

Le problème de la définition internationale des crimes contre l'humanité

1 Une tentative vaine ?

1. Hannah Arendt écrit, à propos des « crimes contre l'humanité » : « C'est pourtant ce genre de crime qui causa le plus grand embarras aux juges de Nuremberg ; ils laissèrent planer sur lui une ambiguïté telle que tous les juristes du monde devaient être tentés de le définir »¹. La question est à présent de savoir si, septante-cinq ans après le premier jugement de Nuremberg², cette impuissance est confirmée ou si, au contraire, les constants efforts de la communauté internationale pour reconnaître et préserver cet énigmatique sujet de droit qu'est « l'humanité », ont comblé les carences constatées à l'issue de la Deuxième Guerre mondiale, si les juristes ont pu définir les crimes qui sont commis contre elle.

2 L'impuissance du droit

2. La qualification de crime contre l'humanité est née, en 1945, de l'impuissance du droit, des juristes et des tribunaux.

3. L'impuissance du droit tient à son incapacité de prévoir certains comportements humains. Par définition, l'élaboration de la norme requiert une faculté d'anticipation. C'est plus vrai encore en droit pénal, dominé par le principe de non-rétroactivité de la loi. L'exercice du pouvoir par les nazis, de 1933 à 1945, s'est accompagné d'assassinats, de réduction en esclavage dans les camps de concentration ou d'extermination, de déportations, d'actes inhumains commis contre des populations civiles, de persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux. Les nazis n'étaient pas les premiers à se rendre coupables de tels actes³. Les lois nationales et internationales existant à l'époque les connaissaient et les avaient anticipés. Mais le droit ignorait que puisse advenir, par la volonté des hommes, cela, ce qui s'est passé, ce qui a eu lieu comme cela. Une large partie des crimes dont devaient répondre les 24 accusés de Nuremberg étaient littéralement inouïs, au sens où nul n'avait jamais entendu parler, antérieurement, de choses pareilles⁴. Alors le droit, qui est langage et n'est au final que langage, a essayé de formuler de nouveaux mots, non sans une certaine hésitation.

4. Mais le droit s'est d'abord demandé s'il ne valait pas mieux renoncer à juger les auteurs de ces crimes jamais entendus. Certes, la Déclaration de Saint-James Palace, du 13 janvier 1942⁵, avait déclaré que les signataires placent parmi les buts principaux de guerre le châtement, par les voies d'une justice organisée, des coupables ou responsables de ces crimes — qu'ils les aient ordonnés, perpétrés, ou qu'ils y aient participé — et qu'ils décident de veiller dans un esprit de solidarité internationale à ce que les coupables et responsables, à quelque nationalité qu'ils appartiennent, soient recherchés, livrés à la justice et jugés, et à ce que les sentences prononcées soient exécutées. Le 17 décembre 1942, le ministre des Affaires étrangères britannique Anthony Eden lisait à la chambre des Communes une déclaration commune de onze gouvernements dont celui de la Belgique, condamnant l'extermination « bestiale » des Juifs d'Europe par l'Allemagne nazie⁶. Toutefois, la Grande-Bretagne à travers le *Foreign Office* rejetait déjà l'idée d'un procès visant les « grands criminels de guerre » parce qu'il jugeait que leur culpabilité était « si noire » qu'elle se situait « hors du champ d'un procès », ce qui était déjà indiquer l'ampleur du défi que les comportements des nazis lançaient au droit pénal classique. Churchill, Eden et bien d'autres responsables britanniques estimaient à cet égard qu'un procès risquait de faire plus de mal que de bien. Cette attitude fut celle des Anglais jusqu'à la Conférence de Yalta en février 1945 et ce n'est qu'après la mort de Mussolini, de Hitler et de Goebbels, qui en quelque sorte facilitait les choses, qu'en mai 1945, le *War Office* s'aligna sur la position de Staline et de Truman et que le procès de Nuremberg fut décidé. Il fallait donc dire l'indécible en formulant de nouvelles incriminations dans le respect des principes du droit pénal.

5. Ces incriminations, si les faits étaient prouvés, devaient être punies, mais l'emprisonnement de ceux qui avaient entre autres conçu, réalisé ou fait fonctionner Auschwitz, semblait aussi dérisoire et à mille lieux des objectifs supposés de la privation de liberté, qu'il s'agisse de répression, de prévention ou de réinsertion, que ne l'est aujourd'hui la détention des personnes condamnées par les Tribunaux internationaux pour le Rwanda ou pour l'Ex-Yougoslavie, ou par la Cour pénale internationale. Aucune peine d'amende ou de privation de patrimoine ne sera prévue à Nuremberg. Demeurerait la peine de mort, qui en elle-même est la signature de l'impuissance de la justice, puisqu'elle consiste à supprimer le sujet de droit pour en finir avec toute relation juridique. Elle sera prononcée contre 12 accusés⁷. La portée dissuasive de la criminalisation est utopique. La volonté de réparation à l'égard des victimes, qui au demeurant n'existait pas à Nuremberg, risque de dégénérer en mépris pour celles-ci.

(1) H. ARENDT, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, tr. fr. A. GUERIN revue par M.-I. BRUDNY-DE-LAUNAY, coll. Folio histoire n° 32, Paris, Gallimard, 1991, p. 415.

(2) Sous l'égide du Tribunal militaire international, les tribunaux militaires américains mèneront, à Nuremberg, de 1946 à 1949, douze autres procès souvent désignés collectivement par l'expression « Autres procès de Nuremberg », mettant en cause des officiers supérieurs allemands, des membres de la Gestapo, des SS, des médecins, des juristes, des industriels ayant participé à la politique du régime nazi.

(3) Voy. notamment I. W. CHARNY (dir.), *Le livre noir de l'humanité - Encyclopédie mondiale des génocides*, Toulouse, Privat, 2001 ; D. BOVY, *Dictionnaire de la barbarie nazie et de la Shoah*, Liège, Éditions Luc Pire, 2007.

(4) L'intransmissibilité, en mots, de ce qui a été vécu dans les camps et l'incrédulité qui en est la conséquence sont un thème constant de ce qu'on a appelé la littérature « lazarisiste », des témoignages de ceux qui sont revenus du tombeau. Primo Levi raconte que le cauchemar qui troublait son dérisoire sommeil à Auschwitz, et qui était le même que celui de ses compagnons, était de parler sans être entendu. « Pourquoi la douleur de chaque jour se traduit-elle dans nos rêves de manière aussi constante par la scène toujours répétée du récit fait et jamais écouté ? » Par ailleurs, pour lui, l'expérience des camps est littéralement incompréhensible : « Notre sagesse, c'était de ne pas chercher à comprendre. » (P. LEVI, *Si c'est un homme*, tr. fr. M. SCHRUOFFENEGGER, Paris, Julliard, Pocket n° 3117, 1987, pp. 65 et 214.) « Il est des témoins qui ne rencontrent jamais l'audience

capable de les écouter et de les entendre », écrit Paul Ricœur (*La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 208). Hannah Arendt revient sur l'irrationalité des crimes nazis dans *Eichmann à Jérusalem* et Antoine Garapon a emprunté à Arendt une formule qui est devenu le titre de son ouvrage consacré au droit international pénal et aux défis qui sont les siens, *Des crimes que l'on ne peut ni comprendre, ni pardonner*, Paris, éd. Odile Jacob, 2002. Sur le caractère « inimaginable » du génocide nazi, voy. aussi E. DAVID, « L'actualité juridique de Nuremberg », dans *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 99.

(5) Voy. le texte complet dans E. ARONEAU, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 1961, p. 275. Cette déclaration émanait des gou-

vernements de la Norvège, de la Hollande, de la Belgique, du Luxembourg, de la Pologne, de la Yougoslavie, de la Tchécoslovaquie et de la Grèce, ainsi que du Comité national français réfugié à Londres.

(6) Cette déclaration a été publiée dans le *New York Times* du 18 décembre 1942.

(7) Seront condamnés : à mort par pendaison : Göring (mais il se suicidera), Ribbentrop, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Sauckel, Jodl, Seyss-Inquart, Keitel et Bormann (ce dernier par contumace) ; à la prison à vie : Hess, Funk (il fut libéré en 1957 et est mort en 1960) et Raeder (libéré en 1955, mort en 1960) ; à vingt ans de prison : von Schirach et Speer (libérés en 1966) ; à quinze ans de prison : von Neurath (il fut gracié en 1954 et est mort en 1956) ; à dix ans de prison : Dönitz (libéré en 1956, mort en 1980).



3 L'impuissance des juristes

6. Les États-Unis prirent la direction des opérations, spécialement en la personne de Robert H. Jackson, juriste réputé (bien qu'il n'eût pas fait d'études de droit), ancien *Attorney general*, juge assesseur à la Cour suprême. Il sera le procureur américain à Nuremberg⁸. Il est le principal rédacteur du statut du Tribunal⁹.

7. On sait que l'article 6 de celui-ci visait trois catégories d'actes soumis à la juridiction du Tribunal, entraînant une responsabilité individuelle, les crimes contre la paix, que Jackson considérait comme les plus importants car « crimes de tous les crimes¹⁰ », les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Les travaux d'élaboration du statut du Tribunal de Nuremberg se centrèrent d'abord sur les deux premières catégories d'incriminations¹¹. Toutefois, un rapport de Jackson au président Truman, publié le 7 juin 1945, prévoyait de retenir aussi, au titre de charges contre les futurs accusés, « les atrocités et infractions, dont les atrocités et persécutions pour des raisons de race ou de religion, commises depuis 1933. Ceci seulement en considération des principes du droit pénal tels qu'ils sont généralement observés dans les États civilisés¹² ». Il semblerait qu'après quinze versions préliminaires, la qualification de « crimes contre l'humanité » ait été insérée dans l'Accord de Londres du 8 août 1945 dans les derniers jours de la Conférence du même nom, plus précisément le 31 juillet¹³, sans provoquer de discussion particulière. Ni le rapport de Jackson, ni le compte-rendu fouillé de l'élaboration du statut, donné par Telford Taylor¹⁴, ne mentionnent pourquoi cette troisième qualification s'est imposée sous ce libellé. Selon Henri Meyrowitz, Jackson attribuait l'origine de la formule à un « éminent spécialiste du droit international », le professeur Hersch Lauterpacht¹⁵. Le procureur américain aurait en effet rencontré ce dernier à Londres le 1^{er} juillet 1945. Raphaël Lemkin, dans *Axis Rule in Occupied Europe* avait publié un an plus tôt que les crimes qu'il décrivait « are directed not only against municipal

law of the occupied countries, but also against international law and the laws of humanity¹⁶ ».

8. La définition originale des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure à l'article 6, *littera c*, du Statut, est : « Les crimes contre l'humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre [,¹⁷] ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. » Le caractère approximatif de la qualification est évident. Les crimes contre l'humanité ne se distinguent pas nettement des crimes de guerre qui peuvent être commis, eux aussi, contre des populations civiles. La définition s'articule autour d'une énumération d'actes dont la plupart sont connus des codes pénaux classiques et ne fait pas apparaître la spécificité des nouveaux crimes inouïs. Aucune définition précise des « autres actes » n'est proposée. Pour longtemps et jusqu'à ce jour, la définition des crimes contre l'humanité souffrira dès lors d'une ambiguïté fondamentale¹⁸.

9. C'est en outre parce que les rédacteurs du statut avaient bien perçu le problème de rétroactivité qui allait se poser qu'ils prévoient, sans le résoudre, que les actes constitutifs de crimes contre l'humanité doivent avoir été commis « à la suite » d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou « en liaison » avec eux.

10. La définition trahit les hésitations des juristes confrontés de surcroît, en raison de la volonté de juger le plus vite possible les « grands criminels, dont les crimes sont sans localisation géographique précise », à l'absence de recul sur les horreurs commises par les responsables nazis. La création de cette infraction n'était pas de l'ordre de la description, encore moins de la méditation¹⁹, mais de l'ordre de

(8) *Executive order* n° 9547 du président Truman, publié le 2 mai 1945 : « Associate Justice Robert H. Jackson is hereby designated to act as the Representative of the United States and as its Chief of Council in preparing and prosecuting charges of atrocities and war crimes against such of the leaders of the European Axis powers and their principal agents and accessories as the United States may agree with any if the United Nations to bring to trial before an international military tribunal ».

(9) Voy. T. TAYLOR, *Procureur à Nuremberg*, tr. fr. F. DE PALOMÉRA [titre original : *The Anatomy of the Nuremberg Trials* (1992)], Paris, Seuil, 1995. (10) Il dira dans la péroraison de sa déclaration d'ouverture du procès de Nuremberg : « On n'a pas besoin de chercher longtemps des arguments pour appuyer l'idée que le fait de préparer et de mener une guerre d'agression est, au point de vue moral, le pire des crimes ».

(11) À propos du statut, outre l'ouvrage de Taylor, voy. A. WIEVIORKA (dir.), *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, éd. Complexe, 1996 ; F. DE FONTETTE, *Le procès de Nuremberg*, coll. Que sais-je ? n° 3221, Paris, PUF, 1996 ; R. HILBERG, *La Destruction des Juifs d'Europe*, tr. fr. M.-F. DE PALOMÉRA, A. CHARPENTIER et P.-E. DAUZAT, coll. Folio histoire, Paris, Gallimard, éd. définitive, complétée et mise à jour, 2006, vol. III, pp. 1970 et ss.

(12) « Atrocities and offenses, including atrocities and persecutions on racial or religious grounds, committed since 1933. This is only to recognize the principles of criminal law as they are generally observed in civilized states » (*Report of Robert Jackson*, United States Representative to

the International Conference on Military Trials, London, 1945, en ligne, p. 50.) Ce rapport est disponible en ligne sur le site du *Robert H. Jackson Center* (<https://www.roberthjackson.org/>). Une déclaration simultanée des gouvernements de Londres, Moscou et Washington, du 17 décembre 1942, promettait déjà « le châtiement des crimes commis contre les personnes de race juive (document cité par l'étude soumise par la Commission des droits de l'homme au Secrétaire général, le 15 février 1966 (E/CN.4/906),

« Question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », en ligne, p. 11).

(13) *Report of Robert Jackson...*, op. cit., p. 395.

(14) *Procureur à Nuremberg*, op. cit.

(15) H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, LGDJ, 1960, p. 47 ; voy. aussi Y. JUROVICS, « Le crime contre l'humanité, définition et contexte », *Les cahiers de la justice*, 2011/1, p. 45, en ligne sur Cairn.info. Selon cet auteur, citant cette fois *History of the UN War Crimes Commission*, p. 175, le représentant des États-Unis à la Commission des crimes de guerre des Nations unies avait déjà proposé, dès mars 1944, que les crimes perpétrés contre des personnes apatrides ou contre toutes autres personnes en raison de leur race ou de leur religion soient déclarés « crimes contre l'humanité ». Sur le professeur Lauterpacht, juriste anglais, voy. E. LAUTERPACHT, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Centre for International Law, University of Cambridge, 2010.

Le procureur Hartley Shawcross, désigné par les Britanniques pour porter l'accusation en leur nom, demandera à Lauterpacht de rejoindre son équipe à Nuremberg où il aura une influence majeure sur le discours inaugural du procureur britannique et la responsabilité d'une partie du plaidoyer final. Dans son essai *Retour à Lemberg* (Paris, Albin Michel, 2017), Philippe Sands évoque notamment les personnalités de Lauterpacht et de Lemkin, ainsi que l'origine des notions de crime contre l'humanité et de génocide.

(16) R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government. Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace Division of International Law, 1944 (disponible sur *Gallica*), p. 23 ; souligné par nous. D'autres allusions aux « laws of humanity » sont faites pp. 31, 73, 74, 77, 81, 92, 94 et 637. De larges parties de cet ouvrage ont été traduites en français par A. SPIESS dans R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, Monaco, Éditions du Rocher, 2008.

(17) Virgule substituée au point-virgule par le Protocole du 6 octobre 1945.

(18) Sur la définition ambiguë du crime contre l'humanité, outre ce qu'en a dit Hannah Arendt, voy. P. TRUCHE, « La notion de crime contre l'humanité. Bilan et propositions », *Esprit*, mai 1992, p. 87-89 ; J. FIERENS, « La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Actes du colloque des 28-29 avril 2005, Bruxelles, Larcier-De Boeck, 2006, pp. 61-79 ; M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET,

La crime contre l'humanité, coll. Que sais-je ? n° 3863, Paris, PUF, 2009.

Plus technique : J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.*, 1950, pp. 10 et s. ; C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1992 ; C. GRYNFOGEL, « Le concept de crime contre l'humanité. Hier, aujourd'hui et demain », *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 13 et s. ; Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002 ; J. DE HEMPTINNE, « La définition du crime contre l'humanité par le tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie », *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 763-779 ; R. HILBERG, *La destruction des Juifs d'Europe*, op. cit., vol. III, p. 1979 spécialement.

(19) La spécificité des crimes contre l'humanité a été méditée *ex post* à travers des écrits de type philosophique et éthique. Elle se cristallise sans doute dans la topologie particulière du dommage causé par l'infraction, qui est elle-même triple : ce qui est touché par le crime, c'est l'humanité même de la victime ; cette atteinte est entreprise à l'égard d'une collectivité, une « population » ; elle a pour conséquence de blesser l'humanité de tous les hommes. Pour plus de développement, voy. J. FIERENS, « La non-définition du crime contre l'humanité », *La Revue nouvelle*, mars 2000, n° 3, pp. 36-49. En ce qui concerne les antécédents philosophiques de l'expression « crimes contre l'humanité », on rappellera surtout l'apport de Kant (voy. J. FIERENS, *Droit humanitaire pénal*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 40-43). Rousseau évoque « les droits des gens et de l'humanité » pour se

l'action. Elle visait à justifier ce que l'on allait faire : mettre en accusation des hommes, les juger et les condamner pour ce qu'ils avaient fait et qui était si interpellant qu'il fallait des mots nouveaux. Toutefois, le statut n'a pas permis d'aller au bout de cette intention parce qu'il n'arrive pas à isoler conceptuellement les crimes nouveaux des crimes anciens.

11. Ce n'est qu'*a posteriori* que les juristes établissent des rapports entre les crimes contre l'humanité tels que définis à l'article 6 du statut et des allusions antérieures aux « principes de l'humanité » dans la « clause de Martens » que ce diplomate estonien au service du Tsar avait fait inscrire dans la Convention de La Haye de 1899²⁰, que l'on avait retrouvée dans le préambule de la Deuxième Convention de La Haye du 29 juillet 1899, dans celui de la Quatrième Convention de La Haye du 18 octobre 1907²¹, dans les Conventions de Genève du 12 août 1949, dans le Premier Protocole additionnel à ces conventions, ainsi que dans le Deuxième. Un discours prononcé par le Maréchal von Bieberstein à la séance de clôture de la Quatrième Convention de La Haye, évoquait quant à lui « des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et de la conscience publique ». Une déclaration du 18 mai 1915 de la France, de la Grande-Bretagne et de la Russie, après le massacre des Arméniens par les Turcs, mentionnait « les nouveaux crimes contre l'humanité et la civilisation ». Le Professeur Larnaude, à la séance de la Commission des responsabilités du 8 mars 1919, déclarait que « les lois de l'humanité ne se séparent pas des lois qui régissent le droit des gens ». Rien n'indique que les rédacteurs du statut du Tribunal de Nuremberg aient établi un quelconque lien entre la définition des crimes contre l'humanité et ces antécédents.

4 L'impuissance des tribunaux

12. Dans sa déclaration d'ouverture du procès de Nuremberg, tout entière bâtie à partir de l'accusation de crimes contre la paix²², jamais Jackson ne distingue les crimes de guerre des crimes contre l'humanité²³. Certes, le procureur évoque « les crimes les plus affreux commis contre l'humanité » mais ce sont, à ses yeux, les « crimes auxquels les

conspirateurs eurent recours pour s'emparer d'abord du pouvoir, puis pour préparer le pays à la guerre, indispensable à la réalisation de leurs buts ». La description, par l'accusation, des atrocités commises avant et pendant la guerre se veut preuve de la *conspiracy* visant à déclencher une guerre d'agression²⁴, et évocation des conséquences de ce crime initial. La déclaration d'ouverture de Jackson ne distingue pas non plus les victimes des exactions qui sont globalement à ses yeux « tous les groupes qui n'envisageaient pas comme le parti nazi l'autorité de l'État ». Il est vrai qu'il mentionne nombre de faits commis contre les Juifs et affirme que « le but essentiel était l'extermination complète du peuple juif », qu'il détaille ce que l'on appellera par après « La Shoah par balles²⁵ », qu'il évoque les camps de concentration et d'extermination. Toutefois, le procureur américain ne tire pas, de ces atroces descriptions, de conséquences spécifiques en termes de qualifications des crimes. L'accusation française, qui détaillera les crimes pour l'Europe occidentale, et l'accusation russe qui le fera pour l'Europe orientale ne distingueront pas davantage les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

13. L'exigence de connexité avec le crime contre la paix ou un crime de guerre, prévue par le Statut, aura pour conséquence que le Tribunal refusera de sanctionner le régime des camps et les actes de persécution des Juifs antérieurs au 1^{er} septembre 1939, donc antérieurs au début de la guerre, stérilisant ainsi les mots « avant la guerre » de la définition²⁶. Pour la période postérieure, le jugement ne confère aucune spécificité aux crimes contre l'humanité. Il les considère globalement avec les crimes de guerre : « En revanche, depuis le déclenchement des hostilités, on a vu se commettre, sur une vaste échelle, des actes présentant le double caractère de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. D'autres actes, également postérieurs au début de la guerre et visés par l'Acte d'accusation, ne sont pas, à proprement parler, des crimes de guerre. Mais le fait qu'ils furent perpétrés à la suite d'une guerre d'agression ou en rapport avec celle-ci permet de voir en eux des crimes contre l'humanité²⁷ ». En refusant toute autonomie aux crimes contre l'humanité, le Tribunal, contrairement au statut lui-même²⁸, ne visait cependant pas à contourner le problème de la rétroactivité pénale, qu'il affronte de face, refusant à la règle le statut d'une règle contraignante comme celui d'un principe général de droit²⁹. Dans le raisonnement du Tribunal, certains actes sont des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité parce qu'ils sont des éléments constitutifs des crimes contre la paix.

plaignre de leur violation à son propre préjudice dans *Les Confessions*, Livre XII (voy. J.-J. ROUSSEAU, *uvres complètes*, I, *Les Confessions. Autres textes autobiographiques*, bibliothèque de La Pléiade, Paris, Gallimard, 1959, p. 651). Voy. aussi J. DANLOS, *De l'idée de crimes contre l'humanité en droit international*, thèse, Université de Caen, 2010 (en ligne), spécialement pp. 161 et s. qui cherchent dans l'histoire parfois lointaine les premières occurrences de l'expression « crimes contre l'humanité ».

(20) « Les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire du principe du droit des gens tels qu'il résulte des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

(21) Il est vrai cependant que dans son rapport au président Truman, publié le 7 juin 1945, Jackson, à propos des crimes en général, écrivait : « Our people felt that these were the deepest offenses against that International Law described in the Fourth Hague Convention of 1907 as including the "laws of humanity and the dictates of the public conscience" » (p. 49 ; voy. aussi p. 51).

(22) « Mon intention est d'ouvrir le procès sous le chef n° 1 de l'acte d'accusation et de traiter du plan commun de conspiration pour obtenir des résultats qui n'étaient possibles qu'en recourant à des crimes

contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ». Le texte complet de ce discours introductif, traduit en français, est disponible sur le site du Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe (CVCE), intégré à l'Université du Luxembourg. La source référencée est *Service d'information des crimes de guerre. Le Procès de Nuremberg, Exposés introductifs*, Paris : Office français d'édition, 1946, pp. 7-44.

(23) « Je ne veux pas m'étendre sur d'autres détails concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis par les Nazis, dont les chefs ont à répondre devant vous. Je n'ai pas l'intention de m'arrêter à des crimes individuels. Je m'occupe du plan criminel général et de son élaboration ». « Les principes qui permettent d'établir les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité nous sont connus et ne nécessitent pas d'autres commentaires ».

(24) Cette notion juridique anglo-saxonne est visée *in fine* de l'article 6 du Statut : « Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan ». Il n'est guère étonnant que le juge français, Henri Donnedieu de Vabres, spécialiste du droit pénal continen-

tal, ait récusé cette focalisation de l'accusation sur la *conspiracy*. Voy. H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *R.C.A.D.I.*, 1947, vol. 1, p. 528 ; A.-S. SCHÖPFEL, « La voix des juges français dans les procès de Nuremberg et de Tokyo. Défense d'une idée de justice universelle », in *Guerres mondiales et conflits contemporains*, Paris, PUF, 2013/1, n° 249, pp. 101-104.

(25) Voy. P. DESBOIS, *Porteur de mémoires : sur les traces de la Shoah par balles*, Paris, Michel Lafont, 2007.

(26) Pour une critique de cette position, voy. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Mr. Justice Jackson, initiateur de la justice internationale pénale et le procès de Nuremberg », *Revue de l'ULB*, 1961, p. 83.

(27) *Procès des grands criminels de guerre, Texte officiel en langue française*, Nuremberg, 1947, vol. 1, pp. 267-268.

(28) Voy., sur ce point, T. TAYLOR, *Procureur à Nuremberg*, op. cit., p. 48 ; discours d'introduction de Jackson, *Service d'information des crimes de guerre. Le Procès de Nuremberg, Exposés introductifs*, op. cit., p. 18 : « Que des hommes aient le droit d'être protégés par une loi sur laquelle ils s'appuient au moment de commettre un acte est un principe essentiel de notre conception du droit, selon laquelle les lois promulguées avec effet rétroactif sont injustes.

Mais ces hommes ne peuvent pas invoquer ce principe. Pendant qu'ils étaient au pouvoir, ils ont souvent agi à l'encontre du droit international et, s'ils s'en sont préoccupés, c'était pour en tirer profit au détriment des autres peuples ».

(29) *Procès des grands criminels de guerre*, op. cit., vol. 1, p. 231. Pour un résumé des discussions autour de la non-rétroactivité de la loi pénale à Nuremberg, voy. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 1994, n° 23. On ne résout pas le problème de la rétroactivité de la loi pénale en affirmant : « Quant aux crimes contre l'humanité, si la notion était techniquement nouvelle les infractions qu'elle recouvrait étaient de toute façon des infractions de droit commun et elle ne fut pas invoquée séparément des deux autres [l'agression et les crimes de guerre] » (J. SALMON, « Conclusions », in *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, cité, p. 178.) Référons-nous une fois de plus à la lucidité de Hannah Arendt qui écrivait : « Il ne s'agit pas de savoir si ces lois étaient rétroactives — puisqu'elles l'étaient nécessairement — mais si elles étaient adéquates, si, en d'autres termes, elles ne s'appliquaient qu'à des crimes inconscus jusqu'alors » (*Eichmann à Jérusalem*, op. cit., pp. 415-416.)



14. C'est donc à juste titre qu'Hannah Arendt dira qu'« il est bien vrai que la Charte [l'Accord de Londres et le Statut] avait fait entrer, par la petite porte, une nouvelle espèce de crime, le crime contre l'humanité ; et ce crime s'envola par la même porte lorsque le tribunal prononça le jugement.³⁰ » Pour Raul Hilberg, le Tribunal a jugé que « les crimes contre l'humanité étaient des vétilles³¹ ».

5 Après Nuremberg : l'instabilité de la définition

15. La confusion entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité sera appelée à perdurer. La spécificité des seconds n'apparaîtra même pas aux yeux de l'État d'Israël à l'occasion du procès Eichmann, en 1961. « Nul, dans l'assistance, ne comprit clairement en quoi Auschwitz était horrible, en quoi l'horreur véritable d'Auschwitz se distinguait de toutes les horreurs passées. C'est qu'aux yeux des juges comme de l'accusation, tout cela n'était que le pogrom le plus atroce de toute l'histoire juive. Et cependant ces "crimes" étaient différents, politiquement et juridiquement, de tous ceux qui les avaient précédés, non seulement dans leur gravité mais aussi dans leur nature même³² ».

16. La confusion suscitera encore de sévères critiques après l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 décembre 1985³³, dans l'affaire *Klaus Barbie*, lorsque, pour contourner la prescription, la Cour assimilera le crime commis contre une personne parce qu'on lui reproche d'être née, comme dans le cas de la destruction des Juifs, et le crime commis contre un combattant en tant que tel³⁴. « Le combattant clandestin savait à quoi il s'exposait. L'opposant pouvait cesser de s'opposer. Le Juif ne pouvait cesser d'être juif³⁵ ».

17. En droit international, la criminalisation des « crimes contre l'humanité » a été constante depuis le Statut de Nuremberg, mais il est particulièrement remarquable qu'elle sera mouvante et ne se stabilisera, relativement, qu'avec l'avènement de la Cour pénale internationale. Jusqu'en 1998 en effet, reproduisant la démarche qui avait été celle du statut du Tribunal de Nuremberg, elle s'est adaptée *a posteriori* aux faits qu'il s'est agi de juger.

18. La définition du crime contre l'humanité est déjà sensiblement différente dans la loi n° 10 du 20 décembre 1945 du Conseil de contrôle allié, organe législatif provisoire pour l'ensemble de l'Allemagne. Elle évoque une liste d'actes, cette fois expressément qualifiée de non limitative, auxquels sont ajoutés l'emprisonnement, la torture et le viol. Les termes « avant ou pendant la guerre » n'y figurent pas. La connexité avec d'autres crimes n'est pas exigée.

19. Le 13 février 1946, la jeune Assemblée générale des Nations unies adopte la résolution 3 (I) par laquelle elle revient à « la définition des crimes de guerre, contre la paix et contre l'humanité telle qu'elle figure dans la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 ».

20. L'article 5 de la Charte du Tribunal de Tokyo, établie par le général MacArthur le 19 janvier 1949, est rédigé en termes presque identiques à ceux de l'article 6, *littera c*, du Statut du Tribunal de Nuremberg, mais il ne fait pas allusion aux motifs religieux des persécutions, pour la raison simple que les Japonais n'ont pas persécuté les Juifs³⁶, ce qui indique une fois de plus l'adaptation *ex post* de la définition aux faits commis antérieurement. Toutefois, dans son jugement, le Tribunal de Tokyo n'a qualifié aucun fait de crimes contre l'humanité.

21. La Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité définit ces derniers de la manière suivante : « Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis ». Les crimes contre l'humanité incluent donc cette fois l'apartheid³⁷ et le génocide. Sont en outre explicitement visés, contrairement à la jurisprudence de Nuremberg, les crimes contre l'humanité commis en temps de paix³⁸.

22. Le statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie³⁹ distingue le génocide (article 4) des crimes contre l'humanité (article 5). Il n'envisage plus ceux-ci en dehors d'un conflit armé, mais cette extension n'était pas nécessaire au vu des actes qu'il avait à juger, ce qui indique à nouveau l'adaptation *a posteriori* de la qualification. Les éléments neufs de celle-ci, par rapport à celle des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, sont l'hypothèse d'un conflit armé interne, le passage au singulier des mots « population civile », qui ne saurait sans doute énerver l'exigence de caractère massif des crimes, le remplacement de l'allusion à la « déportation » par celle de l'« expulsion », l'inclusion, dans la liste des actes incriminés explicitement, de l'emprisonnement, de la torture et, comme l'avait fait la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, du viol.

23. Le Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie, dans la première affaire ayant abouti à une sentence, a souligné assez vaguement que « de manière générale, le crime contre l'humanité est reconnu comme un crime très grave qui choque la conscience collective⁴⁰ ». Il a repris la définition du crime contre l'humanité retenue à l'occasion de l'affaire *Barbie* pour étayer sa constatation que la qualification de crimes contre l'humanité pouvait être retenue aussi bien lorsque les victimes étaient des membres de mouvements de résistance que lorsqu'elles étaient civiles⁴¹. Le Tribunal a en outre donné la première définition jurisprudentielle du crime contre l'humanité en précisant : « Les crimes contre l'humanité couvrent des faits graves de violence qui lésent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui 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

(30) H. ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, op. cit., pp. 415-416. Arendt, de sa plume vive et souvent cruelle, qualifiera aussi l'expression même de « crimes contre l'humanité », d'« euphémisme du siècle » : « Traduit en allemand, cela donne *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* — comme si les nazis avaient seulement manqué de gentillesse, ce qui est assurément l'euphémisme du siècle. » (p. 442.)

(31) R. HILBERG, *La destruction des Juifs d'Europe*, cit. vol. III, p. 1980.

(32) *Eichmann à Jérusalem*, cit., p. 431.

(33) *Bull. crim.*, 1985, n° 407.

(34) « Constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité au sens de l'article 6, c), du Statut du Tribunal

militaire international de Nuremberg annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6, b), de ce texte — les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un état pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».

(35) A. FROSSARD, *Le crime contre l'humanité*, Paris, éd. Robert Laffont, 1987, pp. 65 et 69. Voy. aussi A. FINKIELKRAUT, *La mémoire vaine*

du crime contre l'humanité, coll. Essais Folio n° 197, Paris, Gallimard, 1989 ; P. TRUCHE, « La notion de crime contre l'humanité. Bilan et propositions », *Esprit*, mai 1992, p. 87-89.

(36) Pour plus de détails sur le Tribunal de Tokyo, voy. E. JAUDEL, *Le procès de Tokyo. Un Nuremberg oublié*, Paris, éd. Odile Jacob, 2010 ; J. FIERENS, *Droit humanitaire pénal*, cit., pp. 103 et s.

(37) Sur la définition de l'apartheid, voy. la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973.

(38) La Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre du 25 janvier 1974, élaborée au sein du

Conseil de l'Europe, se référera à la définition des crimes contre l'humanité de la Convention onusienne du 9 décembre 1948 (article 1^{er}).

(39) La résolution 808 du Conseil de sécurité des Nations unies du 22 février 1993 crée « un Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie depuis 1991 », mais son statut est fixé par la résolution 827.

(40) IT-96-22, *Erdemovic*, 29 novembre 1996, § 27.

(41) IT-95-13-R61, *Vukovar*, 3 avril 1996, § 29.

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'humanité⁴². Cette définition est cependant malencontreuse à un double titre. Elle perd sans doute certains aspects de l'intention initiale de la formulation des « crimes contre l'humanité », en réduisant la topologie du dommage à l'humanité en tant qu'être collectif, alors que, à tout le moins, la déshumanisation personnelle de la victime est aussi visée ou atteinte dans ce genre de crime. En outre, l'allusion aux « limites tolérables » des actes inhumains est regrettable, puisque le Tribunal laisse entendre que les atrocités qui ne constituent pas des crimes contre l'humanité seraient acceptables.

24. Le statut du Tribunal international pour le Rwanda⁴³ distingue également le génocide (article 2) et le crime contre l'humanité (article 3) dont la définition est encore modifiée par rapport à celle du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie, dans l'intention de mieux s'adapter aux événements qui se sont déroulés au Rwanda, confirmant cette étrange pratique qui redéfinit après les faits une qualification déjà existante, en fonction des nécessités de la répression. Cette fois, pour rentrer dans le champ d'application des actes incriminés, les faits doivent avoir été commis « dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique⁴⁴ dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse ». Dans le jugement *Akayesu* du 2 septembre 1998, la Chambre I examine pour la première fois systématiquement les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité au regard de l'article 3 du statut du Tribunal⁴⁵.

25. On a pu croire qu'après un demi-siècle, la définition du crime contre l'humanité se serait stabilisée dans le statut de la Cour pénale internationale⁴⁶. Pour la première fois, l'incrimination est définie avant la commission des faits qu'elle doit sanctionner, dans le respect de la règle *nullum crimen sine lege*. Le paragraphe premier de l'article 7, particulièrement long, vise une définition générale des crimes contre l'humanité, tandis que le paragraphe 2 s'efforce, sous l'influence des États-Unis, de restreindre le champ d'application des infractions par des définitions contraignantes de chacun des éléments constitutifs. Pour être incriminés, les actes visés doivent avoir été commis dans le cadre d'une attaque « généralisée ou systématique », lancée contre une population civile (exclusivement) mais aussi « en connaissance de cette attaque »⁴⁷. Le caractère « généralisé » fait référence au nombre de victimes ; le terme « systématique » renvoie à un plan méthodique. On aperçoit une tendance à restreindre l'extension de la définition des crimes contre l'humanité.

26. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) est créé en janvier 2002 pour juger les responsables des crimes commis au cours de la guerre civile, de 1991 à 2002. On aurait pu croire que la définition des crimes contre l'humanité retenue serait celle du statut de la Cour pénale internationale, mais celui du Tribunal spécial revient aux crimes « commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre les populations civiles », ce qui restreint son champ d'application.

27. Les Chambres spéciales pour les crimes graves au Timor-Leste ont été mises en place par l'Administration transitoire des Nations unies au Timor oriental (ATNUTO), plus spécifiquement par le règlement 2000/15 du 6 juin 2000. Celui-ci comporte une définition des crimes contre l'humanité calquée sur le statut de la Cour pénale internationale.

28. Il en va de même pour le statut du Tribunal spécial pour le Cambodge, créé par un accord entre l'ONU et le Cambodge le 6 juin 2003. Le statut du Tribunal spécial pour le Liban créé par la résolution 1757 (2007) du 30 mai 2007 ne vise pas les crimes contre l'humanité.

6 Crimes contre l'humanité et génocide

29. Raphaël Lemkin, à propos du mot « génocide », écrit en 1944 « New conceptions require new terms⁴⁸ ». Pourtant, l'extermination d'un peuple ou d'un groupe ethnique, en tout ou en partie, s'est répétée tout au long de l'histoire, au moins depuis les conquêtes romaines⁴⁹, ce que Lemkin n'ignorait évidemment pas. Il pose toutefois la même question que celle à laquelle les « crimes contre l'humanité » tentent de répondre, la dénomination d'une « vieille pratique dans sa forme moderne⁵⁰ », c'est-à-dire par des méthodes inédites et proprement inimaginables. Un génocide n'est pas, comme le relève Hannah Arendt, un massacre ponctuel, un pogrom atroce⁵¹. C'est un processus qui s'enracine dans un passé souvent lointain, qui a bourgeonné puis développé ses fruits immondes pendant des années pour aboutir à la stridence de l'horreur, dont la mort n'est que l'aboutissement⁵². Le droit lui-même est mobilisé, cette fois pour le pire, dans le processus génocidaire⁵³.

30. Bien que Lemkin l'eût proposé, l'infraction de génocide n'a pas été inscrite dans le statut du Tribunal de Nuremberg, sans doute sous l'influence de Lauterpacht consulté par Jackson. Le juriste anglais récusait la notion de « groupe » en droit et jugeait que la preuve de l'intention spéciale de destruction était une source de problèmes. L'acte d'accusation⁵⁴ a toutefois utilisé le mot, en incluant les faits décrits dans les crimes contre l'humanité⁵⁵.

(42) Chambre de 1^{re} instance, 29 novembre 1996, *Erdemovic*, IT-96-22, § 28.

(43) La résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies du 8 novembre 1994 crée « un Tribunal international chargé uniquement 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 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 ».

(44) Le TPIR a considéré que l'emploi du mot « et » à la place de « ou » constitue une erreur de traduction de la version anglaise qui dit « a widespread or systematic attack » (souligné par nous).

(45) ICTR-96-4-T, §§ 578 et s.

(46) C'est cette définition qui sera reprise par le Code pénal belge. Voy. l'article 136ter tel qu'introduit par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire.

(47) § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

(48) R. LEMKIN, *Axis Rule in Occu-*

ped Europe, cité, p. 79.

(49) Quand Rome, au terme des Guerres puniques, eut enfin détruit Carthage, en 146 avant J.-C., le sol fut voué aux dieux infernaux, probablement semé de sel pour ne plus pouvoir produire de nourriture (ce fait est discuté), et les survivants vendus comme esclaves. Voy. Ch. BURGEON, *La troisième guerre punique et la destruction de Carthage : le verbe de Caton et les armes de Scipion*, Louvain-la-Neuve, Academia, 2015, p. 142. Ce serait le premier génocide de l'histoire, que Raphaël Lemkin lui-même mentionne avec l'anéantissement de groupes religieux au cours des guerres islamiques et des croisades, les massacres des Albigeois et des Vaudois, et celui des Arméniens (*Qu'est-ce qu'un génocide ?*, op. cit., p. 242.) On peut néanmoins se demander si le sort réservé aux Troyens à l'issue de la prise de la ville au XIII^e siècle avant J.-C., tel que décrit par *L'Iliade* du moins, ne peut respectivement être qualifié de génocide. Toutefois, une qualification a posteriori est, du point de vue juridique, impossible, d'autant qu'aucune responsabilité pénale ne pour-

rait être imputée aux responsables décédés depuis longtemps. Elle ne peut avoir qu'une portée interprétative de l'histoire, ou politique. C'est notamment une intention politique, parfaitement légitime, qui a porté récemment la Chambre des représentants à qualifier de génocide le massacre des Yézidis (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-2021, n^o 1766) ou qui a poussé l'Allemagne à reconnaître qu'elle avait commis un génocide contre les Hereros et les Namas dans l'actuelle Namibie, en 1904.

(50) « ...an old practice in its modern development... » (R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe*, op. cit., p. 79.)

(51) Voy. *Eichmann à Jérusalem*, op. cit., p. 431.

(52) « [Le génocide] ne signifie pas nécessairement la destruction immédiate d'une nation, sauf quand il est accompli par un massacre de tous ses membres. Il signifie plutôt la mise en œuvre de différentes actions coordonnées qui visent la destruction des éléments essentiels de la vie des groupes nationaux, en vue de leur anéantissement. » (R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, op. cit.,

p. 215.) « Je voudrais défendre ici l'idée que le massacre procède avant tout d'une opération de l'esprit : une manière de voir un "Autre", de le stigmatiser, de le rabaisser, de l'anéantir avant que de le tuer vraiment. La maturation de ce processus mental toujours complexe prend généralement du temps. Mais il peut aussi connaître des accélérations stupéfiantes, notamment quand la guerre est là » (J. SEMELIN, *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et des génocides*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2005, p. 25.)

(53) Voy. entre autres (Coll.), *Le droit antisémite de Vichy*, Paris, Seuil, 1996 ; J. CHAPOUTOT, *La loi du sang. Penser et agir en nazi*, Paris, NRF-Gallimard, 2014. Pour plus de développements sur ce point, voy. J. FIERENS, *Droit humanitaire pénal*, cité, pp. 141-143.

(54) « Les accusés se sont rendus coupables de génocide délibéré et systématique, c'est-à-dire, des groupes nationaux et raciaux, contre les populations civiles de certains territoires occupés, en vue de détruire des races et des classes déterminées, et des groupes nationaux, raciaux ou



31. La résolution 96 (I) du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale des Nations unies est le premier instrument juridique normatif incluant le terme « génocide ». Sa définition est donnée ensuite dans la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du génocide, que Lemkin appelait de ses vœux depuis 1933, en l'appelant à ce moment « crime de barbarie » : « Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- » a) Meurtre de membres du groupe ;
- » b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- » c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- » d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- » e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ».

La Convention sur le génocide, et, partant, la définition qu'elle contient, est considérée comme faisant partie du droit international coutumier ou du *ius cogens*⁵⁶.

32. Même si elle a fait l'objet de critiques, à l'opposé de la définition des crimes contre l'humanité, celle du génocide a été remarquablement stable en droit international⁵⁷. On la retrouve, par renvoi ou par énonciation à la virgule près, dans la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, dans la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973, dans le statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie, dans celui du Tribunal international pour le Rwanda, dans celui de la Cour pénale internationale, dans celui des chambres extraordinaires pour le Timor oriental, dans celui des chambres extraordinaires pour le Cambodge.

7 Quelques considérations provisoirement finales

Hannah Arendt avait raison. En réalité, la définition et la répression des crimes contre l'humanité sont aussi impossibles que vaines⁵⁸. L'ambiguïté de la qualification est inhérente aux circonstances de son émergence et elle perdure. Les juristes ont des raisons d'en être insatisfaits parce que leur science ou leur art ne déteste rien autant que l'imprécision. Ils sont condamnés à poursuivre la quête de sens de l'insensé, et la recherche des mots qui pourront peut-être s'en approcher. Quand il parle d'humanité, de ce qui la menace, le droit cherchera toujours à dire ce qui la constitue, et plus il veut se rapprocher de ce qui fait le cœur de la condition humaine, plus il se révèle apophasique. Les infinies controverses sur la formulation et l'universalité des droits de l'homme, notamment, en témoignent. Avec les « crimes contre l'humanité », le droit, les juristes et les tribunaux prétendent parler d'un des traits les plus sombres de la condition humaine : sa capacité infinie, non seulement à commettre le mal, mais à en inventer de nouvelles formes.

Et pourtant, comme l'indique la consonance des mots, l'émergence de la notion a constitué un moment essentiel du droit « humanitaire ». L'incrimination a été, est et sera hélas encore indispensable. Les crimes contre l'humanité, leur invocation, leur refus contribuent au devoir d'évoquer les millions de personnes qui en ont été victimes, au devoir de mémoire, ou, pour mieux dire, au désir de mémoire⁵⁹. Plus généralement, le droit doit pouvoir tenter d'exprimer qu'il concerne aussi, d'abord, l'humanité de l'homme. Les juristes doivent poursuivre leurs efforts pour relier leurs concepts, leurs procédures, leurs techniques aux enjeux politiques et éthiques qui font l'histoire du monde et de la condition humaine. Les tribunaux doivent être le lieu où se disent des paroles qui cherchent indéfiniment à exprimer le tout-à-fait juste et l'absolument injuste avec toutes les nuances qui peuvent exister entre les deux.

Jacques FIERENS

Avocat au barreau de Bruxelles

Professeur extraordinaire émérite de l'Université de Namur

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain

Chargé de cours honoraire de l'Université de Liège

religieux, plus spécialement des Juifs, des Polonais, des Tziganes et d'autres encore ». L'enregistrement des débats révèle aussi que les procureurs américain et français utilisèrent le terme à plusieurs reprises.

(55) Comp. l'article 5 du statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, l'article 3 du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda et l'article 7 du statut de la Cour pénale internationale qui font du génocide un crime distinct des crimes contre l'humanité.

(56) Voy. l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de justice sur les réserves à la Convention sur le génocide, *Recueil*, p. 15 ; *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808(1993) du Conseil de*

On ne peut en dire autant en

droit interne. L'article 136bis du Code pénal belge comporte toutefois une incise étonnante lorsqu'il mentionne : « Conformément à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, et sans préjudice des dispositions pénales applicables aux infractions commises par négligence, le crime de génocide s'entend... » Le crime de génocide, qui comporte dans ses éléments constitutifs une intention spécifique, ne peut évidemment être commis par négligence. La seule interprétation possible est celle proposée par M. d'Argent : les juridictions belges, constatant et réprimant l'acte de génocide, sont également compétentes pour punir les actes commis par négligence qui lui seraient connexes. Voy. P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répres-

sion des violations graves du droit international humanitaire », *J.T.*, 1999, p. 550. Voy. aussi l'article 211-1 du Nouveau Code pénal français, qui reproduit la définition de la Convention de 1948, mais en y ajoutant la destruction « d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire ». C'est l'indice de la principale difficulté : comment qualifier le groupe visé ? Faut-il tenir leur énonciation par la Convention comme limitative ou exemplative ? Faut-il inclure les groupes politiques ? Au contraire, le génocide ne vise-t-il pas exclusivement des victimes identifiées par leurs bourreaux pour ce qu'elles sont et non pour ce qu'elles font ?

(58) Telle n'est sans doute pas l'opinion de M. Vandermeersch qui parle d'incapacité plutôt que d'impossibilité de la répression. Voy.

D. VANDERMEERSCH, « La répression des crimes contre l'humanité : une plus-value pour l'humanité ? », in D. BERNARD, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, D. SCALIA et M. VAN DE KERCHOVE, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 37-54 ; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, 2^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2012.

(59) Sur l'importance du désir de mémoire plutôt que du devoir de mémoire, voy. V. ENGEL, *Le désir de mémoire. Contre l'instrumentalisation de la mémoire de la Shoah*, Paris, Karthala, 2020 ; voy. aussi M. OSIEL, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, tr. fr. J.-L. FIDEL, Paris, Seuil, 2006.