

Notion de « population civile » en matière de crime contre l'humanité :

L'intérêt et les limites de la jurisprudence de la Cour pénale internationale pour l'Afrique

Yves Hamuli Kabumba*

Abstract

To be characterized as a crime against humanity under Article 7 of the Rome Statute, any act referred to in that provision must be committed as part of an attack against any civilian population. This last requirement is included in the legal instruments of the African Union and some African sub-regional organizations, as well as in the statute of the special criminal court which is trying Mr. *Hissène Habré*. This study reviews the jurisprudence of the International Criminal Court on the notion of “civilian population”. This notion is not defined by the Court’s legal instruments. The study focuses on the content of this concept in international criminal law in general, its content in the jurisprudence of the International Criminal Court and legal writings in particular, and the legal sources on which this jurisprudence is based. The study concludes that ICC jurisprudence is still evolving. It currently suffers from a lack of clarity and failure to provide reasoning for judicial decisions. It is thus too early for African States and organisations to assume that no further action is needed; they would be better contributing to its improvement.

Résumé

Pour être qualifié de crime contre l'humanité au sens de l'article 7 du Statut de Rome, tout acte mentionné par cette disposition doit être commis dans le cadre d'une attaque lancée contre une population civile quelconque. Cette dernière exigence est reprise dans des instruments juridiques de l'Union africaine et de certaines organisations sous-régionales africaines, ainsi que dans le statut de la juridiction répressive extraordinaire devant laquelle se déroule le procès de M. *Hissène Habré*. La présente étude dresse un état des lieux de la jurisprudence de la Cour pénale internationale relative à la notion de « population civile », laquelle notion n'est pas définie par les instruments juridiques de cette cour. L'étude explore son contenu en droit international pénal en général et, en particulier, le contenu que la jurisprudence de la Cour pénale internationale (CPI) et la doctrine lui ont attribué, ainsi que

* Chercheur indépendant en droit international; Docteur en sciences juridiques (Université catholique de Louvain/Belgique) et Diplômé d'études spécialisées en droits de l'Homme (Université catholique de Louvain/Belgique). Les opinions exprimées dans cette contribution sont celles de l'auteur et n'engagent aucune institution (E-mail : y_kabham@outlook.com).

les sources du droit dont s'est inspirée cette jurisprudence. Elle conclut qu'en cours de formation, la jurisprudence précitée souffre actuellement d'un déficit de clarté et de motivation. Partant, il est trop tôt pour les États et les organisations africains de la prendre pour acquis; ils feraient mieux de contribuer à l'améliorer.

Propos liminaires

Le chapeau de l'article 7-1 du Statut de Rome (ci-après « StR ») de la Cour pénale internationale (ci-après « CPI »)¹ dispose : « Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ».² Il est suivi de l'énumération d'actes tels que le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage et la déportation ou le transfert forcé de population.

Par ailleurs, d'après l'article 7-2-a du StR,

aux fins du paragraphe 1 : par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.³

Des instruments juridiques de l'Union africaine (ci-après « UA »), organisation internationale dont plus de la moitié des États membres, en l'occurrence 34 États, sont des États parties au StR, et des instruments juridiques de certaines organisations sous-régionales africaines, telles que la Conférence internationale sur la région des Grands Lacs (ci-

1 Juridiction pénale internationale permanente ayant son siège à La Haye (Pays-Bas), la CPI a été créée en 1998 par un traité, le StR. Elle a principalement pour rôle, d'une part, de poursuivre les auteurs des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre commis, à compter du 1 juillet 2002 et, d'autre part, de statuer sur les réparations en faveur des victimes de ces crimes (art. 75 StR). Sa compétence porte uniquement sur les crimes commis par les ressortissants des États parties au StR (124 États) ou sur les territoires de ces États. Ces critères de compétence personnelle et territoriale ne jouent pas lorsque la CPI est saisie par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU »). voir art. 13 StR. Par ailleurs, la Cour n'est pas encore compétente en matière de crime d'agression, faute de ratifications requises. (Pour une présentation succincte de la CPI, voir <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCFra.pdf>> : consulté le 7 novembre 2015. Pour une présentation détaillée de la CPI, voir *Yves Hamuli Kabumba*, La preuve compatible avec les droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale, thèse de doctorat en sciences juridiques, Université catholique de Louvain, 2013, pp. 41-83. La jurisprudence et les instruments juridiques de la CPI cités dans la présente étude sont disponibles sur <<http://www.icc-cpi.int>> : consulté le 7 novembre 2015.

2 Non souligné dans l'original.

3 Non souligné dans l'original.

après « CIRGL »),⁴ ainsi que le Statut des Chambres africaines extraordinaires chargées de juger, pour le compte de l'UA, les personnes suspectées d'avoir commis des crimes internationaux au Tchad entre juin 1982 et décembre 1990,⁵ reprennent *verbatim* l'exigence d'une attaque « lancée contre toute population civile » en tant qu'élément constitutif des crimes contre l'humanité ou renvoient au libellé de l'article 7 du StR.⁶

En outre, la Commission d'enquête sur le Soudan du Sud, mise sur pied par la Commission de l'Union africaine au mois de mars 2014, signale que « dans son analyse des preuves relatives aux crimes contre l'humanité, [elle] a adopté la définition contenue à l'article 7 du Statut de Rome et la jurisprudence correspondante ».⁷ C'est sur cette base qu'elle qualifie de crimes contre l'humanité des atrocités commises au Soudan du Sud. À ce jour, seuls des africains ont fait l'objet de poursuites de la part de la CPI et ce, pour des crimes commis en Afrique.

Force est de constater, d'une part, qu'à l'instar des textes régissant la CPI, les instruments juridiques africains susmentionnés ne définissent pas le terme « population civile » et, d'autre part, que dans certains États parties au StR, parmi lesquels la République démocratique du Congo, où les juridictions militaires appliquent directement le StR, la jurisprudence est divisée à propos du contenu de la notion de « population civile », telle que visée par l'article 7 du StR.⁸

- 4 Créée en 2004, cette Conférence sous-régionale africaine destinée à promouvoir la paix, la sécurité, la stabilité et le développement dans la région des Grands lacs est composée de 12 États, tous membres de l'UA. La promotion des droits de l'homme et la lutte contre les crimes internationaux font partie de ses principaux axes d'intervention.
- 5 Ces chambres ont été établies en 2012 sur la base d'un accord conclu entre l'UA et le Sénégal. À propos de l'exigence d'une attaque « lancée contre toute population civile », voir chapeau de l'article 6 du Statut des dites chambres, lequel statut est annexé à l'« Accord entre le gouvernement de la République du Sénégal et l'Union africaine sur la création de Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises », 22 août 2012 <<http://www.chambresafriaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>>: consulté le 12 mai 2015. Decision Assembly/AU/Dec.127 (VII), (Doc. Assembly/AU/3 (VII)), July 2006. En 2006, l'UA a « décidé de considérer le Dossier Hissène Habré [ancien président du Tchad, aujourd'hui poursuivie par ces chambres] comme le dossier de l'Union africaine » (UA, « Décision sur le procès d'Hissène Habré et l'Union africaine », Assembly/AU/3 (VII), Assembly/AU/Dec.127 (VII), juillet 2006).
- 6 CIRGL, Art. 1 et 8 du Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et toute forme de discrimination, 29 November 2006; UA, art. 28C du Protocole portant amendements au protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté le 27 juin 2014 à Malabo.
- 7 UA, « Rapport final de la Commission de l'Union africaine sur le Soudan du sud », 15 octobre 2014, par. 378, en ligne : < <http://www.peaceau.org/uploads/ceuass.rapport.final.pdf>> : consulté le 31 octobre 2015.
- 8 Lorsqu'ils interprètent l'article 7 StR, la Cour militaire du Sud-Kivu (aff. *Bedi*), le Tribunal militaire de garnison de Mbandaka (aff. *Botuli*) et le Tribunal militaire de garnison de Bukavu (aff. *Kizima*) incluent dans la notion de population civile « les membres des forces armées qui ont déposés les armes et les personnes qui ont été mises hors combats par maladie, blessures ou autres causes » tandis que la même cour du Sud-Kivu, dans l'arrêt *Balumisa*, ainsi que le Tribunal militaire de garni-

Dans le cadre de la CPI, à l'instar d'autres éléments contextuels des crimes contre l'humanité⁹ visés par le Statut de Rome, l'exigence d'une attaque lancée contre une population civile quelconque et le terme « population civile » qu'elle contient se présentent sous forme d'« étiquettes sans indications des contenus ».¹⁰

En effet, d'une manière générale, et contrairement à ce qu'en disent certains auteurs,¹¹ la jurisprudence de la CPI¹² ainsi qu'une abondante doctrine relèvent que nombre des termes clés de l'article 7 du StR, y compris les éléments contextuels des crimes contre l'humanité, sont ambigus et ne sont pas définis par les instruments juridiques de la CPI.¹³

son de Bukavu (aff. *Maniraguha*), excluent ces catégories de personne. (*Auditeur militaire supérieur et P.C c. Bedi Mobuli Engangela*, RP n° 083/13, C.M Sud-Kivu, Arrêt du 15 décembre 2014, Cinquante deuxième feuillet. *Auditeur militaire c. Botuli Ikofo et les autres*, RP 134/2007/RMP 575, TMG Mbandaka, jugement, 18 février 2007. *Auditeur militaire de garnison de Bukavu et P.C c. Kizima Lenine*, RP 702/12, TMG Bukavu, jugement, 29 décembre 2014, cent septième feuillet (ci-après « Jugement Kizima »). *Auditeur militaire et P.C c. Balumisa Manasse (alias « Dix mille ») et autres*, RP n° 038, RMP n° 1280/MTL/09, CM Sud-Kivu, Arrêt, 9 mars 2011, seizième feuillet. *Auditeur militaire de garnison c. Maniraguha Jean-Bosco et autres*, RP 275/09, 521/10/RMP 581/07 et 1573/KMC/10, TMG Bukavu, jugement, 16 août 2011, trente sixième feuillet (ci-après, « Jugement Maniraguha »).

- 9 C'est-à-dire, des éléments constitutifs généraux communs à tous les crimes contre l'humanité par opposition aux éléments spécifiques. Pour de plus amples informations, voir *Y. Hamuli Kabumba*, « La « commission multiple d'actes » et l'« attaque généralisée » en matière de crime contre l'humanité. État des lieux de la jurisprudence de la Cour pénale internationale », *Revue de la recherche juridique*, (2014-4), p. 1794, note de bas de page n° 4 (ci-après « *Y. Hamuli*, La commission multiple »).
- 10 Nous devons l'expression à Esposito qui l'évoque pour parler des crimes de la compétence des TPI (*Andreana Esposito*, « La définition des crimes et le rôle du droit comparé : comment les juges comblent les lacunes normatives », in *Emanuela Fronza, Stefano Manacorda* (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Paris, 2004, p. 43).
- 11 *Roy Lee*, « An Assessment of the ICC Statute », *Fordham International Law Journal*, vol. 25 (2001), p. 757. Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1794, note de bas de page n° 6. Un tribunal militaire congolais a décidé d'appliquer le Statut de Rome au détriment de la loi congolaise au motif, entre autres, que le Statut de Rome est « plus explicite quant à la définition des concepts » (Jugement *Maniraguha*, *supra*, n. (8), trente cinquième feuillet). Cette assertion mériterait d'être relativisée en ce qui concerne le terme « population civile ».
- 12 *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al Bashir* (« *Omar al Bashir* »), ICC-02/05-01/09-3-tFRA, Chambre préliminaire I (ci-après « Ch. préI. I »), « 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, par. 81. Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1794, note de bas de page n° 7.
- 13 Alain PELLET, « Pour la Cour pénale internationale, quand même! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine », *L'Observatoire des Nations Unies*, n° 5 (1998), pp. 150-151 (d'après cet auteur, « l'article 7 du Statut, qui définit les crimes contre l'humanité, est [...] fait de bric et de broc et ne brille ni par sa cohérence, ni par sa clarté [...] »). Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1795, note de bas de page n° 8.

En ce qui concerne particulièrement la notion de « population civile », il y a lieu de relever que les mots « population civile » induisent la pluralité de personnes visées.¹⁴ Bien avant le StR, le droit international faisait usage de la notion de population civile (ou de civil), mais n'en donnait aucune définition claire et unanime.¹⁵ Cette notion et celle d'attaque dirigée contre une population civile ont paru vagues à certaines délégations membres du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (ci-après « Comité préparatoire »).¹⁶

Durant la Conférence diplomatique de Rome, elle a uniquement fait l'objet de discussions sommaires et superficielles.¹⁷ Elle a été évoquée subséquemment, devant la Commission préparatoire pour la Cour criminelle internationale (ci-après « Commission préparatoire »),¹⁸ entre 1999 et 2000, sans que celle-ci n'en donne une définition. À Cette époque,

- 14 L'idée de pluralité (le caractère collectif) ressort du sens ordinaire du mot « population » que le dictionnaire Le Grand Robert définit comme l' « ensemble des individus qui habitent un espace, un lieu (la Terre, une région, un pays, une ville, etc.), considérés du point de vue de la démographie ». Par ailleurs, des auteurs signalent que la proposition de définition du terme attaque, faite durant la Conférence diplomatique de Rome, contenait une note de bas de page qui faisait référence au Jugement *Tadic* (1997) et qui stipulait que « l'élément "population" vise plutôt à impliquer les crimes d'une nature collective et exclut de ce fait les actes individuels ou isolés [...] ». *Kim Young Sok*, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, USA, 2003, p. 101. *Margaret de Guzman*, « The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity », *Human Rights Quarterly*, vol. 22 (2000), pp. 361 et 375. *Machteld Boot*, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum crimen sine lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen, 2002, p. 471.
- 15 A ce sujet, *M. de Guzman*, *supra* n. (14), pp. 360, 362 et 364. *Cameron Russell*, « The chapeau of crimes against humanity: the impact of the Rome Statute of the International Criminal Court », *Yearbook on the International Criminal Court*, vol. 8 (2011-2012), pp. 60-61 et 63..
- 16 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996 », 51^{ème} session, Supplément n° 22, A/51/22 (1996), par. 86. Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, « Compte rendu analytique de la 3^e séance, tenue au siège de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture le mercredi 17 juin 1998 », UN. Doc. A/CONF.183/C.1/SR.3, 31 mai 1999, par. 77.
- 17 *M. Boot*, *supra* n. (14), pp. 489; 487-488. *Phylilis Hwang*, « Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court », *Fordham International Law Journal*, vol. 22, issue 2 (1998), p. 496. *C. Russell*, *supra* n. (15), p. 60. *Joakim Dungal*, « Defining Victims of Crimes against Humanity: Martić and the International Criminal Court », *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), p. 740.
- 18 La « résolution F », adoptée durant la Conférence diplomatique de Rome (1998), a créé une Commission préparatoire, dont la mission était d'« élaborer des propositions concernant les dispositions pratiques à prendre pour que la Cour puisse être instituée et commencer à fonctionner ». Composée « de représentants des États qui ont signé l'Acte final de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale et d'autres États qui ont été invités à participer à la Conférence », la Commission préparatoire a été opérationnelle du 16 février 1999 au 12 juillet 2002 (Acte final de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, Annexe I,

le Tribunal pénal pour le Rwanda (ci-après « TPIR ») avait fait remarquer que la notion qui nous intéresse avait toujours « fait couler beaucoup d'encre ».¹⁹

Il incombe désormais aux chambres de la CPI de définir le terme « population civile », de le clarifier et d'en lever les ambiguïtés ainsi que l'avaient suggéré, s'agissant des éléments contextuels en général, certaines délégations durant la Conférence diplomatique de Rome et durant les travaux d'élaboration des Éléments des crimes²⁰ (ci-après « EC »).²¹

Les enjeux de cette clarification ou de cette désambiguïstation sont cruciaux, car, d'une part, comme mentionné plus haut, en matière de crimes contre l'humanité, seule l'attaque dirigée contre la population civile est punissable et, d'autre part, parce qu'aux yeux des chambres de la CPI, le nombre de victimes civiles est déterminant au regard du critère d'attaque généralisée. Ces enjeux sont en outre mis en relief par le grand nombre des poursuites pour crimes contre l'humanité devant la CPI; par le rôle prépondérant que les définitions des éléments contextuels des crimes revêtent pour le respect des principes de légalité (art. 22 StR) et de la sécurité juridique; par l'encadrement des sources de droit applicable par la *lex lata* (art. 21 StR), mais également par l'influence aujourd'hui avérée de l'article 7 du StR sur le droit interne (en matière de droit d'asile, voire en matière répressive) et sur le droit international.²²

Par ailleurs, la clarté et la désambiguïstation s'imposent, car l'on ne peut prouver qu'un élément légal clairement défini.²³

Sans nous attarder ici sur les sources du droit applicable et les méthodes d'interprétation,²⁴ nous nous bornerons à rappeler que la clarification ou la désambiguïstation doit obéir aux règles d'interprétation prévues aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le

résolution F; 5), A/CONF.183/10, 17 juillet 1998 et Résolution F, par.2. C'est cette commission qui a élaboré les EC.

19 *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II (ci-après « Ch. Ière inst. II »), Jugement, 21 mai 1999, par. 127 (ci-après « Jugement *Kayishema* »).

20 À ce sujet, « Rapport du Comité préparatoire... », A/51/22 (1996), *supra* n. (16), par. 52 et 56. Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1795, note de bas de page n° 9.

21 Instrument juridique destiné à « aide[r] la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8[du StR] ». (voir art. 9-1 du StR).

22 Pour de plus amples références et explications concernant chacun des points énoncés, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1796, notes de bas de page n° 11-13.

23 Dans ce sens, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-534, Appeals Chamber, « Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, de Guzman, Jalloh and Cryer », 9 Octobre 2013, par. 6 et 43.

24 Une autre étude leur est exclusivement consacrée, en particulier en ce qui concerne la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux ou hybrides et le droit international coutumier : *Y. Hamuli Kabumba*, « Faire face au silence des textes de la Cour pénale internationale concernant les éléments contextuels des crimes contre l'humanité », *Revue belge de droit international* [à paraître en 2016]. (ci-après « *Y. Hamuli*, « Faire face au silence »).

droit des traités et demeurer dans les limites strictes fixées par les articles 7, 10, 21 et 22 du StR.

L'on est dès lors en droit d'attendre des chambres de la CPI qu'elles s'en tiennent à leur jurisprudence selon laquelle « le cadre juridique de la CPI est différent de celui des tribunaux *ad hoc* »,²⁵ d'où la « nécessité de ne pas transposer mécaniquement la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* dans le système de la Cour »,²⁶ notamment « sans [l']avoir [...] analysée en détail »,²⁷ mais de « prêter toute l'attention voulue au cadre juridique du tribunal dont il est question et aux circonstances particulières de l'espèce considérée »,²⁸ sous peine d'aboutir à des résultats « contraires à l'esprit et à la lettre des textes statutaires »²⁹ de la CPI.

La présente contribution, qui fait partie d'une série d'études que nous consacrons aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité prévus par l'article 7 du StR, se propose uniquement d'identifier, à travers l'examen à la fois de la jurisprudence de la CPI (2005 à 2016), laquelle jurisprudence porte uniquement sur des suspects et des accusés africains, des travaux préparatoire du StR et des EC, de la doctrine et de la jurisprudence d'autres juridictions pénales internationales ou hybrides, le contenu assigné à la notion de « population civile » ou de personne civile. Elle s'attache à faire le point sur les efforts de clarification de cette notion par les chambres de la CPI et à mettre au jour les sources d'inspiration mises à contribution par lesdites chambres à cet effet. Pour ce faire, la portée assignée à la notion de population civile ou de personne civile par la jurisprudence des TPI³⁰ et des juri-

25 *Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, Ch. préI. II, « Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo », 15 juin 2009, par.203. Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1796, note de bas de page n° 16.

26 *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1049-tFRA, Ch. Ière inst. I, « Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès », 30 novembre 2007, par.44. Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1796, note de bas de page n° 17.

27 *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1049-tFRA, *supra* n. (26), par. 44. *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, Ch. Ière inst. II, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », 7 mars 2014, par. 47.

28 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-475-tFRA, Ch. préI. II, « Décision relative à la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo et invitant les autorités du Royaume de Belgique, de la République portugaise, de la République française, de la République fédérale d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer à des audiences », 14 août 2009, par. 42.

29 *Situation en Ouganda*, ICC-02/04-01/05-60-tFR, Ch. préI. II, « Décision relative à la position du procureur sur la décision de la chambre préliminaire II d'expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d'arrêt, demande de réexamen et demande d'éclaircissements », 28 octobre 2005, par. 23. Pour de plus amples références, voir *Y. Hamuli*, La commission multiple, *supra* n. (9), p. 1797 note de bas de page n° 20.

30 Nous pensons au TPIR et au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (ci-après « TPIY »). Certains auteurs les qualifient de « tribunaux *ad hoc* ».

dictions hybrides est mise en évidence (A). Ensuite, les avis de la doctrine au sujet du contenu de ladite notion sont examinés (B). Enfin, la position de la CPI au sujet du contenu de cette notion est analysée (C).

L'examen de ces trois points permettra à ceux qui souhaitent s'inspirer de la jurisprudence de la CPI sur la question qui nous intéresse, notamment les États africains, de se forger une opinion sur la clarté, la cohérence et la constance de cette jurisprudence, ainsi qu'au sujet de la fiabilité de la base juridique sur laquelle elle repose.

A. Population civile selon la jurisprudence des TPI et des juridictions hybrides

Il importe de signaler qu'en 1994, sous la direction du Professeur *Bassiouni*, la commission d'experts créée par le Conseil de sécurité de l'ONU pour enquêter sur les violations du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie observait qu'

un grand nombre des attaques les plus barbares lancées contre des villages ont commencé par des bombardements d'artillerie lourde, après quoi l'infanterie a envahi les villages cependant que des groupes paramilitaires recherchaient les habitants dans chaque maison. Le chef de famille qui, dans de telles conditions, essaie de protéger sa famille l'arme à la main ne perd pas pour autant son statut de civil. Tel est peut-être aussi le cas du policier unique ou du garde de défense locale qui agit ainsi, même s'ils s'associent pour essayer d'empêcher le cataclysme. Pour pouvoir interpréter la disposition [art. 5 du Statut TPIY] dans un esprit conforme à son but, il faut être au courant de l'ensemble des circonstances.³¹

Cette commission d'experts évoquait ainsi brièvement une des questions, celle du « statut de civil », qui, pour reprendre l'expression du TPIR, a toujours « fait couler beaucoup d'encre » et allait encore faire couler de l'encre.

En effet, s'agissant de la définition du terme « population civile », cible d'attaque lors d'un conflit armé, la jurisprudence des TPI et de juridictions hybrides a emprunté deux itinéraires opposés.³²

31 « Rapport final de la commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité », U.N. SCOR, 49th Sess., Annex, T 78, S/1994/674 (1994), par. 78.

32 De Guzman observait, en 2000, que la jurisprudence du TPIY relative à la notion de « population civile » était « obscure » (*M. de Guzman, supra* n. (14), p. 364). Cependant, deux ans plus tard, Mettraux écrivait : « the definition of crimes against humanity given by ICTY and ICTR is sufficiently precise to offer satisfactory legal certainty, while still accommodating the broad criminal reality which the concept is expect to confront » (*Guenael Mettraux, « Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda », Harvard International Law Journal*, vol. 43-1 (2002), p. 315).

Ainsi, après une période d'hésitation du TPIY, ce dernier,³³ ainsi que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone³⁴ et les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (ci-après « CETC »)³⁵ considèrent que le terme « population civile » doit être entendu au sens de l'article 50 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (ci-après « article 50 Protocole I »),³⁶ c'est-à-dire, comme comprenant toutes les personnes civiles, ces dernières étant elles-mêmes des individus n'appartenant pas aux catégories suivantes : membres des forces armées, d'une milice ou d'un groupe de résistance; et prisonniers de guerre ou personnes hors de combat. À propos de ces dernières, la Chambre d'appel du TPIY faisait remarquer que

*[...] la situation concrète de la victime au moment des faits ne suffit pas toujours à déterminer sa qualité. Si la victime est effectivement membre d'un groupe armé, le fait qu'elle ne soit pas armée ou au combat lorsque les crimes sont perpétrés ne lui confère pas la qualité de civil.*³⁷

- 33 *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-A, Chambre d'appel (ci-après « Ch. app. »), Arrêt, 29 juillet 2004, par. 110-114 (ci-après « Arrêt *Blaskic* »). *Le Procureur c. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Ch. app., Arrêt, 30 novembre 2006, note de bas de page n° 437 (ci-après « arrêt *Galić* »). *Prosecutor v. Martić*, IT-95-11-A, Appeals Chamber, Judgement, 8 October 2008, par. 302 (ci-après « Arrêt *Martić* »), voir également par. 294-297.
- 34 P. ex. *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-A, « Appeals Chamber Judgement », 28 May 2008, par. 259 (ci-après « Arrêt *Fofana* »).
- 35 *Le Procureur c. Nuon Chea et Khieu Samphan*, Affaire No.002/19-09-2007/ECCC/TC, Ch. Ière inst., jugement, 7 août 2014, par. 185 (cette chambre, qui dit ne pas se fonder sur le droit international coutumier, mais sur le sens ordinaire du terme « civil », lequel sens ordinaire est, selon elle, confirmé par l'article 50 du Protocole I, est d'avis « qu'à l'époque des faits incriminés en l'espèce [c'est-à-dire il y a plusieurs dizaines d'années], la population civile comprenait l'ensemble des personnes qui n'étaient pas membres des forces armées ou reconnues comme des combattants »). Elle n'aborde pas la question de savoir si cette définition a évolué ou pas.
- 36 Il se lit comme suit :
- « 1. Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A, 1), 2), 3), et 6) de la IIIe Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile.
2. La population civile comprend toutes les personnes civiles.
3. La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité ».
- 37 Arrêt *Blaskic*, *supra* n. (33), par. 114. Arrêt *Galić*, *supra* n. (33), note de bas de page n. 437 (en parlant des combattants, cette chambre avance que « même si ces personnes sont mises hors de combat, elles sont toujours considérées comme membres des forces armées d'une partie au conflit et relèvent donc de la catégorie visée dans l'article 4 A) 1) de la IIIe Convention de Genève. Elles ne sont donc pas des civils au sens du paragraphe 1 de l'article 50 du Protocole additionnel I »).

D'après la jurisprudence pertinente, la position qui a pour base l'article 50 du Protocole I—une position contestée par le procureur du TPIY³⁸—reflète l'état du droit international coutumier sur la notion de civil.³⁹

Pour les besoins de la présente étude, nous qualifierons cette position de « thèse exclusive », en ce qu'elle exclut certaines catégories de personnes, celles énoncées ci-devant.

Les commentaires de l'article 50 du Protocole I par le Comité international de la Croix-Rouge⁴⁰ et par d'autres auteurs confirment qu'au sens de cette disposition, la « personne civile » ou le « civil » n'appartient pas aux forces armées régulières, aux milices ou corps de volontaires intégrés à ces forces armées, aux groupes et unités armés organisés ou aux mouvements de guérilla. En cas de doute, la personne est réputée civile. Le Dictionnaire pratique du droit international humanitaire renseigne, à propos de l'article 50 précité, que

le civil est [...] une personne qui n'appartient à aucune des catégories suivantes. Il n'est pas :

-membre des forces armées régulières, même si celles-ci se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnue par la puissance adverse; -membres des forces armées d'une partie en conflit, membres des milices ni des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées; -membres de tous les groupes et de toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés, même si celui-ci dépend d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnue par la puissance adverse. Cette dernière catégorie inclut les membres de mouvements de guérilla ou d'autres groupuscules armés [...].⁴¹

À la différence de la thèse « exclusive », défendue par la chambre d'appel du TPIY, par le TSSL et par les CETC, la jurisprudence du TPIR⁴² s'est appuyée sur l'article 3 Commun

38 Arrêt *Martic*, supra n. (33), par. 291 et 297. *Le Procureur c. Mile Mrksic, Miroslav Radic, Veselin Sljivancanin*, IT-95-13/1-T, Ch. Ière inst. II, Jugement, 27 septembre 2007, par. 445-446.

39 Arrêt *Blaskic*, supra n. (33), par. 110. *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, IT-95-14/2, Ch. app., Arrêt, 17 décembre 2004, par. 97.

40 *Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann* (éd.), Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, 1986, pp. 624-626.

41 *Françoise Bouchet-Saulnier*, Dictionnaire pratique du droit international humanitaire, 3ème éd., Paris, 2006, sous le vocable « population civile », p. 398. Pour un commentaire détaillé de la notion de « civil » en droit international humanitaire, voir *Eric David*, Principes de droit des conflits armés, 5ème éd., Bruxelles, 2012, pp. 280-281 et s.

42 *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Ch. Ière inst. I, Jugement, 2 septembre 1998, par. 582 (ci-après « Jugement Akayesu ») : « on entend par population civile les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, ou pour toute autre cause ». *Le Procureur c. Athanase Seromba*, ICTR-2001-66-I, Ch. Ière inst., Jugement, 13 décembre 2006, par. 358. *The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, ICTR-00-55A-T, Trial Cham-

aux Conventions de Genève (ci-après « article 3 Commun »)⁴³—lequel ne définit pas la notion de « population civile » ou de « civil »—pour conclure qu'est réputée civile toute personne qui ne participe pas ou plus activement aux hostilités, en ce compris les personnes qui ont déposé volontairement les armes, qui ont quitté l'armée ou qui sont hors de combat.⁴⁴ Telle semblait être également la position des chambres de première instance du TPIY durant les premières années de fonctionnement de cette juridiction.⁴⁵

Cette lecture— que nous qualifierons de « thèse inclusive » — semble mettre l'accent sur la situation de la personne au moment de la commission des crimes et non sur son sta-

ber II, Judgment, 12 September 2006, par. 513 (ci-après « Jugement *Muvunyi* »). *Le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, Ch. Ière inst., Jugement, 27 janvier 2000, par. 207.

43 Il se lit comme suit :

« En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1. Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

a. les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices

b. les prises d'otages;

c. les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;

d. les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ».

44 À ce sujet, voir *C. Russell*, *supra* n. (15), pp. 61-62. *J. Dungal*, *supra* n. (17), pp. 736 et 745. *Olivier De Frouville*, *Droit international pénal. Sources incriminations responsabilités*, Paris, 2012, pp. 131-132.

45 P. ex., *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-T, Ch. Ière inst. I, Jugement, 5 décembre 2003, par. 143 (« La définition du terme « civil » est large puisqu'elle englobe aussi bien des personnes qui, à un certain moment, ont fait de la résistance, que des personnes hors de combat au moment des faits »). *Le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10-T, Ch. Ière inst. I, Jugement, 14 décembre 1999, par. 54 (ci-après « Jugement *Jelusic* ») : « la notion de population civile, telle qu'utilisée à l'article 5 du Statut, englobe, outre les civils au sens strict, toutes les personnes mises hors de combat au moment de la perpétration du crime ».

tut.⁴⁶ Ses tenants font valoir qu'elle traduit le droit coutumier en la matière⁴⁷ et qu'elle répond à la nécessité de donner plein effet à l'objet et au but des principes généraux et aux règles du droit international humanitaire qui interdisent le crime contre l'humanité, en élargissant le plus possible la protection des personnes.⁴⁸

En justifiant leur recours à l'article 3 Commun, les TPI précisent que

*cette définition des civils figurant à l'article 3 commun n'est pas directement applicable aux crimes contre l'humanité parce qu'elle fait partie des lois ou coutumes de la guerre et ne peut être appliquée que par analogie. Il en est de même de la définition figurant au Protocole I et dans le Commentaire, Convention de Genève IV sur le traitement des civils, qui sont tous deux partisans d'une interprétation large du terme "civil".*⁴⁹

Il est fait grief à la thèse inclusive d'avoir pris comme base l'article 3 Commun, lequel ne définit pas la notion de civil ou de population civile et relève du droit international humanitaire.

46 *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Trial Chamber I, Judgment, 7 June 2001, par. 79. *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Ch. Ière inst., Jugement, 3 mars 2000, par. 214 (ci-après « Jugement *Blaskic* »). Jugement *Muvunyi*, *supra* n. (42), par. 513. Voir également *O. De Frouville*, *supra* n. (44), p. 132. En parlant de l'interprétation des termes « attaque lancée contre toute population civile » par le TPIY (p. ex. dans l'aff. *Blaskic*), Currat observe que « dans l'approche de ce tribunal, la qualité concrète et effective de la population visée comme civile importe finalement moins que la perception subjective que l'auteur en avait. Cette position ne nous semble guère soutenable face à la lettre et à l'esprit du Statut de la Cour pénale internationale » (*Philippe Currat*, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, 2006, p. 109).

47 Ils avancent qu'il reflète la position du droit international coutumier en ce qui concerne les personnes protégées (voir p. ex. Jugement *Blaskic*, *supra* n. (46), par. 209. Jugement *Akayesu*, *supra* n. (42), par. 610. *Ilias Bantekas*, *International Criminal Law*, 4^{ème} éd., Oxford, 2010, pp. 198-199).

48 P. ex., *Le Procureur c. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic*, IT-95-16-T, Ch. Ière inst., Jugement, 14 janvier 2000, par. 547.

49 TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « DULE »*, IT-94-1-T, Ch. Ière inst., « Jugement », 7 mai 1997, par. 639 (ci-après « Jugement *Tadic* »). [non souligné dans l'original]. Le jugement *Jelusic*, qui adopte l'approche inclusive, fait référence (note 63) à ce paragraphe du Jugement *Tadic*. Le jugement *Blaskic* (par. 210; note de bas de page n° 404) fait de même. À la note de bas de page n° 145 du Jugement *Akayesu*, la Ch. Ière inst. I du TPIR parle d'« assimiler » sa définition du terme « civil » aux catégories de personnes protégées par l'article 3 Commun. Dans ce sens, la commission d'enquête mise sur pied par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU fait observer à propos de l'Erythrée : « The Commission is of the view that with the exception of the periods from May 1998-June 2000 and 10-12 June 2008, Eritrea has not been engaged in an armed conflict as defined in international law. Thus, those aspects of international humanitarian law – also known as the laws of war – which distinguish between combatants, combatants hors de combat and civilians, do not apply » (Human Rights Council, « Detailed findings of the commission of inquiry on human rights in Eritrea » A/HRC/32/CRP.1, 8 juin 2016, par. 190).

taire, alors que la notion de crime contre l'humanité est autonome et que l'on aurait abouti à la même définition en s'en tenant au sens ordinaire des termes concernés.⁵⁰

Quant au statut juridique des membres de la police, le TSSL estime que, selon les circonstances, ceux-ci peuvent être considérés comme des civils, particulièrement s'ils n'agissent pas sous le commandement ou l'autorité de l'armée ou d'un groupe armé.⁵¹

En l'absence de conflit armé, le TPIR avance qu'on entend par « civil » toute personne, à l'exception de celles investies du devoir de maintien de l'ordre public et disposant légitimement du pouvoir de recourir à la force, parmi lesquelles figurent les policiers, les gendarmes et les membres des forces armées, voire de groupes rebelles.⁵² Certains auteurs souscrivent à cette définition,⁵³ d'autres la réfutent.⁵⁴

B. Définition suggérée à la CPI par la doctrine

La doctrine diverge sur l'interprétation que la CPI devrait donner au terme « population civile » ou « civil ».

D'après le Professeur *Sadat*, la notion du crime contre l'humanité a été définie dans le but de combler les insuffisances des normes applicables aux conflits armés.⁵⁵ Par conséquent, poursuit-elle à l'intention de la CPI :

[Traduction] À défaut d'être idéale, la solution consistant à adapter pour le terme "civil" une définition renvoyant à l'idée de "non-combattant" dans la Convention de Genève pourrait au moins être source de cohérence. Si le droit de Genève ne s'appli-

50 P. ex., *Alexander Zahar and Goran Sluiter*, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford, 2008, pp. 205-207.

51 Arrêt *Fofana*, *supra* n. (34), par. 261 (*In casu*, la chambre considère que les policiers ne pouvaient prétendre à la qualité de civil, parce qu'ils prenaient activement part à une bataille aux côtés des rebelles). Dans ce sens, *Simon Chesterman*, « An Altogether Different Order: Defining The Elements Of Crimes Against Humanity », *Duke Journal Of Comparative & International Law*, vol. 10 (2000), p. 325.

52 Jugement *Kayishema*, *supra* n. (19), par. 127.

53 P. ex., *Cyprien Lefevre*, « L'apport des juridictions pénales internationales à la définition des crimes internationaux : l'exemple du crime contre l'humanité », in *Institut de sciences pénales et de criminologie, L'actualité de la justice pénale internationale*, 2008, p. 77. *M. Boot*, *supra* n. (14), pp. 489 et 534.

54 P. ex. *Kriangsak Kittichaisaree*, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, p. 95. *Kai Ambos*, « Crimes Against Humanity and the International Criminal Court », in *Leila Sadat* (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed., 2011, p. 287 (Il argue qu'en temps de paix, toute personne est réputée civile). *M. de Guzman*, « Crimes Against Humanity », in *Bart-ram Brown* (ed.), *Research Hand Book on International Criminal Law*, 2011, p. 74 (Elle est d'avis qu'en l'absence de conflit armé, doit être considérée comme « civile », toute personne qui ne prend pas les armes contre les auteurs des crimes contre l'humanité, même si cette personne est investie de la mission de maintien de l'ordre public).

55 *L. Sadat*, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millenium*, 2002, p. 154.

*que pas faute de conflit armé, on peut présumer que dans le cadre du conflit, personne ne peut être considéré comme un "non-civil" aux fins de l'article 7.*⁵⁶

Certains auteurs soutiennent ouvertement la thèse exclusive.⁵⁷ Bien d'autres défendent la thèse inclusive,⁵⁸ que le Professeur *Bantekas* considère comme reflétant « [Traduction] certainement l'état contemporain du droit international coutumier, lui-même inscrit dans l'article 7 du Statut de la CPI ».⁵⁹

C'est sous la plume du Professeur *Werle*, un des auteurs dont les chambres préliminaires de la CPI s'inspirent souvent, qu'apparaît une argumentation concise au soutien de cette thèse. Selon ses termes,

[Traduction] le caractère "civil" de la population et des personnes attaquées s'applique en temps de guerre comme en temps de paix. Par conséquent, il n'est pas possible de distinguer les civils des "non-civils" en appliquant seulement les conditions posées par le droit international humanitaire. Dans le contexte des crimes contre l'humanité, la notion de "population civile" tend à protéger les droits fondamentaux de tout être humain contre toute forme de violation systématique. L'élément essentiel est donc le fait que les victimes ont besoin d'être protégées, qui découle du fait qu'elles sont sans défense face à l'État, à l'armée ou autre force organisée. Par conséquent, toute personne qui ne fait pas partie du pouvoir organisé utilisant la force devrait être considérée comme un civil. Ce qui est déterminant, ce n'est pas le statut officiel, tel qu'il ressortirait par exemple de l'appartenance à une force militaire, mais le rôle véritable de la personne au moment de la commission des crimes.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Mario Bettati*, « Le crime contre l'humanité », in *Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet* (dir.), *Droit international pénal*, Paris, 2^{ème} éd. rév., 2012, pp. 115-116 : « si [...] les personnes hors de combat sont les cibles principales d'une attaque, [...] la qualification de crime contre l'humanité devra être écartée. [...] la notion de population civile exclut à l'évidence les combattants » (cet auteur n'exclut pas pour autant que les personnes hors de combat soient victimes des crimes contre l'humanité dont la population civile est la cible principale). *M. Boot*, *supra* n. (14), p. 488. *Joseph Rikhof*, « Art. 7. Crimes Against Humanity », in *Paul De Hert, Jean Flamme, Mathias Holvoet, Olivia Struyven* (eds), *Code of International Criminal Law and Procedure*, Annotated, Bruxelles, 2013, p. 32.

⁵⁸ *William Schabas*, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010, p. 154. *Antonio Cassese*, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford, 2008, pp. 124-125. *E. David*, *supra* n. (41), p. 863. *K. Kittichaisaree*, *supra* n. (54), p. 95. *Madeleine Schwarz*, « Prosecuting Crimes Against Humanity in Canada: What Must Be Proved », *Criminal Law Quarterly*, vol. 46 (2002), p. 67. *S. Chesterman*, *supra* n. (51), p. 325. *Olivia Swaak-Goldman*, « Crimes against Humanity », in *Gabrielle Kirk McDonald et Olivia Swaak-Goldman* (ed.), *Substance and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, vol. I, 2000, p. 154.

⁵⁹ *I. Bantekas*, *supra* n. (47), pp. 198-199.

*Cela vaut pour les membres de forces militaires ou autres groupes armés qui ont déposé les armes ou qui ont été mis hors de combat pour toute autre cause.*⁶⁰

Pour d'autres auteurs, afin de garantir l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité, la CPI devrait s'inspirer de la définition de la population civile en temps de paix, telle que formulée dans le jugement *Kayishema et Ruzindana* (TPIR),⁶¹

Enfin, de l'avis de certains commentateurs, le débat relatif à la définition du terme « population civile » ne présente aucun intérêt; il faut simplement supprimer l'exigence selon laquelle la population civile doit être la cible de l'attaque, car, d'une part, un conflit armé n'est plus requis pour l'existence des crimes contre l'humanité et, d'autre part, la prohibition de ces crimes vise à protéger les valeurs les plus élémentaires d'humanité ainsi que les droits fondamentaux de la personne humaine quelle qu'elle soit : civile, militaire, combattante ou hors de combat.⁶²

Entre les thèses exclusive et inclusive et la doctrine, les chambres de la CPI ont dû prendre position. Ce faisant, elles devaient, conformément à leur propre jurisprudence, clairement motiver leurs décisions.⁶³

C. Population civile selon la jurisprudence de la CPI

Avant d'exposer la position de la CPI, il convient d'apporter trois précisions peu présentes, voire absentes de la jurisprudence de la CPI. Pour commencer, durant la Conférence diplomatique de Rome, certaines délégations avaient suggéré, en vain, la suppression du terme « civil » afin que l'attaque dirigée contre les forces armées tierces à un conflit armé tombe sous le coup de l'article 7 du StR.⁶⁴ D'aucuns déduisent du maintien de ce terme que

60 *Gerhard Werle*, « Summary (crimes against humanity) International Criminal Justice », en ligne : <http://werle.rewi.hu-berlin.de/04_Crimes%20against%20Humanity-Summary.pdf> : consulté le 28 avril 2016.

61 *C. Lefevre*, *supra* n. (53), p. 77. *M. Boot*, *supra* n. (14), pp. 489-490, 488 et 534 (cet auteur souscrit à cette définition uniquement en temps de paix et ce, pour des raisons différentes de celles invoquées par le TPIR. En cas de conflit armé, l'auteur est favorable à la thèse exclusive).

62 En ce sens, *A. Cassese*, *supra* n. (58), pp. 122-123. *K. Ambos*, *supra* n. (54), pp. 286-288.

63 L'obligation de motiver les décisions (p. ex. art. 72-7 a StR, 74-5 et 83-4 StR), une composante du droit à un procès équitable, implique que les chambres indiquent avec suffisamment de clarté la base de leurs décisions, que les motifs et raisonnements ayant conduit à celles-ci soient compréhensibles à la seule lecture desdites décisions et que les chambres indiquent les faits pertinents qui étayent ces décisions (*The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-574-Red, Ch. app., « Judgment on the Appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi" », 21 May 2014, par. 89. voir également *Y. Hamuli Kabumba*, « Recherche équitable de la vérité et prise en charge des variations dans les récits du témoin devant la Cour pénale internationale », *Ottawa Law Review*, vol. 45-3 (2013-2014), p. 416, note de bas de page n° 51.

64 *M. Boot*, *supra* n. (14), p. 487.

les rédacteurs du Statut de Rome entendaient bien ne pas inclure les combattants parmi les personnes protégées contre une attaque au sens de l'article 7 du StR.⁶⁵

En deuxième lieu, l'idée proposée en 1994 par la Commission du droit international (ci-après « CDI ») dans son projet de statut de la CPI, selon laquelle l'expression « dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit [...] doit être considérée comme recouvrant les actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre une population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux »⁶⁶ avait été explicitement abandonnée durant la conférence de Rome (1998) en dépit de l'insistance de certains États, au nombre desquels la France.⁶⁷

En dernier lieu, durant les travaux de la Commission préparatoire, le Canada et l'Allemagne avaient défendu la thèse inclusive à travers une proposition aux termes de laquelle : « l'expression « toute population civile » vise un nombre substantiel de personnes, quelle que soit leur nationalité, *qui n'ont pas pris part aux hostilités ou qui ont cessé de le faire, y compris les combattants qui ont déposé leurs armes et les personnes mises hors de combat* ». ⁶⁸ Cette définition, par ailleurs invoquée par la délégation suisse,⁶⁹ n'a pas été retenue dans les EC.

Devant le silence des principaux instruments juridiques de la CPI à propos de la notion de « population civile », les chambres préliminaires, ainsi que deux chambres de première instance, se sont attelées à définir ce terme.

En ce qui concerne les chambres préliminaires, il y a lieu de relever que les premières décisions portent sur des crimes contre l'humanité perpétrés lors de conflits armés (nous en examinons cinq, concernant les affaires *Katanga*, *Bemba*, *Ntaganda*, *Ongwen* et la *situation*

65 *Ibid.*, pp. 487, 488, 490 et 534.

66 CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session (2 mai-22 juillet 1994) », A/49/10 (1994), vol. II, p. 42; par. 14. Le rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale reprend une proposition similaire (« Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale. Additif », A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 26).

67 *M. Boot*, *supra* n. (14), pp. 471-472 et 485 : « the Prosecutor does not have to prove that the perpetrator acted pursuant to or in furtherance of a discriminatory policy in which the victims are selected on certain grounds, notably because they are members of a particular group. The reasons underlying an attack against a civilian population are thus irrelevant for qualifying conduct as a crime against humanity under Article 7 ». Roger S. Clark, « Crime against humanity and the Rome Statute », in Mauro Politi and Giuseppe Nesi (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, 2001, p. 90. Theodor Meron, « Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court », in Herman von Hebel (eds), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, p. 49.

68 Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, « Proposition concernant l'article 7 présentée par l'Allemagne et le Canada », PCNICC/1999/WGEC/DP.36, 23 novembre 1999, p. 2, par. 2. [non souligné dans l'original].

69 Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, « Commentaire de la Suisse sur l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale », PCNICC/1999/WGEC/DP.35, 24 novembre 1999, pp. 7-8.

en Côte d'Ivoire), alors que parmi les décisions subséquentes, deux se rapportent à des crimes commis en dehors de conflits armés (situations en Libye et au Kenya).

Les décisions de base au sujet de la notion de « population civile » sont celles rendues par la Ch. préł. I (aff. *Katanga*) et par la Ch. préł. II (aff. *Bemba*). Bien que critiquées, elles n'en ont pas moins été suivies dans des affaires subséquentes.

S'agissant de la première décision rendue concernant un conflit armé, dans l'affaire *Katanga*, la Ch. préł. I, sans définir le terme « population civile », s'est borné à observer, sur la base de la jurisprudence du TPIY,⁷⁰ que « [...] le terme "population civile" au sens de l'article 7 du Statut accorde des droits et des protections à "toute population civile", indépendamment de toute condition de nationalité, d'appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs ».⁷¹

La première observation qu'appelle cette décision tient au fait que, comme expliqué dans les lignes précédentes, le jugement *Jelusic* auquel cette chambre fait explicitement référence sans fournir d'explication est ancré ouvertement dans la « thèse inclusive ». On ne sait dès lors pas si cette chambre souscrit ou non à cette thèse, qu'elle savait contestée par la Chambre d'appel du TPIY (p. ex. arrêt *Blaskic* de 2004 et *Galić* de 2006) et qui, après avoir été proposée par le Canada et l'Allemagne et après avoir été invoquée par la Suisse, n'avait pas été retenue par les auteurs des EC. Quant à la référence au jugement *Tadic* par cette chambre de la CPI, il importe de relever qu'après avoir pris connaissance de différentes décisions relatives à l'affaire *Tadic*, les auteurs du StR ont vraisemblablement emprunté certains aspects de ces décisions et du jugement précité,⁷² mais il est très difficile de trouver une quelconque trace de l'acquiescement éventuel de ces auteurs à la définition du terme « population civile » contenue dans ce jugement.

La seconde observation concerne la réserve formulée par la doctrine vis-à-vis de l'évocation, dans la décision, de l'identité du groupe (nationalité, appartenance ethnique ou autres attributs distinctifs), élément déjà mentionné tant dans les travaux préparatoires du StR⁷³ qu'ailleurs,⁷⁴ mais critiqué au motif qu'il risque de faire croire erronément que l'attaque généralisée ou systématique doit avoir pour cible un groupe similaire à ceux menti-

70 Aux notes de bas de page n° 512 et 513, elle fait référence à : « *Le Procureur c. Tadic*, IT-94-1, Jugement, 7 mai 1997, par. 635 et *Le Procureur c. Jelusic*, IT-95-10-T, Jugement, 14 décembre 1999, par. 54 ». Nous avons précisé plus haut (*supra* n. 45) que dans ce paragraphe du jugement *Jelusic*, cette chambre du TPIY explique sans détour que le terme population civile doit s'entendre au sens large, c'est-à-dire, comme comprenant les civils au sens strict et les personnes hors de combat.

71 *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, Ch. préł. I, « Décision relative à la confirmation des charges », 26 sept. 2008, par. 399.

72 Certains de ces aspects ont été évoqués plus haut. Voir *M. Boot*, *supra* n. (14), p. 471. *K. Young Sok*, *supra* n. (14), p. 100.

73 « Rapport de la Commission du droit international... », A/49/10 (1994), *supra* n. (66), p. 42, par. 14.

74 P. ex. « Rapport final de la commission d'experts... », *supra* n. (31), S/1994/674 (1994), par. 72. Jugement *Tadic*, *supra* n. (49), par. 652. Ce jugement a été critiqué pour avoir fait du motif discri-

onnés dans la décision en question.⁷⁵ Il s'agirait alors, soutiennent certains auteurs, d'une autre façon de réintroduire dans le chapeau de l'article 7 du StR l'exigence de la discrimination — expressément rejetée par les auteurs du StR — comme élément constitutif de tous les crimes contre l'humanité.⁷⁶

Dans l'affaire *Bemba*, dans le cadre de laquelle la deuxième décision relative à un conflit armé a été rendue, la Ch. préI. II souscrit de manière explicite à l'interprétation de la Ch. préI. I (aff. *Katanga*)⁷⁷ et ajoute, sur la base de la jurisprudence TPIY et des différentes conventions de Genève relatives au droit international humanitaire,⁷⁸ « que [...] conformément à un principe bien établi du droit international humanitaire, la « population civile comprend

minatoire un élément constitutif de tous les crimes contre l'humanité. Voir *M. de Guzman, supra* n. (14), pp. 360, 362 et 364.

75 *L. Sadat*, « Crimes against Humanity in the Modern Age », *American Journal of international Law*, vol. 107 (2013), pp. 360 et 365 (elle qualifie cet élément d'« objectable »). Le bien-fondé de cette remarque s'est matérialisé notamment par le fait que cette décision, qui a été suivie d'autres dans les situations au Kenya et en Côte d'Ivoire, conduit désormais certains auteurs, tels que Rikhof, à affirmer que devant la CPI, on entend par population civile « groups distinguishable by nationality, ethnicity or other distinguishing features including a group defined by its political affiliation » (*J. Rikhof, supra* n. (57), p. 32). Dans ce sens, s'agissant de la jurisprudence congolaise, voir Jugement *Kizima, supra*, n. (8), cent-septième feuillet. (en parlant de la notion d'attaque visée par l'article 7 du StR, le tribunal fait valoir que « le statut de la Cour pénale internationale exige que l'attaque contre des populations civiles soit motivée par des raisons d'appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse »).

76 *M. de Guzman, supra* n. (14), pp. 363 et 364. Les idées avancées par certains auteurs tendent à mettre en exergue la pertinence de cette observation (P. ex., en parlant des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité visés par l'article 7 du StR, Gueldich affirme qu'il s'agit d'une attaque « dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse » (*Hajer Gueldich*, « Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale », in *Claudio Zanghi, Rafāa Ben Achour* (ed.), *Droits de l'homme et juridictions pénales internationales*, 2011, p. 11). S'agissant de l'élément discriminatoire, le Professeur Bettati fait observer qu'« affirmer que tous les crimes contre l'humanité doivent viser des civils identifiés par leur race, leur religion ou leurs convictions politiques conduit à gommer une distinction bien établie par les différents statuts [des juridictions pénales internationales] entre deux catégories de crimes : d'une part "l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles..." et, d'autre part, « les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux" [...] » (*M. Bettati, supra* n. (57), p. 114).

77 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* n. (25), par. 76.

78 Au par. 78, note de bas de page n° 101, elle cite : « *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Jugement, 22 février 2001, par. 425; voir aussi les dispositions pertinentes d'autres instruments internationaux consacrant cette distinction, comme l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, Recueil des traités des Nations Unies (R.T.N.U.), vol. 75, p. 135, et les articles 43 et 50 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977 (« le Protocole additionnel I »), R.T.N.U., vol. 1125, p. 271 ».

[...] toutes les personnes civiles par opposition aux membres des forces armées et aux autres combattants légitimes ». ⁷⁹

Le Professeur *Sadat* estime que cette chambre a adopté une définition restrictive de la notion de population civile, et n'a ni abordé ni cité l'affaire *Martić* (TPIY), et encore moins le statut juridique des personnes hors de combat. ⁸⁰ Les références citées dans cette décision de la Ch. pré. II (aff. *Bemba*) appellent au moins deux observations. *Primo*, la chambre s'inspire de l'affaire *Kunarac*, qui n'exprime qu'une des positions constatées dans la jurisprudence des TPI, mais ne dit pas pourquoi elle écarte la jurisprudence opposée, celle du TPIR. *Secundo*, à la différence de la définition du crime de guerre (art. 8-2-a StR), la définition, dans le StR, des éléments contextuels du crime contre l'humanité ne fait pas référence aux conventions de Genève.

Dans la décision qui nous intéresse, le recours aux conventions internationales relevant du droit international humanitaire n'est précédé d'aucune explication, laissant ainsi un certain nombre de questions sans réponses. En effet, comment cette chambre a-t-elle pu concilier les deux dispositions opposées que sont l'article 50 du Protocole I et l'article 3 Commun?

L'on peut également se demander pourquoi cette chambre cite l'article 3 Commun sans faire référence à la jurisprudence du TPIR ou du TPIY basée sur cet article, lequel article constitue l'épine dorsale de la thèse inclusive.

De même, pourquoi cite-t-elle l'article 3 Commun sans préciser que l'extension (ou l'assimilation) par les TPI de la notion de civil aux personnes protégées par l'article 3 Commun a été opérée par analogie alors que, dans le contexte de la CPI, l'article 22-2 du StR proscribit explicitement l'analogie? ⁸¹

La lecture de cette décision, non motivée quant à la question qui nous intéresse, pourrait donner à penser que la chambre concernée soutient une thèse dans le corps du texte alors même qu'elle en défend d'autres dans la note de bas de page n° 101, à travers les références qu'elle y mentionne.

Dans la *situation en Côte d'Ivoire*, concernant, elle aussi, un conflit armé, la Ch. pré. III souscrit littéralement aux positions exposées dans les décisions de confirmation des charges rendues dans les affaires *Katanga et Bemba*, et reprend *verbatim* les sources d'inspiration citées dans cette dernière affaire. ⁸² Dans la décision de confirmation des charges à l'encontre de *Gbagbo* (Ch. pré. II), qui s'inscrit dans cette droite ligne, la chambre s'appuie en outre sur diverses décisions concernant la *situation au Kenya*, pour déclarer, à

79 *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* n. (25), par. 78.

80 *L. Sadat*, *supra* n. (75), p. 361.

81 Il dispose en effet : « La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie ».

82 *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, Ch. pré. III, « Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome », 15 nov. 2011, par. 33. voir note de bas de page n° 38 de cette décision.

propos de l'attaque dirigée contre une population civile, qu'il s'agit de « la commission multiple d'actes visés à l'article 7-1 du Statut à l'encontre de *tout groupe identifiable par sa nationalité, son ethnie ou tout autre attribut distinctif, y compris son affiliation politique (supposée)* ». ⁸³ Elle suggère que le passage surligné correspond à la définition du terme population civile, prêtant de ce fait, le flanc aux critiques formulées à l'endroit des décisions antérieures, auxquelles l'on reprochait d'aller à l'encontre de la volonté des auteurs du StR en faisant croire à la réintroduction du motif discriminatoire parmi les éléments constitutifs communs à tous les crimes contre l'humanité.

La Ch. pré. II maintient sa position dans l'affaire *Ntaganda*. ⁸⁴ En revanche, dans les situations en Ouganda et au Darfour, où huit personnes sont poursuivies pour crimes contre l'humanité commis durant des conflits armés, les Ch. pré. I et II sont silencieux sur la notion de population civile.

En ce qui concerne la *Situation en Ouganda*, dans l'affaire *Ongwen*, la Ch. Pré. II, confirme les charges de crimes contre l'humanité portées contre *Dominic Ongwen* sans avoir défini le terme « population civile ». ⁸⁵ C'est dans une opinion individuelle jointe à la décision relative à la confirmation des charges que le juge *De Brichambaut* soutient, sur la base de deux arrêts de la Chambre d'appel du TPIY, ⁸⁶ et sans autre explication, que ce terme induit un groupe de personne qui

(i) ne sont plus ou n'ont jamais été membres des forces armées d'un État ou d'une entité non-étatique ou d'un groupe armé soumis à un commandement organisé;
(ii) ne prennent pas une part active aux hostilités. Il n'y a donc pas lieu que la victime individuelle des crimes poursuivis soit un civil au sens étroit du terme. ⁸⁷

83 *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-656-Red-tFRA, Ch. pré. I, « Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo », 12 juin 2014, par. 209. [non souligné dans l'original]. *Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, Ch. pré. III, « Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 », 30 novembre 2011, par. 30: « Les victimes civiles potentielles d'un crime visé à l'article 7 sont des personnes que peuvent distinguer leur nationalité, leur appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs ».

84 *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-309, Pre-Trial Chamber II, « Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda », 9 June 2014, par. 12 note de bas de page n° 22 (elle réitère la définition formulée dans l'affaire *Bemba* et, une fois encore, fait référence à la décision sur la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga*).

85 *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-422-Red, Pre-Trial Chamber II, « Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen », 23 March 2016.

86 Il cite : « *Le Procureur c. Mile Mrkšić et Veselin Šljivančanin, TPIY, Arrêt d'Appel, 5 mai 2009, IT-95-13/1-A 249/3739 BIS, par. 32* ». (« Opinion individuelle du Juge Marc Perrin de Brichambaut », ICC-02/04-01/15-422-Anx, 19 mai 2016, à la note de bas de page n° 30).

87 *Ibid.*, par. 35.

Plus intéressantes encore sont les affaires relatives aux situations en Libye et au Kenya, dans lesquelles il s'agissait des troubles internes, puisque le BdP n'allègue pas que les crimes contre l'humanité ont été commis lors d'un conflit armé.

Ainsi, dans les affaires relatives à la *Situation en Libye* concernant la répression des « manifestations populaires de février 2011 »,⁸⁸ la Ch. pré. I reproche à *Muammar Qadhafi*, à *Saif Al-Islam Qadhafi* et à *Abdullah Al-Senussi* d'avoir tué, arrêté, détenu et blessé de centaines de civils, mais ne définit nulle part les notions de « civil » et de « population civile ».

Pour clore l'analyse de la jurisprudence des chambres préliminaires, il importe d'indiquer que dans la *situation au Kenya*, relative aux violences postélectorales (troubles internes) de 2007-2008, la Ch. pré. II reprend explicitement la position exprimée dans l'affaire *Bemba*, qu'elle considère comme bien établie dans la jurisprudence de la CPI,⁸⁹ et reproduit les mêmes références, tout en y ajoutant des éléments qui se rapportent à la décision de confirmation des charges rendue dans l'affaire *Katanga*.⁹⁰ D'une part, elle ne dit pas pourquoi une définition destinée à être appliquée en cas de conflit armé, et dont la notion de combattant constitue l'élément central, serait transposable à des situations qui n'impliquent pas de conflit armé et, d'autre part, elle ne fait nullement allusion aux définitions du terme population civile en dehors d'un conflit armé, telles que suggérées par le TPIR (aff. *Kayishema et Ruzindana*) et par certains auteurs cités ci-devant. Motiver davantage cette décision aurait été souhaitable.

Quant à la jurisprudence des chambres de première instance, du moins de deux chambres de première instance à avoir statué sur la notion qui nous intéresse, l'on peut relever que dans le jugement *Katanga*, la Ch. Ière inst. II a considéré, sur la base à la fois de la

88 *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne*, ICC-01/11-01/11-1-tFRA, Ch. pré. I, « Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi », 27 juin 2011, par. 14; 25 et 31.

89 *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, Pre-Trial Chamber II, « Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute », 23 January 2012, par. 109.

90 *Situation en République du Kenya*, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Ch. pré. II, « Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome », 31 mars 2010, par. 81 : « les victimes civiles d'un crime visé à l'article 7 du Statut sont des groupes de personnes que peuvent distinguer leur nationalité, leur appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs », voir également par. 82, note de bas de page n° 74. *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, Pre-Trial Chamber II, « Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute », 23 January 2012, par. 164 : « the qualifier "any civilian population" has been previously interpreted to mean "groups distinguishable by nationality, ethnicity or other distinguishing features ». *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, *supra* n. (89), par. 110.

décision relative à la confirmation des charges rendue dans l'affaire *Bemba*⁹¹ et du jugement *Kunarac* (TPIY)⁹², que « l'expression "population civile" renvoie aux personnes civiles par opposition aux "membres des forces armées et aux autres combattants légitimes" ». ⁹³ Elle ajoute : « à ce titre, la Chambre fait sienne la définition de "civil" donnée par l'article 50-1 du Protocole additionnel I ainsi que celle de "population civile" que donne l'article 50-2 du Protocole I, à savoir "la population civile comprend toutes les personnes civiles" ». ⁹⁴

À la différence de la Ch. pré. II (aff. *Bemba*) et d'autres chambres préliminaires qui se sont ralliées à la jurisprudence de celle-ci, cette chambre ne fait allusion ni à l'article 3 Commun—qui protège les personnes qui ont quitté les forces armées, qui ont déposé les armes ou qui sont hors de combat—ni à l'article 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (12 août 1949). L'on pourrait conclure sous la foi de ce qui précède que cette chambre de première instance s'aligne sur la « thèse exclusive ».

Il n'en demeure pas moins que lorsqu'elle s'exprimait à propos de l'assaut lancé contre le village de Bogoro (République démocratique du Congo), qui abritait un camp militaire de l'UPC⁹⁵ situé au milieu des habitations, et dont, selon la juge *Van de Wyngaert*, un grand nombre d'habitants étaient eux aussi armés ou faisaient partie des groupes d'autodéfense,⁹⁶ cette chambre aurait dû clarifier le statut de ces habitants en précisant s'ils étaient des combattants ou pas. La juge *Van den Wyngaert* tente de le faire lorsqu'elle s'attache à démontrer qu'il ne peut être exclu que ces personnes aient été prises pour des combattants de l'UPC et que par conséquent, l'attaque de Bogoro n'avait pas pour cible principale la population civile.⁹⁷ Quant à la position de la Ch. Ière inst. III, dans l'affaire *Bemba*, cette chambre, fait référence au jugement *Katanga* et se borne à indiquer:

91 Elle fait référence au paragraphe 78 de la décision concernant la confirmation des charges à l'encontre de *Bemba*.

92 À l'instar de la Ch. pré. II, dans l'affaire *Bemba*, elle fait référence, sans donner d'explication, au paragraphe 425 du jugement *Kunarac* du 22 février 2001.

93 *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, *supra* n. (27), par.1102.

94 *Ibid.*

95 Union des patriotes congolais. Groupe armé actif dans le district d'Ituri (République démocratique du Congo) rival de ceux auxquels appartendraient les accusés *Katanga* et *Ngudjolo*.

96 *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-AnXI-tFRA, Ch. Ière inst. II, « Opinion de la Minorité présentée par la juge Christine Van den Wyngaert », 7 mars 2014, par.185 : « des civils étaient impliqués dans les efforts dits d'«autodéfense», c'est-à-dire qu'ils participaient à la défense de leur village ».

97 *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-AnXI-tFRA, *supra* n. (96), par. 181; 84-185; 223 et 225.

*Article 50 of Additional Protocol I provides a definition of a “civilian population”, which the Chamber considers to be customary in nature and therefore relevant to the consideration of crimes against humanity. The Chamber endorses that definition.*⁹⁸

Elle invoque des sources (jurisprudence et doctrine) qui soutiennent la thèse exclusive.⁹⁹

À propos de l’affirmation de cette chambre, au terme de laquelle la définition de l’article 50 du Protocole I appartiendrait au droit international coutumier, il convient de faire remarquer que les partisans (jurisprudence et doctrine) de la thèse inclusive soutiennent, pour leur part, que leur lecture tire son fondement du droit international coutumier. C’est pour cette raison, et bien d’autres que nous avons développées ailleurs,¹⁰⁰ que plutôt que de citer sans autre explication quelques arrêts et jugements (essentiellement du TYPI) et la doctrine, cette chambre de la CPI aurait dû démontrer l’appartenance de sa définition au droit international coutumier et la non-appartenance de la définition opposée (thèse inclusive) à ce domaine de droit.

Observations finales

Définir le terme population civile n’a pas été une sinécure pour les auteurs du StR et des EC. Ils ont finalement préféré laisser cette tâche aux chambres de la CPI. Sans perdre de vue, d’une part, qu’il faudrait une jurisprudence étoffée, essentiellement par des jugements des chambres de première instance et les arrêts de la Chambre d’appel, pour espérer être véritablement édifié au sujet de la définition que la CPI attribue au terme qui nous intéresse et, d’autre part, que la jurisprudence actuelle est susceptible d’anéantissement par la Chambre d’appel, la présente étude permet de tirer les enseignements suivants à propos de la manière dont ces chambres se sont acquittées de leur délicate mission de définir la notion qui nous intéresse.

Bien que la *ratio decidendi* de ces chambres s’agissant de la définition des termes « population civile » ou « personne civile » repose, entre autres, sur la jurisprudence des TPI, aucune chambre, à l’exception de la Ch. préI. I (aff. *Katanga*) ne fait référence à la jurispru-

98 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-3343, « Judgment pursuant to Article 74 of the Statute », 21 March 2016, par. 152.

99 Elle invoque (dans la note de bas de page 342), sans fournir d’explications : « Additional Protocol I, Article 50. See Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules (2005), at Rule 5. See also *Katanga Trial Judgment*, para. 1102; ICTY, *Blaškić Appeal Judgment*, paras 110, and 113 to 114; ICTY, *Kordić and Čerkez Appeal Judgment*, para. 97; ICTY, *Mrkšić and Šljivančanin Appeal Judgment*, para. 35; and ECCC, *Nuon and Khieu Trial Judgment*, para. 185 ».

100 La question du recours au droit international coutumier par les chambres de la CPI, dans le domaine de crimes contre l’humanité, fait l’objet d’une analyse détaillée dans une étude séparée : *Y. Hamuli*, *Faire face au silence*, *supra* n. (24). Nous ne partageons pas l’approche qui consisterait à qualifier de coutumière une règle ou une notion et à la transposer directement à la CPI au seul motif que l’un ou l’autre auteur ou la jurisprudence des TPI ont reconnu le caractère coutumier de la règle ou de la notion concernée.

dence relative à la thèse inclusive. Ce n'est pas pour autant que la position des chambres préliminaires est claire, car dans des notes de bas de page, ces chambres invoquent, sans fournir d'explications, l'article 3 Commun qui constitue la principale base juridique de la thèse inclusive.

L'insuffisance, voire l'absence de motivation quant au recours à la jurisprudence des TPI et aux Conventions de Genève peut poser question, car ces conventions ne sont pas concordantes sur l'aspect qui nous intéresse. Par ailleurs, la jurisprudence des TPI est divisée et justifie de plus l'application de ces conventions par l'analogie, une technique bannie par le StR. En outre, ces sources ne peuvent être invoquées dans le cadre des situations de troubles internes sans être accompagnées d'explications adéquates, notamment eu égard à l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité dans le StR.

De même, la présence, dans certaines définitions du terme « population civile » (voir p.ex. aff. *Katanga, Gbagbo, Kenyatta et Ruto*), d'éléments liés à l'identité d'un groupe (nationalité, ethnie, affiliation politique), qui font croire à l'exigence générale d'un motif discriminatoire, pourrait contribuer à obscurcir ladite notion.

Le choix de certaines chambres préliminaires (dans les *situations en Ouganda*, au *Darfour* et en *Libye*) d'amorcer des poursuites sans définir le terme « population civile », un élément constitutif des crimes contre l'humanité, interpelle au regard notamment des principes de légalité et de la sécurité juridique.

En ce qui concerne la position des Ch. Ière inst. II (aff. *Katanga*) et III (aff. *Bemba*), elle semble moins difficile à cerner comparée à celle des chambres préliminaires. Tout porte à croire que ces chambres de première instance ont opté pour la thèse exclusive. Il n'en reste pas moins que les préoccupations soulevées à propos de l'emprunt presque mécanique à la fois de la jurisprudence des TPI et à certaines conventions internationales et ce, sans avancer d'explications, valent également ici.

Il est vivement souhaitable que les autres chambres de première instance, ainsi que la Chambre d'appel, apportent la clarté manquante, à travers des jugements et des arrêts suffisamment motivés, notamment en ce qui concerne les sources du droit applicable (art. 21 StR).

Ces conclusions mériteraient l'attention des États et des organisations internationales, en particulier africains, lesquels ont opté ou envisageraient d'opter, sans autre explication, pour la « définition contenue à l'article 7 du Statut de Rome et la jurisprudence correspondante »; il y a encore matière à clarification. Dès lors, la contribution active de ces organisations et États à la clarification de la notion examinée paraît opportune.