



Chapitre de livre

2002

Accepted version

Open Access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg

Garibian, Sévane

How to cite

GARIBIAN, Sévane. Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg. In: Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation. Henzelin, Marc ; Roth, Robert (Ed.). Paris ; Genève ; Bruxelles : L.G.D.J ; Georg ; Bruylant, 2002. p. 29–45.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23564>

Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg*

Sévane GARIBIAN

*"On dira que c'est une question de mots,
mais il est rare que les mots
n'engagent pas des intentions et des ruses"¹*

Le concept de crime contre l'humanité apparaît pour la première fois en 1915² mais sa consécration juridique a lieu trente ans plus tard, le 8 août 1945, à l'article 6 c du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg (TMI)³. En même temps qu'il prend officiellement naissance, ce nouveau concept juridique se "volatilise" pourtant dans le jugement du tribunal, pour reprendre la très fameuse formule du juge français Henri DONNEDIEU DE VABRES⁴. En effet, l'utilisation qui en est faite par les juges apparaît très éloignée de ce que l'on pouvait attendre : alors même que, nouvellement défini, le concept aurait dû être *opérationnalisé* par les juges de la première juridiction pénale internationale, il se voit au contraire considérablement restreint, au point de se trouver en définitive associé aux crimes de guerre et perdre sa spécificité. Comment un tel phénomène est-il possible ?

Les nouveaux concepts ne sont pas définitifs : créés pour combler un manque (en l'espèce, un manque de mots face à une nouvelle forme de criminalité), ils ne cessent ensuite de changer et se métamorphosent au regard des problèmes auxquels ils renvoient⁵. Dès lors, étudier le

* **Publié in Marc HENZELIN et Robert ROTH dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Georg, Bruylant, Paris, Genève, Bruxelles, 2002, pp. 29-45.**

¹ Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI, *Qu'est ce que la philosophie ?*, Paris 1991, p. 36.

² Face à ce que l'on appelait à l'époque le "massacre" des Arméniens de Turquie--c'est à dire, en réalité, l'extermination systématique et délibérée par un Etat d'une partie de sa population civile en dehors du cadre de la guerre--la France, la Grande-Bretagne et la Russie dénoncent conjointement dans une déclaration du 24 mai 1915, les "nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation" dont sont tenus responsables les membres du Gouvernement ottoman ainsi que leurs agents. Pour les détails et références historiques précises et complètes, voir en particulier l'ouvrage de référence de l'universitaire américain Vahakn DADRIAN, *Histoire du génocide arménien* (trad. Marc NICHANIAN), Paris 1996, notamment pp. 356, 358 et pp. 482 ss.

³ La Statut du TMI est annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 signé entre le Gouvernement Provisoire de la République Française et les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques. Cet Accord concerne la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et instaure la première juridiction internationale *ad hoc*.

⁴ Henri DONNEDIEU DE VABRES, "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1947), p. 527.

⁵ DELEUZE et GUATTARI, *Philosophie* (n. 1), pp. 13 ss.

concept juridique de crime contre l'humanité et comprendre son évolution revient avant tout à se pencher sur le ou les problème(s) qu'il pose.

Au dire des détracteurs du tribunal de Nuremberg, à commencer par les avocats de la défense lors des procès, le concept de crime contre l'humanité renvoie à un problème majeur qui constitue la principale critique formulée à l'encontre de cette juridiction et de son jugement : il serait incompatible avec les deux principes fondateurs de l'Etat moderne, que sont les principes de *souveraineté nationale* et de *légalité*. Le problème de conciliation entre l'idée même d'un tribunal international appliquant le concept de crime contre l'humanité et les principes de souveraineté et de légalité, apparaît lorsque l'on entend "souveraineté" et "légalité" de manière absolue, comme le fait le positivisme juridique classique, théorie implicitement présumée dans le discours de la défense à Nuremberg⁶.

Ainsi, pour reprendre les arguments de la défense, le TMI n'est pas compétent pour appliquer le nouveau concept juridique de crime contre l'humanité, et donc son jugement n'est pas valide, puisqu'il viole les principes fondamentaux précités. En effet, selon le principe de souveraineté nationale, tout d'abord, aucune limitation ou subordination de l'Etat par un autre pouvoir n'est possible étant donné que l'Etat ne dépend que de sa propre volonté. Or réprimer des actes qui sont des crimes commis soit hors du cadre de la guerre, soit alors dans le cadre de la guerre mais contre des nationaux, revient à s'immiscer dans les affaires intérieures de l'Etat souverain. De plus, juger des agents ayant agi pour le compte de ce même Etat, autrement dit poser le principe de la responsabilité individuelle des dirigeants (visés sous l'expression "grands criminels de guerre" à Nuremberg) revient, là encore, à violer le principe de souveraineté nationale qui veut que seul l'Etat ait la compétence de punir les individus sur son territoire. Par ailleurs, selon le principe de légalité--et son corollaire le principe de non rétroactivité--, toute incrimination et toute peine doivent être prévues par un texte écrit au moment de la commission des faits. Or le concept de crime contre l'humanité et le principe de responsabilité individuelle pour crimes internationaux n'existaient pas dans l'ordre juridique international à l'époque des faits. Donc juger des agents de l'Etat pour crime contre l'humanité, et ceci rétroactivement, revient à violer le principe de légalité.

Partant de ce constat, il convient de voir comment s'y prennent les juges, à Nuremberg, pour sortir de cette difficulté. Pour ce faire, deux précisions sont nécessaires : d'une part, nous nous limitons ici à l'étude du discours juridique des juges à l'exclusion de tout propos doctrinal ; d'autre part, l'étude du concept de crime contre l'humanité suppose que l'on se penche parallèlement sur le principe de responsabilité individuelle, en tant que nouveau principe posé par le Statut du TMI, indispensable pour permettre aux juges de travailler.

Pour cela, nous commencerons dans un premier temps par la description du raisonnement juridique des juges (I) pour procéder, dans un second temps, à une lecture critique permettant de mettre au jour les significations attribuées aux concepts en jeu (II).

I. Structure du raisonnement juridique des juges à Nuremberg

Face au problème soulevé par la défense, les juges internationaux *ad hoc* cherchent à légitimer le tribunal en démontrant la conformité de leur jugement aux principes de souveraineté et de légalité, à aucun moment remis en cause, et en insistant sur le fait qu'ils ne

⁶ Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater que le jugement de Nuremberg est généralement présenté, par ses commentateurs, comme la condamnation du positivisme classique.

sont pas en mesure de substituer leur propre volonté à celle des Etats souverains. Autrement dit, face à cette critique essentielle, les juges réagissent de la manière suivante : ils fondent leur légitimité sur le fait qu'ils ont une *compétence liée*, c'est à dire qu'ils ne font qu'appliquer le Statut de Nuremberg (justification interne), qui n'est lui même, toujours d'après eux, rien d'autre que l'expression du droit international général préexistant (justification externe). Par convention, nous proposons en effet de faire cette distinction entre justification interne et justification externe en nous inspirant de celle opérée par Jerzy WROBLEWSKI⁷.

A. justification interne : la conformité du raisonnement des juges au Statut de Nuremberg

Le TMI pose d'emblée le fait que le Statut de Nuremberg définit le droit positif applicable⁸ et que ses dispositions, "(...) qui gouvernent juridiquement le Procès, lient le Tribunal"⁹. S'agissant du crime contre l'humanité, les juges se fondent donc sur l'article 6 c du Statut qui distingue deux catégories de crimes : les *actes inhumains*, 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 après la guerre ; ou alors les *persécutions* pour des motifs politiques, raciaux ou religieux. Dans tous les cas, le texte précise que, d'une part, il est indifférent de savoir si ces crimes constituent des violations de droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ce qui revient à affirmer le principe de la primauté du droit international ; et que, d'autre part, ces deux catégories de crimes ne constituent des crimes contre l'humanité que s'ils ont été commis à la suite ou en liaison de crimes contre la paix ou de crimes de guerre¹⁰.

La rédaction de cet article laisse apparaître la volonté du législateur international¹¹ de limiter autant que possible la liberté d'interprétation des juges, concernant l'étendue du concept de crime contre l'humanité, et ceci de trois manières différentes :

⁷ Jerzy WROBLEWSKI, "Motivation de la décision judiciaire", in : Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles 1978, pp. 119-120. D'après l'auteur, la justification interne "vise seulement la validité des inférences entre les prémisses et la conclusion", et la justification externe "vise la justification des assomptions, la justification des règles du raisonnement admises aussi bien que la validité des raisonnements".

⁸ Le droit applicable fait l'objet du titre II du Statut, intitulé "Juridiction et principes généraux". Ce titre débute par l'énumération des actes incriminés c'est à dire : les crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, respectivement à l'article 6 a, b et c.

⁹ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, Documents officiels, Nuremberg 1947, tome XXII, p. 491.

¹⁰ L'article 6 c du Statut de Nuremberg est formulé comme suit : "*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, 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".

¹¹ Par commodité, nous utiliserons l'expression "législateur international" (ou "législateur") pour désigner les représentants des quatre Puissances alliées, réunis à la Conférence de Londres du 26 juin au 8 août 1945 dans le but de préparer l'Accord de Londres et le Statut du TMI.

- en opérant une distinction entre les actes inhumains et les persécutions, ce qui a pour effet, vu la structure de la phrase, de faire comprendre que seuls les premiers peuvent être commis contre *toutes* populations civiles *avant* ou pendant la guerre. Autrement dit, le législateur semble évacuer la possibilité de juger les persécutions contre les Juifs allemands datant d'avant guerre¹².
- en procédant à une énumération limitative et exhaustive des actes constituant des crimes contre l'humanité, contrairement à l'énumération expressément exemplative des crimes de guerre¹³.
- en posant la condition du lien de connexité entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix ou crimes de guerre. Cette exigence du législateur permet de penser que les crimes contre l'humanité sont, dès lors, considérés comme une catégorie accessoire de crimes et non une catégorie autonome ce qui, par conséquent, contraint les juges à interpréter le concept de crime contre l'humanité de façon très restrictive.

Sur ce dernier point, nous pouvons même affirmer que le législateur international a eu la volonté de contraindre lourdement les juges de Nuremberg. Il est en effet intéressant de rappeler qu'une fois la rédaction du Statut achevée à Londres, une contradiction fut relevée entre le texte russe et les textes français et anglais : les catégories distinctes d'actes inhumains et de persécutions étaient séparées d'une virgule dans la traduction russe, alors qu'il s'agissait d'un point virgule dans les traductions française et anglaise. Or l'exigence du lien de connexité apparaissant à la toute fin du texte de l'article 6 c, cette différence de ponctuation avait donc un effet différent quant à l'application de la condition de connexité. Celle-ci ne s'appliquait que dans le cas des persécutions, au sens des textes français et anglais, alors qu'elle s'appliquait aux deux catégories de crimes, au sens du texte russe. Cette contradiction fut rectifiée dans un Protocole du 6 octobre 1945 qui tranche finalement en faveur du texte russe. Il ne reste de cet incident aucune trace écrite ce qui laisse, il est vrai, un certain trouble autour de ce qui s'est réellement passé et, surtout, autour des motivations ayant menées au choix du texte russe (langue par ailleurs la moins utilisée lors des débats). Néanmoins, il est tout de même difficile d'admettre que les rédacteurs du Statut n'aient pas eu conscience des complications que leur choix définitif pourrait engendrer, en étendant ainsi la condition du lien de connexité à *tous* les crimes contre l'humanité, c'est à dire en alourdissant la contrainte faite aux juges¹⁴.

¹² Il apparaît à la lecture des travaux préparatoires de Londres que le juge JACKSON est particulièrement réticent à intervenir dans ce qu'il nomme les "affaires intérieures" de l'Allemagne (*Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, Washington 1947*). C'est d'ailleurs lui qui insistera sur la nécessité d'un lien de connexité entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix ou crimes de guerre (voir infra).

¹³ L'article 6 b définissant les crimes de guerre est formulé comme suit : "*les crimes de guerre* : c'est à dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires". La lecture des travaux préparatoires révèle que le caractère non exhaustif de l'énumération de l'article 6 b est dû à l'insistance du juge JACKSON (*Report of Robert H. Jackson* (n. 12), p. 47). Pourtant, cette attention peut sembler absurde au vu de l'utilisation d'une expression telle que "tout autre acte inhumain" dont le contenu n'est précisé, à aucun moment, ni par le législateur, ni par aucun autre acteur de Nuremberg, ce qui revient à laisser une marge de manœuvre assez importante aux juges.

¹⁴ On pourrait également penser que le législateur fut lui-même contraint de poser cette exigence. En effet, seul ce lien de connexité permet de fonder valablement la compétence du TMI en rattachant les crimes contre l'humanité à un élément (crimes contre la paix ou crimes de guerre) qui les rendait justiciables. Notons à ce

En définitive, la spécificité du concept de crime contre l'humanité tient au fait qu'il vise des crimes pouvant être commis, soit en dehors du cadre de la guerre, soit alors dans le cadre de la guerre mais à l'encontre de la population civile nationale. Or c'est précisément ce qui est rendu le plus difficile à prouver de par la rédaction même de l'article 6 c. Ceci pourrait s'expliquer, à la lecture des travaux préparatoires, par le souci du législateur de respecter autant que possible les principes de souveraineté des Etats (s'agissant surtout des anglo-saxons) et de légalité (s'agissant principalement des français).

Enfin, il est à noter que le crime contre l'humanité apparaît également sous une autre forme d'incrimination : le dernier aliéna de ce même article 6 prévoit l'infraction supplémentaire de "plan concerté" ou "complot" en vue de commettre des crimes contre la paix, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité¹⁵.

S'agissant, pour terminer, du principe de la responsabilité individuelle permettant de juger les grands criminels nazis, les juges rappellent qu'il a pour fondement les articles 6, 7 et 8 du Statut de Nuremberg : l'article 6 pose le principe général et les articles suivants précisent que le principe s'applique aussi aux personnes ayant agi au nom de l'Etat, c'est à dire aux dirigeants (article 7), ainsi qu'aux personnes ayant obéi à l'ordre d'un supérieur (article 8). Le législateur exclut donc l'adoption des théories classiques de l'acte d'Etat et de l'ordre supérieur (prônées par la défense à Nuremberg sous couvert du principe de souveraineté nationale)¹⁶.

Tant le concept de crime contre l'humanité que le principe de la responsabilité individuelle apparaissent pour la première fois dans un texte de droit international, en l'occurrence le Statut du TMI. Alors que la défense dénonce le fait que ce texte comprend du droit nouveau rétroactif, les juges affirment la validité du Statut en tant qu'expression autorisée du droit international général préexistant.

B. justification externe : la conformité du Statut de Nuremberg au droit international général préexistant

Les juges, dans leur raisonnement juridique, fondent doublement le Statut de Nuremberg. Formellement, tout d'abord, le Statut se fonde selon eux sur *la reconnaissance par le monde civilisé* du droit des Alliés de faire la loi : "La rédaction du Statut dépendait du pouvoir législatif souverain exercé par les Etats auxquels le Reich allemand s'était rendu sans conditions ; le monde civilisé a reconnu à ces Etats le droit de faire la loi dans les territoires

propos que si le juge JACKSON est le principal instigateur de la condition de connexité (*Report of Robert H. Jackson* (n. 12), p. 333), le professeur français GROS est le seul à attirer l'attention, lors des débats, sur les difficultés considérables qui résulteront d'une telle condition (*Idem*, pp. 360-361).

¹⁵ L'article 6 se termine par l'alinéa suivant : "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". On pourrait penser que ce dernier aliéna a été rajouté afin de remédier à la contradiction découlant de l'article 6 c, qui exige que des crimes contre l'humanité commis *avant* la guerre soient "connectés" à des crimes de guerre...

¹⁶ La théorie dite de l'acte d'Etat prévoit l'immunité des chefs d'Etat et des agents diplomatiques. Et d'après la théorie de l'ordre supérieur, l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique est considérée comme un fait justificatif.

occupés"¹⁷. La reconnaissance par le monde civilisé est définie par le TMI comme étant l'intention de la communauté des Etats, c'est à dire la volonté de la grande majorité des Nations dites civilisées, ou encore la "conscience du monde".

Matériellement, ensuite, les juges estiment que le Statut trouve son fondement dans les *règles du droit international* en vigueur au moment de sa création et ne s'écarte donc pas du droit des gens : "Le Statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le droit international en vigueur au moment de sa création"¹⁸. Les règles du droit international dont il est fait mention sont définies par le tribunal comme étant, d'une part, les traités ou conventions internationales¹⁹ et, d'autre part, les lois et coutumes de la guerre. Sur ce point, il est intéressant de noter que les juges du TMI ne reprennent dans leur argumentation que les références préalablement faites par le législateur dans le Préambule de l'Accord de Londres, où il est précisé que les signataires "dûment autorisés" agissent "dans l'intérêt de toutes les Nations Unies", et dans le texte même de l'article 6, où il est question des "traités, assurances ou accords internationaux" (6 a) et des "lois et coutumes de la guerre" (6 b).

Alors que le tribunal s'efforce de fonder la validité générale du Statut de Nuremberg, il ne cherche pourtant pas à fonder de quelque façon que ce soit l'article 6 c définissant le concept de crime contre l'humanité²⁰. On ne trouve ainsi dans le discours des juges aucune justification externe du nouveau concept, c'est à dire aucune justification autre que celle (vue précédemment) qui consiste à dire que le crime contre l'humanité est un bel et bien un crime international puisque le Statut l'érige comme tel. Autrement dit, les juges ne se soucient guère--ou plus exactement *omettent* de se soucier--du fait que le crime contre l'humanité n'était pas un crime international avant le 8 août 1945 et que, dès lors, l'article 6 c du Statut viole le principe fondamental de légalité, en particulier le principe de non rétroactivité de la loi pénale. Ils ne sont pas en mesure de justifier juridiquement la validité de cet article puisque celui ci est réellement créateur de droit nouveau rétroactif²¹.

En revanche, s'agissant du principe de la responsabilité individuelle, les juges s'y prennent différemment : après avoir rappelé que ce principe a pour fondement légal les articles 6, 7 et 8 du Statut, ils justifient ensuite la validité même de ces dispositions en se référant d'une part à l'article 228 du Traité de Versailles de 1919, d'autre part au droit interne des Etats et, enfin, à leur propre interprétation dont il découle que, globalement, la responsabilité individuelle en droit international est admise depuis longtemps et est "surabondamment prouvée"²². Notons

¹⁷ *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 491.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ En particulier les Conventions de La Haye du 18 octobre 1907, le Traité des Versailles du 28 juin 1919, le Pacte de Paris (ou Pacte Briand-Kellogg) du 27 août 1928 et la Convention de Genève du 27 juillet 1929.

²⁰ Il le fait pourtant s'agissant des lettres a et b de l'article 6, sur les crimes contre la paix et crimes de guerre.

²¹ Ces réflexions valent aussi pour le dernier alinéa de l'article 6 du Statut, qui prévoit le complot de crime contre l'humanité.

²² "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 des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international" (*Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, pp. 495-496). Pour la critique de ces arguments justificatifs, voir plus loin.

que le tribunal semble vouloir éviter autant que possible les arguments ouvertement jusnaturalistes. On peut constater en effet l'exclusion implicite, dans le raisonnement des juges, de deux autres types d'arguments justificatifs pourtant abondamment utilisés par l'accusation lors des réquisitoires : la référence aux principes moraux tels que la "morale universelle" ou "morale internationale" ; et la justification qui consiste à dire que les inculpés nazis ne peuvent de toute façon pas prétendre au strict respect du principe de légalité et à la protection du principe de non rétroactivité, étant donné que la théorie juridique du national-socialisme en faisait fi au profit d'un sentiment d'équité arbitraire²³.

II. Critique du raisonnement juridique des juges à Nuremberg : la signification des concepts en jeu

La difficulté des juges se résume ainsi : leur but est de juger et condamner les grands criminels nazis sans heurter les principes de souveraineté et de légalité--dont ils ne donnent aucune définition explicite--alors même que le principe de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux ainsi que le concept de crime contre l'humanité ne sont pas issus de normes générales de droit international existantes au moment des faits. Face à cela, la démarche des juges est la suivante : d'une part, ils font un effort de conciliation afin d'admettre le principe de la responsabilité individuelle comme l'expression de la "conscience du monde"--son admission étant un préalable nécessaire au jugement des inculpés--et, d'autre part, ils sacrifient le concept de crime contre l'humanité en évitant, précisément, de se placer sur le terrain de la conciliation.

A. Un effort de conciliation pour admettre le principe de la responsabilité individuelle comme l'expression de la "conscience du monde"

Le raisonnement des juges de Nuremberg traduit, dans un premier temps, un effort de conciliation entre le tout nouveau principe de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux et les principes de souveraineté et de légalité. Mais, on l'a vu, ceci suppose que les juges admettent d'abord la "conscience du monde" comme fondement de la validité formelle du Statut, lequel pose le principe de la responsabilité individuelle pour la première fois.

Cette référence à la "conscience du monde", encore appelée "conscience publique" ou "reconnaissance du monde civilisé" et qui n'est rien d'autre que, pour reprendre l'explication du tribunal lui-même, "l'intention de la communauté des Etats" ou "la volonté de la majorité des Nations civilisées", a toujours été à la base des jugements internationaux au cours de l'Histoire²⁴. Elle apparaît pour la première fois dans la clause Martens contenue dans la Convention II de La Haye de 1899 sur le droit de la guerre sur terre²⁵. Après plusieurs

²³ Voir en particulier les interventions des procureurs généraux américain et français : *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome II, pp. 154-155 (pour le procureur Robert H. JACKSON) et tome V, p. 376 (pour le procureur François DE MENTHON).

²⁴ Pour plus de détails sur ce point, voir notamment J.H.W. VERZIIL, "La base des jugements internationaux au cours de l'histoire", *Revue générale de droit international public* (1955), pp. 370-405.

²⁵ D'après la clause Martens, à défaut de normes conventionnelles réglant les conflits, les Etats demeurent sous l'empire des principes de droit international découlant des "usages établis dans les Nations civilisées", des "lois d'humanité" et de "la demande de la conscience publique". Précisons que l'expression "lois d'humanité" précitée, courante à l'époque, désigne les principes moraux à respecter dans le cadre de la guerre et n'est donc pas à confondre avec le concept de crime contre l'humanité.

tentatives infructueuses²⁶, elle est finalement codifiée à l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), en 1920, laquelle est remplacée en 1945 par la Cour Internationale de Justice (CIJ)²⁷. Cet article 38 consacre en effet les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (§1c) comme source autonome directe du droit international, après les conventions (§1a) et la coutume (§1b) internationales²⁸.

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 le 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'Etat souverain de la communauté des nations dites civilisées ou, dans la terminologie actuelle, de la communauté internationale : l'Etat souverain est supérieur au droit interne mais limité par le droit international, alors que la communauté des Etats 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 Etats²⁹ ; et le principe de souveraineté est perçu comme signifiant non plus "pouvoir illimité" mais "indépendance des Etats"³⁰.

Cette "conscience du monde" dont découlerait le principe selon lequel les Alliés ont "le droit de faire la loi dans les territoires occupés"³¹, admise comme fondement de validité formelle du Statut, appelle plusieurs remarques. Certaines conditions sont nécessaires à l'établissement de la preuve de la validité d'une norme juridique : il faut pouvoir démontrer que la norme juridique en question--soit ici le Statut du TMI--trouve son fondement dans une norme juridique plus générale, d'un rang hiérarchique supérieur, et que l'interprétation qui en est faite

²⁶ Notamment en 1907, lors de la tentative de création d'une Cour internationale des Prises qui aurait eu le pouvoir de statuer "d'après les principes généraux de la justice et de l'équité" (article 7 alinéa 2 Convention XII de La Haye de 1907), ancêtres des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" de l'article 38 du Statut de la CPJI puis de la CIJ.

²⁷ La CIJ est créée juste avant l'instauration du TMI, en même temps que l'élaboration de la Charte de l'ONU lors de la Conférence de San Francisco, en mai 1945.

²⁸ La question de savoir si cette énumération établit une hiérarchie officielle des sources formelles en droit international est toujours controversée, et nous ne rentrerons pas ici dans le débat. A ce sujet, voir par exemple : Dinh NGUYEN QUOC, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit International Public*, Paris 1999, notamment pp. 113 ss et pp. 344 ss ; Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit International Pénal*, Paris 2000, notamment pp. 55 ss.

²⁹ *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 492.

³⁰ C'est d'ailleurs le sens de l'expression "égalité souveraine" utilisée à l'article 2 §1 de la Charte des Nations Unies et présentée comme le fondement de la coopération entre les nations. C'est également le sens attribué à la souveraineté par la jurisprudence internationale qui l'assimile systématiquement à l'indépendance (cf. l'affaire *Îles de Palmes* de la Cour permanente d'arbitrage, 4 avril 1928).

³¹ *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 491.

est véritablement déduite d'une proposition générale valide, extérieure à l'interprète³². Qu'en est-il en l'espèce ? La référence faite par les juges de Nuremberg à la "conscience du monde" relève-t-elle d'une norme générale de droit international positif ?

S'il serait possible de la considérer comme une référence implicite, soit à la clause Martens, soit alors à l'article 38 §1c du Statut de la CIJ (lesquels, on l'a vu, *positivent* les principes généraux découlant de la "demande de la conscience publique" ou de la "reconnaissance par les nations civilisées"), il n'est pas certain pour autant qu'il s'agisse de normes de rang hiérarchique supérieur dans l'ordre juridique international. En effet, les textes précités sont *a priori* des normes particulières, c'est à dire des normes internationales conventionnelles au même titre que le Statut du TMI, n'engageant que les Etats signataires. Précisons néanmoins que certains auteurs considèrent la clause Martens, contenue dans la Convention de La Haye de 1899, comme étant du droit coutumier c'est à dire du droit international général. De même, selon une doctrine majoritaire aujourd'hui, le Statut de la CIJ étant incorporé à la Charte des Nations Unies dont il fait partie intégrante (article 92 de la Charte de l'ONU), il aurait acquis le caractère d'un "droit constitutionnel international" s'imposant à tous les Etats.

Le TMI, pourtant, ne mentionne à aucun moment ces deux textes internationaux et distingue de surcroît, dans sa formulation, les "règles de droit international" de la "volonté des nations civilisées"³³. Le tribunal semble donc vouloir faire de cette "conscience du monde" une norme supranationale, ou principe supérieur, transcendant le droit international positif, ce qui confirme la démarche de type jusnaturaliste³⁴. Aussi, l'admission par les juges de la "conscience du monde" comme fondement de la validité formelle du Statut exprime-t-elle incontestablement l'idée d'une sorte de *supralégalité internationale*, dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'est pas utilisable dans le cadre du modèle positiviste.

La signification des concepts de souveraineté et légalité sous-jacente à la théorie jusnaturaliste implicitement adoptée par le TMI, permet la conciliation avec le principe de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux. On l'a vu, les juges justifient la validité des articles 6, 7 et 8 du Statut en se référant d'abord au Traité de Versailles et aux droits internes, puis à leur propre interprétation. Là encore, plusieurs observations sont à faire.

S'agissant du Traité de Versailles, il prévoit effectivement la responsabilité individuelle d'un dirigeant (en l'occurrence l'empereur Guillaume II) mais il n'est alors question que d'une responsabilité politique et non juridique. En outre, le traité stipule que les autres individus

³² Michel TROPER, "La motivation des décisions constitutionnelles", in : Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles 1978, p. 292.

³³ Le tribunal se réfère néanmoins à plusieurs autres occasions aux Conventions de La Haye de 1907 lesquelles, rappelons le, reprennent la formule de la clause Martens (dans le Préambule de la Convention IV). On aurait donc pu en déduire que c'est une façon de considérer la "conscience du monde" comme faisant partie des règles du droit international. Cependant, la lecture des travaux préparatoires nous éclaire sur ce point : il apparaît en effet qu'après avoir songé à inclure expressément la formule de la clause Martens dans les règles de droit international (proposition faite par les américains le 14 juin 1945), le législateur se décide finalement, le 11 juillet 1945, à distinguer clairement ces règles des principes généraux découlant "des usages établis dans les Nations civilisées, des lois d'humanité et de la demande de la conscience publique". L'écho à la clause Martens dans la définition des règles de droit international est définitivement abandonné : *Report of Robert H. Jackson* (n. 12), pp. 55 et 194 ss. Ce choix opéré lors des débats peut expliquer le comportement des juges à Nuremberg, lorsqu'ils distinguent droit international et "conscience du monde".

³⁴ Voir supra.

responsables seront jugés par les juridictions militaires nationales et non par une juridiction internationale. Enfin, il ne constitue ni une norme juridique plus générale, ni une norme juridique de rang supérieur par rapport au Statut de Nuremberg. Ce premier argument justificatif n'est donc pas valable³⁵.

Concernant la référence aux droits internes, il ne s'agit une fois de plus ni de normes juridiques plus générales, ni de normes juridiques supérieures. Par ailleurs, cette référence aux droits nationaux--en tant que fondement de la validité de dispositions internationales--est contraire au principe de la primauté du droit international préalablement admis tant par le législateur que par les juges eux-mêmes. Dès lors, cet argument est également critiquable.

Quant à l'interprétation qui est faite du principe de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux, elle n'est en aucun cas déduite d'une proposition générale extérieure aux juges et tenue elle-même pour valide. Ceux-ci font *comme si* le principe en question est un principe général indiscutablement admis en droit international et découlant de la "conscience du monde", c'est à dire un principe supranational s'imposant à tous les Etats.

Dans tous les cas, le discours des juges illustre l'adoption d'une stratégie jusnaturaliste masquée par l'utilisation d'arguments justificatifs juridiques non valables ou fortement discutables. Leur raisonnement rejoint en définitive celui de l'accusation lorsqu'elle se fonde, en dernier ressort, sur la *morale internationale*.

B. Le sacrifice du concept de crime contre l'humanité

Pourtant, la démarche du TMI devient plus strictement légaliste lorsqu'il s'agit d'appliquer le concept de crime contre l'humanité. Après avoir affirmé et démontré que les crimes contre la paix et les crimes de guerre étaient bien des crimes internationaux au moment des faits, le tribunal est confronté à l'impossibilité de faire de même pour les crimes contre l'humanité, aucune justification juridique de l'article 6 c du Statut de Nuremberg n'étant envisageable. Cette fois, les juges procèdent différemment que pour le principe de la responsabilité individuelle. Au lieu de tenter de concilier le nouveau concept avec les principes de souveraineté et de légalité, ils l'interprètent d'emblée le plus restrictivement possible ce qui a pour effet de le vider de sa substance.

Il est remarquable de constater que le concept de crime contre l'humanité n'apparaît jamais de façon distincte dans le jugement, alors même qu'il fait l'objet d'un chef d'accusation spécifique³⁶. En effet le tribunal l'associe, dans la forme même de son jugement, au crime de guerre, en rangeant ces deux catégories de crimes sous le titre commun de "crimes de guerre et crimes contre l'humanité". Sous ce titre donc, les juges examinent les faits suivants : les assassinats et mauvais traitements de prisonniers de guerre et de population civile, les pillages des propriétés publiques et privées, la politique de travail forcé et, en dernier lieu, les persécutions des Juifs (seule référence aux crimes contre l'humanité en tant que tels).

³⁵ Il est vrai que le principe de la responsabilité individuelle est déjà admis, en 1945, pour des infractions internationales telles que la piraterie, la traite des esclaves ou le trafic de stupéfiants. Cependant, il est à préciser qu'il s'agit dans ces cas d'une responsabilité de l'individu agissant à *titre privé* et n'impliquant qu'une répression *nationale*.

³⁶ L'acte d'accusation du 18 octobre 1945 comprend quatre chefs d'accusation : le plan concerté ou complot (chef d'accusation n° 1), les crimes contre la paix (n° 2), les crimes de guerre (n° 3) et les crimes contre l'humanité (n° 4).

D'après les juges, "la persécution des Juifs dans l'Allemagne nazie d'avant guerre, pour brutale qu'elle ait été, ne peut se comparer avec la politique poursuivie au cours de la guerre dans les pays occupés"³⁷ et ce, même s'il est "(...) hors de doute que, dès avant la guerre, les adversaires politiques du nazisme furent l'objet d'internements ou assassinats dans les camps de concentration "et que "(...) la persécution des Juifs sévissait déjà"³⁸. Puis ils concluent en affirmant que "(...) pour constituer des crimes contre l'humanité, il faut que les actes de cette nature, perpétrés avant la guerre, soient l'exécution d'un complot ou plan concerté, en vue de déclencher et de conduire une guerre d'agression. Il faut, tout au moins, qu'ils soient en rapport avec celui ci. Or le Tribunal estime que la preuve de cette relation n'a pas été faite--si révoltants et atroces que fussent parfois les actes dont il s'agit. Il ne peut donc déclarer d'une manière générale que ces faits, imputés au nazisme, et antérieurs au 1^{er} septembre 1939, constituent, au sens du Statut, des crimes contre l'humanité"³⁹.

Ainsi, la signification du concept de crime contre l'humanité se trouve considérablement restreinte : si l'on reprend l'interprétation des juges du TMI, les crimes contre l'humanité ne sont plus que des crimes commis *pendant* la guerre, soit à l'encontre de populations civiles ennemies, soit alors à l'encontre de citoyens allemands dans le cas où ces crimes auraient un *lien de connexité* avec la guerre. Les actes commis en dehors du cadre de la guerre sont dès lors exclus contrairement au texte de l'article 6 c du Statut. Le tribunal ne tient finalement compte que des crimes pouvant être associés aux crimes de guerre et dont la répression par une juridiction internationale se justifie par référence aux lois et coutumes de la guerre. Les juges se débarrassent des crimes contre l'humanité à proprement parlé, autrement dit ils vident le nouveau concept juridique de sa raison d'être et de sa spécificité, et ne l'utilisent qu'à titre de synonyme de crime de guerre⁴⁰.

On note toutefois deux condamnations pour crimes contre l'humanité indépendamment des crimes de guerre : celles de Baldur VON SCHIRACH et de Julius STREICHER⁴¹. La condamnation de VON SCHIRACH est conforme à l'interprétation préalablement opérée par le tribunal et a le mérite d'être claire. Les faits qui lui sont reprochés ont en effet été commis en Autriche à partir de juillet 1940 (pendant la guerre), contre des Juifs de Vienne (population civile ennemie) et, de plus, un lien de connexité est de toute façon établi par les juges entre ses actes et les crimes de guerre⁴².

³⁷ *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 524.

³⁸ *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 529.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ De même, les juges de Nuremberg évacuent l'incrimination de "complot de crime contre l'humanité" en ne retenant le complot que dans le cas très strict des crimes contre la paix : "(...) le Statut n'érige en infraction distincte qu'une seule forme de complot : le plan concerté en vue de commettre des crimes contre la paix, visés à l'article 6 a" (*Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 528).

⁴¹ Respectivement condamnés, le 1^{er} octobre 1946, à vingt ans d'emprisonnement et à la mort par pendaison.

⁴² On peut d'ailleurs se demander pourquoi VON SCHIRACH n'a pas été condamné pour crimes de guerre alors même que les déportations auxquelles il a participé dès juillet 1940, en Autriche, rentrent dans le cadre de la définition de l'article 6 b du Statut de Nuremberg.

Mais le cas STREICHER, quant à lui, est très ambigu. Après avoir défini les crimes contre l'humanité comme étant des crimes nécessairement commis pendant la guerre, le TMI condamne tout de même cet accusé pour des faits qui remontent à avant la guerre, sans même vérifier s'il existe un lien de connexité quelconque entre ces actes et ceux énumérés à l'article 6 a et b du Statut⁴³. Les juges se contredisent ici par rapport à leur interprétation restrictive du nouveau concept. Un certain embarras transparaît d'ailleurs à la lecture du jugement : le tribunal finit par qualifier les actes de Julius STREICHER de "*crimes de guerre* définis par le Statut [et constituant] également un crime contre l'humanité"⁴⁴.

Le concept juridique de crime contre l'humanité est interprété par les juges internationaux *ad hoc* de façon encore plus restrictive que le législateur, de manière à ce qu'il "colle" avec les crimes de guerre, dont la répression est admise depuis longtemps en droit international général. En ce sens, il nous paraît possible de conclure à un certain échec à Nuremberg, voire même un recul par rapport à ce qui était envisagé dès 1915 : à peine défini, le nouveau concept de crime contre l'humanité est détourné de sa fonction initiale pour ne plus avoir qu'une fonction manifestement symbolique.

Les juges du TMI font croire à leur compétence liée en adoptant implicitement la théorie cognitive de l'interprétation : ils disent appliquer strictement le Statut de Nuremberg, lequel est présenté comme la simple expression du droit international préexistant. Or, on l'a vu, une telle affirmation est fautive s'agissant du principe de la responsabilité individuelle pour crimes internationaux et du concept de crime contre l'humanité posés, tels quel, pour la première fois par le Statut. En définitive, le jugement de Nuremberg traduit l'idée d'un *compromis* : d'une part, le tribunal admet et applique pleinement le nouveau principe de la responsabilité individuelle en usant finalement d'une stratégie de type jusnaturaliste (même si elle est déguisée) afin de pouvoir procéder au jugement, rejoignant ainsi dans une certaine mesure le discours de l'accusation ; d'autre part, il fait du nouveau concept juridique de crime contre l'humanité le modeste reflet du concept, plus ancien et moins problématique, de crime de guerre, par voie d'interprétation restrictive. Dans tous les cas, les juges omettent de définir expressément les principes de souveraineté et de légalité, et ne se prononcent à aucun moment sur leur validité en droit international.

Que la démarche des juges de Nuremberg soit considérée comme éclectique ou confuse, elle illustre néanmoins la tension--qui s'exprime dès les débats à Londres--entre une volonté politique de punir et un réel souci de faire du TMI une juridiction internationale exemplaire, aussi respectueuse que possible des principes fondateurs de l'Etat moderne. Quitte à amputer le concept de crime contre l'humanité de ce qui forge sa spécificité.

⁴³ STREICHER est condamné à mort pour avoir rédigé et publié des écrits antisémites (de 1923 à 1945), et pour avoir boycotté des entreprises juives (dès le 1^{er} avril 1933). Il est étonnant de constater que ces faits constituent les actes les moins graves relativement aux faits commis par tous les autres condamnés.

⁴⁴ *Procès des grands criminels de guerre* (n. 9), tome XXII, p. 587 (nous soulignons).