



HAL
open science

L'homme et le droit international pénal : une immanence de principe

Pierre Jouette

► **To cite this version:**

Pierre Jouette. L'homme et le droit international pénal : une immanence de principe. *Revue Lexsociété*, 2022, 10.61953/lex.3332 . hal-03869650

HAL Id: hal-03869650

<https://hal.science/hal-03869650>

Submitted on 24 Nov 2022

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 - ShareAlike 4.0 International License



L'homme et le droit international pénal : une immanence de principe

in H. KASSOUL et A. CUKIER (dir.), *Nature de l'Homme, nature du droit*,
Les Rencontres de Thémis et Sophia (2^{ème} édition), Université de Poitiers,
4 et 5 novembre 2021.

PIERRE JOUETTE

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

Résumé : Le fondement philosophique du droit international pénal est fréquemment recherché dans la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux. Pourtant, c'est oublier que depuis ses origines et jusqu'à notre époque contemporaine, la discipline n'a de cesse de se développer autour de cette référence que constitue l'Homme, qu'il soit victime ou auteur. Telle est du moins l'hypothèse que nous entendons défendre dans les développements ultérieurs.

Mots-clés : droit pénal ; droit international pénal ; droit pénal international ; juridictions pénales internationales ; cour pénale internationale ; compétence universelle ; imprescriptibilité ; homme ; humanité ; crime contre l'humanité ; crime de guerre ; génocide ; crime d'agression ; crimes internationaux par nature ; tribunal pénal international ; Rwanda, Ex-Yougoslavie, Nuremberg, Tokyo.

I. Les commanditaires de ces lignes se questionnent sur les rapports qu'entretiennent la nature de l'homme et celle du droit¹. L'homme, nous y reviendrons. Le droit, lui, nous conduit à mener (ou du moins essayer) notre réflexion dans le champ du droit pénal. Il consisterait dans l'étude d'une réaction sociale institutionnelle face aux infractions qualifiées de crimes, délits ou contraventions². Mais telle est notre *nature*, c'est surtout dans sa dimension internationale qu'il nous retiendra³. Cette matière, dénommée le droit international pénal⁴, fut définie comme « *l'aspect pénal du droit international public* »⁵. Elle présente aussi cette spécificité d'être « *la discipline juridique ayant pour objet les rapports du droit de punir et de la souveraineté des États* »⁶.

¹ Voy. également l'écrit de Ada Neschke intitulé « Nature de l'homme, nature du droit. Les fondements des Droits de l'homme dans le *De iure naturae et gentium* (1672) de Samuel Pufendorf », in O. ABEL, R. BRAUMAN, M. DELMAS-MARTY, R. LEGROS, A. NESCHKE, Q. WODON, E. GOEMAERE, F. OST (dir.), *Humanité, humanitaire*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1998, p.53-77.

² Pour d'autres définitions voy. Valérie Malabat qui écrit qu'« aucune autre discipline juridique que le droit pénal ne tire son nom de sa sanction. Le droit pénal, droit de la peine, suggère donc par son appellation et par principe, des relations très spécifiques entre sanction et droit pénal », V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, Vol. 1, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p.69. Une autre, en définissant le droit pénal à travers ses objectifs, met l'accent sur l'homme. Ainsi le droit pénal viserait le « *maintien de l'ordre extérieur et l'organisation pacifique des rapports entre les hommes* », B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 20^e éd., 2007, n°30.

³ Il s'agira donc d'étudier le droit appliqué par les juridictions pénales internationales et précisément les Tribunaux militaires internationaux (ci-après TMI), tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (ci-après TPIY, TPIR ou TPI *ad hoc*) et la Cour pénale internationale (ci-après CPI). Toutes sont des juridictions internationales par leur mode de création (résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, Traité) et le droit qu'elles appliquent (procédure pénale et droit pénal de fond). Chacune, elles sont chargées de réprimer et de sanctionner les violations graves du droit international et humanitaire.

⁴ Sur la controverse relative à la dénomination de la matière, voy. M. MASSE, « À la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », in J.-P. MARGUENAUD, M. MASSE, N. POULET-GIBOT LECLERC (dir.), *Apprendre à douter. Question de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2004, p.719-733.

⁵ C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, p.XI.

⁶ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 2nd éd., 1970, §18.

2. Il ressort de ces définitions, dont la dernière est devenue proverbiale, que le juriste ne semble s'intéresser qu'à la configuration de cette réaction publique singulière. Il raisonne à partir de l'interdit légal, de ses caractères ou de ses défauts et le comportement de l'homme, l'agent pénal, paraît être substitué par la logique juridique et sous l'effet d'un procédé particulier, celui de l'incrimination. Cette dernière fait entrer un fait socialement réprouvé dans la sphère du droit en le transformant en un fait juridiquement punissable. La nature de l'homme se meut en une infraction pénale.

3. En arrière-plan de ce mécanisme juridique, c'est l'homme, ses vices, ses faiblesses et son immoralité qui sont à l'origine de cette réaction. Le droit pénal n'est donc pas étranger à la nature humaine. D'ailleurs le droit pénal connaît un principe cardinal : celui de responsabilité pénale personnelle. À la fin de la Seconde Guerre Mondiale déjà, les juges de Nuremberg affirment que « *ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international* »⁷. Aujourd'hui, c'est l'article 25 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après CPI ou la Cour) qui le consacre. Le principe veut que chaque individu soit pénalement responsable des faits qu'il commet et sous réserve de la prise en compte de causes d'atténuation ou d'exonération de sa responsabilité pénale. Reste qu'en dehors de ces quelques hypothèses où l'homme est consacré par le droit dans le champ de la répression, peu de dispositions pénales nous enseignent, du moins explicitement, ce qu'est la nature de l'homme, la manière dont elle est prise en compte par le droit et dans quelle mesure cette nature humaine conditionne, module, réforme voire renouvelle la nature du droit international pénal.

4. En la matière, les rapports qu'entretiennent l'homme et le droit semblent d'ailleurs tout aussi prégnants qu'en droit interne. En effet, la création des deux

⁷ *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Office français d'édition, p.62.

tribunaux militaires internationaux⁸ (ci-après TMI) constitue un tournant majeur qui bouleverse profondément la nature du droit pénal. La nature de l'homme est érigée comme une composante essentielle de la création, du fonctionnement et du développement du droit international pénal. Deux raisons président à cette affirmation.

Premièrement, les droits des TMI et ultérieurement celui des TPI et de la CPI, ne font que pénaliser les atteintes au droit international humanitaire, plus anciennement au *jus gentium*, soit les règles qui s'imposent aux belligérants et qui ont pour objet notamment la protection des personnes qu'il s'agisse de celles dans le conflit ou hors du conflit. Voilà que point l'Humanité⁹ et contre elle, le crime. Évoquant une funeste actualité¹⁰, le crime contre l'humanité a pénétré le champ du droit¹¹ mais n'a de cesse d'être employée à tort, flirtant parfois avec une dimension plus morale que juridique¹². Dès lors, à chaque fois qu'il est question d'en circonscrire son domaine, l'humanité peut réduire le sachant au béotien, tant elle est, pour lui également, aussi familière que galvaudée.

⁸ L'un à Nuremberg (ci-après TMIN) pour juger les exactions commises par l'Allemagne nazie, l'autre à Tokyo, dit pour l'Extrême-Orient (ci-après TMIEO), chargé de juger les faits commis par le Japon durant la Guerre du Pacifique.

⁹ Il n'est pas question de revenir ici sur la définition du concept « d'humanité juridique ». Voy. M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté, essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, 1995 ; C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 127, 2012 ; F. TERRE, « L'humanité, un patrimoine sans personne », in *Mélanges Philippe Ardant : droit et politique à la croisée des cultures*, LGD, 1999, p.339-351 ; M. DELMAS-MARTY, « L'humanité saisie par le droit », in *Humanité, Humanitaire*, Presses Universitaires de Saint-Louis, 1998, accessible à l'adresse : <https://books.openedition.org/puosl/19336?lang=fr> (consulté le 01/06/22).

¹⁰ Qui ne pense pas alors aux exactions commises en Ukraine, voy. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine&ln=fr> (consulté le 01/06/22)

¹¹ Article 7 du Statut de Rome de la CPI.

¹² Toujours au sujet de la guerre en Ukraine, nous pensons aux différents discours des hommes politiques usant, souvent à tort et en dehors de tout exercice de qualification légale, de termes comme génocides ou crimes contre l'humanité.

Pourtant, le droit fait la part belle à cette notion, justifiant qu'après d'autres¹³, nous nous y intéressions ici.

Deuxièmement, le droit tel qu'il est inscrit dans les statuts des juridictions pénales internationales (qui sont les textes applicables à leur fonctionnement, sortes de codes pénal et de procédure), vient consacrer dans la sphère du droit international public un principe de responsabilité pénale individuelle. Il s'agit là d'une première révolution dans un droit qui ne connaissait de responsabilité que celles des États, gouverné par le mythe de la souveraineté¹⁴ et des relations horizontales. Y succéderont plusieurs autres, parmi lesquelles l'imprescriptibilité et la compétence universelle. Ces révolutions constitueront la genèse d'un régime juridique d'exception applicable à l'homme, auteur de crimes internationaux par nature¹⁵.

5. C'est donc à l'image d'un séisme¹⁶ que la naissance du crime contre l'humanité correspond à une recomposition des dynamiques prévalant en droit international d'un côté, en droit pénal de l'autre. La convergence de ces deux disciplines parachevant l'édification d'un droit sans nul autre pareil : le droit international pénal. Il s'est façonné à l'aune de ces références que constituent

¹³ Nombre d'écrits ont porté sur l'étude spécifique des crimes contre l'humanité. Pour ne citer que les meilleures, S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne. Naissance et consécration d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009 ; J.-F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002.

¹⁴ Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal et l'État : des frontières « naturelles » en question », in M. HENZELIN, R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Georg, Bruylant, 2002, p.8.

¹⁵ Expression empruntée à Claude Lombois qui évoque les quatre crimes relevant de la compétence des juridictions pénales internationales que sont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes contre la paix. Nous ne nous intéresserons ici qu'aux crimes contre l'humanité. C. LOMBOIS, *op. cit.*, §33 et s. Pour une réflexion contemporaine sur la notion voy. M. BARDET, *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, Dalloz, coll. Bibliothèque des thèses, 2022.

¹⁶ D. SALAS, « Les mots du droit pour un crime sans nom, les origines du crime contre l'humanité », in P. TRUCHE (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité. 20 ans après le procès Barbie*, ENS éditions, 2009, p.29.

l'homme et l'humanité, demeurant au cœur de la répression internationale. Telle est, du moins, notre hypothèse.

6. Dès lors, c'est *naturellement* que le droit international pénal nous confronte à deux figures de la nature de l'homme autour desquelles s'organiseront nos développements. Une première, universelle, où le droit international voit poindre la naissance de l'humanité comme nouvelle valeur contre laquelle aucune atteinte n'est désormais permise. Elle permet ainsi la naissance du droit international pénal et des juridictions pénales internationales. C'est l'homme victime dont le droit international pénal vient assurer une protection à travers les incriminations et précisément celle de crime contre l'humanité. Une seconde figure, singulière, où ce n'est plus l'humanité mais l'homme qui est incarné à travers la figure du criminel international. Là, le droit se construit négativement, en opposition à cette nature de l'homme car celui-ci est indissociable de son acte. Cette opposition se manifeste à la fois à travers la compétence des juridictions mais également de l'ensemble des règles de fond et de forme qui viennent sanctionner l'homme, criminel international.

I. L'homme comme composante universelle du droit international pénal

7. « *Le travail de la nouvelle catégorie de référence qu'on appellera l'Humanité, en émergeant, a fait reculer la catégorie dominante, oblitérante, de la souveraineté* »¹⁷. En effet, la fin de la Seconde Guerre Mondiale correspond au dépassement des rapports horizontaux entre États. Désormais la guerre est sujette à des illégalités qui peuvent elles-mêmes engager la responsabilité pénale des dirigeants étatiques. Cette recomposition du droit international public est essentiellement due à l'impulsion de valeurs nouvelles auxquelles la guerre ne peut désormais plus porter atteinte, telle l'humanité. Dans cette perspective, l'homme est appréhendé en droit en tant que victime d'une atteinte singulière

¹⁷ *Ibidem.*

dont le préjudice est ressenti par l'entière du genre humain. L'apparition de l'humanité dans la sphère du droit international et des rapports étatiques permet de consacrer le droit international pénal et d'incriminer les atteintes qui lui sont portées.

A. Consacrer le droit international pénal

8. Questionner l'humanité en droit international pénal revient à aborder celle des rapports qu'entretiennent la guerre et le droit, car c'est à travers leur évolution que le droit pénal voit poindre l'humanité comme valeur juridique consubstantielle à la judiciarisation du droit international¹⁸. Or, la prise en compte de l'humanité en tant que valeur du droit international et du droit pénal n'est pas le fruit d'un processus linéaire mais entrecoupé de différentes phases où la guerre et la souveraineté ont progressivement perdu en légitimité avant d'être supplantée par d'autres valeurs. Dans une perspective didactique, nous réduisons cette évolution en une succession de trois périodes.

9. Dans un premier temps, la guerre est intimement liée au principe de la souveraineté de l'État¹⁹. Elle est une prérogative qui appartient en exclusivité à celui-ci, souverain et indépendant. Ne souffrant d'aucune autorité supérieure, le concept de souveraineté induit pour l'État le droit absolu d'arbitrer par la guerre ses relations extérieures. Telle est la genèse des relations internationales. La guerre apparaît alors comme le moyen légitime de rétablir un droit lésé, elle est une affaire d'États voire, nous enseigne Carl Schmitt, un critère d'identification de celui-ci²⁰. La difficulté étant que cette horizontalité des rapports entre souverainetés empêche de distinguer les figures de l'agresseur et de l'agressé. Comme l'explique Hobbes, « *Le Souverain d'une république qu'il*

¹⁸ Mireille Delmas-Marty parle à cet égard de « *la lente émergence de l'humanité comme nouvelle catégorie juridique* », M. DELMAS-MARTY, « L'humanité saisie par le droit », in *Humanité, humanitaire, op. cit.*, §6.

¹⁹ Voy. V° « Souveraineté », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p.1434-1439 ; O. BEAUD, « Souveraineté », in P. RAYNAUD, S. RIAL (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique* Puf, 3^e éd., 2003, p.625-633 ; du même auteur *La puissance de l'État*, Paris, Puf, 1994.

²⁰ C. SCHMITT, *Le nomos de la Terre*, Puf, coll. Quadrige, 2012.

s'agisse une assemblée ou d'un individu n'est pas assujetti aux lois civiles. En effet, ayant le pouvoir de dire les lois et de les repousser, il peut quand cela lui plaît se libérer de cette sujétion en repoussant les lois que le dérangent et en faisant de nouvelles »²¹. Par conséquent, la guerre profite de la présomption qu'elle serait juste en toutes circonstances²², parce que le Prince²³ est le seul arbitre de sa légalité et par extension le seul arbitre du *jus ad bellum*.

10. Cette conception de la guerre a prévalu jusqu'à la Première Guerre Mondiale, période durant laquelle trois textes vont principalement contribuer à recomposer le rapport entre la guerre et sa légalité. C'est le second temps de notre évolution, celui d'une approche sécuritaire et préventive. Il s'agit d'abord de la clause dite « Martens » sur les lois de l'humanité²⁴. Intégrée dans le Préambule des Conventions de la Haye 1899 et 1907, elle fondera les poursuites envisagées après la Première Guerre Mondiale grâce, ensuite, au Traité de Versailles de 1919 et de cette première tentative infructueuse de responsabilité pénale internationale des gouvernants et notamment du Kaiser Guillaume II de

²¹ T. HOBBS, *Le Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Sirey, coll. Philosophie politique, 1971, p.283.

²² Sieyès écrit à cet égard que « *sa volonté* [de l'État souverain] *est toujours légale, elle est la loi même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel* » [nous ajoutons], E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers État ?*, Librairie Droz, Genève, coll. Les classiques de la pensée politique, 1970, chap. V.

²³ Raymong Carré de Malberg définit la souveraineté à travers trois aspects de celle-ci. Le premier, *Souveränität*, désigne « *le caractère suprême de la puissance étatique* ». Dans la continuité, le deuxième, *Staatsgewalt*, évoque l'ensemble des pouvoirs qui lui sont inhérents et le troisième, *Herrschaft*, renvoi à l'organe titulaire de cette puissance souveraine, en d'autres termes, le Prince. Voy. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, p.79.

²⁴ Elle prévoit ainsi qu'« *En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ».

Bavière²⁵. Il s'agit enfin du Pacte Briand-Kellogg de 1928²⁶. Davantage que le précédent qui mettait l'accent sur l'importance qu'il y avait de « *garantir la paix et la sûreté* », le Pacte fait sienne, pour la première fois, des considérations d'humanité. Le Préambule prévoit que les Nations partagent « *le sentiment profond du devoir solennel qui leur incombe de développer le bien-être de l'humanité* ». D'après Kelsen ces deux textes ont contribué à moderniser la doctrine de la guerre en interdisant de recourir à celle-ci et en la qualifiant d'offense contre la paix²⁷. L'auteur précise néanmoins qu'il ne s'agissait pas encore d'un crime au sens pénal, ni d'une responsabilité pénale personnelle des chefs d'États. Il s'agissait au contraire d'une responsabilité de l'État résolue sur la base du droit international coutumier. Pour autant, l'attachement de la guerre à un « crime » n'est pas anodin et vient redimensionner une vision nouvellement partagée de la guerre en posant les jalons d'un troisième temps, celui de la judiciarisation du droit international et de la criminalisation de la guerre.

II. Ce dépassement du concept de souveraineté étatique à celui de criminalisation des acteurs étatiques dans la guerre, s'opère notamment parce qu'elle engendre des violences extrêmes, comme ce fut le cas avec la guerre menée par les nazis et son lot des barbaries²⁸, violant alors les principes

²⁵ Ainsi les signataires du Traité, après avoir déclaré à titre liminaire « *de ne pas recourir à la guerre* », affirment à l'article 227 mettre « *en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités [...] Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera devoir être appliquée* ».

²⁶ Pacte Briand Kellogg, Paris, 27 août 1928.

²⁷ L'article 1^{er} prévoit que les États parties « *déclarent solennellement qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles* ».

²⁸ En 1943, Churchill, Staline et Roosevelt dénoncent les « *atrocités* » et « *la bestialité* » des nazis. Ils déclarent leur volonté de traquer, juger et châtier « *jusqu'au bout de la terre* » ceux, militaires ou hommes politiques, responsables de ces « *crimes monstrueux* ». Voy. la Déclaration de Moscou, 1 nov. 1943, accessible à l'adresse : https://www.cvce.eu/content/publication/2004/2/12/699fco3f-19a1-47fo-aeco-73220489efcd/publishable_en.pdf (consulté le 29/06/2022).

fondamentaux du *jus in bello* et notamment le respect de l'existence des victimes innocentes²⁹. Henri Donnedieu de Vabres dans son ouvrage intitulé « Le procès de Nuremberg » explique ainsi que l'« *on ne peut faire à l'ennemi que les maux nécessaires pour obtenir satisfaction et être victorieux. Il faut respecter les personnes innocentes* »³⁰. D'autres auteurs comme Walzer parlent eux d'« *urgence suprême* ». Il ne s'agit là pas tant d'une notion juridique que morale, mais qui révèle le caractère absolu de certaines valeurs dans la mesure où les atteintes à celles-ci, particulièrement graves, dépassent les intérêts nationaux pour concerner l'ensemble de la communauté humaine. Cette idée est consacrée par le Préambule de la Charte de San Francisco qui évoque la nécessité de « *préserver les générations futures du fléau de la guerre qui en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances* »³¹.

Les juges de Nuremberg reprendront à leur tour ces considérations pour légitimer leur office et justifier la création *ex post facto* du droit international pénal. Ils évoquent ainsi qu'« *il est admis, depuis longtemps, que le droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques. (...) Il est surabondamment prouvé que la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non pas des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international* »³². Pour se faire, ils se fondent sur l'existence de précédents qu'ils regroupent ensemble sous la notion de « conscience du

²⁹ Il est important de mentionner que l'idée de responsabilité des actes commis durant la guerre est en germe antérieurement à 1945, d'où la sinuosité de l'évolution que nous mentionnions précédemment. En effet, qu'il s'agisse du Code d'Hammourabi (1750 avant J.C.), de *L'art de la guerre* du général et philosophe Sun Tzu (5^e siècle avant J.C.) ou de l'œuvre d'Hugo Grotius (*Le droit de la guerre et de la paix*), tous plaident aussi en faveur de la répression des crimes commis durant la guerre. Précisément, Grotius développe l'idée de la légitimité d'une sanction qui viendrait protéger les atteintes au droit des gens. Dès lors, l'auteur oppose la guerre légitime la guerre illégitime, pour laquelle les États doivent réagir, même lorsqu'ils ne sont pas atteints personnellement par celle-ci. Voy. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Puf, 2^e éd, 2012, Livre 2, Chap. XXI, III, §§1-2, p.512-513.

³⁰ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Le Procès de Nuremberg*, Domat, Montchrétien, 1947, p.4.

³¹ Préambule de la Charte des Nations Unies, 26 juin 1945.

³² *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, op. cit., p.61.

monde »³³. À propos de la condamnation d'un haut dignitaire nazi, les juges énoncent que « *la conscience du monde, bien loin d'être offensée s'il est puni, serait choquée s'il ne l'était pas* »³⁴. La référence est empruntée à celle d'« *opinion publique du monde civilisé* » que développe Kelsen en 1945³⁵.

³³ Sévane Garibian écrit que « *Cette référence (...) n'est rien d'autre que, pour reprendre l'explication du tribunal lui-même, « l'intention de la communauté des États » ou « la volonté de la majorité des Nations civilisées » (...) » ou de manière plus contemporaine, un principe général du droit reconnu par les notions civilisées au sens de l'article 38 de la Cour Internationale de Justice. L'auteur poursuit en expliquant que « L'admission par le TMI de la « conscience du monde » - ou reconnaissance des nations civilisées - comme fondement de la validité formelle du Statut, autrement dit comme fondement de sa propre compétence, présuppose l'adhésion à la théorie jusnaturaliste du droit international dépassant le formalisme juridique du positivisme classique (adopté par la défense à Nuremberg). Cette même théorie jusnaturaliste s'est imposée comme une tendance persistante de la doctrine contemporaine en droit international. Elle consiste à distinguer l'État souverain de la communauté des nations dites civilisées ou, dans la terminologie actuelle, de la communauté internationale : l'État souverain est supérieur au droit interne mais limité par le droit international, alors que la communauté des États est juridiquement illimitée car elle détient la « compétence de la compétence ». Elle ne peut donc être limitée, selon cette conception jusnaturaliste, que par des principes moraux tels que le principe de justice. Aussi les concepts de souveraineté et de légalité sont-ils forcément entendus par les juges dans un sens relatif : le principe de légalité est perçu comme n'étant qu'une règle généralement admise ne pouvant limiter la souveraineté des États ; et le principe de souveraineté est perçu comme signifiant non plus « pouvoir illimité » mais « indépendance des États » », S. GARIBIAN, « Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg » in M. HENZELIN, R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, op. cit., p.35-37.*

Voy. également S. GLASER, « La méthode d'interprétation en droit international pénal », in *Revisita Intalianna Di Dirritto E Procedura Penale*, 1966, p.726 ; Supreme Court of Israel, *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, 29/05/1962, §11 b), accessible à l'adresse : <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185/Eichmann/> (consulté le 01/06/2022).

³⁴ *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, op. cit., p.58.

³⁵ H. KELSEN, « The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminales », in *The judge advocate journal*, Judge advocate association, Vol. 2, n°3, 1945, p.63. Voy. Également V. PRATT, « Présentation. Première partie : la règle interdisant les lois *ex post facto* et la poursuite des criminels de guerre de l'Axe », in N. GRANGE, F. RAMEL (dir.), *Le droit international selon Hans Kelsen. Criminalités, responsabilités, normativités*, ENS Éditions, coll. La croisée des chemins, 2018, p.46.

12. Émerge alors un légalisme nouveau dont le souverain se voit désormais dépouillé, un dépassement des particularismes étatiques et des valeurs propres que chaque souverain déterminait sans partage, au profit d'une communauté juridique globale, attachée à la préservation de valeurs nouvelles et partagée : la paix et l'humanité. Cette seconde valeur, devient une nouvelle catégorie juridique où ce n'est plus l'homme et les atteintes qui lui sont singulièrement portées qui sont protégées mais l'homme sa dimension plurielle, en tant que composante de la communauté humaine. Les mots d'Hannah Arendt résonnent lorsqu'elle écrivait que « *ce sont des hommes et non pas l'homme, qui vivent sur terre et habitent le monde* »³⁶. Cette évolution se concrétise avec l'Accord de Londres du 6 août 1945 portant Statut du TMIN et plus généralement, pour la première fois de l'histoire de l'humanité, l'incrimination des atteintes qui lui sont portées.

B. Incriminer pour protéger l'humanité

13. L'interdiction de ceux qui deviendront les crimes contre l'humanité préexistait à leur consécration et leur dénomination dans le champ juridique³⁷. En réalité, c'est surtout l'utilisation d'expressions telles « humanité » ou « atteintes à l'humanité » qui étaient employées et ce dans des acceptions politique ou morale³⁸, contribuant à altérer les contours juridiques de l'expression. Catherine Le Bris évoque à cet égard un droit « *flou* »³⁹ et explique que « *l'image de la sphère infinie, permet de se représenter l'humanité juridique dont le centre est partout et la circonférence nulle part* »⁴⁰. Il n'en

³⁶ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, coll. Agora, 2002.

³⁷ En ce sens voy. J.-F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002.

³⁸ Comme le rapporte Denis Salas, à l'issue de la Première Guerre Mondiale Churchill parle déjà, à propos des crimes commis par les allemands d'« *atteintes aux lois de l'humanité* », Cité par D. SALAS, *op. cit.* p.32. Pour une « archéologie du crime contre l'humanité », voy. également S. LE GAL, « Eugène Aronéanu et la définition du crime contre l'humanité », in P. GRECIANO, M. MATHIEU (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité. Les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, p.20-21.

³⁹ C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, *op. cit.*, p.3.

⁴⁰ C. LE BRIS, « Esquisse de l'humanité juridique », in *RIEJ*, 2012, p.69.

demeure pas moins que la consécration de telles atteintes, en droit pénal à partir de 1945⁴¹ comble un vide juridique⁴² et offre aux juristes une certaine visibilité. Ultérieurement, le crime contre l'humanité se densifiera à travers sa reprise dans plusieurs textes⁴³. Ce corpus est à la fois national et international, répressif ou non, mais une chose est sûre, il consolidera l'assise juridique du crime et objectivera la notion.

14. Dans ses différentes incriminations, le crime contre l'humanité se matérialise alors par différents actes. À Nuremberg c'est l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation. En ex-Yougoslavie et au Rwanda, on y ajoute la torture, le viol, l'expulsion, les persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses. Mais c'est avec l'article 7 du Statut de la CPI que le crime fait écho aux mots de Mireille Delmas-Marty lorsqu'elle évoquait une énumération toujours recommencée des interdits qualifiés de crimes contre

⁴¹ Aux articles 6-c du Statut du TMIN et 5-c de celui du TMIEO. Avant d'apparaître dans l'acte d'accusation de Nuremberg, un juriste du nom d'Aroneanu avait rédigé un mémoire sur le crime, qui a grandement inspiré le juge Jackson et l'accusation française à Nuremberg voir S. LE GAL, « Eugène Aroneanu et la définition du crime contre l'humanité », *op. cit.*, p.17-32.

⁴² C. LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, *op. cit.*, p.3.

⁴³ Un inventaire, chronologique mais non-exhaustif. C'est d'abord la consécration par l'ONU en 1954 des principes de Nuremberg et précisément de son principe VI qui vient réaffirmer le caractère criminel des atteintes à l'humanité. C'est ensuite, en France, une loi du 29 décembre 1964 qui constatera l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité tels que définis par le Statut du Tribunal de Nuremberg. C'est également deux conventions, une de l'ONU en 1968, une du Conseil de l'Europe en 1974 qui, toutes deux, déclarent imprescriptibles les crimes contre l'humanité. C'est aussi une convention de 1974 qui qualifie l'apartheid de crime contre l'humanité. C'est enfin dans les années 90 que l'aspect répressif, abandonné depuis Nuremberg, sera réinvesti, d'abord en droit international pénal, avec l'instauration des TPI pour l'ex-Yougoslavie (article 5) et le Rwanda (article 3), ensuite en droit interne avec le Code pénal de 1992, entrée en vigueur en 94 où les crimes contre l'humanité font leur apparition. Ils figurent en tête de la partie spéciale du Code (Livre II, *Des crimes et délits contre les personnes*) dans un Titre 1^{er} intitulé « *Des crimes contre l'humanité* ». Ils prennent place au côté du génocide et des autres crimes contre l'humanité sans qu'une spécificité leur soit attribuée.

l'humanité⁴⁴. Listés sur deux pages⁴⁵, ces interdits sont connus à eux seuls dans les droits internes comme crimes de droit commun.

15. L'incrimination marque ainsi l'arrivée d'une valeur nouvelle et inédite dans le giron du droit pénal. C'est d'abord l'humanité en tant que nouvelle catégorie juridique qui naît à Nuremberg et à Tokyo. C'est aussi la possibilité offerte aux juridictions répressives de demander des comptes aux souverains, aux agents de l'État, jusqu'alors inatteignables⁴⁶. C'est surtout une punition des atteintes inhumaines que recouvre le crime, celles qui tendent à dépersonnaliser les victimes, à les déshumaniser, à les rejeter de la communauté des hommes⁴⁷, parce que ces humains seraient considérés comme des sous-hommes, justifiant que les pires atrocités leur soient faites⁴⁸. Loin de détruire une vie, le crime contre l'humanité « *détruit le fait de l'existence elle-même* »⁴⁹ et permet au bourreau de s'assurer que « *sa victime n'a jamais existé* »⁵⁰. L'espace concentrationnaire

⁴⁴ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les interdits fondateurs*, Cours du Collège de France, p.546, accessible à l'adresse : https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL54342_31.pdf (consulté le 01/06/22).

⁴⁵ H. ROUIDI, *Les listes d'infractions : étude en droit pénal français, italien et international*, Presses universitaires juridiques de l'Université de Poitiers, LGDJ-Lextenso, 2015, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales.

⁴⁶ H. ASCENSIO, « Souveraineté et responsabilité pénale internationale », in J.-P. MARGUENAUD, M. MASSE, N. POULET-GIBOT LECLERC (dir.), *op. cit.*, p.147-164.

⁴⁷ Primo Levi évoque cette perte d'appartenance au monde lorsqu'il écrit « *Qu'on imagine maintenant un homme privé non seulement des êtres qu'il aime, mais de sa maison, de ses habitudes, de ses vêtements, de tout enfin, littéralement de tout ce qu'il possède : ce sera un homme vide, réduit à la souffrance et au besoin, dénué de tout discernement, oublieux de toute dignité : car il n'est pas rare, quand on a tout perdu, de se perdre soi-même* », P. LEVI, *Si c'est un homme*, Pocket, 1990, p.27.

⁴⁸ Michel Massé parle d'« *atteintes à l'irréductible humain, en ce que, au-delà du corps ou de la liberté en mouvement, ces actes cherchent à atteindre la conscience l'identité la dignité des victimes rejetées de la communauté des hommes considérés comme des sous hommes* », M. MASSE, « Le crime contre l'humanité dans le droit », in P. TRUCHE (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité. 20 ans après le procès Barbie*, *op. cit.*, p.68-69.

⁴⁹ Voy. également H. ARENDT, *Le système totalitaire*, Points-Seuil, 1972, p.179.

⁵⁰ *Ibidem*.

pensé par les nazis en est une parfaite illustration⁵¹. Une définition donnée par le TPIR révèle parfaitement la philosophie que recouvre le crime. Les juges énoncent que « *Les crimes contre l'humanité couvrent des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui est le plus essentiel : sa vie, sa liberté, son intégrité physique, sa santé, sa dignité. Il s'agit d'actes inhumains qui, de par leur ampleur ou leur gravité outrepassent les limites tolérables par la communauté internationale qui doit en réclamer la sanction. Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité* »⁵².

16. L'infraction tient donc notamment sa spécificité de la victime, en ce qu'une atteinte à une victime directe peut caractériser celle à l'humanité tout entière. Le droit induit une abstraction et transforme l'atteinte singulière en atteinte collective. Ceci est particulièrement éloquent en matière d'atteintes aux biens et spécifiquement aux biens culturels mondiaux pour lesquels « *c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent* »⁵³. Qui plus est,

⁵¹ Jean-François Bossy écrit ainsi que « *être détenu dans un camp, c'est être jeté à l'extérieur de toute condition politique, juridique, voire économique, c'est être expulsé de l'humanité commune. Le camp figure le dehors absolu de la civilisation, l'infini de la barbarie à perte de vue pour toutes ces « espèces » humaine violemment déportées hors de l'humanité* », J.-F. BOSSY, *La philosophie à l'épreuve d'Auschwitz. Les camps nazis, entre Mémoire et Histoire*, ellipses poche, 2014, p.55.

⁵² TPIR, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Jean Kambanda*, 4 sept. 1998, ICTR-97-23-S, §15. Voy. également la définition donnée par le TPIY selon lequel dans les crimes contre l'humanité « *il n'y a pas totale équivalence entre la vie de l'accusé et celle de la victime* » et que « *l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité tout entière* » TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, 29 nov. 1996, IT-96-22, §19 et 28.

⁵³ Plus précisément, les juges affirment que la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion sont constitutifs d'une violation des lois et coutumes de la guerre prévue à l'article 3 d) du Statut du TPIY, « *lorsqu'il est perpétré avec l'intention discriminatoire requise, équivaut à une attaque contre l'identité religieuse même d'un peuple. En tant que tel, il illustre de manière quasi exemplaire la notion de « crimes contre l'humanité », car de fait, c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse*

l'abstraction provoque un déséquilibre entre la position de l'auteur et celle de la victime car en portant atteinte à l'humanité, l'auteur de l'infraction est lui-même considéré comme atteint par son acte⁵⁴.

17. Cela se répercute également sur la qualification qui leur est associée⁵⁵ : elle constitue un crime. D'ailleurs, il n'existe qu'eux lorsque nous parlons des atteintes à l'humanité, car le droit international pénal ne connaît ni de délits⁵⁶, ni de contraventions. En d'autres termes, elles constituent les atteintes les plus graves ou, pour reprendre les termes du Préambule du Statut de Rome, des faits qui « *défont l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine* ». À cet égard, l'expression « crimes internationaux par nature » est révélatrice de ce que ces qualifications sont au fondement du droit international pénal et forment un socle commun qui polarise les infractions les plus graves.

18. De cette manière, les auteurs ne sont plus seulement des assassins, des violeurs mais, lorsque le crime est « *commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque* », les auteurs sont des criminels contre l'humanité. C'est cette fonction symbolique, cet étiquetage duquel découle la qualification, qui vient stigmatiser un crime de droit commun comme crime le

spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent. La présente Chambre conclut en conséquence que la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices musulmans consacrés à la religion ou à l'éducation peuvent constituer, si elles sont commises avec l'intention discriminatoire requise, un acte de persécution », TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dario Kordic et consort*, 26 fév. 2001, IT-95-14/2-T, §207 ; Voy. également au sujet de l'attaque de la ville de Dubrovnik, TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Miodrag Jokic*, 18 mars 2004, IT-01-42-1.

⁵⁴ En ce sens Primo Levi écrit : « *Les personnages de récit ne sont pas des hommes. Leur humanité est morte, ou eux-mêmes l'ont ensevelie sous l'offense subie ou infligée à autrui. Les SS féroces et stupides, les Kapos, les politiques, les criminels, les proéminents, grands et petits, et jusqu'aux Häftlinge, masse asservie et indifférenciée, tous les échelons de la hiérarchie dénaturée et instaurée par les Allemands sont paradoxalement unis par une même désolation intérieure* », P. LEVI, *op. cit.*, p.130 ; Voy. également H. ARENDT, *op. cit.*

⁵⁵ M. MASSE, *op. cit.*, p.63.

⁵⁶ Contrairement au droit français qui distingue, parmi les articles 461-1 à 31 du Code pénal, entre les crimes et délits de guerre.

plus grave et qui emporte contre l'homme, cette fois auteur de l'infraction, tout un régime juridique spécifique.

II. L'homme comme composante singulière du droit international pénal

19. Avec Nuremberg et Tokyo puis avec les juridictions pénales internationales contemporaines, émerge le principe de responsabilité pénale individuelle en droit international. S'opère ainsi la prise en compte de l'homme, singulier, devenant un élément objectif d'application du droit international pénal. Cet homme, il est avant la décision de confirmation des charges le suspect, après celle-ci, l'accusé et une fois la décision de condamnation rendue, le coupable, le condamné, le criminel. L'homme est donc irrémédiablement associé au fait qu'il aurait commis ou qu'il a effectivement commis ce dont le droit tient compte pour se configurer à la fois concernant les compétences ou la sanction des faits commis.

A. Ajuster les compétences juridictionnelles

20. Cet homme est celui poursuivi par une juridiction pénale internationale et engageant sa responsabilité pénale internationale. Le droit l'a qualifié hier de « grand criminel », aujourd'hui de « personne ». Plus précisément, le Statut de Nuremberg prévoyait sa compétence contre les « *grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe* ». Celui pour l'ex-Yougoslavie à l'encontre des « *personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991* »⁵⁷. Au-delà, cette compétence est affirmée dès les premiers développements des textes

⁵⁷ Rés CS 827 (1993), Doc off CS NU, 1993, 3217^e séance, Doc NU S/RES/827. Relevons que, quelle que soit la dénomination retenue, les textes questionnent la conception, par le droit international pénal, de la présomption d'innocence ; Voy. M. MASSE, « Article 66. Présomption d'innocence », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, 2^e éd., 2019, Tome II, p.1801-1820.

les régissant qui insistent sur le lien entretenu entre la nature de l'homme et la création de la juridiction⁵⁸. Elles existent parce que ces hommes-là sont de grands criminels de guerre ou sont présumés responsables de violations graves. Certes, la gravité des actes qu'ils commettent est déterminante dans l'existence de ces juridictions⁵⁹, mais ces actes sont indissociables de l'existence de l'homme qui les commet. Il devient alors un élément déterminant des compétences juridictionnelles.

21. C'est donc assez naturellement que l'homme se retrouve au cœur de la compétence *ratione personae*. Précisément, le droit international s'applique aux seules personnes physiques et majeures. Ces fondements de la compétence personnelle ont été posés dès l'instauration des TMI. Ainsi l'article 5 du Statut du TMIEO prévoit que « *Le Tribunal aura le pouvoir de juger et de punir les criminels de guerre d'Extrême-Orient qui, en tant qu'individus ou membres d'organisations, sont accusés d'infractions ...* » [nous avons traduit]. Quant à son homologue européen, il présente une spécificité car il prévoit la possibilité en son article 6 de juger et condamner ceux qui « *agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants* » [nous insistons]. En d'autres termes, la première alternative renvoie à la responsabilité

⁵⁸ TPIR, Rés CS 955 (1994), Doc off CS NU, 1994, 3453^e séance, Doc NU S/RES/955 ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Rés CS 1315 (2000), Doc Off CS NU, 2000, 4186^e séance, Doc NU S/RES/1315 ; United Nations Transitional Administration in East Timor, Regulation 2000/15, 6.6.2000, on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences, accessible en langue anglaise et en annexe de l'ouvrage de H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, J.-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Société des législations comparées, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, Vol. II, 2006, p.321-334 ; Loi relative à la création des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, Doc NS/RKM/0801/12 KRAM ; Statut de Rome de la CPI, 17 juillet 1998, Doc Off NU A/CONF.183/9, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

⁵⁹ B. AUBERT, « Gravité et justice pénale internationale », in J. ALIX, A. DARSONVILLE (dir.), *Gravité et droit pénal*, Mare & Martin, coll. droit privé et sciences criminelles, 2021, p.89-100 ; P. JOUETTE, « La gravité en droit international pénal », in *McGill Law Journal*, 2022, à paraître.

pénale personnelle, alors que la seconde, elle, renvoie à une spécificité du TMIN par rapport à l'ensemble des juridictions pénales internationales : la criminalisation des organisations criminelles. Il s'agit là d'une ébauche d'une responsabilité pénale des groupements⁶⁰ et non pas de celle des personnes morales, qui est exclue en droit international pénal⁶¹.

22. Ces principes se sont pérennisés à l'époque contemporaine dans le droit des TPI. Les articles 6 du Statut du TPIY et 5 du TPIR prévoient qu'ils sont compétents à l'égard des seules personnes physiques⁶². Le plus abouti reste probablement le Statut de la CPI. Déjà, l'article 1^{er} évoque la compétence générale de la Cour à l'égard « *des personnes* ». Ensuite, l'article 25 §1 précise qu'il s'agit bien des personnes physiques, celle des personnes morales, du moins de celle de l'État est exclue par le §4, précisant qu'« *aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international* ». Enfin, l'article 26 précise que la Cour est incompétente à l'égard des personnes de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime.

⁶⁰ Le Tribunal était compétent pour déclarer criminels certains groupements. La déclaration de criminalité n'était pas assortie d'une sanction et servait seulement de fondement juridique à la condamnation d'individus par les juridictions nationales. Le TMIN déclarera plusieurs organisations criminelles comme la SS, la Gestapo, le SD, le corps des chefs du parti nazi. Un pareil mécanisme trouvait sa justification dans l'avantage qu'il procurait aux autorités de poursuites. En effet, le III^e Reich connaissait nombre d'organisations ayant accompli des actes criminels et qui impliquait un nombre d'autant plus important d'individus, à l'instar de la SS. Par conséquent, faute pour le TMIN de pouvoir juger l'ensemble des individus appartenant à ces organisations, la déclaration de criminalité permettait aux juridictions nationales d'y suppléer. Voy. les articles 9, 10 et 11 du Statut du TMIN, *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Office français d'édition, p.93-116.

⁶¹ Contrairement aux droits internes comme le droit pénal français où des personnes morales peuvent engager leur responsabilité pénale pour crimes internationaux, à l'instar des poursuites exercées contre l'entreprise Lafarge pour crimes commis en Syrie. Voy. Cass. Crim., 7 sept. 2021, n°19-87.367 ; *AJ Pénal*, 2021, p.469, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D*, 2022, p.45, obs. L. SAENKO ; *RSC*, 2021, p.827, obs. Y. MAYAUD.

⁶² Les deux articles prévoient que : « *Le Tribunal international a compétence à l'égard des personnes physiques conformément aux dispositions du présent statut.* ».

23. Le plus éloquent est probablement le mécanisme du Statut de Rome où la qualité de la personne mise en cause innervé l'ensemble des compétences de la Cour. Concernant tout d'abord la compétence *ratione loci*, celle-ci se fonde notamment sur un mécanisme de compétence personnelle active, bien connu des pénalistes. Il s'agit d'un mécanisme de compétence territoriale qui permet de rattacher la compétence répressive à la nationalité des auteurs (personnalité active) ou des victimes (personnalité passive). L'article 1^{er} du Statut du TPIR nous l'enseigne⁶³, à l'instar de l'article 12 du Statut de la CPI qui prévoit qu'elle est seulement compétente pour connaître d'affaires qui ont lieu ou sur le territoire d'un État partie ou par un ressortissant d'un État partie. En d'autres termes, la Cour est compétente soit dans l'hypothèse où les accusés sont ressortissants d'un État partie ou, s'ils ne le sont pas, lorsqu'ils agissent sur le territoire d'un État partie au Statut de Rome. Cela permet donc une extension de la compétence de la CPI, qui n'est pas limitée aux seuls faits commis par des ressortissants d'un État partie sur le territoire d'un État partie. C'est là une différence fondamentale avec les statuts des TMI et du TPIY qui ne prévoyaient qu'un mécanisme de compétence territoriale : ils étaient compétents pour juger des faits commis sur des territoires déterminés, sans référence à la nationalité des auteurs de ces exactions.

24. Elle concerne ensuite la compétence *ratione materiae*, nous l'avons vu précédemment. Ajoutons simplement que les crimes relevant de la compétence des juridictions tiennent compte de l'homme criminel à travers l'étape de qualification de l'infraction. De cette manière les éléments contextuels des crimes comme, dans le cadre d'un crime de guerre, l'existence d'un conflit armé, sont indépendants de celui qui commet l'acte. Au contraire, c'est à travers les actes sous-jacents, soit les crimes de droit commun, que le droit se positionne dans la perspective de l'auteur de l'infraction. De cette manière, toujours avec

⁶³ Il prévoit que « *Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, conformément aux dispositions du présent Statut* » [nous insistons].

l'exemple d'un crime de guerre, c'est le fait pour un individu d'utiliser un civil comme bouclier humain sur le terrain d'un conflit et ce avec intention et connaissance, conformément à l'article 30 du Statut. En effet, afin d'établir la responsabilité pénale personnelle, les juges de la CPI doivent qualifier *a minima* l'existence d'une intention et d'une connaissance. À cet égard, la Cour a précisé dans l'affaire *Lubanga* que tel était le cas du suspect qui sait que ses actions ou omissions seront à l'origine des éléments objectifs du crime et qui commet ces actions ou omissions dans l'intention concrète de provoquer ces mêmes éléments objectifs⁶⁴. Il ne s'agit désormais plus de raisonner dans l'abstrait à travers les valeurs qui sont atteintes lorsqu'un crime est commis mais de s'interroger concrètement sur la part prise par cet individu et sa responsabilité. C'est un déplacement de la sphère symbolique à la sphère juridique et concrète. C'est toute la question de la qualification et de l'imputabilité de l'infraction à son auteur qui nous place dans la perspective de celui-ci et qui réintègre l'homme à travers les actes qu'il commet.

25. La nature de l'homme concerne enfin la compétence *ratione temporis*. En principe, celle-ci est exclusive de toute considération liée au suspect. Elle est surtout relative à l'écoulement du temps et le domaine temporel dans lequel s'inscrit la juridiction⁶⁵. Or, le Statut de Rome présente une originalité en son article 24 intitulé « non-rétroactivité *ratione personae* ». En réalité, l'article ne fait que reprendre les dispositions de l'article 11 qui prévoit que la Cour est incompétente pour les faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. L'article 24 décline ce principe de compétence comme un droit au profit des suspects (§1) ou comme un corollaire du principe de légalité criminelle (§2). Il

⁶⁴ CPI, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 29 jan. 2007, ICC-01/04-01/06, Décision de confirmation des charges, §349-355.

⁶⁵ En effet, les juridictions pénales *ad hoc* étaient créées pour poursuivre et juger de crimes commis pendant une période de temps donnée, à l'instar du TPIR dont l'article 1^{er} prévoit que « *Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, conformément aux dispositions du présent Statut* » [nous insistons].

n'est donc pas question d'appréhender la compétence temporelle de la CPI mais de garantir au suspect ses droits les plus fondamentaux. En réalité, c'est à travers une autre perspective temporelle que nous pensons que l'homme criminel est réinvesti. Il s'agit du principe d'imprescriptibilité des crimes internationaux (article 29 du Statut de Rome), principe cardinal en matière de lutte contre l'impunité qui repose sur le rejet de l'écoulement du temps et qui nous fait basculer dans le registre de l'exception.

B. Sanctionner l'homme

26. Le droit international pénal fonctionnerait-il, pour reprendre les mots de Stamatios Tzitzis, comme un « *humaniste de distinction* »⁶⁶ ? L'idée que nous défendons est d'affirmer qu'en raison de la suspicion ou de l'imputation à un homme de faits d'une gravité supérieure, alors le droit s'adapte pour lui appliquer des règles qui viennent sanctionner sa qualité d'agresseur, de génocidaire, de criminel de guerre ou de criminel contre l'humanité⁶⁷. Plus encore, le régime juridique qui lui est applicable vient stigmatiser et aggraver sa situation et réduit d'autant l'espoir qu'il aurait d'échapper à sa responsabilité pénale. Ces règles s'appliquent autant en amont du procès qu'à l'issue de celui-ci et dérogent aux mécanismes juridiques prévus dans les droits internes pour les infractions de droit commun. Cela touche à la fois des dispositions formelles et substantielles.

27. Quant aux règles formelles tout d'abord, nous avons commencé à l'évoquer précédemment mais il s'agit premièrement des règles de prescription. Celles-ci se trouvent modifiées en droit international pénal qui ne connaît que de l'imprescriptibilité des trois crimes internationaux par nature. Dans le cadre de la création de la CPI « *certaines délégations ont estimé qu'en raison de la gravité des crimes dont la Cour était appelée à connaître, il faudrait exclure toute prescription pour les crimes en question* »⁶⁸. La règle de l'imprescriptibilité est

⁶⁶ S. TZITZIS, *Droit et valeur humaine. L'autre dans la philosophie du droit, de la Grèce Antique à l'époque moderne*, Buenos Book International, 2010, p.4.

⁶⁷ Voy. P. JOUETTE, « La gravité en droit international pénal », in *McGill Law Journal*, à venir.

⁶⁸ Prépcom, Résumé des travaux du 25 mars au 12 avril 1996, doc. A/AC.249/1, §92.

désormais consacrée à l'article 29 du Statut de la CPI. De cette manière, l'homme responsable de crimes internationaux par nature ne pourra espérer profiter de l'impunité par l'écoulement du temps et l'arrivée de l'oubli. Seul l'écoulement de son temps, celui de sa vie, lui permettra alors d'échapper à sa responsabilité pénale. Deuxièmement, cela concerne les règles relatives à l'arrestation et la détention avant jugement des personnes poursuivies. Le régime qui leur est applicable vient sanctionner durement celui suspecté de crimes internationaux par nature en faisant de la liberté de celui-ci une exception. Déjà, la Chambre préliminaire près la CPI invoque l'argument de la gravité des charges retenues contre la personne suspectée pour justifier la délivrance d'un mandat d'arrêt ou le maintien d'un suspect en détention durant l'enquête⁶⁹, durant la procédure initiale⁷⁰ ou d'appel⁷¹. Ensuite, l'article 58 §7 du Statut de Rome qui consacre la privation de liberté durant l'enquête, érige le mandat d'arrêt en principe, lequel peut éventuellement s'effacer à la demande du Procureur et à la condition que la Chambre préliminaire puisse se convaincre de garanties suffisantes. Enfin, notons que le TPIY, faisant application de l'adage *male captus bene detentus*, a jugé que l'arrestation illégale n'est pas une cause de nullité de la procédure, eu égard à la gravité des crimes commis⁷². Enfin, troisièmement, les crimes internationaux par nature ont justifié dès la fin de la Seconde Guerre Mondiale l'abandon du juge naturel⁷³. Le juge de l'État du for, du *locus delicti commissi*, n'est plus le seul juge compétent. Désormais, c'est une multiplication des champs de compétences que connaît le droit international pénal, entre les

⁶⁹ CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, 16 déc. 2008, §55 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 13 fév. 2007, §136 ; *Le Procureur c. Germain Katanga et al.*, 6 juin 2008, §21 ; *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, 1 fév. 2019, §59.

⁷⁰ Article 60 du Statut de Rome ; TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c Zejnil Delalic et consorts*, 1996, IT-96-21-A, Decision on the motion for Provisional release filed by the accused, §19-20

⁷¹ Article 81 du Statut de la CPI.

⁷² TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dragaan Nikolic*, 5 juin 2003, IT-94-2-AR73, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Legality of Arrest, p.26.

⁷³ J. ALIX, « Le juge national comme juge naturel ? », in M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *La souveraineté pénale de l'État au XXI^e siècle*, Pedone, coll. Société Française pour le Droit International, 2018, p.107-114.

compétences de l'État du for, des juridictions pénales internationales et celles d'autres États, sur le fondement de leurs compétences universelle ou personnelle⁷⁴.

28. Quant aux règles substantielles ensuite, la gravité a permis dès Nuremberg, outre de justifier la responsabilité pénale des individus pour des crimes commis dans le cadre d'une politique étatique, de rejeter les immunités ou la qualité officielle des accusés⁷⁵. C'est une des caractéristiques du droit international pénal, s'opposant en cela aux droits pénaux internes et notamment au droit pénal français où les juges n'ont de cesse de rappeler que « *la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger* »⁷⁶. Cette dichotomie des immunités en droit répressif est d'ailleurs rappelée par les

⁷⁴ G. GIUDICCELLI-DELAGE, « Poursuivre et juger selon « les intérêts de la justice ». Complémentarité ou/et primauté ? », in *RSC*, 2007, p.473 et s ; V. MALABAT, « La complémentarité des compétences juridictionnelles », in P. GRECIANO ET M. MATHIEU (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité. Les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, p.177 et s.

⁷⁵ Parmi ces précédents nous pouvons mentionner pêle-mêle la Commission des auteurs de guerre et sanctions (1919, à propos de la mise en accusation de Guillaume II de Bavière), Projet d'un Code répressif des Nations de l'Union interparlementaire sur la criminalité de la guerre d'agression et l'organisation d'une répression internationale (1925) ; article 7 du TMIN ; article 6 du TMIEO ; article 4 de la Loi n°10 du Conseil de contrôle allié ; Principes de droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg dans le jugement du tribunal : principe III (CDI, 1950) ; Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (1948), Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968), Convention pour la répression du crime d'apartheid (1973) et dans le droit et la jurisprudence des juridictions postérieures, TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, 10 déc. 1998, §140 ; *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, 8 nov. 2001, §28) ; TSSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, 31 mai 2004, SCSL-03-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction, p.49.

⁷⁶ Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-87.215 : *Bull. crim.*, n° 64 ; *D.* 2001, p. 2355, obs. M.-H Gozzi ; *ibid.*, p. 2631, note J.-F. ROULOT ; *RSC* 2003, p. 894, obs. M. MASSÉ ; Cass. crim., 2 sept. 2020, n° 18-84.682 : *Dr. penal* 2020, comm. 200, note A. GOGORZA ; *AJ pénal* 2020, p. 479, obs. K. MARIAT ; *RSC* 2020, obs. X. PIN ; Cass. crim., 13 janv. 2021, n° 20-80.511 ; *AJ pénal* 2021, p. 158, obs. K. MARIAT.

juridictions internationales elles-mêmes⁷⁷. Aujourd'hui consacré à l'article 27 du Statut de Rome, le principe de responsabilité pénale individuelle des organes étatiques bénéficie d'une assise juridique bien ancrée. Plus généralement, les individus suspectés de crimes internationaux par nature se voient refuser le bénéfice de toutes les mesures qui favorisent l'impunité, telles les grâces et amnisties⁷⁸.

29. En d'autres termes, le fait pour un individu d'être suspecté d'un crime international justifie la mise en œuvre d'un régime juridique, de fond comme de forme, dérogoire au droit commun et propre aux juridictions pénales internationales. De cette manière, cette qualité de l'homme s'analyse comme un *criterium*, faisant basculer le droit dans le registre de l'exception, à l'intérieur même d'un ordre juridique édifié comme une réponse à des comportements d'une exceptionnelle gravité.

30. Ces régimes d'exception concernent *a fortiori* celui qui se trouve être condamné par une juridiction. Là, le droit pénal s'applique alors avec toute sa rigueur. Tel est le cas de la décision de condamnation qui vient marquer l'individu d'une qualité juridique infamante : il n'est plus seulement le suspect, le condamné il est un criminel de guerre, il est un génocidaire il est un criminel contre l'humanité. Le droit est effectivement doté de cette fonction expressive en ce sens qu'il transmet des messages à travers ses normes, sa jurisprudence ou tous ses instruments de communication⁷⁹. À cet égard, les juridictions pénales

⁷⁷ CIJ, République démocratique du Congo c. Belgique, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, 14 février 2002 ; CPI, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Al Bashir*, 6 juil. 2017, ICC-02/05-01/09-302 et 11 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-309.

⁷⁸ TSSL, *Prosecutor v. Maurice Kallon*, 13 mars 2004, SCSL-04-15-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction : Lomé Accord Amnesty, p.82 ; *Prosecutor v. Ieng Sary*, 11 avril 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order, p.201.

⁷⁹ Voy. à ce sujet E. FRONZA, J. TRICOT, « Droit pénal international et fonction symbolique. Une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux », in E. FRONZA, S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc : Études des law clinics en droit pénal international*, Dalloz, Giuffrè, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p.292-309.

internationales se sont quelques fois distinguées en adoptant un discours fait de stigmatisation des personnes condamnées, discours empreint de considérations politiques et morales. Par exemple, le TPIY a jugé que durant la guerre, la Bosnie avait été frappée par un « accès de folie »⁸⁰ et que l'œuvre du Tribunal consistait à lutter contre « les forces du mal »⁸¹. À l'occasion de la première condamnation pour génocide, le juge président dira à l'accusé, Radisla Krstic, qu'à l'époque des faits, celui-ci avait « adhéré individuellement au mal »⁸², justifiant sa condamnation à 46 ans d'emprisonnement.

31. C'est surtout l'infliction de la peine, étape terminale du processus de recherche de la vérité qui, en comparaison avec les droits internes, limite son échelle de peine, soit sa nomenclature des peines applicables, à la seule peine principale d'emprisonnement de trente ans⁸³. Il faut comprendre par-là que, quelle que soit la participation de l'individu à l'infraction, quelle que soit la qualification retenue, qu'il s'agisse d'un crime de guerre ou d'un génocide, qualifié par le TPIR de « crime des crimes »⁸⁴, les rédacteurs des textes ont estimé qu'ils étaient tellement graves qu'ils justifiaient la seule existence d'un maximum et l'inexistence de paliers de moindre sévérité. Évidemment, les juges tiendront compte des circonstances de commission de l'infraction pour apprécier la juste peine, celle qui sera proportionnée aux faits commis et à la

⁸⁰ TPIY, *Rapport du 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, 1998*, §296.

⁸¹ TPIY, *Rapport du 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, 1999*, §300.

⁸² Voy. la retranscription de l'audience *via* un communiqué de presse, <https://www.icty.org/fr/press/premi%C3%A8re-condamnation-pour-g%C3%A9nocide-par-le-tribunal-p%C3%A9nal-international-pour-lex-yougoslavie> (18/05/22).

⁸³ Pour une critique voy. D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruylant, 2011 ; *Contra*. P. JOUETTE, *La détermination des peines en droit international pénal*, Mare & Martin, 2020.

⁸⁴ TPIR, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Jean Kambanda*, 4 sept. 1998, IT-97-23-S, §16.

responsabilité de l'individu. D'ailleurs, le Statut de Rome⁸⁵, son Règlement de procédure et de preuve⁸⁶, au même titre que les textes applicables aux TPI⁸⁷, obligent tous les juges de tenir compte des circonstances individuelles du condamné. En d'autres termes, à travers l'individualisation et la proportionnalité, c'est une nouvelle fois l'homme, cet être singulier, dont le droit tient compte et autour duquel il s'organise pour lui infliger une sanction. Les juges vont d'ailleurs bien plus loin et refusent de tenir compte de l'écoulement d'un laps de temps long (précisément douze ans entre la

⁸⁵ Article 78 §1 : « *Lorsqu'elle fixe la peine, la Cour tient compte, conformément au Règlement de procédure et de preuve, de considérations telles que la gravité du crime et la situation personnelle du condamné* ».

⁸⁶ « **Règle 145. Fixation de la peine.** 1. *Lorsqu'elle fixe la peine conformément au paragraphe 1 de l'article 78, la Cour : a) Garde à l'esprit que la peine prononcée en vertu de l'article 77, emprisonnement ou amende selon le cas, doit être au total proportionnée à la culpabilité ; b) Évalue le poids relatif de toutes les considérations pertinentes, y compris les facteurs atténuants et les facteurs aggravants, et tient compte à la fois de la situation de la personne condamnée et des circonstances du crime ; c) Tient compte, notamment, en plus des considérations mentionnées au paragraphe 1 de l'article 78, de l'ampleur du dommage causé, en particulier le préjudice causé aux victimes et aux membres de leur famille, de la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime ; du degré de participation de la personne condamnée ; du degré d'intention ; des circonstances de temps, de lieu et de manière ; de l'âge ; du niveau d'instruction et de la situation sociale et économique de la personne condamnée.* 2. *Outre les considérations susmentionnées, la Cour tient compte, selon qu'il convient : a) De l'existence de circonstances atténuantes telles que : i) Circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, comme une altération substantielle du discernement ou la contrainte ; ii) Comportement de la personne condamnée postérieurement aux faits, y compris les efforts qu'elle peut avoir faits pour indemniser les victimes et son attitude coopérative à l'égard de la Cour ; b) De l'existence de circonstances aggravantes telles que : i) Condamnations pénales antérieures pertinentes pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ou de nature comparable ; ii) Abus de pouvoir ou de fonctions officielles ; iii) Vulnérabilité particulière de la victime ; iv) Cruauté particulière du crime ou victimes nombreuses ; v) Mobile ayant un aspect discriminatoire fondé sur l'une des considérations énumérées au paragraphe 3 de l'article 21 ; vi) Autres circonstances de nature comparable.* 3. *La peine d'emprisonnement à perpétuité peut être prononcée lorsqu'elle est justifiée par l'extrême gravité du crime et la situation personnelle de la personne condamnée, attestées par l'existence d'une ou de plusieurs circonstances aggravantes.* ».

⁸⁷ Voy. par exemple l'article 24 §2 du Statut du TPIY : « *En imposant toute peine, la Chambre de première instance tient compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné* ».

commission des crimes et le prononcé de la peine) comme une circonstance atténuante⁸⁸.

32. Toutes ces règles d'exception ne sont d'ailleurs pas sans engendrer quelques conséquences néfastes pour la légitimité de la justice internationale pénale. En effet, les règles procédurales donnent à connaître la position de chacune des parties au procès et conséquemment les déséquilibres qu'elles induisent. Tel est le cas de l'accusé qui, dans l'exercice de son droit de défense, peut voir son rôle réduit à celui de simple spectateur, comme le démontrent les recherches empiriques réalisées par Damien Scalia⁸⁹. Dans les entretiens qu'il mène auprès des condamnés des TPI, ces derniers regrettent l'impossibilité de livrer leur version des faits, l'absence d'égards de la part des acteurs judiciaires, l'impossibilité d'exprimer leur voix et plus généralement, que leur vérité soit occultée des débats et des verdicts. C'est alors le vécu procédural de certains individus qui pousse à questionner la nature du droit international pénal.

⁸⁸ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Darko Mrda*, 31 mars 2004, IT-02-59-S, §95 et s.

⁸⁹ D. SCALIA, « Expérience de justice internationale pénale : perception de domination par d'anciens dominants », in *Revue Québécoise de droit international*, hors-série sept. 2015, *La justice pénale internationale comme projet politique et sélectif*, p.15-33 ; du même auteur, avec M.-S. DEVRESSE « An Empirical Analysis of International Criminal Law : The Perception and Experience of the Accused », in K. J. HELLER, F. MEGRET, S. M. H. NOUWEN, J. D. OHLIN, D. ROBINSON (dir). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, fév. 2020, p.21-38 ; avec M. RAUSCHENBACH, « Les accusés du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : entre désenchantement et résistance », in *Déviance et Société*, 2018/3, Vol.42, p.535-567. Voy. également F. MEGRET, « Bring Forth the Accused ! Defendant Attitudes and the Intimate Legitimacy of the International Criminal Trial », déc. 2005, accessible à l'adresse : <https://ssrn.com/abstract=2744905> (consulté le 01/06/22).