Document generated on 05/09/2025 7:31 a.m.

McGill Law Journal
Revue de droit de McGill

La gravité en droit international pénal

Pierre Jouette

Volume 67, Number 4, June 2022

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1098592ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1098592ar

See table of contents

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)
1920-6356 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Jouette, P. (2022). La gravité en droit international pénal. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, *67*(4), 407–451. https://doi.org/10.7202/1098592ar

Article abstract

In this article, the author examines the concept of gravity through its use in the law of international criminal jurisdictions. Inherent to international crimes, gravity appears at first sight as the foundation of international criminal law and as a means to justify the creation of international criminal jurisdictions. However, the concept lacks a legal definition. Using a positivist and prospective approach, the article seeks to research the different uses of gravity both in the texts of international criminal jurisdictions and in their case law in order to clarify its definition and scope of application. Revealing a differentiated use, the author attempts to demonstrate that gravity serves both the creation of rules to fight against impunity, and rules protecting defendants in proceedings. In the same way, when it is understood as a factor in the jurisdiction of international criminal courts, its assessment by judges and prosecutors sometimes allows for the extension, sometimes the limitation of the said jurisdiction, notably through a confused and subjective use of the factor. Its assessment prior to the trial reveals its inherent subjectivity, which is nevertheless compensated when judges determine sentences. The study of the case law makes it possible to identify guidelines, favouring a better predictability of gravity in international criminal law.

© Pierre Jouette, 2022

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

McGill Law Journal — Revue de droit de McGill

La gravité en droit international pénal

*Pierre Jouette**

Dans cet article, l'auteur s'interroge sur la notion de gravité à travers l'utilisation qui en est fait dans le droit des juridictions pénales internationales. Inhérente aux crimes internationaux, la gravité apparaît de prime abord comme le fondement du droit international pénal et comme un moyen de justifier la création des juridictions pénales internationales. La notion manque néanmoins d'une définition légale. À l'aide d'une démarche positiviste et prospective, l'article s'emploie ainsi à rechercher les différentes utilisations de la gravité à la fois au gré des textes des juridictions pénales internationales mais également au sein de leur jurisprudence afin d'éclaircir sa définition et son champ d'application. Révélant une utilisation différenciée, l'auteur cherche à démontrer que la gravité sert aussi bien à la création de règles favorisant la lutte contre l'impunité, que de règles protégeant les personnes mises en cause dans les procédures. De la même manière, lorsque la gravité est appréhendée comme facteur de compétence des juridictions pénales internationales, son appréciation par les juges et les procureurs permet tantôt l'extension, tantôt la limitation de ladite compétence, notamment par une utilisation confuse et subjective du facteur. Son appréciation en amont du procès révèle la subjectivité qui lui est inhérente, ce que compense néanmoins son appréciation par les juges lors de la détermination des peines. L'étude de la jurisprudence permet en effet de dégager des lignes directrices, favorisant une meilleure prévisibilité de la gravité en droit international pénal.

In this article, the author examines the concept of gravity through its use in the law of international criminal jurisdictions. Inherent to international crimes, gravity appears at first sight as the foundation of international criminal law and as a means to justify the creation of international criminal jurisdictions. However, the concept lacks a legal definition. Using a positivist and prospective approach, the article seeks to research the different uses of gravity both in the texts of international criminal jurisdictions and in their case law in order to clarify its definition and scope of application. Revealing a differentiated use, the author attempts to demonstrate that gravity serves both the creation of rules to fight against impunity, and rules protecting defendants in proceedings. In the same way, when it is understood as a factor in the jurisdiction of international criminal courts, its assessment by judges and prosecutors sometimes allows for the extension, sometimes the limitation of the said jurisdiction, notably through a confused and subjective use of the factor. Its assessment prior to the trial reveals its inherent subjectivity, which is nevertheless compensated when judges determine sentences. The study of the case law makes it possible to identify guidelines, favouring a better predictability of gravity in international criminal law.

* Docteur en droit, Maître de conférences en Droit privé et Sciences criminelles, Institut de Sciences criminelles — Iscrim' — Faculté de Droit, Université de Poitiers

© Pierre Jouette 2022

Citation: (2022) 67:4 McGill LJ 407 — Référence : (2022) 67:4 RD McGill 407

Introduction 409

I. Confronter les usages faits de la gravité en droit international pénal 415

A. Quant à la création de règles du droit international pénal 415

1. Fonder des règles favorisant la lutte contre l'impunité 416

a. Assouplir l'exigence de légalité criminelle 416

b. Justifier la création de règles procédurales spécifiques 420

2. Assurer la protection des personnes mises en cause 423

B. Quant à la compétence des juridictions pénales internationales 424

1. Étendre la compétence au moyen de l'interprétation des crimes 426

2. Restreindre la compétence au moyen de l'interprétation du facteur de gravité 431

a. L'appréciation de la gravité par le Procureur et les juges 431

b. Aperçu de la subjectivité dans l'appréciation de la gravité : exemple pris de la Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien 434

II. Homogénéiser l'utilisation de la gravité en droit international pénal 440

A. Hiérarchiser les crimes grâce à la détermination des peines 441

1. La gravité pour apprécier les peines 441

2. Les peines pour apprécier la gravité 445

B. Fixer des critères de détermination de la gravité 448

Conclusion 450

Introduction

Évoquer ensemble la gravité et le droit international pénal peut relever de la lapalissade, tant l'étroitesse du lien qui les unit est évidente. Point n'est besoin de préciser en quoi les crimes commis sont effectivement graves, notamment lorsqu'on raisonne par rapport aux crimes de droit commun. Leur ampleur est naturellement révélatrice de leur gravité. Que l'on pense à la déportation et à la mort de millions de juifs durant la Seconde Guerre Mondiale, au massacre de certaines populations cambodgiennes par le régime Khmer ou aux atrocités commises sur la population Tutsi au Rwanda, c'est une même gravité qui préside à la création des juridictions pénales internationales[1].

Dans le sens commun, le terme « gravité » s'entend de plusieurs manières et notamment comme le « caractère de ce qui est important, de ce qui doit être considéré avec sérieux »[2]. En d'autres termes, la gravité vient qualifier un rapport de conséquences entre l'action et ses répercussions. La notion n'est pas inconnue des juristes pour qui la gravité est souvent associée aux notions d'infraction ou de sanction[3]. En droit international pénal, le terme est à ce point relevant du sens commun qu'il souffre d'absence de définition légale. Des auteurs s'y sont pourtant essayés. La gravité est alors désignée comme « le caractère de ce qui peut entraîner des conséquences importantes, sérieuses ou lourdes »[4]. Mais les rédac-

---

1 La résolution créatrice du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie évoque que : « Convaincu que, dans les circonstances particulières qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie, la création d'un tribunal international, en tant que mesure spéciale prise par lui, et l'engagement de poursuites contre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international permettraient d'atteindre cet objectif et contribueraient à la restauration et au maintien de la paix » (Rés CS 827, Doc off CS NU, 1993, 3217e séance, Doc NU S/RES/827). Il en va de même pour le Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir Rés CS 955, Doc off CS NU, 1994, 3453e séance, annexe, Doc NU S/RES/955, 3, Préambule, en ligne (pdf) : ONU <legal.un.org> [perma.cc/3LJL-R2QL] [*Statut du TPIR*]).

2 *Académie française*, 9e éd, actuelle, *sub verbo* « gravité », en ligne : *Dictionnaire de l'Académie française* <dictionnaire-academie.fr> [perma.cc/7NNZ-NRGG].

3 Voir Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 13e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2020, *sub verbo* « Grave », « Gravité ».

4 Voir Mario Bettati, « Le crime contre l'humanité » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 1ère éd, Paris, A Pedone, 2000, 293 à la p 295. Voir également Damien Scalia qui définit la gravité, prise dans le contexte de la détermination des peines, comme correspondant « aux faits qui sont incriminés [...]. Tous ces faits individuels sont des composants de crimes "plus larges" incriminés par les Statuts » (Damien Scalia, « Les peines et les juridictions pénales internationales : TPI et CPI » dans Robert Kolb, dir, *Droit international pénal : Précis*, 1ère éd, Bâle (Suisse), Helbing Lichtenhahn, 2008, 341 à la p 365 [Scalia, « Peines et juridictions »]).

teurs des textes applicables aux juridictions pénales internationales ont fait l'économie d'une définition. Avant les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, la gravité ne figure jamais expressément dans les textes. Ainsi, les articles 227, 228 et 229 du *Traité de Versailles* prévoient la création d'une juridiction chargée de juger l'ancien Kaiser Guillaume II de Bavière pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des Traités »[5]. Là, le terme de « gravité » est enfermé dans l'expression d'« offense suprême » au sens des rédacteurs du texte en ce début de XXe siècle. Il en va de même des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg ou pour l'Extrême-Orient. Le terme est sous-entendu au travers de formules telle que « les officiers et les soldats allemands et les membres du parti nazi qui sont responsables d'atrocités et de crimes [...] seront renvoyés dans les pays où leurs forfaits abominables ont été perpétrés, afin qu'ils puissent être jugés et punis »[6].

Aujourd'hui, la notion est seulement mentionnée à travers l'utilisation du substantif « gravité » ou de l'adjectif « grave ». Tel est le cas des textes applicables aux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie

---

Globalement, peu d'études précisent son contenu et sa définition. C'est particulièrement vrai de la doctrine francophone, où personne ne se prête au jeu d'une analyse approfondie et se contente de l'analyser à l'aune des crimes, de la compétence de la CPI et du Bureau du Procureur, voire des peines, abandonnant alors la possibilité d'une étude transversale, à l'inverse de la littérature américaine qui demeure néanmoins très parcellaire. Voir Andrea Carcano, « Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law » (2002) 51:3 Intl & Comp L Rev 583; Diane Bernard, « Pretention to Universality, an Obstacle to International Criminal Justice? » dans Antonio Incampo et Vito Mormando, dir, *Quaderni di Filosofia del Diritto*, Bari, Cacucci Editore, 2014, 173 aux pp 174–75; Rosmerlin Estupiñan Silva, « La "gravité" dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale à propos des crimes de guerre » (2011) 82:3 Rev IDP 541; Iryna Grebenyuk, *Pour une reconstruction de la justice pénale internationale : Réflexions autour d'une complémentarité élargie*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018 aux para 108–10; Pierre Jouette, *La détermination des peines en droit international pénal*, Paris, Mare & Martin, 2021 aux para 137–57; Margaret M deGuzman, « How Serious Are International Crimes? The Gravity Problem in International Criminal Law » (2012) 51:18 Colum J Transnat'l L [deGuzman, « How Serious »]; Margaret M deGuzman, « Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court » (2009) 32:5 Fordham Intl LJ 1400; Margaret M deGuzman, *Shocking the Conscience of Humanity: Gravity and the Legitimacy of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

5 *Traité de Versailles*, 1919, arts 227–29, en ligne (pdf) : *Hérodote* <herodote.net> [perma.cc/AJ9N-LA8P] [*Traité de Versailles*].

6 Voir *Accord entre le Gouvernement Provisoire de la République Française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Accord de Londres)*, 8 août 1945, Préambule, en ligne (pdf) : *Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe* <www.cvce.eu> [perma.cc/455X-Q2UL].

(« TPIY ») et le Rwanda (« TPIR »)[7], ou ceux des juridictions pénales dites internationalisées[8], tel le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL »)[9] ou les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (« CETC »)[10]. La Cour pénale internationale (« CPI ») ne fait pas exception, son Préambule affirmant que :

> [A]u cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine, [...] que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde [...] ne sauraient rester impunis[11].

Dans ces différentes hypothèses, la gravité est constamment évoquée en lien avec celle des crimes internationaux par nature[12] et ne soulève *a priori* aucune difficulté.

---

7 Le Préambule du *Statut du TPIR* prévoit :

> Créé par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 (ci-après dénommé "Tribunal international pour le Rwanda") exercera ses fonctions conformément aux dispositions du présent statut (*Statut du TPIR*, *supra* note 1, Préambule).

La formulation est identique dans le *Statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* (voir *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 1993, annexe, Doc S/25704, 38 à la p 38, en ligne (pdf) : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/T5AE-YX9W] [*Statut du TPIY*]).

8 Sur la distinction avec les juridictions pénales internationales, voir Jean-Marc Sorel, « Chapitre 63 : Les tribunaux mixtes ou hybrides » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2e éd, Paris, A Pedone, 2012, 825 à la p 825.

9 Voir *Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, 16 janvier 2002, 2178 UNTS 161, art 1(1) (entrée en vigueur : 12 avril 2002), en ligne (pdf) : *ONU* <legal.un.org> [perma.cc/Q3D7-3B4T] [*Statut du TSSL*].

10 Voir *Loi relative à la création des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique*, Doc NS/RKM/0801/12 KRAM, art 1 (promulgation : 27 octobre 2004), en ligne (pdf) : *Gouvernement du Cambodge* <www.eccc.gov.kh> [perma.cc/74R3-WX9H] [*Statut du CETC*].

11 *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 UNTS 3 (entrée en vigueur : 1 juillet 2002), en ligne (pdf) : <www.icc-cpi.int> [perma.cc/MN6H-YB25] [*Statut de Rome*].

12 Cette expression a été empruntée à Claude Lombois, *Droit pénal international,* Paris, Dalloz, 2e éd, 1979 au para 32. Il s'agit des crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et des crimes d'agression.

Pour autant le flou qui entoure la notion n'est pas sans risque et la doctrine s'en fait le relais, dénonçant à cet égard l'absence de délimitation[13]. Ceci est d'autant plus regrettable que la gravité est protéiforme en droit international pénal et n'est pas toujours évoquée en lien avec les crimes commis[14]. En revanche, la référence à la gravité des crimes est présente à différentes phases de la procédure pénale internationale. Elle se trouve au cœur de l'office du juge et du pouvoir d'appréciation du Procureur dans l'exercice des enquêtes et des poursuites.

Dans certains cas, les textes imposent aux organes des juridictions de prendre en compte la gravité des crimes. La gravité fait office de facteur[15] à leur attention. Cela concerne autant l'ouverture d'une enquête[16], la recevabilité d'une affaire devant la CPI[17], le renvoi devant une juridiction interne[18], la procédure d'arrestation des personnes suspectées[19], la déten-

---

13 Voir deGuzman, « How Serious », *supra* note 4.

14 À plusieurs reprises, le substantif ou l'adjectif apparaissent pour évoquer des questions diverses qui, faute d'entretenir un lien avec les *core crimes*, n'entrent pas dans le cadre de cette étude. Ils méritent néanmoins d'être relevés. Il s'agit pêle-mêle des règles de discipline à l'intention des membres des juridictions (voir *Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, (1995), art 46, en ligne (pdf) : *UNICTR* <unictr.irmct.org> [perma.cc/WW5Q-8XGC] [*RPP du TPIR*]; *Statut de Rome, supra* note 11, arts 46–47; *Règlement de procédure et de preuve*, Doc off Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1re session, ICC-ASP/1/3 (2002), règles 24–25, 29, en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/5JY5-JBYG] [*RPP de la CPI*]), des atteintes à l'administration de la justice (voir *ibid*, règles 162, 171), de la jonction et disjonction d'instance (voir *Règlement de procédure et de preuve*, Doc off Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 NU, Doc IT/32/Rev 50 (2015), art 82, en ligne (pdf) : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/3WFE-D4SN] [*RPP du TPIY*]; *RPP de la CPI*, *supra* note 14, règle 136), des questions d'indemnisation des personnes arrêtées ou condamnées (voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 85; *RPP de la CPI*, *supra* note 14, règle 173), des motifs d'exonération de la responsabilité pénale (voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 31), de la protection et la participation des victimes et témoins au procès (voir *ibid,* art 68) ou d'irrecevabilité des éléments de preuve (voir *RPP du TPIR*, *supra* note 14, art 95).

15 Ce que nous qualifions de facteurs juridiques renvoie aux éléments mentionnés par les textes et qui conditionnent le raisonnement juridique des juges et structure la motivation des sentences. Tel est le cas en matière de détermination des peines, concernant les circonstances atténuantes, aggravantes ou la situation personnelle de la personne condamnée. D'ailleurs, la règle 145 du *RPP de la CPI* (*supra* note 14) fait elle aussi mention de facteurs.

16 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 53.

17 Voir *ibid*, art 17.

18 Voir *RPP du TPIY*, *supra* note 14, art 11 *bis*.

19 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 59.

tion avant jugement ou dans l'attente du procès en appel[20], les peines et leur détermination[21], les grâces ou commutation de peines[22] ou encore les questions de coopération[23]. Multiplier de la sorte l'appréciation de la gravité fait peser le risque qu'elle soit déclinée à l'envi par les différents organes et, plus embarrassant encore, de façon divergente. Tel fut le cas en matière de compétence de la CPI avec l'affaire du Mavi Marmara[24] que nous développerons ultérieurement.

D'autres fois, elle apparaît dans la définition même des crimes internationaux (aussi parle-t-on notamment des « infractions graves aux Conventions de Genève »[25]) et dans les éléments constitutifs des crimes sous-jacents. Un tel constat n'est pas sans interpeller tant cette gravité particulière s'inscrit dans celle, plus générale, de *core crimes*, ce que prévoit déjà l'article 5 du *Statut de Rome* : « La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »[26]. Dès lors, comment appréhender la gravité particulière d'une atteinte *grave* à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe, constitutif de génocide, crime parmi les plus graves au sens de l'article 5 précédemment mentionné ?

L'ensemble de ces éléments révèlent la problématique inhérente à la gravité en droit international pénal. En effet, qu'elle soit une notion théorique ou un facteur à considérer en pratique, le contenu de la gravité en droit international pénal est protéiforme. Sa définition est lacunaire et son domaine d'application mouvant, s'étendant à toutes les phases de la procédure pénale internationale[27] sans qu'un lien concret puisse être éta-

---

20 Voir *ibid*, art 81.

21 Voir *Statut du TPIY*, *supra* note 7, art 24; *Statut du TPIR*, *supra* note 1, art 23; *Statut de Rome*, *supra* note 11, arts 77–78; *RPP de la CPI*, *supra* note 14, règle 145.

22 Voir *RPP du TPIY*, *supra* note 14, art 125.

23 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, arts 90, 93.

24 L'ensemble des documents relatifs à cette affaire sont accessibles en ligne (voir généralement « Les navires battant pavillon comorien, grec et cambodgien », en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/9SX2-4W76] [« Navires battant pavillon »]).

25 *Statut du TPIY*, *supra* note 7, art 5.

26 *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 5.

27 Mario Bettati évoque les difficultés liées à cette notion et s'interrogent de savoir comment évaluer la gravité de façon précise, scientifique, impartiale ou neutre ? Ils apportent une réponse en citant les propos de Doudou Thiam : « un fait illicite international devient un crime du code, non seulement s'il est d'une extrême gravité, mais aussi si la communauté internationale décide qu'il en sera ainsi "car l'extrême gravité est un critère trop subjectif qui laisse place à beaucoup d'incertitudes" » (Bettati, *supra* note 4 à la p 295). Voir aussi deGuzman, « How Serious », *supra* note 4; Caroline Laly-Chevalier et Elsa Marie, « Article 5 : Crimes relevant de la compétence de la Cour » dans Julian Fernandez, Xavier Pacreau et Muriel Ubeda-Saillard, dir, *Statut de Rome de la Cour*

bli entre elles. Reste à savoir ce que la gravité recouvre véritablement, son appréciation étant sujette à des variations toutes les fois où sa prise en compte est exigée par les textes.

Ainsi, nous mettrons en œuvre une méthode qui contribuera à clarifier l'usage fait de la gravité dans le droit des juridictions internationales pénales. Pour ce faire, nous concentrerons nos développements sur la CPI. Nous étudierons la gravité telle qu'elle existe à travers ses textes et sa jurisprudence, soit son *Statut* et son *Règlement de procédure et de preuve*[28] ainsi que leur appréciation par les chambres préliminaires, de première instance et d'appel. Procéder de la sorte suppose de tenir compte de l'héritage des autres juridictions pénales internationales et internationalisées. Le droit de la CPI est le fruit du développement plus général du droit international pénal tel qu'initié par les juridictions antérieures[29]. Seront donc mobilisées les jurisprudences du TPIY, du TPIR et du TSSL et ce, essentiellement dans les premiers temps de notre démonstration. D'autres sources seront utiles, à l'image des documents de politique pénale du Bureau du Procureur, permettant de saisir plus nettement le contenu de la gravité et les divergences d'appréciation entre les organes de la CPI.

L'objectif que nous nous donnons contribuera à renforcer la théorie, mais également la pratique du droit international pénal et profitera plus généralement au développement de la matière. Nous affinerons, à l'appui de la pratique des juridictions, l'apport théorique de l'étude du droit international pénal. Notre contribution reposera sur une méthode empreinte tantôt de positivisme, tantôt de pragmatisme. En effet, s'il s'agit de clarifier la signification de ce mot-concept qu'est la gravité en le rapportant aux effets concrets qu'elle engendre en droit, alors il nous faut recourir à une attitude intellectuelle qui se focalise sur « le droit en action »[30]. Cependant, il conviendra d'identifier préalablement ce qu'est la gravité en droit international pénal. À cet égard, ce sont surtout les outils du positivisme qui permettront une telle réalisation. Nos développements prendront d'abord la forme d'une analyse théorique qui nous permettra de cheminer progressivement vers les conséquences pratiques qu'elle induit.

---

pénale internationale : Commentaire article par article, t 1, 2e éd, Paris, A Pedone, 2019, 517.

28 Voir *RPP de la CPI*, *supra* note 14; *Statut de Rome*, *supra* note 11.

29 Voir Damien Scalia, « Les apports du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit international pénal », dans Julian Fernandez et Olivier de Frouville, dir, *Les mutations de la justice pénale internationale?*, Paris, A Pedone, 2018, 41.

30 Telle est l'idée que recouvre la méthode pragmatique en droit. Un auteur écrit que « le droit est ce qu'il fait, qui donc se concentrent sur les effets du droit » (Boris Barraud, *Le pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2017 à la p 15).

L'analyse montrera que la gravité fait l'objet d'un traitement ambigu en droit international pénal. Qu'elle soit avancée pour la création de règles formelles ou substantielles, la gravité sert tantôt à assurer l'efficacité de la lutte contre l'impunité, tantôt à protéger les personnes mises en cause dans les procédures. En outre, l'ambiguïté se fait jour à travers la question de la compétence juridictionnelle, laquelle peut tout aussi bien être restreinte qu'étendue par le recours à la gravité. Derrière son apparente familiarité, la gravité pourrait bien être incertaine et inaccessible, ce qui crée à la lecture de la jurisprudence des incohérences. Il conviendra pour s'en rendre compte de confronter les usages faits de la gravité en droit international pénal (I), autant au regard des textes que des appréciations juridictionnelles des organes. Les enseignements tirés de cette confrontation permettront de mieux défendre une homogénéisation de son utilisation (II), ce que la phase de détermination des peines tend à assurer. En effet, à travers les peines prononcées, la jurisprudence amorce un mouvement de recomposition partielle de la gravité des crimes internationaux. Aussi, dans une approche aussi bien positive que prospective, la description de ce mouvement sera néanmoins complétée de nos propositions, comme l'établissement des critères de détermination de la gravité, favorisant l'accessibilité et la prévisibilité de celle-ci.

I. Confronter les usages faits de la gravité en droit international pénal

Les usages de la gravité sont de deux ordres. Premièrement, la gravité est présentée en tant que notion qui sert à justifier de façon récurrente les règles propres au droit international pénal. Dans un second temps, la gravité joue le rôle de facteur déterminant la compétence juridictionnelle. Il sera donc nécessaire de confronter ces usages distincts quant à la création des règles du droit international pénal (A) et quant à la compétence des juridictions pénales internationales (B).

A. Quant à la création de règles du droit international pénal

Les juridictions pénales internationales sont prises au cœur d'une tension entre la fin et les moyens[31], ce dont témoigne l'usage de la gravité en permettant d'instaurer des règles favorisant aussi bien la lutte contre l'impunité (1) que la protection des personnes mises en cause (2).

---

[31] À la fin est associée la poursuite des infractions internationales. Quant aux moyens, ils correspondent à la protection des personnes mises en cause (voir Michel Massé, « Article 66 : Présomption d'innocence » dans Fernandez, Pacreau et Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 2, 1801 à la p 1805).

1. Fonder des règles favorisant la lutte contre l'impunité

Le Préambule du *Statut de Rome* énonce « que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis » et insiste ensuite sur la nécessité de « mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes »[32]. Cette approche est typique du droit international pénal. Les rédacteurs des textes et les juges fondent et apprécient le droit international pénal à l'aune de ses spécificités, dont l'impératif de lutte contre l'impunité[33] fait partie. Pour ce faire, le degré élevé de gravité des crimes permet d'assouplir l'exigence de légalité criminelle (a) et justifie la création de règles procédurales spécifiques (b).

a. Assouplir l'exigence de légalité criminelle

Dès Nuremberg, l'accusation met en exergue la gravité des actes « qui ne peut être ignorée »[34] afin de légitimer l'existence du Tribunal militaire international. Cet argument répond à celui développé par la défense, invoquant l'absence de conformité du droit de Nuremberg aux prescriptions du principe de légalité criminelle et particulièrement son corollaire : le principe de non-rétroactivité de la loi pénale[35]. L'argument de l'accusation trouve un écho favorable chez les juges qui, en réponse à celui de la légali-

---

32 *Statut de Rome*, *supra* note 11, Préambule.

33 La lutte contre l'impunité est définie comme « un ensemble d'actions visant à identifier et, le cas échéant, sanctionner, les auteurs des crimes les plus graves demeurés jusqu'alors impunis par des moyens principalement judiciaires, mais également quasi-judiciaires ou non judiciaires » (Clémence Bectarte, « Impunité (lutte contre) » dans Olivier Beauvallet, dir, *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Boulogne-Billancourt, Berger Levrault, 2017, 540 à la p 540).

34 Nous faisons ici référence à l'accusation telle qu'elle ressort du réquisitoire du Procureur général américain, Robert Jackson, lorsqu'il énonce qu'« [a]ucun autre demi-siècle n'a jamais été témoin de massacres d'une telle importance, de telles cruautés et de telles barbaries, de telles déportations massives de populations en vue d'esclavage, de telles suppressions de minorités. La terreur de Torquemada pâlit devant l'inquisition nazie » (« Minutes du Procès de Nuremberg, Cent quatre-vingt-septième journée » (vendredi 26 juillet 1946) à la p 414, en ligne (pdf) : *Université de Caen en Normandie (UNICAEN)* <www.unicaen.fr> [perma.cc/X2WW-54WK]).

35 Le Professeur Jarrheis a présenté un tel argument dans sa plaidoirie pour la défense prononcée devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (voir « Minutes du Procès de Nuremberg, Cent soixante et onzième journée » (vendredi 4 juillet 1946) aux pp 467 et s, en ligne (pdf) : *Université de Caen en Normandie (UNICAEN)* <www.unicaen.fr> [perma.cc/2W7T-EMG9]). Pour une explication détaillée, voir aussi Marcel Merle, *Le procès de Nuremberg et le châtiment des criminels de guerre*, Paris, A Pedone, 1949 aux pp 81–86; Commission du droit international, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, Doc off AG NU, 1949, Doc NU AC/CN.4/7/Rev.1 aux pp 126–27, en ligne (pdf): *Legal Tools* <www.legal-tools.org> [perma.cc/K77B-RF4Y] [CDI, *Historique*].

té, affirment que « l'agresseur sait le caractère odieux de son action »[36]. D'ailleurs, certains auteurs abondent en ce sens et précisent qu'afin de justifier la création du droit là où il n'y en a pas, les juges raisonnent à partir « de l'inhumanité profonde de certains faits et de la nécessité d'y répondre pénalement »[37].

Cet usage de la gravité comme fondement de règles substantielles dérogatoires s'est révélé être un instrument à la disposition du juge. Elle lui a permis d'incriminer et de sanctionner rétroactivement des comportements afin de faciliter les poursuites[38].

Par exemple, dans l'affaire *Karemera*, les juges considèrent que l'application de la forme extensive de l'entreprise criminelle commune[39] à un conflit armé non-international ne viole pas le principe de légalité[40], car la gravité des crimes commis est telle qu'elle ne dépend pas de la nature interne ou internationale du conflit. Dans l'affaire *Tadić*, c'est également la gravité qui permet à la Chambre d'appel d'appliquer cette forme étendue de l'entreprise criminelle commune à l'accusé car « la gravité d'une telle participation est rarement moindre — ou différente — de celle des personnes ayant effectivement exécuté les actes visés »[41].

---

36 Service d'information des crimes de guerre, *Le procès de Nuremberg* : *le verdict*, t 3, Paris, Office français d'édition, 1946 à la p 58. Précisément, le jugement énonce que « [l]a conscience du monde, bien loin d'être offensée, si [l'aggresseur] est puni, serait choquée s'il ne l'était pas » et laisse entendre que la gravité des actes commis justifie la création du Tribunal (*ibid*). Cette affirmation est d'autant plus vrai qu'elle succède à un développement où les juges affirment qu'« [i]l est faux de présenter comme injuste le châtiment infligé à ceux qui, au mépris d'engagements et de traités solennels ont, sans avertissement préalable, assailli un État voisin. En pareilles occurrences, l'agresseur sait le caractère odieux de son action » [nos soulignements] (*ibid* à la p 57–58).

37 Éric David, « L'actualité juridique de Nuremberg » dans *Le Procès de Nuremberg : Conséquences et actualisation*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 89 à la p 113.

38 Voir Jouette, *supra* note 4 aux para 295–304.

39 D'après cette théorie, un individu participant à une entreprise criminelle commune peut se voir imputer la responsabilité de tous les crimes découlant du but commun, y compris ceux ne faisant pas partie du plan initial et ce malgré le fait que l'individu n'a pas contribué matériellement audit crime. Pour plus de détails, voir Gerhard Werle et Boris Burghardt, « Les formes de participation en droit international pénal » (2021) 1:1 R science criminelle & dr pénal 47.

40 Voir *Le Procureur c Édouard Karemera*, ICTR-98-44-T, Decision on the Preliminary Motions by the Defence of Joseph Nzirorera, Edouard Karemera, Andre Rwamakuba and Mathieu Ngirumpatse Challenging Jurisdiction in Relation to Joint Criminal Enterprise (11 mai 2004) aux para 39–45 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance III), en ligne : *ICTR* <unictr.irmct.org> [perma.cc/3GS9-ADX8].

41 *Le Procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) au para 191 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/CCR6-PXM5].

La découverte *ex post* de certains crimes internationaux repose également sur l'argument de leur gravité. Le TSSL a jugé que les crimes d'enrôlement d'enfants et de mariage forcé, jusqu'alors non codifiés en droit interne, étaient constitutifs de crimes contre l'humanité au titre du crime sous-jacent d'« autres actes inhumains »[42]. Relevant tout d'abord que la catégorie des actes inhumains introduite par l'article 6(c) du *Statut de Nuremberg* est d'une gravité comparable aux autres crimes contre l'humanité[43], la Chambre d'appel poursuit en rappelant que cette catégorie « a été utilisée pour sanctionner une série d'actes de violence qui peuvent varier selon le contexte » [notre traduction][44]. C'est la gravité qui permet aux juges d'intégrer l'enrôlement d'enfants et le mariage forcé dans la catégorie des autres actes inhumains.

La justification de la gravité favorise également la souplesse du principe de légalité des peines. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'absence d'échelle de la peine d'emprisonnement, les juges répondent que le principe n'impose pas l'exigence d'une peine précise pour chaque infraction en fonction de la gravité de celle-ci[45]. Par conséquent, au même titre que les législations internes qui prévoient des fourchettes de peines à l'intérieur desquelles les juges ont toute latitude, la peine internationale se caractérise par la prévision d'un maximum, en raison de la gravité des crimes et de leurs conséquences à l'échelle internationale[46]. Les juges concluent que « [l]e Statut respecte donc la maxime *nulla poena sine lege* pour des crimes relevant de la compétence du Tribunal »[47]. La gravité leur permet aussi de justifier le caractère facultatif de la grille générale des peines d'emprisonnement en rejetant son fondement légaliste[48]. De même, dans

---

42 *Le Procureur c Alex Tamba Brima*, SCSL-04-16-A-675, Judgment (22 février 2008) aux para 175–86, 293–97 (Tribunal spécial pour le Sierra Leone, Chambre d'appel), en ligne : *RSCSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/MU99-5CXM] [*Brima* 2008].

43 Voir *ibid* au para 183.

44 *Ibid* au para 184.

45 Voir *Le Procureur c Dragoljub Kunurac*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt (12 juin 2002) au para 373 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/Z3UD-43CA] [*Kunurac* chambre d'appel]. Pour une approche critique de cette jurisprudence, voir Damien Scalia, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011 [Scalia, *Principe de légalité*].

46 Voir *Kunurac* chambre d'appel, *supra* note 45 au para 373.

47 *Ibid*.

48 Les juges énoncent qu'« il pourrait être soutenu que la référence à la grille générale des peines est exigée par le principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. Justifier la référence à cette grille par ce principe serait méconnaître le caractère criminel universellement attaché au crime contre l'humanité ou, au mieux, rendrait un tel renvoi superfétatoire. La Chambre a en effet démontré que le crime contre l'humanité fait partie depuis déjà longtemps de l'ordre juridique international et que les peines les plus sé-

l'affaire *Taylor*, les juges du TSSL refusent l'argument tiré de la violation du principe de légalité en raison des divergences entre le droit interne et le droit international pénal en matière de détermination des peines. Selon eux :

> Les personnes accusées sont présumées être conscientes qu'en vertu du droit international coutumier, les violations les plus graves du droit international humanitaire sont passibles des peines les plus sévères, les peines étant déterminées en fonction de la gravité de l'infraction [...], sans égard aux dispositions du droit interne ou aux tarifs établis de détermination de la peine [notre traduction].[49]

Par ailleurs, un autre exemple topique, indépendamment de celui tiré de la légalité, concerne les règles d'imputabilité en droit international pénal. Dès Nuremberg, la gravité est avancée afin de rejeter les immunités ou la qualité officielle des accusés et d'admettre leur responsabilité pénale individuelle en droit international[50]. Désormais l'article 27 du *Statut de*

---

vères y sont attachées » (*Le Procureur c Drazen Erdemovic,* IT-96-22, Jugement portant condamnation (29 novembre 1996) au para 38 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/8NLH-9HQT] [*Erdemovic* chambre de première instance]).

49 *Le Procureur v Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-A, Jugement final (26 septembre 2013) au para 669 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), en ligne : *TSSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/23EM-S4YC]; *Erdemovic* chambre de première instance, *supra* note 48 au para 38.

50 Pêle-mêle nous pouvons mentionner, parmi les précédents de l'entre-deux-guerres, le travail de la Commission des auteurs de guerre et sanctions en 1919 (voir CDI, *Historique*, *supra* note 35 à la p 54), la mise en accusation de Guillaume II de Bavière (voir *Traité de Versailles*, *supra* note 5, art 227), le projet d'un Code répressif des Nations de l'Union interparlementaire sur la criminalité de la guerre d'agression et l'organisation d'une répression internationale de 1925 (voir CDI, *Historique*, *supra* note 35 aux pp 76, 78).

Pour des précédents datant d'après la Seconde Guerre mondiale, voir *Statut du Tribunal militaire international*, constituant la partie II de l'*Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 RTNU 279 art 7 (entrée en vigueur : 8 août 1945) en ligne : *ICRC* <www.ihl-databases.icrc.org> [perma.cc/WE27-MVGE]; *Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient*, 19 janvier 1946, TIAS 1589 art 6 (entrée en vigueur : 19 janvier 1946) en ligne : *INSDIP* <www.insdip.net> [perma.cc/G9HU-Z4DL]; *Control Council Law No 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 décembre 1945, art 2(4)(a), en ligne : *Yale University* <avalon.law.yale.edu> [perma.cc/F4JX-LHVH]; *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 art 4 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951) en ligne : *OHCHR* <www.ohchr.org> [perma.cc/HWY4-QKT5]; « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal » dans *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol 2, New York, NU, 1950 à la p 268, principe III, en ligne (pdf) : *Bureau des affaires juridiques des Nation unies* <legal.un.org> [perma.cc/695Q-R7UM]; *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, 754 RTNU 73 art 2 (entrée en vigueur : 11 novembre 1970) en

Rome consacre le principe de responsabilité pénale individuelle des organes étatiques[51]. De manière plus générale, la gravité légalise le rejet de toute mesure favorisant l'impunité telles les grâces et amnisties[52].

En définitive, l'utilisation de la gravité se fait au service de la lutte contre les crimes internationaux. En invoquant l'argument de gravité, le juge adopte une approche pragmatique, lui permettant au besoin de moduler l'application du principe de légalité[53] et d'apporter les inflexions nécessaires à une meilleure efficacité de la répression. Il en ressort que la gravité s'avère être un outil particulièrement malléable, évitant un excès de rigidité du droit international pénal. En outre, l'usage de la gravité dépasse le cadre des règles substantielles et permet de justifier la création de règles procédurales spécifiques.

b. Justifier la création de règles procédurales spécifiques

La gravité des crimes internationaux sert de fondement à l'instauration de régimes procéduraux dérogatoires au droit commun[54].

---

ligne : *OHCHR* <www.ohchr.org> [perma.cc/Q4BF-MAX7]; *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 novembre 1973, 1015 RTNU 243 art 3 (entrée en vigueur : 18 juillet 1976) en ligne : *UN* < www.un.org> [perma.cc/8Z9S-BJBN].

Pour des précédents dans le droit et la jurisprudence des juridictions *ad hoc*, voir par ex *Le Procureur c Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para 140 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/H2AG-9WCA]; *Le Procureur c Slobodan Milosevic*, IT-99-37-PT, Décision relative aux exceptions préjudicielles (8 novembre 2001) aux para 26–33 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/N4DS-CAHC].

51 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 27.

52 Voir par ex *Statut du CETC*, *supra* note 10, art 40; *Le Procureur c Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara*, SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (13 mars 2004) au para 82 (Tribunal Spécial pour le Sierra Leone, Chambre d'appel), en ligne : *RCSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/ADU6-AHW7].

53 Cette vision de la légalité est conforme à la conception de la Cour européenne des droits de l'Homme (voir Pascal Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes » (2007) 1:29 Archive de politique crim 3 aux pp 7–9).

54 Précisons néanmoins que les juges ne visent pas toujours expressément la gravité des crimes mais la sévérité des peines encourues, leur permettant de contourner la nécessité de définir ce critère et de ne pas dévaluer la présomption d'innocence face à des actes coercitifs comme le maintien en détention provisoire (voir *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08 OA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la décision de la Chambre préliminaire III intitulée « Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire » (16 décembre 2008) au para 55

Tel est le cas des règles relatives à la prescription. À l'occasion de la création de la CPI, « [c]ertaines délégations ont estimé qu'en raison de la gravité des crimes dont la Cour était appelée à connaître, il faudrait exclure toute prescription pour les crimes en question »[55]. Désormais, la règle de l'imprescriptibilité est consacrée à l'article 29 de son statut[56]. D'ailleurs, la gravité des crimes justifie, selon les juges, de ne pas retenir l'écoulement d'un laps de temps long (précisément douze ans entre la commission des crimes et le prononcé de la peine) comme une circonstance atténuante[57].

En outre, la gravité se répercute sur les règles relatives à l'arrestation et la détention avant jugement des personnes poursuivies. Ainsi, en faisant application de l'adage *male captus bene detentus*, le TPIY a jugé que l'arrestation illégale n'est pas une cause de nullité de la procédure, eu égard à la gravité des crimes commis[58]. Par ailleurs, la Chambre préliminaire près la CPI invoque l'argument de la gravité des charges retenues contre la personne suspectée pour justifier la délivrance d'un mandat d'arrêt ou son maintien en détention durant l'enquête[59] et durant la procédure initiale[60] ou d'appel[61]. De la même manière, l'article 59(4) du *Sta-*

(Cour pénale internationale, Chambre d'appel), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/SQM2-FSFM]).

55 M Jun Yoshida, *Compte rendu des travaux du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale : Résumé des travaux du 25 mars au 12 avril 1996*, Doc off AG NU, 1996, A/AC.249/1 au para 92.

56 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 29.

57 Voir *Le Procureur c Darko Mrda*, IT-02-59-S, Jugement portant condamnation (31 mars 2004) aux para 95–104 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougouslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/DYB7-LWY7].

58 Voir *Le Procureur c Dragan Nikolić*, IT-94-2-AR73, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Legality of Arrest (5 juin 2003) au para 26 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougouslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/FR3U-5RPP].

59 Voir *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire (16 décembre 2008) au para 36 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire III), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/9NSG-CVHV]; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 OA7, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo » (13 février 2007) au para 136 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/5828-RS3U].

60 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 60; *Le Procureur c Zejnil Delalić*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête de l'accusé Delalić aux fins de mise en liberté provisoire (25 septembre 1996) aux para 19–20 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/X3U8-MFF2].

tut de Rome prévoit qu'en cas d'arrestation dans l'État de détention, la chambre qui examine la demande de remise en liberté procède à un examen de la gravité des crimes allégués[62]. Enfin, l'article 58(7) du *Statut de Rome* consacre la privation de liberté durant l'enquête : le mandat d'arrêt est érigé en principe, lequel peut éventuellement s'effacer à la demande du Procureur et à la condition que la Chambre préliminaire puisse se convaincre de garanties suffisantes[63].

À ce titre, il pourrait être objecté, du moins symboliquement, qu'une telle approche est susceptible d'amoindrir la portée de la présomption d'innocence dans le droit de la CPI[64]. Comme l'écrit Michel Massé, puisque le principe de la liberté des individus mis en cause découle directement de la présomption d'innocence, la détention avant jugement doit figurer comme une exception[65]. Or, si la gravité est avancée pour justifier quelconque acte coercitif, elle suppose que la présomption d'innocence soit cantonnée au cas d'auteurs d'infractions de moindre gravité[66]. L'argument ne peut néanmoins pas prospérer : l'article 55(1) du *Statut de Rome* et la jurisprudence de la CPI en témoignent[67]. Comme le souligne Antonio

---

61 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 81.

62 Voir *ibid*, art 59(4).

63 Voir *ibid*, art 58(7).

64 Inscrit à l'article 66 du *Statut de Rome* (voir *ibid*), le principe ne se conçoit pas comme une « attitude naturelle », mais comme « le prix d'un effort, d'une détermination raisonnée de dominer l'apparence, d'instituer une provisoire incertitude de droit » (Claude Lombois, « La présomption d'innocence » (1990) 55 Pouvoirs 81 aux pp 83–84).

65 Voir Massé, *supra* note 31 à la p 1806.

66 Dov Jacobs explique :

> [...] étant donné que par sa nature même, la CPI est créée pour exercer sa compétence « à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale », la « gravité » dont parlent les juges dans le cadre de l'article 60 doit forcément être différente, sauf à ce que la condition soit toujours satisfaite à partir du moment où l'on est en présence d'un crime entrant dans la compétence de la Cour. Ce qu'il faudrait définir, c'est une notion de gravité dans le contexte du Statut de la CPI. Or cela impliquerait de se poser la question de la hiérarchie des crimes en droit international pénal, exercice que les juges, comme un grand nombre de commentateurs, se refusent à faire (Dov Jacobs, « Article 60 : Procédure initiale devant la Cour » dans Fernandez, Pacreau et Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 2, 1653 à la p 1663).

67 Les juges rappellent que « le droit d'être présumé d'innocent jusqu'à ce que la culpabilité soit établie, prévu à l'article 66-1 du Statut, est garanti à "toute personne" [...]. Le Statut garantit ainsi le droit à la présomption d'innocence non seulement aux accusés mais aussi aux personnes à l'encontre desquelles a été délivré un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître, avant leur remise à la Cour » (*Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la requête de la Défense sollicitant une ordonnance aux fins de préserver l'impartialité de la procédure (31 janvier 2011) au para 8 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : *CPI*

Cassese, il est nécessaire de tenir compte des spécificités du procès pénal international, lequel s'expose à une criminalité particulière : la justice internationale doit composer avec des forces politiques et diplomatiques augmentant le risque de voir échapper l'auteur des faits aux poursuites[68]. C'est pourquoi l'institution de mesures coercitives, à la hauteur de la gravité des faits et de ces enjeux, est justifiée.

Pour autant, la justification de règles formelles et substantielles dans une optique de lutte contre l'impunité ne doit pas occulter l'importance d'assurer un degré minimal de protection aux personnes mises en cause, ce que favorise également la gravité des crimes internationaux.

2. Assurer la protection des personnes mises en cause

À rebours des développements précédents, la gravité des crimes est parfois prétexte pour ne pas appliquer certains régimes d'exception. Elle préserve alors l'intérêt des personnes mises en cause.

Dans l'affaire *Erdemovic*, la Chambre d'appel juge que la gravité des crimes reprochés à l'accusé justifie qu'il puisse de nouveau plaider coupable[69]. Reconnu initialement coupable d'assassinat constitutif d'un crime contre l'humanité, il est condamné le 29 novembre 1996 à une peine de dix ans d'emprisonnement à la suite d'un plaidoyer de culpabilité[70]. En appel, la Chambre annule la procédure au motif que l'accusé n'avait pas plaidé coupable de manière pleinement éclairée, n'ayant pas saisi la nature des charges portées contre lui. Les juges justifient leur décision en exprimant leur doute sur le fait que l'accusé aurait continué à plaider coupable au chef le plus grave s'il avait été mieux informé. En effet, si son attention avait été attirée sur le fait qu'un des chefs d'accusation était moins grave et qu'il avait le droit de plaider coupable à ce chef, alors peut-

---

<www.icc-cpi.int> [perma.cc/NYR5-P9QR]). Nous pouvons également faire mention des acquittements prononcés par la CPI qui attestent de la vigueur de la présomption d'innocence devant celle-ci.

68 Voir Antonio Cassese, « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales » dans Jean-François Flauss, dir, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 29 aux pp 33, 46, n 12.

69 Voir *Le Procureur c Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, Arrêt (7 octobre 1997) au para 20 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/9JN8-7T6T]; *Le Procureur c Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, Arrêt, Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah (7 octobre 1997) aux para 18–27 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/9JN8-7T6T] [*Erdemovic* Juges Mcdonald et Vorah].

70 Voir *Erdemovic* chambre de première instance, *supra* note 48 à la section IV, « Dispositif ».

être aurait-il changé sa stratégie de défense[71]. L'affaire est renvoyée devant la Chambre de première instance où l'accusé est finalement condamné à une peine de cinq ans d'emprisonnement pour, cette fois, avoir plaidé coupable de meurtre constitutif d'une violation des lois ou coutumes de la guerre[72]. De cette manière, l'information sur la gravité des actes reprochés à l'accusé conditionne la validité formelle des plaidoyers de culpabilité et impose, selon les juges, que les accusés soient pleinement conscients des conséquences induites par cette même gravité. La décision résonne comme une recommandation adressée aux juges, aux procureurs ainsi qu'aux conseils de défense, afin qu'ils soient particulièrement vigilants au moment de la conclusion et l'appréciation de ces accords, car les charges portées contre les accusés impliquent *de jure* des conséquences en termes de peines.

La gravité ne sert pas non plus de fondement à l'instauration de régimes dérogatoires au droit commun mais au contraire, devient un motif de prudence et de circonspection institué en faveur des accusés, dialectique bien connue des droits internes. L'impression d'une justice trop rétributive[73] où la gravité des actes commis serait un motif péremptoire en faveur de la lutte contre l'impunité se trouve nuancée. Désormais les accusés profitent de la rédaction de l'article 65 du *Statut de Rome*, prévoyant une procédure d'aveu de culpabilité protectrice de leurs intérêts et attentive aux conditions de validité du plaidoyer[74].

En fin de compte, outre une utilisation sur différents plans, l'appréciation de la gravité atteste de la recherche d'un équilibre entre la répression et la protection des droits des individus. Si tant est que son appréciation motive certaines solutions dérogatoires au droit commun ou vienne en limiter certaines, elle contribue également à moduler la compétence des juridictions pénales internationales.

B. Quant à la compétence des juridictions pénales internationales

La gravité permet d'entrer dans le champ de compétence général des juridictions pénales internationales, celles-ci ayant été créées et dédiées à

---

71 Voir *Erdemovic* Juges Mcdonald et Vorah, *supra* note 69 au para 26. *Contra Le Procureur c Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, Arrêt, Opinion individuelle et dissidente du juge Li (7 octobre 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/T8VJ-UXCF] [*Erdemovic* Juge Li].

72 Voir *Le Procureur c Drazen Erdemovic*, IT-96-22-T*bis*, Jugement portant condamnation (5 mars 1998) au para 23 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/GZ7S-P97V].

73 Voir généralement Scalia, *Principe de légalité, supra* note 45.

74 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 65.

la poursuite de crimes graves[75]. L'article 5 du *Statut de Rome* l'affirme : « La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »[76]. D'autres dispositions du *Statut* fournissent des éléments de définition. C'est d'abord le Préambule qui qualifie les « crimes les plus graves » comme ceux qui « défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine »[77]. C'est ensuite l'article 1 qui ajoute que ces crimes sont ceux qui ont « une portée internationale »[78]. Reste que l'expression « crimes les plus graves » demeure éminemment subjective et sujette à interprétations[79]. Pire, la définition est lacunaire car elle offre un seul positionnement conceptuel, presque chimérique, et occulte la compétence matérielle des juridictions. En outre, l'apport du Préambule est limité faute de force juridique contraignante, ses éléments étant essentiellement « constatifs ou déclaratifs et *non* performatifs ou normatifs »[80]. Faute de définition précise, la gravité implique un double mouvement, tantôt d'extension de la compétence au moyen de l'interprétation des crimes (1), tantôt de restriction de la compétence au moyen de l'interprétation du facteur de gravité (2).

---

75 Florence Bellivier, Marina Eudes et Isabelle Fouchard écrivent : « L'horreur des camps nazis ayant profondément marqué l'opinion publique internationale, des hommes politique et des juristes décidèrent de réagir [...] créant ainsi un contexte favorable à une véritable naissance du droit international pénal avec la création des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo » (Florence Bellivier, Marina Eudes et Isabelle Fouchard, *Droit des crimes internationaux*, Paris, Thémis, 2018 à la p 12).

76 *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 5.

77 *Ibid*, Préambule.

78 *Ibid*, art 1.

79 Il suffit pour s'en convaincre de lire les travaux préparatoires relatifs à la délimitation des crimes de la compétence de la CPI. Certaines délégations étaient en défaveur de l'existence d'un seuil minimal à la compétence de la CPI comme, par exemple la délégation néo-zélandaise : « there was no need for a threshold for war crimes since international law was already clear and any threshold adopted might limit the existing rules » (*Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Doc Off NU, 1998, 25e séance, Doc NU A/CONF.183/C.1/SR.25). La délégation de la République Dominicaine avait fait valoir une position similaire : « Both option 1 and option 2 on war crimes thresholds were unsatisfactory. To kill intentionally was equally serious, whether or not it was part of a plan or general policy » (*Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court,* Doc Off NU, 1998, 27e séance, Doc NU A/CONF.183/C.1/SR.27). Ce à quoi s'opposaient d'autres délégations comme les États-Unis (voir *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court,* Doc Off NU, 1998, 26e séance, Doc NU A/CONF.183/C.1/SR.26 [*Diplomatic Conference* 26e séance]).

80 Éric David, « Préambule » dans Fernandez, Pacreau et Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 1, 441 à la p 444.

1. Étendre la compétence au moyen de l'interprétation des crimes

Les crimes qui entrent dans la compétence matérielle de la CPI sont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. Sans revenir sur chacun d'eux et leurs éléments constitutifs, il faut insister sur les singularités qui font d'eux les « crimes les plus graves ». Le génocide, dont l'objet est de protéger « l'existence physique des membres actuels du groupe ou la subsistance biologique du groupe »[81] révèle une singulière gravité eu égard au dol spécial requis pour caractériser l'infraction, à savoir l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Quant au crime contre l'humanité, il « serait bien la borne commune à toutes les cultures, celle qui marque [...] le point à ne pas franchir »[82]. Celui-ci tend à protéger les populations civiles contre les atteintes massives à leurs droits les plus fondamentaux au même titre que les crimes de guerre[83] qui, eux, protègent contre les violations sérieuses du droit des conflits armés[84]. Ces crimes garantissent tous un ordre public international incarné à travers une société humaine universelle[85]. À cet égard, les différents projets de code rédigés sous l'égide des Nations Unies les qualifient de « crimes

---

81 Richard Kolb, « Les crimes internationaux » dans Robert Kolb et Damien Scalia, dir, *Droit international pénal : Précis*, 2nde éd, Helbing Lichtenhahn, 2008, 68 à la p 73.

82 Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998 à la p 192.

83 Pour une définition détaillée de la catégorie des crimes de guerre dans le cadre du Statut de Rome, voir Estupiñan Silva, *supra* note 4.

84 Voir Kolb, *supra* note 81 aux pp 121 et s; Cherif Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p 101.

85 Édoardo Greppi écrit :

> [I]l ne s'agit pas normalement de délit « privés », commis par des individus agissant de leur propre initiative, poursuivant leurs propres intérêts. Dans les situations de conflits armés, les individus sont généralement amenés à agir comme des organes étatiques, ou bien comme des sujets agissant dans le cadre d'une conflictualité décidée et alimentée par un État ou par une entité politique et militaire. Dans certains ce sont des situations où un État criminel s'est lancé dans une entreprise de génocide. On se trouve, dans la généralité des crimes du droit international humanitaire, devant une catégorie de délits « publics », par rapport à laquelle l'État ne veut pas punir des faits qu'il a lui-même ordonnés, encouragés ou stimulés. Et voilà la raison profonde d'une justice pénale internationale. Mais il y en a aussi une autre. Les crimes en question sont une offense à la conscience publique de l'humanité entière. Ce sont des *delicta iuris gentium* parce qu'ils blessent le sentiment de justice de l'humanité ; il s'agit de crimes sans frontières, qui appellent la communauté internationale à réagir avec des instruments de droit international public (Édoardo Greppi, « La Cour pénale internationale et le droit international » dans Mario Chiavario, dir, *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, 81 à la p 82).

contre la paix et la sécurité de l'humanité »[86]. D'ailleurs, c'est bien la gravité qui sert d'étalon à leur intégration dans le *Statut de Rome* et dans les statuts des tribunaux *ad hoc*[87].

Toujours est-il qu'une difficulté demeure. La seule affirmation d'une gravité théorique empêche une délimitation précise[88] en même temps qu'elle permet l'extension du domaine des « crimes les plus graves », grâce notamment à l'appréciation qu'en font les juges et les procureurs.

Les juridictions peuvent donc se saisir de situations ou d'affaires moins graves que celles originairement appréhendées. À comparer l'atrocité des faits jugés à Nuremberg et celle des faits poursuivis devant la CPI, force est de constater que la gravité s'en trouve quelque peu amoindrie[89]. Désormais, le Bureau du Procureur mène des enquêtes sur des conflits où sont impliqués moins d'individus et qui font un nombre de victimes certes conséquent mais réduit, comparativement aux crimes jugés devant les tribunaux pénaux internationaux. Tel est le cas de la situation en Guinée où le Bureau du Procureur recense environ quatre cents

---

86 Voir par ex « Rapport de la commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session » dans *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol 2, partie 2, New York, NU, 1998 à la p 15 (Doc NU A/CN.4/SER.A/1996/Add.1).

87 Un commentaire évoque :

> [L]'unanimité semble exister autour du critère de la gravité. Il s'agit des crimes qui touchent au fondement même de la société humaine. La gravité peut se déduire soit du caractère de l'acte incriminé (cruauté, monstruosité, barbarie, etc.), soit de l'étendue de ses effets (massivité, lorsque les victimes sont des peuples, des populations, des ethnies), soit du mobile de l'auteur (par exemple, génocide), soit de plusieurs de ces éléments. Quel que soit le facteur qui permet de déterminer la gravité de l'acte, c'est cette gravité qui constitue l'élément essentiel du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, crime caractérisé par son degré d'horreur et de barbarie et qui sape les fondements de la société humaine (voir « Rapport de la commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-neuvième session » dans *Annuaire de la Commission du droit international 1987*, vol 2, partie 2, New York, NU, 1989 à la p 13, art 1(2) (Doc NU A/CN.4/SER.A/1987/Add.1)).

88 La seule affirmation d'une gravité théorique empêche une délimitation précise comme l'atteste le débat relatif à l'inclusion du crime de terrorisme dans le *Statut de Rome* (voir Laly-Chevalier et Marie, *supra* note 27 aux pp 519–22).

89 Andrea Carcano affirme que la gravité des crimes jugés à Nuremberg et par les juridictions des pays Alliés post-Nuremberg était d'une nature particulière qui ne se retrouve peut-être plus aujourd'hui. Nuremberg avait ceci de particulier qu'il s'inscrivait dans un contexte d'atrocités sans précédents et institutionnalisées par un État. Par conséquent, la comparaison des compétences entre les juridictions contemporaines et celles post-Seconde Guerre mondiale ne revêt sur le fond plus véritablement de pertinence, tant le contexte et l'époque sont différents (voir Andrea Carcano, « Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law » (2002) 51:3 ICLQ 583 à la p 600).

victimes dont une cinquantaine ayant subi des violences sexuelles[90]. Il en va pareillement de l'enquête, désormais close[91], sur la République de Corée où une attaque nord-coréenne aurait provoqué le naufrage d'un navire, causant la mort d'une quarantaine de marins[92]. Par ailleurs, les affaires se concentrent sur des zones géographiques réduites, ne prenant pas forcément en compte la globalité du conflit à l'échelle interne ou international et ne se saisissant pas de l'ensemble des responsabilités[93]. Nous pensons notamment à la situation en République Démocratique du Congo à travers l'affaire *Germain Katanga*[94]. L'accusé a été jugé et condamné à douze ans d'emprisonnement pour la seule attaque du village Bogoro en Ituri[95]. Dans le même ordre d'idée, la CPI a jugé et condamné Ahmad Al Faqi Al Mahdi à neuf ans d'emprisonnement pour son implication dans la destruction des Mausolées de Tombouctou[96].

Précisément, l'extension du champ d'application de la gravité concerne les trois crimes internationaux.

S'agissant des crimes de guerre tout d'abord, leur gravité peut varier[97]. En effet, si tous les crimes de guerre ne relèvent pas de la catégorie des « infractions graves » aux *Conventions de Genève*, toutes les infractions graves à ces *Conventions* relèvent de la catégorie des crimes de guerre. Le TPIY a étendu ces crimes aux conflits armés internes, arguant

---

90 Voir Cour Pénale Internationale, *Rapport sur les activités menées en 2018 en matière d'examen préliminaire,* 2018, au para 174, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/3KSY-KYNW] [*Rapport sur les activités menées en 2018*].

91 Voir Cour Pénale Internationale, *Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5*, (2014) au para 82, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/R4JF-HPGY].

92 Voir *ibid* au para 7.

93 Voir Élise Le Gall, « L'opportunité des poursuites du procureur international : du pouvoir arbitraire au contrôle insuffisant » (2013) 84:3 RIDP 495 à la p 503.

94 Voir *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (7 mars 2014) (Cour pénale internationale, Chambre de première instance II), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/8LQZ-NLB8].

95 Voir *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (23 mai 2014) aux para 1, 147 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance II), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/CHJ3-5EXF] [*Katanga* 2014].

96 Voir *Le Procureur c Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Jugement portant condamnation (27 septembre 2016) au para 109 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance VIII), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/VNB8-GG5K] [*Al Mahdi*].

97 Voir Marina Eudes, « Article 8 : Crimes de guerre » dans Fernandez, Pacreau et Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 1, 627.

de leur gravité[98]. Dès lors, la preuve d'un conflit transfrontalier n'est plus à rapporter, des actes de moindre gravité pouvant désormais être qualifiés de crimes de guerre. De manière générale, l'apport des tribunaux pénaux internationaux a permis d'élargir ces crimes au-delà des *Conventions* ou du *Protocole additionnel I*, grâce à l'utilisation du droit coutumier[99]. L'expansion de leur domaine d'application est intégrée dans le *Statut de Rome*, comme en atteste son article 8[100]. Cet article contribue théoriquement à l'augmentation des actes pouvant relever de la compétence de la CPI[101]. D'ailleurs, cette question ne fut pas sans provoquer la crispation de certaines délégations comme les États-Unis qui se montrèrent favorables à la détermination d'un seuil limitant la compétence de la CPI[102].

Quant aux crimes contre l'humanité, l'extension se manifeste notamment par l'abandon de l'exigence d'un conflit armé. Portant initialement sur le caractère international du conflit au profit « d'un conflit armé, de caractère international ou interne »[103], il a ensuite été question de considérer comme suffisante la preuve d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile[104], ce que confirme la jurisprudence[105], participant selon Claus Kress, à une dilution de l'élément contextuel[106]. De même, l'extension se produit à cause de l'augmentation et de l'appréciation des crimes sous-jacents. Preuve en est avec la qualification d'« autres actes inhumains » qui est suffisamment vague pour per-

---

98 Voir *Le Procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) aux para 76–78 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/DQ2D-RAU4] [*Tadić* 1995]; *Le Procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-T, Jugement (7 mai 1997) au para 562 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/AD5N-LPZ8] [*Tadić* 1997].

99 Voir Bellivier, Eudes et Fouchard, *supra* note 75 au para 120.

100 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 8.

101 Par extension, l'article tend donc à démentir la position du Procureur dans l'affaire du Mavi Marmara (voir la section I-B-2-b, ci-dessous).

102 La délégation américaine arguait que la juridiction ne devait connaître que des crimes présentant un caractère exceptionnellement sérieux touchant la communauté internationale. Finalement, aucun seuil ne sera retenu, octroyant une compétence étendue au Procureur et à la CPI (voir *Diplomatic Conference* 26e séance, *supra* note 79).

103 *Statut du TPIY*, *supra* note 7, art 5.

104 Voir *Statut du TPIR*, *supra* note 1, art 3.

105 Voir *Tadić* 1995, *supra* note 98 au para 140.

106 Voir Claus Kress, « On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections » (2010) 23:4 Leiden J Intl L 855.

mettre d'inclure des comportements variés[107] au même titre que celui de « persécutions »[108]. Le recours à des expressions telle que « d'une gravité comparable » permet cette opération d'incrimination[109].

L'extension concerne enfin le crime de génocide. Par exemple, la jurisprudence a pu considérer qu'une seule personne pouvait être pénalement responsable d'un crime de génocide, abandonnant l'exigence d'un plan ou d'une politique visant des crimes systématiques[110]. De même, afin d'apprécier la gravité de l'atteinte à l'intégrité d'une victime, le TPIY juge que s'il n'est pas nécessaire qu'elle soit permanente ou irrémédiable, l'atteinte grave doit *a minima* hypothéquer sérieusement et durablement la capacité de la victime à mener une vie normale[111].

Cet étirement du domaine d'application des crimes internationaux est une solution positive dans le développement du droit international pénal. Sans amoindrir la gravité des crimes jugés, l'extension de leur domaine permet celle de la compétence des juridictions pénales internationales. Toutefois, la modulation de la compétence matérielle s'opère aussi dans le sens d'une restriction.

---

107 Voir Bellivier, Eudes et Fouchard, *supra* note 75 aux pp 129 et s; deGuzman, « How Serious », *supra* note 4.

108 Il s'agit là d'une catégorie de crimes très hétérogène, qui englobe toute sorte d'actes, même de gravité réduite comme des atteintes aux biens ou des interdictions professionnelles, qui sont commises dans un but discriminatoire. C'est l'intention discriminatoire qui donne à ce crime son caractère de gravité (voir *Tadić* 1997, *supra* note 98 aux para 715–17).

109 Voir par ex *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 7(1)(g); *Brima* 2008, *supra* note 42 au para 183.

110 Voir *Le Procureur c Goran Jelisić*, IT-95-10-A, Arrêt (5 juillet 2001) au para 48 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/KG39-BMY9]. *Contra Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009) aux para 147–61 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/CP6Q-R7NU].

111 Voir *Le Procureur c Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Jugement (2 août 2001) au para 513 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/9EYD-WCHW]. Par ailleurs l'atteinte doit être sérieuse (voir *Le Procureur c Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Jugement (31 juillet 2003) au para 516 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/5ZDE-PG73]). À l'inverse, le TPIR a maintenu un niveau de gravité plus élevé en exigeant qu'une atteinte grave à l'intégrité mentale doit recouvrir une atteinte plus grave qu'une atteinte mineure ou temporaire aux facultés mentales de la victime (voir *Le Procureur c Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T, Jugement et sentence (15 mai 2003) au para 321 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance III), en ligne : *ONU* <unictr.irmct.org> [perma.cc/YA23-WVC8] [*Semanza*]).

2. Restreindre la compétence au moyen de l'interprétation du facteur de gravité

À l'inverse des développements antérieurs, l'appréciation de la gravité engendre un mouvement de restriction de la compétence des juridictions pénales internationales, essentiellement dû à une interprétation subjective du facteur de gravité entre les différents organes. C'est précisément dans le cadre de la CPI où l'appréciation de la gravité appartient au Procureur et aux juges (a), qu'elle révèle sa subjectivité, comme en atteste la situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien (b).

a. L'appréciation de la gravité par le Procureur et les juges

La gravité est un facteur qui doit être considéré à différents stades de la procédure pénale internationale.

Au stade préliminaire, elle intervient dans les quatre phases d'examen des affaires qui ressortent de la lecture croisée des articles 15(2), 17 et 53(1) du *Statut de Rome*. La gravité est utilisée en amont de la procédure dès la sélection des affaires par le Bureau du Procureur. Qu'il s'agisse du renvoi d'une situation par un État partie, par le Conseil de sécurité ou *proprio motu* lorsque le Procureur décide lui-même d'enquêter[112], la gravité doit être systématiquement prise en compte car toute affaire est soumise aux conditions de recevabilité de l'article 17[113]. Elle est également appréciée lors de l'examen préliminaire, au moment de solliciter l'ouverture d'une enquête, étant évaluée tant par le Bureau du Procureur que par la Chambre préliminaire. Enfin, l'opportunité des

---

[112] Si l'ouverture de l'enquête se fait *proprio motu*, le Procureur doit demander l'autorisation à la Chambre préliminaire, conformément à l'article 15 du *Statut de Rome* (voir *supra* note 11). Cette dernière apprécie alors la demande d'après les articles 15, 17 et 53(1) du *Statut de Rome* (voir *ibid*; Raphaëlle Nollez-Goldbach, « Article 15 : Le Procureur » dans Fernandez, Pacreau et Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 1, 821 aux pp 829–33).

[113] Bien que l'exigence de gravité n'apparaisse pas dans l'hypothèse du renvoi d'une situation par un État partie (voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 14), la recevabilité est soumise aux conditions de l'article 17 et notamment le critère de la gravité (voir *ibid* art 17). Voir par ex *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (16 juin 2009) au para 87 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance II), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/3QBM-EUD2]. *Contra Situation en République islamique d'Afghanistan*, ICC-02/17 OA4, Judgment on the Appeal Against the Decision on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (5 mars 2020) aux para 19–46 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/3TVY-G69Z].

poursuites lui fait la part belle, comme le démontre l'article 53 du *Statut de Rome*[114].

Dès lors, l'appréciation de la gravité relève des organes de la CPI. Le Bureau du Procureur appréhende la gravité d'une situation ou d'une affaire à l'aune de l'échelle, de la nature, du mode opératoire et de l'impact des crimes sur les victimes, conformément à la norme 29(2) du *Règlement du Bureau du Procureur*[115].

Quant à la Chambre d'appel, son appréciation s'avère plus précise et étoffée. Déjà, les juges estiment que la gravité doit être appréciée au cas par cas, en tenant compte des faits spécifiques d'une affaire[116] et ce, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif[117]. Quantitativement, il est admis que le nombre de victimes peut être retenu[118], sans pour autant

---

[114] L'article 53 du *Statut de Rome* prévoit que:

> 1. Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine : [...] c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice. [...]
>
> 2. Si, après enquête, le Procureur conclut qu'il n'y a pas de base suffisante pour engager des poursuites : [...] c) Parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué ; il ou elle informe de sa conclusion et des raisons qui l'ont motivée la Chambre préliminaire et l'État qui lui a déféré la situation conformément à l'article 14, ou le Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b) (*Statut de Rome*, *supra* note 11, art 53).

[115] Voir *Règlement du Bureau du Procureur*, Doc off CPI, 2009, ICC-BD/05-01-09, norme 29(2) [*Règlement du Bureau du Procureur*]; Bureau du Procureur, « Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites » (2006) aux pp 5–6, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/3M85-L6NN] [Bureau du Procureur, « Rapport poursuites »].

[116] Voir *Le Procureur c Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18 OA, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense' (19 février 2020) au para 53 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/358R-JUR7] [*Al Hassan*].

[117] Voir *Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Décision relative à la confirmation des charges (version publique expurgée) (8 février 2010) au para 31 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/N936-YSWX] [*Abu Garda*].

[118] Voir *ibid*. À cet égard, la Chambre d'appel précise que, outre les victimes directes, les juges peuvent prendre en compte le nombre de victimes participant à la procédure, ce qui peut leur fournir des indications sur l'étendue du nombre de victimes (voir *Al Hassan*, *supra* note 116 au para 97).

faire figure de critère suffisant[119]. Quant à la qualité, l'ampleur et la nature des crimes allégués, la manière dont les crimes sont commis et les préjudices subis par les victimes constituent des éléments pertinents[120]. Les juges précisent aussi que la gravité s'apprécie différemment à l'ouverture d'une enquête sur une situation ou d'une affaire qui y est relative[121]. En effet, ils considèrent que le seuil de gravité requis s'ajoute à la gravité théorique des crimes prévus par le *Statut de Rome*[122]. En d'autres termes, le comportement en cause doit présenter certaines caractéristiques qui le rendent particulièrement grave[123]. Ensuite, au-delà de la gravité théorique commune liée à la qualification juridique des *core crimes*, les juges précisent que c'est le comportement des accusés qui tend à asseoir la gravité d'une affaire : le comportement en cause doit être systématique, c'est-à-dire constituer une série d'incidents survenus à grande échelle, et susciter l'indignation au sein de la communauté internationale[124]. Les chambres tiennent également compte de la position hiérarchique de l'accusé, du rôle qu'il a joué par ses actes ou omissions ainsi que du rôle qu'il a joué en tant que membre de l'appareil d'État dans la perpétration de l'ensemble des crimes relevant de la compétence de la CPI[125]. Concernant ces trois derniers éléments, les juges énoncent qu'ils sont tous évalués à partir d'un seuil de gravité supplémentaire prévu à l'article 17(1)(d), à la lumière du Préambule et de l'article premier du *Statut de Rome*[126]. Les chambres défendent une vision de la complémentarité positive, dans laquelle la compétence de la CPI est limitée aux « affaires contre les plus hauts dirigeants suspectés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes [...] et qui auraient été commis dans toute situation faisant l'objet d'une enquête »[127].

---

119 Voir *Al Hassan*, *supra* note 116 au para 97; Eudes, *supra* note 97 à la p 638.

120 Voir *Le Procureur c Francis Kirimi Muthaura*, ICC-01/09-02/11, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (version publique expurgée) (23 janvier 2012) au para 50 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/3C25-7JRQ].

121 Voir *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58 (20 février 2006) au para 44 (Cour pénale internationale, Chambre Préliminaire I), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/23NB-3QEC] [*Lubanga* 2006].

122 Voir *ibid* au para 41.

123 Voir *ibid* au para 45.

124 Voir *ibid* au para 46.

125 Voir *ibid* aux para 51–52.

126 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, Préambule, arts 1, 17(1)(d).

127 *Lubanga* 2006, *supra* note 121 au para 50.

Deux difficultés ressortent des développements précédents, qui tiennent toutes deux à l'appréciation subjective de la gravité. Premièrement, dans sa prise en compte, le facteur ne profite pas de critères ou d'indications quant à sa quantification, ce qui ne permet pas de conclure à l'existence d'un seuil concret. Deuxièmement, cette absence d'indication est propice à la naissance de divergences, comme en attestent les documents de politique générale. Dans un premier document de 2003, le Procureur émet le souhait d'enquêter sur toute situation portée à sa connaissance. Le document évoque le fait que « le Bureau du Procureur pourrait être saisi de plus d'une situation à la fois, certaines ou toutes impliquant un nombre inconnu de victimes ainsi qu'un certain nombre d'auteurs présumés »[128]. Cela implique une acception particulièrement souple de la gravité. Peut-être la mise en place récente de la CPI et la nécessité d'élaborer et d'affiner le contenu de la politique pénale justifiaient pareille largesse. Dans un autre document datant quant à lui de 2016, le Bureau du Procureur concentre son action sur les crimes présentant une gravité importante[129]. Se fondant sur la gravité de l'article 17 du *Statut de Rome*, le Procureur nuance son propos et précise qu'il peut appliquer « des conditions plus strictes que celles qui sont légalement exigées pour déterminer la recevabilité [d'une affaire] »[130]. La gravité repose alors essentiellement sur des considérations subjectives, comme en témoignent les divergences entre le Procureur et la Chambre préliminaire, à propos de la *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien*[131].

b. Aperçu de la subjectivité dans l'appréciation de la gravité : exemple pris de la Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien

Cette affaire, également appelée affaire du Mavi Marmara, est symptomatique des difficultés suscitées par l'appréciation de la gravité au stade préliminaire. Pour rappel, le Bureau du Procureur était saisi par l'Union des Comores d'une affaire opposant Israël (à l'origine d'un blocus de la bande de Gaza) à une flottille dénommée *Gaza Freedom Flotilla*. Composée de huit navires ayant pour objectif affiché « de livrer de l'aide à

---

128 Bureau du Procureur, « Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur » (2003) à la p 7, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/GU85-CS9A].

129 Voir Bureau du Procureur, « Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires » (2016) au para 35, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/6LZX-65HJ] [Bureau du Procureur, « Document relatif à la sélection et à la hiérarchisation »].

130 *Ibid.*

131 L'ensemble des documents relatifs à cette affaire sont accessibles en ligne (voir généralement « Navires battant pavillon », *supra* note 24).

Gaza, de briser le blocus israélien et d'attirer l'attention de la communauté internationale sur la situation de cette zone et sur les conséquences du blocus »[132], une partie de la flottille est interceptée puis arraisonnée par les forces israéliennes. Une fois débarqués, les passagers font l'objet de mesures privatives de liberté. D'après les différents rapports établis à propos de cet incident[133], l'opération provoque la mort d'environ dix personnes (à bord du Mavi Marmara), d'une cinquantaine de blessées ainsi qu'une centaine d'atteintes à la dignité, de tortures ou traitements inhumains.

Lors de l'examen préliminaire, le Procureur refuse d'ouvrir une enquête en raison de l'insuffisante gravité des faits[134]. Trois arguments principaux viennent au soutien de sa décision. Premièrement, la compétence de la CPI dans cette affaire se limite à trois navires[135]. Deuxièmement, cette limite, qui restreignait d'autant l'étendue des dommages, implique conséquemment un faible nombre de victimes[136]. Troisièmement, l'absence de facteurs qualitatifs ne permet pas d'ajouter à la gravité des faits relevant de la situation[137]. En revanche, c'est là un élément déroutant, le Procureur conclut que « les informations disponibles fournissent une base raisonnable pour croire que des crimes de guerre relevant de la compétence de la Cour ont été commis »[138] [notre traduction].

---

132 Bureau du Procureur, « Rapport sur les activités menées en 2013 en matière d'examen préliminaire » (2013) au para 91, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/6TBH-P8UW].

133 La situation a fait l'objet d'une Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies, qui a rendu son rapport en septembre 2010 (voir *Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits*, Doc off CDH, 2009, annexe, Doc NU A/64/490, 3; *Deuxième suite au rapport de la Mission d'établissement des faits des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, Doc off CDH, 2010, 64e sess, Doc NU A/64/890, 4), ainsi que d'une enquête réalisée par un panel d'experts nommé par le Secrétaire général des Nations Unies, qui a publié son rapport en septembre 2011 (voir Sir Geoffrey Palmer et al, « Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident » (2011), en ligne (pdf) : *Bibliothèque numérique des Nations Unies* <digitallibrary.un.org> [perma.cc/T3DK-8P5P]). Les gouvernements turc et israélien ont également mené leurs propres enquêtes.

134 Voir Le Bureau du Procureur, « Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien : Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut » (2014) au para 25, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/CP2K-6SKC].

135 Voir *ibid*.

136 Voir *ibid*.

137 Voir *ibid*.

138 Précisément il s'agit du fait de tuer intentionnellement (voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 8(2)(a)(i)), de porter intentionnellement des atteintes graves à l'intégrité physique et à la santé (voir *ibid*, art 8(2)(a)(iii)), de porter atteinte à la dignité de la personne (voir *ibid*, art 8(2)(b)(xxi)) et de la direction intentionnelle d'une attaque

Ce dernier élément nous enseigne qu'il ne s'agit pas pour l'accusation de conclure à l'inexistence des crimes. Au contraire, les conclusions tendent à démontrer que, lorsqu'ils sont appréciés dans leur contexte, des crimes internationaux relevant du champ de compétence de la CPI, théoriquement considérés comme les plus graves, sont considérés comme insuffisamment graves pour emporter compétence juridictionnelle de celle-ci. Autrement dit, dans l'échelle des crimes les plus graves, un ordre de gravité se dessine, permettant de hiérarchiser les crimes et d'exclure ceux d'une gravité insuffisante pour emporter la compétence de la CPI.

Par ailleurs, un paradoxe se fait jour à la lecture de la décision du Bureau du Procureur qui relève des versions contradictoires dans l'établissement des faits et l'amène à conclure à l'insuffisance d'éléments de preuves[139]. Pourtant, une telle constatation va à l'encontre de sa propre stratégie de poursuite, selon laquelle « [l]a volonté d'approfondir les enquêtes renvoie à la nouvelle approche du Bureau qui consiste à recueillir de plus en plus des éléments de preuve plus variés à l'appui de ses dossiers »[140].

Après plusieurs échanges de vues entre les parties, la Chambre préliminaire I est saisie de l'affaire et rend une première décision le 16 juillet 2015 à l'occasion de laquelle elle infirme celle du Bureau du Procureur[141]. À rebours des conclusions de celui-ci, les juges évoquent que l'objectif principal de l'enquête tend à apporter des éclaircissements sur l'existence de crimes internationaux d'une gravité suffisante[142]. En d'autres termes, l'ouverture d'une enquête aurait dû permettre d'éclaircir les doutes évoqués par le Procureur et provoqués par le caractère contradictoire des versions des parties. C'est une vision particulièrement souple et large du stade des « pré-enquêtes » que nous livre la Chambre préliminaire, conférant à l'enquête une fonction décisive dans l'affinage de la gravité et per-

---

contre deux biens de caractère civil (voir *ibid*, art (8(2)(b)(ii)); Le Bureau du Procureur, « Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia : Article 53(1) Report » (2014) à l'annexe A au para 149, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/QHD4-VUW4]).

139 Voir *ibid*.

140 Le Bureau du Procureur « Plan stratégique 2016–2018 » (2015) au para 34, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/Z4X6-7M9L] [Bureau du Procureur, « Plan stratégique 2016-2018 »].

141 *Situation on Registered Vessels of Comoros, the Hellenic Republic and Cambodia*, ICC-01/13, Decision on the Request of the Union of the Comoros to Review the Prosecutor's Decision Not to Initiate an Investigation (version publique) (16 juillet 2015) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/BYY2-5ZUN] [*Registered Vessels* 2015].

142 Voir *ibid* au para 13.

mettant d'exclure ou d'inclure les situations portées à la connaissance du Procureur dans le champ des activités de la CPI.

Plus précisément, quatre points sont développés par la Chambre préliminaire. Premier point, elle considère que le fait de ne pas avoir recherché les personnes susceptibles de faire l'objet d'une enquête était une erreur. Si tel avait été le cas, ces éléments auraient permis d'apporter des critères qualitatifs à l'examen de la gravité[143], ce que le Procureur déplorait par ailleurs. Deuxième point, les juges reviennent sur le nombre de victimes et procèdent à une comparaison avec d'autres affaires et notamment l'affaire *Abu Garda*, où la gravité était quantitativement inférieure[144], mais qui a fait l'objet poursuites[145]. Troisième point, la Chambre s'intéresse à la nature des crimes et évoque « la gravité relative des éventuelles qualifications juridiques des faits apparents » [notre traduction][146]. Enfin quatrième point, l'accusation omet d'examiner certains faits dans l'évaluation de la gravité et notamment le mode de commission des crimes. Précisément, les juges pointent du doigt l'incohérence dans la décision du Procureur, laquelle admet des contradictions quant à l'existence de tirs antérieurs à l'arraisonnement du Mavi Marmara. Selon la Chambre préliminaire, si les tirs avaient été antérieurs à l'arraisonnement, ils permettraient de démontrer une intention préalable d'attaquer et de tuer[147]. Ceci justifie dès lors une gravité certaine et suffisante[148]. Les juges dénoncent l'absence d'enquête de la part du Procureur qui, tout en admettant un doute sur le degré de gravité, ne prend pas la peine de lever ce dernier. En définitive et c'est là une nuance importante, l'arrêt de la Chambre préliminaire n'affirme pas que les crimes commis sont graves. En revanche, elle juge que les différents éléments de faits, parfois contradictoires entre les versions des parties, laissent subsister un doute quant à leur degré de gravité, justifiant alors l'ouverture d'une enquête.

Après un réexamen en 2017[149] et une seconde décision de la Chambre de première instance concluant à son insuffisance[150], la Chambre d'appel

---

143 Voir *ibid* aux para 22–24.

144 Dans l'affaire *Abu Garba*, la Chambre préliminaire a jugé que, malgré le peu de victime, l'affaire était qualitativement grave car la mission de maintien de la paix avait été fortement perturbée, ce qui avait eu des conséquences négatives pour la protection des civils au Darfour (voir *Abu Garba*, *supra* note 117 au para 33).

145 Voir *Registered Vessels* 2015, *supra* note 141 au para 26.

146 *Ibid* aux para 27–28.

147 Voir *ibid* au para 36.

148 Voir *ibid*.

149 Voir *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, ICC-01/13-57-Anx1, Final Decision of the Prosecution Concerning the "Article 53(1) Report" (29 no-

dans un arrêt du 2 septembre 2019 juge le réexamen de la Procureure insuffisant[151]. Selon elle, la Procureure ne se fonde que sur des arguments évoqués par les parties lors de l'instance de 2015, ignorant alors les instructions de la Chambre préliminaire[152]. La Chambre d'appel fait néanmoins preuve de précaution et précise que si la Chambre préliminaire peut contraindre la Procureure à considérer certains éléments factuels, il ne lui appartient pas de le diriger dans l'évaluation des informations[153]. Autrement dit, la Chambre préliminaire impose à la Procureure de tenir compte et d'évaluer les éléments de faits afin de déterminer la suffisance de la gravité, sans pouvoir la contraindre à ouvrir une enquête. À cet égard, la Chambre d'appel vient au secours de l'indépendance de la Procureure, mais insiste sur l'intérêt qu'il y a d'enquêter en cas de doute sur la gravité[154].

L'affaire montre les tensions existantes entre les différents organes de la CPI et attribuables à la subjectivité inhérente à l'appréciation de la gravité. Dans le même temps, la Chambre d'appel échoue à encadrer les

---

vembre 2017) (Cour pénale internationale), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/P36T-JD2L]

150 Voir *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, ICC-01/13, Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros' (15 novembre 2018), (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/8E3X-86BZ].

151 Voir *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13 OA 2, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's 'Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros' (2 septembre 2019) (Cour pénale internationale, Chambre d'appel), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/V8TQ-RQU7].

152 Voir *ibid* au para 73.

153 Voir *ibid* aux para 80–82.

154 L'appréciation de la Chambre d'appel n'a pas été remise en cause par l'arrêt rendu ultérieurement par la Chambre préliminaire I. Concrètement, l'arrêt met fin à l'examen préliminaire sans abonder dans le sens du Bureau du Procureur. Au contraire, les juges maintiennent leur position initiale, corrigent leur analyse à l'aune de l'arrêt de la Chambre d'appel et insistent véritablement sur l'appréciation que devrait mener le Procureur. Sans imposer la prise en compte de certains éléments pour conclure à la gravité suffisante des faits, les juges énoncent que l'analyse à laquelle s'est livrée le Procureur n'est pas conforme au standard de la preuve exigé par le *Statut de Rome* au stade des pré-enquêtes, à savoir « une base raisonnable de croire ». Mais les juges n'en restent pas là et interpellent la Chambre d'appel afin qu'elle clarifie sa position quant à l'étendue des pouvoirs dont ils disposent afin d'ordonner au Procureur de reconsidérer sa décision de ne pas enquêter (voir *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Comoros' (16 septembre 2020) aux para 102, 111 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : *CPI* < www.icc-cpi.int> [perma.cc/8JTV-Z2EG]).

pouvoirs du Procureur[155]. Sans remettre en cause l'indépendance de celui-ci, les juges avaient l'opportunité d'imposer à l'accusation de motiver ses choix d'enquêter et de poursuivre par des considérations plus précises. De telles considérations pouvaient inclure la recherche d'un effet dissuasif aux potentiels auteurs de pareilles exactions[156], la volonté de favoriser les poursuites nationales[157], l'existence d'une affaire essentielle pour le développement du droit ou le souci de ne pas interférer avec des processus transitionnels déjà existants et délicats. Gilbert Bitti perçoit une « utilisation [...] de plus en plus abusive de la part du Procureur » du facteur[158], qui rend d'autant plus impérative la nécessité de ne pas en faire un élément de langage qui justifierait, sans les démontrer, les choix du Bureau.

Peut-être certaines considérations plus pragmatiques peuvent justifier la position du Procureur. Les différents plans stratégiques du Bureau du Procureur s'en font l'écho lorsqu'ils dénoncent l'insuffisance des moyens et la volonté des parties d'une réponse rapide et transparente[159]. Ces éléments peuvent être les causes d'un traitement sommaire de certaines situations, où les facteurs juridiques telle la gravité des crimes sont appréciés dans l'optique de parvenir rapidement et efficacement au terme de l'examen préliminaire[160]. À cet égard nous regrettons, même si nous

---

155 Pour un exemple d'une tentative d'encadrement par la Chambre préliminaire, voir *Lubanga* 2006, *supra* note 121. Elle fut désavouée par la Chambre d'appel (voir *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-169-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58 » (version confidentielle rendue publique) (13 juillet 2006) (Cour pénale internationale, Chambre d'appel), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/GX5X-5FT6]). Gilbert Bitti, qui reprend les propos de Mireille Delmas-Marty, considère que le refus de la Chambre d'appel est difficilement compréhensible ou acceptable (voir Gilbert Bitti, « Article 53 : Ouverture d'une enquête » dans Fernandez, Pacreau, Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 2, 1447 à la p 1473 [Bitti, « Article 53 »], citant Mireille Delmas-Marty, « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal » (2005) R Science Crim & Dr pénal comparé 473).

156 Voir Bureau du Procureur, « Plan stratégique 2016-2018 », *supra* note 140 au para 54.

157 Voir *ibid*.

158 Bitti, « Article 53 », *supra* note 155 à la p 1474.

159 Cour pénale internationale, Bureau du Procureur, « Plan stratégique 2019-2021 » (2019) au para 18, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/9HRF-Y9DC] [Bureau de Procureur, « Plan stratégique 2019-21 »].

160 D'ailleurs la longueur des examens préliminaires a été pointée du doigt en 2020 dans le rapport du groupe d'experts indépendants ayant fait l'examen de la Cour pénale internationale et du Système du Statut de Rome (voir Assemblée des États parties de la CPI, *Examen de la Cour pénale internationale et du Système du Statut de Rome par des experts indépendants*, Doc off, 19e sess, 16e séance, Doc ICC-ASP/19/16 (2020) aux para 680–93).

l'entendons, une vision de plus en plus technocratique imposée au Bureau du Procureur dans la gestion des flux[161].

De surcroît, en jugeant l'affaire *Al Mahdi* suffisamment grave pour justifier la compétence de la CPI, les juges et le Procureur ont apporté d'autant plus de confusion quant au domaine de compétence de cette dernière. Comme l'explique Gilbert Bitti :

> C'est la première fois dans l'histoire de la CPI qu'une affaire qui ne concerne que des atteintes aux biens est considérée à la fois par le Procureur et par la Chambre préliminaire comme suffisamment grave pour que la Cour y donne suite. Cette affaire aura probablement un impact important sur l'appréciation du critère de la gravité des affaires au regard de l'article 17-1-d du Statut. En effet, il sera difficile à l'avenir, notamment pour le Procureur, de soutenir qu'une affaire qui concerne seulement un nombre limité d'atteintes aux personnes n'est pas suffisamment grave au regard de l'article 17-1-d du Statut[162].

Mise en perspective avec l'affaire du Mavi Marmara, force est de constater que la gravité fait l'objet d'un traitement distinct. Ce traitement est fondé essentiellement sur l'appréciation subjective des organes de la Cour, créant un besoin d'homogénéiser l'utilisation de la gravité en droit international pénal.

II. Homogénéiser l'utilisation de la gravité en droit international pénal

Il ressort des développements précédents que les difficultés nées de l'appréciation de la gravité prennent corps à travers la question de la hiérarchisation des crimes internationaux. En ce sens un auteur écrit : « Ce qu'il faudrait définir, c'est une notion de gravité dans le contexte du Sta-

---

161 Le Bureau du Procureur évoque :

> La Division des enquêtes, qui détermine systématiquement depuis plusieurs années les moyens de réaliser des gains d'efficacité et des économies, intensifiera ses efforts pour accroître la cadence et l'efficacité de ses activités. De même, la Division des enquêtes et la Division des poursuites étudieront les moyens d'optimiser leur analyse factuelle et juridique. Ainsi, la Division des poursuites a déjà commencé à uniformiser et à améliorer l'efficacité de ses processus de communication des preuves. La Section de la gestion de l'information, des connaissances et des éléments de preuve (IKEMS), quant à elle, travaillera avec le Greffe pour déterminer comment l'automatisation pourrait éventuellement permettre de dégager davantage de ressources (Bureau de Procureur, « Plan stratégique 2019-21 », *supra* note 159 au para 26).

162 Gilbert Bitti, « La jurisprudence de la Cour pénale internationale en 2015 : le développement de nouveaux contentieux » dans Jean-Pierre Massias, Xavier Philippe et Pascal Plas, dir, *Annuaire de Justice pénale internationale & transitionnelle*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, 393 à la p 399.

tut de la CPI. Or, cela impliquerait de se poser la question de la hiérarchie des crimes en droit international pénal, exercice que les juges, comme un grand nombre de commentateurs, se refusent à faire »[163]. Nonobstant ces constats, la lecture de la jurisprudence en matière de détermination des peines nous a permis d'identifier une hiérarchie des crimes internationaux (A). Cette hiérarchie s'avère néanmoins insuffisante, c'est pourquoi nous proposons de la compléter par la fixation de critères de détermination de la gravité (B).

A. Hiérarchiser les crimes grâce à la détermination des peines

La gravité se retrouve au cœur de la problématique des peines. Pour fixer le quantum de la peine, les juges ont recours à une appréciation *in concreto* de la gravité. Or, une appréciation *in abstracto* permettrait de la redéfinir dans le contexte du *Statut de Rome* et de décomposer la gravité abstraite des crimes. En tout état de cause, la gravité est le critère déterminant dans l'appréciation des peines (1). Les peines prononcées par les juges montreront réciproquement une hiérarchisation des crimes qui nous permettra d'induire des degrés de gravité (2).

1. La gravité pour apprécier les peines

En matière de détermination des peines, la norme de sanction repose sur l'affirmation implicite que les crimes de la compétence des juridictions pénales internationales sont les plus graves. En effet, les textes prévoient seulement une peine maximale d'emprisonnement à vie pour les juridictions *ad hoc* et dans le cadre de la CPI, une peine à temps de trente ans ou, sous certaines conditions, un emprisonnement à vie. De cette manière, le législateur international adapte la norme de sanction à la gravité des crimes[164].

Dans le même temps, la gravité fait office de limite à la sévérité des peines. L'article 77(1)(b) du *Statut de Rome* prévoit que les juges peuvent prononcer une peine d'emprisonnement à perpétuité[165]. À l'instar des tribunaux *ad hoc*, les rédacteurs du *Statut de Rome* ont jugé utile de conditionner le prononcé de telles peines à la caractérisation de « l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné »[166]. Aucune in-

---

163 Jacobs, *supra* note 66 à la p 1663.

164 Voir Jouette, *supra* note 4 aux para 138–41.

165 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 77(1)(b)

166 *Ibid*. La limitation de la peine perpétuelle est un symbole important pour la justice internationale pénale qui, jusqu'alors ne circonscrivait pas l'imposition d'une telle peine. Le *Statut de Rome*, tout en préservant les divergences de vues des délégations quant aux peines, est en progression par rapport aux tribunaux *ad hoc*. En effet, le droit ap-

dication n'est fournie quant à la substance de l'expression « extrême gravité » car, pour l'heure, aucune peine perpétuelle n'a été prononcée par la CPI. La sentence dans l'affaire *Ntaganda* offre néanmoins quelques pistes de réflexion, l'accusé ayant été condamné à une peine de trente ans d'emprisonnement pour de nombreux crimes contre l'humanité et crimes de guerre, notamment de nombreux crimes sexuels[167]. Par conséquent, à l'argument du représentant des victimes sollicitant l'infliction d'une peine perpétuelle, la Chambre répond que :

> [C]onstatant le chevauchement des comportements entre une partie de ces crimes, et sur la base de toutes les autres considérations pertinentes en l'espèce, nonobstant le fait qu'il n'y a pas de circonstances atténuantes à prendre en compte, la Chambre constate que les crimes pour lesquels M. Ntaganda a été condamné, malgré leur gravité et son degré de culpabilité, ne justifient néanmoins pas une peine d'emprisonnement à vie [notre traduction][168].

Dans cette affaire, les juges ont estimé que les crimes commis durant la première et la deuxième opération faisaient partie de la même campagne militaire et constituaient une succession logique d'événements. Par une interprétation *a contrario*, nous émettons l'hypothèse que l'extrême gravité des crimes est caractérisée par l'existence d'un nombre important de crimes de natures diverses, qui ne présenteraient aucune similitude contextuelle. En outre, l'existence de nombreuses circonstances aggravantes permettrait de caractériser l'extrême gravité et autoriserait les juges à infliger une peine d'emprisonnement à vie.

Enfin, les textes imposent aux juges la prise en compte d'un facteur de gravité. À l'exception des CETC, les statuts prévoient que lorsqu'ils déterminent la peine, les juges doivent tenir compte de la gravité de

---

plicable devant ces derniers ne prévoyait pas d'échelle de peine mais seulement l'imposition d'un maximum : l'emprisonnement à perpétuité. Ainsi, le passage du principe d'une peine d'emprisonnement à perpétuité à celui d'une peine d'emprisonnement à temps où la perpétuité fait figure d'exception est un progrès. Voir par ex *Création d'une cour criminelle internationale*, Rés 49/53, Doc off AG NU, 49e sess, supp no 43, Doc NU A/RES/49/53 (1995); *Rapport du groupe de travail sur les peines*, Doc off AG NU, 1997, annexe IV et V, Doc NU A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 aux pp 62, 65. Voir aussi Isabelle Fouchard, *Crimes internationaux : Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014 à la p 79.

[167] Voir *Le Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Sentencing Judgement (version publique) (7 novembre 2019) (Cour pénale internationale, Chambre de première instance VI), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/CH62-THEQ] [*Ntaganda*].

[168] *Ibid* au para 251.

l'infraction[169]. De l'aveu des juges, ce facteur « est une considération principale dans le prononcé d'une peine » [notre traduction][170].

Pour ce faire, ils procèdent essentiellement à une appréciation *in concreto*. Les tribunaux pénaux internationaux se refusaient[171], sauf quelques exceptions ponctuelles[172], à se livrer à une appréciation *in abstracto*. Une

---

[169] Voir *Statut du TPIY*, *supra* note 7, art 24; *Statut du TPIR*, *supra* note 1, art 23; *Statut du Mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux*, Doc off CS NU, 2010, annexe, Doc NU S/RES/1966, 4, art 22; *Statut du TSSL*, *supra* note 9, art 19; *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 78.

La gravité est un facteur parmi d'autres :

> Des facteurs juridiques « communs » tels la gravité des crimes, la situation personnelle des condamnés, les circonstances atténuantes et aggravantes, le temps pendant lequel la personne condamnée a déjà purgé une peine imposée à raison du même acte par une juridiction interne et le temps passé en détention avant jugement. D'autres semblent plus spécifiques à certaines juridictions, tels les tribunaux *ad hoc* et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone qui emploient la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux internes. Telle encore le Statut de la Cour pénale internationale dans lequel la détermination des peines par le juge est plus précise. L'infliction d'une peine d'emprisonnement à vie doit être caractérisée si « *l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient* ». Quant au Règlement de procédure et de preuve de la même Cour, il prévoit que les juges prennent en considération « *des facteurs atténuants et les facteurs aggravants, et tient compte à la fois de la situation de la personne condamnée et des circonstances du crime* », circonscrit leur domaine d'application ainsi que celui des circonstances atténuantes et établit une liste non exhaustive des circonstances aggravantes (Jouette, *supra* note 4 au para 11 [italiques dans l'original]).

[170] *Ntaganda*, *supra* note 167 au para 14. Voir aussi *Le Procureur c Zejnil Delalić*, IT-96-21-T, Jugement (16 novembre 1998) au para 1225 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/4VNX-CJ4Z]; *Le Procureur c Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Arrêt (24 mars 2000) au para 182 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/BHZ4-H7PL]; *Léonidas Nshogoza c Le Procureur*, ICTR-2007-91-A, Arrêt (15 mars 2010) au para 98 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel), en ligne : *TPIR* <www.unictr.irmct.org> [perma.cc/4J23-QBXZ]; *Ferdinand Nahimana c Le Procureur*, ICTR-99-52-A, Arrêt (28 novembre 2007) au para 1060 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel), en ligne : *TPIR* <www.unictr.irmct.org> [perma.cc/PY8J-ZC5J].

[171] Voir *Le Procureur c Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement (22 février 2001) au para 851 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/EUZ8-W79S]; *Le Procureur c Milan Simić*, IT-95-9/2-S, Jugement portant condamnation (17 octobre 2002) aux para 34 et s (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/HS9L-DCHY].

[172] Voir *Erdemovic* chambre de première instance note 48 aux para 25–40; *Erdemovic* Juges Mcdonald et Vorah, *supra* note 69 au para 21; *Erdemovic* Juge Li, *supra* note 71

raison à cela, en lien avec la question de la hiérarchisation des crimes internationaux, intéresse l'état du développement du droit international pénal. En effet, l'absence de hiérarchisation desdits crimes a aussi pour conséquence l'absence d'une échelle de la peine d'emprisonne-ment[173]. Dans la mesure où les crimes internationaux sont sujets à de nombreuses mutations[174], l'absence d'une appréciation *in abstracto* des crimes permettait d'éviter une hiérarchisation indirecte et l'élaboration prétorienne d'une échelle de la peine d'emprisonnement. De cette façon, les juges se préservaient une marge confortable dans le choix de la peine. D'ailleurs, c'est ce qu'ils affirment lorsqu'ils énoncent que la jurisprudence du TPIY n'étant pas arrêtée en ce qui concerne la hiérarchisation des crimes internationaux, la chambre se limite « à une appréciation de la gravité basée sur les circonstances de l'espèce »[175].

Tel n'est plus le cas devant la CPI qui mesure l'intérêt de développer une appréciation *in abstracto*. Elle profite de la détermination des peines et de la disjonction du procès permise par le *Statut de Rome*[176] pour y procéder. Partant, les juges affirment dès 2014 que « [c]hacun des crimes objets de la déclaration de culpabilité ne revêt pas obligatoirement la même gravité et il appartiendra à la Chambre d'évaluer leur nature exacte en distinguant, par exemple, selon qu'ils visaient des personnes ou seulement des biens »[177]. Cette position a été réaffirmée plus récemment dans les affaires *Al Mahdi*[178] et *Ntaganda*[179]. Dans la seconde, les juges ont entériné la tendance en faveur d'une appréciation abstraite de la gravité des crimes[180]. Par ailleurs, cette position est confortée par l'article 78(3) du

---

aux para 19–26; *Le Procureur c Georges Ruggiu*, ICTR-97-32-I, Judgment and Sentence (1 juin 2000) aux para 13 et s (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance), en ligne : *TPIR* <www.unictr.org> [perma.cc/X76R-ZK6S]; *Le Procureur c Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment (2 septembre 1998) au para 560 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance), en ligne : *TPIR* <www.unictr.org> [perma.cc/4KVW-YYNL].

173 Voir Scalia, « Peines et juridictions », *supra* note 4 à la p 347.

174 Voir les sections I-B-1 et I-B-2, ci-dessus.

175 *Le Procureur c Tihomir Blaškic*, IT-95-14-T, Jugement (3 mars 2000) au para 802 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/7TLP-UUKM] [*Blaškic*].

176 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 76(2).

177 *Katanga* 2014, *supra* note 95 au para 43.

178 Voir *Al Mahdi, supra* note 96 au para 72.

179 Voir *Ntaganda*, *supra* note 167 au para 14.

180 Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 78(3). Les juges énoncent :

> La gravité est une considération principale dans l'imposition d'une peine. Bien qu'il s'agisse des crimes les plus graves qui concernent la communauté internationale, dans l'abstrait, tous les crimes prévus par le Statut ne sont pas néces-

Statut de Rome qui contraint les juges à prononcer plusieurs peines distinctes et ensuite seulement une peine globale, résultat de la confusion ou du cumul des précédentes[181]. Ces développements jurisprudentiels montrent qu'une distinction s'opère entre les atteintes aux personnes et aux biens, instituant dès lors des ordres de gravité différents, ce que corroborent par ailleurs les peines prononcées.

2. Les peines pour apprécier la gravité

La pratique des juges de la CPI démontre que ceux-ci sont de plus en plus enclins à favoriser une hiérarchisation des valeurs protégées par certaines infractions particulières[182].

---

sairement d'une gravité équivalente et la Chambre doit peser chacun d'entre eux, en distinguant, par exemple, les crimes contre les personnes et les crimes contre les biens. Même s'ils sont intrinsèquement graves, et compte tenu de l'impact considérable que les crimes contre les biens peuvent avoir sur les victimes, ces crimes sont généralement d'une gravité moindre que les crimes contre les personnes [notre traduction] (*Ntaganda*, *supra* note 167 au para 14).

181 Auparavant, les juges des TPI avaient développé le critère de totalité, les conduisant à prononcer une peine unique à l'encontre d'un individu condamné pour plusieurs crimes de différentes natures. Or, cette pratique conduit à ne pas rendre suffisamment compte de la part de chaque crime dans la peine totalement prononcée. Au-delà, elle empêche l'élaboration *a posteriori* d'une échelle de peines.

182 En effet, par le passé, les juges des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* se sont refusés à procéder à une hiérarchisation des crimes internationaux. Voir *Le Procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-A et IT-94-1-A *bis*, Arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence (26 janvier 2000) au para 69 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/JCB8-PYXY]; *Blaškic*, *supra* note 175 au para 802; *Le Procureur c Anto Furundzija*, IT-95-17/1-A, Arrêt relatif à la sentence (21 juillet 2000) aux para 246 et s (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/6FQV-8WMP]; *Contra Semanza*, *supra* note 111 aux para 563–64.

Sur les questions de hiérarchisation des *core crimes*, voir Rafaëlle Maison, « Les frontières entre les crimes relevant de la compétence des tribunaux pénaux internationaux » dans Paul Tavernier et Céline Renaut, dir, *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 7 aux pp 11–14; Allison Marston Danner, « Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing » (2001) 87:3 Va L Rev 415; Hervé Ascensio, « Crimes de masse et responsabilité individuelle » dans Juristes sans frontières, dir, *Le Tribunal Pénal International de La Haye : Le droit à l'épreuve de la "purification ethnique"*, Paris, L'Harmattan, 2000, 129 aux pp 135–36. D'autres auteurs voient, à travers l'interprétation des articles 31(1)(c), 33(2) et 124 du *Statut de Rome*, des indices qui permettent de conclure à un degré de gravité plus élevé concernant les crimes contre l'humanité et le génocide (voir William A Schabas, « Chapter 35 Penalties » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John RWD Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol 2, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2002, 1497 à la p 1506; Scalia, « Peines et juridictions », *supra* note 4 à la p

De ce fait, les juges amorcent une hiérarchisation des crimes entre d'un côté ceux portant atteinte aux personnes et d'un autre côté ceux portant atteinte aux biens. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance distingue entre les crimes de meurtre et d'attaque contre la population civile d'une part, et les crimes de destruction et de pillage de l'autre, avant de conclure que les premiers entraînent l'imposition d'une peine plus sévère[183]. Cette distinction concerne également la qualification d'atteintes aux biens culturels, jugée fondamentalement graves, mais « moins [grave] que les crimes contre les personnes »[184]. Cela se confirme à travers le *quantum* des peines infligées pour les atteintes aux biens, plus faible que celui des atteintes aux personnes[185].

À l'opposé des atteintes aux biens, l'exercice de la justice internationale pénale se polarise autour d'autres infractions plus sévèrement sanctionnées. Il s'agit par exemple des atteintes sexuelles et sexistes et des atteintes contre les enfants. L'impulsion est essentiellement donnée par le Bureau du Procureur qui axe sa politique pénale à cette fin[186]. Les juges

---

350; Micaela Frulli, « Are Crimes Against Humanity More Serious Than War Crimes? » (2001) 12:2 Eur J Intl L 329 à la p 338).

183 Voir *Katanga* 2014, *supra* note 95 au para 145.

184 *Al Mahdi, supra* note 96 au para 77. Dans cette affaire, malgré la prise en compte de son plaidoyer de culpabilité au titre des circonstances atténuantes, les juges insistent sur l'importance limitée de cet élément dans la peine prononcée. En effet, la CPI accorde un poids important à l'aveu de culpabilité (voir *ibid* au para 100). Or, dans la présente espèce, cette précision est d'ordre général. En l'occurrence, l'aveu de l'accusé a vu sa portée limitée en termes de réduction de peines, au même titre que sa coopération avec l'accusation (voir *ibid* au para 97), ce que confirme également la CPI lorsqu'elle nuance son développement en affirmant que : « [c]ela dit, la Chambre relève qu'il a été fait alors que des preuves accablantes attestaient de la culpabilité d'Ahmad Al Mahdi » (*ibid* au para 100). Ajoutons également que la peine requise varie de neuf à onze ans d'emprisonnement (voir *ibid* au para 106).

185 Voir *Le Procureur c Pavle Strugar*, IT-01-04-T, Jugement (31 janvier 2005) au para 474 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/7SXL-NBD5]; *Le Procureur c Zoran Kupreškić*, IT-95-16-T, Jugement (14 janvier 2000) aux pp 344–47 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : *TPIY* <www.icty.org> [perma.cc/ZQ9B-W5MJ]; *Le Procureur c Issa Hassan Sesay*, SCSL-04-15-T, Sentencing Judgement (8 avril 2009) aux pp 93–98 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance I), en ligne : *TSSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/YV7F-AZ3F] [*Sesay*]; *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut (21 juin 2016) à la p 53 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance III), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/NK8M-4ATY].

186 La quasi-totalité des documents de politique générale du Bureau du Procureur insistent sur la nécessité d'une prise en compte particulière de ces crimes (voir Bureau du Procureur, « Document relatif à la sélection et à la hiérarchisation », *supra* note 129 au para 46; *Rapport sur les activités menées en 2018*, *supra* note 90; Bureau du Procureur, « Rapport poursuites », *supra* note 115 à la p 8; Bureau du Procureur, « Plan straté-

insistent également sur la gravité des actes commis et notamment en ce qui concerne les atteintes portées aux enfants. À titre d'illustration, les juges du TSSL ont condamné nombre d'auteurs pour avoir enrôlé et fait participer activement des enfants dans les conflits[187]. En revanche, le recours à une unique peine globale rend impossible la détermination de la part prise par ces infractions dans la peine totale. Seule l'affaire *Issa Hassan Sesay* du TSSL fait exception lorsque les accusés Issa Sesay et Morris Kallon sont condamnés, respectivement, à des peines de cinquante et trente-cinq ans d'emprisonnement pour leurs crimes d'enrôlement d'enfants, peines parmi les plus sévères prononcées à leur encontre[188]. Devant la CPI, Thomas Lubanga Dyilo se voit infliger une peine de quatorze ans d'emprisonnement pour des crimes de même nature[189], cette peine étant supérieure à celle prononcée contre Germain Katanga pour meurtres[190].

Ainsi, parce qu'ils oscillent entre une moindre sévérité et une plus grande sévérité, les atteintes aux biens et les atteintes sexuelles, sexistes et contre les enfants pourraient donner lieu à l'élaboration d'une échelle de peines plus précise sans pour autant faire figure de peines fixes[191]. Ces paliers permettraient de donner plus de corps à la gravité des crimes relevant de la compétence de la CPI. Officialiser de la sorte des ordres de gravité à l'aune des peines à prononcer permet de clarifier que tous les

---

gique 2016-2018 », *supra* note 140 aux para 37–40, 48–52; *Règlement du Bureau du Procureur*, *supra* note 115). À côté, d'autres documents sont préparés afin de spécialiser l'action du Bureau (voir par ex *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et sexistes*, Doc off CPI, 2014, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/5NMG-L8HC]; *Politique générale relatif aux enfants*, Doc off CPI, 2016, en ligne (pdf) : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/52NM-TXLX]).

187 Voir par ex *Le Procureur c Alex Tamba Brima*, SCSL-04-16-T, Judgment (20 juin 2007) aux para 2093–97 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance), en ligne : *TSSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/NCL4-5DNM]; *Sesay*, *supra* note 185 aux pp 6, 8; *Le Procureur c Moinina Fofana*, SCSL-04-14-T, Judgment (2 août 2007) à la p 291 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance I), en ligne : *TSSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/ZQM9-LUFD]; *Le Procureur c Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-T, Judgment (18 mai 2012) à la p 2476 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance II), en ligne : *TSSL* <www.rscsl.org> [perma.cc/A9J5-WQU8].

188 Voir *Sesay*, *supra* note 185 aux pp 94, 96.

189 Voir *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut (10 juillet 2012) aux para 98–99 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/AU56-MXV4].

190 Voir *Katanga* 2014, *supra* note 95 aux para 1, 147.

191 Un mécanisme pourrait être prévu afin de permettre aux juges, sous réserve d'une motivation approfondie, de ne pas tenir compte de ces paliers en prononçant des peines plus ou moins sévères (voir Jouette, *supra* note 4 aux para 681–97).

crimes relevant de la compétence de la Cour sont d'une gravité théorique équivalente, mais que leur gravité concrète justifie une appréciation différenciée. Peut-être cela profitera indirectement à la sélection des affaires par le Bureau du Procureur où il ne sera plus permis de penser que l'utilisation abusive de la gravité justifie que la moindre gravité des crimes contre les biens implique *de facto* une gravité supérieure des crimes contre les personnes[192]. Même si une hiérarchie est admise concrètement dans les textes, l'instauration de deux ordres de gravité distincts ne permettra plus d'amalgames. Dans l'appréciation de la recevabilité d'une affaire, les atteintes aux biens seront pensées distinctement des atteintes aux personnes de telle manière qu'aucune comparaison ne sera permise.

Toutefois, il ne peut s'agir là que d'une solution temporaire et imparfaite, tant les bénéfices qu'elle apporte ne profitent pas à l'ensemble de la problématique de la gravité. Si les juges ne fixent pas précisément certains critères, du moins au stade de la sélection des affaires, l'utilisation redondante de la gravité continuera à créer de la confusion quant à sa substance. La fixation de certains critères permettrait de corriger cette situation.

B. Fixer des critères de détermination de la gravité

À rebours de critiques exprimées par certains auteurs regrettant l'absence de critères précis[193], les développements précédents ont démontré que de tels critères existent bel et bien[194]. La jurisprudence affirme par ailleurs que l'accusation et les juges peuvent se fonder sur d'autres paramètres évoqués ailleurs dans les textes tels ceux relatifs à la fixation de la peine[195]. Tel est le cas de ceux mentionnés par la règle 145 du *Règlement de procédure et de preuve* de la CPI dans lequel figurent l'ampleur du dommage causé, le préjudice causé aux victimes et aux membres de leur famille, la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime, le degré de participation de la personne condamnée, le degré d'intention, les circonstances de temps, de lieu et de manière, l'âge, le niveau d'instruction et de la situation sociale et économique de la personne condamnée mais aussi l'abus de pouvoir ou de fonctions officielles, la vul-

---

192 Voir Bitti, « Article 53 », *supra* note 155 aux pp 1473–75.

193 Voir Abdoul Aziz Mbaye et Sam Sasan Shoamanesh, « Article 17 : Questions relatives à la recevabilité » dans Fernandez, Pacreau et Ubeda-Saillard, dir, *supra* note 27, t 1, 867 à la p 881; deGuzman, « How Serious », *supra* note 4.

194 Voir les sections I-B-2-a et I-B-2-b, ci-dessus.

195 Voir *Abu Garda*, *supra* note 117 au para 32.

nérabilité particulière de la victime, la cruauté particulière du crime, le nombre de victimes ou le mobile ayant un aspect discriminatoire[196].

Il pourrait être objecté que cet ajout renforce la perte de visibilité de la gravité car des éléments tirés de la phase de détermination des peines permettent d'apprécier ce même facteur durant la phase préliminaire. En réalité, la confusion n'est qu'apparente, puisque l'appréciation de la gravité est différente dans les deux phases. À travers la motivation dans l'affaire du Mavi Marmara, la Chambre préliminaire nous livre la teneur de la gravité en amont du procès pénal international et de l'engagement des poursuites[197]. La formule utilisée par la CPI[198], empreinte de prudence et formulée au conditionnel, révèle véritablement la substance de la gravité requise au stade de la pré-enquête. Il s'agit là d'une gravité fondée sur un ensemble de probabilités, incertaines et équivoques, qui devront revêtir une consistance matérielle confirmée par des preuves concrètes afin que la CPI autorise l'ouverture d'une enquête. Il en va tout autrement lors de la phase de détermination des peines. À cette étape, la gravité sert essentiellement à asseoir celle des crimes tels qu'ils sont avérés et tels qu'ils ont été appréciés dans la déclaration de culpabilité. En d'autres termes, la phase de détermination des peines permet aux juges d'affirmer plus exactement, pour chaque chef de condamnation, le degré de gravité des crimes.

En revanche, la véritable difficulté consiste dans l'absence de quantification précise des critères. La Chambre d'appel ne semble pas disposée à établir plus rigoureusement des critères qui pourraient être imposés aux juges de première instance et au Bureau du Procureur. Cela ressort notamment de l'affaire *Al Hassan*[199], à propos des faits commis par Ansar Eddine et Al-Qaïda dans la ville de Tombouctou et précisément de l'implication de l'ancien commissaire de la police islamique de la ville. Les juges, en recourant à une appréciation casuistique de la gravité[200], institutionnalisent la subjectivité dans l'appréciation de celle-ci.

Pourtant une décision contraire serait grandement appréciable, tant qu'elle n'apporte pas de rigidité. Tout critère déterminé avec précision

---

196 *RPP de la CPI*, *supra* note 14, règle 145.

197 Voir *Registered Vessels* 2015, *supra* note 141.

198 C'est-à-dire : « la gravité relative des éventuelles qualifications juridiques des faits apparents » [notre traduction] (*ibid* au para 28).

199 L'ensemble des documents relatifs à cette affaire sont accessibles en ligne, voir généralement « Affaire Al Hassan: ICC-01/12-01/18 », en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int> [perma.cc/CK7G-GBWB].

200 Les juges expliquent que « l'exigence de gravité doit être évaluée au cas par cas, compte tenu des faits spécifiques d'un cas donné » [notre traduction] (*Al Hassan*, *supra* note 116 au para 53).

pourrait constituer des freins portés à la fonction dissuasive de la justice internationale pénale. En effet, énoncer précisément des critères qualitatifs donnant lieu à l'exclusion de certains crimes pourrait être perçu comme une source d'impunité, incitant à leur commission. Cela empêcherait également d'appréhender des crimes occasionnant dans l'immédiat moins de victimes, mais tout aussi graves en ce qu'ils pourraient être l'amorce d'un conflit plus grand et plus important. Vue sous cet angle, l'efficacité de la justice internationale pénale et de la lutte contre l'impunité entre en conflit avec l'impératif de sécurité juridique.

Une solution médiane réside alors dans la fixation de certains critères, les plus importants, qui, s'ils étaient caractérisés, emporteraient *de facto* la compétence de la CPI. Par exemple, le nombre de victimes et l'impact des crimes sur les victimes directes ou indirectes, ainsi que le caractère systématique et à grande échelle des crimes, seraient deux critères déterminants. Évidemment, si ces derniers n'étaient pas caractérisés, la CPI serait tout aussi compétente dès l'instant où plusieurs autres critères amèneraient à abonder dans le sens de la gravité. Les critères ne permettraient qu'une modulation et serviraient de variable d'ajustement. Sans sacrifier une certaine souplesse, cette solution apporterait davantage de sécurité juridique et permettrait de fixer clairement des critères concrets auxquels les juges et le Procureur seraient tenus.

De surcroît, le problème se présente avec moins de difficulté si la définition de la gravité s'inscrit dans une complémentarité effective. Le déficit de répression que pourrait engendrer une fixité de la gravité serait compensé si les États s'accordaient avec la CPI pour poursuivre systématiquement certains crimes isolés, jugés communément d'une moindre gravité et ne justifiant pas la compétence de la juridiction internationale. Celle-ci se focaliserait, faute de capacité ou de volonté de la part des États, sur des crimes plus graves et impliquant des auteurs hiérarchiquement supérieurs[201].

L'essentiel réside dans la recherche d'un juste milieu entre l'absence de définition occasionnant des vues divergentes et une fixité « excluante », réduisant d'autant la portée de la compétence de la Cour.

Conclusion

Dans une perspective positiviste, si l'étude de la gravité a en droit international pénal révélé une double utilisation de celle-ci, elle enseigne également qu'elle s'impose aux juridictions pénales internationales autant qu'elles en disposent. En tant que facteur, la gravité contribue à

---

[201] Voir Grebenyuk, *supra* note 4.

étendre ou restreindre la compétence des juridictions pénales internationales, mais son usage justifie aussi la création de règles favorisant la lutte contre l'impunité ou la protection des personnes mises en cause. À cet égard, la gravité est utile aux juges répressifs internationaux pour adapter certains principes du droit pénal, telle la légalité criminelle ou la présomption d'innocence, aux nécessités de la lutte contre les crimes internationaux, sans pour autant nier ces droits ni négliger les garanties offertes aux accusés. Derrière l'ambivalence, se manifeste en réalité la recherche d'un équilibre inhérent au droit répressif.

En outre, ces différentes considérations nous ont permis, dans une optique prospective, de décrire un tant soit peu la forme que doit revêtir la gravité en fonction du temps procédural où elle est requise. Lorsqu'elle est appréciée lors de la détermination des peines, celle-ci partage peu de traits communs avec celle attendue en amont du procès pénal. À une gravité « supposée », le prononcé des peines requiert une gravité « assertive », appréciée sur des faits déjà admis au stade de la culpabilité, mais aussi sur des bases théoriques qui permettent le développement du droit international pénal.

Effectivement, la gravité et son appréciation par les juges favorisent le développement du droit international pénal. Tantôt elle permet, en se fondant sur sa seule appréciation concrète des crimes internationaux, de développer les incriminations sans établir de hiérarchie entre elles. Elle contribuerait tantôt, en faisant la part belle à une appréciation *in abstracto*, à établir des distinctions entre les infractions internationales *via* les intérêts qu'elles protègent, offrant la possibilité de développer le droit sur cette question et de corriger certains excès.