



HAL
open science

La gravité en droit international pénal

Pierre Jouette

► **To cite this version:**

Pierre Jouette. La gravité en droit international pénal. McGill Law Journal / Revue de droit de McGill, 2022, 67 (4), pp.407. hal-04070355

HAL Id: hal-04070355

<https://hal.science/hal-04070355v1>

Submitted on 15 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

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 faite 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 — Iskrim' — 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
<i>A. Quant à la création de règles du droit international pénal</i>	415
1. Fonder des règles favorisant la lutte contre l'impunité	416
<i>a. Assouplir l'exigence de légalité criminelle</i>	416
<i>b. Justifier la création de règles procédurales spécifiques</i>	420
2. Assurer la protection des personnes mises en cause	423
<i>B. Quant à la compétence des juridictions pénales internationales</i>	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
<i>a. L'appréciation de la gravité par le Procureur et les juges</i>	431
<i>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</i>	434
II. Homogénéiser l'utilisation de la gravité en droit international pénal	441
<i>A. Hiérarchiser les crimes grâce à la détermination des peines</i>	441
1. La gravité pour apprécier les peines	441
2. Les peines pour apprécier la gravité	445
<i>B. Fixer des critères de détermination de la gravité</i>	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 internationales¹.

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 sanction³. 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, 3217^e 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, 3453^e 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*, 9^e 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*, 13^e 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*, 1^{ère} 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*, 1^{ère} 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 XX^e 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, « Pre-emption 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 châtement 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 internationalisées⁸, 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 impunis¹¹.

Dans ces différentes hypothèses, la gravité est constamment évoquée en lien avec celle des crimes internationaux par nature¹² 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*, 2^e 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, 2^e 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 délimitation¹³. 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 commis¹⁴. 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 facteur¹⁵ à leur attention. Cela concerne autant l'ouverture d'une enquête¹⁶, la recevabilité d'une affaire devant la CPI¹⁷, le renvoi devant une juridiction interne¹⁸, la procédure d'arrestation des personnes suspectées¹⁹, 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, 1^{re} 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 appel²⁰, les peines et leur détermination²¹, les grâces ou commutation de peines²² ou encore les questions de coopération²³. 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 Marmara²⁴ 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 internationale²⁷ 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 antérieures²⁹. 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, 2^e 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 moyens³¹, 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).