

CONTROVERSES RELATIVES À LA DÉFINITION DU CRIME DE PERSÉCUTION

PLAN

INTRODUCTION

CHAPITRE 1^{er}. LE CRIME DE PERSÉCUTION EN TANT QU'INCRIMINATION DISTINCTE OU EN TANT QUE SOUS-QUALIFICATION DU CRIME CONTRE L'HUMANITÉ

Introduction

SECTION 1^{re}. *Le crime de persécution en tant qu'incrimination distincte*

SECTION 2. *Le crime de persécution en tant que sous-qualification du crime contre l'Humanité*

SECTION 3. *Appréciations critiques*

CHAPITRE 2. LE CRIME DE PERSÉCUTION EN TANT QU'INCRIMINATION AUTONOME OU EN TANT QU'INCRIMINATION LIÉE AUX AUTRES INFRACTIONS

Introduction

SECTION 1^{re}. *Le crime de persécution en tant qu'incrimination autonome*

SECTION 2. *Le crime de persécution en tant qu'incrimination liée aux autres infractions*

SECTION 3. *Appréciations critiques*

CHAPITRE 3. LE CRIME DE PERSÉCUTION EN TANT QU'INCRIMINATION SYSTÈME OU EN TANT QU'INCRIMINATION INDIVIDUELLE

Introduction

SECTION 1^{re}. *Le crime de persécution en tant qu'incrimination système*

SECTION 2. *Le crime de persécution en tant qu'incrimination individuelle*

SECTION 3. *Appréciations critiques*

CONCLUSION

Introduction

1. La Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg annexée à l'Accord de Londres du 8 août 1945 incrimine pour la première fois en droit pénal international la notion de persécution. Celle-ci constitue, avec « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis



contre toutes populations civiles » ⁽¹⁾, l'une des infractions caractérisant le crime contre l'Humanité. Les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda reprennent parmi les catégories d'actes composant le crime contre l'Humanité les persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses ⁽²⁾. A titre d'illustration, les dispositions de l'article 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie intitulées « Crimes contre l'Humanité » prévoient que :

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

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

2. Toutefois, ni la Charte du Tribunal de Nuremberg ni les Statuts des Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ne définissent le crime de persécution, pas plus qu'ils ne l'illustrent par des exemples. En outre, les codes pénaux nationaux n'incriminent que très rarement cette infraction, et la jurisprudence de Nuremberg et des tribunaux militaires de l'après-guerre n'offrent que peu de précisions sur ses contours.

3. Cette lacune est en partie comblée par la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et le Statut de la Cour pénale internationale. Les juges ont en effet circonscrit les éléments constitutifs de ce crime et en ont fixé le régime juridique dans les sept jugements

(1) Art. 6, c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, Annexe à l'Accord de Londres du 8 août 1945.

(2) Art. 5, al. h) du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et art. 4, al. h) du Statut du Tribunal pour le Rwanda.

suivants : le *Procureur contre Tadic* ⁽³⁾, le *Procureur contre Kupreskic et consorts* ⁽⁴⁾, le *Procureur contre Blaskic* ⁽⁵⁾, le *Procureur contre Kordic et Cerkez* ⁽⁶⁾, le *Procureur contre Krstic* ⁽⁷⁾, le *Procureur contre Kvocka* ⁽⁸⁾ et le *Procureur contre Krnojelac* ⁽⁹⁾ prononcés respectivement les 7 mai 1997, 14 janvier 2000, 3 mars 2000, 26 février 2001, 2 août 2001, 2 novembre 2001 et 15 mars 2002. De surcroît, l'article 7, § 2, alinéa g) du Statut de la Cour pénale internationale, adopté en juillet 1998, a défini le crime de persécution comme étant : « 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 ».

4. Si elles constituent une avancée décisive, la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et les dispositions du Statut de la Cour pénale internationale ne lèvent pas pour autant toutes les ambiguïtés et les incertitudes liées à la définition de la persécution, incrimination complexe se situant « aux confins » du droit international, du droit pénal et des droits de l'homme.

5. En effet, la portée des éléments constitutifs du crime demeure controversée.

6. Un premier débat oppose les partisans d'une conception large de la persécution — englobant aussi bien toutes les atteintes à l'intégrité physique ou morale et aux libertés énoncées aux alinéas a) à i) de l'article 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie que les atteintes aux biens et aux droits politiques, sociaux ou économiques perpétrées pour des raisons discriminatoires — et les tenants d'une conception limitée à ces dernières discriminations, à l'exclusion donc des atteintes à l'intégrité physique ou morale et aux libertés. De manière générale, les premiers considèrent que la persécution est une infraction à mi-chemin entre le crime contre l'Huma-

(3) Jugement du 7 mai 1997, le *Procureur c. Tadic*, affaire n° IT-94-1-T, §§ 694-713.

(4) Jugement du 14 janvier 2000, le *Procureur c. Kupreskic et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, §§ 567-627.

(5) Jugement du 3 mars 2000, le *Procureur c. Blaskic*, affaire n° IT-95-14-T, §§ 218-236.

(6) Jugement du 26 février 2001, le *Procureur c. Kordic et Cerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, §§ 188-220.

(7) Jugement du 2 août 2001, le *Procureur c. Krstic*, affaire n° IT-98-33-T, §§ 533-538.

(8) Jugement du 2 novembre 2001, le *Procureur c. Kvocka et consorts*, affaire n° IT-98-30/1-T, §§ 184-205.

(9) Jugement du 15 mars 2002, le *Procureur c. Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, §§ 431-436.

nité et le génocide (même si elle n'est pas définie comme telle par les textes du Statut) ⁽¹⁰⁾. Les seconds voient en la persécution une « simple » sous-qualification ⁽¹¹⁾ du crime contre l'Humanité au même niveau que les autres crimes sous-jacents.

7. Une deuxième controverse divise ceux qui prônent que les actes de persécution doivent être rattachés à une autre incrimination prévue par le Statut (par exemple aux crimes de guerre) pour être qualifiés de crimes contre l'Humanité et ceux qui préconisent que le crime de persécution peut être établi indépendamment de toute autre infraction. D'un point de vue théorique, la première conception vise avant tout à préserver la gravité du crime contre l'Humanité : elle doit garantir que celui-ci ne se constitue pas que d'actes portant atteinte à des valeurs souvent qualifiées de moins essentielles pour l'être humain (par exemple à des valeurs sociales ou économiques) que celles visées par les autres crimes sous-jacents énumérés à l'article 5 du Statut (droits à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté). La seconde conception vise à reconnaître la singularité du crime de persécution et à assurer le respect du droit international coutumier qui n'exige plus, depuis Nuremberg, que le crime contre l'Humanité se rattache aux crimes de guerre.

8. Un troisième débat partage ceux qui considèrent que la persécution n'est réalisée que lorsque son auteur a adhéré (ou participé consciemment) à un système de discrimination conçu à grande échelle. C'est, selon eux, la participation volontaire ou consciente à ce système qui justifie l'élévation de la persécution au rang de crime international. Les autres, soucieux de respecter pleinement les exigences de précision du droit pénal, privilégient une approche plus individuelle de la persécution, requérant de son auteur qu'il soit personnellement animé d'une intention discriminatoire, et non qu'il cherche à collaborer à la mise en œuvre d'un système de discrimination.

9. Ces controverses dépassent les considérations de pures techniques juridiques : elles concernent la nature d'une incrimination à la définition encore incertaine et sa spécificité par rapport aux autres

(10) Rappelons que le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie prévoit les quatre infractions suivantes : les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 (art. 2), les violations des lois ou coutumes de la guerre (art. 3), le génocide (art. 4) et les crimes contre l'Humanité (art. 5).

(11) Nous utilisons indifféremment les termes « sous-qualification », « crime sous-jacent » ou « infraction sous-jacente » pour désigner les crimes prévus aux paragraphes a) à i) de l'article 5 du Statut.

infractions internationales. Plus fondamentalement, elles touchent à l'essence même du crime contre l'Humanité.



10. Dans le présent article, nous tâcherons de définir précisément les contours de la persécution. Pour ce faire, nous étudierons ces trois controverses relatives aux éléments matériel et moral du crime, telles qu'elles ressortent de la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. Nous nous référerons également à la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg et des tribunaux de l'après-guerre ainsi qu'aux textes internationaux, notamment aux rapports de la Commission du droit international et au Statut de la Cour pénale internationale.

11. Nous commencerons par énoncer les différentes approches des éléments constitutifs du crime, puis nous examinerons leurs fondements et leur légitimité en droit pénal et en droit international. Nous envisagerons ensuite leurs implications théoriques, porterons des appréciations critiques et terminerons notre analyse en proposant une nouvelle définition de la persécution.

CHAPITRE 1^{er}. — Le crime de persécution en tant qu'incrimination distincte ou en tant que sous-qualification du crime contre l'Humanité

Introduction

12. La jurisprudence dominante du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ⁽¹²⁾ entend le crime de persécution dans un sens large : il com-

(12) Rappelons que la jurisprudence du Tribunal reconnaît de façon unanime que pour être qualifiées de « crimes contre l'Humanité », les persécutions doivent être perpétrées dans le contexte d'une attaque massive ou systématique contre une population civile. Par ailleurs, soulignons que deux éléments essentiels se dégagent de la définition du crime contre l'Humanité : un critère d'ordre matériel (à savoir la commission dans le cadre d'une attaque massive ou systématique contre une population civile de l'un des actes énumérés à l'article 5 du Statut) et un critère d'ordre moral (à savoir le fait d'être conscient que par ces actes l'intéressé participe à cette attaque). Pour des études récentes des éléments constitutifs du crime contre l'Humanité, voy. notamment M. BETTATI, « Le crime contre l'Humanité », dans H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, Pedone, 2000, pp. 293-317 ; A. CASSESE, « Crimes against Humanity » dans A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The*

→



prend, outre les atteintes aux droits politiques, sociaux, culturels ou économiques, les autres incriminations sous-jacentes aux crimes contre l'Humanité. Cette conception permet d'incriminer par une infraction distincte tous les actes visés au Statut et perpétrés avec l'intention de discriminer un groupe en considération de son appartenance politique, raciale ou religieuse. Dans ce cas de figure, la persécution constitue *de facto* une nouvelle incrimination (section 1^{re}). Une minorité de théoriciens du droit et de juges considèrent en revanche que le crime de persécution n'est qu'une infraction sous-jacente de l'article 5 du Statut, au même titre que les autres sous-qualifications du crime contre l'Humanité, de l'assassinat aux autres actes inhumains. Il ne recouvre en conséquence que les atteintes aux droits politiques, sociaux, culturels ou économiques des individus discriminés, à l'exclusion des atteintes contre les personnes envisagées à l'article 5 du Statut (section 2).

SECTION 1^{re}. — *Le crime de persécution
en tant qu'incrimination distincte*

13. Dans les jugements *Kupreskic* ⁽¹³⁾, *Blaskic* ⁽¹⁴⁾, *Kordic* ⁽¹⁵⁾, *Krstic* ⁽¹⁶⁾, *Kvocka* ⁽¹⁷⁾ et *Krnojelac* ⁽¹⁸⁾, les juges affirment tous que le crime de persécution comprend l'ensemble des violations massives ou systématiques des droits fondamentaux de l'homme perpétrées de façon discriminatoire. Il comprend, selon eux, non seulement les atteintes aux droits politiques, sociaux, culturels ou économiques mais aussi les atteintes à l'intégrité physique ou mentale et à la liberté individuelle visées aux alinéas a) à i) de l'article 5 du Statut

←

Rome Statute and the International Criminal Court : A Commentary, Oxford University Press, 2002, pp. 353-378; G. METTRAUX, « Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda », *Harvard International Law Journal*, 2002, pp. 237-316.

(13) Voy. notamment les conclusions du jugement *Kupreskic* : « [l]a Chambre de première instance estime que la jurisprudence [...] reflète et illustre le sens donné à la notion de persécution en droit international pénal coutumier. Elle conclut par conséquent que les actes figurant aux autres alinéas de l'article 5 du Statut peuvent constituer une persécution » (*supra* note 4, § 605).

(14) Jugement *Blaskic*, *supra* note 5, § 220.

(15) Jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 198.

(16) Jugement *Krstic*, *supra* note 7, § 535.

(17) Jugement *Kvocka*, *supra* note 8, §§ 185-186.

(18) Jugement *Krnojelac*, *supra* note 9, § 433.



(assassinat, extermination, réduction en esclavage, expulsion, emprisonnement, torture, viol et autres actes inhumains) ⁽¹⁹⁾.

14. Cette approche se fonde sur le droit international coutumier, principalement sur la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg, de la Cour suprême d'Israël et des tribunaux agissant en application de la loi n° 10, promulguée le 20 décembre 1945 par le Conseil de contrôle Allié en Allemagne.

15. Il ressort en effet de la partie du jugement des grands criminels de guerre spécialement consacrée à la persécution des Juifs que, selon le Tribunal de Nuremberg, les meurtres de Juifs, les brutalités dont ils ont souffert, leur enfermement dans des ghettos, ainsi que leur utilisation pour des travaux forcés constituaient autant de formes de persécution ⁽²⁰⁾. De la même manière, les tribunaux agissant en exécution de la Loi n° 10 (notamment dans les affaires *Ernst von Weizsäcker* ⁽²¹⁾, *Gauleiter Artur Greiser* ⁽²²⁾ et *Willy Zühlke* ⁽²³⁾), ainsi que la Cour suprême d'Israël (dans l'affaire *Eichmann* ⁽²⁴⁾) ont identifié comme persécutions des atteintes à l'intégrité physique ou mentale et à la liberté, dont des meurtres, coups et blessures et déportations.

(19) Selon le jugement *Kvocka* : « [j]usqu'ici, les Chambres de première instance du TPIY se sont accordées à reconnaître que les actes suivants pouvaient être qualifiés de persécutions lorsqu'ils étaient commis avec l'intention discriminatoire requise : emprisonnement, détention illégale de civils, atteinte à la liberté individuelle, l'assassinat, la déportation ou transfert forcé, ainsi que 'l'arrestation, le rassemblement, la séparation et le transfert forcé de civils aux centres de détention', la destruction généralisée de maisons et de biens, la destruction de villes et villages et autres biens publics ou privés et le pillage de biens, les attaques dirigées contre des villes ou villages, le fait d'obliger une personne à creuser des tranchées et l'utilisation d'otages ou de boucliers humains, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion ou à l'éducation, et les violences sexuelles » (*supra* note 8, § 186).

(20) Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, 14 novembre 1945 — 1^{er} octobre 1946, Jugement, 1947, pp. 262-265, cité au § 222 du jugement *Blaskic* (*supra* note 5). Selon le jugement *Kupreskic* : « [i]l ressort clairement de la description que donne le TMI du crime de persécution qu'il lui a accordé une place prédominante et l'a interprété comme englobant une large variété d'actes perpétrés à l'encontre du peuple juif, allant des actes discriminatoires vis-à-vis de leurs droits politiques, sociaux et économiques, aux attaques contre leur personne » (*supra* note 4, § 597).

(21) *Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal*, vol. XIV, p. 471, cité au § 598 du jugement *Kupreskic* (*supra* note 4).

(22) *Law Reports of Trials War Criminals*, vol. XIII, p. 105 cité au § 600 du jugement *Kupreskic* (*supra* note 4).

(23) *Ibid.*, vol. XIV, p. 139.

(24) Arrêt de la Cour suprême d'Israël du 29 mai 1962, affaire *Eichmann*, 36 *International Law Report*, 1968, p. 277, cité au § 224 du jugement *Blaskic* (*supra* note 5) et au § 602 du jugement *Kupreskic* (*supra* note 4).

16. D'un point de vue théorique, cette interprétation large de la persécution permet d'incriminer par une infraction spécifique (la persécution) les actes inhumains énumérés à l'article 5 du Statut et exécutés avec l'intention de discriminer un groupe pour sa race, sa religion ou tout autre critère⁽²⁵⁾. En effet, leur nature discriminatoire ne saurait être appréhendée par le concept général de crime contre l'Humanité, dès lors que la chambre d'appel a affirmé dans son arrêt du 15 juillet 1999⁽²⁶⁾ que celui-ci ne requerrait pas d'intention discriminatoire pour être consommé, mais uniquement la commission d'un acte inhumain s'inscrivant dans le cadre d'une attaque massive ou systématique contre une population civile.

17. Cette conception introduit une gradation dans la notion de crime contre l'Humanité et crée *de facto* une incrimination nouvelle : à côté du « simple crime contre l'Humanité » existe désormais une nouvelle forme aggravée de crime contre l'Humanité ou « crime contre l'Humanité — persécution », communément appelée « nettoyage ethnique »⁽²⁷⁾. Celui-ci ajoute le principe de discrimination aux éléments constitutifs généraux du « simple crime contre l'Humanité ».

18. Notons enfin que les tenants de cette interprétation n'accordent pas de valeur strictement littérale au texte de l'article 5 du Statut qui, comme nous le verrons, distingue la persécution (alinéa *h*)) des autres sous-qualifications du crime contre l'Humanité (alinéas *a*) à *i*)). Privilégier une interprétation rigoureusement textuelle du Statut aboutirait, selon eux, à la conclusion absurde que l'infraction sous-jacente « extermination » (alinéa *b*)) ne comprend pas celle d'« assassinat » (alinéa *a*)) ou que l'infraction sous-jacente « réduction en esclavage » (alinéa *c*)) n'inclut pas celle d'« emprisonnement » (alinéa *e*)) et ce, au seul motif qu'elles sont chacune énumérées à des alinéas différents de l'article 5 du Statut⁽²⁸⁾.

(25) L'auteur des persécutions ne cherche pas pour autant à anéantir ce groupe, auquel cas ses actes relèveraient du génocide (jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, § 606).

(26) Arrêt du 15 juillet 1999, *le Procureur c. Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, §§ 273-305.

(27) Pour reprendre les termes du jugement *Kupreskic*, « [l]e 'nettoyage ethnique', notion qui, sans être un concept juridique, est particulièrement en rapport avec les activités de ce Tribunal, est l'illustration d'un tel crime contre l'Humanité » (*supra* note 4, § 606).

(28) Jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, § 571.

SECTION 2. — *Le crime de persécution
en tant que sous-qualification du crime
contre l'Humanité*

19. Une minorité d'auteurs ⁽²⁹⁾ et de juges (de l'affaire *Tadic* ⁽³⁰⁾) considère, en revanche, que le crime de persécution ne recouvre que les actes criminels qui ne sont pas des actes inhumains énumérés à l'article 5 du Statut, c'est-à-dire les atteintes aux droits économiques, politiques, culturels ou sociaux de l'homme. Ces actes sont, selon eux, suffisamment graves pour être qualifiés de crimes contre l'Humanité, en raison de la discrimination systématique poursuivie par leurs auteurs ⁽³¹⁾ et non pas de leur cruauté intrinsèque (comme

(29) Voy. notamment A. RENAUT, « Le crime contre l'Humanité, le droit humanitaire et la Shoah », 67 *Philosophie*, septembre 2000, p. 23.

(30) Après avoir examiné le rapport du Secrétaire général des Nations Unies annexé au Statut (S/25704, § 48) et les déclarations des représentants des Etats membres du Conseil de sécurité des Nations Unies ayant précédé l'adoption du Statut (S/PV. 3217, 25 mai 1993, pp. 11, 16, 45), les juges, dans l'affaire *Tadic*, ont affirmé que le crime de persécution n'incluait pas les infractions sous-jacentes prévues à l'article 5 du Statut. En effet, ils ont estimé que toutes les infractions sous-jacentes (et pas seulement les persécutions) devaient être perpétrées avec une intention discriminatoire pour être qualifiées de crimes contre l'Humanité. Aussi, en ont-ils conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire de ces crimes sous-jacents des persécutions (et, de ce fait, leur attacher une gravité supplémentaire) quand ils étaient commis avec l'intention de porter atteinte à une population discriminée, puisqu'en tout état de cause, ces crimes devaient être perpétrés avec cette intention discriminatoire pour constituer le crime contre l'Humanité. Selon le jugement *Tadic* : « [é]tant donné [...] que le statut de Nuremberg définissait clairement deux catégories de crimes contre l'Humanité, dont **seulement ceux de 'type persécution' requièrent l'intention discriminatoire**, il semblerait qu'il n'y ait pas de difficulté à attacher une **culpabilité supplémentaire aux actes** dont on a conclu qu'ils remplissent les conditions des crimes contre l'Humanité du type 'actes inhumains' s'ils sont **commis pour des raisons discriminatoires**. Néanmoins, parce que la Chambre de première instance a incorporé la condition comprise dans le Rapport du Secrétaire général et l'interprétation de divers membres du Conseil de sécurité, à savoir que **l'intention discriminatoire est requise pour tous les crimes contre l'Humanité**, les actes dont on a conclu qu'ils constituent des crimes contre l'Humanité aux termes d'autres alinéas de l'article 5 ne seront pas inclus dans l'examen de la persécution au titre de l'article 5 h) du Statut » (gras ajouté) (*supra* note 3, § 702). Remarquons toutefois que les juges n'ont soutenu cette conception qu'avec beaucoup de réticence. Ils ont en effet rappelé que le critère de l'intention discriminatoire n'était retenu ni par les Statuts de Nuremberg et de Tokyo, ni par la Loi n° 10, ni par le projet de Code de la Commission du droit international. Ils ont également critiqué les dispositions de l'article 3 du Statut du Tribunal pour le Rwanda, qui font de la discrimination un élément constitutif de tous les crimes contre l'Humanité.

(31) Bien entendu, pour revêtir la qualification de crime contre l'Humanité, les persécutions doivent, en plus d'être perpétrées de façon discriminatoire, s'inscrire dans le contexte d'une attaque massive ou systématique contre une population civile.

les atteintes à l'intégrité physique ou mentale de l'être humain). En effet, d'après M. Le Gunehec, Conseiller près la Cour de cassation française :

« [...] par dessus tout, ces crimes violent les droits fondamentaux de l'humanité; le droit à l'égalité, sans distinction de race, couleur ou nationalité et le droit à ses propres opinions politiques et religieuses. Ces crimes n'infligent pas des blessures ou la mort mais ils 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 qu'ils n'acceptent pas leur domination » (gras ajouté) ⁽³²⁾.

20. Cette interprétation stricte de la persécution repose sur une lecture textuelle des dispositions des articles 3 et 5 des Statuts des Tribunaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie, des articles 5 et 6 des Statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo ainsi que de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

21. En effet, les textes des articles 3 et 5 des Statuts des Tribunaux pour le Rwanda ⁽³³⁾ et pour l'ex-Yougoslavie énumèrent neuf catégories de crimes sous-jacents qui relèvent du crime contre l'Humanité, chacune étant introduite par une lettre. Le crime de « persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses » constitue l'avant-dernière catégorie. Il est devancé par la lettre « h ». Littéralement, cette énumération signifie que chaque crime visé dans ces alinéas constitue une infraction sous-jacente distincte des autres crimes, et qu'aucun de ces crimes ne peut englober les autres. S'il avait souhaité donner une interprétation large de la persécution, le législateur international aurait ajouté un paragraphe commun à l'ensemble de ces sous-qualifications, plutôt que de prévoir un alinéa « h » spécifique. Ce paragraphe aurait expressément énoncé que

(32) Rapport du Conseiller LE GUNEHEC, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie*, p. 24, cité in A. CASSESE, *Violence and Law in the Modern Age*, Princeton University Press, 1992, p. 112.

(33) L'article 3 du Statut du Tribunal pour le Rwanda est ainsi libellé : « [l]e Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse : a) *Assassinat*; b) *Extermination*; c) *Réduction en esclavage*; d) *Expulsion*; e) *Emprisonnement*; f) *Torture*; g) *Viol*; h) *Persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses*; i) *Autres actes inhumains* » (gras ajouté).

les crimes visés aux alinéas *a)* à *h)* de l'article 5 du Statut, perpétrés avec l'intention spéciale de porter atteinte à une population déterminée, constituent une forme aggravée de crime contre l'Humanité (appelée « crimes contre l'Humanité — persécution »), aux côtés des crimes de guerre (articles 2 et 3 du Statut), du « simple crime contre l'Humanité » (article 5 du Statut) et du génocide (article 4 du Statut).

22. Les textes des articles 5, *c)* (section II) et 6, *c)* des Statuts des Tribunaux de Tokyo et de Nuremberg distinguent, quant à eux, deux catégories de crimes contre l'Humanité ⁽³⁴⁾ : d'une part, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tout autre acte inhumain commis contre une population civile et, d'autre part, « les persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux » ⁽³⁵⁾. Cette distinction entre deux groupes de crimes n'a de sens que si les actes visés par l'expression « persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux » tombent sous le coup de l'infraction « crimes contre l'Humanité », sans qu'ils entrent dans le premier groupe d'infractions sous-jacentes, c'est-à-dire qu'ils se manifestent sous d'autres formes que l'assassinat, l'extermination, etc ⁽³⁶⁾.

23. Enfin, comme les Statuts des Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, le Statut de la Cour pénale internationale fait figurer la persécution dans un alinéa distinct (article 7, § 1, ali-

(34) Selon l'article 6, *c)* du Statut du Tribunal de Nuremberg, les crimes contre l'Humanité désignent « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime* » (gras ajouté). La section II, article 5, *c)* du Statut du Tribunal de Tokyo prévoit aussi que les crimes contre l'Humanité recouvrent « *[n]amely murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated* » (gras ajouté).

(35) L'article II, 1, *c)* de la Loi n° 10 de Conseil de contrôle pour l'Allemagne reprend la même distinction entre les crimes de persécution et les autres actes inhumains.

(36) Voy. notamment H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'Humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle*, Paris, 1960, p. 250.



néa *h*)), ce qui semble à première vue ⁽³⁷⁾ signifier que celle-ci n'est qu'une « simple » sous-incrimination du crime contre l'Humanité, au même titre que les autres crimes sous-jacents.

24. D'un point de vue conceptuel, le crime contre l'Humanité se constitue donc, selon cette théorie, de deux catégories d'infractions sous-jacentes exclusives l'une de l'autre : premièrement, les actes criminels qui tirent leur spécificité et leur gravité de la discrimination généralisée qu'ils établissent au sein d'une population civile (c'est-à-dire les persécutions) et, deuxièmement, les actes inhumains dont l'essence et la gravité résultent de leur cruauté intrinsèque (c'est-à-dire les atteintes à l'intégrité physique ou mentale et à la liberté individuelle). Pour être complet, ajoutons que cette seconde catégorie d'actes peut, à son tour, se subdiviser en deux groupes : les actes inhumains « nommés » et les actes inhumains « innomés ». Les premiers sont les atteintes à l'intégrité physique et à la liberté expressément citées à l'article 5 du Statut : assassinat, extermination, réduction en esclavage, expulsion, emprisonnement, torture et viol. Les seconds, désignés comme « autres actes inhumains » (article 5, alinéa *i*) du Statut), regroupent également des atteintes à l'intégrité physique et à la liberté individuelle ⁽³⁸⁾ mais qui ne sont pas expressément spécifiées dans les textes du Statut et ce, pour permettre au juge de faire face à toute éventualité ⁽³⁹⁾.

25. Contrairement à la précédente, cette interprétation ne conduit pas à faire de la persécution une nouvelle forme aggravée

(37) Nous disons « à première vue » car, paradoxalement, l'article 7, § 1, alinéa *h*) du Statut de la Cour pénale internationale définit la persécution comme « *le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international [...]* ». Or, ces droits fondamentaux incluent par essence les droits à la vie, au respect de l'intégrité physique et à la liberté.

(38) Selon la Commission du droit international : « [...] deux critères dominant [la] notion [d'autres actes inhumains] : d'une part, elle n'est censée recouvrir que des actes différents de ceux qui sont énumérés dans les alinéas précédants, 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 » (gras ajouté) (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, 6 mai — 26 juillet 1996, A/51/10, p. 125).

(39) Selon le commentaire de l'article 3 commun aux Conventions de Genève à propos de la notion de « *traitement inhumain* » : « [...] il est toujours dangereux, dans ce domaine surtout, de vouloir trop préciser. 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 » (J. PICTET, *Commentaire de la I^{re} Convention de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1952, p. 58).

de crime contre l'Humanité (ou, selon l'expression de M. Renaut, « la quintessence du crime contre l'Humanité »⁽⁴⁰⁾); elle en fait une sous-qualification de celui-ci au même niveau que les autres crimes sous-jacents, de l'assassinat aux autres actes inhumains.

SECTION 3. — *Appréciations critiques*

26. Sans pour autant nier la légitimité de l'interprétation large de la persécution retenue par la jurisprudence majoritaire du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, et de surcroît soutenue par le droit international coutumier⁽⁴¹⁾, force est de constater qu'elle rend très complexe la définition de l'élément matériel de ce crime. Le crime de persécution peut en effet inclure des actes criminels de nature et de gravité très différentes. Il peut tout d'abord se constituer d'actes inhumains très graves et portant atteinte aux valeurs les plus essentielles de l'homme (comme les droits à la vie, à l'intégrité physique ou mentale et à la liberté) — tellement graves qu'ils ne nécessitent en principe pas d'intention discriminatoire pour être qualifiés de crimes contre l'Humanité. Il peut également se manifester par des actes criminels niant des valeurs souvent qualifiées de moins fondamentales pour l'être humain (comme le droit à l'égalité politique, sociale, culturelle ou économique, le droit à la liberté d'opinion ou le droit à la propriété) et requérant, quant à eux, une intention spéciale pour relever du crime contre l'Humanité. Le crime de persécution peut enfin se constituer à la fois d'actes inhumains violant les valeurs les plus élémentaires de l'homme et d'autres formes de discrimination enfreignant des normes dites moins essentielles.

27. Il en résulte que la persécution devient un concept hybride à géométrie variable qui, selon les circonstances, aura une signification, une valeur et une portée juridique fort différentes. Lorsqu'elle ne se constituera que d'atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté (c'est-à-dire d'actes inhumains énumérés à l'article 5 du Statut et qui n'exigent pas nécessairement d'intention discriminatoire pour être qualifiés de crime contre l'Humanité), la persécution sera une forme aggravée du crime contre l'Humanité, se situant à mi-chemin entre celui-ci et le génocide (si tant est que la gravité puisse être précisément « quantifiée »). Lorsqu'elle se composera

(40) A. RENAUT, *supra* note 29, p. 23.

(41) Notons toutefois que le jugement de Nuremberg, auquel se réfère souvent la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, ne définit pas précisément les éléments constitutifs de la persécution. Il aborde ce concept de façon essentiellement pragmatique sans procéder à aucune analyse théorique.

exclusivement de violations des droits politiques, sociaux, culturels ou économiques de l'homme (qui, nous l'avons dit, ne relèvent du crime contre l'Humanité que si elles sont discriminatoires), elle pourrait être considérée comme étant aussi grave qu'un « simple crime contre l'Humanité » (ou « crime contre l'Humanité sans intention discriminatoire »). Lorsqu'elle se constituera aussi bien d'actes inhumains que d'autres discriminations, elle se situera entre le « simple crime contre l'Humanité » et la forme aggravée de celui-ci.

28. Aussi, selon ces cas de figure, la persécution sera-t-elle sanctionnée par des peines différentes, « avec toutes les difficultés induites par une telle gradation et tout le flou qui s'introdui[ra] [...] dans la notion même du crime contre l'Humanité [...] » ⁽⁴²⁾.

29. De ce fait, n'aurait-il pas été plus aisé d'exclure de la définition de l'élément matériel de la persécution les atteintes à la personne visées aux alinéas a) à i) de l'article 5 du Statut ? En d'autres mots, la jurisprudence n'aurait-elle pas clarifié le concept de persécution si elle en avait fait un « simple crime contre l'Humanité », se constituant uniquement d'actes dont la gravité résulte avant tout de la discrimination généralisée recherchée par leurs auteurs ⁽⁴³⁾ (et non pas de leur cruauté intrinsèque) ?

30. Notre interprétation nous semble d'autant plus justifiée qu'elle nous paraît plus conforme à la lettre de l'article 5 du Sta-

(42) A. RENAUT, *supra* note 29, p. 23. L'auteur souligne à propos de l'article 6, c) du Statut du Tribunal de Nuremberg que « [s]i l'on exclut [...] de lire cette formule (les actes inhumains, ou bien les persécutions) comme suggérant que les persécutions ne font pas partie des actes inhumains, il restait à comprendre que les persécutions énumérées (pour des motifs religieux, raciaux, politiques) épuisaient en un sens le champ des 'actes inhumains' susceptibles d'être incriminés pour 'crime contre l'inhumanité'. Une telle lecture (comprenant le 'ou bien' comme un 'c'est-à-dire') ferait toutefois des persécutions comme la quintessence du crime contre l'Humanité, avec toutes les difficultés induites par une telle gradation et tout le flou qui pouvait s'introduire ainsi dans la notion même du crime contre l'Humanité, donc dans l'appréhension du droit humanitaire ».

(43) Selon M. Jurovics : « [l']intérêt fondamental du chef 'persécution' est plutôt de se caractériser par l'incrimination d'actes, quelle que soit leur nature, même de gravité apparemment très réduite, commis pour servir un motif discriminatoire. La gravité des actes est donc presque indifférente à la notion qui consacre leur caractère d'actes inhumains, non par nature mais par conséquence, en raison de leur contribution à la déshumanisation : les persécutions sont inhumaines parce que discriminatoires et là réside leur essence » (Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'Humanité*, L.G.D.J., 2002, p. 84).

tut ⁽⁴⁴⁾ et à l'étymologie du mot « persécuter », dont l'*Encyclopédie Universalis* nous rappelle que :

« [...] ce fut d'abord suivre ou poursuivre en justice (persequi), jusqu'au bout. Les persécutions du pouvoir romain contre les chrétiens et celles de l'Inquisition contre les hérétiques furent des actions judiciaires régulièrement menées. [...] La persécution garde de son origine judiciaire le procédé licite (elle évite le délit), la justification (elle a bonne conscience), l'absence de colère (elle est froide) ; elle **diffère encore des autres actes agressivo-sadiques (meurtres coups et blessures ; etc.)** par la préméditation et la persévération. Elle se développe lentement, progressivement, tâche d'obtenir l'humiliation, la fuite ou le suicide de la victime, **esquivant ainsi la pénible nécessité de la supprimer** » (gras ajouté) ⁽⁴⁵⁾.

31. En outre, notre conception a le mérite de marquer plus clairement la distinction entre le crime de génocide et celui de persécution ; le premier se différenciant du second non plus seulement par un élément intentionnel caractérisé (le génocide exige, rappelons-le, « l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux » ⁽⁴⁶⁾) mais aussi par un élément maté-

(44) L'article 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie incrimine la persécution dans un alinéa h) distinct. Il est vrai que les autres crimes sous-jacents d'extermination et d'assassinat, de torture et de viol ou de réduction en esclavage et d'emprisonnement se recoupent entre eux, bien qu'ils soient incriminés dans des alinéas différents. Mais chacun d'eux n'englobent qu'un seul autre crime sous-jacent avec lequel ils partagent des éléments communs. A l'inverse, la persécution est, selon la jurisprudence dominante du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, susceptible de recouper l'ensemble des autres crimes sous-jacents au crime contre l'Humanité : elle devient donc une espèce de forme aggravée de crime contre l'Humanité, voire une nouvelle incrimination. Nous pouvons légitimement penser que, s'il avait souhaité donner une telle signification « générique » à la persécution, le législateur international lui aurait réservé une toute autre place dans les dispositions de l'article 5 du Statut.

(45) G. TORRIS, « Persécution », *Encyclopedia Universalis*, 1996, p. 918.

(46) Art. 4, § 1 du Statut. Selon le jugement *Jelusic*, le crime de persécution se distingue du crime de génocide par le fait que « [...] [s]on auteur choisit ses victimes en raison de leur appartenance à une communauté spécifique, mais ne cherche pas nécessairement à détruire cette communauté comme telle » (jugement du 14 décembre 1999, *Le Procureur c. Jelusic*, affaire n° IT-95-I0-T, § 79). De même, d'après le jugement *Kupreskic* : « [a]lors que dans le cas de la persécution, l'intention discriminatoire peut revêtir diverses formes inhumaines et s'exprimer par la 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

→

riel distinct. Soulignons en effet que, selon les articles 2 du Statut du Tribunal pour le Rwanda et 4 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie (qui reprennent les termes de l'article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948), le génocide se constitue exclusivement d'atteintes à l'intégrité physique ou à la liberté de l'être humain ⁽⁴⁷⁾.

32. Enfin, en excluant de la persécution les atteintes à la personne prévues à l'article 5 du Statut (par exemple, l'homicide ou les traitements inhumains) — dont nombre d'entre elles figurent également aux dispositions des articles 2 (infractions graves aux Conventions de Genève de 1949), 3 (violations des lois ou coutumes de la guerre) et 4 du Statut (génocide) —, nous empêchons que la persécution « entre en concours idéal » ⁽⁴⁸⁾ de qualifications (à l'acte d'accusation), d'infractions (au verdict de culpabilité) et de peines (à la sentence) avec ces atteintes. Ainsi, le Procureur ne chercherait-il plus à ajouter à la qualification de crime de guerre, « crime contre l'Humanité — acte inhumain » ou crime de génocide celle de persécution, puisque celle-ci se composerait d'éléments matériels différents de ces crimes et qu'elle ne les recouperait donc plus. Ceci contribuerait à clarifier des actes d'accusation rendus souvent difficilement lisibles par le fait qu'ils attribuent très souvent de multiples qualifications juridiques à une même action criminelle. Il serait également épargné au juge de trancher certains concours

←

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 » (*supra* note 4, § 636). L'élément intentionnel du génocide a été surtout précisé par la jurisprudence du Tribunal pour le Rwanda, dans les jugements du 2 septembre 1998, *le Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, §§ 510-524; du 21 mai 1999, *le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-I-T, §§ 91-92; du 6 décembre 1999, *le Procureur c. Rutaganda*, affaire n° ICTR-96-3-T, §§ 59-63; du 27 janvier 2000, *le Procureur c. Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, §§ 510-524.

(47) L'article 4, § 2 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie vise expressément les atteintes à la personne suivantes : « 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 ».

(48) Il y a concours idéal d'infractions lorsqu'un même fait criminel peut constituer plusieurs infractions. Sur la différence entre le concours matériel et le concours idéal d'infractions en droit pénal interne, voy. notamment F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Story Scientia, 1999, pp. 454-455.



idéaux d'infractions et de peines difficiles à résoudre ⁽⁴⁹⁾, le respect du principe *non bis in idem* (« nul ne peut être condamné deux fois pour les mêmes faits ») étant, par là-même, en tout état de cause, assuré.

33. A la lecture du jugement *Kupreskic* ⁽⁵⁰⁾, nous devons toutefois reconnaître que notre approche est critiquable en ce qu'elle ne permet d'appréhender qu'imparfaitement la nature criminelle unique, par exemple, de meurtres ou de viols perpétrés pour des raisons discriminatoires. En effet, la discrimination — qui, comme nous l'avons évoqué au paragraphe 16, n'est, d'après la chambre d'appel, pas un élément constitutif de tous les crimes contre l'Humanité (sauf des persécutions) ⁽⁵¹⁾ — pourra seulement être qualifiée de circonstance aggravante de ces meurtres ou viols. Or, cette qualification (qui n'est pas prévue dans les textes du Statut) ne fait pas ressortir avec autant d'acuité qu'une infraction distincte la nature spécifique d'un crime, quel qu'il soit, dont l'auteur cherche à porter atteinte à un groupe ou à une communauté déterminé.

CHAPITRE 2. — Le crime de persécution en tant qu'incrimination autonome ou en tant qu'incrimination liée aux autres infractions

34. La jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie reconnaît à l'unanimité (avec certaines réserves toutefois) que le crime de persécution peut se traduire par des atteintes aux droits politiques, sociaux, culturels ou économiques de l'homme ⁽⁵²⁾. Elle se fonde sur

(49) En témoignent les divergences de vues exprimées dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie sur ce sujet. Voy. notamment arrêt du 20 février 2001, *le Procureur c. Delalic et consorts*, affaire n° IT-96-21-A, §§ 389-432; jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, §§ 637-748; jugement *Blaskic*, *supra* note 5, § 220; jugement *Kordic*, *supra* note 6, §§ 810-826.

(50) Selon le jugement *Kupreskic* : « [...] une interprétation restrictive de la persécution, excluant les crimes énumérés aux autres alinéas de l'article 5, **créerait une lacune** dans le Statut du Tribunal. Il n'y aurait alors pas moyen de conceptualiser les crimes contre l'Humanité qui, quoique commis pour des raisons discriminatoires, ne relèvent pas, par exemple, du génocide, lequel exige l'intention spécifique de 'détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux' » (gras ajouté) (*supra* note 4, § 606).

(51) Arrêt du 15 juillet 1999, *supra* note 26, §§ 273-305.

(52) Jugement *Tadic*, *supra* note 3, §§ 703-710; jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, §§ 608-615; jugement *Blaskic*, *supra* note 5, §§ 227-233; jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 194; jugement *Kvočka*, *supra* note 8, § 189; jugement *Krnolejac*, *supra* note 9, §§ 433-434. Selon les conclusions du jugement *Blaskic* : « [...] le crime de 'per-

→

le droit international coutumier, principalement sur la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg, des tribunaux de l'après-guerre, de la Cour de district de Jérusalem et sur les rapports de la Commission du droit international.

35. En effet, le Tribunal de Nuremberg a identifié comme persécutions diverses formes de discrimination, notamment politiques et économiques, dont l'interdiction pour les Juifs d'exercer des fonctions publiques ⁽⁵³⁾, la promulgation de lois antisémites ⁽⁵⁴⁾, le boycottage des entreprises ⁽⁵⁵⁾, la saisine des avoirs ⁽⁵⁶⁾, la destruction des synagogues ⁽⁵⁷⁾, l'imposition d'une amende collective d'un milliard de marks ⁽⁵⁸⁾ et l'obligation de porter l'étoile jaune ⁽⁵⁹⁾. Les Tribunaux de l'après-guerre (en particulier dans les affaires *Josef Altstötter et consorts* ⁽⁶⁰⁾ et *Flick* ⁽⁶¹⁾) ainsi que la Cour de district de Jérusalem (dans l'affaire *Eichmann* ⁽⁶²⁾), ont également reconnu que les persécutions pouvaient se constituer de différentes atteintes ne touchant pas à l'intégrité physique ou mentale de l'être humain ⁽⁶³⁾.

←

sécution' englobe aussi bien les atteintes à l'intégrité physique et mentale et à la liberté individuelle que **des actes en apparence moins graves et visant, par exemple, les biens**, pour autant que les personnes qui en ont été les victimes aient été spécialement choisies pour des motifs liés à leur appartenance à une communauté déterminée » (gras ajouté) (*supra* 5, § 223).

(53) Jugement du Tribunal de Nuremberg, *supra* note 20, p. 191 et pp. 261-262.

(54) *Ibid.*, p. 191.

(55) *Ibid.*, pp. 261-262, p. 322.

(56) *Ibid.*, pp. 261-262.

(57) *Ibid.*, pp. 261-262, p. 322.

(58) *Ibid.*, pp. 261-262.

(59) *Ibid.*

(60) *Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal*, vol. III, pp. 1063-1064, cité aux §§ 611 et 612 du jugement *Kupreskic* (*supra* note 4).

(61) *Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal*, vol. VIII, part. 2, pp. 1129-1130, cité au § 707 du Jugement *Tadic* (*supra* note 3), aux §§ 611-612 du jugement *Kupreskic* (*supra* note 4) et au § 229 du jugement *Blaskic* (*supra* note 5).

(62) Jugement de la Cour de district de Jérusalem du 12 décembre 1961, *Eichmann*, 36 *International Law Report*, 1968, §§ 56-57, cité au § 230 du jugement *Blaskic* (*supra* note 5).

(63) Notons que les jugements *Tadic* (*supra* note 3, § 707) et *Blaskic* (*supra* note 5, note 448) ont fait observer que, dans les affaires *Flick* (*Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal*, vol. VI, pp. 1215-1216) et *Farben* (*Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal*, vol. VIII, part. 2, pp. 1129-1130), les juges des Tribunaux américains avaient refusé de faire entrer dans la qualification de crimes contre l'Humanité certaines atteintes contre les biens. Pour une étude détaillée sur les atteintes aux biens en tant que crimes contre l'Humanité, voy. notamment H. MEYROWITZ, *supra* note 36, pp. 265-269; Y. JUROVICS, *supra* note 43, pp. 95-103.



36. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-troisième session (qui s'est tenue du 29 avril au 19 juillet 1991), la Commission du droit international a, elle aussi, souligné que le crime de persécution pouvait « prendre des formes multiples »⁽⁶⁴⁾ et a cité comme exemple :

« [...] l'interdiction de la pratique de certains cultes religieux, la détention prolongée et systématique d'individus qui représentent un groupe politique, religieux ou culturel; l'interdiction de l'emploi d'une langue nationale même en privé; la destruction systématique de monuments ou bâtiments représentatifs de certains groupes social, religieux culturel, etc. »⁽⁶⁵⁾.

37. Selon les juges du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, ces atteintes ne sont suffisamment graves pour être qualifiées de crime contre l'Humanité que si elles sont discriminatoires et généralisées⁽⁶⁶⁾. Toutefois, pour préserver l'autonomie de la persécution (section 1^{re}), ils ne vont pas jusqu'à exiger, contrairement aux articles 6 et 7 des Statuts du Tribunal de Nuremberg et de la Cour pénale internationale, la preuve d'un lien de connexité entre cette infraction et les autres crimes ou sous-qualifications visés par le Statut (section 2).

SECTION 1^{re}. — *Le crime de persécution en tant qu'incrimination autonome*

38. Les jugements du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie donnent tous une définition autonome de la persécution par rapport aux crimes sous-jacents du crime contre l'Humanité (assassinat, extermination, etc.) et par rapport aux crimes de guerre prévus par le Statut⁽⁶⁷⁾. En d'autres termes, ils n'exigent pas que la persécution soit rattachée, comme ce fut le cas dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, à une situation d'agression ou de guerre. Rappelons en effet que l'article 6, c) du Statut du Tribunal de Nuremberg définis-

(64) *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session*, 29 avril — 19 juillet 1991, A/46/10, p. 292.

(65) *Ibid.*

(66) Jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, § 615; jugement *Blaskic*, *supra* note 5, § 233; jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 199; jugement *Kvočka*, *supra* note 8, § 185; jugement *Krnolejac*, *supra* note 9, § 434.

(67) Jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, § 580; jugement *Kordic*, *supra* note 6, §§ 193-197. Les jugements *Tadic*, *Blaskic* *Kvočka* et *Krnolejac* sont muets sur ce point. Toutefois, nous pouvons déduire de la teneur générale de ces jugements que les juges ne semblent pas non plus exiger l'existence d'un lien entre la persécution et les autres crimes énumérés au Statut.

sait les crimes contre l'Humanité comme des actes inhumains ou des persécutions « commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime » (crime de guerre ou crime contre la paix). Le Tribunal de Nuremberg avait même refusé de punir comme des crimes contre l'Humanité les actes criminels antérieurs au 1^{er} septembre 1939 ⁽⁶⁸⁾.

39. Le jugement *Kupreskic* fait observer que les dispositions de l'article 7, § 1, alinéa *h*) du Statut de la Cour pénale internationale (qui, comme nous le mettrons en évidence ci-dessous, lient la persécution aux autres crimes sous-jacents du crime contre l'Humanité ou aux infractions prévues par le Statut) placent celle-ci en retrait par rapport au droit international coutumier, qui ne requiert plus, depuis la Loi n° 10, de connexité avec un conflit armé ⁽⁶⁹⁾.

40. Il s'ensuit que, selon la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, la gravité des actes de persécution ne provient en aucune façon du lien que ces actes pourraient entretenir avec d'autres infractions (ou sous-qualifications) visées au Statut. Cette gravité résulte de la discrimination recherchée par leurs auteurs ⁽⁷⁰⁾ et, d'après les jugements *Kupreskic*, *Kordic*, *Kvocka* et *Krnolejac*, des caractères « manifeste et flagrant » des violations que ces actes infligent à des droits fondamentaux consacrés par le droit international coutumier ou conventionnel, en particulier par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou par les deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques de 1966 ⁽⁷¹⁾.

(68) J. FRANCILLON, « Crimes de guerre, crimes contre l'Humanité », *Juris-Classes*, fasc. 410, 1993, p. 22.

(69) Jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, § 580. Voy. également l'arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence du 2 octobre 1995, *le Procureur c. Tadic*, affaire n° IT-95-16-T, §§ 138-142. Sur l'autonomie du crime contre l'Humanité par rapport au conflit armé, voy. notamment J. GRAVEN, « Les crimes contre l'Humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Paris, Sirey, 1950, vol. 1, pp. 468-470; C. GRYNFOGEL, « Le concept de crime contre l'Humanité, hier, aujourd'hui et demain », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, p. 20; E. ZOLLER, « La définition des crimes contre l'Humanité », *Journal du droit international*, 1993, pp. 555-556.

(70) Selon le jugement *Tadic* : « [*l*]es crimes contre l'Humanité de 'type persécution' étant distincts de ceux de '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** » (gras ajouté) (*supra* note 3, § 697).

(71) Jugement *Kupreskic*, *supra* note 4, § 621; jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 195; jugement *Kvocka*, *supra* note 8, § 185; jugement *Krnolejac*, *supra* note 9, § 434. Le jugement *Kupreskic* définit la persécution comme « le déni manifeste ou flagrant, pour des raisons discriminatoires, d'un droit fondamental consacré par le droit interna-

SECTION 2. — *Le crime de persécution*
en tant qu'incrimination liée aux autres infractions

41. L'article 7, § 1, alinéa *h*) du Statut de la Cour pénale internationale retient une définition plus restrictive de la persécution, prévoyant que celle-ci doit être « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe [les infractions sous-jacentes aux crimes contre l'Humanité]⁽⁷²⁾ ou tout crime relevant de la compétence de la Cour [les crimes de guerre⁽⁷³⁾, le génocide⁽⁷⁴⁾ ou le crime d'agression⁽⁷⁵⁾] ». Dans le « Texte final du projet d'éléments des crimes », la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale précise qu'il ne doit pas pour autant exister une « corrélation psychologique » entre l'auteur de la persécution et les autres crimes sous-jacents ou les infractions prévues par le Statut⁽⁷⁶⁾. Il semble donc s'agir d'un lien purement matériel dont les contours exacts devront être déterminés par la Cour. Aussi, M. Robinson a-t-il précisé que :

« [*i*]s not necessary to demonstrate that the 'connected' inhuman acts were committed on a widespread or systematic basis; it

←

tional coutumier ou conventionnel, et atteignant le même degré de gravité que les autres actes prohibés par l'article 5 du Statut ». Telle est également la conception retenue par la Commission du droit international. Celle-ci s'est fondée sur les conventions internationales de protection des droits de l'homme pour circonscrire les actes susceptibles de relever de la persécution : « les persécutions peuvent prendre différentes formes dont le dénominateur commun est le refus de reconnaître les droits de l'homme et les libertés fondamentales auxquelles chacun peut prétendre sans distinction, ainsi que le reconnaissent la Charte des Nations unies (art. 1 et 55) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2) » (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, supra* note 38, p. 120). Cette approche (qui découle indirectement de l'application du principe *nullum crimen sine lege* ou « pas d'incrimination sans texte ») conduit le jugement *Kordic* à ne pas retenir les actes « d'incitation à la haine motivée par des raisons politiques ou autres » et de « [r]envoi et [d']exclusion des musulmans de Bosnie de l'administration centrale et locale » comme des crimes de persécution, en raison du fait qu'ils ne sont pas incriminés par le droit international coutumier (§§ 209-210).

(72) Notons que l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale ajoute aux crimes visés à l'article 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie les infractions d'« esclavage sexuel » (al. *g*), 2), de « prostitution forcée » (al. *g*), 3), de « grossesse forcée » (al. *g*), 4), de « stérilisation forcée » (al. *g*), 5), d'« autres formes de violence sexuelle » (al. *g*), 6), de « disparition forcée » (al. *i*) et d'« apartheid » (al. *j*)).

(73) Art. 8 du Statut de la Cour pénale internationale.

(74) Art. 6 du Statut de la Cour pénale internationale.

(75) La définition du crime d'agression a été reportée *sine die* par l'assemblée des Etats parties.

(76) Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Texte final du projet d'éléments des crimes, 6 juillet 2000, PCNICC/2000/INF/3/Add.2, p. 15.



suffice to show a connection between the persecution and any instance of murder, torture, rape or other inhumane act, which need not amount to a crime against humanity in its own right. While it could be argued that such a connection was no longer required in customary international law, its inclusion helped emphasize the criminal nature of persecution and bolstered support for inclusion of the crime » ⁽⁷⁷⁾ (gras ajoutés).

42. Cette conception — héritée de Nuremberg et partagée par certains auteurs de doctrine, dont M. Bassiouni ⁽⁷⁸⁾ — se justifie essentiellement par le souci des rédacteurs du Statut de la Cour pénale internationale d'éviter que toute une série de discriminations qui paraissent moins graves que les autres crimes visés au Statut et qui ne sont pas incriminées par le droit international coutumier puissent être en elles-mêmes constitutives de crimes contre l'Humanité :

« [...] [m]any delegations strongly felt that such a connection was a necessary element of the crime of persecution, because of the vague and potentially elastic nature of this crime and the need to ensure an appropriate focus on its criminal nature » ⁽⁷⁹⁾ (gras ajouté).

SECTION 3. — *Appréciations critiques*

43. Nous souscrivons entièrement à la jurisprudence unanime du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, selon laquelle la persécution doit être définie et réprimée pour elle-même, sans égard aux autres crimes ou infractions sous-jacentes visés au Statut.

44. En effet, en liant la persécution aux crimes de guerre ou aux crimes d'agression, comme le fait l'article 6, c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, on nie la nature propre de cette incrimination et on en restreint abusivement la portée. Faire de ce rapport de connexité — dût-il être fréquent et considéré comme allant de soi — une condition *sine qua non* de la persécution est contraire au droit international coutumier et revient à exclure de sa définition les

(77) D. ROBINSON, « Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference », *American Journal of International Law.*, vol. 93, n° 1, 1999, p. 55.

(78) C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 318. Selon M. Bassiouni : « there is no crime known by the label 'persecution' in the world's major criminal justice systems, nor is there an international instrument that criminalizes ». Il en résulte que : « a reasonable nexus between the discriminatory policy and existing international crimes is needed ».

(79) D. ROBINSON, *supra* note 77, p. 55.

« discriminations institutionnalisées » perpétrées en temps de paix. Or, comme l'histoire nous l'enseigne, ces discriminations ne s'accompagneront pas nécessairement d'un conflit armé. Elles précéderont souvent la survenance de ce conflit et ne disparaîtront pas nécessairement avec lui. Comme l'a souligné M. Graven,

« [i]l s'est commis, il se commet et il se commettra longtemps encore des crimes contre l'Humanité, des exterminations et des persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, bien avant la guerre, même civile. Les persécutions antisémitiques en Allemagne et ailleurs n'ont pas attendu la guerre pour sévir, les persécutions religieuses dans nombre de pays sont nées après elle, les déportations massives de populations et l'asservissement dans les camps de travail n'ont pas fini non plus avec elle. Personne n'en doute » ⁽⁸⁰⁾.

45. En rattachant la persécution aux autres crimes sous-jacents du crime contre l'Humanité, comme le fait l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, on en réduit également le sens véritable en la reléguant à un rang mineur ou accessoire par rapport à d'autres sous-incriminations, et en sous-entendant donc qu'elle n'est pas suffisamment grave pour relever en tant que telle du crime contre l'Humanité ⁽⁸¹⁾.

46. Certes, la persécution porte atteinte (ou, d'après la jurisprudence dominante du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, « peut porter atteinte ») à des droits qui sont souvent qualifiés de moins absolus ou de moins élémentaires ⁽⁸²⁾ que les droits inhérents à l'être humain protégés par les autres infractions sous-jacentes au crime contre l'Humanité, que sont le « droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne », le droit de ne pas être « soumis à la torture, ni à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants » et celui de ne pas être « arbitrairement arrêté, détenu ni exilé » (art. 4, 5 et 9 de la Déclaration universelle) ⁽⁸³⁾.

(80) J. GRAVEN, *supra* note 69, p. 544.

(81) Voy. notamment C. BASSIOUNI, *supra* note 78, p. 318.

(82) J. GRAVEN, *supra* note 69, p. 552.

(83) Nous ne partageons donc pas entièrement l'interprétation retenue dans les jugements *Kupreskic* et *Kordic* évoquée à la note de bas de page n° 71 de la présente analyse, selon laquelle les actes de persécution doivent être en eux-mêmes aussi graves que les autres crimes énumérés au Statut. Nous pensons en effet que ces actes attentent à des valeurs souvent qualifiées d'« intrinsèquement moins graves » que celles protégées par les autres crimes visés au Statut, et ne relèvent du crime contre l'Humanité que parce qu'ils s'inscrivent dans un système de discrimination conçu à grande échelle.

47. Fussent-ils plus relatifs que les droits visés ci-dessus, les droits politiques, économiques, sociaux ou culturels que nie la persécution — tout comme les valeurs qu'ils protègent — n'en sont pas moins universellement reconnus depuis plusieurs décennies par de nombreuses conventions internationales de protection des droits de l'homme, en particulier par la Déclaration universelle et les Pactes internationaux (même si ceux-ci n'érigent pas en crime ou délit la violation des droits qu'ils consacrent). Parmi les droits énumérés dans ces conventions, on relèvera tout particulièrement les droits liés au statut, civique, juridique ou politique de l'homme, dont le droit à l'égalité devant la loi, le droit à être jugé équitablement et publiquement devant un tribunal indépendant et impartial, les droits à la liberté de pensée, d'opinion, de conscience et d'expression ou le droit à la liberté de religion ⁽⁸⁴⁾. On insistera également sur les droits économiques, sociaux ou culturels de l'homme, comme le droit au travail, au logement, à la santé, à l'éducation ou le droit d'accès à tous les lieux et services destinés à l'usage public ⁽⁸⁵⁾.

48. Plus fondamentalement, au-delà de la nature plus ou moins absolue des droits susceptibles de caractériser la persécution, nous pensons que c'est avant tout la négation de l'identité d'un groupe ou d'une communauté déterminé ⁽⁸⁶⁾, par la mise en œuvre d'une

(84) Dans ses observations générales n° 24, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a énuméré certains droits à ce point fondamentaux que les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui les consacrent ne peuvent faire l'objet de réserves de la part des Etats : « [...] *un Etat ne peut se réserver le droit de pratiquer l'esclavage ou la torture, de soumettre des personnes à des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, de les priver arbitrairement de la vie, de les arrêter et de les détenir arbitrairement, de **dénier le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion**, de présumer une personne coupable tant que son innocence n'a pas été établie, d'exécuter des femmes enceintes ou des enfants, d'autoriser l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, de **dénier à des personnes nubiles le droit de se marier, ou de dénier aux minorités le droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer leur propre religion ou d'employer leur propre langue*** » (gras ajouté) (CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 11 novembre 1994, § 8). Nous noterons que les violations de ces droits fondamentaux ne portent pas toutes atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté de l'homme.

(85) A propos des droits politiques, économiques et sociaux, le Comité des droits de l'homme a noté qu'« [...] *une réserve à l'article premier [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] déniait aux peuples le droit de déterminer leur propre statut politique et d'assurer leur développement économique, social et culturel, serait incompatible avec l'objet et le but du Pacte* » (*supra* note 84, § 9).

(86) Il peut être porté atteinte à l'identité du groupe ou de la communauté comme tel, soit directement : par des mesures d'ordre général le ou la frappant dans sa totalité (par exemple, par des discriminations législatives), soit indirectement : par

politique de discrimination systématique (aussi légères ces discriminations fussent-elles), qui confère à la persécution toute sa singularité et justifie qu'elle soit incriminée et réprimée au niveau international ⁽⁸⁷⁾. Même si, pris individuellement et isolément, les actes de persécution peuvent ne pas paraître suffisamment graves pour relever en tant que tels du crime contre l'Humanité (car ils ne portent pas atteinte à des droits dits « absolument fondamentaux » de l'être humain mais empêchent un groupe d'individus de participer à la vie politique, sociale, économique ou culturelle d'un pays), ils acquièrent une toute autre dimension lorsqu'ils s'incorporent dans un système de terreur s'acharnant sur une population déterminée : ils deviennent alors collectifs, systématiques et discriminatoires. Ce n'est que, grossis et aggravés par l'intervention de ce système de terreur et d'arbitraire, qu'ils prennent toute leur spécificité, qu'ils menacent la paix et la sécurité de l'humanité et intéressent alors le droit international.

49. D'aucuns reprocheront à notre conception d'être floue et excessivement large, faisant entrer dans la persécution, sans les énumérer, toute une série d'actes niant des droits qui, quoiqu'universellement reconnus, ne sont pas « absolument élémentaires ». Cependant, outre le fait qu'il s'avérera souvent délicat, aléatoire, voire subjectif de tenter d'isoler les actes les plus inhumains pour caractériser la persécution ⁽⁸⁸⁾, force est de reconnaître que toutes les

←

des mesures plus sélectives, c'est-à-dire des actes dirigés contre un ou plusieurs de ses membres représentatifs.

(87) Le jugement *Blaskic* semble confirmer que c'est avant tout la réduction, par un système de terreur et d'arbitraire, de l'être humain à sa seule appartenance à un groupe ou à une communauté déterminé qui rend les atteintes à de tels droits particulièrement graves et explique qu'elles puissent relever en elles-mêmes (c'est-à-dire sans être reliées à d'autres infractions) du crime contre l'Humanité : « [c]'est [...] 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 peut 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 » (*supra* note 5, § 235).

(88) Pourquoi l'incitation à la haine raciale et l'interdiction d'exercer des fonctions publiques n'ont-elles pas été qualifiées de persécutions par le jugement *Kordic* ? (*supra* note 6, §§ 209-210) ? Est-il légitime d'affirmer que ces mesures constituent des actes moins graves et violant des valeurs moins essentielles que les atteintes aux biens, unanimement qualifiées par la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie de crimes contre l'Humanité ? Nous nous en étonnerons d'autant plus que le

→



formes de discrimination — même celles en apparence les plus anodines (par exemple, l'obligation pour les membres d'un groupe de porter un signe distinctif) ou les moins graves (par exemple, l'interdiction pour les membres d'un groupe d'exercer leur profession ou la confiscation systématique de leurs biens) ⁽⁸⁹⁾ — doivent être consacrées et réprimées au niveau international, dès lors qu'elles constituent les premières manifestations criminelles d'un système d'arbitraire, destiné à porter atteinte à l'identité d'un groupe ou d'une communauté en tant que tel. Ne pas incriminer et sanctionner de telles « discriminations institutionnalisées », c'est permettre à ce système d'exister en toute impunité, jusqu'à ce qu'il dégénère en système de déportation et d'extermination. Selon Primo Levi,

« [p]artout où, dans le monde, on commence par bafouer les libertés fondamentales de l'homme et son droit à l'égalité, on glisse rapidement vers le système concentrationnaire, et c'est une pente sur laquelle il est difficile de s'arrêter » ⁽⁹⁰⁾.

CHAPITRE 3. — Le crime de persécution en tant qu'incrimination système ou en tant qu'incrimination individuelle

Introduction

50. Le procureur du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ainsi que les juges qui ont prononcé les jugements *Blaskic* et *Kordic* mettent en exergue la spécificité internationale du crime de persécution, en exigeant de ses auteurs qu'ils adhèrent, ou qu'ils participent en

←

Comité des droits de l'homme a considéré que l'incitation à la haine raciale est un droit coutumier, auquel les Etats ne peuvent déroger (CCPR/C/21/Rev. 1/ Add. 6, 11 novembre 1994, § 8). Voy. en ce sens H. ASCENSIO, R. MAISON, « L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (2000) », *Annuaire français de droit international*, 2000, pp. 285-325 et « L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (2001) », *Annuaire français de droit international*, à paraître, 2002.

(89) Selon M. Jurovics : « [a]u contraire de l'acte inhumain 'murder type', la gravité de la persécution ne réside pas dans sa matérialisation. Il se peut donc que les persécutions portent atteintes à des droits moins protégés, comme le droit à l'égalité ou le droit à la propriété et ne présentent pas, *a priori*, une gravité incommensurable. Leur gravité apparente ne permet même pas de les qualifier de 'crime'. Elles organisent pourtant une exclusion de la vie de la communauté des hommes par la privation de droits élémentaires, de la possibilité de vivre et de survivre dans le corps social » (*supra* note 43, p. 86).

(90) P. LEVI, *Si c'est un homme*, Julliard, éd. Pocket, 1990, pp. 200-201.



conscience, aux objectifs criminels d'un système collectif de discrimination conçu à grande échelle. En effet, selon eux, c'est la participation à ce système de discrimination qui justifie l'élévation de la persécution au rang de crime international (section 1^{re}). Les jugements *Kupreskic*, *Kvocka* et *Krnolejac* ainsi que l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale (tel que précisé dans le « Texte final du projet d'éléments des crimes »⁽⁹¹⁾) visent, quant à eux, à répondre avant tout aux exigences de précision minutieuse du droit pénal, en définissant l'élément moral de la persécution de façon plus individuelle, c'est-à-dire en référence à l'intention personnelle de son auteur et non aux objectifs criminels du système auquel il collabore (section 2).

SECTION 1^{re}. — *Le crime de persécution
en tant qu'incrimination système*

51. Le procureur du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et les juges dans les affaires *Blaskic* et *Kordic* défendent une conception collective du crime de persécution : ils exigent de ses auteurs qu'ils s'associent en connaissance de cause à une politique, une attaque ou, plus généralement, un système de discrimination conçu à grande échelle. Ainsi, l'agent doit-il, selon les juges dans l'affaire *Kordic*, partager « les objectifs d'une politique discriminatoire »⁽⁹²⁾ ou, selon le procureur du Tribunal⁽⁹³⁾ et les juges dans l'affaire *Blaskic*, participer en conscience à « une attaque lancée pour des raisons discriminatoires »⁽⁹⁴⁾.

52. Toutefois, ils ne s'accordent pas sur la nature du lien de connexité qui doit unir l'auteur de la persécution au système de discrimination.

53. Le procureur du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie soutient que l'agent ne doit pas nécessairement adhérer aux objectifs criminels du système, pour autant qu'il en ait connaissance⁽⁹⁵⁾. Sa concep-

(91) Texte final du projet d'éléments des crimes, *supra* note 76, p. 17.

(92) Jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 220.

(93) Selon les arguments du procureur résumés au paragraphe 216 du jugement *Kordic* : « [p]our l'Accusation, il suffit que l'accusé ait eu connaissance des motifs discriminatoires pour lesquels a été déclenchée l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile. Une telle connaissance n'est en rien liée aux mobiles subjectifs de l'auteur de l'acte, mais à sa connaissance objective que ses actes s'inscrivaient dans une attaque généralisée ou systématique menée contre une population civile pour des motifs politiques, raciaux ou religieux » (souligné dans l'original) (*supra* note 6).

(94) Jugement *Blaskic*, *supra* note 5, § 260.

(95) Arguments du procureur, jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 216.

tion s'appuie sur la définition de l'élément moral du « crime contre l'Humanité — acte inhumain », consacrée par l'arrêt de la chambre d'appel du 15 juillet 1999 et qui ne requiert pas que son auteur ait l'intention de réaliser l'attaque massive ou systématique contre une population civile mais qu'il en ait seulement connaissance ⁽⁹⁶⁾.

54. Les juges dans l'affaire *Kordic* estiment, pour leur part, que l'interprétation de l'élément moral retenue par le procureur — qu'ils qualifient d'« objective » — se rapproche dangereusement de la théorie dite du « délit d'appartenance » ou de « l'emprunt de criminalité », théorie inacceptable au regard du principe général de la responsabilité personnelle inscrit à l'article 6 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. En effet, cette interprétation revient, selon eux, à imputer à des individus des actes de discrimination qu'ils n'ont pas personnellement voulus ⁽⁹⁷⁾. Par ailleurs, comme ils pré-supposent qu'une attaque contre une population civile est généralement discriminatoire, ces juges considèrent que cette conception objective rend fort théorique la distinction entre le « simple crime contre l'Humanité » et le « crime contre l'Humanité — persécution », étant extrêmement rare que celui qui a connaissance de l'attaque ne sache pas que celle-ci est perpétrée pour des raisons discriminatoires ⁽⁹⁸⁾. Ces juges exigent en conséquence que tous les auteurs de l'attaque se soient identifiés aux objectifs de la politique de discrimination :

« [...] afin de satisfaire 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' » ⁽⁹⁹⁾.

(96) Selon l'arrêt de la chambre d'appel du 15 juillet 1999 : « [...] les actes de l'accusé doivent avoir été commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile et [...] l'accusé **devait savoir que ses actes s'inscrivaient dans pareil contexte** » (gras ajouté) (*supra* note 26, § 248).

(97) Selon le jugement *Kordic* : « [l']élargissement de la notion de mens rea est une démarche facile mais dangereuse. La Chambre de première instance doit se souvenir que la compétence de ce Tribunal international s'étend uniquement aux 'personnes physiques' et que seuls peuvent être jugés les crimes commis par ces personnes. Une conception trop étendue de la notion de mens rea pourrait mener à imputer à des individus une pleine responsabilité pour ce qui ne relève en réalité que d'une 'culpabilité par association', ce qui est contraire aux principes fondateurs de ce Tribunal international » (*supra* note 6, § 219).

(98) *Ibid.*, § 218.

(99) *Ibid.*, § 220.

55. Les juges dans l'affaire *Blaskic* ont, quant à eux, choisi une voix médiane : si les auteurs de la persécution ne doivent pas nécessairement « adhérer pleinement » à la politique ou au système de discrimination (c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie pénale, être animé d'un dol direct), ils doivent à tout le moins avoir pris « en conscience [...] le risque de participer à sa mise en œuvre »⁽¹⁰⁰⁾ (c'est-à-dire être animés d'un dol éventuel).

56. Toutefois, au-delà de ces différences, tant le procureur du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie que les juges dans les affaires *Blaskic* et *Kordic*, portent tous l'accent sur le lien de connexité qui doit exister entre l'auteur de la persécution et le *système collectif* dans lequel s'incorporent ses actes. Et c'est semble-t-il, parce qu'ils s'inscrivent consciemment ou volontairement dans le cadre d'un tel système, potentiellement destructeur de l'ordre public international, que les actes de discrimination peuvent être élevés au rang de crimes de droit international devant être réprimés au niveau international.

SECTION 2. — *Le crime de persécution en tant qu'incrimination individuelle*

57. Dans les jugements *Kupreskic*⁽¹⁰¹⁾, *Kvocka*⁽¹⁰²⁾ et *Krnjelac*⁽¹⁰³⁾, l'incrimination de persécution s'apparente plus à une infraction pénale classique pour laquelle le droit fait figurer parmi les composantes obligatoires un *dolus specialis* : son auteur doit être personnellement animé d'une intention spéciale discriminatoire et non pas chercher à contribuer à la mise en œuvre d'un système de discrimination.

58. Tout au plus, la participation au système peut-elle constituer une preuve tangible de l'existence de l'intention de discriminer. En effet, rares sont les criminels qui consignent par écrit leur mobile raciste⁽¹⁰⁴⁾. Celui-ci doit donc le plus souvent se déduire de la sur-

(100) Jugement *Blaskic*, *supra* note 5, §§ 253-257.

(101) Jugement *Kupreskic*, *supra*, note 4, §§ 632-636.

(102) Jugement *Kvocka*, *supra*, note 8, §§ 194-196.

(103) Jugement *Krnjelac*, *supra*, note 9, § 435. Selon ce jugement : « *[t]here is no requirement under persecution that a discriminatory policy exists or that, in the event that such policy is shown to have existed, the accused has taken part in the formulation of such discriminatory policy or practise by governmental authority* ».

(104) Selon M. Verhoeven : « *[o]n voit mal en effet un tyran, si fou soit-il, consigner devant notaire ses monstrueuses intentions, quoi qu'en puisse laisser croire le précédent hitlérien* » (J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide : originalité et ambiguïté », *Revue belge de droit international*, 1991, p. 20).

venance de multiples circonstances, en particulier de l'affiliation à un système de discrimination ou d'actes de participation à sa mise en œuvre.

59. Le 1^{er} juin 2001, la chambre d'appel a confirmé cette interprétation plus « individualiste » de l'élément moral de la persécution dans l'arrêt *le Procureur contre Akayesu* ⁽¹⁰⁵⁾. Rappelons en effet que l'article 3 du Statut du Tribunal pour le Rwanda prévoit que tous les crimes contre l'Humanité (aussi bien donc le « crime contre l'Humanité — acte inhumain » ⁽¹⁰⁶⁾ que le « crime contre l'Humanité — persécution ») doivent s'inscrire dans le cadre d'une « attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, *en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse* » (italiques ajoutés). Or, comme nous l'avons souligné au paragraphe 16 du présent article, selon le droit international coutumier, la discrimination n'est pas un élément constitutif du « crime contre l'Humanité — acte inhumain ». Aussi, pour résoudre cette contradiction entre les textes de l'article 3 du Statut et le droit international coutumier, la chambre d'appel a-t-elle souligné que la discrimination prévue à l'article 3 devait être considérée, d'un point de vue théorique, comme une condition inhérente à la compétence spécifique du Tribunal pour le Rwanda à l'égard du « crime contre l'Humanité — acte inhumain » et non comme une condition propre à cette infraction ⁽¹⁰⁷⁾. En outre, pour marquer concrètement la différence entre le « crime contre l'Humanité — acte inhumain » et le « crime contre l'Humanité — persécution » ⁽¹⁰⁸⁾, la chambre d'appel a ajouté que le premier devait être perpétré en connaissance de l'existence d'une attaque lancée pour des raisons discriminatoires, alors que le second requerrait une *intention spécifique* de discriminer un groupe pour ses caractéristiques propres ⁽¹⁰⁹⁾. Selon la chambre d'appel,

(105) Arrêt du 1^{er} juin 2001, *le Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-A, §§ 463-465.

(106) Rappelons que le « crime contre l'Humanité — acte inhumain » recouvre l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, l'expulsion, l'emprisonnement, la torture, le viol et les autres actes inhumains.

(107) En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une condition faisant partie intégrante de la définition du « crime contre l'Humanité — acte inhumain » mais propre au mandat attribué au Tribunal pour le Rwanda par le Conseil de sécurité.

(108) Rappelons que selon la jurisprudence majoritaire du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le « crime contre l'Humanité — persécution » peut se constituer des mêmes actes matériels que le « crime contre l'Humanité — acte inhumain ».

(109) *Ibid.*, §§ 467-468.

« [s]ur la base de [...] la conclusion selon laquelle la persécution est le seul crime contre l'Humanité qui exige la preuve d'une intention discriminatoire, la chambre d'appel estime qu'une interprétation du chapeau de l'article 3 du Statut telle qu'elle ajouterait une exigence de preuve de l'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'Humanité risquerait de rendre superflue la mention de la discrimination figurant expressément — quoique de façon plus succincte — à l'article 3 h du Statut (persécutions), **mention que l'on interprète comme exigeant la preuve de l'intention discriminatoire** » (gras ajouté) ⁽¹¹⁰⁾.

SECTION 3. — *Appréciations critiques*

60. Nous l'avons dit, ce qui, selon nous, constitue l'essence même de la persécution, c'est le système de terreur et d'arbitraire dans lequel elle s'incorpore ⁽¹¹¹⁾. En conséquence, tout comme les juges dans les affaires *Blaskic* et *Kordic* ⁽¹¹²⁾, nous pensons que la persécution doit être avant tout considérée comme un crime collectif ou une « incrimination — système », tirant sa spécificité du fait qu'elle associe plusieurs personnes à un système (ou, pour reprendre les termes utilisés dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, une « attaque ») de grande ampleur, destinée à porter atteinte à l'identité d'un groupe ou d'une communauté déterminé. C'est pourquoi, en dissociant l'élément de discrimination du système (ou de l'attaque) dans lequel la persécution s'inscrit, les jugements *Kupreskic*, *Kvočka* et *Krnolejac* ainsi que l'arrêt *Akayesu* ⁽¹¹³⁾ nous semblent faire perdre à cette incrimination une partie de sa singularité, et en diminuer la gravité par rapport aux autres infractions internationales ou aux crimes racistes de droit commun. Rappelons en effet que la persécution se constitue (ou, selon la jurisprudence dominante du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, peut se constituer) de « simples » discriminations politiques, sociales ou économiques.

61. Toutefois, la conception collective de la persécution que nous défendons ici ne signifie pas que la responsabilité pénale des agents du crime (qu'ils soient auteurs principaux ou complices) est en elle-même collective. Certes, comme nous venons de l'affirmer, la persécution requerra pour être consommée l'implication de plusieurs personnes capables de mettre sur pied, de façon concertée, un système

(110) *Ibid.*, § 468.

(111) Voy. *supra* §§ 48-49 du présent article.

(112) Voy. *supra* §§ 51-56 du présent article.

(113) Voy. *supra* §§ 57-59 du présent article.



suffisamment puissant pour nuire à l'identité d'une communauté déterminée. Mais, comme le souligne le jugement *Kordic* ⁽¹¹⁴⁾, cette implication, à quelque niveau que ce soit, doit toujours être fondée sur l'existence d'une faute intentionnelle personnellement imputable à chaque agent du crime. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un individu a commis ou aidé à commettre des actes s'inscrivant dans un système de discrimination pensé par d'autres personnes qu'il est automatiquement responsable de ce système; encore faut-il qu'il en ait été conscient et qu'il l'ait personnellement voulu (ou, à tout le moins, comme l'affirme le jugement *Blaskic* ⁽¹¹⁵⁾, qu'il ait pris consciemment le risque de participer à sa mise en œuvre). La responsabilité objective est, en effet, contraire aux dispositions fondamentales de l'article 6 du Statut qui consacre le principe de la culpabilité personnelle. Ainsi seulement, la dimension internationale de la persécution, incarnée par le système collectif de discrimination, peut-elle être conciliée avec le principe essentiel du droit pénal d'imputabilité personnelle.

62. Notre conception collective de la persécution ne sous-entend pas non plus que l'association de plusieurs personnes en vue d'asservir une population déterminée doit nécessairement se constituer au plus haut niveau de l'appareil étatique. En effet, rattacher la persécution à la culpabilité des dirigeants d'un Etat (comme certains le préconisent ⁽¹¹⁶⁾) aurait pour conséquence fâcheuse d'exclure de son champ d'application tous les crimes systématiques et discriminatoires perpétrés par ceux qui, bien que n'étant pas des autorités officielles, contrôlent une partie d'un territoire et peuvent de ce fait mettre en œuvre une politique de terreur et d'arbitraire à grande échelle. Conscients de ces nécessités, tant les juges dans les affaires *Tadic* ⁽¹¹⁷⁾ et *Blaskic* ⁽¹¹⁸⁾ que la Commission du droit international ⁽¹¹⁹⁾ ont refusé de faire du crime contre l'Humanité (et donc de la persécution) « un acte de souveraineté criminelle » ⁽¹²⁰⁾ :

(114) Jugement *Kordic*, *supra* note 6, § 219.

(115) Jugement *Blaskic*, *supra* note 5, §§ 253-257.

(116) Voy. notamment HERZOG, « Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'Humanité », *Revue internationale de droit pénal*, 1947, p. 155; G. LEVASSEUR, « Les crimes contre l'Humanité et le problème de leur prescription », *Journal du droit international*, 1966, p. 271.

(117) Jugement *Tadic*, *supra*, note 3, § 654.

(118) Jugement *Blaskic*, *supra* note 5, § 205.

(119) L'article 18 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité définit le crime contre l'Humanité comme le fait de commettre des actes criminels « d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une **organisation ou d'un groupe** » (gras

→

« [i]l est important de signaler que le projet d'article ne limite pas les auteurs possibles des crimes y prévus aux seuls agents représentants d'un Etat. S'il est vrai que ce sera normalement ces derniers qui auront dans les faits, de par leur position officielle, les plus grandes possibilités de commettre les crimes prévus par le projet d'article, il n'en reste pas moins que l'article n'exclut pas que des simples particuliers, pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bande ou groupes criminels, puissent eux aussi commettre le genre de violations systématiques ou massives des droits de l'homme prévues dans le présent article, hypothèse dans laquelle leurs actes tomberaient sous le coup de projet de code » ⁽¹²¹⁾.

63. L'article 7, § 2, alinéa a) du Statut de la Cour pénale internationale confirme cette interprétation, puisque il prévoit que les crimes sous-jacents aux crimes contre l'Humanité (en ce compris la persécution) doivent être commis « en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation [...] » (italiques ajoutées).

Conclusion

64. Au vu de ce qui précède, nous estimons que le crime de persécution devrait s'entendre comme un ensemble d'atteintes répétées aux droits politiques, sociaux, culturels et économiques de l'être humain, accomplies consciemment en exécution d'un système collectif d'arbitraire suffisamment puissant pour pouvoir nuire à l'identité d'une communauté déterminée. La persécution permet ainsi d'étendre le crime contre l'Humanité à toutes les violations des droits de l'homme destinées à écarter un groupe d'individus de la vie politique, sociale, culturelle ou économique d'un pays. Bien que

←

ajouté) (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, *supra* note 38, p. 114).

(120) J. GRAVEN, *supra* note 69, p. 566. Comme l'a fait remarquer l'avocat général Dontenwille, en conclusion de son intervention devant la Cour de cassation française, dans l'affaire *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie* : « [n]'est-il pas des forces et des organisations dont les pouvoirs peuvent être plus grands et dont l'action peut avoir une plus grande portée que ceux d'un pays représenté à l'organisation des Nations Unies? Il faut être prudent, car d'autres méthodes reflétant un mépris total de la condition humaine pourraient par leur horreur — bien que sous d'autres aspects — rivaliser avec celle dont nous venons de parler » (*International Law Report*, 1998, p. 147).

(121) *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session*, *supra* note 64, p. 290.



souvent qualifiées de moins graves que les atteintes à la vie et à l'intégrité physique, ces violations doivent être incriminées et réprimées à l'échelon international en tant que telles (c'est-à-dire sans égard à d'autres crimes, crimes de guerre ou crimes contre l'Humanité), dès lors qu'elles constituent les premiers symptômes d'une politique d'exclusion, de déportation et d'extermination plus violente. Toutefois, elles ne devraient être sanctionnées à ce niveau que si elles s'insèrent dans le contexte d'un système d'arbitraire conçu à grande échelle. En effet, c'est la systématisation (ou l'institutionnalisation) de ces violations qui les rend particulièrement dangereuses pour l'ordre public international. Portant atteinte à la fois aux droits de l'homme et au droit international, la persécution est également, et avant tout, une infraction criminelle. Elle doit donc aussi obéir aux règles élémentaires du droit pénal et ne peut dès lors être imputée qu'à ceux qui ont été conscients du système dans lequel elle s'inscrit et qui ont adhéré (ou pris consciemment le risque d'adhérer) à ses finalités discriminatoires.

67. La persécution prend ainsi toute sa dimension : celle d'une infraction se situant à la croisée des droits de l'homme, du droit international et du droit pénal.

Jérôme DE HEMPTINNE (*)
*Chef de cabinet du Président
du Tribunal pénal international
pour l'ex-Yougoslavie*



(*) Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et n'engagent nullement le T.P.I.Y. ou l'Organisation des Nations Unies. L'auteur remercie vivement Arnaud Guében d'avoir aimablement relu son texte.

