

La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse

Jacques FIERENS¹

*Cent morts, c'est une catastrophe.
Un million de morts, c'est une statistique.*

Adolf EICHMANN

I. Juger devant un tribunal ?

On peut s'attarder d'abord quelques instants sur la signification de l'expression « crimes de masse » et sur le mode de mise en cause de la responsabilité des auteurs que l'histoire récente a instaurée, le jugement pénal.

A. La polysémie de l'expression « crimes de masse »

L'expression « crimes de masse » peut s'entendre de plusieurs manières : multiplicité d'auteurs ou massification des victimes, ou encore les deux à la fois. L'histoire des horreurs humaines a, jusqu'à présent, confondu les diverses significations, parce qu'elles sont souvent liées. Il existe en effet sans aucun doute des crimes qui n'auraient jamais été commis par des individus agissants seuls, et ils

¹ Avocat, professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur et à l'Université de Liège.

sont habituellement considérés comme les plus graves parce qu'une multitude de personnes en meurent ou en souffrent.

B. Les crimes de masse et le pouvoir d'État

Les génocides, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre nécessitent pour leur mise en œuvre pratique des moyens rarement réunis dans les mains d'un seul individu. Les plus puissants des dictateurs, comme Adolf Hitler ou Pol Pot, ont eu besoin de mobiliser un nombre considérable d'exécutants pour mener à terme leurs entreprises mortifères. En outre, les auteurs ont dû mettre en œuvre des moyens matériels, administratifs, militaires qui n'étaient à la disposition que du pouvoir étatique, d'un pouvoir complice de l'État, d'un pouvoir d'une efficacité équivalente dans la sphère économique ou au sein d'organisations criminelles internationales. En effet, seule la puissance étatique, qui demeure première dans la plus grande partie du monde, ou les monstres que son absence engendre, permettent aujourd'hui d'accéder aux moyens financiers, matériels, juridiques ou administratifs que nécessite la commission de crimes de masse. Jusqu'à présent, ils constituent des infractions du pouvoir légalement en place ou de celui qui entend s'y substituer, mais dont l'organisation lui est comparable. Même si les auteurs directs ne sont pas nécessairement les plus puissants, ils participent, dans la commission de leurs exactions, à l'exercice d'un tel pouvoir. Peut-être, un jour, la puissance internationale en devenir surpassera-t-elle celle de l'État. Fasse le ciel qu'elle ne soit jamais criminelle. Peut-être, un autre jour, la puissance concentrée dans les mains d'un seul individu le poussera-t-elle à commettre seul un crime dont les victimes seront innombrables.

C. Les jugements internationaux

Les premières tentatives de jugement des personnes accusées d'être responsables de massacres de masse prétendaient donc dépasser la justice nationale; elles visaient les chefs; elles concernaient des chefs vaincus. Après la défaite de Napoléon à Waterloo, il fut question de faire juger l'empereur déchu par des députés de tous les souverains d'Europe, mais la discussion ne semble pas avoir dépassé le débat philosophique. Il ne s'agissait cependant pas encore de l'ac-

cuser de ce que nous nommons aujourd'hui crimes de masse, puisqu'il était envisagé de le faire condamner pour usurpation à l'égard de Louis XVIII². Le Traité de Versailles prévoyait en 1919 la mise en accusation de Guillaume II, ex-empereur d'Allemagne, devant un tribunal international « pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités »³, formule qui renvoie davantage à des infractions au droit international qu'aux souffrances subies par des millions de soldats et de civils⁴. Le Kaiser était supposé personnellement responsable du conflit. Il lui était reproché d'avoir déclenché une guerre d'agression en violant les traités établissant la neutralité de la Belgique et du Luxembourg et d'avoir commis des crimes de guerre en violation des conventions internationales relatives aux lois et coutumes de la guerre. Le tribunal devait se composer de juges des États-Unis, de Grande-Bretagne, de France, d'Italie et du Japon. On sait qu'il ne fut jamais constitué car les Pays-Bas, où Guillaume II s'était réfugié après son abdication, refusèrent de l'extrader.

À Nuremberg et à Tôkyô, lorsque les premiers tribunaux pénaux internationaux furent effectivement mis en place, les chefs suprêmes n'étaient plus les seuls visés. Hitler était mort et l'empereur Hiro Hito n'était pas accusé, pour la raison officielle qu'il ne disposait pas effectivement du pouvoir d'un chef d'État. Il s'agissait cette fois de juger les principaux responsables. L'accord de Londres du 8 août 1945 portait dans son préambule: « Considérant que la Déclaration publiée à Moscou le 30 octobre 1943 sur les atrocités allemandes en Europe occupée a spécifié que les officiers et soldats allemands et les membres du parti nazi qui sont responsables d'atrocités et de crimes, ou qui ont pris volontairement part à leur accomplissement, seront renvoyés dans les pays où leurs forfaits abominables ont été perpétrés, afin qu'ils puissent être jugés et punis conformément aux lois de ces pays libérés et des Gouvernements libres qui y sont établis; considérant que cette Déclaration

² Voy. *Belg. Jud.*, janvier 1920, p. 32; E. DECAUX, « Le statut de chef d'État déchu », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 105-107.

³ Article 227.

⁴ Durant la guerre 1914-1918, les souffrances des victimes civiles furent relativement restreintes en proportion de ce que les guerres plus récentes leur font subir.

était faite sous réserve du cas des grands criminels, dont les crimes sont sans localisation géographique précise et qui seront punis par une décision commune des Gouvernements alliés ; » L'article 1^{er} du statut visait les principaux responsables sous cette dénomination de « grands criminels ». L'absence d'immunité des chefs d'État et des hauts fonctionnaires découlait nécessairement de l'objectif que les puissances victorieuses s'étaient assigné⁵.

Près d'un demi-siècle plus tard, certains exécutants subordonnés sont condamnés par le Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie, premier tribunal pénal international après celui de Nuremberg⁶. C'est sans doute la première fois que de « petites mains » ont dû s'expliquer devant une telle instance⁷. L'ordre du supérieur n'est pas une cause de justification en ce qui concerne les crimes les plus graves, mais peut dans certains cas entraîner une diminution de peine⁸.

Le Tribunal international pour le Rwanda, de son côté, ne juge ou ne jugera en pratique que quelques présumés hauts responsables, mais cette limitation *ratione personae* n'est pas explicite dans les statuts et résulte de la politique de poursuites, mise en œuvre par les procureurs successifs.

Toutefois, le caractère temporaire des tribunaux internationaux *ad hoc*, leur lenteur et leur coût ont pour conséquence qu'ils ne peuvent juger qu'un nombre très limité d'auteurs. Cette restriction est néanmoins devenue une question pratique, elle ne constitue plus

⁵ Article 7 du statut du Tribunal de Nuremberg et article 6 de la Charte du Tribunal de Tôkyô.

⁶ Le Tribunal militaire pour l'Extrême-Orient, s'il s'inspire du Tribunal de Nuremberg, était international dans sa composition, mais fut mis en place par décision unilatérale du général MacArthur, commandant en chef des troupes d'occupation.

⁷ Voy., par exemple, parmi plusieurs, l'affaire *Erdemovic* (IT-96-22) dite « Ferme de Pilica » ou *Kunarac et consorts* (IT-96-23 & 23/1).

⁸ Voy., par exemple, l'article 8 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, l'article 6 du statut du Tribunal militaire pour l'Extrême-Orient, l'article 7, paragraphe 4, du statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie, l'article 6, paragraphe 4, du statut du Tribunal international pour le Rwanda, l'article 33 du statut de la Cour pénale internationale.

un choix de la norme internationale elle-même comme ce fut le cas à l'issue de la Deuxième Guerre mondiale.

Aucune limitation ne figure par ailleurs dans les statuts de la Cour pénale internationale, même si l'on peut se demander si le procureur ou le Conseil de sécurité s'intéresseront aux simples exécutants⁹.

D. Les jugements nationaux

Les criminels entrant dans le champ d'application *ratione personae* de la Cour pénale internationale, mais qui ne seront pas jugés par elle, doivent en principe répondre de leurs actes devant les tribunaux internes, soit parce que les faits présentent des éléments de rattachement à l'État qui juge, soit, beaucoup plus rarement, au nom de la compétence dite « universelle », au sujet de laquelle la Belgique a joué un rôle précurseur aujourd'hui renié par ses trois pouvoirs constitutionnels¹⁰.

Si l'on jette un coup d'œil rétrospectif sur la poursuite interne des crimes de masse, on peut relever qu'en Turquie, un tribunal militaire spécial avait été mis en place après le génocide des Arméniens de 1915-1918, mais ne fonctionna que deux mois, du 27 avril au 27 mai 1919. Les sentences furent d'ailleurs annulées par le nouveau gouvernement.

Les tribunaux américains installés en Allemagne par la loi n° 10 du 20 décembre 1945 du Conseil de contrôle allié adoptée « en vue de créer en Allemagne une base juridique uniforme pour les poursuites judiciaires », instituant des tribunaux militaires¹¹, voulurent juger les exécutants. Des procès militaires et civils furent en outre

⁹ La Cour ne peut être saisie que par le procureur. Une situation n'est déferée à ce dernier que par un État partie ou par le Conseil de sécurité (voy. les articles 13 et 14 du statut).

¹⁰ Sous la pression des États-Unis et d'Israël essentiellement, le parlement belge a voté en urgence le projet de loi déposé par le gouvernement, qui a abouti à la loi du 5 août 2003 remplaçant la loi du 16 juin 1993, elle-même plusieurs fois modifiée à une cadence soutenue. Sur l'attitude de la Cour de cassation, voy. *infra*.

¹¹ Voy. H. MEYROWITZ, *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, L.G.D.J., 1960.

organisés après la Deuxième Guerre par les États, en République fédérale d'Allemagne nouvellement constituée, en Pologne, en Belgique, au Luxembourg, aux Pays-Bas, en Norvège. Ultérieurement, l'Australie, le Royaume-Uni, le Canada, la France, l'Italie, poursuivirent pour crimes de guerre selon leurs législations nationales. Israël jugea Eichmann en 1961. La France, plus tardivement, visa des personnes ayant exercé des responsabilités importantes lors des faits qui leur étaient reprochés : Klaus Barbie (jugé en 1987), René Bousquet (assassiné en 1993 avant son procès) Paul Touvier (jugé en 1994), Maurice Papon (jugé en 1998).

Dès le 9 décembre 1948 (la veille de la proclamation de la Déclaration universelle des droits de l'homme), l'Assemblée générale de l'O.N.U. approuva la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui porte que « les personnes coupables de génocide seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant la cour internationale qui sera compétente »¹². Celle-ci a pour le moins tardé à venir. Les tensions Est-Ouest interdisaient tout accord à ce sujet jusqu'à la chute du Mur. En 1985, le *Rapport Whitaker* avait dès lors souligné qu'il « serait avantageux d'habiliter les tribunaux de tous les pays à juger les coupables de génocide réfugiés à l'étranger et de produire un protocole donnant compétence aux tribunaux de pays autres que ceux où le crime de génocide avait été commis »¹³.

Le Rwanda, après l'échec relatif de la loi organique n° 08/96 du 30 août 1996 qui avait mis en place des « chambres spécialisées » au sein des tribunaux ordinaires, tente à ce jour de faire fonctionner tant bien que mal les juridictions *gacaca*¹⁴. Les innombrables « petites mains » criminelles devraient être jugées et sans doute des innocents acquittés.

¹² Article 6.

¹³ M. B. WHITAKER, rapporteur spécial, *Version révisée et mise à jour de l'Étude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide*, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 juillet 1985.

¹⁴ Fr. DIGNEFEE et J. FIERENS (éd.), *Justice et gacaca – L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003.

Les tribunaux de l'Ex-Yougoslavie devront achever, après 2010, la besogne du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie, qui devrait avoir cessé d'exister¹⁵.

La Belgique a jugé six personnes impliquées dans le génocide rwandais, sans que l'on puisse déterminer clairement pourquoi elles ont fait l'objet d'une instruction et de poursuites, à l'exclusion de certaines autres. Quoi qu'il en soit, il ne s'agissait pas de hauts responsables. La France et la Suisse poursuivent également des Rwandais accusés d'être impliqués dans les massacres de 1994.

Les exécutants subordonnés ne bénéficient d'aucune immunité de droit, mais l'histoire a montré que la masse des auteurs rend leur jugement devant les juridictions nationales aléatoire, du point de vue de la quantité comme de la qualité.

On peut cependant dire, deux siècles après Waterloo, que tout participant à un crime de masse, responsable ou exécutant, est susceptible aujourd'hui de devoir rendre des comptes devant la justice internationale ou nationale. Devant la première, seules quelques personnes seront jugées.

II. Les difficultés de mise en cause des responsables de crimes de masse

Ce rapide panorama historique de la mise en cause juridique et judiciaire des auteurs des crimes de masse suggère quelques réflexions.

A. L'importance des juridictions internationales

Il est plus conforme à la nature des crimes de masse de relever des instances internationales, pour des raisons pratiques et pour des raisons théoriques.

En pratique, lorsqu'il s'agit d'établir les responsabilités et leurs conséquences, parmi lesquelles la détermination éventuelle d'une peine et l'octroi de réparations aux victimes, l'organisation d'un

¹⁵ La résolution 1503 du Conseil de sécurité, du 28 août 2003, demande au Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie et au Tribunal international pour le Rwanda de prendre toutes mesures en leur pouvoir pour mener à bien les enquêtes d'ici à la fin de 2004, achever tous les procès de première instance d'ici à la fin de 2008 et terminer leurs travaux en 2010.

procès classique devant un tribunal national est impossible parfois, insuffisante toujours. Dans certains cas, les tribunaux étatiques n'existent pas, ou n'existent plus, ou sont en fait incapables de fonctionner, comme au Rwanda après 1994. Le crime lui-même peut ainsi avoir eu pour conséquence la destruction de l'appareil judiciaire. Dans d'autres situations, il existe des obstacles politiques : il se peut que le pouvoir étatique n'ait pas fondamentalement changé. Comment alors supposer de manière réaliste que le pouvoir (judiciaire) jugera adéquatement le pouvoir (politique) ? On sait à quel point la séparation des deux peut être, dans de nombreux États, une simple vue de l'esprit ou un pur vœu constitutionnel. Le retard dans la mise en place d'un tribunal pour juger les Khmers rouges au Cambodge est sans doute lié à cette sorte de difficultés. Les hommes forts du pays ont été trop proches du régime odieux dont les responsables, encore en vie, devraient être jugés, ou n'ont simplement pas intérêt à ce que les procès aient lieu.

Sur le plan des principes, le crime de masse est souvent considéré comme affectant également en principe des personnes qui ne sont pas directement victimes, voire la communauté humaine tout entière. C'est ce qui arrive dans le cas de génocides ou de crimes contre l'humanité, supposés, comme cette dernière qualification l'indique, concerner l'humanité elle-même. Dans ce cas, selon la voie tracée déjà par KANT¹⁶ et concrétisée par les tribunaux pénaux internationaux, la communauté internationale entend faire juger les auteurs par une instance qui émane d'elle.

B. Les apories des systèmes actuels

Cette volonté, malgré les avancées incontestables, est aujourd'hui encore ambiguë. Bien éloigné de la visée idéaliste, c'est en effet le rapport des forces internationales qui tantôt oblige les auteurs de crimes de masse à rendre compte de leurs actes devant des instances internationales, tantôt les laisse sciemment impunis. On sait par ailleurs que certains États, parmi les plus puissants du monde, refu-

¹⁶ *Idee d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique*, 5^e proposition, tr. fr., Paris, N.R.F., coll. Pléiade, 1986, p. 193 ; voy aussi S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, spéc. pp. 237 et s.

sent de ratifier le statut de la Cour pénale internationale. Elle gêne à l'évidence ceux qui prétendent dicter l'ordre du monde, et ils se mettent rapidement à l'abri. Ce n'est toutefois pas seulement après le 17 juillet 1998, date du traité, ni après le 1^{er} juillet 2002, date de sa mise en vigueur, que les avancées ont montré leurs limites. Le statut lui-même contient plusieurs dispositions critiquables. Ainsi, la primauté du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal pour le Rwanda à l'égard des autorités nationales n'a pas d'équivalent dans le statut de la Cour. Le caractère subsidiaire de la compétence de cette dernière n'est ni logique ni conforme aux précédents.

Par ailleurs, certains schémas classiques du droit pénal, comme celui de la légitime défense, ont été introduits, qui pourraient en arriver à justifier, en théorie, des génocides ou des crimes contre l'humanité. L'article 31 du statut laisse à cet égard pantois. Sous le titre « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », une personne est déclarée irresponsable pénalement si, au moment du comportement en cause, « elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés ». Ainsi donc, un génocide pourrait être juridiquement justifié s'il est proportionnel à celui qui est subi ou qui menace. Des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre n'entraîneraient pas de responsabilité s'ils doivent raisonnablement être commis pour défendre des biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire¹⁷. Il n'y a pas lieu de chercher par quels stratagèmes juridiques de telles dispositions pourraient être contournées, voire mener à des antinomies. Il faut plutôt constater qu'elles révèlent une fois de plus le caractère profondément inachevé du droit international pénal et souhaiter leur rapide abrogation.

Une autre difficulté est constituée par le choix des personnes mises en accusation par les instances compétentes. Si les tribunaux

¹⁷ À ce sujet, voy. J. VERHAEGEN, « L'article 31.1.c, du statut de la Cour pénale internationale – Un autre négationnisme ? », in *Actualité du droit international humanitaire, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 6, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 93-120.

internationaux ne sont aujourd'hui plus nécessairement des tribunaux de vainqueurs, comme celui de Nuremberg ou celui de Tôkyô, ils semblent bien demeurer des tribunaux pour les vaincus. Le pouvoir a changé en Ex-Yougoslavie, au Rwanda, en Irak¹⁸. Sans ces changements, les tribunaux internationaux ou mixtes¹⁹ concernant les événements qui se sont déroulés dans ces pays n'auraient jamais existé. On n'imagine par exemple guère actuellement que soient mis en question devant des juridictions internationales certains agissements parfois récents des forces américaines ou du pouvoir russe. Quand cette possibilité apparaît, les États-Unis ont le pouvoir d'imposer des traités bilatéraux destinés à la brider. Le Conseil de sécurité défère au procureur de la Cour pénale internationale la situation du Darfour, même si le Soudan n'est pas partie au Traité instituant la Cour pénale internationale²⁰, mais pas celle de la Birmanie.

Ces ambiguïtés d'ordre clairement politique se retrouvent dans l'application du droit interne. De plus en plus souvent, la répression des crimes de masse est inscrite en tant que telle dans les codes pénaux nationaux sous la qualification de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerres, d'infractions graves aux Conventions de Genève²¹. L'antériorité du droit international est cependant, dans ce cas, patente. Il influence le droit interne et non l'inverse. On s'en aperçoit notamment quand on constate que les lois nationales renvoient aux qualifications internationales²² ou en

¹⁸ Voy. L. WALLEYN, « Le Tribunal spécial irakien pour crimes contre l'humanité et la réforme de la justice irakienne », *J.T.*, 2004, pp. 165-167.

¹⁹ Les tribunaux mixtes sont à la croisée du tribunal international et du tribunal national, par l'intervention de juges dits « internationaux » dans les instances nationales.

²⁰ Rés. 1593 (2005) du 31 mars 2005.

²¹ Voy. la banque de données relative aux crimes contre l'humanité élaborée par la Faculté de droit des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur, qui inclut de nombreuses références aux droits nationaux (<http://www.droit.fundp.ac.be/genocide>).

²² Voy. par exemple l'article 136bis du Code pénal belge, inséré par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, l'article 1^{er} de la loi organique rwandaise du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1^{er} octobre 1990, l'article 4 de la loi cambodgienne du 10 août 2001 modifiée par la loi du 27 octobre 2004 instituant les chambres extraordinaires.

reprennent les qualifications. Le droit pénal international interne²³ est à son tour un droit inachevé, soumis aux rapports de force internationaux ou nationaux. Que l'on songe cette fois à l'humiliation subie par la Belgique, obligée de régresser dans la mise en œuvre de la compétence universelle sous la pression des États-Unis et d'Israël, ou à l'attitude pour le moins interpellante de la Cour de cassation qui avait à statuer dans l'affaire dite « Total Fina » après que la Cour d'arbitrage ait déclaré inconstitutionnelles certaines restrictions de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, qui a abrogé celle du 16 juin 1993²⁴. Si par contre deux procès d'assises ont pu être tenus à Bruxelles pour juger des accusés dont les actes n'avaient aucun facteur de rattachement avec la Belgique, c'est que le pouvoir auquel ils avaient participé n'existe plus ou est totalement affaibli, et que la mise en cause de ces personnes n'avaient guère d'implication dans les relations politiques internationales.

III. Faut-il nécessairement juger ?

S'il est possible de lui donner les moyens de fonctionner et s'il est suffisamment indépendant, en ce qui concerne l'établissement des responsabilités, le tribunal est l'institution la plus adéquate depuis près de trois millénaires. Le caractère massif des crimes oblige cependant à rechercher d'autres solutions de rétablissement du lien social et de jugement que celles qui sont à la disposition des tribunaux internes classiques. À vrai dire, réconcilier devient prioritaire et, paradoxalement, punir et dédommager les victimes paraît secondaire lorsqu'il s'agit de crimes de masse. La commission Vérité et Réconciliation, telle qu'elle a existé en Afrique du Sud²⁵, affiche ainsi avant tout un

²³ Le droit international pénal désigne la branche du droit *international* relative à la répression des infractions internationales. On réservera l'expression « droit pénal international » à la branche du droit *national* qui règle les problèmes de droit pénal comportant un élément d'extranéité. Voy. A. HUEI et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, P.U.F., 1994, n° 4. La loi belge qui détermine dans quelles conditions les juridictions belges sont compétentes pour connaître d'infractions commises à l'étranger appartient ainsi au droit pénal international belge.

²⁴ C.A., 13 avril 2005, n° 68/2005 ; Cass., 29 juin 2005.

²⁵ Voy. *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, juin 1995.

caractère « restauratif ». Elle ne s'appelle d'ailleurs pas commission Vérité et Responsabilité...

La description des instances sud-africaines mises en place à partir de 1995 contient sans doute, à cet égard, une critique indirecte et probablement involontaire du système mis en place au Rwanda. Le *gacaca* revisité par le législateur rwandais veut trop en faire. On ne peut à la fois punir des criminels, prendre en compte adéquatement les victimes, faire dire la Vérité avec un grand « V », restaurer la paix sociale entre voisins, amis ou membres de la famille qui ne se sont pas seulement entretenus, mais aussi trahis, et se débarrasser en peu de temps d'un problème pratique, la présence au Rwanda de dizaines de milliers de coupables et de dizaines de milliers de détenus qui ne sauraient être automatiquement confondus les uns avec les autres²⁶. En Afrique du Sud, des instances séparées ont tenté de réconcilier, de juger, et même d'amnistier. Si les objectifs sont multiples, les instances doivent l'être aussi.

L'expérience de mise en place fort laborieuse d'un tribunal mixte au Cambodge, destiné à juger les responsables khmers rouges, indique que le tribunal judiciaire ne doit toutefois pas être considéré comme un mécanisme obsolète²⁷. S'il est en outre justifié d'en appeler à des instances internationales lorsque des crimes sont commis « contre l'humanité », comme on l'a indiqué, il peut aussi être cohérent de confier aux autorités étatiques le jugement des crimes commis par les autorités étatiques précédentes. Dans le cas du Cambodge, l'intérêt du pouvoir en place, qui a refusé un tribunal international, prévaut cependant manifestement dans le choix des méthodes d'établissement des responsabilités.

IV. Responsables de quoi ?

A. Être capable de répondre individuellement

Quelle est la responsabilité des auteurs ? À quelle question doivent-ils répondre – *respondere* ? Sont-ils capables de répondre quelque chose ? Comment, si jugement il y a, peser les choses – *res-pondere* ?

²⁶ Voy. J. FIERENS, « Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality », *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), 896-919.

²⁷ Voy., dans le présent ouvrage, la communication de Mme Sophie ONG.

On songe à Woody Allen qui disait, paraît-il : « La réponse est oui, mais quelle est la question ? ». Les auteurs des crimes de masse sont-ils responsables ? La réponse est oui, mais quelle est la question ?

Négativement, on peut affirmer qu'on ne saurait concevoir aujourd'hui une responsabilité *pénale* collective, même pour des crimes nécessitant une collectivité d'acteurs. Bien qu'il existe encore de nombreuses ineffectivités de fait, les droits écrits modernes ont tous consacré, à juste titre, la responsabilité pénale strictement personnelle. La Cour européenne des droits de l'homme vient de condamner la Belgique pour ne pas en avoir déduit toutes les conséquences dans le cas de la « participation criminelle »²⁸.

B. Les limites du discours, du droit et de la criminologie

Rendre possible la condamnation pénale des auteurs des crimes de masse devant les instances internationales et nationales est, à n'en pas douter, un progrès politique, juridique, éthique, en attendant un ordre mondial plus achevé dans ce triple domaine. Elle signifie que l'acteur est supposé libre, qu'il a enfreint une règle en principe préexistante, qui prévoyait une « peine » individuelle en cas de violation. Mais il existe d'autres responsabilités que pénales, et il faut les évoquer car nous voyons bien que les schémas classiques des juristes ou des criminologues, leurs dérisoires balances à peser le pour et le contre, leurs laborieuses réflexions sur la peine et ses substituts possibles, se révèlent particulièrement inadéquats face aux auteurs des crimes de masse. L'aporie du droit pénal classique vient avant tout du caractère inouï, au sens littéral du terme, des faits commis. Il s'agit de faire entendre, dans le langage du droit ou de la criminologie, ce qui dépasse le point où était jusque-là rendu l'entendement, ce qui n'avait jamais été « entendu », de dire ce que l'on tenait pour impossible à dire, de faire voir ce qui n'avait pas encore été vu. Le droit, qui est langage, les jugements, qui sont écoute et parole, la criminologie, qui est discours rationnel, sont ici sollicités à leurs extrêmes limites. On s'approche d'un apophasme, d'une sorte de théologie négative appliquée au souverain mal plutôt qu'au souverain bien : le mal est si profond qu'on ne peut rien en dire de vrai.

²⁸ *Goktepe contre la Belgique*, 2 juin 2005, requête n° 50372/99.

Si le droit est toujours réducteur de la réalité vécue par les humains, on touche ici à l'insupportable dans la réduction qu'opère la qualification pénale. Le mot « génocide » lui-même a-t-il un sens lorsque la forme du nez vaut condamnation à mort d'une jeune fille dont dire qu'elle est « innocente » ne peut que vaguement évoquer l'absence absolue de culpabilité ? Peut-on se contenter de parler de meurtre lorsqu'un enfant identifié comme *Tutsi* a été découpé en morceaux pour être jeté dans les latrines ? C'est sans doute Hannah ARENDT qui a été la première à commenter ce caractère indicible du comportement à propos de la qualification nouvelle de « crimes contre l'humanité » contenue dans le statut du Tribunal de Nuremberg, qui cherchait aussi à mettre de nouveaux mots sur de nouvelles actions humaines : « Ni le droit international ni la législation nationale ne couvraient ce crime (...) C'est pourtant ce genre de crime qui causa le plus grand embarras aux juges de Nuremberg ; (...) Il est bien vrai que la Charte 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 jugement²⁹ ». « 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 même »³⁰.

C. L'affreuse normalité

Les auteurs doivent-ils répondre quelque chose aux questions qui leur sont posées ? Ils en sont peut-être incapables. Plus l'acte met en péril le vivre ensemble, moins son auteur semble s'en rendre compte. Hitler ne savait pas qu'en donnant ses ordres d'extermination, il armait jusqu'au revolver avec lequel il se suiciderait. La massification influence non seulement la commission de l'infraction,

²⁹ *Ibidem*, pp. 415-416.

³⁰ *Ibidem*, p. 431.

mais la manière dont l'auteur la comprend³¹. Le *curriculum vitae* des accusés du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie ressemble effroyablement au nôtre. Romain Gary disait que le problème, avec les nazis, est qu'ils sont humains³². Ce serait tellement plus simple si les grands criminels étaient des monstres, comme nous le disons quand nous voulons nous protéger contre nos ressemblances. À la limite, mais on serait proche de la boutade si le sujet la permettait, on peut se demander si les auteurs des crimes de masse ne devraient pas bénéficier de circonstances atténuantes, dans la mesure où leur comportement révèle justement qu'ils sont des hommes ou des femmes ordinaires, que la dangerosité ne particularise pas. Pol Pot est mort en disant qu'il ne regrettait rien. Les témoignages recueillis par Jean HATZFELD auprès des détenus rwandais jugés ou en attente de jugement sont confondants : les quelques regrets exprimés n'empêchent pas dix ans plus tard l'absence apparente de toute culpabilité réelle et le seul souci de son propre sort. « On nous a dit de faire le travail, nous l'avons fait »³³.

Non seulement les auteurs des crimes de masse, comme Hannah ARENDT l'avait déjà souligné à propos d'Eichmann³⁴, sont normaux, mais, surtout, ils sont approuvés, à tel point que l'on peut parler d'émulation. Ce n'est pas seulement l'auteur qui est aveuglé par son *hybris* criminel, mais l'entourage, la communauté qui le porte. On est bien au-delà de l'expérience de Milgram, qui met surtout en exergue la soumission à l'autorité. Le système ne tolère pas seulement l'imposition de la souffrance jusque dans une certaine mesure, mais l'encourage, la valide, l'entretient, la pérennise. La dimension collective de l'infraction a ainsi de l'incidence sur l'autojustification également. J'approuve évidemment moi-même ma conduite que les autres encouragent, qui me confortent dans mon acte, et je les exhorte encore à m'approuver. Si les auteurs peuvent parfois mani-

³¹ Voy., dans le présent ouvrage, la communication de M. Pierre THYS.

³² « Et si le nazisme n'était pas une monstruosité humaine ? S'il était humain ? S'il était un aveu, une vérité cachée, refoulée, camouflée, niée, tapie au fond de nous-mêmes, mais qui finit toujours par resurgir ? » (R. GARY, *Les Cerfs-volants*, Paris, Gallimard, coll. Folio, n° 1467, 1980, p. 324).

³³ J. HATZFELD, *Une saison de machettes*, Paris, Seuil, 2003.

³⁴ H. ARENDT, *Eichmann à Jérusalem – Rapport sur la banalité du mal*, tr. fr. A. Guérin revue par M. I. Brudny-de Launay, Paris, Gallimard, coll. Folio histoire, n° 32, 1991.

fester certains regrets à l'égard de leurs victimes directes, ils se révèlent en règle générale incapables de remettre en cause le processus politique et idéologique qui les a conduits à commettre leurs actes. Ils ont décidé eux-même de ce qu'était le bien et le mal. Pour les religions du Livre, cette prétention est le commencement de toute souffrance³⁵.

D. Une responsabilité non pénale ?

Les organisateurs de notre rencontre ont posé d'abord la question de la responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse. Il s'agit, dans le chef des auteurs, de la capacité de subir une peine, dans le chef des autorités de la nécessité de l'infliger. Les quelques remarques qui précèdent montrent peut-être que cette question n'est qu'une petite partie de celles que pose la capacité des hommes à provoquer la souffrance, et qu'elle peut paraître à maints égards dérisoire au regard des interrogations que les victimes, que les non-coupables, obligés néanmoins de se reconnaître semblables à l'auteur, peuvent formuler. Les auteurs des crimes contre l'humanité peuvent être punis. Ils le peuvent au sens où cette punition devient institutionnellement, progressivement, partiellement possible. Ils le peuvent au sens où leur liberté est supposée, malgré l'environnement aveuglant et assourdissant qui était le leur. Ils le doivent aux yeux de ceux qui croient à l'utilité sociale de la peine. Mais aborder la question de la responsabilité pénale des auteurs des crimes de masse a surtout pour conséquence de souligner, sans doute davantage que pour d'autres infractions, le caractère partiel de la mise en évidence de cette responsabilité particulière.

Comment alors ne pas songer à la méditation que Karl JASPERS proposait à ses étudiants lors de la reprise des cours à l'Université de Heidelberg, après la défaite des nazis, la découverte par le monde entier des atrocités commises et la mise en place du Tribu-

³⁵ « Tu pourras manger de tout arbre du jardin, mais tu ne mangeras pas de l'arbre de la connaissance du bonheur et du malheur » (Genèse, 2, 16-17, Traduction oecuménique de la Bible, Paris, éd. Du Cerf, 1975. On traduit souvent « l'arbre de la connaissance du bien et du mal »).

nal de Nuremberg³⁶ ? Il y a d'autres responsabilités, d'autres fautes, d'autres culpabilités que doivent porter les auteurs des crimes de masse. JASPERS en distingue quatre. La première est la responsabilité criminelle, synonyme ici de la responsabilité pénale, classique, insuffisante, dont nous parlions. Les crimes sont constitués par des actes objectivement établis qui contreviennent à des lois en principe antérieures aux faits et en principe univoques. Cette responsabilité pèse sur les auteurs, coauteurs et complices des crimes. C'est celle que veut établir et sanctionner l'effort du droit international pénal contemporain. L'instance compétente est le tribunal qui établit les faits selon une procédure formelle et leur applique les lois. La deuxième responsabilité est « politique », selon JASPERS. Elle réside dans les actes des hommes d'État et dans le fait que, citoyen d'un État, chacun doit assumer les conséquences des actes accomplis par celui-ci, à la puissance duquel il est subordonné et dont l'ordre lui permet de vivre. Nous sommes cette fois à la charnière d'une responsabilité individuelle et d'une responsabilité collective. Chaque individu porte une part de responsabilité dans la manière dont l'État est gouverné. Nous y avons fait allusion en soulignant que les crimes de masse sont toujours, jusqu'à présent, des crimes d'État, et la part de responsabilité que l'environnement social, comme masse indistincte, peut avoir dans la stimulation du crime. Mais cette responsabilité-là ne relève pas des tribunaux. L'instance compétente, c'est la force et la volonté du vainqueur, en politique intérieure comme en politique extérieure. C'est le succès, la puissance militaire ou économique qui en décident. On a dit aussi l'importance de la défaite des acteurs criminels, préalable à la mise en cause de leurs responsabilités. Dans une certaine mesure, en appeler à la culpabilité non pénale des personnes qui ne sont ni auteurs ni complices au sens technique des termes, est justifié. La troisième responsabilité est « morale ». Les actes que j'accomplis, dit Karl JASPERS, sont toujours, en dernier ressort, individuels, et j'en suis moralement responsable ; cela est vrai de tout acte, même politique et militaire. La formule « un ordre

³⁶ K. JASPERS, *Die Schuldfrage*, 1946. Voy., pour la traduction française, *La culpabilité allemande*, tr. fr. J. Hersch, Paris, éd. de Minuit, 1990. « Schuld » signifie à la fois « responsabilité » et « culpabilité ». Voy. aussi P. RICCEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, pp. 608 et s., où l'auteur s'inspire de la méditation et de la subdivision de Jaspers.

est un ordre » (*Befehl ist Befehl*) ne peut jamais avoir de valeur décisive. Un crime est un crime même s'il a été ordonné. Tout acte reste soumis au jugement moral, même si aucun tribunal institué n'en connaîtra jamais. L'instance compétente est cette fois la conscience individuelle, mais aussi la communication avec l'ami et le prochain, avec le frère humain capable d'aimer et de s'intéresser à mon âme. Sur cette sorte de responsabilité, ajouterons-nous, le droit n'a guère de prise. KANT, à nouveau, après PUFFENDORF, a depuis longtemps distingué la sanction externe de la sanction interne. Reste la culpabilité « métaphysique ». Il existe entre les hommes, du fait qu'ils sont des hommes, une solidarité en vertu de laquelle chacun se trouve coresponsable de toute injustice et de tout mal commis dans le monde, en particulier des crimes commis en sa présence, ou sans qu'il les ignore. Si je ne fais pas ce que je peux pour les empêcher, je suis complice. Si je n'ai pas risqué ma vie pour empêcher l'assassinat d'autres hommes, si je me suis tenu coi, je me sens coupable en un sens qui ne peut être compris de façon adéquate, ni juridiquement, ni politiquement, ni moralement. Dans la profondeur des rapports humains, s'impose une exigence absolue : en cas d'attaque criminelle, ou de conditions de vie menaçant l'être physique, n'accepter de vivre que tous ensemble ou pas du tout. Mais cette solidarité reste limitée aux liens humains les plus étroits. Cela fait notre culpabilité à tous. L'instance compétente, c'est Dieu seul. JASPERS indique ici, par référence à Dieu, dans lequel il croit, la responsabilité limite de tous les humains. Si le crime de masse concerne tout le monde, s'il met en jeu la manière dont l'humanité entière se voit et se vit, alors chacun est responsable de ce que certains ont fait à tous.

Nous sommes à ce moment infiniment éloignés de ce qui pourrait constituer une responsabilité pénale, de la faute qui encourt la sanction décidée par d'autres humains. Mais nous touchons à ce qui fait le cœur de la question de la responsabilité : la possibilité même de répondre quelque chose à la plus difficile des questions. Il n'y aurait pas de plus grande injustice que de punir tout le monde, surtout les victimes, pour la souffrance subie à cause de ceux qui se sont arrogé le pouvoir de décider du bien et du mal, mais c'est à l'humanité entière qu'est lancée la question à laquelle elle ne peut jamais cesser de vouloir répondre : qu'avez-vous fait et comment cela est-il possible ?

Faut-il songer à substituer le concept de reconnaissance à celui de responsabilité³⁷ ? Le concept de responsabilité est trop fondamental dans l'expérience des hommes, et accessoirement dans la possibilité du droit, pour être rejeté. « Responsabilité » signifie « capacité de répondre ». « Reconnaissance » signifie « savoir ensemble ». Le mouvement sémantique ne correspond-il pas finalement à un simple déplacement de la question ? Que s'agit-il de savoir ensemble, si ce n'est que les crimes de masse sont possibles, et qu'il faut bien juger si les possibilités en sont données, et que le jugement institutionnel n'effleure qu'une sorte de responsabilité parmi celles qui tissent la condition humaine ? Mais c'est, au fond, un bel optimisme que de croire que la réponse à ces questions est possible.

³⁷ Voy., dans le présent ouvrage, la communication de Madame Odile Sara LIWERANT.