnelle, soit aux horaires pendant lesquels il est soumis à la hiérarchie civile en place au sein de l'entreprise ou de l'administration qui l'emploie. Ses supérieurs ont dans ce cas la responsabilité de faire en sorte que les horaires de travail ne soient pas employés à des fins criminelles. Ces horaires de travail peuvent varier d'un cas à l'autre, s'effectuer de jour ou de nuit.

Deuxièmement un lien spatial, les crimes étant commis sur les lieux dans lesquels le criminel exerce son activité professionnelle, soit sur les lieux où il est soumis à la hiérarchie civile en place au sein de l'entreprise ou de l'administration qui l'emploie. Ses supérieurs ont dans ce cas la responsabilité de faire en sorte que les bâtiments qui les abritent ne soient pas utilisés à des fins criminelles. Ces lieux peuvent être nombreux au sein d'une même entreprise ou administration, de même qu'ils peuvent couvrir des lieux habituellement extérieurs à l'entreprise ou à l'administration, mais où des employés sont appelés à travailler ponctuellement dans le cadre de leurs fonctions.

Troisièmement un lien matériel, le criminel agissant avec les moyens professionnels mis à la disposition des employés, tels des chaînes de montages ou de production ou des produits fabriqués ou commercialisés par l'entreprise ou l'administration qui l'emploie. Ses supérieurs ont dans ce cas la responsabilité de faire en sorte que le matériel professionnel mis à la disposition des employés ou produits par les employés ne soient pas utilisés à des fins criminelles. Ces produits peuvent être très divers et dépendront du secteur d'activité de l'entreprise ou de l'administration.

Il conviendra, en tous les cas, que ce lien soit relativement étroit, afin de permettre d'engager la responsabilité des supérieurs hiérarchiques civils. En effet, du fait des vastes domaines que peuvent couvrir les hiérarchies civiles et de leur caractère nettement moins formel que celui des hiérarchies militaires, nous estimons qu'il convient d'analyser restrictivement la notion de supérieur hiérarchique civil. C'est bien dans cette voie que s'engage le Statut de la Cour pénale internationale en prévoyant cette condition supplémentaire, inconnue des dispositions relatives aux supérieurs militaires. Ce lien avec des activités relevant de la compétence du supérieur complète l'exigence de l'autorité et du contrôle effectifs et forme un tout avec les autres exigences de l'article 28 lettre (b). Le supérieur ne possède cette qualité que dans le cadre des activités qui sont les siennes.

Le cas des organisations criminelles est un peu spécial sur ce point. Elles ne peuvent en effet pas être considérées comme des structures militaires et relèvent donc de l'article 28 lettre (b) du Statut. Les activités relevant de leur responsabilité cadrent mal avec un engagement professionnel tel que nous l'avons analysé jusqu'ici car ces activités se confondent avec les éléments constitutifs des crimes commis. En somme, la situation d'un membre d'une telle organisation est plus facilement déterminable du fait du but criminel poursuivi.

D. L'autorité et le contrôle effectifs

Le Statut de la Cour pénale internationale ne prévoit d'engager la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques civils qu'à l'égard du comportement criminel des subordonnés placés sous leur autorité et contrôle effectifs Les deux termes impliquent un contrôle exercé sur les subordonnés, comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent consacré aux chef militaires [36]. Ainsi, dans la plupart des cas, un supérieur qui exerce une autorité sur ses subordonnés en a le contrôle effectif et la capacité de donner des ordres. Un supérieur possède une autorité et un contrôle effectifs lorsqu'il a le pouvoir, *de jure* ou *de facto*, de diriger le travail de ses subordonnés [37].

Au-delà du critère formel de la désignation comme supérieur, l'effectivité de l'autorité et du contrôle permet de désigner la personne en cause comme supérieur hiérarchique : « *Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates* » [38]. En effet, « *Le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne doit s'appliquer qu'aux supérieurs qui exercent un contrôle effectif sur leurs subordonnés* » [39].

L'appréciation de l'effectivité de l'autorité et du contrôle exercé par le supérieur hiérarchique civil ne diffère pas de ce qui a été dit du commandement militaire [40]. Il est nécessaire que le supérieur possède un contrôle effectif sur les personnes commettant des crimes contre l'humanité, en ce sens qu'il doit avoir le pouvoir de prévenir ou de punir la commission de ces actes. Cette autorité peut trouver ses fondements tant dans une situation de fait que formellement établie, mais la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne peut s'étendre aux supérieurs civils que si ceux-ci exercent un degré de contrôle et d'autorité comparable à celui d'un chef militaire [41].

Cette autorité ou ce contrôle effectifs sont indispensables à la conclusion que le supérieur hiérarchique engage sa responsabilité : « *Si la responsabilité de civils investis d'une autorité sur une partie d'un territoire peut être engagée en vertu du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, ces individus ne pourront être tenus pour pénalement responsables que s'il est établi qu'ils détenaient le pouvoir de contrôle nécessaire sur les auteurs des infractions* » [42].

Le contrôle effectif de ses subordonnés par le supérieur hiérarchique constitue l'un des standards de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda, quand il s'agit de se prononcer sur la responsabilité d'un supérieur [43]. « *It is appropriate to assess on a case-by-case basis the power of authority actually devolved on an accused to determine whether or not he possessed the power to take all necessary and reasonable measures to prevent the commission of the alleged crimes or to punish their perpetration. Therefore the superior's actual or formal power of control over his subordinates remains a determining factor in charging civilians with superior responsibility* » [44].

---

[36] Voir *supra* chapitre 17.
[37] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[38] TPIY, Delalic et al., §370.
[39] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §229.
[40] Voir *supra* chapitre 17.
[41] Voir TPIY, Delalic et al., §378.
[42] TPIY, Kordic et Cerkez, §414.
[43] Voir not. TPIY, Delalic et al., Appel, §196.
[44] TPIR, Musema, §135, voir également §141.

L'effectivité de l'autorité et du contrôle qu'exercent le supérieur hiérarchique ne dépend pas seulement de sa capacité à donner des ordres et à diriger le travail de ses subordonnés. Elle dépend également de sa capacité à prendre des mesures pour empêcher ou réprimer la commission d'un crime contre l'humanité. « *La responsabilité d'un supérieur hiérarchique sous l'empire de l'Article 6 3), ne peut être retenue que s'il est prouvé que celui-ci était en mesure d'empêcher, ou alternativement, de punir les subordonnés qui ont perpétré les actes incriminés. A l'évidence, la Chambre ne peut pas tenir l'Accusé à l'impossible. Par conséquent, sa responsabilité ne sera retenue que s'il avait les moyens matériels d'empêcher la commission des crimes en question ou d'en punir les auteurs* » [45].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a lui aussi reconnu que l'effectivité de l'autorité et du contrôle exercés par le supérieur s'apprécie en fonction de sa capacité à empêcher ou réprimer les crimes commis : « *Pour que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique soit applicable, il faut que le supérieur contrôle effectivement les personnes qui violent le droit international humanitaire, autrement dit qu'il ait la capacité matérielle de prévenir et de sanctionner ces violations* » [46].

Encore une fois, l'appréciation de la qualité de supérieur hiérarchique et de l'autorité qui lui est attachée est un tout. Est un supérieur celui qui exerce une autorité et un contrôle effectifs sur ses subordonnés, dans le cadre des activités relevant de sa responsabilité. L'autorité et le contrôle effectifs s'apprécient premièrement comme la capacité de donner des ordres ou des instructions aux subordonnés et de contrôler leur travail et, deuxièmement, comme son corollaire indispensable de pouvoir empêcher ou réprimer la commission des crimes contre l'humanité commis ou sur le point de l'être. Les subordonnés sont en ce sens les personnes sur lesquelles s'exercent l'autorité et le contrôle effectifs du supérieur, dans le cadre des activités relevant de sa compétence. Quoiqu'il en soit, c'est sur une base objective que doit être identifié le supérieur hiérarchique possédant les qualités requises [47].

Enfin, la délégation par un supérieur hiérarchique civil de son pouvoir de supervision ne saurait l'absoudre de toute responsabilité car il doit choisir avec soin la personne à qui il délègue ses pouvoirs, de même qu'il lui appartient de lui donner des instructions et de contrôler la manière dont elle s'acquitte de sa tâche [48].

[45] TPIR, Kayishema et Ruzindana, §511.
[46] TPIY, Delalic et al., §370.
[47] Voir *mutatis mutandis* William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 518, *ad* art. 28 lit. (a) CPI.
[48] Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 859.

II. Savait ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations claires

Le Statut incrimine la responsabilité du supérieur hiérarchique civil qui « *savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* » [49]. L'alternative n'est plus celle du chef militaire qui « *savait ou aurait dû savoir* » [50]. Il convient donc d'établir, soit que le supérieur a la connaissance effective que des crimes contre l'humanité sont commis ou sur le point de l'être par ses subordonnés, soit que des informations l'indiquant clairement existent et sont disponibles au supérieur en question qui, pleinement conscient de leur contenu, décide pourtant de n'en pas tenir compte [51].

Le supérieur a un devoir général de s'informer dans le cadre des activités de ses subordonnés relevant de sa responsabilité. Toutefois, « l*a connaissance ne saurait être présumée* » [52]. Il convient donc d'établir que le supérieur hiérarchique en cause possédait une telle connaissance : « *Certes, s'agissant d'une responsabilité* indirecte*, la Chambre [de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie] est réticente à considérer qu'il existe une* présomption *de connaissance à l'encontre du supérieur hiérarchique, laquelle entraînerait en quelque sorte automatiquement la culpabilité de ce supérieur dès lors qu'un crime aurait été commis. La Chambre considère, néanmoins, que la position de supérieur hiérarchique d'un individu constitue en soi un indice sérieux de ce que cet individu a connaissance des crimes commis par ses subordonnés* » [53].

Ce devoir de s'informer a très tôt été imposé au supérieur hiérarchique non militaire. Dans la jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale, on relève déjà les éléments suivants : « *Mummenthey ne pouvait pas ne pas savoir que les camps de concentration fournissaient de la main-d'œuvre aux entreprises DEST. A Sachsenhausen-Oranienburg, les prisonniers astreints au travail longeaient quotidiennement le bâtiment même dans lequel Mummenthey avait son bureau : leur état physique lamentable était évident. (…) Le fait que Mummenthey affirmait qu'il ne savait pas ce qui se passait dans les camps de travail et les entreprises placées sous son contrôle ne l'exonère pas de sa responsabilité. C'était son devoir de savoir* » [54].

De même, dans l'affaire Roechling, il a été jugé : « *Il était de son devoir de patron de se tenir informé du traitement accordé aux travailleurs étrangers et aux prisonniers de guerre dont l'emploi dans ses usines d'armement était, qui plus est, proscrit par le droit de la guerre, ce qu'il ne pouvait ignorer ; (…) il ne peut pas se défausser de ses responsabilités en déclarant qu'il n'avait pas d'intérêt pour cette question* » [55]. En appel de la même affaire : « *Aucun supérieur ne peut soulever ce moyen de défense indéfiniment ; car il est de son devoir de s'informer de ce qui se passe dans son organisation et le défaut de connaissance ne peut donc qu'être le fruit d'une négligence criminelle* » [56].

---

[49] Art. 28 lit. (b) ch. (i) CPI.
[50] Voir art. 28 lit. (a) ch. (i) CPI et *supra* chapitre 17.
[51] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 521, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[52] TPIY, Blaskic, §307.
[53] TPIY, Aleksovski, §80 ; voir également TPIY, Blaskic, §308.
[54] *Etats-Unis c. Oswald Pohl et consorts*, Trials of War Criminals, vol. V, pp. 1053-1055, cité *in* TPIY, Blaskic, §317.
[55] Tribunal général du Gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, Jugement rendu le 30 juin 1948 dans l'Affaire *Herman Roechling et consorts*, accusés de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, *in* Trials of War Criminals, vol. XIV, annexe B, p. 1088, cité *in* TPIY, Blaskic, §318.
[56] Haute Cour du Gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, Jugement rendu le 25 janvier 1949 dans l'Affaire Herman Roechling et consorts, accusés de crimes contre la paix, de crimes de

Quant à lui, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, sur la base de son Statut ne faisant pas de distinction entre supérieur militaire et civil, a appliqué uniformément la notion de « *savait ou avait des raisons de savoir* », qui se situe à mi-chemin entre la notion de « *aurait dû savoir* » exigée des supérieurs militaires et celle de « *a délibérément négligé de tenir compte d'informations* » requise des supérieurs civils dans le Statut de la Cour pénale internationale, pour déterminer ainsi les éléments de l'incrimination : « *It must be demonstrated that the superior knew or had reason to know that this subordinate was about to commit or had committed a crime. It must be proved that (i) the superior had actual knowledge, established through either direct or circumstantial evidence, that this subordinate were committing or about to commit crimes within the jurisdiction of the Tribunal, or (ii) he had in his possession information which would at least put him on notice of the risk of such offences, such information alerting him to the need for additional investigation to determine whether such crimes were or were about to be committed by his subordinates* » [57].

Kai Ambos, dans le Commentaire du Statut de Rome publié sous la direction des Professeurs Cassese, Gaeta et Jones, retient ici la notion anglo-saxone de « *wilful blindness* », qu'il situe « *between knowledge and recklessness* », pour qualifier le fait de ne pas avoir tenu compte d'informations claires : « *The provision clearly establishes a higher threshold than the negligent 'should have known' standard for military superiors. Given the* travaux préparatoires *and the fact that actual knowledge is already covered by the first* mens rea *requirement of Article 28, it establishes a recklessness rather than a knowledge standard* » [58].

Le Statut exige du supérieur civil qu'il ait « *délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* » [59]. Les mots utilisés dans la version anglaise du Statut sont les suivants : « *consciously disregarded information which clearly indicated…* », ce qui est tout à fait comparable, de même que dans sa version espagnole : « *deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente…* ». Trois éléments ressortent de ces dispositions : premièrement, des informations claires indiquent que des crimes contre l'humanité sont commis ou sur le point de l'être, deuxièmement, ces informations sont en possession du supérieur hiérarchique civil et, troisièmement, il néglige délibérément d'en tenir compte.

Le Statut est précis, en français comme en anglais et en espagnol, les informations dont dispose le supérieur hiérarchique doivent indiquer clairement qu'un crime est commis ou sur le point de l'être. Le terme « *clairement* » signifie « *aisé à comprendre, évident* » (Littré). Ces informations doivent donc indiquer au supérieur hiérarchique, d'une manière évidente, que des crimes sont commis ou sur le point de l'être. L'évidence est « *la notion si parfaite d'une vérité qu'elle n'a pas besoin d'autre preuve* » (Littré). Nous avions conclu que, dans le cas du chef militaire, des informations lui permettant de penser que des crimes pourraient être commis devaient au moins appeler de sa part un complément d'information [60]. Ce n'est plus le cas ici, les informations reçues se suffisent à elles-mêmes pour indiquer, sans doute possible, que des crimes sont commis ou sur le point de l'être. Le supérieur hiérarchique civil ne peut avoir aucune hésitation sur leur signification. Peu importe la forme de ces informations, orales ou écrites, de même que leur source, officielle ou

guerre et de crimes contre l'humanité, Arrêt relatif à l'appel interjeté contre le jugement du 30 juin 1948, *in* Trials of War Criminals, vol. XIV, annexe B, p. 1106, cité *in* TPIY, Blaskic, §318.

[57] TPIY, Krnojelac, §94.

[58] Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 870.

[59] Art. 28 lit. (b) ch. (i) CPI.

[60] Voir *supra* chapitre 17.

privée, au sein de la hiérarchie à laquelle le supérieur appartient ou non, ce qui compte, c'est que ces informations se rapportent à des personnes placées sous l'autorité et le contrôle effectifs du supérieur en cause et aux activités relevant de sa responsabilité.

Le deuxième point porte sur la disponibilité de ces informations au supérieur hiérarchique. Il est évident qu'il doit, d'une manière ou d'une autre, être informé directement. On ne saurait le tenir pour responsable s'il ne possédait pas de telles informations. Nous avons souligné, tant pour les chefs militaires que pour les supérieurs civils, leur obligation de s'informer. Les supérieurs hiérarchiques ne doivent pas attendre que des informations leur parviennent, ils doivent organiser leurs fonctions de manière à être informés de la conduite de leurs subordonnés et si des informations, qui n'ont pas la clarté et l'évidence exigées par le Statut, leur parviennent, ils doivent s'informer davantage, sans pour autant, s'ils le négligent, engager leur responsabilité au sens du Statut.

Enfin, le supérieur hiérarchique doit « *délibérément* » négliger de tenir compte des informations reçues, soit les rejeter « *à dessein, exprès ou d'une manière délibérée* », c'est-à-dire « *hardiment, avec résolution* » (Littré). Le supérieur doit donc marquer sa volonté de ne pas tenir compte des informations reçues et peu en importent les raisons.

Toutefois, il ne saurait les tenir pour mal fondées et se défendre de les avoir rejetées pour cette raison car ces informations étaient, comme nous l'avons vu, claires, évidentes, ce qu'il ne pouvait ignorer. Ne pas tenir compte, délibérément, des informations reçues, renvoie inévitablement à la notion de connaissance et de volonté de l'article 30 du Statut [61]. L'association des termes « *délibérément négliger* » peut être, en littérature française, une figure de style, en langage juridique elle est vide de sens et son adoption par la Conférence de Rome est regrettable.

Ne nous arrêtons pas au sens pénal du terme « *négliger* », pour analyser la situation qu'il décrit. Il s'agit d'une conduite intentionnelle du supérieur, qui a la connaissance des informations reçues et l'intention de n'en pas tenir compte. Sa *mens rea* ne porte pas sur les crimes commis mais sur l'omission d'agir. Elle ne porte même que sur les informations reçues, qui concernent les personnes placées sous son autorité et son contrôle effectifs et uniquement pour ce qui est des activités relevant de sa responsabilité. Il n'a pas de devoir d'agir général, si les informations portent sur les actes de personnes étrangères à son autorité ou son contrôle, ni si elles concernent ses subordonnés agissant hors du cadre des activités relevant de sa responsabilité [62].

Ne pas tenir compte, délibérément, d'informations claires est plus qu'un « *dolus eventualis* », c'est un dessein. C'est en effet un acte délibéré, intentionnel, du supérieur hiérarchique, qui marque ainsi, fermement, qu'il ne veut pas prendre les mesures nécessaires que le Statut lui impose, et qu'il ne les prendra pas. La distinction entre « *savoir* » et « *délibérément négliger de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* » [63] ne s'apprécie pas comme, d'une part, la connaissance effective et, d'autre part, une connaissance putative, mais comme deux cas de figure

[61] Voir *supra* chapitre 3.
[62] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 522, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[63] Art. 28 lit. (b) ch. (i) CPI.

différents, relevant tous deux de la connaissance effective, au sens de la définition de ce terme par le Statut [64].

Le second cas de figure exige un comportement plus précis. Il ne s'agit pas seulement de ne rien faire, alors que le supérieur savait, mais d'adopter une conduite particulière de rejet des informations reçues. Dans les deux cas, c'est à dessein que le supérieur ne prend pas les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir. Ce qui est en cause ici, c'est l'omission du supérieur qui ne tient pas compte des informations en sa possession et donc ne prend pas les mesures nécessaires mais ce n'est pas la commission du crime elle-même par ses subordonnés [65].

[64] Voir art. 30 §3 CPI et *supra* chapitre 3.
[65] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, qui estime que l'élément psychologique requis des supérieurs civils recouvre la notion de « *wilful blindness* », qu'elle définit comme étant une forme de « *advertent recklessness* » ; nous avions conclu sur cette question que cette notion nous semble devoir s'apprécier comme une forme de la connaissance requise par l'art. 30 CPI, voir *supra* chapitre 3.

III. Les mesures à prendre

Le Statut de la Cour pénale internationale impose aux supérieurs civils l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'un crime contre l'humanité par leurs subordonnés ou encore pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites [66]. Nous avions mentionné, dans le chapitre précédent, que le chef militaire jouit en général d'un pouvoir disciplinaire, que l'on ne saurait reconnaître aux supérieurs civils, ce qui explique que l'on puisse exiger de lui qu'il prenne directement des mesures aux fins d'enquête et de poursuites [67]. La saisine des autorités compétentes et notamment des tribunaux, civils ou militaires selon les cas, prend donc plus de poids dans l'appréciation des mesures à prendre par le supérieur civil [68].

Le cas de l'organisation ayant pour but la commission de crimes contre l'humanité est sur ce point particulier [69], car on ne saurait en effet attendre d'une organisation criminelle qu'elle prenne les mesures nécessaires à empêcher ou réprimer ce qui est le but même de son existence. Face à une telle organisation, le défaut des mesures à prendre sera évident.

A. Les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir

Tous les supérieurs hiérarchiques ont le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour s'assurer que leurs subordonnés respectent le droit international lorsqu'ils exercent leurs activités en relation avec les responsabilités qui sont les leurs [70].

Le supérieur hiérarchique civil, tout comme le chef militaire, ne saurait être tenu à l'impossible et le Statut n'exige donc de lui qu'il ne prenne que les mesures raisonnables, mais néanmoins toutes les mesures nécessaires. En ce sens, « o*n ne peut attendre d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir disciplinaire équivalent à celui dont disposeraient des autorités militaires se trouvant dans une position de commandement analogue. (…) La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité,* de jure *ou* de facto*, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit, dès lors que l'autorité civile, de par sa position dans la structure hiérarchique, est supposée agir de la sorte lorsque des exactions sont commises et que, compte tenu de cette position, la probabilité que ces rapports déclenchent l'ouverture d'une enquête ou l'imposition de mesures disciplinaires, voire pénales, est élevée* » [71].

Il faut attendre du supérieur hiérarchique qu'il exerce sur ses subordonnés l'autorité et le contrôle effectifs, qui fondent sa fonction de manière diligente et responsable, ce qui, en soi, devrait permettre d'obvier à la majeur partie des actions criminelles de ses subordonnés. Néanmoins, si un crime est commis, il a l'obligation

---

[66] Art. 28 lit. (b) ch. (iii) CPI.
[67] Voir *supra* chapitre 17.
[68] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 522, *ad* art. 28 lit. (b) CPI.
[69] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.
[70] Voir William J. Fenrick, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 522, *ad* art. 28 lit. (b) CPI et Kai Ambos, *Superior Responsibility, in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 861-862.
[71] TPIY, Aleksovski, §78.

de le réprimer. Dans tous les cas, il peut en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Ces mesures varient naturellement selon le rang hiérarchique du supérieur et seront d'autant plus larges que ce rang est élevé.

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que « *lorsqu'une personne a la capacité matérielle d'empêcher ou de punir des crimes commis par d'autre, cette personne doit être considérée comme un supérieur. Il s'ensuit que c'est à la lumière du degré effectif de contrôle de ce commandant, de sa capacité matérielle, que la Chambre déterminera s'il a raisonnablement pris les mesures requises pour empêcher le crime ou en punir les auteurs* » [72].

Il doit donc être démontré, pour engager sa responsabilité pénale, que le supérieur a manqué à ses devoirs de prendre les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour prévenir, réprimer ou dénoncer le crime de ses subordonnés. « *The measures required of the superior are limited to those, which are feasible in all the circumstances and are within his power. A superior is not obliged to perform the impossible. However, the superior has a duty to exercise the powers he has within the confines of those limitations* » [73].

Ces mesures doivent concerner les personnes qui sont effectivement placées sous l'autorité et le contrôle du supérieur et doivent s'apprécier selon la nature et l'étendue des activités relevant de sa responsabilité. Elles ne se limitent pas à ces activités mais seront nécessairement, en grande partie, déterminées par elles. Empêcher la commission du crime ou le réprimer sera clairement fonction de la nature ou de l'étendue des activités relevant de la responsabilité du supérieur hiérarchique. C'est pour compléter ces mesures que le Statut prévoit également l'obligation de saisir les autorités compétentes aux fins d'enquêtes et de poursuites. En effet, on ne saurait attendre d'un supérieur hiérarchique civil, qu'il possède l'autorité et les pouvoirs suffisants à l'établissement des faits relatifs à la commission de crimes contre l'humanité et aux poursuites contre leurs auteurs, qui sortent manifestement des activités sous sa responsabilité.

Enfin, les mesures à prendre ne sont pas exclusives les unes des autres et le supérieur doit prendre toutes les mesures nécessaires et non se limiter à certaines d'entre elles, notamment si elles ne donnent pas les résultats escomptés. Il convient également de relever que, comme le chef militaire, le supérieur hiérarchique civil ne se trouve pas devant trois possibilités également satisfaisantes. Il ne peut racheter son omission de prévenir la commission de crimes contre l'humanité en le réprimant par la suite ou en transférant le dossier aux autorités compétentes. Par contre, le Statut n'exige pas du supérieur hiérarchique, comme du chef militaire, qu'il réussisse dans ses actions. Un supérieur diligent qui prend toutes les mesures nécessaires, surtout un civil dont l'autorité et le pouvoir sont limités aux activités relevant de sa responsabilité, peut ne pas parvenir à empêcher ou réprimer la commission d'un crime. De même qu'il peut échouer dans la saisine des autorités compétentes si celles-ci ne donnent pas suite à son intervention [74].

[72] TPIY, Blaskic, §335.
[73] TPIY, Krnojelac, §95.
[74] Voir, *mutatis mutandis*, *supra* chapitre 17.

B. Empêcher la commission du crime

Empêcher la commission de crimes contre l'humanité est la première tâche d'un supérieur hiérarchique, civil comme militaire. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que, pour prouver le manquement à l'obligation de prévenir la commission d'un crime, il est nécessaire de démontrer « *qu'il n'a pris aucune mesure substantielle pour empêcher la commission de crimes par ses subordonnés* » [75]. Il importe en effet que le supérieur use de tous les moyens en son pouvoir, ce qui devra être déterminé selon les circonstances de chaque cas d'espèce. « *L'obligation d'empêcher les infractions désigne celle qui incombe à un supérieur hiérarchique, à n'importe quel stade précédant la perpétration d'un crime par ses subordonnés, s'il a connaissance que ce crime est préparé ou planifié, ou lorsqu'il a des raisons suffisantes de soupçonner que ses subordonnés s'apprêtent à commettre des crimes* » [76].

Déterminer si le supérieur doit prévenir ou réprimer la commission d'un crime contre l'humanité dépendra des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce. En règle générale, il est possible de faire la même distinction qu'avec les chefs militaires : si un crime n'a pas encore été commis et qu'il est sur le point de l'être, le supérieur a l'obligation d'intervenir en donnant les instructions et en prenant les mesures appropriées pour que ses subordonnés soient arrêtés dans leur entreprise criminelle avant d'avoir pu passer à l'acte. Il ne pourra par contre réagir que par des mesures répressives, s'il apprend après coup qu'un crime a été commis. Si la commission du crime est en cours, il doit intervenir, dans la mesure de ses moyens, pour arrêter ses subordonnés et éviter qu'ils poursuivent leurs activités criminelles ; il devra également prendre les mesures nécessaires à la répression des crimes déjà commis ou tentés [77].

Le supérieur hiérarchique civil n'a qu'une obligation relative d'intervention, nettement circonscrite aux activités relevant de sa responsabilité. Il doit empêcher qu'un crime contre l'humanité ne soit commis dans ce cadre ; ce qui se passe en dehors de ce champ d'activité ne relève plus de sa responsabilité et il n'a aucune obligation d'agir. Ainsi le supérieur hiérarchique civil qui intervient efficacement et empêche ses subordonnés de commettre un crime dans le cadre de ces activités a-t-il rempli ses obligations, même si les mêmes personnes commettent effectivement les crimes projetés hors de ce cadre.

Les mesures mêmes que le supérieur pourra prendre raisonnablement seront celles en son pouvoir, pouvoir déterminé par le cadre des activités relevant de sa compétence. Ce n'est en effet que dans ce cadre qu'il est considéré comme un supérieur et qu'il exerce son autorité et son pouvoir effectifs, ce n'est que dans ce cadre que les auteurs du crime sont ses subordonnés et sont tenus de suivre ses instructions.

[75] TPIY, Kordic et Cerkez, §444.
[76] TPIY, Kordic et Cerkez, §445.
[77] Voir, *mutatis mutandis*, *supra* chapitre 17.

C. Réprimer la commission du crime ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites

Comme l'a relevé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *Le devoir de punir intervient bien évidemment après la commission du crime. Les personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir. Cette obligation impose pour le moins d'enquêter sur les crimes, d'établir les faits et de transmettre un rapport aux autorités compétentes si le supérieur n'est pas habilité à prendre lui-même des sanctions. Les supérieurs hiérarchiques civils sont soumis aux mêmes obligations en fonction du pouvoir effectif qu'ils exercent et dans la mesure où ce pouvoir les autorise à en référer aux autorités compétentes pour qu'elles prennent des mesures* » [78].

Ainsi, pour ce Tribunal, les supérieurs civils ont la même obligation que les chefs militaire de réprimer la commission des crimes commis, en fonction de leurs pouvoirs effectifs. Il semble donc difficile de séparer les deux obligations de réprimer ou d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites, toutes deux poursuivant en fait le même but.

Il est difficile également de déterminer ce que pourrait faire un supérieur hiérarchique civil pour réprimer les crimes contre l'humanité commis par ses subordonnés. Ce supérieur n'a en effet que le devoir d'agir par rapport aux personnes sur lesquelles il exerce effectivement son autorité et son pouvoir, dans les limites des activités relevant de sa responsabilité. Dans ces limites, il ne jouira certainement pas des pouvoirs disciplinaires d'un chef militaire et les seules mesures à envisager seraient des mesures professionnelles de licenciement des personnes mises en cause, ce qui ne saurait être perçu comme une répression adaptée à la gravité des crimes contre l'humanité et ce qui n'empêcherait guère leur continuation. Il est possible qu'au sein de la hiérarchie civile de l'Etat, au sein de son administration, certains supérieurs puissent bénéficier d'un certain pouvoir d'ordre disciplinaire mais celui-ci serait en tous les cas certainement trop limité pour offrir sérieusement une possibilité de répression de crimes contre l'humanité.

Reste donc au supérieur hiérarchique civil l'obligation de dénoncer les faits aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Ces autorités, judiciaires ou de police, ne sont pas définies par le Statut de la Cour pénale internationale, sans doute à cause de leur grande diversité selon les cas. Il suffit donc que ces autorités soient celles qui, dans le cas d'espèce, ont la compétence et la capacité de mener des enquêtes afin d'établir les faits ou de conduire ensuite les poursuites nécessaires à l'encontre des auteurs des crimes commis, sans que ces autorités d'enquête et de poursuites ne soient forcément les mêmes. Ces autorités peuvent être civiles ou militaires, administratives ou judiciaires, d'enquêtes ou de poursuite, il peut s'agir des juridictions pénales d'un Etat et, pourquoi pas, de la Cour pénale internationale elle-même. Ce qui importe c'est que les autorités compétentes soient effectivement saisies en vue d'assurer la répression des crimes contre l'humanité commis.

Le supérieur hiérarchique n'a qu'une obligation d'en référer aux autorités compétentes, sans pouvoir être tenu pour responsable de la suite que celles-ci donneront à son intervention. En référer aux autorités compétentes signifie leur faire rapport des faits connus du supérieur, faits qui sont suffisamment clairs et précis

[78] TPIY, Kordic et Cerkez, §446.

pour qu'il n'y ait pas de doute quant à la commission d'un crime contre l'humanité mais faits qui ne sont pas forcément juridiquement qualifiés ou pénalement imputables à des personnes précises, d'où l'éventualité d'une enquête.

En référer aux autorités compétentes est assez vague et n'entraîne pas forcément de la part du supérieur hiérarchique civil une saisine formelle de ces autorités car il n'aura pas forcément, par exemple, le pouvoir de déposer plainte pénale ou de se porter partie civile, selon les cas. Une dénonciation ou un rapport explicite devraient suffire à remplir ces obligations, ce qui devra être apprécié en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment la nature du poste occupé par le supérieur hiérarchique et la réglementation ou législation en vigueur à ce sujet.

Comme dans le cas du chef militaire, il n'y a aucune limite temporelle posée à l'obligation de réprimer ou de dénoncer les crimes contre l'humanité commis ou sur le point de l'être, et nous savons que ces crimes sont imprescriptibles [79]. La voie de la répression peut être longue et les procédures complexes. Toutefois, le supérieur hiérarchique civil n'a que pour obligation d'en référer aux autorités compétentes et non de participer à l'ensemble des procédures à suivre. Cette obligation ne saurait se comprendre que dans un soucis d'apporter une réponse immédiate aux crimes commis par des personnes subordonnées à l'autorité et au pouvoir du supérieur hiérarchique en cause. Ce n'est qu'en réagissant de bonne foi dans le cadre de ses devoirs généraux que le supérieur pourra être considéré comme ayant rempli ses obligations diligemment.

Il existe également une volonté dissuasive dans l'obligation de réprimer ou de dénoncer les crimes commis afin que d'autres personnes ou les mêmes soient arrêtées dans leurs activités criminelles et que d'autres crimes ne soient pas commis. Le supérieur devra donc prendre les mesures nécessaires aussi rapidement que les circonstances le permettront, ce qui devra s'apprécier selon toutes les circonstances de la cause. Il semblerait toutefois que cette diligence à apporter soit un peu plus pressante que celle à laquelle est soumis le chef militaire. Celui-ci dispose en effet d'un pouvoir disciplinaire ce qui peut être une manière d'en assurer la répression. Dépourvu de tout pouvoir disciplinaire, le supérieur civil n'aura sans doute pas d'autre choix, s'il n'a pu empêcher les crimes contre l'humanité, que de les dénoncer et laisser aux autorités compétentes le soin d'enquêter ou de poursuivre. Sa dénonciation devra donc intervenir suffisamment rapidement pour permettre à ces autorités d'agir le plus efficacement possible.

[79] Voir *mutatis mutandis*, *supra*, chapitre 17.

IV. Devoir d'agir

La base de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique civile est la même que celle du chef militaire et repose sur une omission, celle de ne pas prendre toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour empêcher, réprimer ou dénoncer la commission d'un crime contre l'humanité commis par ses subordonnés. Cette omission ne peut être reprochée qu'aux personnes auxquelles un devoir d'agir reposant sur une obligation spéciale clairement déterminable et non seulement sur un devoir moral général est imposé par le droit international pénal. Comme celui du chef militaire, le devoir d'agir du supérieur hiérarchique civil ne ressort pas expressément de l'article 28 lettre (b) du Statut ; comme lui, il est sous-jacent à la réglementation de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

Ce qui a été dit du chef militaire dans le chapitre précédent peut être repris ici, la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ne différenciant pas le chef militaire des autres supérieurs hiérarchiques civils [80].

Leur conclusion selon laquelle « *une personne a l'obligation d'agir (…) uniquement s'il est établi qu'elle a la qualité de supérieur hiérarchique vis-à-vis des auteurs de l'infraction et qu'elle savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime était sur le point d'être commis ou avait été commis* » [81] est également applicable aux supérieurs hiérarchiques civils comme militaires.

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda avait déjà relevé que la question de la responsabilité découlant d'une obligation de faire et de toute omission y relative était intimement liée à celle de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. Le Statut de ce Tribunal fait en effet obligation aux personnes occupant une position d'autorité d'empêcher ou de réprimer la commission d'un crime [82].

L'article 28 lettre (b) du Statut de la Cour pénale internationale incrimine le fait, pour un supérieur hiérarchique civil, de n'avoir pas pris les mesures nécessaires à empêcher, réprimer ou dénoncer la commission d'un crime contre l'humanité. C'est finalement la même disposition qui force à reconnaître qu'existe justement cette obligation d'agir, dans les limites de son inobservation criminelle. Comme le relevait le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « *International law imposes an affirmative duty on superiors to prevent persons under their control from committing violations of international humanitarian law, and it is ultimately this duty that provides the basis for, and defines the contours of, the imputed criminal responsibility* » [83].

Les devoirs du supérieur hiérarchique civil recouvrent donc principalement le fait de s'assurer une autorité et un contrôle effectifs sur ses subordonnés, dont notamment le devoir de se tenir informé de leurs actions. Son devoir d'agir au sens du droit international pénal se limite au fait de s'assurer qu'ils ne commettent pas de crime contre l'humanité, soit en les empêchant de le faire, soit en réprimant les crimes commis. Enfin, ce devoir d'agir est strictement limité aux personnes et aux activités relevant de sa responsabilité, contrairement au devoir d'agir plus général d'un supérieur militaire.

[80] Voir *mutatis mutandis*, *supra*, chapitre 17.
[81] TPIY, Aleksovski, §72.
[82] Voir TPIR, Kayishema et Ruzindana, §202.
[83] TPIY, Delalic et al., §334.

V. La *mens rea*

Comme nous l'avons soulevé dans le chapitre précédent, l'incrimination de la responsabilité du supérieur hiérarchique repose sur le fait de n'avoir pas pris les mesures raisonnables et nécessaires qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'un crime alors qu'il savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient un crime contre l'humanité ou étaient sur le point de le faire. Les termes « *aurait dû savoir* » et « *n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables* » pouvaient conduire à envisager la négligence coupable ou, selon les termes du Tribunal pénal international pour le Rwanda « *a negligence that is so serious as to be tantamount to acquiescence* » [84]. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie avait pour sa part jugé : « *une telle négligence personnelle grave ayant amené le commandant à ne tenir aucun compte des conséquences éventuelles satisfait l'élément moral requis par l'article 7 3) du Statut* » [85].

La situation n'est pas tout à fait la même pour le supérieur civil au sens de l'article 28 lettre (b) du Statut de la Cour pénale internationale, qui ne dispose plus que le supérieur « *savait ou aurait dû savoir* », mais qu'il « *savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* » [86]. Il n'y a plus ici de renvoi aux circonstances de l'espèce. On ne peut alors plus parler de négligence. L'omission du supérieur hiérarchique civil est intentionnelle puisque dans les deux cas il avait la connaissance des crimes commis ou sur le point de l'être et que dans les deux cas il était conscient que le crime serait commis sans son intervention, comme une conséquence naturelle de son omission.

C'est ainsi bien comme un résultat de son omission que le crime est commis, au sens des textes anglais et espagnols du Statut de la Cour pénale internationale (« *as a result of* » ou « *en razón de* »), selon les mêmes conclusions que celles se rapportant à la responsabilité du chef militaire [87].

Sa *mens rea* est donc clairement celle de l'article 30 du Statut et il doit avoir, pour engager sa responsabilité, la connaissance des crimes commis par ses subordonnés et l'intention de ne pas agir pour les empêcher, les réprimer ou les dénoncer [88]. Il n'a pas, par contre, à partager la *mens rea* de ses subordonnés dans la commission de leurs crimes, sans quoi sa responsabilité serait celle d'un participant au sens de l'article 25 du Statut [89].

---

[84] TPIR, Musema, §131 ; voir *supra* chapitre 17.
[85] TPIY, Blaskic, §330.
[86] Art. 28 lit. (b) ch. (i) CPI.
[87] Voir *mutatis mutandis*, *supra*, chapitre 17.
[88] Voir *supra* chapitre 3.
[89] Voir *supra* chapitre 16.

VI. Conclusion : les éléments constitutifs de la responsabilité des autres supérieurs hiérarchiques

En conclusion, il convient de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de l'omission du supérieur hiérarchique civil :

A. Eléments matériels

1. Commission

1. Les subordonnés doivent commettre ou être sur le point de commettre l'un des crimes relevant de la juridiction de la Cour, soit un génocide, des crimes contre l'humanité ou un crime de guerre.
2. Leur crime doit avoir été commis ou au moins tenté.

2. Omission

1. Le supérieur hiérarchique civil omet d'agir en vue de :
    a. Empêcher la commission du crime, ou
    b. Réprimer la commission du crime, ou
    c. En référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

B. Eléments psychologique

1. Intention

1. Le supérieur hiérarchique civil doit avoir l'intention de ne pas agir ; et
2. Il doit
    a. avoir l'intention de provoquer, par son omission, la commission du crime par ses subordonnés, ou
    b. accepter le risque de provoquer, par son omission, la commission dudit crime.

2. Connaissance

1. Le supérieur hiérarchique civil
    a. sait que ses subordonnés commettent un crime ou sont sur le point de le commettre, ou

b. disposait d'informations qui l'indiquaient clairement ; et

2. Il doit savoir que son omission entraînera la commission du crime par ses subordonnés.

Chapitre 19

La responsabilité pénale de l'exécutant pour crimes contre l'humanité

Après avoir analysé les principes généraux de la responsabilité pénale individuelle, nous avons consacrés deux chapitres à l'analyse de la responsabilité pénale des chefs militaires et des supérieurs hiérarchiques civils [1]. Il convient maintenant d'aborder les chaînes de commandement militaires et les hiérarchies civiles sous l'angle de la responsabilité de l'exécutant, dans la même mesure que dans les deux chapitres précédents, en limitant notre approche au Statut de Rome et aux crimes contre l'humanité. Si nous avons conclu que la responsabilité du chef militaire ou du supérieur hiérarchique civil est engagée dans les limites de l'article 28 du Statut, celle de l'exécutant n'en est pas exonérée pour autant : « *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* » [2]. Cette disposition limite la responsabilité de l'exécutant qui n'est engagée que si les trois conditions cumulatives suivantes ne sont pas réunies, soit 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* » [3]. Si l'exécutant ne peut se prévaloir de cette disposition, sa responsabilité est engagée sur la base de l'article 25 du Statut, comme celle de tout individu [4].

La Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg est le premier document en droit international à affirmer expressément la responsabilité de l'exécutant, stipulant que le fait que l'accusé agisse conformément aux instructions reçues de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité [5].

---

[1] Voir *supra* chapitre 16 à 18.
[2] Art. 33 §1 CPI.
[3] Art. 33 §1 lit. (a) à (c) CPI
[4] Voir *supra* chapitre 16.
[5] Voir art. 8 TMI Nuremberg.

Depuis, tous les instruments pénaux internationaux ont repris une disposition équivalente, de la Charte du Tribunal de Tokyo et de la Loi N°10 du Conseil de contrôle allié, aux Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ainsi que les différents projets de Code de crimes contre la paix et le sécurité de l'humanité de la Commission du droit international. Dans tous ces instruments, la mitigation de la peine est prévue pour l'exécutant dont l'ordre hiérarchique réduit effectivement le degré de culpabilité.

La Commission du droit international a repris dans son projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 le même article, après quelques modifications dans les versions précédentes [6]. Dans le commentaire qu'elle apporte à cette disposition, la Commission souligne l'importance de la responsabilité pénale de l'exécutant, auteur effectif des crimes, en l'absence de laquelle la force de l'interdiction des crimes les plus graves, notamment les crimes contre l'humanité, serait sensiblement affaiblie. Il faut rappeler en effet que l'excuse de l'ordre supérieur est l'argument le plus souvent utilisé depuis la seconde guerre mondiale, l'accusé prétendant n'avoir fait qu'agir selon l'ordre reçu de son gouvernement ou de sa hiérarchie ou selon l'ordre de la loi, argument qui a été systématiquement rejeté comme moyen d'exonérer l'exécutant de sa responsabilité [7].

Cependant, la simple existence d'ordres d'un supérieur hiérarchique ne se traduira pas automatiquement par l'imposition d'une sanction moins lourde dont l'exécutant ne bénéficiera que si son degré de culpabilité s'en trouve effectivement amoindri. Il n'en sera pas ainsi si l'exécutant était de toute façon disposé à participer à la commission du crime, qu'il reçût ou non l'ordre de le faire de son supérieur et son degré de culpabilité sera le même que s'il avait agi par lui-même en l'absence de l'ordre, celui-ci n'ayant exercé aucune influence indue sur son comportement. Le cas sera différent si le subordonné commet un crime contre son gré sur ordre d'un supérieur hiérarchique parce qu'il craint que l'inexécution de cet ordre n'ait pour lui-même ou sa famille de graves conséquences. Il n'encourt pas alors le même degré de culpabilité et sa situation pourra justifier une mitigation de la peine. Le Tribunal compétent devra examiner si l'exécutant était fondé à exécuter l'ordre reçu pour éviter les conséquences d'un éventuel refus de sa part. Il devra apprécier la gravité du crime commis en regard à la gravité des conséquences personnelles encourues par l'exécutant [8].

C'est ainsi que, lorsque la responsabilité de l'exécutant était engagée, les juridictions de Nuremberg ont admis, dans certaines affaires, des circonstances atténuantes en raison de l'ordre supérieur ce qui, sans abolir la responsabilité, atténue considérablement le degré de culpabilité [9].

Le principe de la responsabilité pénale de l'exécutant marque la fin de la doctrine dite « *respondeat superior* », comprise en droit international militaire comme faisant porter sur le supérieur seul tout le poids de la responsabilité pour un acte illégal commis sur son ordre, l'exécutant n'étant pas en mesures de connaître les

---

[6] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 5.

[7] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 5, Commentaire, pp. 167-168.

[8] Voir CDI, *Rapport sur les travaux de sa 48ème session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 5, Commentaire, pp. 168-170.

[9] Voir not.: Commission militaire des Etats-Unis à Shangai, *US v. Sawada et al.*, I.L.R. n°127, 1946 ; Cour spéciale d'Amsterdam, Pays-Bas, *Gerbsh*, I.L.R. n°155, 1948 ; Cour de district, Utrecht, Pays-Bas, *Titho*, I.L.R. n°168, 1951 ; Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg, *US v. Milch*, I.L.R. n°129, 1947 ; Cour de cassation spéciale, Pays-Bas, *Zuhlke*, I.L.R. n°157, 1948.

circonstances justifiant l'ordre reçu et n'étant donc pas en mesure d'en apprécier la légalité ou l'illégalité. Il lui est donc impossible, moralement, de refuser d'obéir et de se soustraire à l'exécution de l'ordre reçu [10].

Le Statut de la Cour pénale internationale réprime spécifiquement le fait d'ordonner la commission de crimes contre l'humanité [11]. La jurisprudence a également souligné le caractère éminemment criminel d'ordonner la commission d'un crime, ce qui entraîne qu'un tel ordre ne peut pas justifier la conduite de l'exécutant qui s'y conforme. Il peut fournir une excuse s'il s'accompagne de contrainte ou de coercition telles que l'exécutant n'avait plus de choix moral possible, nous y reviendrons [12]. Il faut donc en conclure que la commission de crimes contre l'humanité n'est jamais justifiée par l'ordre reçu de le commettre mais il faudra examiner les circonstances de l'espèce en conformité avec les articles 33, en ce qui concerne l'illégalité manifeste de l'ordre reçu, et 31, en ce qui concerne les motifs d'exonération de la responsabilité pénale.

En prévoyant que l'ordre donné peut émaner tant d'un supérieur civil ou militaire que d'un gouvernement ou de la loi, le Statut de la Cour pénale internationale engage la responsabilité de l'exécutant appartenant à la hiérarchie organisée au sein de n'importe quel corps constitué, même *de facto*. Nous avons déjà maintes fois souligné l'importance d'une pluralité d'auteurs dans la commission des crimes contre l'humanité, afin de pouvoir constituer l'attaque généralisée ou systématique qui en est constitutive. L'appartenance à un corps constitué peut donc permettre de reprocher à l'exécutant un acte isolé qui s'inscrit dans le cadre plus général de la politique suivie par le corps auquel il appartient [13].

[10] Voir Otto Triffterer *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute,* pp. 576-577, *ad* art. 33 CPI ; voir également Mark J. Osiel, *Obeyin Orders*, p. 56.
[11] Voir art. 25 §3 lit. (b) CPI.
[12] Voir *infra* chapitre 20.
[13] Voit TPIY, Tadic, §649 et O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal,* p. 212.

I. Définition de l'exécutant

L'exécutant est l'individu qui commet un crime en obéissant à l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique, civil ou militaire. Il est donc soit l'un des membres des forces placées sous le commandement et le contrôle effectifs d'un chef militaire, soit l'une des personnes sur lesquelles s'exerce l'autorité et le contrôle effectifs d'un supérieur hiérarchique civil. L'exécutant peut ainsi être défini comme l'individu qui appartient à une hiérarchie, civile ou militaire, qui occupe une position subordonnée au sein de cette hiérarchie et qui obtempère à l'ordre reçu de son supérieur ou de son gouvernement [14].

A. Une hiérarchie militaire ou civile

Le premier élément de la définition d'un exécutant est son appartenance à une hiérarchie civile ou militaire. Nous avons défini la hiérarchie militaire comme la chaîne de commandement militaire reliant les chefs militaires aux subordonnés placés sous leur commandement et contrôle effectifs. Sur la base notamment des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, nous avions conclu que les forces placées sous le commandement d'un chef militaire sont tout d'abord les forces armées d'un Etat, soit tous les groupes et toutes les unités armées qui sont placées sous le commandement d'une personne responsable de la conduite de ses subordonnés. Peuvent également faire partie de ces forces armées les éléments de maintien de l'ordre en uniformes et les éléments versés dans les unités de protection civile. Tous les membres de ces forces armées appartiennent à la hiérarchie militaire et dépendent, temporairement ou en permanence, du chef qui en assure directement le commandement et des différents échelons hiérarchiques qui lui sont supérieurs. Le commandement et le contrôle du chef militaire sur ses troupes doivent être effectifs, ce qui signifie qu'il doit avoir la possibilité de leur donner des ordres et de se faire obéir [15].

La hiérarchie civile n'a pas le côté strict et formel de la hiérarchie militaire et est plus difficile à définir. Le point essentiel est de déterminer l'existence d'une relation effective de subordination de l'exécutant à un supérieur hiérarchique. La hiérarchie civile est à rapprocher de l'administration de l'Etat, le Statut faisant expressément référence, dans le titre de l'article 33, à l'ordre hiérarchique et à l'ordre de la loi, mais mentionnant dans son texte les hiérarchies militaires ou civiles et notamment parmi celles-ci le gouvernement [16].

L'ordre qui vient d'un gouvernement peut être le fait de toutes les personnes ou organes appartenant au gouvernement et en charge de fonctions spécifiques leur permettant d'agir au nom du gouvernement ou de l'un de ses ministères. De tels ordres du gouvernement peuvent être donnés à toutes les personnes directement subordonnées au gouvernement et à ses différents ministères. « *For such a subordination to occur it is generally accepted that orders of Governments may address all citizens of their respective State and even those of third States who live in a certain territory or are tied by other obligation to this Government* » [17].

---

[14] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 211.
[15] Voir *supra* chapitre 17.
[16] Voir *supra* chapitre 18.
[17] Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 582, *ad* art. 33 §1 CPI.

Dans ce cas de l'ordre du gouvernement à tous les citoyens, que l'on peut assimiler ici à l'ordre de la loi, la notion de hiérarchie se dilue considérablement au point de n'être plus effectivement perceptible. L'ordre de la loi ou du gouvernement lorsqu'il s'y apparente doit être considéré non comme l'expression d'une hiérarchie mais comme un cas à part, qui permet d'éviter, lorsque les crimes contre l'humanité sont encadrés, organisés par l'Etat lui-même, que les exécutants puissent le commettre dans la plus stricte conformité à la loi, ce qui réduirait à néant l'exigence de la légalité de l'ordre donné.

Relevons toutefois que l'ordre de la loi sera certainement relayé par une autorité militaire ou civile, basant ses commandements sur la loi pour en tirer l'autorité nécessaire. Nous revenons ici dans le cadre plus précis d'une hiérarchie.

Il conviendra donc de prouver l'existence effective d'un corps organisé hiérarchiquement, *de jure* ou *de facto* et l'appartenance de l'exécutant à ce corps, là aussi, *de jure* ou *de facto* [18].

B. Position subordonnée militaire ou civile

La position effective de l'exécutant au sein de la hiérarchie, militaire ou civile, à laquelle il appartient, est celle d'un subordonné.

Il s'ensuit que l'exécutant militaire est tout individu appartenant aux forces armées placées sous le commandement d'un chef responsable pour le comportement de ses subordonnés, qui reçoit les ordres de ses supérieurs et a l'obligation d'obéir. Le commandement et le pouvoir du chef militaire doivent être effectifs et doivent donc se déterminer non seulement sur la base de l'analyse formelle de la chaîne de commandement mais également sur la base des fonctions exercées *de facto* en tant que chef militaire ou personne faisant effectivement fonction de chef militaire.

L'appréciation est la même pour l'exécutant. Il n'est pas seulement celui qui est formellement soumis au commandement et à l'autorité du chef militaire au sein de la hiérarchie, mais également celui qui, *de facto*, fait effectivement fonction d'exécutant. Avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il convient de relever : « *The existence of a superior-subordinate relationship requires a hierarchical relationship between the superior and subordinate. The relationship need not have been formalized and it is not necessarily determined by formal status alone. A hierarchical relationship may exist by virtue of an accused's* de facto*, as well as* de jure*, position of superiority* » [19]. L'exécutant est donc également celui qui est officiellement affecté à une unité placée sous le commandement d'un chef militaire, que celui qui est soumis à l'autorité de fait d'un de ses camarades, qui, par exemple, aura effectivement assumé le commandement de la troupe une fois le chef tombé aux combats.

La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a analysé la nécessité de prouver que l'auteur du crime était bien le subordonné de l'accusé, non de manière à importer l'exigence d'un lien de subordination direct ou formel, mais pour signifier que l'accusé est, en fonction de sa position, supérieur, sur la base d'une hiérarchie formelle ou informelle, à l'auteur du crime. La capacité à exercer un contrôle effectif, que la Chambre d'appel considère comme une exigence minimum pour reconnaître la relation de subordination, ne sera que rarement

[18] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 212.
[19] TPIY, Krnojelac, §93.

satisfaite sans qu'une telle relation de subordination n'existe. La Chambre d'appel ne considère pas la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique comme ayant été pensée pour imposer la responsabilité pénale d'une personne sur une autre d'un statut exactement identique [20]. Que la preuve porte sur le statut effectif du supérieur ou sur celui de l'exécutant relève exactement des mêmes principes.

De même que dans le cadre militaire, l'exécutant civil est celui qui, effectivement, reçoit les ordres de ses supérieurs et a l'obligation de les exécuter. Par contre, l'exécutant civil ne sera dans une position subordonnée que dans le cadre des activités relevant de sa responsabilité [21]. Ainsi, même si cette relation de subordination ne doit pas reposer uniquement sur des critères formels, son existence doit être démontrée au moins dans les faits. Lorsque le statut de l'exécutant n'est pas déterminé par son engagement formel, il peut être déduit des tâches effectivement remplies, de même que la position de supérieur peut l'être dans la même mesure [22].

Face à l'ordre général de la loi ou du gouvernement s'adressant à l'ensemble des citoyens, l'auteur reste dans la position d'un exécutant, même s'il devient difficile de le rattacher à une hiérarchie précise. L'autorité de la loi s'exerce, en principe, sur tous les citoyens et l'exécutant y est également soumis. Il convient également de relever la présence des plus hautes autorités de l'Etat derrière la loi et son application, ce qui peut permettre de rattacher l'exécutant à une hiérarchie précise, selon ses fonctions.

Enfin, il faut remarquer que les différentes chaînes de responsabilités militaires ou civiles contiennent un certain nombre d'échelons hiérarchiques qui sont tous, sauf le chef suprême et l'exécutant final, les supérieurs des échelons inférieurs et les subordonnés des échelons supérieurs. La notion d'exécutant ne recouvre que le dernier échelon, celui auquel est exécuté l'ordre reçu, sans que sa réalisation dépende de la transmission de l'ordre à un échelon inférieur. Ceci ne signifie pas que ce soit forcément le dernier échelon tout en bas de la hiérarchie qui doive nécessairement être l'exécutant. Un ordre peut être exécuté, en fonction de son contenu et des responsabilités de chacun, à n'importe quel niveau de la hiérarchie. L'exemple de la hiérarchie militaire est particulièrement frappant, l'exécutant pouvant être tant le soldat qui exécute l'ordre que l'officier qui entraîne ses hommes dans l'exécution de l'ordre reçu.

C. Obéissance à l'ordre reçu

L'exécutant n'agit pas de son propre mouvement, il exécute l'ordre reçu de ses supérieurs ou de la loi et n'aurait pas agi sans cet ordre. Toutefois, l'exécutant n'est pas simplement l'instrument de ses supérieurs au sens où un auteur médiat utilise une personne pour agir à travers elle et substituer sa volonté à la sienne [23]. L'exécutant agit sur ordre mais n'est pas dépourvu de volonté. Il exécute l'ordre consciemment et le droit international lui demande même de l'exécuter de manière intelligente puisqu'il devra se déterminer sur le caractère légal ou non de l'acte à exécuter et reconnaître le cas échéant son caractère manifestement illégal [24].

[20] Voir TPIY, Delalic et al., Appel, §303.
[21] Voir art. 28 lit. (b) CPI.
[22] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §424 établissant sur cette base la qualité de supérieur.
[23] Voir art. 25 §3 lit. (a) CPI et *supra* chapitre 16.
[24] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal,* pp. 214-215.

Les ordres reçus au sens de l'article 33 du Statut sont « *all oral or written or otherwise expressed demands, adressing a certain person or groups of persons individually or by describing their functions, for instance as local military commanders, to behave in a specific way, whether by acting or omitting and thus committing a crime 'within the jurisdiction of the Court. (…) This includes orders given by conclusive behaviour for which the objective expression ('objektiver Erklärungswert') in the given situation is decisive* » [25]. L'ordre peut également s'adresser à des personnes et être général, par exemple en interdisant ou en ordonnant d'adopter un certain comportement demandant à tous de faire quelque chose, ou plus spécifique en interdisant ou ordonnant un certain comportement dans des cas individuels [26].

L'exécutant agit donc volontairement et la *mens rea* générale de l'article 30 du Statut lui est également applicable. Elle sera même double et portera sur l'exécution de l'ordre et sur le caractère criminel des actes commis. L'exécutant doit avoir en effet la connaissance de l'ordre reçu et l'intention de l'exécuter, de même qu'il doit avoir la connaissance de son caractère illégal ou manifestement illégal et l'intention malgré tout de l'exécuter, pour engager sa responsabilité pénale [27].

Les travaux de Stanley Milgram demeurent aujourd'hui impressionnants dans leurs résultats. Dans son maître ouvrage *Soumission à l'autorité*, l'auteur définit ainsi l'obéissance : « *L'obéissance est le mécanisme psychologique qui intègre l'action individuelle au dessein politique, le ciment naturel qui lie les hommes aux systèmes d'autorité. Les événements historiques récents aussi bien que les faits observés dans la vie quotidienne laissent à penser que chez nombre d'individus, l'obéissance peut être une tendance de comportement profondément enracinée, voire une impulsion prédominante qui l'emporte sur la formation en matière d'éthique, d'affectivité et de règles personnelles de conduite* » [28].

Bien sûr, Stanley Milgram relève que le pouvoir d'autorité d'un expérimentateur est bien inférieur à celui d'un officier, notamment en temps de guerre. Son expérience célèbre démontre toutefois que « *des gens ordinaires, dépourvus de toute hostilité, peuvent, en s'acquittant simplement de leur tâche, devenir les agents d'un atroce processus de destruction* » [29]. En effet, toute une gamme d'inhibitions s'oppose à une révolte du subordonné, qui n'osera résister aux ordres de l'autorité, même lorsqu'elle lui demande d'agir à l'encontre des normes fondamentales de la morale. La soumission à l'autorité résulte d'un abandon de toute responsabilité personnelle : « *C'est plutôt un mode de pensée fondamental pour nombre d'individus à partir du moment où ils sont enfermés dans une situation de subordonné à l'intérieur d'une structure d'autorité. La disparition du sens de la responsabilité personnelle est de très loin la conséquence la plus grave de la soumission à l'autorité* » [30]. Il y a ainsi « *fragmentation de l'acte humain total ; celui à qui revient la décision initiale n'est jamais confronté avec ses conséquences. Le véritable responsable s'est volatilisé* » [31].

Il est par ailleurs tout à fait significatif, dans les expériences de Stanley Milgram, que l'inversion des rôles entre l'autorité et l'élève à punir change totalement la réaction de ses sujets, qui, s'ils acceptent d'administrer des chocs électriques très violents à l'élève sur la demande de l'autorité, se refusent à le faire si

---

[25] Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 582, *ad* art. 33 §1 CPI.
[26] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 582, *ad* art. 33 §1 CPI.
[27] Voir art. 30 CPI et *supra* chapitre 3.
[28] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, pp. 17-18.
[29] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 22.
[30] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 25.
[31] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 28.

la victime elle-même le demande, d'où cette conclusion de l'auteur : « *Ils estiment donc que celle-ci à moins de droit sur elle-même que n'en a l'autorité. Elle est venue au laboratoire pour s'intégrer dans une structure bien définie et contrôlée par l'autorité. Ce n'est pas l'ordre en soi qui est un facteur d'une importance décisive, mais bien la source dont il émane* » [32]. En effet, les ordres qui émanent d'une autorité non reconnue perdent toute leur force. « *Ce qui compte, ce n'est pas ce qu'ils font, mais* pour qui *ils le font* » [33].

Les expériences de Stanley Milgram mettent également en lumière l'importance des divergences au sein de l'autorité dans la réalisation des ordres contradictoires qui émanent d'elle. « *A partir du moment où le signal émanant du niveau supérieur est 'vicié', la cohérence du système hiérarchique disparaît ainsi que son efficacité en tant que facteur déterminant du comportement* » [34]. Dans cette situation, le taux d'obéissance, dans le cours des expériences de Stanley Milgram, tombe à zéro.

L'obéissance à l'ordre reçu conduit à examiner le lien de causalité existant entre l'ordre reçu et les actes de l'exécutant [35]. En effet, il n'y aura exécution de l'ordre reçu que si les actes commis correspondent à ce qui a été ordonné. Si les faits commis résultent d'une interprétation extensive de l'ordre ou de l'initiative personnelle de l'auteur alors il ne pourra pas invoquer l'excuse de l'ordre supérieur, de même d'ailleurs que son supérieur donneur d'ordre ne sera pas responsable des actes commis par l'auteur qui n'est plus en ce sens un exécutant. Ce lien de causalité sera donné tant que les actes commis resteront identiques à ceux ordonnés, sans différence majeure et surtout si les actes commis ne l'eussent pas été sans l'ordre donné. L'ordre donné doit être le fait générateur de la commission de l'acte [36]. En ce sens, les termes anglais « *pursuant to an order* » ou espagnols « *en cumplimiento de una orden* » du Statut sont plus précis que les termes français « *sur ordre* ».

Enfin, il est évident, même hors de toute mention en ce sens, que le crime doit être commis ou pour le moins tenté pour engager la responsabilité de l'exécutant, comme c'est le cas de toutes les formes de commission et de participation dont dispose l'article 25 du Statut [37].

[32] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 120.
[33] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 133.
[34] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 136.
[35] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal,* p. 215.
[36] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 584-585, *ad* art. 33 §1 CPI.
[37] Voir *supra* chapitre 16.

II. Responsabilité de l'exécutant

A. Obligation d'obéir

L'obligation d'obéir aux ordres reçus de sa hiérarchie est l'une des composantes fondamentales de tout corps organisé hiérarchiquement. Les pouvoirs et autorité du chef militaire ou du supérieur hiérarchique civil doivent être effectifs, c'est-à-dire reposer sur la capacité à donner des ordres et à être obéi. Cette obéissance ne saurait simplement résulter de la bonne volonté de l'exécutant mais bien d'une obligation d'obéir. L'appartenance à une hiérarchie en qualité de subordonné oblige l'exécutant à agir conformément aux ordres légaux qu'il reçoit, ce qui entraîne que l'exécutant est supposé contrôler la légalité de l'ordre reçu, qu'il doit obtempérer à l'ordre légal et refuser d'obéir à l'ordre illégal sans pouvoir être sanctionné pour son inobéissance [38].

Cette obligation d'obéir est particulièrement forte dans le cadre d'une hiérarchie militaire, ce qui ne se discute pas. Le principe de l'obligation d'obéir découle directement des différents corps hiérarchiques au sein desquels l'exécutant peut être amené à agir. La qualité de supérieur hiérarchique se définit notamment par l'autorité et les pouvoirs effectifs de donner des ordres et de se faire obéir [39].

Cette obligation d'obéir est générale au sein de la structure hiérarchique en cause et ne dépend pas uniquement de l'ordre particulier de commettre tel ou tel acte. Tous les ordres venant de la hiérarchie doivent être exécutés et l'exécutant à l'obligation de le faire quel que soit le supérieur à l'origine de l'ordre, que ce soit son supérieur direct ou une personne placée plus haut dans la hiérarchie. Dans le cadre de la hiérarchie civile, les pouvoirs du supérieur se limitent aux activités relevant de sa responsabilité et l'obligation d'obéir rencontre les mêmes limites. L'exécutant n'a pas à obéir aux ordres donnés sans relation avec les activités relevant de sa responsabilité, ce qui n'exclut pas d'autres formes de commission et de participation si le supérieur et l'exécutant agissent dans les mêmes positions mais sans lien avec les responsabilités de la hiérarchie à laquelle ils appartiennent tous deux [40].

B. Présomption de légalité de l'ordre reçu

Le principe même de tout lien de subordination, nous l'avons dit, présuppose l'obligation d'obéir aux ordres reçus. Par ailleurs, nous avons souligné également les devoirs du supérieur hiérarchique qui doit empêcher ou réprimer les crimes contre l'humanité commis par ses subordonnés. Enfin, le Statut de Rome incrimine particulièrement le fait d'ordonner la commission d'un crime. Il ressort de la confrontation de ces différents points que la légalité de l'ordre reçu doit être présumée. C'est aussi le sens implicite de l'article 33 qui dispose que le subordonné devait savoir l'ordre illégal pour ne pas se voir reconnaître la défense de l'ordre supérieur [41].

---

[38] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, pp. 214 et ss.
[39] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 584-585, *ad* art. 33 §1 CPI.
[40] Voir Andreas Zimmermann, *Superior Orders*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 969.
[41] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 586, *ad* art. 33 §1 CPI.

Dans le domaine militaire particulièrement, les soldats ont une obligation d'obéir particulièrement stricte qui ne peut que renforcer la présomption de légalité de l'ordre reçu. En temps de guerre particulièrement, le soldat doit exécuter des ordres sous pression. Vouloir exiger de lui qu'il examine la légalité de chaque ordre reçu est impraticable car le soldat ne sera souvent pas en possession des informations nécessaires à un tel raisonnement, sans compter les risques couru par la troupe entière dans de telles circonstances suite à des délais d'obéissance ou des risques d'erreurs d'appréciation entre autres [42].

Si l'exécutant peut démontrer qu'il a agit sur l'ordre de son supérieur, la loi présumera, de manière irréfragable dans certains pays, réfragable dans d'autres, qu'il a raisonnablement perçu cet ordre comme légal, ce qui l'exonérera de sa responsabilité pénale pour les actes commis. Si la présomption de légalité de l'ordre reçu peut être anéantie et qu'il peut être démontré que l'exécutant savait l'illégalité de l'ordre reçu ou qu'il a imprudemment conclu à sa légalité, sa responsabilité pénale est engagée pour les actes commis. Certains codes militaires exigent une illégalité manifeste de l'ordre reçu, c'est-à-dire que les actes ordonnés étaient aussi évidemment atroces que personne n'aurait pu les considérer comme légaux, en aucune circonstance, même dans le feu des combats. Dans d'autres pays, il suffira de démontrer que, dans les circonstances de l'espèce, un soldat raisonnable n'aurait pas commis l'erreur de considérer l'acte ordonné comme légal. « *After all, (…) if the superior's orders are lawful, the subordinate should obey them; if they are not, then he can disobey them with legal impunity, confident that their illegality provides him a complete defense. Q.E.D. But this resolve the soldier's dilemma only through a formalism completely at odds with the serious practical constraints under which soldiers must often operate* » [43].

La présomption de légalité de l'ordre reçu ne tombe que face à son illégalité manifeste, dans le cadre de l'article 33 du Statut. Dans ce cas, l'exécutant ne peut pas ignorer l'illégalité de l'ordre dont il ne saurait tirer une excuse valable. Dans tous les autres cas, ceux dans lesquels l'illégalité de l'ordre n'est pas manifeste, l'article 33 exige que l'exécutant connaisse cette illégalité. Conformément au droit international humanitaire dont les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels font obligation aux Etats parties de diffuser la réglementation au sein de leurs forces armées et qui comprend dans les devoirs et les responsabilités du chef militaire la connaissance et le respect de ces normes, il ne peut être exigé de l'exécutant militaire plus que leur connaissance. Avec les développements récents de la répression internationale, il peut être conclu sur ce point que ces interdictions recouvrent des actes que l'exécutant doit savoir illégaux. Il est bon de rappeler en ce sens que « *les ordres supérieurs, même donnés à un soldat ne peuvent constituer des circonstances atténuantes, là où des crimes aussi révoltants que nombreux ont été commis sciemment, impitoyablement et sans la moindre justification militaire* » [44].

Il est toutefois évident qu'il existe, entre l'ordre manifestement légal et celui manifestement illégal, une large gamme d'ordres *a priori* légaux sur la légalité desquels l'exécutant pourra toutefois être appelé à s'interroger. Dans ces cas « *where the ultimate legality and propriety of orders depends or may depend upon circumstances and conditions of which it cannot be expected that the inferior is informed* » [45], la présomption de légalité prend tout son sens.

---

[42] Voir Mark J. Osiel, *Obeying Orders*, p. 64.
[43] Mark J. Osiel, *Obeying Orders*, p. 51.
[44] Tribunal Militaire International de Nuremberg, Jugement p. 309, cité *in* O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 218.
[45] *McCall v. McDowell*, cité *in* Mark J. Osiel, *Obeying Orders,* p. 72.

Le Tribunal militaire américain à Nuremberg s'est interrogé sur la légalité de faire travailler des prisonniers de guerre à la construction de fortifications, la quatrième Convention de la Haye de 1907 prohibant le travail des prisonniers de guerre en « *rapport avec les opérations de la guerre* » [46] et la Convention de Genève de 1929 prohibant le travail en « *rapport direct avec les opérations de la guerre* » [47]. Ce Tribunal a ainsi jugé par rapport à la participation des prisonniers de guerre à la construction de fortifications : « *En tout état de cause, il semble que l'illégalité du recours à cette main-d'œuvre était loin d'apparaître de manière flagrante. (…) Le Tribunal considère que, au vu de l'incertitude du droit international en la matière, les ordres émis à cet égard par les autorités supérieures – ordres qui n'entraînaient pas l'emploi des prisonniers de guerre dans des zones dangereuses – n'étaient pas criminels en apparence ; il s'agissait d'une question dont un commandant sur le terrain était en droit de considérer qu'elle avait été dûment tranchée par les autorités légales à un niveau plus élevé* » [48]. Dans la même affaire, le Tribunal a jugé : « *It is not incumbent upon a soldier in a subordinate position to screen the orders of superiors for questionable points of legality* » [49].

Face à la complexité du droit international pénal dont le développement ces dernières années s'est considérablement accéléré, sans toujours posséder une absolue cohérence, il convient d'apprécier assez largement cette présomption de légalité car, comme l'a souligné le *Judge Advocate* dans l'affaire *Peleus,* « *no sailor and no soldier can carry with him a library of international law, or have immediate access to a professor in that subject who can tell him whether or not a particular command is a lawful one* » [50].

C'est pour cette raison que le Statut de la Cour pénale internationale ouvre la porte de l'erreur de droit à l'exécutant qui a, de manière erronée, apprécié la légalité de l'ordre reçu et l'a, à tort, présumé légal [51]. Le principe de base « *ignorantia legis non excusat* » ne peut totalement s'appliquer dans un domaine du droit où les règles ne sont pas toujours claires, incontestables et universellement reconnues [52].

C'est aussi dans ces cas que la présomption de légalité atteint ses limites, limites relatives dans la connaissance de l'exécutant de l'illégalité d'un ordre reçu et limite absolue dans son illégalité manifeste, qu'aucun exécutant ne peut ignorer.

C. Connaissance de l'illégalité de l'ordre reçu

La première limite, relative, à la présomption de légalité de l'ordre reçu repose dans la connaissance effective de l'exécutant, qui sait l'ordre illégal. Cette connaissance est celle de l'article 30 du Statut et se définit donc comme le fait, pour l'exécutant, d'être conscient de cette illégalité [53].

Il s'ensuit naturellement que l'exécutant doit être capable de mesurer le degré de légalité de l'ordre reçu. Il doit posséder cette capacité abstraitement, ce qui exige qu'il soit capable de discernement et qu'il ne se trouve donc pas dans l'un des états

[46] Art. 6 Règlement de La Haye annexe à la Conv. LH IV 1907.
[47] Art. 31 Conv. de Genève 1929.
[48] Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Wilhelm von Leeb et al.*, cité *in* Sassoli & Bouvier, *Un droit dans la guerre ?*, p. 889.
[49] Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Wilhelm von Leeb et al.*, cité *in* Mark J. Osiel, *Obeying Orders,* p. 72.
[50] Cour Militaire britannique à Hambourg, *in Eck et autres (« The Peleus »)*, at. 129, cité *in* Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 258.
[51] Voir art. 32 §2 CPI.
[52] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 217.
[53] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 218.

énumérés à l'article 31 du Statut comme excluant sa responsabilité pénale, la maladie ou déficience mentale ou l'intoxication. Il doit aussi posséder concrètement cette capacité par rapport à l'ordre reçu [54].

L'ordre illégal peut se définir comme contrevenant aux dispositions coutumières ou conventionnelles du droit de la guerre et du droit international pénal [55]. L'illégalité de l'ordre s'apprécie en regard du droit international et subsiste même si l'ordre est légal au regard du droit interne. Les actes commis suite à un ordre illégal constituent une violation du droit international et peuvent être qualifiés d'infractions internationales [56]. Cette illégalité ne doit pas demander de longues analyses et des débats d'experts pour être reconnue et l'on ne saurait exiger de chaque exécutant une connaissance complète du droit en vigueur. Les Conventions de Genève exigent des Etats parties une diffusion au sein de leurs forces armées et sont aujourd'hui bien connues universellement ; quant au droit international pénal, il reprend les principales infractions connues sans doute de tous les codes pénaux nationaux, telles que le meurtre ou le viol, par exemple. Néanmoins, l'ordre de tuer peut être parfaitement légal s'il concerne des combattants ennemis, pour autant qu'il ne constitue pas l'ordre de ne pas faire de quartier ou qu'il n'induise pas l'emploi de moyens ou méthodes de guerre interdits. La légalité de l'ordre dépendra ainsi grandement de son contexte et des circonstances dont l'exécutant n'aura pas forcément connaissance. Il faut également considérer que l'ordre donné implique généralement, surtout dans le domaine militaire, une exécution rapide sinon immédiate. L'exécutant doit donc percevoir rapidement, sinon immédiatement l'illégalité de l'ordre pour refuser valablement d'agir [57]. Cette reconnaissance rapide ou immédiate de l'illégalité de l'ordre ne se confond toutefois pas avec son illégalité manifeste et l'exécutant bénéficie encore ici de la liberté de son appréciation et d'une certaine marge d'erreur.

Le Tribunal militaire international de Nuremberg à jugé sur ce point que : « *L'ordre reçu d'un soldat de tuer ou de torturer en violation du droit international de la guerre n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir aux termes du statut que pour obtenir une réduction de la peine. 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, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché* » [58].

La connaissance du caractère illégal de l'ordre reçu devra être prouvée ; si cette preuve n'est pas apportée, l'exécutant sera considéré comme n'ayant pas su l'ordre illégal et ne verra pas sa responsabilité engagée. Cette connaissance ou méconnaissance peut résulter d'une erreur de fait ou de droit telles que définies à l'article 32 du Statut. Si l'erreur de droit relève de l'article 33, soit de l'appréciation de la légalité d'un ordre reçu, elle sera considérée, au sens de ces deux dispositions combinées, comme absolvant l'exécutant de sa responsabilité pénale. L'exécutant ne pourra exonérer sa responsabilité pénale s'il savait ou avait dû savoir l'ordre illégal, de même que le supérieur n'engage sa responsabilité que s'il savait ou avait dû savoir que ses subordonnés commettaient un crime ou étaient sur le point de le

[54] Voir Andreas Zimmermann, *Superior Orders*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, pp. 969-970.
[55] Voir Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility*, p. 51.
[56] Voir O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascencio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 215.
[57] Voir Mark J. Osiel, *Obeying Orders*, pp. 45 et ss.
[58] Tribunal Militaire International de Nuremberg, Jugement, pp. 235-236, cité *in* O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 217.

commettre [59]. Il n'y a pas ici de négligence à rechercher dans l'appréciation de l'exécutant mais soit la connaissance requise de l'illégalité de l'ordre reçu, soit son erreur de droit concluant à sa légalité.

La connaissance de la légalité de l'ordre reçu doit s'apprécier selon des critères se référant à une intelligence normale et non simplement rudimentaire et les juridictions militaires de Nuremberg ont apprécié également le grade occupé par l'exécutant et son degré d'instruction, de même que la gravité des actes commis [60]. Il sera donc particulièrement difficile d'apprécier le niveau de responsabilité de l'exécutant lorsque celui-ci est un enfant soldat. Comme le souligne Mark J. Osiel, « *What is reasonably foreseeable to an adult soldier will often not be foreseeable to a child soldier. Hence, if one considers the child's age, the scope of his errors (both of law and fact) found to be reasonable will greatly enlarge* » [61]. Il convient toutefois de rappeler que la question ne se posera pas devant la Cour pénale internationale, qui exclut de sa juridiction les mineurs de moins de dix-huit ans au moment de la commission des faits, question qui pourrait néanmoins se poser sous l'angle de la responsabilité du chef militaire ayant autorité sur ces enfants soldats.

D. Obligation de désobéir

L'obéissance du subordonné ne doit pas être automatique et le droit international attend de lui qu'il agisse de manière responsable, en lui reconnaissant l'obligation d'obéir aux ordres légaux et de désobéir aux ordres illégaux. Le Tribunal de Nuremberg a très justement jugé dans l'affaire dite *Einsatzgruppen* : « *The obedience of a soldier is not the obedience of an automaton. A soldier is a reasoning agent. He does not respond, and is not expected to respond, like a piece of machinery. It is a fallacy of widespread consumption that a soldier is required to do everything his superior officer orders him to do* » [62].

Les différentes juridictions militaires de Nuremberg ont jugé inopérant l'argument de défense consistant à invoquer l'ordre du supérieur, y compris l'ordre venant de Hitler lui-même, de même que l'ordre de la loi (loi allemande et code pénal allemand) en qualifiant l'ordre d'illégal. La règle prescrivant l'obéissance à un ordre reçu par un supérieur hiérarchique ne peut constituer la défense d'un acte criminel. Le subordonné doit obéir aux seuls ordres légaux, c'est-à-dire aux ordres qui ne violent pas le droit international coutumier ou conventionnel et qui ne contreviennent pas au concept de justice [63].

Ainsi, l'obligation de désobéir à l'ordre illégal est le contrepoint essentiel à l'obligation d'obéir à l'ordre légal.

---

[59] Voir l'Affaire dite *Contractor Worp*, Cour de Cassation spéciale des Pays-Bas, I.L.R. n°145, 1946, cité *in* O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 218.

[60] Affaires *Peleus*, Cour militaire britannique à Hambourg, I.L.R. n°108, 1946 ; *Werner*, Cour Suprême d'Afrique du Sud, I.L.R. n°93, 1947 et *Fiebig*, Cour criminelle spéciale à La Haye, I.L.R. n°193, 1949, cités *in* O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p.218.

[61] Mark J. Osiel, *Obeying Orders*, p. 81.

[62] Tribunal militaire américain à Nuremberg, *US v. Ohlendorf et al.*, I.L.R. n°217, 1948, cité *in* O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p.219.

[63] Voir Tribunal militaire américain à Nuremberg, *US v. List et al.*, *Hostages trial*, I.L.R. n°215, 1949 ; Cour militaire britannique à Hambourg, *von Lewinski*, I.L.R. n°192, 1949 ; Tribunal militaire permanent français à Strasbourg, *Wagner et autres*, I.L.R. n°165, 1946 ; Commission militaire américaine à Augsbourg, *Thiele et Steinert*, I.L.R. n°128, 1945 ; Tribunal militaire américain à Nuremberg, *US v. Alstötter et al.* , I.L.R. n°126, 1947, cités *in* O. Sara Liwerant, *Les exécutants*, *in* Ascensio, Decaux, Pellet, *Droit international pénal*, p. 219.

Cette obligation de désobéir reflète ainsi la tension existant entre l'ordre du supérieur et l'illégalité reconnue de l'ordre reçu. Pour Stanley Milgram, « *Si son intégration dans le système d'autorité était total, l'individu ne subirait pas de tension en exécutant les ordres, si cruels soient-ils ; il verrait les actions requises sous le seul angle des définitions imposées et de ce fait, il les jugerait entièrement acceptables. C'est pourquoi tout signe de tension est la preuve manifeste de l'échec de l'autorité à convertir le sujet à un état agentique absolu* » [64].

Il en découle que le refus d'obéissance représente le moyen ultime d'abolir la tension existant entre l'autorité et l'illégalité reconnue de ses ordres. Il faut toutefois reconnaître que ce n'est pas là un acte à la portée de tout le monde. La dérobade semblera plus facile d'accès, par laquelle le sujet tente de se dissimuler les conséquences perceptibles de ses actes, notamment en se désintéressant totalement de la victime. Bruno Bettelheim a souligné la force de persuasion d'une attitude conduisant à refuser l'évidence, aussi bien chez les victimes que chez les bourreaux [65].

Ce que Stanley Milgram remarqua au cours de ses expériences n'est pas le refus de l'évidence mais le rejet par les sujets de leur propre responsabilité. Toutefois, comme le souligne l'auteur, « *En réalité, il y a une grande part d'illusion complaisante dans cette forme de soumission minimale. Elle ne brave pas l'autorité. Loin de rejeter ses ordres, tout au plus peut-elle en diminuer la portée ; son principal avantage est d'agir à la façon d'un baume sur la conscience du sujet* » [66].

En règle générale, Stanley Milgram relève que la désapprobation précède la désobéissance, avec toutefois un effet double et contradictoire car, d'une part, elle peut être le premier stade d'un conflit progressif entre le sujet et l'autorité, un moyen de la sonder et une tentative de persuasion pour l'amener à modifier ses ordres, mais elle peut aussi, paradoxalement, servir de mécanisme réducteur de tension, de soupape permettant au sujet de se soulager sans pour autant changer de comportement. C'est-à-dire tout en maintenant intacte sa relation avec l'autorité [67].

La désobéissance implique donc le refus d'exécuter un ordre particulier, ici un ordre dont le subordonné a reconnu l'illégalité, mais il implique également une nouvelle formulation de la relation à l'autorité. « *Doute intérieur, extériorisation de ce doute, désapprobation, menace, désobéissance – telles sont les étapes du difficile chemin que seule une minorité de sujets est capable de suivre jusqu'à son terme. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une conclusion négative. Elle a au contraire le caractère d'un acte positif, d'une volonté délibérée d'aller à contre-courant. C'est à la soumission que s'attache la notion de passivité. La désobéissance exige non seulement la mobilisation des ressources intérieures, mais encore leur transformation dans un domaine situé bien au-delà des scrupules moraux et des simples objections courtoisement formulées : le domaine de l'action. On ne peut y accéder qu'au prix d'un effort psychique considérable* ». En effet, « *Le coût de la désobéissance, pour celui qui s'y résout, est l'impression corrosive de s'être rendu coupable de déloyauté. Même s'il a choisi d'agir selon les normes de la morale, il n'en demeure pas moins troublé par l'idée d'avoir délibérément bouleversé une situation sociale définie, il ne peut chasser le sentiment d'avoir trahi une cause qu'il s'était engagé à servir. Ce n'est pas le sujet obéissant, mais bien lui, le rebelle, qui ressent douloureusement les conséquences de son action* » [68].

---

[64] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 193.
[65] Voir Bruno Bettelheim, *Le cœur conscient*.
[66] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, p. 198.
[67] Voir Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, pp. 200-201.
[68] Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, pp. 202-203.

Toute ceci démontre les difficultés d'exiger la désobéissance d'un point de vue personnel, tout en soulignant son caractère nécessaire au respect de la morale et du droit. Les expériences de Stanley Milgram ne se limitent pas à des observations de laboratoire. Elles sont particulièrement adaptées aux situations dans lesquelles des soldats ordinaires commettent les pires atrocités et l'exemple qu'il cite à la fin de son ouvrage relatif au massacre de My Lai durant la guerre du Vietnam est révélateur de la pertinence de ses conclusion dans le domaine qui nous occupe ici [69].

[69] Voir Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, pp. 223-232.

III. Illégalité manifeste

Le cas de l'ordre manifestement illégal est différent et ne correspond pas à la connaissance de l'illégalité d'un ordre reçu. Dans le premier cas, l'exécutant connaît l'illégalité de l'ordre et doit refuser d'y obéir, dans le second, l'ordre est manifestement illégal et l'exécutant ne peut en ignorer l'illégalité. L'ordre manifestement illégal ne laisse plus de place à l'erreur de droit reconnue à l'article 32 du Statut. Les ordres de commettre un génocide ou des crimes contre l'humanité sont manifestement illégaux [70].

A. Illégalité manifeste de l'ordre reçu

La plupart des tribunaux internationaux et nationaux, de même que le Statut de Rome, ont accepté la notion d'illégalité manifeste comme la meilleure réponse à la question de l'obligation d'obéir à laquelle l'exécutant est soumis [71].

Dans l'affaire dite *du Haut commandement*, le Tribunal militaire américain de Nuremberg a, sur ce point, fait référence à des actes « *in evident contradiction to all human morality and every international usage of warfare* ». D'autres décisions suggèrent que l'illégalité de l'ordre doit être telle que l'exécutant la reconnaît immédiatement, dès l'ordre reçu [72].

En effet, si un exécutant doit se livrer à une analyse de l'ordre reçu pour en déterminer la légalité ou l'illégalité, cet ordre n'est pas manifestement illégal. S'il doit évaluer le caractère de l'ordre reçu à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce, y compris les conséquences d'une éventuelle inobéissance, c'est précisément ce qu'entend éviter la notion d'illégalité manifeste. Les actes manifestement illégaux sont clairement criminels en toutes circonstances, sans égard à leurs conséquences potentielles et même s'ils s'avèrent d'une grande importance militaire. Par définition, toute réflexion est inutile si l'ordre est manifestement illégal [73].

De même que l'exécutant d'une intelligence normale doit pouvoir se déterminer sur la légalité ou l'illégalité d'un ordre reçu, son illégalité manifeste doit littéralement lui sauter aux yeux, sans hésitation ni doute.

Le Tribunal Israélien qui a jugé Adolf Eichmann a ainsi exposé la notion d'illégalité manifeste : « *The distinguishing mark of a manifestly unlawful order should fly like a black flag above the order given, as a warning saying 'Prohibited'. Not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, nor unlawfulness discernible only to the eyes of legal experts, is important here, but a flagrant and manifest breach of the law, definite and necessary unlawfulness appearing on the face of the order itself, the clearly criminal character of the acts ordered to be done, unlawfulness piercing the eye and revolting the heart, be the eye not blind nor the heart not stony and corrupt, that is the measure of manifest unlawfulness required to release a soldier from the duty of obedience upon him and make him criminally responsible for his acts* » [74].

---

[70] Voir art. 33 §2 CPI.
[71] Voir Andreas Zimmermann, *Superior Orders*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute*, vol. I, p. 970.
[72] Voir Mark J. Osiel, *Obeying Orders*, pp. 46-47.
[73] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 587, *ad* art. 33 §1 CPI.
[74] *Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann,* ILR. 275-277, 1962, cité *in* Mark J. Osiel, *Obeying Orders*, p. 77.

Face à un ordre manifestement illégal, l'exécutant n'est plus soumis à l'obligation d'obéir et, au contraire, se voit imposer celle de ne pas obéir à l'ordre reçu.

B. Illégalité manifeste de l'ordre de commettre un crime contre l'humanité

Face à la gravité intrinsèque des crimes contre l'humanité, leur caractère général et systématique et la condamnation unanime dont ils font l'objet depuis soixante ans, il est aisé de conclure avec le Statut de la Cour pénale internationale, que l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est manifestement illégal. Lus conjointement les deux paragraphes de l'article 33, il faut en conclure que jamais l'excuse de l'ordre supérieur ne sera admissible par rapport au crime contre l'humanité, le Statut posant comme présomption irréfragable, « *iuris et de jure* », son illégalité manifeste [75].

Est-ce vraiment si clairement incontestable ? Les crimes contre l'humanité sont une construction juridique complexe, qui cumule des éléments constitutifs généraux, l'attaque généralisée ou systématique dont est victime une population civile, des éléments constitutifs spéciaux propres à chacun des actes énumérés à l'article 7 du Statut, du meurtre aux autres actes inhumains, à l'élément psychologique ou *mens rea* de l'article 30. L'illégalité manifeste porte donc sur tous ces éléments.

Un supérieur n'ordonnera sans doute jamais à ses subordonnés de commettre, textuellement, des crimes contre l'humanité. Il leur ordonnera plus sûrement de commettre certains actes constitutifs de ces crimes et l'ordre pourra ne porter que sur une participation fragmentaire à l'attaque généralisée ou systématique en cours. En examinant la qualité de l'ordre que peut donner un supérieur, plusieurs cas de figure sont envisageables.

Tout d'abord, le supérieur peut s'adresser collectivement à un groupe de personnes et leur ordonner de commettre telle ou telle infraction connue comme constitutive de crimes contre l'humanité, par exemple d'exécuter sommairement tous les hommes en âge de porter les armes d'une région donnée ou de violer systématiquement toutes les femmes d'un village. Un tel ordre est manifestement illégal et il sera évident pour toutes les personnes qui le recevront que l'exécuter serait criminel. Son caractère systématique et général accompagné d'actes dirigés contre ce qui n'est manifestement pas des objectifs militaires légitimes provoque un réflexe de rejet immédiat.

Toutefois, si l'ordre n'est donné qu'à une personne d'exécuter sommairement un prisonnier, cet ordre n'est pas constitutif de crimes contre l'humanité puisqu'il ne s'inscrit pas dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. Par contre, si cet ordre est donné parallèlement à d'autres subordonnés d'exécuter au total un grand nombre de personnes, il peut être constitutif de crimes contre l'humanité, pour autant que le supérieur hiérarchique ait ainsi l'intention d'agir de manière généralisée ou systématique contre une population civile ou pour autant que chaque subordonné ait connaissance de l'élément massif ou systématique, soit des ordres donnés aux autres subordonnés ou de leurs actions, et la volonté de s'y associer.

[75] Voir Otto Triffterer, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 586, *ad* art. 33 §1 CPI.

S'il semble évident que l'ordre de commettre massivement ou systématiquement meurtres ou viols est manifestement illégal, est-ce le cas pour tous les actes constitutifs de crime contre l'humanité ? Nous pensons en particulier à la torture. L'exemple de témoignages d'officiers quant aux ordres donnés ou aux actes commis de torture durant la guerre d'Algérie est symptomatique. Tous percevaient bien la notion de l'illégalité de leurs actes ou pour le moins de leur immoralité. Tous aussi les estimaient nécessaires à la recherche d'informations, qui pourraient permettre de sauver la vie de nombre de leurs camarades. Tous enfin appliquaient de telles pratiques à des « terroristes » qui, du fait de cette classification sommaire, perdaient moralement tout droit à une considération ou à une protection particulière. Ainsi, la torture, si elle ne semblait pas légale, semblait au moins justifiée par la gravité de la situation. Certains assument leurs actes, d'autres les revendiquent même [76].

Dans une telle hypothèse, la torture massive ou systématique, constitutive de crime contre l'humanité, semblera à ces hommes l'ordonnant ou l'exécutant justifiée par les circonstances, son illégalité disparaissant ainsi. Le général Massu diffusa en effet, le 19 mars 1957, une note dans laquelle il exposait : « *La condition* sine qua non *de notre action en Algérie est que ces méthodes soient admises, en nos âmes et consciences, comme nécessaires et moralement valables* » [77]. Il est difficile dès lors d'admettre, dans une telle hypothèse, le caractère manifeste de son illégalité, même si le Tribunal militaire international de Nuremberg rappelait comme nous l'avons déjà mentionné que : « *L'ordre reçu d'un soldat de tuer ou de torturer en violation du droit international de la guerre n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence* » [78].

Il y a là un problème de fond, qui tient à la présence ou non de l'élément psychologique ou *mens rea*. L'article 30 du Statut exige en effet que tous les crimes soient commis avec intention et connaissance. Or la conscience d'exécuter un acte nécessaire et justifié par les circonstances fait disparaître l'élément psychologique exigé par le Statut, puisque l'exécutant s'estime en droit d'agir selon les ordres reçus et n'a dès lors pas d'intention criminelle. Le Statut exige, pour reconnaître une erreur de fait, qu'elle provoque la disparition de l'élément psychologique. Quant à l'erreur de droit, elle est admise par le Statut soit si elle fait disparaître cet élément psychologique, soit si elle entre dans le cadre de l'ordre supérieur ou de l'ordre de la loi auquel l'exécutant avait l'obligation d'obéir et dont il ne connaissait pas l'illégalité, qui n'était pas manifeste.

Toutefois, l'article 32 paragraphe 2 du Statut est clair et ne souffre aucune exception : l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est manifestement illégal et il n'est donc pas possible d'invoquer l'excuse de l'ordre supérieur.

Même si l'exécutant a la conviction, sur le moment, d'agir de manière justifiée, d'un point de vue général et abstrait son comportement n'est pas admissible et il butera sur l'irréfragabilité de la présomption posée par le Statut quant au caractère manifestement illégal de l'ordre de commettre un crime contre l'humanité.

---

[76] Voir not. Jacques Massu, *La vraie bataille d'Alger*, éd. du Rocher, Paris 1997, Paul Aussaresses, *Services Spéciaux, Algérie 1955-1957*, éd. Perrin, Paris, 2001, Jean-Pierre Cômes, *« Ma » guerre d'Algérie et la torture. J'étais lieutenant dans les D.O.P*, éd. L'Harmattan, Paris, 2002, Pierre-Alain Thomas, *Les désarrois d'un officier en Algérie*, éd. Seuil, Paris, 2002.
[77] Cité *in* Paul Vidal-Naquet, *La torture dans la République*, p. 45.
[78] Tribunal Militaire International de Nuremberg, Jugement, pp. 235-236.

IV. Conclusion : les éléments constitutifs de la responsabilité de l'exécutant

En conclusion, il convient de relever systématiquement comme suit les éléments constitutifs de la responsabilité des exécutants :

A. Eléments matériels

1. L'exécutant doit avoir commis l'un ou plusieurs des actes constitutifs de crimes contre l'humanité au sens de l'article 7 du Statut.
2. Il doit l'avoir commis ou les avoir commis sur l'ordre d'un supérieur, militaire ou civil.

B. Eléments psychologique

1. Intention

1. L'exécutant doit être conscient qu'il commet des crimes contre l'humanité en obéissant à l'ordre reçu.

2. Connaissance

1. L'exécutant doit savoir que l'acte ou les actes qu'il commet sur ordre sont illégaux ; ou
2. L'ordre reçu doit être manifestement illégal.

Section 3

Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale : Cas particulier des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Chapitre 20

Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale dans le Statut de la Cour pénale internationale pour les auteurs de crimes contre l'humanité

La culpabilité pénale présuppose, classiquement, l'aptitude à la faute, c'est-à-dire la responsabilité. Est responsable au moment des faits, celui qui, au sens de l'article 30 du Statut, agit avec intention et connaissance, ce qui signifie que l'auteur doit être capable d'apprécier le caractère criminel de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation, ce que confirme, *a contrario* l'article 31 du Statut. L'auteur est donc perçu comme un être doué d'une intelligence et d'une volonté lui permettant de comprendre ce qu'il fait et d'agir en conséquence. Cette aptitude de l'auteur à la faute doit être présumée. En effet, ce n'est que s'il se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 31 du Statut que l'auteur sera considéré comme irresponsable.

L'article 31 du Statut est consacré aux « *motifs d'exonération de la responsabilité pénale* », qu'il énumère comme étant, premièrement les cas d'incapacité psychique due à la maladie ou déficience mentale ou à l'intoxication et, deuxièmement, les cas de légitime défense, et de contrainte [1]. Cette liste n'est pas exhaustive, un renvoi aux autres motifs d'exonération existant dans le Statut d'une part, et, dans une moindre mesure, aux motifs d'exonération qui pourraient découler du droit applicable devant la Cour au sens de l'article 21, complète cette disposition [2] : « *It is submitted that this reference to the applicable law is primarily intended to cover customary international law. It follows that that reference would advert to (…) such excuses as: (i) physical compulsion, (ii) necessity, or (iii)* force majeure *(if considered admissible)* » [3].

[1] Voir art. 31 §1 lit. (a) à (d) CPI.
[2] Voir art. 31 §3 CPI.
[3] Antonio Cassese, *Justifications and Excuses in International Criminal Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 955.

Le Statut de Rome contient, hors l'article 31, d'autres clauses d'exonération de la responsabilité pénale qui sont l'erreur de fait ou l'erreur de droit [4] et l'ordre hiérarchique ou l'ordre de la loi [5]. Nous ne considérons pas comme motif d'exonération de la responsabilité pénale l'âge inférieur à dix-huit ans de l'auteur d'un crime car c'est là une clause d'exclusion de la juridiction de la Cour et non d'exonération de la responsabilité de l'auteur [6]. De même, le désistement est un motif d'exclusion de la punissabilité (le crime n'est pas commis et sa tentative volontairement interrompue) et non d'exonération de la responsabilité de l'auteur [7].

Les motifs d'exonération ne peuvent intervenir que si la responsabilité pénale de l'auteur est normalement engagée au sens des articles 25 à 28 du Statut et qu'une exception se rencontre au sens des articles 31 à 33. En effet, si la responsabilité pénale de l'individu n'est pas engagée, il n'y a pas lieu à exonération [8].

La qualité de cette exonération n'est pas établie par le Statut, qui ne fait aucune distinction entre excuse et justification, distinction couramment acceptée dans la plupart des systèmes pénaux nationaux, surtout dans les pays de droit civil. Il n'est actuellement pas clair si le droit international pénal établit une distinction légale entre justification et excuse [9].

En comparaison des différents codes pénaux nationaux et de la jurisprudence y relative, les motifs d'exonération reconnus par le Statut de Rome paraissent particulièrement limités, ce qui peut être expliqué par la dimension d'une extrême gravité des crimes internationaux et particulièrement du crime contre l'humanité [10].

Le Statut dispose que les motifs d'exonération de la responsabilité pénale doivent exister « *au moment du comportement en cause* », soit *in actu*. C'est donc au moment d'agir que l'auteur doit se trouver en état de déficience ou de maladie mentale, d'intoxication ou soumis à la contrainte et c'est l'analyse de la situation à ce moment là qui permettra au juge de se prononcer sur l'existence ou non d'un motif d'exonération [11].

Dans le cadre de la commission de crimes contre l'humanité, vu leur caractère général ou systématique, le moment de l'action peut être relativement long. Une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ne s'exécute pas en quelques instants. Il conviendra donc que l'état dont l'accusé entend se prévaloir persiste durant toute son action criminelle. Un individu agissant, par exemple, en état d'intoxication et poursuivant son action criminelle après la dissipation des effets de son intoxication sera pleinement responsable des actes commis en pleine possession de ses moyens. Il en est de même de celui qui, agissant sous la contrainte, poursuit son action criminelle alors que la menace à son encontre a cessé.

Dans la suite des chapitres précédents, nous n'entendons pas ici nous livrer à une analyse complète des motifs d'exonération de la responsabilité pénale en droit international mais seulement nous limiter à l'analyse de l'article 31 du Statut de Rome, en rapport avec les crimes contre l'humanité.

---

[4] Voir art. 32 CPI.
[5] Voir art. 33 CPI et *supra* chapitre 19.
[6] Voir art. 26 CPI et *supra* chapitre 16.
[7] Voir art. 25 §3 lit. (f) *in fine* CPI et *supra* chapitre 16.
[8] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 539, *ad* art. 31 CPI.
[9] Voir Antonio Cassese, *Justifications and Excuses in International Criminal Law*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 951-952 et Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, p. 229.
[10] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 542, *ad* art. 31 CPI.
[11] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 545, *ad* art. 31 CPI.

I. La maladie ou déficience mentale

L'incapacité psychique de l'auteur de comprendre la nature criminelle de son comportement ou de le maîtriser pour se conformer à la loi est l'une des causes d'exonération de la responsabilité pénale au sens de l'article 31 du Statut qui dispose qu'est irresponsable la personne qui « *souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi* » [12].

Ce motif d'exclusion de la responsabilité pénale repose sur deux éléments de base, à savoir, premièrement une maladie ou déficience mentale et, deuxièmement, la destruction de la faculté de comprendre le caractère illégal de son comportement ou de le maîtriser [13].

A. Les cas de maladie ou de déficience mentale

Le Statut de la Cour pénale internationale ne définit pas la maladie ou la déficience mentale. Ce qui importe ici, c'est l'effet de la maladie ou de la déficience mentale sur la capacité de l'auteur de comprendre ou de maîtriser son comportement. Les termes de maladie ou déficience mentale sont toutefois suffisamment restreints pour ne pas englober les simples perturbations psychiques qui ne provoqueraient pas la destruction de la capacité cognitive ou volitive de l'auteur. Ces termes sont également suffisamment larges pour ne pas être limités à des maladies ou atteintes spécifiques mais applicables à toute maladie ou déficience reconnaissables à leur effet destructeur sur la capacité de l'auteur [14].

Nonobstant leur caractère général, les termes de maladie et de déficience mentale recouvrent des états connus et répertoriés, l'Organisation Mondiale de la Santé, par exemple, publiant régulièrement une classification internationale des maladies mentales. Peu importe que l'état mental de l'auteur soit congénital ou acquis, durable, passager ou récurent, curable ou incurable. Ce qui importe c'est que, *in actu*, l'auteur se soit trouvé dans un état d'irresponsabilité pénale qu'il n'a pas provoqué lui-même. « *The plea may be urged when at the time of commission of the crime the accused was unaware of what he was doing and hence of forming a rational judgement about his conduct. As a consequence, the accused lacks the requisite mens rea and may not be held responsible for his behaviour* » [15].

La santé mentale de l'auteur d'un crime doit être perçue comme une présomption générale, toute personne accusée d'infraction étant présumée saine d'esprit et l'avoir été au moment des faits, jusqu'à preuve du contraire. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a eu l'occasion de définir clairement le rôle de la maladie ou déficience mentale en droit international pénal, en précisant que « *lorsqu'il soulève la question du défaut de discernement, l'accusé combat la présomption de santé mentale en plaidant l'aliénation mentale. Il s'agit d'un véritable moyen de défense en ce sens que c'est à l'accusé qu'il incombe de le prouver – c'est-à-dire de montrer que l'hypothèse la plus vraisemblable est qu'au moment des faits, il souffrait de troubles de la raison dus à une maladie mentale, de sorte qu'il ignorait la nature ou la qualité de ses actes ou, s'il ne l'ignorait pas, il ne savait pas que ce qu'il faisait était répréhensible. Un tel moyen, s'il est admis, constitue une cause exonératoire de responsabilité et conduit à l'acquittement* » [16].

---

[12] Art. 31 §1 lit. (a) CPI.
[13] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 545, *ad* art. 31 CPI.
[14] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 545, *ad* art. 31 CPI.
[15] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 224-225.
[16] TPIY, Delalic et al, Appel, §582.

A l'inverse, ni le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ni celui de la Cour pénale internationale, ne comportent de disposition expresse relative à l'altération du discernement et donc à la responsabilité restreinte de l'accusé. Placée devant ce cas de figure, la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire précitée, expose que, dans les pays qui connaissent une clause d'exonération de la responsabilité pénale relative à l'incapacité totale de l'accusé de comprendre ou de contrôler ses actes, l'altération du discernement n'est prise en compte que dans le cadre de la fixation de la peine, comme circonstance atténuante et non comme clause exonératoire de la responsabilité pénale de l'auteur [17].

En ce sens, pour pouvoir bénéficier d'une réduction de peine, « *Thus, the accused must be suffering from an abnormality of mind which has substantially impaired his mental responsibility for his acts or omissions. The abnormality of mind must have arisen from a condition of arrested or retarded development of the mind, or inherent causes induced by disease or injury. These categories clearly demonstrate that the evidence is restricted to those which can be supported by medical evidence. Consequently, killings motivated by emotions, such as those of jealousy, rage or hate, appear to be excluded* » [18].

Il existe donc d'autres états psychiques que l'auteur peut invoquer et qui, n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 31 du Statut car ne provoquant que partiellement l'incapacité de l'auteur de comprendre ou de contrôler son comportement, ne sont pas considérés comme maladie ou déficience mentale [19].

B. La privation de la capacité de comprendre ou de contrôler ses actes

En cas de maladie ou de déficience mentale, l'auteur ne peut être blâmé pour sa conduite criminelle parce que, n'ayant pas provoqué lui-même cet état mental déficient, il ne pouvait pas apprécier le caractère illégal de son acte ou, si l'ayant correctement apprécié, il ne pouvait pas maîtriser son comportement pour le conformer aux prescriptions de la loi. Il existe un lien de causalité évident entre l'état mental de l'auteur et son comportement. C'est parce qu'il est incapable de discernement qu'il a agi ainsi, en supposant que s'il eût été sain d'esprit, il n'eût point agi de la sorte puisqu'il n'est habité d'aucune intention criminelle. Par essence, l'auteur ne sait pas ce qu'il fait et dès lors il n'agit pas de manière coupable. Sa responsabilité est exclue car l'intention criminelle, la *mens rea*, lui fait défaut, son état mental étant suffisamment sérieux pour le priver de ses capacités de comprendre et de vouloir [20].

Le Statut exige la destruction de la capacité de comprendre ou de contrôler ses actes chez l'auteur et non seulement sa diminution. Il n'existe pas au sens du Statut à proprement parler de responsabilité restreinte, même si de tels cas peuvent être invoqués comme circonstances atténuantes et inférer sur la fixation de la peine, au sens de l'article 78 du Statut. En ce sens, la règle 145 du projet final de Règlement de Procédure et de Preuve établi par la Commission préparatoire dispose que la Cour doit, lorsqu'elle fixe la peine, premièrement, évaluer « *le poids relatif de toutes les considérations pertinentes, y compris les facteurs atténuants et les facteurs aggravants, et tient compte à la fois de la situation de la personne condamnée et des circonstances du crime* » et, deuxièmement, tenir compte, selon qu'il convient, de circonstances atténuantes telles que celles qui, « *tout en s'en approchant, ne constituent pas*

[17] Voir TPIY, Delalic et al., Appel, §586.
[18] TPIY, Delalic et al., §1166.
[19] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 546, *ad* art. 31 CPI.
[20] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 1028-1031.

des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, comme une altération substantielle du discernement » [21].

Par contre, il suffit que soit la capacité de comprendre l'illégalité de ses actes soit celle de maîtriser son comportement soit anéantie et non forcément les deux, pour que l'auteur voit reconnue son irresponsabilité pénale [22].

C. Maladie ou déficience mentale et crimes contre l'humanité

Il n'est pas inconcevable qu'une personne atteinte de déficience mentale commette des crimes contre l'humanité, ou, plus exactement, y participe. En effet, si l'on considère que les crimes contre l'humanité doivent être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [23], une telle personne ne pourra pas être l'auteur de cette politique. Par contre, il n'est pas impossible qu'elle participe à leur commission, notamment en tant qu'instrument d'un auteur médiat, qui encourrait alors seul la responsabilité de ses actes [24].

[21] *Règlement de Procédure et de Preuve*, Règle 145, §1 lit. (b) et §2 lit. (a) ch. (i).
[22] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 545-546, *ad* art. 31 CPI.
[23] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.
[24] Voir art. 25 §3 lit. (a) *in fine* CPI et *supra* chapitre 16.

II. L'intoxication

L'intoxication est le second élément d'incapacité psychique retenu par le Statut de Rome, dont la définition est la suivante : « *Elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque* » [25].

A la différence de la maladie ou déficience mentale, l'intoxication est en effet provoquée par l'absorption, en principe volontaire, d'alcool, de drogues ou d'autres substances comparables, par exemple certains médicaments. La question se pose alors de savoir comment traiter celui qui s'enivre ou se drogue et, sous l'effet de la consommation de telles substances, commet un crime contre l'humanité. Si l'on considère la grave altération de la conscience de l'auteur *in actu*, au moment des faits, la conclusion de l'irresponsabilité et donc l'exonération pénale devrait s'imposer. Néanmoins, si l'on considère la situation de l'auteur au moment de consommer alcool ou drogues, sa capacité de discernement n'est pas en cause. Par ailleurs, il est évident que l'auteur connaît, comme tout un chacun, les effets déstabilisateurs que ce genre de substances aura sur son comportement [26].

Il n'en demeure pas moins que, hors les cas d'*actio libera in causa*, la personne en état d'intoxication sera, au moment d'agir, irresponsable. Son état *in actu* ne sera pas différent en cas d'*actio libera in causa* mais les raisons qui auront conduit l'auteur à provoquer son intoxication sont criminelles et c'est pour cette raison que, bien qu'irresponsable au moment des fait, sa responsabilité ne pourra être exonérée du fait de l'intention criminelle qui l'a précédée [27].

A. Les cas d'intoxication

Les premiers projets de cette disposition comportaient une référence à des intoxications dues à la consommation d'alcool ou de drogues, sans exclure d'autres moyens. Finalement, le Statut ne retient aucune cause particulière, disposant simplement que l'auteur doit se trouver « *dans un état d'intoxication* ». Ce terme est vaste mais, « *as, however, intoxication by its very meaning implies a sort of toxic impact, it would not suffice that the person acted in a state of excitement or acceleration, as may follow from endogenic causes or external circumstances, though in its effect comparable to drunkenness or drug consumption, rather the intoxication must at least be caused by consumption of an exogenic substance with the effect of an intoxication* » [28].

Deux conditions strictes doivent être réunies pour que cette disposition s'applique et que l'auteur voit ainsi exonérée sa responsabilité pénale. Premièrement, l'intoxication doit être suffisamment sérieuse pour effacer la *mens rea*, l'auteur étant dans un état mental tel qu'il n'est plus en position d'être conscient de ses actes et d'apprécier le caractère illicite de sa conduite. Deuxièmement, dans le cas d'une intoxication volontaire, l'auteur ne s'est pas volontairement mis dans cet état en sachant qu'il risquait, à cause de cet état d'intoxication,

[25] Art. 31 §1 lit. (b) CPI.
[26] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 1029-1030.
[27] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1030.
[28] Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 546-547, *ad* art. 31 CPI.

de s'engager dans une action criminelle ; dans les cas d'*actio libera in causa*, l'auteur ne peut se voir reconnaître le bénéfice de son état d'incapacité *in actu* [29].

La jurisprudence internationale est extrêmement pauvre en la matière. Cependant, deux cas peuvent être relevés, tous deux rejetant le moyen de défense invoqué.

Le premier cas est issu de la jurisprudence militaire qui a suivi la deuxième guerre mondiale. Le Tribunal militaire britannique à Kuala Lumpur, dans une décision du 1er février 1946 dans l'affaire *Yamamoto Chusaburo*, a jugé : « *Drunkenness in itself was not an excuse for crime, but where intention was of the essence of the offence, drunkenness might justify a court in awarding a lesser punishment than the offence would otherwise have deserved or it might reduce the offence to one of a lesser serious character. In such a case the man must be in such a state of drunkenness as to make him incapable of formulating any intention to commit the offence, and such a state would clearly affect the degree of killing of which the Court would find the accused guilty* » [30].

Le second cas a été jugé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Kvocka et consorts*. L'accusé Zigic avait allégué avoir été sous les effets d'une intoxication lorsqu'il commettait plusieurs des actes qui lui étaient reprochés, sans pourtant préciser lesquels, commis dans les camps de Omarska, Keraterm et Trnopolje. La Chambre de première instance lui a refusé le bénéfice d'une atténuation de la peine et plus encore de l'exonération de sa responsabilité pénale : « *La Chambre convient que l'altération du discernement constitue un facteur d'atténuation de la peine dans de nombreux pays. Toutefois, il convient de considérer si le sujet l'a délibérément ou consciemment provoquée. Si l'ivresse peut constituer une circonstance atténuante lorsqu'elle est due à la force ou à la contrainte, la Chambre ne saurait accepter, comme le voudrait Zigic, qu'une altération délibérée du discernement puisse entraîner une diminution de la peine. Elle considère au contraire que dans un contexte où la violence et le port d'armes sont de règle, la consommation volontaire de drogues ou d'alcool constitue une circonstance aggravante plutôt qu'atténuante* » [31].

B. La privation de la capacité de comprendre et de contrôler ses actes

Comme dans les cas de maladie ou de déficience mentale, la capacité de l'auteur de comprendre l'illégalité de ses actes ou sa capacité à contrôler son comportement doit être anéantie par l'état d'intoxication dont il est victime, et non seulement réduite ou limitée. « *It would not be sufficient that intoxication merely diminishes the person's capacity of appreciation and control, but rather it must destroy the personal ability to realize and estimate that he is acting unlawfully or, if the person is still aware of the unlawfulness of the conduct, lacks the ability to control it according to the requirement of the law* » [32].

Même si l'intoxication par l'alcool, la drogue ou toute autre substance peut s'avérer controversée lorsqu'il s'agit d'excuser la commission de crimes aussi graves que les crimes contre l'humanité, il n'en demeure pas moins que la personne en état d'intoxication est, au moment d'agir, hors d'état de comprendre la gravité et le caractère illicite de ses actes ou de se contrôler, dans la même mesure que ce qui est exigé dans le cas de la maladie ou déficience mentale. L'intoxication dont est victime l'auteur le prive de sa capacité de

[29] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, p. 249.
[30] British Military Court, Kuala Lumpur, verdict of 1 February 1946, *in* LRTWC, III, 76-80, cité *in* Cassese, *International Criminal Law*, p. 228.
[31] TPIY, Kvocka et al., §706.
[32] Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 547, *ad* art. 31 CPI.

discernement ; il ne possède donc pas la connaissance et l'intention criminelles nécessaires à engager sa responsabilité pénale [33].

C. L'*actio libera in causa*

Le Statut de la Cour pénale internationale limite l'exonération de responsabilité pénale aux cas dans lesquels la personne en cause ne s'est pas « *volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque* » [34].

En réglementant l'*actio libera in causa*, le Statut entend exclure toute possibilité d'exculpation à la personne qui s'est volontairement mise dans cet état d'intoxication, de mauvaise foi et dans le but de commettre un crime, afin d'en tirer, une fois le crime commis, l'excuse nécessaire à échapper à toute punissabilité [35].

Il s'ensuit que la cause d'exonération de l'intoxication est exclue comme moyen de défense si l'on peut reprocher à l'auteur les deux *culpa in causa* retenues par le Statut, à savoir, premièrement, qu'il s'est intentionnellement enivré ou autrement intoxiqué et, deuxièmement, qu'il savait ou n'a pas tenu compte du risque, que, à cause ou grâce à son intoxication, il commettrait un crime ou participerait, sous une forme ou sous une autre, à sa commission. Ces deux *culpa in causa* sont cumulatives, la lettre de cette dispositions établissant clairement que l'intoxication volontaire doit intervenir dans des circonstances telles qu'elles permettent à l'auteur de savoir que le crime sera commis ou d'assumer le risque qu'il le soit. Cette clause d'exonération ne peut dès lors être appliquée que dans les cas où l'auteur ne s'est pas volontairement intoxiqué ou dans ceux dans lesquels l'auteur qui s'est volontairement intoxiqué ne pouvait être conscient du risque de commettre un crime ou de participer à sa commission une fois dans cet état [36].

La réalisation de l'*actio libera in causa* implique donc deux résultats en cascade, qui sont premièrement la création de l'état d'intoxication et, deuxièmement, la commission, dans cet état, de l'infraction envisagée précédemment. La formulation de l'article 31 du Statut implique que ces deux résultats doivent être liés dans l'esprit de l'auteur, ce qui entraîne que les deux *culpa in causa* doivent être intentionnelles.

La première *culpa* nécessaire à l'*actio libera in causa* sera donnée si l'auteur a intentionnellement, au sens de l'article 30 du Statut, bu de l'alcool, consommé de la drogue ou d'autres substances analogues. L'auteur doit donc avoir su qu'il consommait de telles substances et avoir eu l'intention de le faire. Il devait également savoir que le résultat de cette consommation serait l'intoxication sous forme d'ivresse ou d'autre altération de la conscience. Il devait aussi être conscient du lien de causalité existant entre la consommation de ce produit et l'altération de sa conscience qui s'ensuivrait. En effet, sans la consommation de tels produits, l'auteur ne se serait pas trouvé en état d'intoxication.

La seconde *culpa* sera donnée dans deux cas. Premièrement si celui qui s'est intentionnellement mis dans cet état d'intoxication l'a fait dans l'intention de commettre le crime effectivement perpétré par la suite : en ce sens il savait que le crime commis serait la conséquence de son intoxication. C'est là la forme du dessein prévue de manière générale à l'article 30 du Statut. Deuxièmement s'il n'a tenu aucun compte du risque de commettre un

[33] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, p. 249.
[34] Art. 31 §1 lit. (b) *in fine* CPI.
[35] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 547, *ad* art. 31 CPI.
[36] Voir Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals*, p. 250.

tel crime une fois intoxiqué. Ceci signifie tout d'abord que l'auteur est, au moment de l'*actio praecedens*, conscient de ce risque et, ensuite, qu'il en accepte par avance la réalisation éventuelle. C'est là la forme du dol éventuel [37].

D. Intoxication et crimes contre l'humanité

Il n'est pas inconcevable qu'une personne commette des crimes contre l'humanité, ou, plus exactement, y participe, en état d'intoxication, notamment en tant qu'instrument d'un auteur médiat, qui encourrait alors seul la responsabilité de ses actes [38]. Il semble toutefois difficile de concevoir que l'intoxication puisse couvrir toute la durée de commission des crimes contre l'humanité. Il est en tous les cas évident que l'excuse de l'intoxication ne pourra que très rarement jouer en faveur de l'auteur de crimes contre l'humanité, qui devra demeurer dans cet état autant que durera sa participation, sinon même l'attaque généralisée ou systématique, pour s'en prévaloir.

[37] Voir art. 30 et 31 §1 lit. (b) CPI.
[38] Voir art. 25 §3 lit. (a) *in fine* CPI et *supra* chapitre 16.

III. La légitime défense

La légitime défense au sens, de l'article 31 du Statut de la Cour pénale internationale, recouvre les actes d'une personne qui « *a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui (…) contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés* » [39]. Cette disposition en élargit la notion à la défense des biens essentiels à la survie ou à l'accomplissement d'une mission militaire, mais uniquement en ce qui concerne les crimes de guerre, ce qui ne nous concerne pas ici.

La légitime défense est, dans le cadre du Statut de la Cour pénale internationale, à distinguer clairement de celle que connaît bien le droit international public, notamment réglementée par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. La Charte et le droit international coutumier consacrent effectivement le droit d'un Etat à se défendre contre une agression armée. Le Statut de Rome consacre lui le droit d'un individu à se défendre ou à défendre autrui contre l'usage illicite de la force.

De même que l'article 51 de la Charte des Nations Unies, l'article 31 du Statut de la Cour pénale internationale consacre le droit coutumier. Comme l'a relevé justement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le principe de légitime défense contenu dans l'article 31 du Statut – le même principe est absent du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie – se retrouve dans la plupart des droits pénaux nationaux et doit être considéré comme une règle du droit international coutumier que ce Tribunal doit prendre en compte pour juger des cas portés devant lui [40].

Il existe, au sens de l'article 31 du Statut de Rome, deux conditions à l'exonération de la responsabilité pénale de l'individu qui a agi en légitime défense : l'existence d'un danger imminent résultant d'un usage illicite de la force et une réaction proportionnée à cet usage de la force [41].

Pour le Professeur Antonio Cassese, la légitime défense en droit international coutumier, que, d'après lui, l'article 31 du Statut de Rome reprend, hors les cas de défense de la propriété face à des crimes de guerre, repose sur quatre conditions cumulatives, qui sont les suivantes : « *(i) the action in self-defence is taken in response to an imminent or actual unlawful attack on the life of the person or of another person; (ii) there is no other way of preventing or stopping the offence; (iii) the unlawful conduct of the other has not been caused by the person acting in self-defence; (iv) the conduct in self-defence is* proportionate *to the offence to which the person reacts* » [42]. Ceci revient à exiger, en plus des conditions de l'usage illicite de la force et de la proportionnalité, deux conditions supplémentaires de subsidiarité (il n'existe pas d'autre voie pour prévenir ou arrêter l'attaque) et d'absence de faute antérieur de la part de la personne qui agit en légitime défense (l'usage de la force n'ayant pas été provoqué par le comportement de l'agrédi), ainsi qu'à limiter celle de la proportionnalité en excluant l'exercice de la légitime défense à une attaque ne mettant pas en danger la vie de la personne attaquée.

De telles exigences nous semblent solliciter à l'extrême le texte du Statut. Celui-ci, en effet, dispose que l'agrédi « *a agi raisonnablement pour se défendre [ou] pour défendre autrui (…) contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger*

[39] Art. 31 §1 lit. (c) CPI.
[40] Voir TPIY, Kordic et Cerkez, §§448-452.
[41] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1031 et Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 548-549, *ad* art. 31 CPI.
[42] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 222-223.

qu'[il] courait ou que courai[t] l'autre personne » [43]. Les termes « *raisonnablement* » et « *d'une manière proportionnée* » font clairement référence à la condition de la proportionnalité, alors que l'imminence et l'illicéité du recours à la force dont est victime l'agrédi sont soulignés comme seconde condition. Cette disposition reconnaît donc à l'agrédi le droit de se défendre sans limiter son choix des moyens de défense autrement que par l'exigence de leur proportionnalité à l'ampleur du danger encouru.

Il est un élément essentiel à garder en mémoire lorsque l'on traite de la légitime défense en rapport avec la commission de crimes contre l'humanité. Il semble tout d'abord évident que la victime de crimes contre l'humanité puisse se défendre contre leur commission. La population civile victime d'une attaque généralisée ou systématique ne doit pas accepter le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la torture ou le viol sans résistance, ce qui conclut déjà à accepter la légitime défense contre le viol et la torture et non pas seulement dans les cas où la vie de l'agrédi est menacée.

Toutefois, pour considérer la légitime défense comme motif d'exonération de la responsabilité pénale, il faut envisager le cas de l'agrédi qui commet, pour se défendre, des crimes contre l'humanité. Il est certainement acceptable d'envisager que l'agrédi provoque la mort du criminel contre l'humanité ; *a contrario*, il est certainement inacceptable que l'agrédi viole, torture ou réduise en esclavage son agresseur. Dans tous les cas, un crime contre l'humanité exigeant une attaque généralisée ou systématique, il semble difficilement envisageable qu'une action en légitime défense puisse « *raisonnablement* » et « *d'une manière proportionnée* » revêtir l'ampleur et la gravité des crimes contre l'humanité.

Nous avons souligné à maintes reprises l'élément collectif intimement lié à la commission d'un crime contre l'humanité et la nécessité d'une pluralité d'auteurs. La légitime défense collective est parfaitement envisageable, le Statut prévoyant la possibilité de se défendre soi-même et de défendre autrui. Une action collective en légitime défense ne constituerait pas alors la « *participation à une action défensive* » [44], qui doit être menée par « *des forces armées* ». La population victime de crimes contre l'humanité devant être civile, une action en légitime défense ne peut provenir que de personnes civiles également [45]. Une telle action collective pourrait alors revêtir, d'une part, l'ampleur nécessaire à la commission d'un crime contre l'humanité (par exemple en provoquant la mort d'un grand nombre d'agresseurs civils) et, d'autre part, remplir les conditions, notamment de proportionnalité, de la légitime défense. Vu la gravité extrême des crimes contre l'humanité, le respect dans un tel cas de la condition de proportionnalité reviendrait, de fait, à respecter également une éventuelle condition de subsidiarité : rien n'étant plus grave que des crimes contre l'humanité, la proportionnalité n'est donnée que si aucune autre action défensive n'était envisageable.

Par ailleurs, l'attaque généralisée ou systématique constitutive des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale doit être menée en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [46].

Il est évidemment inconcevable que la légitime défense puisse être menée en fonction de la même politique criminelle, qui, si elle n'existe pas, interdit la qualification de crimes contre l'humanité des éléments en cause [47]. Il faut donc nécessairement en conclure qu'il

[43] Art. 31 §1 lit. (c) CPI.
[44] Art. 31 §1 lit. (c) *in fine* CPI.
[45] Voir art. 7 §1 *in initio* et *supra* chapitre 4.
[46] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI.
[47] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 1034-1035.

n'est pas possible de commettre des crimes contre l'humanité en état de légitime défense, ce qui interdit l'application de cette cause d'exonération de la responsabilité pénale dans le Statut de la Cour pénale internationale à ces crimes.

IV. La contrainte et l'état de nécessité

Le Statut de la Cour pénale internationale dispose ensuite que « *Le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter. Cette menace peut être : i) Soit exercée par d'autres personnes ; ii) Soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté* » [48].

La contrainte a donné lieu à une abondante littérature et nourri d'intenses débats, des décisions de Nuremberg jusqu'à celle concernant Erdemovic devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Contrainte et nécessité sont étroitement associées, pour ne pas dire confondues, jusque dans le Statut de la Cour qui dispose que la menace à l'origine de la contrainte peut provenir soit d'autres personnes (contrainte au sens strict), soit de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur (cas typique de nécessité). Cette confusion est confirmée dans les termes employés en langue anglaise, qui appelle « *duress by threat* » la contrainte et « *duress of circumstances* » l'état de nécessité. Pourtant, la reconnaissance de l'état de nécessité justifiant une exonération de la responsabilité pénale n'a jamais constitué un usage en droit international et la jurisprudence internationale a le plus souvent eu recours à la notion de contrainte [49].

La jurisprudence issue des tribunaux de Nuremberg interpréta l'état de nécessité comme n'exigeant pas une pesée des intérêts ou biens en présence mais comme provoquant la perte de toute liberté de choix et de décision au point que l'imputation d'un acte criminel à l'auteur apparaît injuste. Ainsi, les tribunaux de Nuremberg n'ont pas distingué l'état de nécessité de la contrainte, tous deux impliquant la perte du pouvoir de choix et de décision [50].

La perte de la faculté de choisir et de décider suite à une contrainte externe a toujours été considérée comme un élément objectif de l'état de nécessité. La définition la plus précise de la contrainte ou nécessité apparaît dans l'affaire *von Leeb,* dite du *Haut commandement*, dans laquelle le Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg a considéré que l'état de nécessité ou la contrainte devaient être caractérisés par des circonstances telles qu'un homme raisonnable placé devant un péril physique imminent soit privé de toute liberté de choix [51]. Dans l'affaire *Krauch* (*IG Farben*), le même Tribunal a fait le lien entre la nécessité ou contrainte et l'ordre supérieur si celui-ci prive le subordonné d'un choix moral quant à la conduite à tenir [52].

De la même manière, la Cour suprême d'Israël, dans l'affaire Eichmann, a exigé, pour reconnaître la contrainte ou la nécessité, qu'il existât un danger immédiat pour la vie du

---

[48] Art. 31 §1 lit. (d) CPI. Il convient de relever que la Règle 145 du *Règlement de procédure et de preuve* considère la contrainte comme une circonstance atténuante et non comme un motif d'exonération de la responsabilité pénale.
[49] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 242-245.
[50] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1036.
[51] Voir *The German High Command trial, Trial of Wilhelm von Leeb and thirteen others*, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 30th December, 1947-28th October, 1948, case No.72, *L.R.T.W.C.*, Vol XII, p.72, cité *in* Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1006.
[52] Voir I.G Farben case, *Trial of Carl Krauch and twenty-two others*, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 14th August, 1947-29th of July, 1948, case No. 57, *L.R.T.W.C*, Vol.X, p.57, cité *in* Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1006.

subordonné si celui-ci n'obtempérait pas et, sur un plan subjectif, que le subordonné ne vît aucune autre option pour sauver sa vie que d'obéir à l'ordre reçu [53].

Enfin, la Cour Suprême du Canada, dans l'affaire *Finta*, a reconnu que, face à une menace imminente, réelle et inévitable, un exécutant peut se trouver forcé à obéir à un ordre, tant pour des raisons naturelles constituant un danger (nécessité) que suite à des pressions sur lui exercées (contrainte). Dans ce cas, même l'obéissance à un ordre manifestement illégal peut conduire à une exonération de la responsabilité pénale de l'exécutant s'il n'avait pas d'autre choix que d'obéir à cet ordre [54].

Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a quant à lui jugé : « *Il en résulte que si la justification tirée de la contrainte morale et/ou de l'état de nécessité nés de l'ordre du supérieur, n'est pas absolument exclue, ses conditions d'application sont particulièrement strictes. Elles doivent être recherchées non seulement dans le fait même de l'ordre du supérieur (…) mais également et surtout dans les circonstances ayant marqué la manière dont l'ordre a été donné et celles dans lesquelles il a été reçu. Dans cette approche* in concreto *(…) dans l'appréciation des éléments objectifs et subjectifs caractérisant les circonstances de la contrainte ou de l'état de nécessité, la Chambre se doit d'examiner si l'accusé en situation d'agir n'avait pas le devoir de résister, s'il disposait du choix moral de le faire ou de tenter de le faire. Selon cette approche rigoureuse et restrictive, la Chambre non seulement se réfère à des principes généraux du droit traduits dans de nombreuses législations et jurisprudences internes, mais entend marquer à travers le pouvoir souverain d'appréciation qui lui est reconnu, que son champ de compétence la place au niveau de jugement des infractions les plus graves du droit international humanitaire* » [55].

La contrainte ou nécessité n'est toutefois pas à confondre avec l'ordre supérieur. Celui-ci peut en effet être donné sans être accompagné d'aucune menace de même que la menace peut intervenir indépendamment de tout ordre supérieur. « *In evaluating the factual circumstances that may be relevant to duress, according to a trend discernible in the case law there may arise the need to distinguish between the various ranks of the military or civilian hierarchy. Clearly, the lower the rank of the recipient of an order accompanied by duress, the less likely it is that he enjoyed any real moral choice* » [56].

L'affaire Erdemovic, devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a donné lieu à des décisions qui ont opposé les juges. Ce Tribunal a dégagé, à partir de la jurisprudence d'après guerre, les conditions de la contrainte : l'acte incriminé doit avoir été commis afin d'éviter un danger direct, grave et irréparable, sans présenter pour l'auteur aucun autre moyen de s'y soustraire et pour autant que l'acte commis ne soit pas disproportionné par rapport au danger encouru. Le Tribunal a conclu que la contrainte ne pouvait être un moyen d'exonérer la responsabilité de l'auteur en cas de meurtre de victimes innocentes, même s'il l'a prise en considération comme motif de diminution de la peine : « *S'agissant du crime contre l'humanité la Chambre prend en considération qu'il n'y a pas totale équivalence entre la vie de l'accusé et celle de la victime. A la différence du droit commun l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité toute entière* » [57].

Dans son opinion dissidente, le Juge Cassese a défendu la thèse inverse avec une précision qui emporte l'adhésion, et le Statut de Rome lui donne en quelque sorte raison car il ne comporte aucune limitation aux cas dans lesquels la contrainte peut être invoquée. Il est toutefois important de citer le raisonnement du Professeur Cassese, tel qu'il l'a récemment

---

[53] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 1008-1009.
[54] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1010.
[55] TPIY Erdemovic, 1996, §19.
[56] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 246.
[57] TPIY, Erdemovic, 1996, §19.

repris : « *May duress be a defence to killing ? (…) In spite of this contradictory case law, it would seem that, generally speaking, the customary rule of international law on duress does not exclude the applicability of this defence to war crimes and crimes against humanity whose underlying offence is murder or unlawful killing. However, as the right to life is the most fundamental human right, the rule demands that the general requirement for duress be applied particularly strictly in the case of killing of innocent persons. The following propositions would seem to commend themselves. First, it is extremely difficult to meet the requirements for duress where the offence involves killing of innocent human beings. (…) Secondly, it is relevant to examine whether a crime would have been committed in any case by a person other than the one acting under duress, in which case duress seems admissible as a defence. In fact, where the accused has been charged with participation in a collective killing which would have proceeded irrespective of whether the accused was a participant, the defence has in principle been allowed* » [58].

En d'autres termes, la contrainte est admissible en cas de meurtre et notamment de participation à une action collective si la participation de l'auteur n'eût rien changé à la commission des meurtres sinon même ajouté sa mort à celle des autres victimes. Dans un tel cas, le mal causé par l'accusé n'est pas plus grand que celui qui, de toute manière, eût été commis, avec ou sans sa participation. Le choix moral laissé à Erdemovic ne reposait pas entre sa vie ou celle des victimes exécutées, choix dans tous les cas douteux, le droit pouvant difficilement exiger une attitude héroïque de sacrifice personnel, mais entre sa vie d'une part et sa vie plus celles des victimes exécutées d'autre part. C'est ce qui a mené Kai Ambos à conclure : « *The protection of innocent lives is not achieved 'by the denial of a just defence to one who is in no position to effect by his own will the protection of innocent life'* » [59].

Il convient toutefois de distinguer la contrainte de la nécessité. Alors que la contrainte fait référence à la disparition de la liberté de vouloir ou de choisir face à une menace immédiate, la nécessité est basée sur le choix entre deux maux en faveur du moindre mal. La menace, dans le cas de la contrainte vient d'une autre personne alors qu'elle provient de circonstances objectives indépendantes de la volonté de l'auteur dans le cas de la nécessité. L'illicéité de l'acte, en cas de nécessité, est éliminée par la plus grande valeur du bien protégé et l'acte, illicite en soi, est justifié. Dans le cas de la contrainte, une telle justification ne peut être invoquée. Il n'y a pas de pesée des intérêts en présence derrière la contrainte mais le critère de *Zumutbarkeit* qui tend à déterminer si l'on pouvait raisonnablement attendre de la personne concernée qu'elle résistât à la contrainte. Il n'y a pas là justification mais excuse [60].

Par contre, les conditions posées par le droit international sont identiques pour la nécessité et pour la contrainte. La jurisprudence est quasi-unanime à considérer que quatre conditions sont nécessaires pour que la nécessité et la contrainte soient admises, à savoir :

« *(1) the act charged is done under an immediate threat of severe and irreparable harm to life or limb;*

« *(2) there is no adequate means of averting such evil;*

« *(3) the crime committed is not disproportionate to the evil threatened (the contrary would, for example, occur in case of killing in order to avert a sexual assault). In other words, to be proportionate, the crime committed under duress or necessity must, on balance, be the lesser of two evils or an evil as serious as the one to be averted;*

[58] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pp. 246-250.
[59] Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1014.
[60] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 1037-1038.

« *(4) the situation leading to duress or necessity must not have been voluntarily brought about by the person coerced* » [61].

Il se dégage de l'article 31 paragraphe 3 lettre (d) du Statut de la Cour pénale internationale, premièrement, que le comportement de l'accusé doit constituer un crime relevant de la compétence de la Cour, deuxièmement que ce comportement doit avoir été adopté sous la contrainte d'une menace particulière de mort ou d'atteinte à l'intégrité physique, troisièmement que l'auteur agît de manière raisonnable pour écarter cette menace et enfin qu'il n'ait pas l'intention de provoquer un dommage plus grand que celui dont on le menace. Ceci mélange des éléments tant de nécessité que de contrainte et la formulation selon laquelle l'auteur agit « *par nécessité* » sous la contrainte, de même que la provenance de la menace qui peut soit être exercée par d'autres personnes (en anglais « *duress by threat* ») soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur (« *duress of circumstances* »), consacre la confusion entre contrainte et nécessité. « *Accordingly, not the cause but the gravity of the danger is of particular importance* » [62].

Celui qui use de la contrainte est dans le rôle de l'auteur médiat qui agit par l'intermédiaire d'une autre personne ou de celui qui ordonne la commission d'un crime. Si le crime est au moins tenté, l'auteur de la contrainte sera donc punissable, alors que l'auteur du crime sera excusé. Par contre, si la contrainte exercée ne parvient pas à provoquer au moins la tentative du crime, celle-ci demeure impunissable, le Statut n'incriminant pas la contrainte en tant que telle [63].

A. Les conditions à la contrainte

1. Une contrainte

La première condition qui ressort implicitement mais évidemment du Statut de la Cour pénale internationale est l'existence d'une contrainte exercée à l'encontre de la personne qui commet un crime contre l'humanité. Contraindre signifie « *forcer quelqu'un à agir contre sa volonté* », la contrainte étant donc la « *violence exercée sur les actions* » d'une personne (Littré).

La contrainte au sens du Statut et du droit international ne se limite pas uniquement à « *forcer* » quelqu'un à agir, mais bien, pour ce faire, à supprimer la liberté de vouloir et de choisir de la personne qui y est soumise. Cette contrainte doit être particulièrement pressante car elle doit mener, d'une part, à la commission d'une crime extrêmement grave (génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre) et, d'autre part, découler d'une menace de mort imminente ou d'atteinte imminente, continue et grave à l'intégrité physique. Pour être admise, la contrainte doit être irrésistible en ce sens que l'on ne saurait raisonnablement attendre de la personne qui y est soumise qu'elle y résiste [64].

Dans son plaidoyer de culpabilité par devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Drazen Erdemovic a déclaré : « *Monsieur le Président, j'ai été contraint d'agir de la sorte, si j'avais refusé de le faire, on m'aurait tué en même temps que les victimes. Lorsque j'ai refusé, on m'a dit : 'Si tu as pitié d'eux, mets-toi avec eux et on te tuera aussi'. Je n'avais pas peur pour moi, j'avais peur pour ma famille, pour mon épouse et mon fils qui avait neuf mois à l'époque, et*

[61] Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 242.
[62] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1038.
[63] Voir art. 25 §3 lit. (a) et (b) CPI et *supra* chapitre 18.
[64] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1042.

je ne pouvais pas refuser sans quoi ils m'auraient tué ». Plus loin, il a souligné son absence de liberté de vouloir ou de choisir : « *Pour moi c'était tellement difficile, mais je n'avais pas le choix. Je n'avais pas le choix* » [65]. Ce qui constitue bien un élément de contrainte.

2. Des crimes contre l'humanité

La première condition expressément posée par l'article 31 en matière de contrainte, est que le comportement de l'auteur constitue un crime relevant de la compétence de la Cour, ce qui allait de soi. En effet, la Cour n'ayant aujourd'hui compétence que sur les personnes commettant des génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, elle ne peut juger, et donc condamner ou exonérer, que les personnes dont il est allégué qu'elles ont commis l'un de ces crimes [66].

La question de la contrainte dans la commission de crimes contre l'humanité pose toutefois un certain nombre de questions. En effet, vu la gravité intrinsèque de ces crimes, dont la victime est l'humanité considérée en son entier et non seulement les victimes individuelles de leurs éléments constitutifs, peut-il exister une contrainte telle que la commission d'un crime contre l'humanité puisse paraître nécessaire et raisonnable ? Le Juge Cassese a déjà répondu à cette question dans son opinion individuelle jointe au jugement Erdemovic devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [67].

Néanmoins, vu le caractère extrêmement strict, à juste titre, des conditions posées à l'admission de la contrainte comme motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un criminel contre l'humanité, la question se posera plus en terme de participation que de commission, et même de participation accessoire. En effet, pourra voir sa responsabilité exonérée celui dont la participation s'effectue sous la contrainte et dont la résistance ne servirait pas à empêcher le crime, qui serait commis en tous les cas avec la même gravité. Nous ne pensons pas qu'il faille limiter, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité pour le moins, cette exigence aux cas de meurtre de victimes innocentes. Il n'y a en fait pas de différence de gravité entre les différents actes énumérés à l'article 7 du Statut, leur gravité provenant de leur caractère général ou systématique et dans la négation de l'humanité des victimes ; tous sont des actes inhumains d'une extrême gravité.

3. La menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique

La deuxième condition repose sur une menace de mort imminente ou d'atteinte grave, continue et imminente, à l'intégrité physique. La personne concernée doit se voir, personnellement, ou voir une autre personne exposée à une menace qui doit être imminente, c'est-à-dire sur le point de se réaliser si elle ne réagit pas dans le sens voulu. C'est ici la même notion d'imminence que dans le cas du recours à la force contre laquelle l'agrédi peut légitimement se défendre. Il ne suffit donc pas d'une menace virtuelle dont on craindrait qu'elle puisse éventuellement se réaliser, mais d'une menace concrète, immédiatement reconnaissable et effective. Même certaine, une telle menace doit être imminente et non éloignée dans le temps. Cette menace doit également être sérieuse. En effet, une menace à laquelle la personne en cause ne prêterait que peu d'attention ne saurait être une menace imminente de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique. Il faut donc que cette menace

[65] TPIY, Erdemovic, 1998, §14.
[66] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 551, *ad* art. 31 CPI.
[67] Voir TPIY, Erdemovic, Appel, Opinion dissidente de M. le Juge Cassese.

soit suffisamment pressante pour paraître sérieuse et immédiatement exécutable, au point que la personne en cause ne voie pas d'autre choix pour sauver sa vie ou son intégrité physique, ou la vie ou l'intégrité physique d'une autre personne, que de commettre le crime [68].

Si la menace porte sur une atteinte grave à l'intégrité physique, elle doit non seulement être imminente, mais également continue, alors que la menace de mort doit seulement être imminente. Pourquoi cette distinction ? Continu signifie « *qui n'est pas interrompue dans sa durée* » (Littré) ; il n'y a donc pas de référence ici à une éventuelle réitération, mais bien à une menace d'un seul tenant. Il est évident que la contrainte n'existe que tant que dure la menace qui en est à l'origine. Dès que la personne en cause n'est plus soumise à une telle menace, il n'y a plus de contrainte et les actes criminels qu'elle pourrait alors commettre ne sauraient être excusés. Dès lors, il ne semble pas y avoir de différence sur ce point entre une menace de mort imminente d'une part et une menace d'atteinte grave à l'intégrité physique continue ou imminente d'autre part [69].

Cette menace ne doit pas porter sur n'importe quelle atteinte à la personne en cause, elle est strictement limitée par l'article 31 du Statut à une menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique. Il n'existe pas, dans le cadre du crime contre l'humanité, de définition de l'atteinte grave à l'intégrité physique. Il semble évident qu'elle recouvre la torture, le viol et les autres formes d'agression sexuelle, de même que les autres actes inhumains, dont la définition par le Statut comporte expressément les termes d'atteintes graves à l'intégrité physique [70]. Dans tous les cas, une atteinte grave à l'intégrité physique ne peut se contenter de provoquer une blessure superficielle, sans forcément devoir atteindre le niveau de souffrance aigue provoqué par des actes de torture.

Enfin, peu importe que la menace concerne la personne soumise à la contrainte elle-même ou une autre personne. Il est envisageable de menacer la femme ou l'enfant de celui que l'on entend contraindre à commettre un crime mais le statut ne limitant pas la notion de personne exposée (« *autrui* »), n'importe quel tiers peut être l'objet de la menace. Il s'ensuit que menace et contrainte peuvent être dissociées, la menace exposant une personne à la mort ou à de graves atteintes à son intégrité physique, la contrainte en conduisant une autre à agir.

Il doit par contre exister un lien de causalité entre la menace et la contrainte : la menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique doit être propre à contraindre une personne à commettre un crime et doit effectivement avoir conduit à ce résultat, sinon le comportement criminel n'aura pas été adopté « *sous la contrainte* ». Ainsi, la personne exposée à la menace de mort ou d'atteinte grave à son intégrité physique n'est pas sans importance. Si la personne soumise à la contrainte est indifférente au sort de celle exposée à la menace, il n'y a pas de contrainte.

Si nous reprenons les déclarations de Drazen Erdemovic par devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il convient de relever le caractère imminent de la menace de mort à laquelle il était exposé : « *Oui, mais d'abord j'ai résisté et Brano Gojkovic m'a dit que si j'étais désolé pour ces gens, je pouvais aller m'aligner avec eux. Je savais que ce n'était pas une menace vaine mais que cela pouvait arriver parce que dans notre unité la situation était devenue telle que le commandant du groupe avait le droit d'exécuter sur le champ toute personne menaçant la*

---

[68] Voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 551, *ad* art. 31 CPI.

[69] Les commentaires du Statut de Rome publiés à ce jour semblent aller dans le même sens. Albin Eser ne mentionne aucune distinction : « *it may be a threat of 'imminent death' in terms of appearing to occur closely and seriously, or 'continuing or imminent serious bodily harm' requiring more than easily healed superficial wounds* », Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 551, *ad* art. 31 CPI. Quant à Kai Ambos, il omet simplement le terme « *continue* » : « *'imminent' death or bodily harm* », Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, pp. 1038-1039.

[70] Voir *supra* chapitre 15.

sécurité du groupe ou s'opposant, de quelque manière que ce soit, au commandant du groupe » [71]. La menace de mort était donc imminente car elle eût été exécutée immédiatement en cas de refus de sa part et certaine car le commandant de l'unité en avait le pouvoir.

4. Les sources de la menace

Cette menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique, selon le texte de l'article 31 du Statut, peut soit provenir d'une autre personne, soit de circonstances objectives, indépendantes de la volonté de la personne menacée. Dans le premier cas, il convient de parler de contrainte, dans le second de nécessité.

a) Une autre personne

La contrainte peut être le fait de n'importe quelle personne autre que celle menacée, sans qu'un quelconque lien ne soit nécessaire entre elles, notamment un lien hiérarchique de subordination [72]. Il est évident qu'un supérieur hiérarchique, surtout au sein d'une structure militaire et en temps de guerre, peut avoir le pouvoir de contraindre l'un de ses subordonnés à commettre un crime, et c'est le cas de l'affaire Erdemovic. Ce n'est toutefois pas le seul cas possible, la contrainte pouvant provoquer la perte de toute liberté de vouloir ou de choisir par n'importe quels moyens autres que ceux fondés sur un pouvoir hiérarchique. Il est d'ailleurs peu probable qu'un pouvoir hiérarchique puisse *per se* suffire à établir une situation de contrainte [73]. Dans l'affaire *Erdemovic*, c'est le pouvoir hiérarchique dans une situation de guerre, accompagné du pouvoir des armes et d'une intention criminelle, qui l'a contraint à agir.

b) Des circonstances objectives

Dans les cas de nécessité, la menace peut provenir de toutes circonstances indépendantes de la volonté de la personne qui y est exposée, le Statut n'apportant aucune précision sur ce point [74]. La jurisprudence internationale, principalement celle issue des Tribunaux de Nuremberg, a permis de dégager principalement l'ordre de la loi comme circonstance objective, surtout dans le cadre général d'un Etat totalitaire faisant régner la terreur.

Dans l'affaire *Krauch*, dite « *IG Farben* », le Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg a été confronté à la défense des accusés prétextant l'obligation de suivre les mesures gouvernementales imposant certains quotas de production inatteignables sans employer des travailleurs forcés. En réponse à cet argument, le Tribunal a jugé : « *From a consideration of the IMT, Flick and Roechling judgemnents, we deduce that an order of a superior officer or a law or governmental decree will not justify the defence of necessity unless, in its operation, it is of a character to deprive the one to whom it is directed of a moral choice as to his course of action. It follows that the defence of necessity is not available where the party seeking to invoke it was, himself, responsible for the existence or execution of such order or decree, or where his participation went beyond the requirements thereof, or was the result of his own initiative* » [75].

---

[71] TPIY, Erdemovic, §14.
[72] Voir art. 31 §1 lit. (d) ch. (i) CPI.
[73] Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 246.
[74] Voir art. 31 §1 lit. (d) ch. (ii) CPI.
[75] Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Carl Krauch et al.* (*IG Farben Trial*), at 1179, cité *in* Cassese, *International Criminal Law*, p. 243.

L'ordre de la loi peut donc être à l'origine d'une contrainte irrésistible, dans certaines conditions qui n'étaient pas remplies dans le cas « *IG Farben* ». Le Professeur Cassese cite un autre cas dans le même sens, l'affaire *Stanislaus Bednarek*, du 9 septembre 1916, dans laquelle la Cour suprême militaire autrichienne avait acquitté ce citoyen Russe, qui se trouvait alors en territoire contrôlé par l'armée russe et qui lui avait livré trois soldats allemands, ce qui lui valut d'être accusé de trahison par les Autrichiens. En tant que sujet Russe, il était assujetti au droit russe et il était donc obligé de livrer à la police les soldats allemands. Le Tribunal a reconnu qu'il a alors agi sous une contrainte irrésistible [76].

Dans l'affaire *Flick*, le Tribunal militaire américain à Nuremberg a acquitté certains des accusés, poursuivis pour avoir employé des travailleurs forcés, des personnes internées dans des camps de concentration ou des prisonniers de guerre, sur la base du programme allemand de travail forcé. Le Tribunal a relevé que les accusés vivaient sous un règne de terreur. « *The Reich, through its hordes of enforcement officials and secret police was always 'present', ready to go into instant action and to mete out savage and immediate punishment against anyone doing anything that could be construed as obstructing or hindering the carrying out of governmental regulations or decrees* ». Une telle situation permet de conclure que les personnes en cause ont agi « *under a clear and present danger* », motivant leur acquittement [77].

L'affaire *Veit Harlan* va dans le même sens. Le directeur du film *Jud Süss*, qui fut l'une des pièces maîtresses de la propagande mise en place par Goebbels, produit sur son ordre direct et qui a sérieusement contribué à la persécution des juifs pendant la seconde guerre mondiale, ce qui constituait indubitablement un crime contre l'humanité, a pourtant été acquitté. La Cour d'assises de Hambourg a considéré que l'accusé ne pouvait se soustraire à l'ordre de Goebbels, car un refus d'obéir à un ordre militaire en temps de guerre eût été puni des peines les plus sévères et peut-être de mort. Il n'avait donc pas la possibilité de refuser [78].

Par contre, lorsque les accusés ont rejoint librement et en connaissance de cause une unité, une organisation ou un groupe institutionnalisé dans l'intention de commettre des actes contraires au droit international, l'excuse de la nécessité ne leur a pas été reconnue [79].

Il faut bien garder en mémoire, face à ces affaires, le contexte très particulier de l'Allemagne nazie. Il en ressort toutefois que l'ordre de la loi, lorsqu'il est accompagné d'un régime de terreur, peut conduire des personnes à agir sous la contrainte des circonstances pour commettre ou participer à la commission de crimes contre l'humanité.

B. Les actes nécessaires et raisonnables pour écarter cette menace

A la différence de la légitime défense, qui exige un acte raisonnable et proportionné, la contrainte exige que l'auteur du crime ne commette que les actes nécessaires et raisonnables pour écarter la menace à laquelle il est exposé [80]. La proportionnalité n'est pas explicitement requise. En fin de compte, le résultat peut sembler à peu près le même : l'acte commis pour écarter la menace doit être nécessaire au sens où il n'existe pas d'autre moyen de le faire, raisonnable au sens où il est apte à atteindre ce résultat. Pour Kai Ambos, le terme « *raisonnable* » peut être considéré comme un terme générique regroupant notamment les sens de « *nécessaire* » et de « *proportionné* » : « *In this sense, it is clear that the means used have to*

[76] Voir Cassese, *International Criminal Law*, p. 243.
[77] Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Flick et al.* (*Flick Trial*), at 1199-1202, cité *in* Cassese, *International Criminal Law*, p. 244.
[78] Voir Cassese, *International Criminal Law*, p. 244.
[79] Voir les affaires dites *Einsatzgruppen*, Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Ohlendorf et al.* et *US v. Milch*, voir également Cassese, *International Criminal Law*, p. 245.
[80] Voir art. 31 §1 lit. (d) CPI.

be apt and efficient, that the harm should be limited to that absolutely necessary to avoid the threat and that, most importantly, the reaction should not cause greater harm than the one sought to be avoided » [81].

Le crime commis doit donc être nécessaire à écarter la menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique à laquelle est exposée la personne en cause, en ce sens qu'il n'existe pas pour la personne en cause d'autre moyen moins dommageable pour écarter la menace. Ainsi, si la fuite est possible, elle doit être préférée à la commission du crime et l'auteur qui avait la possibilité de fuir pour se soustraire à la menace à laquelle il était exposé devait le faire.

Erdemovic l'a souligné, il eût pu tenter de fuir mais ne l'a pas fait pour ne pas exposer la vie de sa femme et de son fils, sur lesquels des représailles se fussent sûrement abattues : « *Si j'avais été seul, si je n'avais pas eu de femme et d'enfant, je me serais enfui et quelque chose d'autre serait arrivé. J'ai été obligé de le faire. On m'a forcé à le faire* » [82]. La menace à leur encontre n'est pas directe et c'est bien Erdemovic lui-même qui était menacé d'une mort imminente mais il savait que, s'il parvenait à se soustraire à la contrainte dont il était victime, il ne pourrait protéger sa femme et son fils. Cette menace contre sa famille, même implicite, renforce l'élément de contrainte et contribue fortement à supprimer chez l'auteur du crime toute liberté de vouloir et de choisir.

Ceci permet de conclure que cette exigence de subsidiarité est quelque peu superfétatoire : soit il existe une autre solution que la commission du crime pour échapper à la menace de mort ou de graves atteintes à l'intégrité physique et subsiste alors une liberté de vouloir et de choisir, même limitée, soit il n'y a pas d'autre solution et cette liberté de vouloir et de choisir n'existe plus. Comme nous l'avons déjà souligné, c'est justement la disparition de cette liberté qui constitue la contrainte ; si elle subsiste, notamment dans la possibilité d'une fuite, il n'y a pas de contrainte. Le crime commis est donc nécessaire pour écarter la menace, au sens premier : « *qui doit être pour que quelque chose soit ou se fasse, ce qui est indispensable* » (Littré).

L'auteur agit-il alors, en commettant le crime, de manière raisonnable ? Est raisonnable celui « *qui agit selon la raison, le droit, l'équité* » ou celui « *qui supporte avec résignation* » (Littré). On doit donc attendre de la personne en cause qu'elle ne commette que ce qui est strictement nécessaire à écarter la menace à laquelle elle est exposée. Si elle commet un crime plus grave ou d'autres crimes que ceux exigés d'elle, elle n'agit plus de manière raisonnable, le droit et l'équité rejetant alors l'excuse de la contrainte. La notion de résignation est également importante. Celui qui n'a plus de liberté de vouloir et de choisir sous la contrainte ne peut que se résigner à agir : « *Pour moi c'était tellement difficile, mais je n'avais pas le choix* » [83]. Ainsi, celui qui est contraint à tuer dix personnes agit de manière raisonnable en les tuant toutes, mais non s'il en tue dix de plus ; de même celui qui est contraint à torturer une personne agit-il de manière raisonnable en le faisant, mais non en tuant cette personne.

Nous ne pensons pas qu'il y ait pour autant un critère de proportionnalité à appliquer. L'opinion individuelle du Juge Cassese dans l'affaire Erdemovic le démontre suffisamment et c'est toute la problématique, sans doute dépassée aujourd'hui, d'admettre ou non la contrainte dans les cas de meurtre. Il est objectivement disproportionné de tuer une centaine de personnes pour en sauver une, et pourtant ce peut être nécessaire et

[81] Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1040; voir également Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, pp. 551-552, *ad* art. 31 CPI.
[82] TPIY, Erdemovic, 1998, §14.
[83] TPIY, Erdemovic, 1998, §14.

raisonnable ; deux conditions qui suffisent à excuser la contrainte, sans qu'il soit besoin de chercher une proportionnalité déguisée sous le terme « *raisonnable* » de l'article 31 du Statut de la Cour pénale internationale.

C. La *mens rea*

Comme dernière condition, l'article 31 du Statut de la Cour pénale internationale prévoit que celui qui commet un crime sous la contrainte ne doit pas avoir « *eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'il cherchait à éviter* » [84]. Celui qui agit sous la contrainte commet un crime pour écarter de lui-même ou d'un tiers, une menace imminente contre sa vie ou son intégrité physique.

L'auteur de la contrainte a l'intention de mettre sa menace à exécution si la personne menacée ne commet pas le crime en question. La *mens rea* de l'auteur de la contrainte couvre donc le meurtre ou les atteintes graves à l'intégrité physique de la personne qu'il menace et la contrainte exercée sur la même personne ou une autre en vue de l'obliger à commettre un crime, de même qu'elle couvre les éléments constitutifs du crime exigé de la personne qu'il contraint à agir. L'auteur de la contrainte est un auteur médiat au sens de l'article 25 du Statut car il agit « *par l'intermédiaire d'une autre personne* » [85].

L'auteur du crime doit savoir qu'il agit sous la contrainte et être conscient de ne pouvoir autrement écarter le danger qui le menace ou qui menace autrui dans sa vie ou son intégrité physique, ce qui découle directement de l'exigence de l'article 31, qui dispose que la personne en cause agisse « *pour écarter cette menace* ». Son intention et sa connaissance, au sens de l'article 30 du Statut, doivent porter tant sur la menace à laquelle lui-même ou un tiers est exposé, que sur la contrainte à commettre un crime contre l'humanité. Il pourrait également être exigé de lui qu'il agisse dans l'intention d'écarter la menace contraignante, comme le suggère Kai Ambos [86].

Dès lors qu'il commet effectivement le crime exigé de lui, il possède également la connaissance et l'intention propre à ce crime, car il entend effectivement adopter le comportement criminel ou provoquer la conséquence attendue et il sait que s'il agit conformément aux exigences de l'auteur de la contrainte, cette conséquence adviendra. Il agit donc avec l'intention et la connaissance qui lui sont imposées par la contrainte et qu'il n'a pas formées librement [87]. En ce sens, son action est celle de l'instrument d'un auteur médiat qui agit, comme nous l'avons vu, par son intermédiaire.

L'article 31 introduit toutefois un élément subjectif supplémentaire, l'auteur du crime agissant sous la contrainte ne devant pas être habité de l'intention de causer un dommage plus grand que celui dont il cherche à se protéger ou à protéger autrui. C'est ici la conception du moindre mal qui s'applique. A la différence de la notion classique de nécessité qui requiert la pesée des biens en conflits et qui offre une justification lorsque le bien le plus précieux a été sauvegardé au sacrifice du bien le moins précieux, la contrainte classique offre une excuse à la personne qui a agi sous la contrainte si on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle résiste à la contrainte, sans égard à la valeur des biens protégés. Cette disposition de l'article 31 du Statut cherche une voie moyenne, n'exigeant pas de l'auteur qui agit sous la contrainte qu'il commette objectivement une atteinte au bien protégé de moindre

[84] Art. 31 §1 lit. (d) CPI.
[85] Voir art. 25 §3 lit. (a) CPI et *supra* chapitre 16.
[86] Voir Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1041.
[87] Voir art. 30 CPI et *supra* chapitre 3.

valeur, mais qu'il ait l'intention qu'il en soit ainsi. Ainsi que l'a noté Kai Ambos, « *the specific subjective requirement of the 'provided that' formula is a compromise formula unprecedented in comparative law, which can hardly be understood without taking into consideration the 'spirit of compromise' and time pressure characterizing the Rome negotiations. In fact, this formula introduces the common law 'subjectification' of the defences by the back door in that it is not objectively, at least not explicitly, required that the actor avoid a greater harm; rather, he must only intend to do so. In other words, duress is excluded – on the subjective level – if the actor intended to cause a greater harm, a fact that would have to be proved by the prosecution* » [88].

Il s'ensuit que l'auteur qui agit sous la contrainte ne doit pas être habité d'une intention spéciale, *dolus specialis*, propre à un crime particulier, comme l'intention discriminatoire constitutive de persécution ou l'intention de modifier la composition ethnique d'une population constitutive de grossesse forcée, au sens de l'article 7 du Statut [89]. Ceci signifie que l'auteur ne pourra se prévaloir de la contrainte s'il possède une telle intention, qui constituerait alors l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'il cherche à éviter. Ceci ne signifie pas que les crimes de persécution ou de grossesse forcée, ou tout autre crime reposant sur un *dolus specialis*, ne puisse pas être commis sous la contrainte. Il importe qu'une telle intention existe dans la *mens rea* de l'auteur de la contrainte, qui agit comme auteur médiat, par l'intermédiaire d'une autre personne dépourvue de l'intention criminelle nécessaire.

[88] Kai Ambos, *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility*, *in* Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, p. 1042 ; dans le même sens, voir Albin Eser, *in* Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, p. 552, *ad* art. 31 CPI.

[89] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI et *supra* chapitre 12 pour la persécution ; art. 7 §1 lit. (g) et §2 lit. (f) CPI et *supra* chapitre 11 pour la grossesse forcée.

CONCLUSION

Nous voici au terme de notre analyse consacrée aux crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. Nous avions immédiatement annoncé qu'une approche pluridisciplinaire nous semblait nécessaire à la bonne compréhension des crimes contre l'humanité, tels que définis dans le Statut de Rome. C'est ainsi que nous avons introduit, selon les cas, une approche historique en rapport avec les crimes contre l'humanité de réduction en esclavage, de torture ou de violence sexuelle, une approche sociologique en rapport avec le crime d'emprisonnement ou avec la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques et de l'exécutant, une approche psychanalytique en rapport avec les crimes de torture et de violence sexuelle, une approche littéraire souvent, notamment lorsque nous avons cité les témoignages de survivants, tels Primo Lévi ou Robert Antelme.

Nous avons décidé de limiter ici nos travaux aux crimes contre l'humanité tels que le Statut de la Cour pénale internationale les énumère et définit en son article 7. Les analyses qui précèdent démontrent que les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, s'ils revêtent de multiples facettes, forment néanmoins une incrimination cohérente. Nous avions rejeté une approche générale du droit international, du droit pénal et même des crimes contre l'humanité tels que la notion peut en être discernée aujourd'hui du droit international général ou coutumier. Nous avons ainsi relevé dans les chapitres précédents les différences substantielles entre le Statut de Rome et les textes plus anciens, des tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo, pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui justifient notre approche. Les définitions des crimes ne sont pas identiques, celle du contexte général dans lequel ils doivent être commis non plus et la *mens rea* est pour la première fois réglementée. Il était donc nécessaire de considérer le Statut de Rome pour lui-même, de baser son interprétation sur son texte, tout en l'appuyant sur le doit applicable tel que déterminé par le Statut lui-même, le tout en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus. C'est pour cette raison que nous avons eu recours essentiellement à la doctrine relative au Statut de la Cour pénale internationale, ne nous référant à une doctrine plus générale ou à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, que lorsqu'elles s'avéraient pertinentes aux solutions nouvelles du Statut.

Nous avons souligné que le Statut, les Eléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve sont la première source du droit applicable par la Cour, fondamentale. Viennent ensuite, « *selon qu'il convient les traités internationaux applicables et les principes et règles du droit international* » [1], y compris la coutume. Ce n'est qu'à défaut de ces autres sources que la Cour pourra avoir recours aux principes généraux du droit qu'elle dégagera à partir des lois nationales représentant

[1] Art. 21 §1 lit. (b) CPI.

les différents systèmes juridiques du monde. Dans tous les cas, l'application et l'interprétation du droit doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination [2]. Tous les chapitres précédents ont démontré, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, l'importance du droit international des droits de l'homme, avec lequel le Statut doit être lu en relation constante. Les droits de l'homme apparaissent, à la lecture des analyses qui précèdent, comme le référentiel fondamental [3].

Notre première partie est consacrée aux éléments constitutifs des crimes contre l'humanité, que nous avons étudiés en deux sections, la première consacrée à *mens rea* et la seconde à l'*actus reus*, elle-même divisée en deux sous-sections consacrées, premièrement aux éléments constitutifs généraux, liés à l'attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile, deuxièmement aux éléments constitutifs spéciaux propres à chacun des crimes. C'est là l'approche que nous avons qualifiée de « droit international pénal spécial ».

A ce titre, la *mens rea* a été abordée en premier, car elle conditionne la commission de tous les crimes contre l'humanité, certains exigeant toutefois un *dolus specialis*. Nous avons conclu que le Statut de Rome ne retenait que la commission intentionnelle des crimes contre l'humanité, limitée aux formes du dessein et du dol direct. Nous avons donc exclu du champ du Statut de la Cour pénale internationale tant le dol éventuel que la négligence, tout en relevant que, en tout état de cause, la commission des crimes contre l'humanité est inconcevable autrement qu'intentionnelle [4].

Nous avons souligné les particularités du Statut en matière d'attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile, notamment par rapport aux exigences posées par les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, le premier requérant un lien entre l'attaque et un conflit armé, le second une intention discriminatoire générale, toutes deux abandonnées dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui précise toutefois l'exigence que l'attaque généralisée ou systématique soit menée en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [5].

L'analyse des éléments constitutifs des différents crimes nous a permis tout d'abord de démontrer l'importance des droits de l'homme en matière de crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. Tous sont en effet la violation de normes de protection des droits de l'homme.

En ce sens, le chapitre consacré au meurtre nous a permis de démontrer que ce crime contre l'humanité peut être constitué chaque fois que l'usage de la force policière ou armée est disproportionné et provoque la mort, de même que dans les cas d'exécutions sommaires ou arbitraires ou lorsque la peine de mort est exécutée dans des conditions contraires au droit international. Surtout, l'analyse de la *mens rea* nous a conduit à exclure le meurtre par dol éventuel, ce qui restreint son champ d'application par rapport aux autres juridictions internationales [6].

En ce qui concerne l'extermination, nous avons souligné sa double nature, qui découle d'une rédaction maladroite du Statut, en tant que meurtre de masse

[2] Voir art. 21 §3 CPI.
[3] Voir tous les chapitres consacrés aux différents crimes, *supra* chapitres 5 à 15.
[4] Voir art. 30 CPI et *supra* chapitre 3.
[5] Voir art. 7 §1 *in initio* et §2 lit. (a) CPI et *supra* chapitre 4.
[6] Voir art. 7 §1 lit. (a) CPI et *supra* chapitre 5.

visant un groupe de personnes et non plus des individus isolés et en tant qu'infraction de mise en danger, lorsque sont imposées à une population civile des conditions de vies calculées pour entraîner sa destruction [7].

La réduction en esclavage est certainement le crime contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale susceptible de couvrir le champ le plus vaste et son critère de propriété posé par le Statut doit être compris largement comme toute exploitation, notamment sexuelle et économique, de toute personne civile, dont les femmes et les enfants sont sans contestation possible les plus exposés. Toutefois, malgré sa vastitude, ce crime contre l'humanité voit son champ d'application par ailleurs restreint par rapport aux autres juridictions internationales, puisqu'il ne saurait couvrir *per se* le travail forcé ni la servitude [8].

La déportation et le transfert forcé de population se rapprochent du droit international humanitaire et il est possible de faire la même distinction qu'en matière de crimes de guerre – de manière toutefois moins formelle puisque l'infraction reste unique, entre le transfert forcé de population sur le territoire d'un seul Etat et la déportation à travers une frontière internationale [9].

L'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique doit intervenir, au sens du Statut, en violation des dispositions fondamentales du droit international ; il est donc constitué lorsque les raisons à l'emprisonnement ou à la privation grave de liberté physique ne sont pas conformes au droit international ou lorsque les conditions de détention ne le sont pas. Nous avons vu que l'élément massif et systématique vise surtout la détention en camps, qui sont en quelque sorte des laboratoires de l'inhumanité et favorisent la commission de tous les autres crimes contre l'humanité [10].

La torture couvre un vaste champ d'application également et sa définition est différente de celle de la Convention de 1984, comme elle l'est de celle établie par la jurisprudence des deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Qui plus est, au sein même du Statut de la Cour pénale internationale, la torture connaît des définitions différentes selon qu'elle est constitutive de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Enfin, la distinction entre la torture et les autres actes inhumains causant de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale demeure délicate [11].

Les crimes sexuels ont connu une certaine inflation dans le Statut de Rome, qui offre une incrimination dont la diversité bienvenue est malgré tout assez largement redondante d'une définition large du viol, qui semble acquise dans la jurisprudence internationale et nullement contraire au Statut. L'esclavage sexuel est à rapprocher bien plus de la réduction en esclavage que du viol [12].

La persécution n'est plus une catégorie propre de crimes contre l'humanité, telle qu'elle le fut à Nuremberg ; elle n'est que l'un des crimes de la liste, toutefois nécessairement commis en corrélation avec un autre crime. Les critères pertinents à la discrimination sont nombreux, même si nous avons vu qu'ils sont difficiles à distinguer les uns des autres. Ce crime contre l'humanité recouvre également une grande diversité d'actes criminels, qui doivent être commis en corrélation avec un

[7] Voir art. 7 §1 lit. (b) et §2 lit. (b) CPI et *supra* chapitre 6.
[8] Voir art. 7 §1 lit. (c) et §2 lit. (c) CPI et *supra* chapitre 7.
[9] Voir art. 7 §1 lit. (d) et §2 lit. (d) CPI et *supra* chapitre 8.
[10] Voir art. 7 §1 lit. (e) CPI et *supra* chapitre 9.
[11] Voir art. 7 §1 lit. (f) et §2 lit. (e) CPI et *supra* chapitre 10.
[12] Voir art. 7 §1 lit. (g) et §2 lit. (f) CPI et *supra* chapitre 11.

autre crime contre l'humanité, hors l'apartheid, ou avec un crime de guerre, car nous avons démontré que le crime de génocide et le crime d'apartheid sont intrinsèquement discriminatoires et sont ainsi des formes spéciales de discrimination [13].

Avec les disparitions forcées de personnes, nous entrons dans les nouveautés apportées par le Statut de Rome alors qu'une Convention internationale spécifique demeure aujourd'hui à l'état de projet et le droit international des droits de l'homme lacunaire en la matière. Le rôle de l'Etat ou d'une organisation politique est encore renforcé par rapport aux autres crimes contre l'humanité, au sein d'une définition claire, qui suit largement la jurisprudence internationale et les travaux en cours en matière de droits de l'homme [14].

Le crime d'apartheid apparaît également pour la première fois dans la liste des crimes contre l'humanité et nous avons vu que son ampleur même se fût mieux accommodée d'une incrimination à part entière aux côtés du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Il représente en effet une forme d'attaque généralisée ou systématique particulière et peut être constitué de tous les autres crimes énumérés, hors la persécution qui lui est intrinsèque et dont il constitue une forme spéciale [15].

Enfin, les autres actes inhumains de caractère analogue ne laissent pas la liste des crimes contre l'humanité ouverte, à l'instar des autres instruments du droit international, mais au contraire la clôt par l'incrimination des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale, et vient donc compléter l'incrimination de la torture [16].

Surtout, nous avons constaté l'étroite interrelation existant entre les différents crimes contre l'humanité, dont la définition même de l'attaque généralisée ou systématique prévoit qu'il s'agit de la commission multiple d'un ou de plusieurs des crimes énumérés. La mort est le plus souvent le résultat matériel des crimes commis, notamment des disparitions forcées de personnes, et l'extermination est également un meurtre de masse. La réduction en esclavage peut découler de la détention en camp de concentration et l'esclavage sexuel lui est plus proche que des autres crimes sexuels. La déportation permet bien souvent la commission d'autres crimes, tels que le meurtre ou le viol. L'emprisonnement offre un contrôle physique des victimes autorisant tous les autres crimes, notamment lorsqu'il intervient dans le cadre de camps de concentrations, qui supposent en eux-mêmes la déportation ou le transfert forcé de populations. La torture doit être commise sur une personne qui est sous la garde ou le contrôle de l'auteur, ce qui rejoint l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique et le viol est fréquemment utilisé comme moyen de torture. Les crimes sexuels sont surtout favorisés par l'emprisonnement ou la privation de liberté physique comme par la déportation ou le transfert forcé de population. La persécution doit être commise en corrélation avec un autre crime. Les disparitions forcées suivent le plus souvent le meurtre et la torture et présupposent l'emprisonnement ou la privation de liberté physique. Le crime d'apartheid est une forme d'attaque généralisée ou systématique qui peut être constituée de n'importe lequel des autres crimes, hors la persécution. Les autres actes inhumains complètent le crime de torture et seront comme elle particulièrement favorisés par

[13] Voir art. 7 §1 lit. (h) et §2 lit. (g) CPI et *supra* chapitre 12.
[14] Voir art. 7 §1 lit. (i) et §2 lit. (i) CPI et *supra* chapitre 13.
[15] Voir art. 7 §1 lit. (j) et §2 lit. (h) CPI et *supra* chapitre 14.
[16] Voir art. 7 §1 lit. (k) et *supra* chapitre 15.

l'emprisonnement ou la privation de liberté physique, comme par la déportation ou le transfert forcé de population.

Les crimes contre l'humanité représentent ainsi clairement un ensemble d'actes criminels variés dans la forme, dans le temps et dans l'espace, tout en constituant ensemble cette attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, qui leur confère leur unité et leur particularité.

En deuxième partie, nous avons abordé la question de la responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. Il ne s'agissait pas pour nous d'offrir là une étude exhaustive de la question mais d'aborder les points essentiels à la commission de crimes contre l'humanité, en tenant compte des nouveautés apportées par le Statut de Rome. C'est pourquoi nos références se sont limitées à la doctrine relative à ce Statut et à la jurisprudence utile à notre sujet [17].

La responsabilité pénale de l'individu s'apprécie largement, sans qu'il puisse exciper d'une quelconque immunité pour exonérer sa responsabilité. Nous avons également insisté sur les formes de participation, car les crimes contre l'humanité ne peuvent être commis par une personne isolée mais doivent l'être par un groupe de personnes organisé, ce que démontrent les termes du Statut faisant référence à l'Etat ou à une organisation ayant pour but une telle attaque ou encore à une organisation politique [18].

L'analyse de la responsabilité au sein de structure hiérarchique prenait donc une importance particulière et nous avons analysé tant la responsabilité du chef militaire que du supérieur civil, et celle de l'exécutant. La responsabilité du supérieur s'apprécie historiquement comme un tout et preuve en est encore les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui ne font mention que du supérieur, sans distinguer le militaire du civil, d'où une jurisprudence qui ne couvre qu'imparfaitement les cas prévus par le Statut de la Cour pénale internationale [19].

Celui-ci fait en effet nettement la distinction entre le chef militaire ou la personne faisant effectivement fonction de chef militaire d'une part et les autres supérieurs hiérarchiques non militaires, donc civils, d'autres part. Les différences sont profondes dans le traitement des deux cas. Si le chef militaire engage sa responsabilité pour n'avoir pas empêché, réprimé ou dénoncé la commission des crimes commis ou sur le point de l'être par ses subordonnés alors qu'il savait ou aurait dû savoir que telle était la situation, le supérieur hiérarchique civil ne sera responsable que s'il savait ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations claires sur les crimes commis ou à commettre. Qui plus est, le chef militaire ou la personne en faisant effectivement fonction endosse une responsabilité générale couvrant tous les champs d'activité de ses subordonnés, l'appartenance aux forces armées étant un statut permanent ; par contre, le supérieur hiérarchique civil n'endosse une telle responsabilité que dans le cadre strictement délimité des activités relevant de sa responsabilité. En effet, cette qualité de supérieur hiérarchique n'existera que dans le domaine professionnel et ne dure qu'autant que lesdites

[17] Voir sur ce point Paul Tavernier s.d., *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*.
[18] Voir art. 25 CPI et *supra* chapitre 16.
[19] Voir art. 28 CPI et *supra* chapitres 17 et 19.

activités professionnelles sont concernées. Il en va ainsi des horaires, des lieux et des moyens de travail mais pas de ce qui leur est étranger.

Nous avons pu soulever, avant de la rejeter, la négligence par rapport au chef militaire, notamment à la lecture du conditionnel apporté à « *aurait dû savoir* » et aux mesures générales qu'il aurait dû prendre. La négligence, sur la base du principe de légalité, n'est punissable que pour autant qu'elle soit expressément prévue par la loi, ce qui n'est en aucune manière le cas du Statut de la Cour pénale internationale, qui ne connaît que l'infraction intentionnelle. Nous avons donc conclu à l'omission intentionnelle sous la forme du dessein (savait) ou du dol éventuel (aurait dû savoir). Le cas du supérieur hiérarchique civil va d'ailleurs dans le même sens car celui-ci doit savoir ou détenir des informations claires sur la commission des crimes, ce qui revient au même. Son omission revêt donc dans tous les cas la forme intentionnelle du dessein. Force est de reconnaître que les termes employés par le Statut prêtent à confusion. « *Aurait dû savoir* » peut légitimement faire penser à de la négligence, pour ne rien dire des termes consacrés aux supérieurs civils d'avoir « *délibérément négligé* » de tenir compte des informations qu'il possédait. Si la négligence peut se déduire des termes employés, force est de l'exclure, car elle ne correspond pas à la situation décrite.

Quant à l'exécutant, qui a agi sur ordre, sa responsabilité est engagée s'il savait l'ordre illégal ou si l'ordre était manifestement illégal, avec cette précision apportée par le Statut que l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est manifestement illégal [20].

Enfin, nous avons abordé les clauses d'exonération de la responsabilité pénale, une fois encore en en limitant l'approche au Statut de la Cour pénale internationale et au cas des crimes contre l'humanité [21].

Telle que nous l'avions annoncé *in limine thesis*, notre approche peut être qualifiée de droit international pénal spécial, car nous l'avons centrée sur l'étude des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale. Nous avons démontré que la réglementation du Statut est en bien des points différente du droit international général ou coutumier et qu'il convient donc de se départir de réflexes acquis jusqu'à présent des travaux des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, lorsque l'exige le Statut de Rome.

En ce sens, une grande part de la doctrine et de la jurisprudence antérieures au Statut de la Cour pénale internationale peut être considérée comme dépassée. Nous confirmons en effet ici, *in fine thesis* et au regard de tous les développements qui précèdent, que le Statut de Rome a fondamentalement bouleversé le droit international pénal, lui apportant l'autorité d'un traité international universellement salué, adopté par cent vingt Etats à Rome, entré en vigueur à peine quatre ans plus tard, ratifié aujourd'hui par nonante-sept Etats [22], la cohérence d'un instrument unique, la perspective d'une institution universelle et permanente.

Nous avons apporté aux crimes contre l'humanité une définition qui s'inscrit dans le Statut perçu comme un tout cohérent qui, interprété correctement, offre des réponses complètes et pertinentes qui lui sont propres.

---

[20] Voir art. 33 CPI et *supra* chapitre 19.
[21] Voir art. 31 CPI et *supra* chapitre 20.
[22] Etat des ratifications au 15 mars 2005.

Annexe I

Tableau récapitulatif des éléments des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Tableau récapitulatif des éléments des crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale						
Crimes	**Eléments matériels**					**Intention et Connaissance**
	1	**2**	**3**	**4**	**5**	
Attaque généralisée ou systématique (art. 7§1 *in initio* et §2(a))	L'auteur a commis un ou plusieurs des crimes ci-dessous formant une attaque	Contre une population civile	Conduite en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation criminelle ayant pour but une telle attaque	L'acte commis par l'auteur doit être l'un de ceux participant à l'attaque		art. 30
Meurtre (art. 7§1(a))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a tué une ou plusieurs personnes				art. 30
Extermination (art. 7§1(b) et §2(b))	Dans le cadre de l'attaque; et	Dans le cadre d'une tuerie généralisée d'un groupe de personnes;	L'auteur a tué une ou plusieurs personnes; ou	A imposé à un groupe de personnes des conditions de vies propres à entraîner sa destruction physique totale ou partielle		art. 30
Réduction en esclavage (art. 7§1(c) et §2(c))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a exercé sur une ou plusieurs personnes, l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété ; et/ou	S'est livré sur des êtres humains à la traite, notamment des femmes et des enfants			art. 30
Déportation et transfert forcé de population (art. 7§1(d) et §2(d))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a déporté ou transféré de force, sans motif admis en droit international, une ou plusieurs personnes ; et	La ou les personnes déportées ou transférées de force se trouvaient légalement à l'endroit d'où elles ont été déportées ou transférées de force			art. 30
Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique (art. 7§1(e))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a emprisonné ou autrement privé gravement une ou plusieurs personnes de leur liberté physique ; et	Cet emprisonnement ou autre privation grave de liberté physique intervient en violation des dispositions fondamentales du droit international			art. 30

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Torture (art. 7§1(f) et §2(e))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a infligé à une ou plusieurs personnes des douleurs ou des souffrances aiguës ; et	Cette ou ces personnes sont sous la garde ou le contrôle de l'auteur			art. 30
Viol (art. 7§1(g))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a violé une ou plusieurs personnes par la pénétration même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps ; et	L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement			art. 30
Esclavage sexuel (art. 7§1(g))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a exercé sur une ou plusieurs personnes, l'un ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété ; et/ou	s'est livré sur des êtres humains à la traite, notamment des femmes et des enfants; et	s'est livré sur cette ou ces personnes ou a de toute autre manière soumis cette ou ces personnes à des actes de nature sexuelle		art. 30

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Prostitution forcée (art. 7§1(g))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a amené une ou plusieurs personnes à la commission d'un acte de nature sexuelle ; et	L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement ; et	L'auteur ou une autre personne a obtenu ou espérait obtenir un avantage pécuniaire ou autre en échange des actes de nature sexuelle ou en relation avec ceux-ci		art. 30

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Grossesse forcée (art. 7§1(g) et §2	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a détenu illégalement une femme; et/ou	L'auteur a commis un acte sexuel avec cette femme ; et	L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement ; et	L'auteur a mis cette femme enceinte	*Dolus Specialis* L'auteur entend ainsi modifier la composition ethnique d'un groupe ou commettre une autre violation grave du droit international

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Stérilisation forcée (art. 7§1(g))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a privé une ou plusieurs personnes de la capacité biologique de se reproduire ; et	L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement			art. 30

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Autre forme de violence sexuelle (art. 7§1(g))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a commis un acte de nature sexuelle autre que le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée ou la stérilisation forcée, avec une ou plusieurs personnes ; et	L'auteur a usé de la force à l'encontre de ces personnes ou de tierces personnes, de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, la contrainte, la détention, les pressions psychologiques ou l'abus de pouvoir, ou bien a agi à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement			art. 30

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Persécution (art. 7§1(h) et §2(g))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a infligé à un groupe de personnes ou à une collectivité, un déni grave de leurs droits fondamentaux ; et	Ce déni grave des droits fondamentaux est contraire au droit international ; et	Ce groupe de personnes ou cette collectivité possède une identité politique, raciale, nationale, ethnique, culturelle, religieuse ou sexiste au sens de l'article 7 paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; et	Ce déni grave des droits fondamentaux intervient en corrélation avec tout autre crime contre l'humanité hors l'apartheid ou avec tout autre crime de guerre au sens de l'article 8 du Statut	*Dolus Specialis* L'auteur entend dénier à ce groupe de personnes la jouissance de ces droits fondamentaux pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens de l'article 7 paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international
Disparitions forcées de personnes (art. 7§1(i) et §2(i))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a arrêté, détenu ou enlevé une ou plusieurs personne; ou	Refuse d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent ; et	L'auteur a agi au nom d'un Etat ou d'une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation politique ; et	L'auteur a ainsi soustrait la ou les personnes arrêtées, détenues ou enlevées à la protection de la loi pendant une période prolongée	*Dolus Specialis* L'auteur entend soustraire la ou les personnes arrêtées, détenues ou enlevées à la protection de la loi pendant une période prolongée

Crimes	Eléments matériels					Intention et Connaissance
	1	2	3	4	5	
Crime d'apartheid (art. 7§1(j) et §2(h))	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	L'auteur a commis un ou plusieurs des crimes contre l'humanité, hors la persécution				*Dolus Specialis* L'auteur entend ainsi maintenir ce régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux
Autres actes inhumains (art. 7§1(k))	Dans le cadre de l'attaque	L'auteur a infligé à une ou plusieurs personnes de grandes souffrances; ou	a gravement porté atteinte à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes; ou	a gravement porté atteinte à la santé physique ou mentale d'une ou plusieurs personnes		art. 30

Annexe II

Lecture comparée de l'article 7 du Statut dans ses textes anglais, français et espagnol

Article 7
Crimes against humanity

1. For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:
(a) Murder;
(b) Extermination;
(c) Enslavement;
(d) Deportation or forcible transfer of population;
(e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
(f) Torture;
(g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
(h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under

Article 7
Crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :
a) Meurtre ;
b) Extermination ;
c) Réduction en esclavage ;
d) Déportation ou transfert forcé de population ;
e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
f) Torture ;
g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou

Artículo 7
Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
a) Asesinato;
b) Exterminio;
c) Esclavitud;
d) Deportación o traslado forzoso de población;
e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
f) Tortura;
g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros

international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
(i) Enforced disappearance of persons;
(j) The crime of apartheid;
(k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

2. For the purpose of paragraph 1:
(a) "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple
commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;
(b) "Extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;

en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;
i) Disparitions forcées de personnes ;
j) Crime d'apartheid ;
k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

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

motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
i) Desaparición forzada de personas;
j) El crimen de apartheid;
k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:
a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;
b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

(c) “Enslavement” means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;

(d) “Deportation or forcible transfer of population” means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;

(e) “Torture” means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;

(f) “Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d’exercer sur une personne l’un quelconque ou l’ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d’autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) Par « torture », on entend 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 ; l’acception de
ce terme ne s’étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d’une femme mise enceinte de force, dans l’intention de modifier la composition ethnique d’une population ou de commettre d’autres violations graves du droit
international. Cette définition ne peut en aucune manière s’interpréter

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos,
incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se

(g) “Persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
(h) “The crime of apartheid” means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;
(i) “Enforced disappearance of persons” means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;
g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l’identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l’objet ;
h) 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 ;
i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l’autorisation, l’appui ou l’assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d’admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l’endroit où elles se trouvent, dans l’intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term "gender" refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

BIBLIOGRAPHIE

I. Droit international public

Brownlie Ian, *Principles of Public International Law*, 5ème éd., Clarendon Press, Oxford, 1998

Cassese Antonio, *International Law*, Oxford, 2003

Dailler Patrick & **Pellet** Alain, *Droit international public*, 7ème édition, LGDJ, Paris, 2002

II. Droit international pénal et des droits de l'homme

AIDP, *The International Criminal Court Observation and issues before the 1997-1998 Preparatory Committee*, NEP N° 13, Eres, Cahors, 1999

AIDP, *Observations on the consolidated ICC Text before the final session of the Preparatory Committee*, NEP N° 13bis, Eres, Cahors, 1998

AIDP, *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, NEP N° 14, Eres, Cahors, 1998

Akhavan Payam, *Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?*, AJIL 93-2001, pp. 7 et ss

Allen Beverly, *Rape Warfare: The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, University of Minnesota Press, Minneapolis, Londres, 1996

Ambos Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker&Humblot, Berlin, 2002

Amnesty International, *La peine de mort, Quand l'Etat assassine*, Amnesty International, Paris, 1989

Amnesty International, *La torture, instrument de pouvoir, fléau à combattre*, Seuil, Paris, 1984

Amnesty International, *Les disparitions*, Amnesty International, Paris, 1994

Amnesty International, *Mauritanie, Un avenir sans esclavage ?*, Amnesty International, Londres, 2002

Amnesty International, *Prisoners of Conscience in the USSR: Their Treatment and Conditions*, 2nd edition, Amnesty International, 1980

Amnesty International, *Rapport 2003*, Amnesty International, Paris, 2004

Amnesty International, *Torture, une impunité criminelle*, Amnesty International, Paris, 2001

Amnesty International, *Torture, pour en finir avec le commerce de la souffrance*, Amnesty International, Paris, 2000

Anti-Slavery International & **Confédération internationale des syndicats libres**, *Le travail forcé au 21ème siècle*, Anti-Slavery, Londres, 2001

Anti-Slavery International, *Is there slavery in Sudan ?*, Anti-Slavery, Londres, 2001

Anti-Slavery International, *Rapport sur les trafics d'enfants entre le Bénin et le Congo*, Londres, 2000

Arzoumanian Naïri & **Pizzutelli** Francesca, *Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique*, RICR N°852, 2003, pp. 827 et ss

Ascencio Hervé , *L'amicus curiae devant les juridictions internationales*, RGDIP 105-2001, pp. 897 et ss

Ascencio Hervé & **Maison** Rafaëlle, *L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1995-1997) et pour le Rwanda (1994-1997)*, AFDI 1997, pp. 368ss

Ascencio Hervé & **Pellet** Alain, *L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1993-1995)*, AFDI 1995, pp. 101ss

Ascencio Hervé, **Decaux** Emmanuel & **Pellet** Alain, *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000

Asmal Kader& **Asmal** Lousie & **Roberts** Ronald S., *Reconciliation through Truth : a reckoning of Apartheid's criminal governance*, St. Martin's Press, New York, 1997

Bales Kevin, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, Berkeles, Los Angeles et Londres, 2000

Bantekas Ilias, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, Juris Publishers, New York, 2002

Bantekas Ilias & **Nash** Susan, *International Criminal Law*, Cavendish Publishers, London, 2003

Barnes Samuel H., *The Contribution of Democracy to Rebuilding Postconflict Societies*, AJIL 95-2001, pp. 86 et ss

Barstow Ann Llewellyn, editor, *War's Dirty Secret, Rape, Prostitution and other Crimes against Women*, Pilgrim Press, Cleveland, 2000

Bassiouni M.Cherif, *The Statute of the International Criminal Court : a Documentary History*, Transnational Publishers, New York, 2000

Bassiouni M.Cherif, *A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1997

Bassiouni M.Cherif, *Crimes against humanity in international criminal law* 2ème éd., Kluwer International, Londres, 1999

Bassiouni M.Cherif & **Manikas** Peter, *The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996

Bedjaoui Y., **Abbas** A. & **Meziane** A.-L., *An inquiry into the algerian massacres*, Hoggar, Genève, 1999

Beigbeder Yves, *Judging criminal leaders. The slow erosion of impunity*, Kluwer, La Haye, 2002

Benninger-Budel C. & **Lacroix** A.-L., *Violence against women, A report*, OMCT, Genève, 1999

Benot Yves, *La modernité de l'esclavage, essai sur la servitude au cœur du capitalisme*, La découverte, Paris, 2003

BIT-IPEC, *Enfance blessée, l'utilisation des enfants dans les conflits armés en Afrique centrale*, Genève, 2003

Bos Adriaan, *Reflections on the International Criminal Court Essays in Honour of Adriaan Bos*, Kluwer, La Haye, 1999

Boukra Liess, *Algérie, la terreur sacrée*, Favre, Paris, 2002

Braeckman Colette, *Rwanda Histoire d'un génocide*, Fayard, Paris 1994

Braeckman Colette, *Terreur africaine: Burundi, Rwanda, Zaire*, Fayard, Paris 1996

Branche Raphaëlle, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie 1954-1962*, Gallimard, Paris, 2001

Brett Rachel, *Adolescents volunteering for armed forces or armed groups*, RICR N°852, 2003, pp. 857 et ss

Brownmiller Susan, *Against Our Will, Men, Women and Rape*, Fawcett, New York, 1993

Cassese Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003

Cassese Antonio, *Violence et droit dans un monde divisé*, PUF, Paris, 1990

Cassese Antonio, **Gaeta** Paola & **Jones** John R.W.D., *International criminal law: a commentary on the Rome statute for an International criminal Court*, Oxford University Press, New York, 2001

Cassin René, *L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme*, *in* Mélanges Georges Scelle, La technique et les principes du droit public, t. I, LGDJ, Paris, 1950

Castillo Maria, *La compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, RGDIP 1994 pp. 61ss

Chanet Christine, *La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, AFDI 1984, pp. 625 et ss.

Chang Iris, *The Rape of Nanking: the Forgotten Holocaust of World War II*, Penguin Books, New York, 1998

Clark Roger S., *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the ICC and the Elements of Offences*, Leiden Journal of Int. Law 15, 2002, pp. 859-890

Clark Roger S., *Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court*, in Roger S. Clark, Ferdinand Feldbrugge & Stanislaw Pomorski, eds., *International and National Law in Russia and Eastern Europe*, pp. 139-156, Kluwer Law International, New York, 2001

Cohen-Jonathan Gérard & **Schabas** William A., *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2003

Condorelli Luigi, *Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et sa jurisprudence*, Bancaja de Derecho Int. vol. 1 1997

Conot Robert E., *Justice at Nuremberg*, Carroll & Graf Publishers, New York, 2000

Conroy John, *Unsepakable Acts, Ordinary People The Dynamics of Torture*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Londres, 2000

Crawford James, *The ILC's draft Statute for an International Criminal Court*, AJIL 1994, pp. 140ss

Crawford James, *The ILC adopts a Statute for an International Criminal Court*, AJIL 1995, pp. 404ss

David Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1994

de Hamptine Jérôme, *La définition du crime contre l'humanité par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Rev. Trim. des DH N°36 1998

de Than Claire & **Shorts** Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Thomson Sweet &Maxwell, Londres, 2003

Deen-Racsmany Zsuzsanna, *The Nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, AJIL 95-2001, pp. 606 et ss

Delmas-Marty Mireille, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, RSCDPC 1994, pp. 477 et ss

Dicks H. V., *Les meurtres collectifs*, Calmann-Lévy, Paris, 1973

Donnedieu de Vabres Henri, *Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, Ed. Panthéon-Assas, Paris, rééd. 2005

Donnedieu de Vabres Henri, *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal*, RCADI 1947-I, vol. 70, pp. 481ss

Dörmann Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003

Dörmann Knut, *Preparatory Commission for the International Criminal Court: the Elements of War crimes*, RICR N° 839 2000, pp. 771 et ss

Dörmann Knut, *The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"*, RICR N° 849 2003, pp. 45 et ss

Dufour Geneviève, *La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment?*, RICR N° 840 2000, pp. 969 et ss

Ehard Hans, *The Nuremberg trial against the major war criminals and international law*, AJIL vol. 43 1949, pp. 223ss

ELSA, *Handbook on the International Criminal Court*, ELSA, Bruxelles, 1998

Fischer H., **Kress** C. & **Lüder** S.R., *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, Arno Spitz, Berlin, 2001

Frésard Jean-Jacques, *Des laboratoires de Milgram aux champs de bataille: quelques éléments de compréhension du comportement des combattants*, RICR N° 853 2004, pp. 147-168

Garraway Charles, *Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied*, RICR N° 836 1999, pp. 785 et ss

Ginsburg Georges & **Kudriatsev** V. N., *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1990

Graditzky Thomas, *La responsabilité pénale individuelle pour violation du dih applicable en situation de conflit armé non international*, RICR N° 829 1998, pp. 29 et ss

Grahl-Madsen Atle, *Commentary on the Refugee Convention*, 1951, articles 2-11, 13-37, HCR, Genève, 1997

Graven Jean, *Les crimes contre l'humanité*, RCADI 1950-I vol. 76, pp 429ss

Green L. C., *Superior Orders and Command Responsibility*, MLR, vol. 175 March 2003, pp. 309-384

Greppi Edoardo, *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, RICR N° 835 1999, pp. 531 et ss

Grynfogel Catherine, *Un concept juridique en quête d'identité : le crime contre l'humanité*, RIDP 1992, pp. 1034-1041

Guenivet Karima, *Violence sexuelle, la nouvelle arme de guerre*, Michalon, Paris, 2001

Hall Christopher K., *Première proposition de création d'une Cour criminelle internationale permanente*, RICR N° 829 1998, pp. 59 et ss

Haquani Z., *La Convention des Nations Unies contre la torture*, RGDIP 1986, pp. 127-155

Harris Whitney R., *Tyranny on Trial: The Trial of the Major German War Criminals at the End of the WWII at Nurnberg Germany 1945-1946*, Southern Methodist University Press, Dallas, 1999

HCR, *Les réfugiés dans le monde 2000, Cinquante ans d'action humanitaire*, Editions Autrement, Paris, 2000

Human Rights Watch & Fédération Internationale des Droits de l'Homme, *Aucun témoin ne doit survivre, le génocide au Rwanda*, Karthala, Paris, 1999

Human Rights Watch, *World Report 2004*, HRW, New York, 2004

Joseph Sarah, **Schultz** Jenny & **Castan** Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2001

Jurovics Yann, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, LGDJ, Paris, 2002

Kälin Walter, *La lutte contre la torture*, RICR N° 831 1998, pp. 463 et ss

Kirsch Philippe & **Holmes** John T., *The Rome Conference on an international Criminal Court: The Negotiating Process*, 93 AJIL 1999 2

Kittichaisaree Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2001

Kotek Joël & **Rigoulot** Patrick, *Le siècle des camps*, JC Lattès, Paris, 2000

La Rosa Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal, termes choisis*, PUF, Paris, 1998

La Rosa Anne-Marie, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, PUF, Paris, 2003

Lattanzi Flavia & **Schabas** William A., *Essay on the Rome Statute on the International Criminal Court*, Il Sirente, Ripa Fagnano Alto AQ, 2000

Lee Roy S., *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York, 2001

Lee Roy S., *The International Criminal Court The making of the Rome statute*, Kluwer Law International, La Haye, 1999

Lerner Natan, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Kluwer, La Haye 2003

Maga Timothy P., *Judgement at Tokyo. The Japanese war crimes trials*, University Press of Kentucky, Lexington, 2001

Mandela Nelson, *L'apartheid*, Editions de minuit, Paris, 1985

Mansfield Leslie, *Crimes against Humanity. Reflexions on the Fieftieth Anniversary of Nuremberg and a Forgotten Legacy*, Nordic JIL vol. 64, 1995, pp. 293-341

Marrus Michael R., *The Nuremberg War Crimes Trial, 1945-1946 A documentary history*, Bedford St Martin's, Boston & New York, 1997

Matheson Michael J., *United Nations Governance of Postconflict Societies*, AJIL 95-2001, pp. 76 et ss

Matokot-Mianzenza Sidonie, *Viol des femmes dans les conflits armés et thérapies familiales : cas du Congo-Brazzaville*, L'Harmattan, Paris, 2003

McGregor Lorna, *Individual Accountability in South Africa: Cultural Optimum or Political Facade?*, AJIL 95-2001, pp. 32 et ss

Meron Thoedor, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, AJIL 1996, pp. 238 et ss.

Meron Thoedor, *International criminalization of internal atrocities*, AJIL 1995, pp. 554ss

Meron Thoedor, *War crimes in Yugoslavia and the development of international law*, AJIL 1994, pp. 78ss

Meron Thoedor, *Human Rights in international law*, 2 vol., Clarendon Press, Oxford, 1984

Meron Thoedor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989

Meron Thoedor, *War Crimes Law comes of Age: Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1999

Meyrowitz Henry, *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*, LGDJ, Paris, 1960

Nations Unies, *Les Nations Unies et l'apartheid*, Nations Unies, New York, 1995

Nations Unies, *Les Nations Unies et les droits de l'homme*, Nations Unies, New York, 1995

Nations Unies, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, du 12 mai 2004

Nowak Manfred, *The UN Convenant on civil and political rights*, N.P. Engel, Kehl am Rhein/Strasbourg, 1993

OIM, *Trafficking of Women to The European Union: Characteristics, Trends and Policy Issues,* Organisation internationale pour les migrations, Genève, 1996

OIT-IPEC, *Combating Trafficking in Children for Labour Exploitation in West and Central Africa, Synthesis Report based on Studies of Benin, Burkina Faso, Cameroon, Côte d'Ivoire, Gabon, Ghana, Mali, Nigeria and Togo*, OIT, Genève, 2001

OIT-IPEC, *Combattre le trafic des enfants*, OIT, Genève, 2002

Osiel Michael J., *Obeying orders: atrocity, military discipline and the law of war*, Transaction Publishers, London, 2002

Paust Jordan J., *Superior Orders and Command Responsibility*, *in* Bassiouni M.C., *International Criminal Law, Enforcement*, Carolina Academic Press, Durham, 1999

Paust Jordan J. & **Bassiouni** M.C. et al., *International criminal law* 2ème éd. 3 vol., Carolina Academic Press, Durham, 1999

Paust Jordan J. & **Bassiouni** M.C. et al., *International criminal law, Cases and material*, Carolina Academic Press, Durham, 1996

Pejic Jelena, *Accountability for international crimes: From conjectures to reality*, RICR N° 845 2002, pp. 13 et ss

Pellet Alain, *Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancées décisive?*, RGDIP 1994, pp. 7ss

Peters Edward, *Torture*, University of Pennsylvania Press, Philadelphie, 1999

Pettiti L.-E., **Decaux** E. & **Imbert** P.-H, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999

Pfanner Toni, *Création d'une Cour criminelle internationale permanente*, RICR N° 829, pp. 21 et ss

Pflug Bharati, *An Overview of Child Domestic Workers in Asia*, OIT-IPEC, Genève, 2003

Pictet Jean S. s.d., *Commentaire de la Ière Convention de Genève*, CICR, Genève 1952

Pictet Jean S. s.d. , *Commentaire de la IIème Convention de Genève*, CICR, Genève 1959

Pictet Jean S. s.d., *Commentaire de la IIIème Convention de Genève*, CICR, Genève 1958

Pictet Jean S. s.d., *Commentaire de la IVème Convention de Genève*, CICR, Genève 1956

Politi Mauro & **Nesi** Giuseppe, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Dartmouth, Aldershot, 2001

Politi Mauro & **Nesi** Giuseppe, *The Rome statute of the international criminal court : a challenge to impunity*, Burlington, 2001

Pons Sophie, *L'apartheid, l'aveu et le pardon*, Bayard, Paris 2001

Quintana Juan José, *Les violations du droit international humanitaire et leur répression: le TPIY*, RICR N° 807 1994

Ratner Steven R. & **Abrams** Jason S., *Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Trial*, Clarendon Press, Oxford, 1997

RICR, *Juridictions pénales internationales et droit international humanitaire, Dossier*, RICR N° 828 1997

Robertson Geoffrey, *Crime against humanity, the struggle for global justice*, New Press, New York, 2000

Robinson Darryl, *Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference*, AJIL 93-1999, pp. 43 et ss

Robinson Nehemiah, *The Genocide Convention: A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New York 1960

Rodley Nigel S., *The treatment of prisoners under international law*, Oxford University Press, New York, 2000

Romano Cesare & **Bourtruche** Théo, *Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice « hybride »*, RGDIP 107-2003, pp. 109 et ss

Roulot Jean-François, *Le crime contre l'humanité* , L'Harmattan, Paris, 2002

Sandoz Yves, **Swinarski** Christophe & **Zimmermann** Bruno, édition et coordination, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, CICR, Genève & Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1986

Santa Maria Amparita S., *Study on the Legal Protection of Child Domestic Workers in Asia-Pacific*, OIT-IPEC, Genève, 2003

Sassoli Marco, *La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, RGDIP 1996, pop. 101ss

Sassoli Marco, *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, RGDIP 106-2002, pp. 791 et ss

Sassoli Marco & **Bouvier** Antoine, *Un droit dans la guerre?* 3 vol., CICR, Genève, 2003

Sassoli Marco & **Bouvier** Antoine, *How does law protect in war?* 2 vol., CICR, Genève, 1999

Sassoli Marco & **Olson** Laura M., *The judgement of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case*, RICR N° 839 2000, pp. 733 et ss

Schabas William A., *Genocide in international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000

Schabas William A., *An introduction to the international criminal court*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004

Schabas William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002

Schindler Dietrich & **Toman** Jiri, *Droit des conflits armés*, CICR, Genève, 1996

Shelton Dina, *International Crimes, Peace and Human Rights : the Role of the International Criminal Court*, Transnational Publishers, New York, 2000

Sironi Françoise, *Bourreaux et victimes, psychologie de la torture*, Odile Jacob, Paris, 1999

Sliedregt Elies van, *The Criminal Responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, TMC Asser press, La Haye, 2003

Solera Oscar, *Complementary jurisdiction and international criminal justice*, RICR N° 845 2002, pp. 145 et ss

Solis Gary S., *Obedience to Orders, History and Abuses at Abu Ghraib Prison*, JICJ Vol. 2 N°4 Décembre 2004, pp. 988 et ss.

Steiner Hery J. & **Alston** Philip, *International human rights in context*, Clarendon Press, Oxford, 1996

Sudre Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6è ed., PUF, Paris, 2003

Sunga Lyal S., *The emerging system of international criminal law. Developments in codification and implementation*, Kluwer Law International, La Haye, 1997

Tavernier Paul s.d., *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004

Taylord Telford, *Procureur à Nuremberg*, Seuil, Paris, 1995

Thibodeau Serge-Patrice, *La disgrâce de l'humanité, essai sur la torture*, 1b éd., Paris, 1999

Triffterer Otto s.d., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999

Tutu Desmond, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, Albin Michel, Paris, 2000

Van den Wyngaert Christine, *International Criminal Law A collection of international and european instruments*, Kluwer Law International, La Haye, 2001

Van den Wyngaert Christine, *International Criminal Law and Procedure*, Aldershot, Dartmouth, 1996

Verhaegen Jacques, *Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels*, RICR N° 845 2002, pp. 35 et ss

Viñar Maren & Marcello, *Exil et torture*, Denoël, Paris, 1989

Weissbrodt David & **la Société anti-esclavagiste internationale**, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, HCDH, Genève, 2002

Werle Gerhard & **Jessberger** Florian, *« Unless Otherwise Provided », Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, JICJ vol. 3 N°1, March 2005, pp. 35-55

Zakr Nasser, *Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international*, RGDIP 105-2001, pp. 281 et ss

Zingoni-Fernandez Malena & **Giannini** Nicolas s.d., *La détention en isolement dans les prisons européennes, Les régimes spéciaux de détention en Italie et en Espagne et les mesures administratives en France et au Royaume-Uni*, Bruylant, Bruxelles, 2004

Zoller Elisabeth, *La définition des crimes contre l'humanité*, JDI 120-1993, pp. 549 et ss

III. Ouvrages généraux

Alleg Henry, *La question*, Editions de Minuit, Paris, 1977

Améry Jean, *Par delà le crime et le châtiment*, Acte Sud, Arles, 1999

Antelme Robert, *L'espèce humaine*, Gallimard tel, Paris 1994

Arendt Hannah, *Les origines du totalitarisme suivi de Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, Gallimard Quarto, Paris, 2002

Audouin-Rouzeau Stéphane, *L'enfant de l'ennemi, 1914-1918*, Aubier Montaigne, Paris, 1998

Bettelheim Bruno, *Le cœur conscient*, Robert Laffont, Paris, 1972

Brantôme, Pierre de Bourdeille, Seigneur de, *Les femmes galantes*, éd. Folio Gallimard, Paris, 1981

Chalamov Varlam, *Récits de la Kolyma*, Verdier, Paris, 2003

Chalamov Varlam, *Essais sur le monde du crime*, Gallimard, Paris, 1993

Coquio Catherine, *Parler des camps, penser les génocides*, Albin Michel, Paris, 1999

Courtois Stéphane et al., s.d. , *Le livre noir du communisme, Crimes, terreur, répression*, Robert Laffont, Paris, 1997

Delacampagne Christian, *Une histoire de l'esclavage*, Le livre de poche, Paris, 2002

Delbo Charlotte, *Auschwitz et après*, tt. I à III, Editions de minuit, Paris, 1995

Diderot Denis, *Les Bijoux indiscrets* (1748), *Œuvres*, Gallimard, La Pléiade, Paris, 1969

Duby Georges, *Féodalité*, Gallimard Quarto, Paris 1996

Duby Georges, *Qu'est-ce que la féodalité ?*, Flammarion, Paris, 2002

Durand Bernard (s.d), *La torture judiciaire, approches historiques et juridiques*, tt. I et II., Centre d'histoire judiciaire éditeur, Lille, 2002

Durand Bernard, **Poirier** Jean & **Royer** Jean-Pierre, *La douleur et le droit*, PUF, Paris, 1997

Ferrone Vincenzo & **Roche** Daniel s.d., *Le Monde des Lumières*, Fayard, Paris, 1999

Fohlen Claude, *Histoire de l'esclavage aux Etats-Unis*, Perrin, Paris, 1998

Freud Sigmund, *Psychologie collective et Analyse du moi*, *in Essais de psychanalyse*, éd. Payot, Paris, 1973

Gandhi Mohandas K., *An Autobiography, The Story of my Experiment with Truth*, Beacon Press, Boston, 1993

Garlan Yvon, *Les esclaves en Grèce ancienne*, François Maspero, Paris, 1982

Grotius Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, première édition latine en 1625, édition française, Bâle 1746

Hazan Pierre, *La justice face à la guerre, De Nuremberg à La Haye*, Stock, Paris, 2000

Herling-Grudzínski Gustaw, *Un monde à part*, Gallimard tel, Paris, 1995

Hicks George, *The Comfort Women, Japan's Brutal Regime of Enforced Prostitution in the Second World War*, W.W. Norton & Cie, New York et Londres, 1997

Hilberg Raul, *La destruction des Juifs d'Europe*, Fayard, Paris, 1988

Jankelevitch Vladimir, *L'imprescriptible*, Point Seuil, Paris, 1996

Jurgenson Luba, *L'expérience concentrationnaire est-elle indicible?*, Editions du Rocher, Paris, 2003

Kerrigan Michael, *The Instruments of Torture*, The Lyons Press, New York, 2001

Kertesz Imre, *Etre sans destin*, Acte Sud, Arles, 1998

Kiernan Ben, *Le génocide au Cambodge*, Gallimard, Paris, 1998

Kim-Gibson Dai Sil, *Silence Broken, Korean Comfort Women*, Mid Prairie Books, Parkersburg, 1999

Klemperer Viktor, *LTI, La langue du IIIè Reich*, Pocket, Paris, 2003

Kogon Eugen, *L'Etat SS, Le système des camps de concentration allemands*, Point Seuil, Paris 1993

Las Casas Bartolomé de, *Histoire des Indes*, 2 vol., Seuil, Paris, 2002

Levi Primo, *Si c'est un homme*, Pocket, Paris, 1988

Levi Primo, *Les naufragés et les rescapés, Quarante ans après Auschwitz*, Gallimard, Paris, 1989

Lilly Robert J., *La face cachée des GI's : Les viols commis par des soldats américains en France, en Angleterre et en Allemagne*, Payot, Paris, 2003

Mandela Nelson, *Long Walk to Freedom*, Little, Brown & Company, Boston, New York et Londres, 1995

Marconville Jean de, *De la bonté et mauvaiseté des femmes*, première édition 1564, Côté-femme édition, Paris, 1991

Mercier Michèle, *Crimes sans châtiment*, Bruylant Bruxelles, Bruxelles, 1994

Meyer Jean, *Esclaves et négriers*, Découvertes Gallimard, Paris, 2003

Milgram Stanley, *Soumission à l'autorité*, Calmann-Lévy, Paris, 1974

Minow Martha, *Between vengeance and forgiveness. Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, Boston, 1998

Monestier Martin, *Les enfants esclaves, l'enfer quotidien de 300 millions d'enfants*, Le Cherche Midi, Paris, 1998

Nathan Tobie, *L'influence qui guérit*, Odile Jacob, Paris, 1994

Nietzsche Friedrich, *Le gai savoir*, éd. Folio essais, Gallimard, Paris, 1982

Novak Ana, *Les beaux jours de ma jeunesse*, Balland, Paris, 1999

O'Dy Sylvie, *Esclaves en France*, Albin Michel, Paris, 2001

Peschanski Denis, *La France des camps, L'internement 1938-1946*, Gallimard, Paris, 2002

Pétré-Grenouilleau Olivier, *Les traites négrières, Essai d'histoire globale*, Gallimard, Paris, 2004

Pontis Louis de, *Mémoire de Monsieur de Pontis, Maréchal de bataille*, première édition 1676, éd. Mercure de France, Paris, 1986

Rizet Dominique & **Bellon** Rémy, *Le dossier Pinochet*, Michel Lafon, Neuilly-sur-Seine, 2002

Roberspierre Maximilien, *Œuvres*, PUF, Paris, 1952

Rousseau Jean-Jacques, *Emile ou De l'éducation* (1762), Garnier, Paris, 1951

Rousset David, *L'univers concentrationnaire*, Editions de minuit, Paris, 1981

Sofsky Wolfgang, *L'organisation de la terreur*, Calmann-Lévy, Paris, 1995

Sofsky Wolfgang, *Traité de la violence*, Gallimard, Paris, 1998

Sofsky Wolfgang, *L'ère de l'épouvante : folie meurtrière, terreur, guerre*, Gallimard, Paris, 2002

Soljenitsyne Alexandre, *L'archipel du Goulag*, 2 vol., Seuil, Paris, 1974

Souaïda Habib, *La sale guerre*, La découverte, Paris, 2001

Ternon Yves, *L'Etat criminel, le génocide au XXème siècle*, Le Seuil, Paris, 1995

Testart Alain, *L'esclave, la dette et le pouvoir*, Edition Errance, Paris, 2001

Tillion Germaine, *Ravensbrück*, Point Seuil, Paris, 1997

Todorov Tzvetan, *Face à l'extrême*, Seuil, Paris, 1991

Vidal Naquet Paul, *La torture dans la République Essai d'histoire et de politique contemporaine*, Editions de minuit, Paris, 2000

Vigarello Georges, *Histoire du viol, du XVIè au XXè siècle*, Seuil, Paris, 2000

Voltaire, *Prix de la justice de l'humanité* (1777), *Œuvres complètes*, Paris, Garnier Frères, 1877-1885, t. XXX

Winock Michel, *Les voix de la liberté*, Seuil, Paris, 2000

Wormser-Migot Olga, *L'ère des camps*, 10/18, Paris, 1973

Wu Harry, Laogai, *Le Goulag chinois*, Dagorno, Paris, 1996

Wu Harry, *Retour au laogai. La vérité sur les camps de la mort dans la Chine d'aujourd'hui*, Belfont, Paris, 2004

Index thématique

A

Acte :

- *de nature sexuelle* 391, 401, 406-408, 410, 413, 415, 416, 418

- *inhumain* 9, 18, 32, 142, 264, 427, 554, 557, 558, 574, 580

- *sexuel* 129, 368, 395, 400, 407, 408, 409, 412, 416, 417

Actio libera in causa 726, 727, 728

Actus reus voir **Elément matériel**

Afrique du Sud 301, 523, 525, 527, 528, 530-535, 537, 538, 540, 541-543, 545, 546, 549-551, 576

Agent 16, 32, 60, 108, 124, 291, 321, 330, 334, 342, 346, 347, 356, 391, 482, 487, 488, 490, 504, 509, 510-514, 516, 591, 593

- *de l'Etat* 103, 345, 356, 358, 474, 489, 493, 495, 509, 510-512, 553, 591, 594, 595, 599

- *diplomatique* 30, 595, 596

- *recruteur* 194

Agentique (état) 16, 712

Aide du complice 15, 80, 387, 512, 513, 586, 591, 602, 603, 605, 614, 617-620

Aide humanitaire 235

Analogie 52, 574, 599

Apartheid (ou **Crime d'apartheid**) 9, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 39, 54, 59, 63, 70, 74, 75, 97, 98, 114, 143, 229, 233, 263, 331, 431, 436, 457-459, 463, 465, 468, **523-546, 548-554,** 572, 573, 576, 599, 622, 748

Arbitraire 100, 119, 121, 122, 124, 126, 130, 134, 228, 229, 230, 233-235, 265, 267, 280, 284, 291, 292, 296, 300, 302, 305, 306, 355, 381, 412, 424, 428, 429, 432, 438, 446, 448, 451, 478, 492, 496, 505, 515, 528, 530, 532, 535, 540, 746

Arrestation 122, **265, 267-269, 283-285,** 287, 288, 291, 355, 425, 448, 477, 479, 480, 482, 484, 486, 488, 494, **508, 509,** 511-515, 517, 518, 526, 535, 540, 544

Assassinat (voir également meurtre) 32, 119, 139, 142-144, 148, 156, 206, 322, 365, 378, 411, 441, 449, 469, 483, 532

Assemblée des Etats parties 18, 47, 48, 57, 58, 62, 135-138, 146, 150, 172, 186, 222, 245-247, 253, 256, 261, 273, 274, 282, 308, 348, 353, 354, 361, 362, 384, 394, 395, 401, 402, 404-407, 409, 459, 463, 464, 509, 511, 516, 519, 520, 554, 565, 574, 580

Assistance du complice 513, 605, 610, 614, 617-620

Attaque généralisée ou systématique 8, 9, 15-18, 20, 44, 53, 55, 62, 64, 70, 71, 73-75, 80, 82, 83, **89-94, 98, 101, 104-106, 108, 110-112,** 135, 136, 138, 146, 150, 151, 164, 165, 170, 172-174, 176, 214, 218, 222-225, 228, 261, 262, 264, 280, 281, 287, 297, 305, 308, 309, 355, 362, 363, 391, 395, 396, 401-406, 414-419, 434, 452, 453, 460-462, 464, 465, 507, 511-513, 520-522, 540, 549-551, 554, 580, 581, 587, 599, 600, 603, 608, 610, 611, 615, 622, 623, 626, 629, 670, 680, 701, 715, 722, 725, 729, 731, 746, 748, 749

Auschwitz 304, 375

Auteur :

- *direct* 395, 442, 461, **603, 604,** 606, 607, 614, 615, 620

- *médiat* 15, 603, **606, 607,** 614, 679, 704, 725, 729, 736, 742, 743

Autorité :

- *civile* 249, 251, 306, 673, 689

- *et contrôle effectifs* 639, 641-643, 645-648, 658, 664, 668, 670, 678, 680, 682-684, 687, 690, 694, 702, 707

- *judiciaire* 188, 233, 267, 285, 291, 292, 294, 295, 374, 488, 489, 661

- *militaire* 251, 374, 504, 505, 641, 642, 643, 689, 703, 707

- *nationale* 125, 131, 194, 248, 267, 411, 477, 479, 480, 482, 486, 488, 504, 505, 576

B

Bantoustan 525, 528, 531, 532, 541

Birkenau 304

C

Camps 10, 11, 12, 199, 234, 243, 265, 288, 297-304, 323, 367, 370, 378, 411, 433, 442, 471, 652, 653, 727, 747

- *de concentration* 10, 13, 157, 264, 297, 298, 301, 303, 305, 319, 325, 355, 375, 404, 425, 427, 471, 685, 740, 748

- *de rééducation* 302

- *de réfugiés* 240, 241, 652

- *de travail* 14, 302, 304, 685

- *de viol* 218, 219, 301, 366, 378, 379

- *d'extermination* 301

- *d'internement* 304

Châtiments corporels 290, 313, 357, **575-578**

Chef :

- civil (d'entreprise, d'atelier ou d'équipe) 278, 677, 680

- d'Etat ou de gouvernement 534, 594-597, 600, 642, 677

- de mission diplomatique 595

- d'inculpation ou d'accusation 146, 359, 360, 439, 559

- militaire 55, 69, 75, 82, 609, **633-636, 638-643, 645-648, 650, 651, 655-664, 666-671,** 673-675, 679, 680, 683, 685-687, 689-694, 699, 702, 703, 707, 708, 711, 749

Circonstances :

- au sens de l'art. 30 CPI 54, 62, **71, 72, 75, 77, 78, 80, 82, 83, 93**

- aggravantes 82

- atténuantes 700, 708, 724

- contextuelles 62, 83

- de l'espèce 83, 96, 100, 106, 110, 122, 144, 165, 188, 193, 195, 242, 257, 283, 285, 296, 335, 408, 412, 483, 516, 560, 575, 645, 655, 659, 662, 663, 675, 695, 701, 708, 714,

- exceptionnelles 2, 104, 105, 271, 286, 290, 298, 333

Civil voir **Population civile**

Coauteur 15, 251, 412, 461, 603, **604-606,** 612, 614, 615

Codification 28, 29

Comité :

- ad hoc de 1995 30, 39, 40, 42

- contre la torture 128, 336, 341

- des droits économiques, sociaux et culturels 231

- des droits de l'enfant 128, 203

- des droits de l'homme 122, 123, 128, 129, 131, 133, 255, 270, 271, 289, 292, 294, 295, 333, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 349, 355, 356, 359, 429, 430, 432, 445, 451, 478, 480, 492, 564, 578

- des juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international destiné à juger les crimes commis en ex-Yougoslavie 586

- européen pour la prévention de la torture 296, 342, 359, 563

- international de la Croix-Rouge 27, 30, 41, 469, 497

- pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes 213, 434

- pour l'élimination de la discrimination raciale 432, 433

- préparatoire de 1996 40-43, 45, 51-53, 67, 78, 84, 135

- spécial contre l'apartheid 530, 531, 534

Commandement :

- effectif 307, 655

- militaire 640-644, 646-648, 655, 657, 659, 663, 664, 668-670, 677, 683, 699, 702, 703

Commission :

- du droit International 8, 29, 30, 37-40, 42, 45, 103, 142, 143, 158, 164, 166, 199, 381, 390, 427, 439, 507, 543, 557, 572, 575, 586, 593, 600, 608, 664, 673, 700

- préparatoire 45-48, 55, 57, 58, 62-64, 70, 72, 73, 104, 158-160, 168, 189, 219, 245, 273, 348, 349, 384, 400, 401, 404, 405, 407, 409, 413, 510, 513, 517, 520, 554, 579, 724

Compétence (ou **juridiction**) **:**

- ratione loci 57, 61, 62, 78, 89, 90

- ratione materiae 18, 38-41, 43-45, 51, 83, 90, 452, 459, 596, 597

- ratione personae 588, 589, 591, 592, 596, 597

- ratione temporis 89, 480, 485

Complémentarité 19, 25, 37, 39, 40, 43, 590, 592

Complice 80, 82, 86, 412, 591, 605, 606, 614, 618-620, 623, 627, 635

Complicité 15, 75, 80, 316, 494, 513, 604, 611, 613, **617-620**

Comportement 13, 55, 60, 62, 63, 68, 69, 71, **77-79**, 81-83, 86, 95, 96, 99, 104, 112, 136-138, 148-151, 170, 172-174, 186-189, 207, 218, 221-224, 245-247, 256, 259, 261, 262, 273, 274, 279, 282, 306, 308, 324, 335, 349, 359, 361-363, 395, 401, 402, 404, 409, 410, 412, 414-418, 422, 464, 465, 518-522, 533, 554, 555, 565, 579-581, 604, 611, 614, 618, 624-627, 638, 646, 656, 683, 728, 730, 733, 736-738, 742

Concours :

- aide ou assistance du complice 15, 513, 617, 619, 620, 624,

- d'infractions 456, 457, 587, 628-630

Conditions :

- de détention 273, 275, 280, 284, 288-290, 292, 293, 296, 297, 304, 323, 503, 510, 515, 536, 747

- de vie 63, 146, 147, 153, 154, 156-159, 163, 164, 167-170, 172-174, 185, 206, 276, 277, 433, 441, 539, 540, 622, 623, 747

Conférence de Rome (ou **Conférence diplomatique** ou **de plénipotentiaires**) 1, 41-46, 51, 57, 58, 78, 628, 687

Connaissance :

- au sens de l'art. 30 CPI 47, 55, 56, 67, 69-77, **80-86,** 104, 112, 148, 156, 170, 171, 186, 221, 245, 247, 259-261, 273, 274, 279, 292, 306, 308, 349, 361, 404, 407, 410, 412, 462, 463, 518, 519, 521, 553, 554, 565, 579, 580, 588, 604, 608, 610, 618, 620, 621, 623, 626, 636, 644, 650, 652, 658, 659, 660, 662, 665-668, 670, 685, 687, 691, 695, 705, 708, 709, 710, 711, 714-716, 721, 728, 742

- de l'attaque 53, 55, 62, 70, 73, 104, 110-113, 170, 462

- effective 111, 650, 651, 653, 668, 685, 687, 688, 709

- putative 687

Conscience 55, 71, 74, 77, 79-82, 91, 165, 170, 618, 650, 716, 726, 728

Conseil de sécurité 19, 31, 36, 37, 39, 41, 43, 45, 90, 257, 258, 523, 530, 531, 534, 535, 593

Conséquence (au sens de l'art. 30 CPI) 47, 52, 62, 71, 72, 77, 78, 80-82, 101, 111, 130, 354, 433, 495, 507, 514, 530, 650, 666, 695

Contrainte 56, 185, 191-193, 199, 205, 208, 211, 219, 256, 258, 261, 315, 344, 369, 381, 383, 391-395, 401, 403, 406, 410, 412-418, 588, 607, 701, 721, 722, 727, **733-743**

Contrôle effectif 163, 291, 634, 639, 641-643, 646-649, 658, 664, 668, 670, 678, 680, 682-684, 687, 689, 694, 702, 704

Corrélation avec un autre crime 54, 114, 421, 443, 452, 455-459, 462-465, 548, 628, 747, 748

Cour :

- européenne des droits de l'homme 1, 24, 51, 52, 123, 132, 133, 197, 265, 266-269, 283, 285-287, 338, 342, 343, 348, 355, 358, 429, 436, 482, 483, 491, 492, 515, 516, 563, 577, 578

- interaméricaine des droits de l'homme 130, 270, 468, 480, 481, 491, 492, 499, 503, 509, 514

- pénale internationale 1-4, 6, 7, 9, 15, 17-21, 23-25, 28, 31, 34-45, 51, 53, 59, 60, 67-72, 74, 75, 78, 80, 94, 97, 100, 103, 105, 109, 111-113, 119, 120, 125, 135, 138, 143, 146, 153, 154, 156-158, 160, 164, 166, 167-169, 172, 173, 175-177, 185-187, 189, 192, 195, 204, 207, 214, 217, 218, 221, 222, 227-229, 234, 237, 238, 245, 247, 248, 252-254, 256-260, 263, 264, 272, 273, 280-283, 297, 306, 311, 312, 321, 326, 334, 342, 348, 349, 353, 354, 357, 358, 361, 365, 366, 369, 371, 372, 377, 384, 390-392, 394, 396, 399, 401-406, 409-411, 414, 422, 423, 431, 434, 436, 437, 443, 446, 447, 450-453, 455, 456, 458, 459, 462, 463, 467-469, 472, 475, 487, 490, 494, 496, 497, 499, 503, 507-511, 513-520, 523, 524, 536, 540-542, 548-551, 553-558, 560, 563, 565, 572-575, 578-580, 585-593, 595, 597-617, 619, 621, 624, 627-629, 633-639, 643, 646, 650, 652, 653, 656-658, 661, 664, 666, 673, 676, 679, 680, 682, 683, 686, 689, 692, 694, 695, 701, 709, 711, 715, 723, 724, 728, 730-733, 736, 742, 745, 750

Coutume 2, 32, 38, 39, 41, 68, 69, 73, 136, 143, 177, 181, 185, 193, 214, 216, 245-247, 315, 316, 345, 348, 390, 408, 438, 439, 561, 565, 567, 576, 745

Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité 29-31, 33, 103, 142, 143, 158, 199, 381, 390, 427, 507, 543, 557, 572, 586, 593, 599, 608, 700

Crimes contre l'humanité 4, 5-10, 12-20, 23-25, 27, 31-34, 38-47, 51-56, 58-60, 62-64, 68-75, 77, 83, 89-99, 102-114, 119, 120, 124, 126, 134-136, 138, 139, 141-144, 146, 148, 150, 153-166, 168-170, 172, 173, 175, 176, 185-188, 192, 195, 198, 199, 204, 207, 211, 213, 214, 216-224, 227-231, 234, 236-238, 240, 248, 251-254, 259, 261, 263, 264, 272, 275, 280-282, 287, 288, 294, 297, 305, 306, 308, 311, 312, 321-326, 330, 342, 347-350, 353-356, 361, 362, 365, 366, 369, 372, 379, 381, 384, 390, 391, 393-396, 399, 402-406, 410, 411, 414, 421-427, 434, 436-440, 443, 444, 447-465,

467-469, 475, 487, 489, 490, 494, 499, 503, 507-521, 523, 524, 531, 533, 534, 538, 540-544, 548-554, 557-567, 570, 572-575, 580, 585-593, 597, 599-601, 603, 607, 608-617, 620-630, 638, 645, 650, 656-662, 664, 666, 670, 671, 676, 680, 681, 683-686, 689-696, 699-701, 703, 707, 714-717, 722, 725, 727, 729, 731, 732, 734, 736-738, 740, 742, 745-750

Crimes de guerre 6, 26-28, 30, 31, 33, 40, 41, 43, 44, 51, 53, 54, 58, 89, 106-108, 119, 135, 136-138, 142, 155, 167, 186, 245-247, 252, 260, 272-274, 281, 348, 349, 384, 385, 424, 451, 452, 456, 459, 496, 534, 559, 562, 565-567, 628, 629, 658, 659, 677, 730, 736, 737, 747, 748

Culturel (motif d'ordre) 5, 98, 108, 114, 166, 196, 327, 431, 432, 434, 435, 443-446, 452, 453, 457, 459, 462-465

D

Dachau 303, 471

Déportation 7, 9, 20, 32, 53, 54, 82, 97, 100, 114, 142, 143, 158, 198, **227, 230, 237, 238, 240, 241, 243, 244-248, 252-262**, 263, 272, 297, 365, 427, 436, 440, 448, 541, 548, 550, 555, 747-749

Dérogation aux droits de l'homme en cas d'état d'urgence 121, 124, 148, 230, 231, 259, 268, 269, 330, 336, 492

Désistement 587, 621, 623, 624-627, 722

Désobéissance 712, 713

Dessein 9, 70, 75, 79, 81, 100, 103, 111, 149, 221, 259, 306, 361, 410, 412, 461, 462, 518, 553, 607, 608, 611, 615, 619, 624, 626, 667, 669, 670, 687, 688, 705, 728, 746, 750

Détention :

- arbitraire (ou illégale) 95, 284, 292, 306, 412, 492, 496, 528, 535, 536, 544, 747, 748

- comme crime d'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique 10, 92, 109, 125, 131, 133, 140, 192, 193, 218, 220, 234, 245, 256, 261, **263-270, 273, 275, 277, 278, 280-293, 295-298, 300, 301, 304, 305**

- comme crime de disparitions forcées de personnes 471, 477, 481, 482, 486, 488-492, 494, 496, 499, 503-505, 508-518, 520, 521

- comme crime de grossesse forcée 365, 378, 392, 393-395, 401, 402, 403, 406, 412, 414, 415-418

- comme crime de guerre 274, 275

- comme crime de persécution 426, 448

- incommunicado 270, 271, 294-297, 317, 321, 338, 479, 491

Devoir d'agir :

- du chef militaire 664, 666, 668,

- des autres supérieurs 687, 692, 694

Dignité inhérente à la personne humaine 270, 283, 288, 289, 295-297, 331, 506

Discrimination :

- en général 5, 7, 13, 60, 75, 91, 143, 155, 164, 166, 167, 180, 185, 203, 228-231, 233, 235, 239, 255, 256, 269, 271, 334, 337, 346-348, 257, 382, 391, 422, **424, 427, 428-433, 435, 436, 439, 440, 443, 444, 446, 448, 449, 451-453, 456, 458, 462**, 485, 530, 537, 539, 543, 551, 560, 566, 576, 596, 605, 658, 746-748

- à l'égard des femmes 212, 213, 238, 381, 434, 446, 455

- économique 424, 439

- fondée sur le sexe 216

- raciale 185, 196, 331, 431-433, 445, 451, 454, 458, 529, 530, 532, 535, 537-542, 551, 552

- religieuse 434, 446, 451, 455

- sociale 237

Disparitions forcées de personnes 7, 9, 13, 20, 34, 47, 54, 63, 74, 75, 97, 143, 234, 263, 283, 288, 297, 302, 354, 355, 457, **467-497, 499, 501, 503, 505, 507-521**, 523, 548, 553, 555, 561, 599, 600, 748

Dol :

- direct 70, 79-81, 148, 149, 221, 259, 306, 361, 410, 462, 518, 553, 669, 746

- éventuel 56, 69, 70, 73, 75, 79, 110, 112, 138, 146, 149, 259, 361, 410, 462, 518, 553, 650, 668-670, 729, 746, 750

- dolus specialis 56, 70, 73, 75, 135, 138, 148, 221, 259, 306, 361, 412, 518, 519, 521, 553, 579, 743, 746

Domination raciale 15, 54, 98, 143, 540, 541, 548-551, 553, 555

Douleur ou souffrance aiguë 311, 321, 333, 334, 337, 342, 346-349, 353, 354, 357, 359, 361-363, 563, 565, 566, 574, 623, 625

Droit :

- à la vie 119, 121-127, 130, 134, 153, 154, 229, 231, 233, 268, 269, 383, 451, 478, 480, 482-484, 486, 487, 491, 496, 503, 506, 515, 539, 540

- *à la liberté* 229, 231, 235, 263, 265, 299, 330, 436, 455, 478, 480, 482, 486, 487, 491, 505, 508

- *applicable* 3, 7, 60, 62, 73, 189, 437, 521, 721, 745

- *de l'enfant* 128, 184, 200, 202-204, 208-210, 213, 238, 329, 331, 428

- *de l'homme (ou droit international des droits de l'homme)* 1, 2, 7, 8, 18, 19, 20, 24, 31, 34, 36, 51, 52, 58-60, 119, 121-125, 127-134, 163, 178, 184, 185, 189, 190, 193, 195-200, 202, 203, 208, 210-213, 217, 218, 227-233, 237-239, 252, 254, 255, 257, 259, 260, 263, 265-271, 274, 281-287, 289, 290, 292, 294-296, 312, 329-343, 345, 347-349, 353, 355-359, 366, 381-383, 392, 399, 412, 422, 427-432, 434-437, 444-447, 449-451, 454-456, 458, 467, 469, 472, 474, 476-478, 480-483, 485, 486-493, 495, 499, 501, 503-505, 508-510, 514-516, 519, 523, 528, 530, 531, 535-537, 541, 542, 549, 550, 558, 560, 563-565, 574-578, 586, 590, 745, 746, 748

- *international humanitaire (ou droit des conflits armés)* 6, 7, 27, 30, 58, 59, 95, 107, 108, 142, 218, 247, 252, 331, 344, 345, 353, 392, 412, 464, 4693, 495-498, 586, 590, 645, 646, 684, 708, 734, 747

- *international pénal* 1, 4, 7, 18, 20, 21, 23-30, 36, 37, 68, 69, 80, 119, 493, 507, 585, 587, 590, 603, 621, 624, 628, 638, 655, 659, 664, 694, 709, 710, 722, 723, 746, 750

- *international public* 24-26, 730

- *pénal* 3, 17, 21, 23, 25, 26, 28, 29, 37, 40, 51, 56, 58, 68, 73, 75, 210, 482, 511, 515, 518, 559, 604, 628, 745

- *pénal international* 23, 24, 26, 30, 62, 360, 392

E

Elément :

- *constitutif* 9, 17, 20, 24, 34, 46, 47, 52-55, 57, 58, 62-64, 74, 91, 94, 102, 103, 105, 112-114, 119, 120, 138, 144, 145, 147, 150, 156, 164, 165, 168, 172, 173, 186-188, 192, 220, 222-224, 228, 240, 245-247, 261, 264, 274, 280, 281, 308, 337, 347, 348, 351, 355, 356, 362, 384, 391, 393, 394, 399, 401, 402, 404, 406, 407, 414, 448, 457, 462-464, 472, 490, 493, 499, 503, 508-511, 513, 514, 516, 521, 529, 549, 554, 557, 560, 561, 563, 565, 574, 580, 581, 586, 603-605, 607, 609, 617, 621-623, 625, 627, 629, 636, 653, 671, 682, 696, 715, 717, 737, 742, 746

- *des crimes* 3, 18-20, 25, 46, 47, 55, 57, 58, 60, 63, 70, 72-74, 77, 83, 104, 105, 137, 138, 158, 159, 220, 246, 260, 282, 349, 353, 361, 402, 405, 407, 463, 464, 510, 511, 513, 518, 520, 524, 566, 574, 745

- *matériel (ou actus reus)* 17, 20, 47, 53-55, 67, 69-73, 77, 79, 80, 82-84, 86, 113, 144, 145, 172, 189, 192, 219, 221, 257, 259, 274, 306, 393, 400, 438, 443, 447, 449, 452, 515, 519, 521, 548, 604, 613, 617, 618, 621, 623, 746

- *psychologique (ou mens rea)* 17, 47, 20, 53, 55, 62, 67-72, 74-78, 80, 84, 86, 90, 93, 94, 111-113, 138, 143, 145, 148, 149, 159, 170, 172, 221, 259, 260, 306, 326, 359, 361, 404, 407, 410, 452, 453, 460, 462, 464, 515, 518, 521, 539, 553, 561, 579, 605, 614, 617, 618, 620, 621, 626, 634, 635, 666, 667, 686, 687, 695, 705, 715, 716, 723, 724, 726, 742, 743, 745, 746

Empêcher la commission du crime 634, 655, 659-661, 664, 670, 684, 690, 691, 696

Emprisonnement 7, 9, 20, 34, 54, 83, 97, 114, 143, **263-267, 272, 275, 280-284, 287, 288, 290, 291, 294, 295, 297, 305, 306, 308, 309,** 355, 356, 402, 407, 425, 438, 449, 508-510, 526, 531, 540, 548, 555, 630, 745, 747-749

Encourager :

- *l'attaque généralisée ou systématique* 104, 105,

- *la commission d'un crime* 613, 617

Enfants soldats 176, 180, 204-207, 234, 592, 711

Enlèvement 128, 203, 205, 209, 211, 215, 490, 493, 494, 501, 502, 504, 505, **508, 509, 511, 513-515, 517, 518, 520,** 528

Enquête 1, 42, 48, 232, 286, 313, 336, 370, 385, 394, 472, 473, 474, 476-478, 481-485, 494, 502, 505, 506, 516, 652, 655-657, 660-663, 671, 674, 689, 690, 692, 693, 696

Epuration ethnique voir **Nettoyage ethnique**

Esclavage (ou **réduction en esclavage**) 5, 9, 19, 20, 24, 30, 32, 34, 47, 63, 70, 78, 97, 114, 142, 143, **175-200, 202-209, 211-214, 217-225**, 227, 229, 234, 243, 261, 263, 297, 311, 331, 366, 375, 379, 384, 394, 397, 398-402, 406, 408, 449, 450, 451, 457, 541, 548, 555, 607, 731, 745, 747, 748

Esclavage sexuel 9, 34, 47, 97, 98, 114, 179, 186, 189, 191, 218-222, 224, 263, 365, 375, 379, 384, 394, 398-402, 406, 408, 450, 457, 548, 555, 747, 748

Etat 1-4, 7-9, 15, 16, 18, 23-29, 31, 32, 34, 39-48, 52, 53, 56, 58, 73, 83, 101-105, 112-115, 123-125, 130-132, 138, 146, 163, 165, 177, 187, 196, 205, 207, 210-212, 222, 227, 229-233, 235, 239-243, 246, 247, 252-256, 268-270, 295, 303, 306, 318, 319, 327, 330-332, 336, 340, 342, 345, 346, 355-

358, 369, 381-383, 391, 396, 400, 402, 403, 429, 430, 432-435, 444, 445, 451-455, 459, 462, 471, 479, 480, 482, 483, 485-489, 500, 504, 508, 509-516, 519, 521, 522, 530, 535, 537, 538, 540, 545, 550-553, 577, 578, 585, 587, 589-601, 603, 608, 610, 611, 626, 629, 630, 642, 646, 662, 670, 675-677, 692, 702-704, 725, 730, 731, 739, 746-750

Etat partie 18, 39, 41, 43, 45, 47, 48, 57, 58, 132, 239, 241, 245, 255, 271, 329-331, 381, 428, 433, 435, 489, 497, 505, 537, 538, 593, 595, 598, 639, 675, 708, 710

Ethnique (motif d'ordre) 5, 7, 56, 90, 93, 98, 100, 108, 114, 125, 135, 136, 138, 147, 157, 159, 166, 167, 169, 172, 231, 237, 325, 331, 341, 391, 403, 421, 426, 427, 431, 432, 435, 443, 444-446, 452-455, 457-459, 462-465, 474, 543, 552, 629

Exécutant 20, 156, 247, 461, 513, 578, 586-588, 616, 647, 699-712, 714-717, 734, 745, 749, 750

Exécutions :

- *commencement d'exécution* 621-625, 659, 660

- *massives ou de masse* 140, 427, 440,

- *sommaire ou extrajudiciaire* 119, 124-126, 130, 134, 139, 234, 335, 746

Expériences médicales ou scientifiques 136, 137, 273, 274, 292, 297, 344, 348, 404

Exploitation :

- *des enfants* 190, 200, 202, 204, 209

- *économique* 175, 179, 184, 201-203, 215

- *sexuelle* 175, 203, 208, 209, 212-214, 216, 218, 222, 234

Expulsion 92, 93, 97, 100, 158, 167, 229, 230, 237, 240, 241-243, 245, 248, 250-259, 268, 330, 336, 433, 436, 438, 441

Extermination 9, 15, 17, 20, 32, 63, 97, 142, 143, 146, 147, 153-157, 159, 160, 161, 163-173, 230, 263, 301, 304, 305, 361, 365, 377, 422, 424-426, 443, 444, 449, 452, 457, 540, 548, 622, 681, 731, 746, 748

Ex-Yougoslavie 180, 257, 411, 590

F

Femmes de confort 365, 375, 396-400

Forces placées sous le commandement ou le contrôle effectif d'un chef militaire 634, 642, 643, 657, 680, 702

G

Génocide (ou **crime de génocide**) 2, 9, 25, 30, 31, 33, 37-41, 51, 53, 58, 59, 97, 98, 114, 119, 135, 136, 138, 142, 155-161, 163, 165-167, 169, 219, 229, 232, 234, 259, 331, 366, 376, 377, 379, 384, 385, 404, 421, 451, 452, 454, 456, 458, 460, 518, 624, 538, 540, 600, 614, 629, 671, 679, 696, 714, 736, 737, 748

Goulag 10, 14, 11, 298-302, 304

Grossesse forcée 7, 9, 54, 56, 59, 72, 74, 75, 82, 97, 98, 114, 186, 218, 219, 365, 372, 376, 384, 402-406, 408, 411, 412, 450, 457, 518, 548, 555, 620, 743

Groupe de personnes agissant de concert 15, 589, 606, 608, 610, 611-613, 623, 626, 676

H

Hiérarchie :

- *civile* 616, 674-676, 682, 692, 702, 707

- *militaire* 100, 595, 599, 641, 674-676, 680, 702-704, 705

Homicide 119, 124, 135-138, 142, 145, 147, 148, 151, 155, 156, 168, 169, 314, 315, 496, 629

I

Illégalité manifeste 306, 701, 708-710, 714, 715

Immunité 46, 179, 593, 595-598, 749

- *de juridiction* 596, 597

- *diplomatique* 596

- *fonctionnelle* 596

- *personnelles* 596, 598

Incapacité 393, 395, 399, 401, 403, 406, 414-419, 480, 721, 723, 724, 726, 727

Individu 28, 69, 70, 78, 98, 99, 103, 107, 110, 121, 156, 164, 170, 185, 190, 195, 210, 234, 280, 285, 287, 297, 301, 306, 330, 331, 335, 347, 358, 388, 427, 434, 436, 481, 525, 553, 588, 596, 598, 601, 609, 621, 624, 637, 643, 650, 664, 667, 679, 685, 699, 703, 722, 730

Instigation 334, 342, 347, 356, 391, 494, 614, 616, 617

Intégrité physique ou mentale 55, 98, 114, 123, 144, 145, 148, 149, 158, 171, 172, 219, 234, 274, 331, 336, 342, 344, 348, 382, 383, 393, 407, 408, 412, 448, 458, 503, 506, 539, 540, 555, 557-563, 565, 572-575, 578-581, 629, 733, 734, 736-739, 741, 742, 747

Intention 17, 34, 55, 56, 59, 60, 67, 69-74, 77, 79, 81, 82, 84, 86, 90, 109, 135, 143, 148, 150, 159, 166, 215, 221, 259, 260, 306, 359, 361, 407, 410, 412, 427, 440, 441, 442, 447, 453, 461, 462, 513, 515, 518, 521, 540, 553, 560, 561, 579, 588, 606, 610-613, 615-617, 620-622, 626, 652, 667, 669, 670, 716, 721, 727, 739, 742, 743, 746

Intentionnalité 326, 327, 579, 580,

Intentionnel 17, 53, 56, 68, 77, 110, 119, 124, 135-138, 142, 148, 321, 347, 361, 421, 443, 450, 451, 460, 463, 464, 496, 585, 604, 618, 629, 687

Intentionnellement 53, 63, 75-77, 81, 98, 112, 114, 121, 130, 146, 147, 149, 153, 167, 219, 260, 311, 333, 335, 342, 348-350, 353, 354, 361, 483, 519, 540, 542, 555, 557-559, 563, 565, 566, 572, 573, 578, 579, 610, 650, 667, 728

Interprétation 18, 19, 21, 24, 25, 28, 35, 46, 52, 61, 71, 127, 131, 132, 163, 168, 208, 240, 267, 282, 332, 393, 411, 443, 448, 451, 519, 595, 653, 706, 745

Intoxication 722, 726-728

J

Juridiction voir **Compétence**

Juridictions nationales 24, 40, 43, 391, 590, 592, 597

K

Keraterm 275-278, 280, 323, 355, 442, 727,

KL/KZ 302-304,

L

Laogai 302-304

Lajiao 302

Légitime défense 15, 588, 721, 730-732, 740

Liberté personnelle 265, 508

Lois nationales 27, 392, 403, 745

M

Majdanek 304

Maladie ou déficience mentale 56, 325, 588, 607, 710, 721-727

Mens rea voir **Elément psychologique**

Mesures nécessaires et raisonnables 634, 636, 650, 655, 657, 662, 688, 689, 690

Meurtre (voir également assassinat) 9, 15, 19, 20, 27, 28, 33, 53, 54, 58, 62, 70, 72, 73, 78, 79, 82, 97, 100, 112, 119, 120, 122, 124-126, 132, 134-139, 141-150, 153-158, 163-169, 171-173, 176, 219, 230, 234, 263, 331, 354, 361, 372, 373, 403, 421, 424, 427, 438, 440, 441, 447-449, 453, 457, 458, 469, 470, 483, 496, 516, 528, 540, 545, 546, 548, 549, 557, 559, 565, 577, 622, 623, 625, 629, 630, 710, 715, 716, 731, 734, 735, 737, 741, 742, 746, 748

Minorités 125, 229, 233, 271, 341, 428, 430, 431, 435, 451, 474, 576

N

Namibie (ou **Sud-Ouest africain**) 303, 533, 538, 576

National (motif d'ordre) 5, 98, 114, 135, 136, 138, 157, 159, 166, 167, 169, 331, 421, 443, 453, 457-459, 462, 464, 465, 518, 548, 629

Nationalité 23, 43, 107, 238, 239, 241, 242, 253, 255, 300, 426, 436, 445, 454, 500, 532, 539, 541, 592

Natzwiller-Struthof 471

Négligence 56, 67-70, 73, 75, 79, 149, 259, 361, 410, 462, 518, 553, 650, 652, 653, 658, 666-670, 685, 695, 711, 746, 750

Nettoyage ethnique (ou **épuration ethnique**) 93, 161, 231, 233, 247, 251, 259, 260, 365, 366, 377, 378, 412, 485

Notification 269, 284, 288

Nulla poena sine lege 51, 52, 128, 588

Nullum crimen sine lege 52, 128, 573, 588

O

Obéissance 206, 267, 303, 616, 705-708, 711, 734

Obligation :

- *d'obéir* 159, 699, 703, 707, 708, 711, 714, 715, 716

- *de désobéir* 711, 712

Omarska 248, 323, 355, 442, 561, 727

Omission 52, 53, 78, 104, 144-148, 150, 163, 164, 170, 171, 172, 274, 346, 347, 448, 453, 462, 560-562, 589, 603, 604, 613, 618, 624, 633, 634, 636, 637, 660, 664-672, 687, 688, 690, 694-697, 724, 750

Oppression systématique 15, 54, 98, 143, 458, 523, 548-551, 553, 555, 556, 623

Ordonner :

- la commission d'un crime contre l'humanité 616, 679, 715

- le déplacement de la population civile 247

- qu'il ne soit pas fait de quartier 46, 136, 137, 710

Organisation :

- ayant pour but une telle attaque 8, 9, 15, 16, 53, 56, 73, 83, 101, 103, 104, 113, 115, 138, 187, 211, 306, 355, 356, 396, 452, 453, 462, 510-513, 551, 587, 599-601, 608, 610, 626, 629, 630, 676, 680, 689, 725, 731, 746, 749

- internationale 18

- non gouvernementale 3, 44, 126, 329, 385, 471, 489, 532

- politique 467, 507-513, 520-522, 551, 599-601, 748, 749

Ouganda 1, 129, 180, 236

P

Participation 15, 20, 47, 55, 69, 73, 75, 86, 99, 101, 102, 104, 110, 112, 251, 336, 393, 412, 425, 426, 462, 513, 538, 585, 587, 588, 593, 602, 604, 605, 609-614, 616, 617, 619, 620, 623, 624, 626, 636, 679, 680, 706, 707, 709, 715, 729, 731, 735, 737, 739, 749

Pédopornographie 203

Peine de mort (ou **peine capitale**) 119, 122, 125, 127-133, 313, 314, 427, 451, 470, 498, 532, 575, 746

Peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants 133, 238, 270, 292, 329-333, 341, 345, 353, 356, 357, 361, 391, 478, 486, 487, 491, 515, 540, 558, 563, 565, 574, 577

Pénétration sexuelle 54, 391- 393, 395, 409, 410

Persécution 5, 7, 9, 15, 17, 19, 20, 32, 33, 54, 63, 72, 74, 83, 97, 98, 106, 112, 114, 119, 142, 143, 166, 171, 230, 237, 238, 255, 256, 263, 297, 300, 305, 323, 327, 365, **421-427, 431, 436, 437-441, 443-464,** 529, 535, 537, 541, 543, 548, 550-552, 555-557, 560, 620, 628, 740, 743, 747, 748

Personnes :

- au pouvoir de l'ennemi 272-274, 542, 575

- déplacées 54, 227, 228, 230, 232-237, 245, 249, 252, 254, 256, 260, 297, 298

- physiques 344, 513, 586, 588, 589

- privées 25, 268, 280, 296, 342, 448, 478, 488, 494, 496, 586, 590, 591, 596, 677

Politique :

- d'un Etat ou d'une organisation 8, 9, 15, 34, 53, 56, 74, 83, 101-105, 112-115, 138, 146, 165, 187, 211, 355, 356, 396, 423, 426, 452, 453, 462, 511, 513, 530, 545, 599, 603, 610, 611, 626, 629, 630, 670, 676, 725, 731, 746, 749

- motif d'ordre politique 5, 32, 53, 90, 98, 108, 114, 142, 147, 166, 167, 172, 391, **421, 424, 425, 427, 443, 444, 452, 454, 456, 457, 459, 462-465**

Population civile 8, 9, 15-18, 20, 44, 53-55, 62, 70, 74, 75, 80, 82, 83, **90-96, 101, 102, 104-113, 115**, 135-138, 146, 147, 150, 151, 160, 163, 165, 170, 172-174, 176, 199, 200, 218, 222-225, 228, 245-247, 254, 261, 262, 264, 280, 281, 302, 308, 309, 311, 355, 362, 363, 375, 391, 395, 396, 401, 402, 404, 405, 414-419, 440, 447, 448, 452, 461, 462, 464, 465, 485, 507, 512, 513, 517, 520-522, 540, 549, 551, 554, 580, 581, 599, 600, 603, 610, 611, 615, 623, 626, 629, 630, 653, 670, 680, 715, 722, 725, 731, 746, 747, 749

Pornographie 202, 23, 209, 210, 213, 217

Pouvoirs liés au droit de propriété 175, 182, 184, 189, 191, 195, 217, 221-224, 607

Présomption de légalité de l'ordre reçu 708, 709

Principes :

- généraux 3, 30, 40, 68, 70, 73, 75, 106, 185, 233, 392, 543, 734, 745

- généraux de droit pénal 3, 40, 73, 75

Privation :

- de liberté 54, 63, 222, 263, 265-267, 271, 272, 280-285, 287, 288, 297, 306, 355, 402, 403, 477, 488-490, 493, 496, 508-510, 515, 516, 520, 748, 749

- grave de liberté 97, 114, 263, 264, 280-282, 284, 294, 306, 308, 309, 355, 356, 412, 508-510, 540, 548, 555, 747, 748

Procureur 1, 2, 4, 41-45, 48, 57, 70, 74, 145, 155, 165, 166, 187, 220, 385, 386, 424, 483, 560, 586, 629, 661

Proprio motu 42, 43

Prostitution 179, 180, 191, 192, 195, 196, 198, 202, 203, 207, 208, 209, 210, 213, 215-217, 219, 234, 375, 381, 383, 390, 396, 397, 399-402

Prostitution forcée 9, 63, 97, 98, 114, 218, 222, 365, 375, 379, 382-384, 390, 396, 398-401, 403, 405, 406, 408, 410, 450, 457, 548, 555, 561

Protection des minorités 232, 271, 431, 435, 576, 577

Q

Qualité officielle 348, 361, 586, 588, 593-596, 598

R

Racial (motif d'ordre) 5, 90, 98, 108, 114, 135, 136, 138, 147, 157, 159, 166, 167, 169, 172, 331, 421, 425, 444, 448, 451-453, 458, 459, 462, 463-465, 629

Recklessness 686

Réduction en esclavage voir **Esclavage**

Réfugié 125, 164, 227, 236-244, 250, 252, 254, 255, 260, 268, 336, 367, 375, 385, 386, 388, 422, 436, 437, 473, 474, 652

Régime institutionnalisé 15, 54, 70, 98, 143, 458, 523, 548-551, 553-556, 599

Règlement de procédure et de preuve 3, 18-20, 25, 45-48, 724, 745

Religieux (motif d'ordre) 5, 114, 135, 136, 138, 142, 157, 159, 166, 169, 331, 421, 426, 427, 443-445, 453, 455-459, 462, 464, 465, 543, 560

Réprimer la commission d'un crime 601, 616, 634, 655-657, 659-661, 664, 671, 674, 679, 684, 689, 690, 691, 692, 694-696

République centrafricaine 1, 236

République démocratique du Congo 1, 125, 126, 180, 204, 205, 240, 366, 377, 473, 596

Responsabilité pénale :

- *de l'Etat* 513, 589, 599, 600

- *de l'individu (ou individuelle)* 3, 17, 20, 53, 62, 229, 347, 404, 437, 585-588, 591-593, 597, 599, 604, 609, 621, 626, 637, 667, 699, 722, 730, 749

- *de l'organisation ayant pour but une telle attaque* 602, 603

- *des corporations* 589

- *du chef militaire* 634-636, 657, 662, 664, 669, 673, 745

- *des autres supérieurs hiérarchiques* 683, 690, 694, 745

- *de l'exécutant* 700, 710, 734, 745

- *indirecte* 633, 636-638, 669, 685

- *motifs d'exonération de la* 2, 20, 53, 593, 701, 721-728, 730-734, 737, 750

Rétroactivité 127, 588

Rwanda 9, 90, 161, 180, 219, 240, 376, 378, 411, 473, 546, 586, 590, 679

S

Sachsenhausen (ou **Sachsenhausen-Oranienburg**) 471, 685

Servitude 63, 175, 179, 184, 185, 189, 190, 192-196, 198-200, 202, 208, 209, 213, 217, 219, 222, 400, 747

Sexiste (motif d'ordre) 5, 98, 114, 166, 421, 443, 444, 446, 452, 453, 455, 457, 459, 462- 465

Sobibor 304

Solliciter la commission d'un crime 607, 613, 614, 617, 730

Source du droit 2, 7, 25, 27, 68, 73, 189, 396, 400, 493, 745

Statut :

- *de la Cour pénale internationale (ou Statut de Rome)* 1, 6, 9, 15, 17, 19, 20, 21, 23, 30, 34, 35, 40, 45, 59, 60, 67-71, 74, 74, 78, 80, 94, 97, 100, 103, 105, 107, 109, 113, 119, 120, 143, 146, 150, 153, 154, 156, 157, 164, 166, 167, 169, 173, 175-177, 185-187, 189, 192, 195, 204, 207, 214, 217, 218, 221, 227-229, 234, 237, 238, 245, 247, 248, 252-254, 256-260, 263, 264, 272, 273, 280-283, 297, 306, 311, 312, 321, 326, 334, 342, 348, 349, 353, 354, 357, 358, 361, 362, 365, 366, 369, 371, 372, 377, 384, 390-392, 396, 399, 402-405, 409-411, 414, 421, 423, 431, 434, 436, 437, 443, 444, 446, 447, 450-453, 455, 456, 458, 459, 462, 467-469, 472, 475, 487, 490, 494, 496, 497, 499, 503, 507-511, 513-516, 518, 518, 523, 524, 536, 540-542, 548-558, 560, 563, 565, 572-575, 578, 579, 585, 587, 589, 591-593, 597-600, 603, 604, 606-608, 611, 613-617, 619-621, 624, 627, 628, 633, 635-639, 643, 646, 650, 653, 657, 658, 664, 666, 673, 676, 679, 680, 682, 683, 686, 689, 692, 694, 695, 701, 709, 715, 723, 728, 731-733, 736, 742, 745, 746, 747, 749, 750

- *du Tribunal militaire international de Nuremberg* 29, 32, 33, 89, 142, 253, 254, 311, 312, 353, 421, 456, 468, 557, 572, 573, 585, 591

- *du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* 34, 59, 89, 90, 97, 105, 107, 220, 392, 453, 456, 653, 724, 730

- *du Tribunal pénal international pour le Rwanda* 90, 391, 454

Stérilisation forcée 9, 34, 97, 98, 114, 218, 263, 365, 377, 383, 384, 399, 404-406, 408, 413, 414, 450, 457, 548, 555

Subordonné 16, 53, 55, 56, 75, 145, 163, 307, 351, 513, 592,, 593, 601, 616, 617, 624, 633-642, 644, 646-651, 653, 655-676, 678-681, 683-685,

687-697, 700, 702-705, 707, 710-712, 715, 733, 734, 739, 749

Supérieur hiérarchique 16, 53, 55, 82, 390, 441, 494, 513, 586, 588, 599, 601, 616, 618, 624, 633-642, 648-650, 653, 656, 659, 662, 663, 664, 666, 669, 673-675, 677687, 689-696, 699, 700, 702, 704, 707, 711, 715, 739, 749, 750

T

Tentative 209, 322, 327, 471, 494, 499, 513, 517, 587, 608, 610, 611, 613, 617, 619, **621-627,** 653, 659, 660, 712, 722, 736

Torture 5, 6, 9, 15, 19, 20, 34, 39, 47, 53, 54, 59, 60, 63, 70, 73, 82, 97, 112, 114, 121, 127, 128, 133, 143, 176, 185, 199, 206, 219, 229-231, 234, 238, 263, 268-271, 282-284, 288-290, 292, 293, 296, 297, 306, **311-362**, 365, 376, 379, 381, 382, 384, 390, 391, 403, 408, 425, 435, 441, 449, 451, 453, 457, 478, 480-487, 490, 491, 496, 502, 504, 506, 508, 510, 512, 515, 527, 528, 532, 535, 536, 539, 540, 548, 549, 555, 558, 561-567, 570, 571, 574-578, 603, 605, 622, 623, 625, 626, 629, 630, 716, 731, 738, 745, 747, 748

Tourisme sexuel 180, 213, 218

Traite 24, 27, 29, 30, 63, 175, 178, 184, 185, 189-193, 198, 200, 202, 203, **207-218**, 221-224, 331, 399, 590

Traité international 4, 24, 37, 39, 57, 330, 750

Traitement :

- ***cruel*** 133, 292, 331, 343, 349, 440, 559, 561, 566, 567, 578

- ***dégradant*** 335, 343, 574, 578

- ***humain*** 200, 280, 289, 297, 492, 559

- ***inhumain*** 127, 257, 296, 335, 340, 343, 349, 486, 491, 492, 559, 561-563, 565, 566, 629

Transfert forcé 9, 20, 54, 97, 114, 227, 230, 237, 240, 241, 245, 248, 252, 253, 256-263, 297, 438, 440, 441, 448, 458, 541, 548, 550, 555, 561, 747-749

Travail forcé 10, 19, 30, 175, 178, 184, 185, 187, 192-200, 202, 208, 210, 219, 222, 234, 254, 304, 397, 425, 539, 541, 681, 740, 747

Travaux préparatoires 3, 38, 45, 84, 135, 190, 200, 208, 211, 291, 453, 457, 628, 686

Treblinka 304

Tribunal militaire international :

- de Nuremberg 29, 32, 36, 67, 89, 142, 153, 199, 246, 253, 254, 311, 312, 353, 372, 373, 390, 422, 423, 453, 456, 468, 470, 507, 557, 572, 573, 585, 591, 609, 621, 628, 699, 710, 716

- pour l'Extrême-Orient de Tokyo 36, 199, 372, 373, 390, 453, 456, 557, 658

Tribunal pénal international :

- pour l'ex-Yougoslavie 2, 8, 33, 34, 38, 59, 89, 90, 92, 95-97, 99, 101-103, 105-112, 139, 143-145, 161, 164, 165, 168, 171, 172, 187, 192, 198, 220, 248, 254, 256, 257, 259, 260, 272, 273, 275, 280, 322-324, 344, 345, 347, 350, 353, 354, 356, 359, 390, 392, 393, 407, 410, 426, 427, 436, 438, 441, 443, 447, 448, 450, 451, 453, 458, 460, 562, 567, 574, 600, 604, 605, 613, 628, 635-637, 639-641, 643, 644, 648, 649, 651, 653, 654, 656, 659, 660, 662-664, 666, 667, 677, 684, 685, 686, 690-692, 694, 703, 723, 724, 727, 730, 733, 734, 736-738

- pour le Rwanda 59, 90, 99, 103, 110, 112, 135, 143, 147, 158, 161, 164, 167, 384, 385, 391, 407, 454, 562, 601, 637, 649, 655, 664, 666, 674, 679, 694, 695

Trnopolje 248, 249, 251, 323, 355, 441, 442, 727

V

Viol 9, 15, 34, 53, 54, 58, 63, 73, 97, 98, 112, 114, 129, 176, 186, 196, 218-220, 230, 234, 263, 297, 322, 339, 354, **358-360,** 365-374, 376-385, 387, 388, 390, **391-396**, 401-407, 409-412, 417, 442, 449, 450, 457, 541, 548, 550, 555, 629, 710, 731, 738, 747, 748

Violences sexuelles (ou **Autres formes de violences sexuelles**) 143, 158, 218, 220, 359, 366, 367, 369, 376-382, 384, 385, 387, 390-393, 400, 404-407, 410, 411, 414, 433, 441, 442, 450, 541, 550, 561

W

Willful Blindness 84, 85, 686

X

Xénophobie 185

Index des textes et conventions cités

A

Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, du 8 août 1945, établissant le Statut du Tribunal militaire international (Accord de Londres), RTNU vol. 82/279, 29, 32, 33, 36, 142, 153, 155, 253, 254, 311, 312, 353, 365, 421, 447, 456, 468, 557, 572, 573, 585, 586, 591

Acte général de la Conférence de Berlin sur l'abolition de l'esclavage, du 26 février 1885, 29, 184

Acte général de la Conférence de Bruxelles sur l'abolition de l'esclavage, du 2 juillet 1890, 29, 184

Arrangement international pour la répression de la traite des blanches, du 18 mai 1904, RTNU N°11, 207

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1325 (1997) relative à la traite des femmes et à la prostitution forcée, débat de l'Assemblée du 23 avril 1997 (13e séance), www.coe.int, 212

C

Charte :

- *africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1981, CAfDHP, RTNU N°26363, www.africa-union.org, 121, 127, 184, 228, 230, 238, 255, 265, 282, 288, 289, 294, 329, 331, 428, 455, 486, 563

- *arabe des droits de l'homme* du 15 septembre 1968, www.arableague online.org, (pas en vigueur), 121, 128, 132

- *des Nations Unies*, du 26 juin 1945, 18, 45, 185, 238, 332, 427, 431, 487, 530-533, 535, 539, 730

Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169), www.un.org, 122, 123, 329, 509

Comité :

- *contre la torture*, Rapport, ONU Doc. A/52/44 (1997), www.un.org, 336, 341

- *des droits de l'enfant*, Recommandations concernant l'exploitation économique des enfants, ONU Doc. A/49/41 (1994). www.un.org, 203

- *d'expert des Nations Unies chargée d'interpréter ce terme « arbitraire » dans la DUDH et le PIDCP*, ONU Doc. E/CN.4/826/ Rev.1, *Study on the right of everyone to be free from arbitrary arrest, detention and exile*, www.un.org, 122

- *européen pour la prévention de la torture* (CPT), www.cpt.coe.int :

  - Second General Report, Council of Europe, CPT/Inf.(92)3, 296

  - Espagne, Conseil de l'Europe, CPT/Inf.(96) 9 (1996), 563

  - Royaume Uni (Irlande du Nord), Conseil de l'Europe, CPT/Inf.(94) 17 (1994), 342, 563

- *pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, de 1967, (onzième session, 1992), Recommandation générale N° 19, ONU Doc. A/47/38, www.un.org, 259, 213

- *spécial de l'apartheid*, à la séance d'ouverture de la Conférence internationale des syndicats contre l'apartheid, Genève (15 juin 1973), du 1er octobre 1973, ONU Doc. A/9169, www.un.org, 530

Commission du droit international, www.un.org/french/law/ilc/index.html **:**

- *7ème Rapport sur la responsabilité des Etats*, ONU Doc. A/CN.4/469, 1995, 8

- *13ème Rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, ONU Doc. A/CN.4/466, 1995, 8

- *Rapport sur les travaux de sa troisième session*, 1951 ONU Doc. A/1858, 31

- *Rapport sur les travaux de sa quarantième session*, 1988, ONU Doc. A/43/10, 593

- *Rapport sur les travaux de sa quarante-troisième session*, 1991, ONU Doc. A/46/10, 31, 199

- *Rapport sur les travaux de sa quarante-sixième session*, 1994, ONU Doc. A/49/10, 31, 38

- *Rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session*, 1996, ONU Doc. A/51/10, 31, 103, 142,

158, 164, 166, 381, 390, 427, 543, 586, 600, 609, 700

Conseil des Nations Unies pour la Namibie, A/29/24 (1974), www.un.org, 576

Convention :

- *américaine relative aux droits de l'homme*, Pacte de San Jose de Costa Rica, 1969, RTNU N°17955, www.corteidh.or.cr, CADH, 121, 127, 128, 130, 132, 184, 195, 228, 230, 238, 255, 265, 269, 284, 287, 288, 329, 331, 428, 491, 560, 563

- *contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, du 10 décembre 1984, RTNU N°24841, 329, 330, 332, 336, 337, 342, 353, 361, 391, 490, 560

- *de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, Schindler & Toman, *Droit des conflits armés*, N°37, pp. 341 et ss, 28

- *de Genève du 27 juillet 1929 pour l'amélioration du sort des personnes blessées et malades dans les forces armées en campagne*, RTNU N°2733, 709

- *de Genève du 12 août 1949*, RTNU N°970, 971, 972, 973 *:* 6, 7, 27, 30, 38, 39, 41, 124, 136, 137, 159, 186, 218, 245, 246, 273, 280, 281, 312, 331, 343, 344, 348, 349, 383, 384, 390, 438, 496, 497, 559, 561, 565, 570, 574, 575, 577, 643, 646, 657, 675, 702, 708, 710

  - I, Pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 124, 331, 344, 383, 496, 559

  - II, Pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 124, 331, 344, 383, 496, 559

  - III, Relative au traitement des prisonniers de guerre, 124, 331, 344, 383, 496, 497

  - IV, Relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 124, 245, 331, 344, 383, 496-498, 560, 577

- *de l'OUA régissant les aspects propres aux réfugiés en Afrique*, du 10 septembre 1969, RTNU N°14691, 239

- *de Vienne sur le droit des traités*, du 23 mai 1969, RTNU N°18232, 457

- *de Vienne sur les relations consulaires*, du 24 avril 1963, RTNU N°8638, 131

- *de Vienne sur les relations diplomatiques*, de 1961, RTNU N°7310, 595

- *des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, du 15 novembre 2000 (pas encore entrée en vigueur), RTNU N°39574, 196, 208, 210, 211, 217

- *des Nations Unies sur le droit de la mer*, du 10 décembre 1982, RTNU N°31363, 29, 30, 210

- *européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 1950, CEDH, RTNU N°2889, STCE N°005, 121, 122, 127, 128, 130, 184, 190, 193, 195, 198, 200, 228, 230, 254, 255, 265, 266, 268, 269, 283-285, 287, 288, 329, 331, 428, 560, 563

- *européenne pour la prévention de la torture*, RTNU N°27161, 329

- *interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, du 9 décembre 1985, www.oea.org, 334, 337

- *interaméricaine sur la disparition forcée de personnes*, du 9 juin 1994, www.oea.org, 489

- *interaméricaine sur le trafic international des mineurs*, du 18 mars 1994, www.oea.org, 209

- *internationale contre l'apartheid dans le sport*, du 10 décembre 1985, RTNU N°25822 537, 542

- *internationale pour la répression de la traite des femmes et des enfants*, du 30 septembre 1921, sous sa forme amendée par le Protocole signé à Lake Success, New York, le 12 novembre 1947, RTNU N°771, 207

- *internationale pour la répression de la traite des femmes majeures*, du 11 octobre 1933, sous sa forme amendée par le Protocole signé à Lake Success, New York, le 12 novembre 1947, RTNU N°772, 207

- *internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 52/164, du 15 décembre 1997, ONU Doc. A/52/164, RTNU N°37517, 608

- *internationale relative à la répression de la traite des blanches*, du 4 mai 1910, sous sa forme amendée par le Protocole signé à Lake Success, New York, le 12 novembre 1947, RTNU N°1358, 207

- *internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, du 7 mars 1966, RTNU N°9464, 231, 331, 431, 433, 445, 454, 537, 538, 542, 552

- *internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, du 30 novembre 1973, RTNU N°14861, 253, 331, 524, 534, 538-542, 548-550, 553

- *pour la prévention et la répression du crime de génocide,* du 9 décembre 1948, RTNU N°1021, 38, 41, 58, 135, 155, 157, 166, 331, 524, 538, 540

- *pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui,* du 21 mars 1950, RTNU N°1342, 210, 212

- *relative à l'esclavage*, du 25 septembre 1926, RTNU N°2861.191, 193

- *relative aux droits de l'enfant*, du 20 novembre 1989, RTNU N°27531, 184, 203, 204, 208-210, 213, 329, 331, 428, 563

- *relative au Statut de réfugié* du 28 juillet 1951, RTNU N°2545, et *Protocole* du 31 janvier 1967, RTNU N°8791, 238, 239-243, 254, 436

- *supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, du 7 septembre 1956, RTNU N°3822, 63, 184, 189, 190, 193-195, 200, 202, 207-209, 214, 222, 331

- *sur la haute mer*, du 29 avril 1958, RTNU N°6465, 29

- *sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages*, du 10 décembre 1962, RTNU N°7525

- *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, du 18 décembre 1979, RTNU N°20378, 212, 213, 238, 381, 434, 446, 455

- *sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, du 26 novembre 1968, RTNU N°10823, 33

- *sur les missions spéciales*, du 8 décembre 1969, RTNU N°23431, 595

Cour pénale internationale, www.icc-cpi.int **:**

- *Acte Final de la Conférence Diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour Criminelle Internationale*, du 17 juillet 1998, ONU Doc. A/Conf.183/10, 57

- *Eléments des crimes*, de septembre 2002, CPI Doc. ICC-ASP/1/3, Partie B, 3, 18-20, 25, 46, 47, 55, 57, 58, 60, 62, 63, 70, 72-74, 77, 83, 104, 105, 136-138, 146, 150, 158, 159, 168, 172, 173, 186, 220, 222, 223, 245, 246, 247, 253, 256, 260, 261, 273, 282, 308, 349, 353, 354, 361, 362, 384, 395, 401, 402, 404-407, 463, 464, 509-511, 513, 516-521, 554, 565, 566, 574, 579, 580, 745

- *Règlement de procédure et de preuve*, de septembre 2002, CPI Doc. ICC-ASP/1/3, Partie A, 3, 18-20, 25, 45, 46-48, 724, 725, 746

- *Statut de la Cour pénale internationale*, du 17 juillet 1998, ONU Doc. A/CONF.183/9, RTNU N°38544, 1, 6, 9, 15, 17, 19-21, 23, 34, 35, 40, 45, 59, 60, 67-71, 74, 75, 78, 80, 94, 97, 100, 103, 105, 109, 113, 119, 120, 143, 146, 153, 154, 156, 157, 164, 166, 167, 169, 173, 175-177, 185-187, 189, 192, 195, 204, 207, 214, 217, 218, 221, 227-229, 234, 237, 238, 245, 247, 248, 252-254, 256-260, 263, 264, 272, 273, 280-283, 297, 306, 311, 312, 321, 326, 334, 342, 348, 349, 353, 354, 357, 358, 361, 365, 366, 369, 371, 372, 377, 384, 390-392, 396, 399, 402-405, 409-411, 414, 421, 423, 431, 434, 436, 437, 443, 444, 446, 447, 450-453, 455, 456, 458, 459, 462, 467-469, 472, 475, 487, 490, 494, 496, 497, 499, 503, 507, 508-511, 513-516, 518, 519, 523, 524, 536, 540-542, 548-551, 553-558, 560, 563, 565, 572-575, 578, 579, 585, 587-589, 591-593, 597-599, 603, 604, 606-608, 610, 611, 613-617, 619-621, 624, 627, 628, 633, 635-639, 643, 646, 650, 653, 657, 658, 664, 666, 673, 676, 679, 680, 682, 683, 686, 689, 692, 694, 695, 701, 709, 715, 723, 728, 730-733, 736, 742, 745-747, 749, 750

- Travaux préparatoires, www.un.org :

- *Actus reus (act and/or omission)* ONU Doc. A/AC.249/1997/L.5 (1997) 26, art. G, 78

- *Decisions Taken by the Preparatory Committee at its session held in New York, 11-21 February 2000*, ONU *Draft Statute for the International Criminal Court*, ONU Doc. A/AC.249/1998/CRP.8, 135

- *Mandat du Comité Préparatoire*, ONU Doc. A/51/46, du 11 décembre 1995, 40

- ONU Doc. A/CONF.183/2/Add.1, du 14 avril 1998, 103, 454

- ONU Doc. A/CONF.183/C.1/L.10, 1998, 400

- ONU Doc. PCNICC/1998/DP.4, 158

- ONU Doc. PCNICC/1999/DP. 4/Add.2 du 4 février 1999, 160, 273, 349

- ONU Doc. PCNICC/1999/DP.5, du 10 février 1999, 273

- ONU Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.5 du 23 février 1999, 349

- *Proposal submitted by Canada and Germany on art. 7*, ONU Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.36 du 23 Novembre 1999, 405

- *Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale*, Additif, Partie II, Propositions en vue d'une disposition relative au crime d'agression, ONU Doc. PCNICC/2002/2/Add.2, du 24 juillet 2002, 459

- Women's Caucus for Gender Justice, *Recommendation and Commentary for the Elements Annex, Part I, submitted to the PCNICC*, 29 Nov.-17 Dec. 1999, 220

D

Déclaration :

- de la Conférence internationale sur les femmes et l'apartheid, tenue à Bruxelles du 17 au 19 mai 1982, ONU Doc. A/AC.115/L.571, du 14 juillet 1982, www.un.org, 534

- de Lagos pour l'action contre l'apartheid, adoptée par la Conférence mondiale pour l'action contre l'apartheid, réunie à Lagos, 22-26 août 1977, ONU Doc. S/12426, du 28 octobre 1977, www.un.org, 533, 534

- de Madame Jeanne Martin Cissé (Guinée), présidente du Comité spécial contre l'apartheid, Communiqué de presse des Nations Unies du 21 janvier 1976, ONU Doc. GA/AP/523, www.un.org, 534

- de Madame Vijaya Lakshmi Pandit, Présidente de la délégation indienne, présentant la question relative à l'apartheid à la Commission politique spéciale de l'Assemblée générale, ONU Doc. A/AC.61/SR. 13, www.un.org, du 12 novembre 1952, 529, 553

- de Monsieur Edwin Ogebe Ogbu (Nigéria), Président du Comité spécial de l'apartheid, à la séance d'ouverture de la Conférence internationale des syndicats contre l'apartheid, Genève, 15 juin 1973, ONU Doc. A/9169, du 1er octobre 1973, www.un.org, 530

- de Nelson Mandela, président de l'ANC devant le Comité spécial contre l'apartheid, notes et documents du Centre des Nations Unies contre l'apartheid, N° 8/93, www.un.org, septembre 1993, 534

- des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992, www.un.org, 435

- finale de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, de 2001, www.un.org, 185

- sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. A/RES/47/133, du 18 décembre 1992, www.un.org, 487, 488, 491, 492

- sur la race et les préjugés raciaux Adoptée par acclamation le 27 novembre 1978 à la vingtième session de la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture à Paris (UNESCO), www.unesco.org, 431, 432

- sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, www.un.org, 212, 381, 434

- sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 1904 (XVIII) du 20 novembre 1963, www.un.org, 431

- sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 36/55 du 25 novembre 1981, www.un.org, 434

- universelle des droits de l'homme, Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale dans sa Résolution 217A (III) du 10 décembre 1948, DUDH, www.un.org, 121, 127, 196, 200, 230, 238, 255, 265, 282, 292, 296, 329, 332, 333, 353, 428, 431, 486, 487, 530, 531, 537, 560, 563, 576, 577

E

Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention et d'emprisonnement, Adopté par l'Assemblée générale dans sa Résolution 43/173 du 9 décembre 1988, www.un.org, 266, 267, 283, 291, 295, 508

Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, Adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, www.un.org, 283, 290, 291, 294, 577

L

Loi N° 10 du Conseil de Contrôle Allié, 33, 142, 143, 199, 253, 281, 312, 353, 365, 390, 421, 425, 453, 456, 557, 591, 700

N

Nations Unies, www.un.org **:**

- ONU Doc. A/33/197 (1978), 332

- ONU Doc. A/34/145 et Adds.1-3 (1979), 332

- ONU Doc. A/35/370/Rev.1 et Add.1 (1980), 332

- ONU Doc. A/36/426 et Add.1 (1981), 332

- ONU Doc. A/37/263 (1982), 332

- ONU Doc. A/C.3/32/SR.37, 332

- ONU Doc. A/C.4/SR.172 (1950), 576

- **Notes interprétatives** pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ONU Doc. A/55/383/ Add.1, www.un.org, 208, 211

O

OIT, www.ilo.org **:**

- *Communiqué* du 9 mars 2004, 215

- *Convention :*

- N°5 sur l'âge minimum (Industrie), du 28 novembre 1919, RTNU N°588, 201

- N°29 sur le travail forcé ou obligatoire, du 28 juin 1930, RTNU N°612, 30, 194, 195, 196

- N°95 sur la protection des salaires, du 1er juillet 1949, RTNU N°1871, 196

- N° 105 concernant l'abolition du travail forcé, du 25 juin 1957, RTNU N°4648, 30, 196

- N° 117 concernant les objectifs et les normes de base de la politique sociale, du 22 juin 1962, RTNU N°7237, 194

- N°131 sur la fixation des salaires minima, du 22 juin 1970, RTNU N°11821, 194

- N°138 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973, RTNU N°14862, 201, 209

- N°143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), du 23 juin 1975, RTNU N°17426, 196

- N°169 relative aux peuples indigènes et tribaux, du 27 juin 1989, remplaçant l'article 12 de la Convention N°107 relatives aux populations aborigènes et tribales, du 26 juin 1957, 232

- N°182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17 juin 1999, RTNU N°37245, 198, 202-204, 209

- *Recommandation :*

- N°135 sur la fixation des salaires minima, du 22 juin 1970, 194

- N°146 sur l'âge minimum, du 26 juin 1973, 201

- N°190 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, du 17 juin 1999, 202, 204, 209

P

Pacte :

- *international relatif aux droits civils et politiques*, du 16 décembre 1966, RTNU N°14668, PIDCP, 19, 121-123, 127-133, 163, 184, 185, 193, 195, 200, 228, 230, 231, 254, 255, 265, 268-271, 282, 284, 285-290, 292-296, 306, 329, 330, 333, 336, 341, 342, 356, 427-430, 435, 445, 446, 451, 455, 478-480, 486, 491, 492, 560, 563, 564, 578

- *international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, du 16 décembre 1966, RTNU N°14531, PIDESC, 195-197, 200, 201, 231, 454, 455

Principes :

- *de base relatifs à l'emploi de la force et des armes à feu, adoptés au 8ème Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des criminels*, La Havane, 1990, www.un.org, 123

- *directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, de 1998, www.un.org, 232, 233, 298

- *du droit international consacrés par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg* établis par la Commission du droit international et confirmés par l'Assemblée générale dans sa Résolution 95(I) du 11 décembre 1946, www.un.org, 586

Programme :

- *d'action contre l'apartheid*, adopté par l'Assemblée générale, du 8 novembre 1983, ONU Doc. A/38/539-S/16102, www.un.org, 534

- *d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement*, ONU Doc. A/CONF.171/13 (1994), www.un.org, 209

- *d'action pour la lutte contre la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie impliquant des enfants*, ONU Doc. E/CN.4/ Sub.2/1991/ 41, www.un.org, 213

- *d'action pour l'élimination de l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine*, résolution 1993/79, ONU Doc. E/CN.4/1993/122, www.un.org, 202

Projet de Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/1998/25, de 1998, www.un.org, 489

Protocole :

- a*dditionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 55/25 du 15 novembre 2000, ONU Doc. A/45/49, RTNU N°39574, 196

- *additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer, et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, du 15 novembre 2000 (pas encore en vigueur), Résolution 55/25 adoptée par l'Assemblée générale le 15 novembre 2000, ONU Doc. A/55/49, RTNU N°39574, 208

- *additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, RTNU N°17512 et 17513 *:*

  - I, Relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 96, 106, 132, 137, 274, 344, 383, 496-498, 542, 543, 577, 639-646, 651, 655, 657, 658, 661

  - II, Relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 132, 331, 344, 497, 498, 560, 577

- *facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, du 25 mai 2000, RTNU N°27531, 203, 204, 208, 210, 213

- *visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, du 15 novembre 2000 (pas encore en vigueur), 208, 210, 211

R

Rapport :

- *de la Commission des droits de l'homme*, www.ohchr.org ou www.un.org :

  - Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, expert indépendant chargé d'étudier le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires, conformément au paragraphe 11 de la résolution 2001/46 de la Commission, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, 472, 476, 478, 485-488, 490-493, 495, 507, 510, 511, 519

  - ONU Doc. E/CN.4/1986/15, 341, 359

  - ONU Doc. E/CN.4/1995/34/Add.1, 290

  - ONU Doc. E/CN.4/1997/Add.2, 290

  - ONU Doc. E/CN.4/1997/7, 336, 341

  - ONU Doc. E/CN.4/1998/38, 341

  - ONU Doc. E/CN.4/2000/12, 197

  - ONU Doc. E/CN.4/2000/64, 472

  - ONU Doc. E/CN.4/2001/68, 472

  - ONU Doc. E/CN.4/2002/79, 472

  - La répression de l'esclavage : mémorandum présenté par le Secrétaire général au Comité spécial de l'esclavage, ONU Doc. ST/SPA/4 (1951), 214

  - Premier rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, ONU Doc. E/CN.4/1435, du 22 janvier 1981, 478, 493

  - Rapport de la Rapporteur spéciale chargée de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, ONU Doc. E/CN.4/1997/47, 212

  - Rapport de la Rapporteur spécial chargée d'étudier la question de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants, ONU Doc. E/CN.4/1997/95, 210

  - Rapport de Linda Chavez, *Le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/26, 218

  - Rapport de M. Jean Fernand-Laurent, Rapporteur spécial sur la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, ONU Doc. E/1983/7, 213

  - Rapport de M. Félix Ermacora, Expert agissant à titre personnel, sur les personnes portées manquantes ou disparues au Chili, ONU Doc. A/34/583/Add.1, 477

- Rapport de M. Theo van Boven à la Sous-Commission, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/ 1993/8, 493

- Rapport de Mme Gay J. McDougall, *Le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé*, ONU Doc. E/CN.4/ Sub.2/1998/13, 219, 380, 394

- Rapport du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, sur les travaux de sa sixième session, ONU Doc. E/CN.4/2000/74, 203, 204

- Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa cinquième session, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/434 (1979), 193

- Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa seizième session, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/41, 213

- Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingtième session, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/28, 197, 213

- Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingt-et-unième session, ONU Doc. E/CN. 4/Sub.2/1996/24, 197

- Rapport du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage sur les travaux de sa vingt-troisième session, ONU Doc. E/CN.4/ Sub.2/1998/14, 212

- Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ONU Doc. E/CN.4/ 2003/71 du 12 février 2003, 493-495

- Rapport du Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation concernant les droits de l'homme au Chili, ONU Doc. A/10285 du 7 octobre 1975, 477

- Rapport du Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme au Chili, présenté à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies le 4 février 1976, ONU Doc. E/CN. 4/1188, 472, 477

- Rapport du Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation concernant les droits de l'homme au Chili, ONU Doc. E/CN.4/1221 du 10 février 1977, 477

- Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Rwanda, ONU Doc. E/CN.4/1996/68, 219

- Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, ONU Doc. E/CN.4/1996/63, 219

- Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires et arbitraires ONU Doc. E/CN.4/2003/3 et Add.2 (Honduras), Add.3 (RDC), Add.4 (Afghanistan), 125, 126

- Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de l'esclavage, ONU Doc. E/CN.4/ Sub.2/1998/13 (22 juin 1998), 219, 380, 394

- Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis M. Deng, présenté conformément à la résolution 1997/39 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/1998/53, 228-233, 254, 298

- Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis Deng, présenté en application de la résolution 1998/50 de la Commission, Additif, Rapport de l'Atelier sur les déplacements de personnes à l'intérieur de leur propre pays en Afrique (Addis Abeba, 19 et 20 octobre 1998), ONU Doc. E/CN.4/1999/79/Add.2, 236

- Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis Deng, présenté en application de la résolution 2002/56 de la Commission des droits de l'homme, Additif, Déplacements de population: le cas du Soudan, ONU Doc. E/CN.4/2003/86/Add.1, 236

- Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis M. Deng, présenté en application de la résolution 2001/54 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/ 2002/95, 232, 236, 237

- Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, M. Francis Deng, ONU Doc. E/CN.4/ 2004/77, Add.1

pour l'Ouganda et ONU Doc. E/CN.4/2003/86/Add.4 pour les Philippines, 236

- Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, ONU Doc. E/CN.4/1996/53/Add.1, du 19 avril 1996, 399

- Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences (Mme Radhika Coomaraswamy), conformément à la résolution 1997/44 de la commission, Additif, Pratiques et politiques portant atteinte aux droits génésiques des femmes et constituant des facteurs, des causes ou des actes même de violence contre celles-ci, ONU Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4, 377, 382, 383, 400, 408

- Rapport sur la traite des femmes, les migrations des femmes et la violence contre les femmes, présenté en application de la résolution 1997/44 de la Commission des droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/2000/68, 208, 212

- Rapport sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé, de Madame le Haut-Commissaire aux droits de l'homme, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/29, 219

- *Report of the UN Special Rapporteur on torture*, ONU Doc. E/CN.4/1988/17, 357

- *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, ONU Doc. E/CN.4/1998/44, 284

- *Viols et sévices dont les femmes sont victimes dans les zones de conflit armé dans l'ex-Yougoslavie*, Rapport du Secrétaire général, ONU Doc. A/51/557 (1996), 219

- *de la Commission des Nations Unies pour l'étude de la situation raciale dans l'Union sud-africaine*, ONU Doc. A/2505 et Add.1, 19, 53, 530

- *du Comité spécial chargé d'étudier la politique d'apartheid du gouvernement de la République sud-africaine*, ONU Doc. A/5497, du 16 septembre 1963, 530

- *de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, ONU Doc. A/CONF.157/24 (1993), 219

- *du Comité spécial contre l'apartheid sur les massacres de Soweto*, ONU Doc. A/31/22 Add.1, du 3 août 1976, 531

- *explicatif*, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ONU Doc. E/447, 157

- *final du Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales*, de 1997, 209

Règlement de La Haye, annexé à la IV Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 8 octobre 1907, *in* Schindler & Toman, *Droit de la guerre*, N°8, pp. 71 et ss, 41, 46, 709

Résolutions adoptées par les organes des Nations Unies :

- *Assemblée générale*, www.un.org/french/ga *:*

- ONU Doc. A/RES/103 (I), du 19 novembre 1946, 529

- ONU Doc. A/RES/65/1 du 14 décembre 1946, 533

- ONU Doc. A/RES/141/2 du 1er novembre 1947, 533

- ONU Doc. A/RES/227/3, du 26 novembre 1948, 533

- ONU Doc. A/RES/4/323 du 15 novembre 1949, 558

- ONU Doc. A/RES/395 (V), Traitement des personnes d'origine indienne établies dans l'Union sud-africaine, du 2 décembre 1950, 529

- ONU Doc. A/RES/616 B (VII), du 5 décembre 1952, 535

- ONU Doc. A/RES/1598 (XV), du 13 avril 1961, 530, 535

- ONU Doc. A/RES/1881 (XVIII), du 11 octobre 1963, 530

- ONU Doc. A/RES/2144 A (XXI), du 26 octobre 1966, 535

- ONU Doc. A/RES/2202 A (XXI), du 26 octobre 1966, 534

- ONU Doc. A/RES/2202 (XXI) A, du 16 décembre 1966, 531

- ONU Doc. A/RES/2393 (XXIII) du 26 novembre 1968, 131

- ONU Doc. A/RES/2396 (XXIII), du 2 décembre 1968, 534

- ONU Doc. A/RES/2671 F, du 8 décembre 1970, 534, 535

- ONU Doc. A/RES/2775 (XXVI) A-H, du 29 novembre 1971, 531

- ONU Doc. A/RES/2923 E (XXVII), du 15 novembre 1972, 534, 535

- ONU Doc. A/RES/3068 (XXVIII), du 30 novembre 1973, 524, 534

- ONU Doc. A/RES/3151 G (XXVIII), du 14 décembre 1973, 531

- ONU Doc. A/RES/3207 (XXIX), du 30 septembre 1974, 535

- ONU Doc. A/RES/3448 (XXX), du 9 décembre 1975, 477

- ONU Doc. A/RES/3452 (XXX), Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 9 décembre 1975, 329

- ONU Doc. A/RES/3411 (XXX) A-G, du 10 décembre 1975, 531

- ONU Doc. A/RES/31/6 A-K, des 26 octobre et 9 novembre 1976, 531

- ONU Doc. A/RES/32/118, du 16 décembre 1977, 477

- ONU Doc. A/RES/33/173, du 20 décembre 1978, 477

- ONU Doc. A/RES/33/183 B, du 24 janvier 1979, 533, 535

- ONU Doc. A/RES/34/93 des 12 et 17 décembre 1979, 532, 534

- ONU Doc. A/RES/35/172 du 15 décembre 1980, 131

- ONU Doc. A/RES/35/206 A-R, du 16 décembre 1980, 532

- ONU Doc. A/RES/37/69 A-J, du 9 décembre 1982, 532

- ONU Doc. A/RES/38/11, du 15 novembre 1983, 533, 535

- ONU Doc. A/RES/40/64 A-I, du 10 décembre 1985, 532

- ONU Doc. A/RES/43/23 A-H, du 20 novembre 1987, 532

- ONU Doc. A/RES/43/50 A-K, du 5 décembre 1988, 532

- ONU Doc. A/RES/43/173, du 9 décembre 1988, 266, 508

- ONU Doc. A/RES/44/27 A-L, du 22 novembre 1989, 532

- ONU Doc. A/RES/45/176 A-H, du 19 décembre 1990, 532

- ONU Doc. A/RES/46/119, du 17 décembre 1991, 293

- ONU Doc. A/RES/51/66 du 31 janvier 1997, 210

- *Conseil de sécurité*, www.un.org/french/docs/cs *:*

- ONU Doc. S/RES/134 (1960), du 1er avril 1960, 530

- ONU Doc. S/RES/181 (1963), du 7 août 1963, 530, 535

- ONU Doc. S/RES/182 (1963), du 4 décembre 1963, 534, 535

- ONU Doc. S/RES/191 (1964), du 18 juin 1964, 531

- ONU Doc. S/RES/387 (1976), du 31 mars 1976, 534

- ONU Doc. S/RES/392 (1976), du 19 juin 1976, 534

- ONU Doc. S/RES/393 (1976) du 30 juillet 1976, 534

- ONU Doc. S/RES/402 (1976), du 22 décembre 1976, 534

- ONU Doc. S/RES/418 (1977), du 4 novembre 1977, 531

- ONU Doc. S/RES/428 (1978), du 6 mai 1978, 534

- ONU Doc. S/RES/454 (1979), du 2 novembre 1979, 534

- ONU Doc. S/RES/466 (1980), du 11 avril 1980, 534

- ONU Doc. S/RES/475 (1980), du 27 juin 1980, 534

- ONU Doc. S/RES/535 (1983), du 29 juin 1983, 534

- ONU Doc. S/RES/527 (1982), du 15 décembre 1983, 534

- ONU Doc. S/RES/545 (1983), du 20 décembre 1983, 534

- ONU Doc. S/RES/546 (1984), du 6 janvier 1984, 534

- ONU Doc. S/RES/567 (1985), du 20 juin 1985, 534

- ONU Doc. S/RES/571 (1985), du 20 septembre 1985, 534

- ONU Doc. S/RES/572 (1985), du 30 septembre 1985, 534

- ONU Doc. S/RES/577 (1985), du 6 décembre 1985, 534

- ONU Doc. S/RES/580 (1985), du 30 décembre 1985, 534

- ONU Doc. S/RES/581 (1986), du 13 février 1986, 534

- ONU Doc. S/RES/602 (1987), du 25 novembre 1987, 534

- Conseil économique et social, www.un.org/french/ecosoc *:*

- ECOSOC Rés. 1984/50, *Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, 25 mai 1984, Annexe, 130-132

- ECOSOC Rés. 1989/64, *Implementation of the Safeguards Guaranteeing of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, 132

- Commission des droits de l'homme, www.ohchr.org *:*

- ONU Doc. E/CN.4/RES/2 (XXIII), du 6 mars 1967, 525, 526

- ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/SR. 850, 593

- ONU Doc. E/CN.4/1159 (1975), 576

- ONU Doc. E/CN.4/L.1400 (1978), 334

- ONU Doc. E/CN.4/L.1470 (1979), 334

- ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/17, 293

- ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1984/SR.23, 576

- ONU Doc. E/CN.4/1986/15, 341, 359

- ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, 271

- ONU Doc. E/CN.4/1992/SR. 21, 359

- ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, 232

- ONU Doc. E/CN.4/1995/34, 290, 359

- ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/ 1996/19, 271

- Résolution 4 (XXXI), du 13 février 1975, 476

- Résolution 5 (XXXI), du 14 février 1975, 576

- Résolution 3 (XXXII), du 19 février 1976, 477

- Résolution 20 (XXXVI), du 29 février 1980, 478

- Résolution 1994/45, E/CN.4/1994/132, 212, 232

- Résolution 1996/33B, du 19 avril 1996, 271, 297

- Résolution 1997/38, du 11 avril 1997, 577

- Résolution 1998/29, du 17 avril 1998, 271

- Sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités, www.ohchr.org *:*

- Résolution 1984/22 du 29 août 1984, ONU Doc. E/CN.4/1985/ 3 et E/CN.4/Sub.2/1984/43, 577

- Résolutions de l'Organisation des Etats américains, www.oea.org **:**

- AG/Res.443 (IX-0/79), 476

- AG/Res.510 (X-01/80), 476

- AG/Res.666 (XIII-0/83), 476

- Résolution de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement africains, tenue à Addis-Abeba du 22 au 25 mai 1963, du 27 juin 1963, sur l'apartheid et la discrimination raciale ONU Doc. A/AC.115/L.11, www.un.org, 534

T

Traité de Lausanne entre les Puissances alliées et la Turquie, du 24 juillet 1923, 252, 253

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), www. un.org/icty **:**

- Statut du TPIY, ONU Doc. S/RES/827 (1993), du 25 mai 1993, 34, 36, 59, 89, 90, 97, 105, 107, 220, 392, 453, 653, 724

- Rapport du Comité des juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international destiné à juger les crimes commis en ex-Yougoslavie, ONU Doc. S/25266, 586

- Règlement de procédure et de preuve, 3

Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), www.ictr.org **:**

- Statut du TPIR, ONU Doc. S/RES/955 (1994), du 8 novembre 1994, 90, 391, 454

- Rapport du Secrétaire général en application de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, du 3 mai 1993, ONU Doc. S/25704, 90, 449

- Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda soumis par le Rapporteur spécial René Degni-Segui, en application du §20 de la Résolution S-3/1 du 25 mai 1994, ONU Doc. E/CN.4/1996/7, du 28 juin 1995, 586

- Règlement de procédure et de preuve 3

Index de la jurisprudence citée

Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine :

- Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, décision sur le fond en l'affaire *Matanovic c. RS*, cas N°CH/96/1, du 6 août 1997, *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, 491

- Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, décision dans l'affaire *Palic c. Republika Srpska,* affaire N° CH/99/3196, du 11 janvier 2001 sur la recevabilité et le fond, *in* Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires, Rapport présenté par M. Manfred Nowak, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, 493

Comité des droits de l'homme,

www.ohchr.org/english/bodies/hrc

Observations générales :

- *General comment No. 4*: Article 3 (Equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights), 430

- Observation générale 6 (16) du 27 juillet 1982, ONU Doc. CCPR/C/21/Add.1, 154

- *General comment 7(16)*, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, 270, 271, 292, 295, 333, 341, 578

- *General comment 8(16)*, ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex V, 294, 295

- *General comment 9(16)*, ONU Doc. A/37/40, Annex V, 289, 294

- *General Comment 14(23)*, Annex XX, UN Doc. CCPR/C/SR.563, 154

- *General Comment N°15/27*, 13th session (1981), 255

- *General comment No. 18*: Non-discrimination, 37th session (1989), 430

- *General comment 20(44)*, ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VIB, 271, 293, 295, 333, 341, 578

- *General comment 21(44)*, ONU Doc. A/47/40 (1992), Annex VIB, 294

- *General comment No. 23* 50th session (1994): Article 27 (Rights of minorities), 431, 445

Décisions :

- *Arzuaga Gilboa v. Uruguay* (147/1983), ONU Doc. A/40/40 (1985) Annex VIII B, 295, 338

- *Bazzao and Massera v. Uruguay* (5/1977), ONU Doc. A/34/40 (1979), Annex VII, 337

- *Beterretche Acosta v. Uruguay* (162/1983), ONU Doc. A/44/40 (1989), Annex X A, 338

- *Bleier* c. *Uruguay*, communication N°30/1978, constatations du 29 mars 1982, 479, 491

- *Bouton v. Uruguay* (371/1978), ONU Doc. A/36/40 (1981), Annex XIV, 343, 564

- *Cámpora v. Uruguay* (66/1980), ONU Doc. A/38/40, Annex VIII, 289

- *Cariboni v. Uruguay* (159/1983), ONU Doc. A/43/40 (1988), Annex VII A, 341

- *El Megreisi v. Libya* (440/1990), Vol. II, ONU Doc. A/49/40 (1994), Annex IX TZ, 271

- *Estrella v. Uruguay* (74/1980), ONU Doc. A/38/40 (1983), Annex XII, 289, 338, 339

- *Grille Motta v. Uruguay* (11/1977), ONU Doc. A/35/40 (1980), Annex XI, 337

- *Guerrero v. Colombia*, ONU DOC /A37/40 (1982), Annex XI, 123

- *Herrera Rubio v. Colombia* (161/1983), ONU Doc. A/43/40 (1988), Annex VII B, 338

- *Kanana v. Zaïre* (366/1989), ONU Doc. A/49/40 (1994), Annex IX J, 338

- *Kindler v. Canada* (N°470/1991) ONU Doc. A/48/40, vol. II, 121, 122

- *Lafuente Pñarrieta et al. v. Bolivia* (176/1984), ONU Doc. A/43/40 (1988), Annex VII C, 338

- *Laureano c. Pérou*, communication N°540/ 1993, constatations du 16 avril 1996, 479, 491

- *López Burgos v. Uruguay* (52/1979), ONU Doc. A/36/40 (1981), Annex XIX, 338

- *Martinez Portorreal v. Dominican Republic* (188/1984), ONU Doc. A/40/40 (1985), Selected Decisions of the HR Committee under the Optional Protocol, Vol. 2 UN doc. CCPR/C/OP/2 (1990), 296

- *Mojica c. République dominicaine*, communication N°449/1991, constatations du 15 juillet 1994, 479, 491

- *Monaco et Vicario c. Argentine*, communication N°400/1990, constatations du 3 avril 1995, 480

- *Muteba v. Zaïre* (124/1982), ONU Doc. A/39/40 (1984), Annex XIII, 339

- *Netto, Weismann and Lanza v. Uruguay*, ONU Doc. A/35/40 (1980), Annex VI, 295

- *Ng v. Canada*, *in Report of the Human Rights Committee*, vol. II, ONU Doc. A/49/40 (1994), Annex IX CC, 133

- *Polay Campos v. Peru* (577/1994), ONU Doc. CCPR/C/61/D/577/ 1994 (1998), 343

- *Quinteros Almeida v. Uruguay*, communication N° 107/1981, constatations du 21 juillet 1983, 479, 491, 492

- *Rodriguez v. Uruguay* (322/1988), ONU Doc. A/49/40 (1994) Annex IX B, 338

- *Sanjuan Arevalo* c. *Colombia*, communication N° 181/1984, constatations du 3 novembre 1999, 491

- *Sendic v. Uruguay* (63/1979), ONU Doc. A/37/40 (1982), Annex VIII, 338

- *Terán Jijón v. Ecuador* (277/1988), ONU Doc. A/47/40, Annex IX I, 294

- *Thompson v. St Vincent and the Grenadines* (N°806/1998), ONU Doc. CCPR/C/70/D/ 806/1998, 122

- *Van Alphen v. the Netherlands* (N°305/1988), ONU Doc. A/45/ 40, vol. II, 121

- *Wight v. Madagascar* (115/1982), ONU Doc. A/40/40 (1985), 295

Rapports :

Algérie:

- *Concluding Observations,* ONU Doc. CCPR/C/79/Add.1 128

- Observations finales concernant le rapport de l'Algérie, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.95, du 18 août 1998, 480

- Belarus :

- ONU Doc. CCPR/C/79/Add.5, 129

- Bulgarie :

Initial Report of Bulgaria, ONU Doc. CCPR/C/SR.131, 128

- Cameroun :

Concluding Observations, Cameroon, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.116, 129

- Canada :

Initial Report of Canada, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.43 (Canada) voir également ONU Doc. CCPR/C/ SR.205, 154, 164

- Chine :

- ONU Doc. E/CN.4/1990/22, 129

- ONU Doc. E/CN.4/1993/46, 128

- Iran :

- *Initial Report of Iran*, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.58, 128

- *Initial Report of Iran*, ONU Doc. E/2000/3, 128, 129

- *Initial Report of Iran*, ONU Doc. CCPR/C/SR.365, 129

- Iraq :

- *Report on the Situation of Human Rights in Iraq*, ONU Doc. E/CN.4/ 1998/67, 128

- *Initial Report of Iraq*, ONU Doc. CCPR/C/1/ Add.45, 128

- *Concluding Observations, Iraq*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add. 84, 129

- Japon :

- *Initial Report of Japan*, ONU Doc. CCPR/C/ 10/Add.1, 128

- *Concluding Observations, Japan*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.102, 129

- Jordanie :

- *Initial Report of Jordan*, ONU Doc. CCPR/C/ 1/Add.56, 128

- ONU Doc. CCPR/C/SR.362, 129

- Libye :

- *Initial Report of the Libyan Arab Jamahiriya*, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.3 et 20, 128

- *Concluding Observations, Libyan Arab Jamahiryia*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.45 et Add.101, 129

- Mali :

Initial Report of Mali, ONU Doc. CCPR/C/1 Add.49 et CCPR/C/SR.283, 128

- Mauritanie :

ONU Doc. E/CN.4/1999/58, 129

- Mongolie :

Initial Report on Mongolia, ONU Doc. CCPR/C/1/Add.38, 130

- République démocratique du Congo :

- Report on the Situation of Human Rights in Democratic Republic of the Congo (former Zaïre), ONU Doc. E/CN.4/1998/65, 129

- Report on the Situation of Human Rights in the Democratic Republic of the Congo, ONU Doc. E/CN.4/1999/31, 128

- Sri Lanka :

Concluding Observations, Sri Lanka, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.56 et 65, 129

- Soudan :

- Initial Report of Sudan, ONU Doc. E/2000/3, 128, 129

- Concluding Observations, Sudan, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.85, 129, 130

- Second Periodic Report of Sudan, Annual Report of the Human Rights Committee, ONU Doc. A/53/40, 129

- ONU Doc. CCPR/SR.1628 (Soudan), 130

- Report of the Special Rapporteur Mr Leonardo Franco, au Soudan, ONU Doc. E/CN.4/1999/38/Add.1, 129

- Togo :

Initial Report of Togo, ONU Doc. CCPR/C/36/Add.5, 129

- Tunisie :

ONU Doc. CCPR/C/52/Add.5, CCPR/C/SR. 990-992, ONU Doc. A/45/40 (Tunisie), 129

- Yemen :

Second Periodic Report of Yemen, ONU Doc. CRC/C/70/Add.1, 129

- Autre :

ONU Doc. A/33/40, 130

ONU Doc. E/CN.4/1988/22, 128

ONU Doc. E/2000/3, 128, 129

ONU Doc. E/CN.4/1996/4 et Corr.1, 128

Comité des droits économiques, sociaux et culturels,

www.ohchr.org/french/bodies/cescr :

- Observation générale N°4, ONU Doc. HRI/GEN/1/ Rev.3, 231

- Observation générale N°7 (1997), ONU Doc. E/C.12/1997/4, 231

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes

www.un.org/womenwatch/daw/cedaw :

Eleventh session (1992) General recommendation No. 19: Violence against women, General comments, 435

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale,

www. ohchr.org/french/bodies/cerd :

- Forty-second session (1993) General recommendation XIV on article 1, paragraph 1, of the Convention, 433

- Fifty-first session (1997) General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples, 433

- Fifty-sixth session (2000) General recommendation XXV on gender-related dimensions of racial discrimination, 433

- Fifty-seventh session (2000) General recommendation XXVII on discrimination against Roma, 433

Commission européenne des droits de l'homme

- Rapport, 12 *Yearbook – The Greek Case* (1969), 335

- Rapport, 19 *Yearbook – The Northern Ireland Case* (1976), 335, 340

- Req. N°8 410/78, DR 18, 197

- Rapport dans l'affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, du 9 juillet 1980, Cour, série B, vol. 44, 193

- Rapport dans l'affaire *McWeight et Cts*, du 18 mars 1981, vol. 25, 285

- Rapport dans l'affaire *Selmouni c. France*, du 11 décembre 1997, 342, 563

Commission interaméricaine des droits de l'homme,

www.corteidh. or.cr :

- *Baptiste v. Grenada* (Case N°11.743), Report N°38/00, du 13 avril 2000, 122

- *Knights v. Grenada* (Case N°12.028), Report N°47/01, du 4 avril 2001, 122

- *Mejía v. Peru*, Report No. 5/96, Annual Report 1995, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.9 Doc. Rev. 7 (1996), 359

- Rapport annuel, 1974, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.34, Doc.31 Rev.1 du 30 décembre 1974, 476

- Rapport annuel, OEA Doc. OEA/Ser.P/ AG/doc.2167/87, 1987, 488

- *Study on the situation of children of disappeared persons separated from their parents and reclaimed by members of their legitimate families*, *in* Rapport annuel 1987-1988, OEA Doc. OEA/ Ser.L/V/ II.74, document 10/Rev.1, du 16 septembre 1998, 489, 493

Commission d'enquête israélienne

chargée d'enquêter sur les atrocités commises dans les camps de réfugiés de Sabra et Shatilla à Beyrouth en 1982, *Final Report of the Commission of Inquiry into the Events at the Refugee Camps in Beirut, February 7,1983* (authorized translation) (« Rapport Kahan »), *in* 22 *International Legal Materials* 473-520 (1983), 652, 653

Cour de Cassation française :

- *Barbie*, Arrêt du 3 juin 1988, *ILR* N° 332, 102, 422, 426

Cour de district de Jérusalem

- *Attorney-general v. Adolph Eichmann in* ILR 36, pp. 5 et ss ; en appel, Cour Suprême d'Israël, ILR 36, pp. 277 et ss, 156

Cour européenne des droits de l'homme, www.echr.coe.int :

- *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, A6, 428, 429

- *Ahmed c. Autriche*, du 17 décembre 1996, 1996-VI, 436

- *Aksoy c. Turquie*, du 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, 270

- *Ashingdane c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, A93, 266, 283, 287

- *Aydin c. Turquie*, du 25 septembre 1997, 1997-VI, 338, 339, 358, 359

- *Bouamar c. Belgique*, du 29 février 1988, A129, 266, 267

- *Bozano c. France*, du 18 décembre 1986, A111, 266, 268

- *Branningan et McBride c. Royaume-Uni*, du 26 mai 1993, A258-B, 269

- *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, du 29 novembre 1988, A145-B, 267, 285

- *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, 1996-V, 336

- *Chypre c. Turquie*, du 10 mai 2001, 484, 485

- *Ciulla c. Italie*, du 22 février 1989, A148, 266, 267

- *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, A12, 265, 268, 287

- *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, A22, 266, 283

- *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, du 30 août 1990, A182, 267, 285

- *Guzzardi c. Italie*, du 6 novembre 1980, A39, 266, 268, 283

- *Irlande c. Royaume-Uni*, du 18 janvier 1978, A25, 335, 340, 343, 564

- *Kayan c. Turquie*, du 28 mars 2000, 483, 491, 492, 515, 516

- *Kemmache c. France*, du 27 novembre 1991, A218, 286

- *Kokkinakis c. Grèce*, du 25 mai 1993, A260A, 52

- *Kolompar c. Belgique*, du 24 septembre 1992, A235-C, 268

- *Kurt c. Turquie*, du 25 mai 1998, 482, 491, 492

- *Lawless c. Irlande*, du 1er juillet 1961, A3, 265, 267

- *Letellier c. France*, du 26 juin 1991, A207, 286

- *McCann et autres c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1995, A324, 123, 124

- *Nielsen c. Danemark*, du 28 novembre 1988, A144, 266, 283

- *Ribitsch c. Autriche*, du 4 décembre 1995, 342, 563

- *Schiesser c. Suisse*, du 4 décembre 1979, A34, 286

- *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, A161, 132, 133

- *Sunday Times c. Royaume Uni*, du 26 avril 1979, A30, 52

- *Tas v. Turkey*, du 14 novembre 2000, 484, 491, 492, 516

- *Tomasi c. France*, du 27 août 1992, A241-A, 335, 336, 342, 563

- *Tyrer c. Royaume-Uni*, du 25 avril 1978, A26, 578

- *Van der Müssele c. Belgique*, du 23 novembre 1983, A70, 197

- *Van Droogenbroeck c. Belgique*, du 24 juin 1982, A50, 266, 287

- *W. c. Suisse*, du 26 janvier 1993, A254-A, 286, 287

- *Weeks c. Royaume-Uni*, du 2 mars 1987, A114, 287

- *Wemhoff c. Allemagne*, du 27 juin 1968, A7, 286

- *Winterwerp c. Pays-Bas*, du 24 octobre 1979, A33, 265, 266, 268

- *X. c. Royaume-Uni*, du 5 novembre 1981, A46, 287

Cour interaméricaine des droits de l'homme, www.corteidh.or.cr :

- *Bámaca Velásquez* c. *Guatemala*, requête N°11.129/1993, du 25 novembre 2000, 491

- *Blake c. Guatemala*, requête N°11.219/1993, du 24 janvier 1998, 481, 492

- *Caballero-Delgado et Santana* c. *Colombie*, requête N°10.319/1989, du 8 décembre 1995, 480, 492

- *Durand et Ugarte* c. *Pérou*, requêtes N°10.009 et 10.078/1987, du 16 août 2000, 481

- *Godinez Cruz* c. *Honduras*, requête N°8097/1982, du 20 janvier 1989, 480

- *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987, Series A, N°8, 270

- *Judicial Guarantees in States of Emergency* (Arts. 27(2) and 8 American Convention on Human Rights) Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987, Series A N°9, 270

- *Restriction to the Death Penalty (Arts. 4 §2 and 4 §4 American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-3/38 du 8 septembre 1983, Series B N°3, 130

- *Trujillo Oroza c. Bolivie*, du 26 janvier 2000, 481, 509

- *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras*, requête no 7920/1981, du 29 juillet 1988, 467, 480, 499, 501-506, 514

Cour internationale de justice, www.icj-cij.org :

- *Affaire de la Barcelona Traction, Light & Power Company Limited (deuxième phase) (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, 185

- *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, 344

- *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 11 juillet 1996, 600

- *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 31 mars 2004, 131

- *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, 533

- *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 2001, 131

- *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Arrêt du 14 février 2002, 596, 597

- *Statut international du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif du 11 juillet 1950, 533

- *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, Arrêt du 21 décembre 1962, Exceptions préliminaires, 533

Cour spéciale pour la Sierra Leone, www.sc-sl.org :

- *Norman*, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-2004-14-AR72(E), 204

House of Lords britannique, www.parliament.uk/about_ lords/ about_lords. cfm :

- *Regina v. Evans and others and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet*, jugement du 25 novembre 1998, 597

Tribunal de district de Zagreb

- *Affaire Artukovic*, Doc. N° K-1/84-61, 14 mai 1986, traduction en anglais disponible au TPIY, *in* TPIY, Kupreskic, 427

Tribunaux issus de la deuxième guerre mondiale :

- Tribunal militaire international de Nuremberg

- Robert H. Jackson, *Opening Speeches of the Chief Prosecutors*, The Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, 20 November 1945, 155

- Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient de Tokyo

- Röling et Rüter, *The Tokyo Judgement ; The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), 29 avril 1946-12 novembre 1948*, Vol. I (1977), 199

- Tribunaux alliés

- Tribunal militaire américain à Nuremberg, *US v. Alstötter et al.*, ILR N°126, 1947, 711

- *W. Awochi case*, *in* UNWCC, LRTWC, vol. XIII, 401

- *Etats-Unis c. Brandt et autres* (« *Medical case* »), 156, 404

- Affaire dite *Contractor Worp*, Cour de Cassation spéciale des Pays-Bas, ILR N°145, 1946, 711

- Cour Militaire britannique à Hambourg, *in Eck et autres (« The Peleus »)*, ILR N°108, 1946, 709

- *Fiebig*, Cour criminelle spéciale à La Haye, ILR N°193, 1949, 711

- Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Flick et al.* (*Flick Trial*), *the Trial of Fredrich Flick and Five Others*, vol. IX, *Law Reports*, 424, 591, 739, 740

- Procès du *Gauleiter Artur Greiser*, Cour nationale suprême de Pologne, 21 juin – 7 juillet 1946, *in Law Reports*, Vol XIII, 425, 426

- Cour spéciale d'Amsterdam, Pays-Bas, *Gerbsh*, ILR N°155, 1948, 700

- Tokyo War Crimes Trial, *US v. Hirota*, 373, 390, 677

- I.G Farben case, *Trial of Carl Krauch and twenty-two others*, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 14th August, 1947-29th of July, 1948, case No. 57, *LRTWC*, Vol. X, 733, 739

- US Military Tribunal at Nuremberg, *US v. Alfried Krupp et al.*, 676-678, 681

- *The German High Command trial, Trial of Wilhelm von Leeb and thirteen others*, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 30th December, 1947-28th October, 1948, case No.72, *LRTWC*, Vol XII, 625, 669, 709, 733

- Cour militaire britannique à Hambourg, *von Lewinski*, ILR N°192, 1949, 711

- Tribunal Militaire Américain à Nuremberg, *US v. Wilhelm List*, *The Hostages Trial*, ILR N°215, 644

- *Etats-Unis c. Milch*, jugement du 31 juillet 1948, reproduit *in Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, under Control Council Law N°10*, Vol. II (1997) ou ILR N°129, 1947, 199, 700, 740

- Affaire des Ministères, TMN, Vol. XIV, 425

- Tribunal militaire américain à Nuremberg, *US v. Ohlendorf et al.* (« *Einsatzgruppen case* ») ILR N°217, 1948, 156, 439, 711, 740

- *Etats Unis c. Oswald Pohl and Others*, jugement du 3 novembre 1947, reproduit *in Trial of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, under Control Council Law N°10*, Vol. V (1997), 199, 200, 685

- Tribunal général du Gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, Jugement rendu le 30 juin 1948 dans l'Affaire Herman Roechling et consorts, accusés de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, *in* Trials of War Criminals, vol. XIV, annexe B, 678, 681, 685

- Commission militaire des Etats-Unis à Shangai, *US v. Sawada et al.*, ILR N°127, 1946, 700

- Commission militaire américaine à Augsbourg, *Thiele et Steinert*, ILR n°128, 1945, 711

- Cour de district, Utrecht, Pays-Bas, *Titho*, ILR N°168, 1951, 700

- *United States v. Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, 390, 635

- Tribunal militaire permanent français à Strasbourg, *Wagner et autres*, ILR N°165, 1946, 711

- *Werner*, Cour Suprême d'Afrique du Sud, ILR N°93, 1947, 711

- US Military Commission in Manilla, *US v. Yamashita,* Trial of General Tomoyuki Yamashita, Vol. IV, ILR, p. 94, 390, 635, 651, 670

- Cour de cassation spéciale, Pays-Bas, *Zuhlke*, ILR N°157, 1948, 700

- British Military Court, Kuala Lumpur, verdict of 1 February 1946, *in* LRTWC, III, 727

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie,

www.un.org/icty :

- *Aleksovski*, jugement du 25 juin 1999, IT-95-14/1 « Vallée de la Lasva », 353, 618, 636, 664, 673, 678, 658, 689, 694

- *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000, IT-95-14 « Vallée de la Lasva », 99, 100, 101, 104, 109, 139, 140, 144, 145, 443, 448, 460, 559, 592, 613, 616, 618, 619, 636, 648, 651- 653, 656, 659, 660, 662, 666, 678, 681, 685, 686, 690, 695

- *Erdemovic*, jugement du 29 novembre 1996, IT-96-22 « Ferme de Pilica » 8, 734

- *Erdemovic*, jugement du 5 mars 1998, IT-96-22 « Ferme de Pilica » 737, 741

- *Erdemovic* Appel, arrêt du 7 octobre 1997, IT-96-22 « Ferme de Pilica », 737

- *Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, IT-95-17/1 « Vallée de la Lasva », 344, 345, 354, 359, 360, 390, 392, 393, 395, 407, 408, 618

- *Furundzija*, Appel, arrêt du 20 juillet 2000, IT-95-17/1 « Vallée de la Lasva », 605

- *Gagovic*, Acte d'accusation modifié, du 7 octobre 1999, IT-96-23 « Foca », 359

- *Galic*, jugement du 5 décembre 2003, IT-98-29 « Sarajevo », 560, 561

- *Hadžihasanović et Kubura,* Décision de la Chambre d'appel relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), du 16 juillet 2003, IT-01-47-AR72, 663

- *Jankovic et consorts*, Acte d'accusation modifié, du 5 octobre 1999, IT-96-23/2 « Foca », 220

- *Jelisic*, jugement du 14 décembre 1999, IT-95-10 « Brcko », 101, 102, 107, 110, 137, 139, 143, 144, 559

- *Kordic et Cerkez*, jugement du 26 février 2001, IT-95-14/2 « Vallée de la Lasva », 137, 280, 281, 438, 439, 449, 450, 452, 456, 460, 560, 586, 602, 604, 613-616, 637, 639, 640, 641, 648, 650, 652, 653, 659, 663, 678, 679, 683, 691, 692, 704, 730

- *Krnojelac*, jugement du 15 mars 2002, IT-97-25 « Foca », 95, 96, 99, 101, 102, 107, 110, 111, 144, 145, 146, 150, 185, 193, 198, 257, 321, 346, 347, 352, 354, 448, 449, 453, 461, 562, 567, 569-571, 610, 618, 636, 648, 649, 653, 657, 686, 690, 703

- *Krstic*, jugement du 2 août 2001, IT-98-33 « Srebrenica », 139-141, 144, 164-168, 252, 254, 256, 257, 440, 458, 604, 609, 613, 616, 617, 636, 637

- *Kunarac et al.*, jugement du 22 février 2001, IT-96-23 et IT-96-23/1 « Foca », 91, 95, 99, 106-108, 112, 185, 193, 198, 199, 219, 347, 356, 393, 618, 636, 640, 643, 648

- *Kunarac*, Appel, arrêt du 12 juin 2002, IT-96-23 et IT-96-23/1 « Foca », 34, 90, 95, 99, 101, 102, 107, 108, 111, 112, 346, 347, 354, 359, 394

- *Kupreskic et al.*, jugement du 14 janvier 2000, IT-95-16 « Vallée de la Lasva », 102, 106, 112, 148, 425-427, 437, 448-450, 453, 456, 460, 559, 560, 628

- *Kvocka et al.*, jugement du 2 novembre 2001, IT-98-30/1 « Camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje », 347, 394, 410, 453, 561, 727

- *Mucic et al.* ou *Delalic et al.*, jugement du 16 novembre 1998, IT-96-21 « Camp de Celibici », 137, 145, 148, 272, 273, 280, 345, 346, 347, 354,

356, 391, 592, 618, 635, 636, 637, 644, 648, 649, 651- 653, 655-657, 664, 667, 673, 677, 678, 683, 684, 694, 704, 753, 724

- *Naletilic et Martinovic*, jugement du 31 mars 2003, IT-98-34 « Tuta et Stela », 92, 93, 95, 97, 99, 101, 106, 107, 110, 112, 245, 322, 325, 350-352, 354, 441, 443, 444, 448-450, 462

- *Nikolic*, jugement du 18 décembre 2003, IT-94-2 « Camp de Susika », 257

- *Obrenovic*, jugement du 10 décembre 2003, IT-02-60/2 « Srebrenica », 449, 567, 569

- *Sikirica*, jugement du 13 novembre 2001, IT-95-8 « Camp de Keraterm », 275-280

- *Simic et al.*, jugement du 17 octobre 2003, IT-95-9 « Bosanski Samac », 252, 256, 259, 561

- *Stakic*, jugement du 31 juillet 2003, IT-97-24 « Prijedor », 91, 99, 106, 112, 248-251, 256-259, 354, 441, 442, 444, 448, 450, 461

- *Tadic*, jugement du 7 mai 1997, IT-94-1 « Prijedor », 453, 604, 618, 701

- *Tadic*, Appel fond, arrêt du 15 juillet 1999, IT-94-1 « Prijedor », 434, 90, 91, 112, 604, 605, 610

- *Vasiljevic*, jugement du 29 novembre 2002, IT-98-32 « Visegrad », 155, 161, 162, 164, 166, 171, 172, 448-450, 453, 461

Tribunal pénal international pour le Rwanda, www.ictr.org :

- *Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998, ICTR-96-4, 97, 99, 101, 107, 135, 143, 158, 164, 172, 384, 387, 391, 392, 407, 613, 616, 619

- *Bagilishema*, jugement du 7 juin 2001, ICTR-95-1, 90, 99, 106, 111, 112, 164, 165, 167, 172, 562, 666

- *Kajelijeli*, jugement du 1er décembre 2003, ICTR-98-44A, 387, 389, 394

- *Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1 et ICTR-96-10, 111, 147, 164, 170, 171, 172, 384, 562, 601, 617, 637, 649, 655, 664, 674, 675, 679, 683, 684, 694

- *Musema*, jugement du 27 janvier 2000, ICTR, 96-13, 97, 99, 101, 164, 172, 387, 391, 562, 613, 616, 618, 649, 666, 683, 695

- *Rutaganda*, jugement du 6 décembre 1999, ICTR-96-3, 90, 97, 99, 107, 111

- *Semanza*, jugement du 15 mai 2003, ICTR-97-20, 164, 165, 448, 450, 462

Liste des ouvrages

Collection Genevoise

Baddeley, Margareta *1994*
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) *1999*
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) *2000*
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999

Cattaneo, Daniele *1992*
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François *1995*
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine *1991*
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. *2005*
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO
Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie *1993*
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

Currat, Philippe *2006*
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Ducrot, Michel *2005*
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

Dunand, Jean-Philippe *2000*
Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie *2005*
Le dommage écologique
Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier *1998*
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Foëx, Bénédict *1997*
Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja *1992*
Le principe de la double incrimination
En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garrone, Pierre *1991*
L'élection populaire en Suisse
Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons

Gerber, Philippe *1997*
La nature cassatoire du recours de droit public
Mythe et réalité

de Gottrau, Nicolas *1999*
Le crédit documentaire et la fraude
La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre

Grant, Philip *2000*
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

Guibentif, Pierre *1997*
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal

Hack, Pierre *2003*
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

Henzelin, Marc *2000*
Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité

Hottelier, Michel *1990*
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse

Hottelier, Michel *1995*
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse

Jeanneret, Yvan *2002*
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR

Jeandin, Nicolas *1994*
Le chèque de voyage

Junod Moser, Dominique *2001*
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen

Junod, Valérie *2005*
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals

Kastanas, Elias *1993*
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Lampert, Frank *2000*
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG

Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger *1994*
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands

Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils *2006*
L'art de punir
Les représentations sociales d'une ‹juste› peine

Manaï, Dominique *1999*
Les droits du patient face à la médecine contemporaine

Mandofia Berney, Marina *1993*
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français

Marchand, Sylvain *1994*
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse

Martenet, Vincent *1999*
L'autonomie constitutionnelle des cantons

Morand, Charles-Albert (éd.) *1991*
Les instruments d'action de l'Etat

Morand, Charles-Albert (éd.) *1992*
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Morand, Charles-Albert (éd.) *1992*
La légalité: un principe à géométrie variable

Morand, Charles-Albert (éd.) *1995*
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures

Morand, Charles-Albert (éd.) *1996*
La pesée globale des intérêts
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Moreno, Carlos *2002*
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document

Morin, Ariane *2002*
La responsabilité fondée sur la confiance
Etude critique des fondements d'une innovation controversée

Oberson, Xavier *1991*
Les taxes d'orientation
Nature juridique et constitutionnalité

Papaux van Delden, Marie-Laure *2002*
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux

Peter, Henry *1990*
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Pont Veuthey, Marie-Claire *1992*
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Scartazzini, Gustavo *1991*
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André *1994*
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
Etude de droit suisse et comparé

Stieger-Chopard, Arlette *1997*
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry *1996*
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia *1990*
Le crédit documentaire en droit suisse
Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita *1996*
Le conseil d'administration de la société anonyme
Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette *2006*
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul *1998*
Le transfert des risques dans la vente internationale
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane *2005*
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas *1997*
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ *2001*
Delley, Jean-Daniel/Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)
Aux confins du droit
Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ *1998*
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédict (éd.)
Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédict/Thévenoz, Luc (éd.) *2000*
Insolvence, désendettement et redressement
Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Professeur à l'Université de Genève

Kellerhals, Jean/ *2002*
Manaï, Dominique/Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) *1997*
Problèmes actuels de droit économique
Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André *1998*
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert *1995*
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Ouvrages collectifs
Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique
Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. *1991*

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson *1995*

Démocratie directe

Arx, Nicolas von *2002*
Ähnlich, aber anders
Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) *1996*
Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) *2001*
Sans délais et sans limites?
L'initiative populaire à la croisée des chemins
Ohne Fristen und Grenzen?
Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ Trechsel, Alexander H. *2001*
Voter par Internet
Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) *1999*
Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/ Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank *2001*
Das Referendum in Graubünden
Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

*Trechsel, Alexander/*Serdült, Uwe *1999*
Kaleidoskop Volksrechte
Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander *2000*
Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands jurisconsultes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ Walter, François (éd.) *1994*
Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred *1998*
Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)
Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) *2001*
Rossi, Pellegrino
Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred *2003*
L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe *2004*
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique, 2ème éd.

Manaï, Dominique *1990*
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) *2002*
Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor *2003*
Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. *1998*
Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ *1991*
Dufour, Alfred (éd.)
Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédict *1997*
La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédict *2002*
La responsabilité aquilienne en droit commun
Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ *1999*
Foëx, Bénédict (éd.)
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation forcée

Hottelier, Michel/ *2001*
Foëx, Bénédict (éd.)
L'aménagement du territoire
Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ *2003*
Foëx, Bénédict (éd.)
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ *2005*
Foëx, Bénédict (éd.)
Protection de l'environnement et immobilier
Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ *2002*
Tanquerel, Thierry (éd.)
Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /
Bellanger, François (éd.) *2002*
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ Winiger, Bénédict (éd.) *2005*
Le préjudice
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Le Statut de Rome créant la Cour pénale internationale, entré en vigueur le 1er juillet 2002, confère à la Cour la compétence de juger, notamment, les auteurs de crimes contre l'humanité, pour la première fois définis conventionnellement en droit international.

L'auteur apporte une définition de ces crimes en analysant le texte du Statut en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus.

L'attaque généralisée et systématique, qui confère aux crimes contre l'humanité leur gravité particulière, le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et le transfert forcé de population, l'emprisonnement, la torture, le viol et toutes les autres formes de violence sexuelle de gravité comparable, la persécution, les disparitions forcées de personnes, le crime d'apartheid et les autres actes inhumains de caractère analogue trouvent leur définition pénale en rapport constant avec les droits de l'homme et avec la jurisprudence des TPIY et TPIR.

L'auteur aborde ensuite la manière de commettre les crimes contre l'humanité, montrant l'importance d'actions criminelles collectives, organisées et hiérarchisées par l'analyse de la responsabilité pénale individuelle, de celle des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques ou de l'exécutant.

Philippe Currat est docteur en droit de l'Université de Genève, ancien conseiller juridique du Procureur de la *Special Court for Sierra Leone* et membre du Pool d'experts suisse pour la promotion civile de la paix.