

La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien

Michèle Jacquart

Volume 21, Number 4, December 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058210ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058210ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Jacquart, M. (1990). La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien. *Revue générale de droit*, 21(4), 607–649. <https://doi.org/10.7202/1058210ar>

Article abstract

The concept of crimes against humanity has evolved slowly under international law. Its roots are in *jus gentium*. Subsequently, it evolved through the development of the “laws of war” which are also known as humanitarian law. After the Second World War, the first normative codification of this concept was elaborated upon and applied in the Nuremberg and Tokyo trials.

We argue that, despite the International Military Tribunal's reluctance to recognize the independent nature of crimes against humanity (as compared with war crimes and crimes against peace) post war international law increasingly endorses its generic and autonomous nature.

Canadian law provides an eloquent example of the state practice of domestic law sanctioning against this international offence. There is no doubt that the law applicable in *R. c. Finta* assigns to the legal concept of crimes against humanity the status that it ought to have occupied under international criminal law ever since Nuremberg.

However, if one accepts that such crimes arise from international law, their sanction should logically be administered by an international law entity. Will we ever see an international permanent tribunal sanction crimes against humanity in a universal manner?

La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien

MICHÈLE JACQUART*

Avocate, Ottawa

RÉSUMÉ

La notion de crime contre l'Humanité a connu une lente évolution en droit international, depuis les premières conceptions en droit des gens, en passant par le droit de la guerre ou les conventions dites humanitaires jusqu'à la première codification normative élaborée et appliquée lors des procès de Nuremberg et de Tokyo.

Nous constatons, malgré la réticence avouée du Tribunal Militaire International de Nuremberg à consacrer l'autonomie du crime contre l'Humanité par rapport au crime de guerre et au crime contre la paix, que le droit international d'après-guerre reconnaît de plus en plus le caractère générique et autonome de cette incrimination.

Le droit canadien applicable en cette matière constitue d'ailleurs une illustration éloquent de la pratique des États relative à la

ABSTRACT

The concept of crimes against humanity has evolved slowly under international law. Its roots are in jus gentium. Subsequently, it evolved through the development of the "laws of war" which are also known as humanitarian law. After the Second World War, the first normative codification of this concept was elaborated upon and applied in the Nuremberg and Tokyo trials.

We argue that, despite the International Military Tribunal's reluctance to recognize the independent nature of crimes against humanity (as compared with war crimes and crimes against peace) post war international law increasingly endorses its generic and autonomous nature.

Canadian law provides an eloquent example of the state practice of domestic law sanctioning against this

* Les opinions exprimées dans le cadre du présent article n'engagent que l'auteur.

sanction par voie nationale d'une norme pénale internationale. Il ne fait pas de doute que l'interprétation du droit applicable dans l'affaire R. c. Finta accorde au crime contre l'Humanité la véritable place qu'il aurait dû occuper en droit pénal international dès Nuremberg.

Cependant, si l'on reconnaît que l'incrimination relève du droit international, la sanction devrait logiquement également s'effectuer par voie internationale.

Un tribunal international permanent chargé de sanctionner universellement le crime contre l'Humanité verra-t-il le jour?

international offence. There is no doubt that the law applicable in R. c. Finta assigns to the legal concept of crimes against humanity the status that it ought to have occupied under international criminal law ever since Nuremberg.

However, if one accepts that such crimes arise from international law, their sanction should logically be administered by an international law entity. Will we ever see an international permanent tribunal sanction crimes against humanity in a universal manner?

SOMMAIRE

Introduction	609
I. Le crime contre l'Humanité: un crime générique englobant le crime de guerre	610
A. Origine des notions de crime de guerre et crime contre l'Humanité.....	610
1. Premières conceptions en droit des gens.....	611
2. L'apparition du principe moderne.....	614
a) <i>Le «droit de la guerre»</i>	616
b) <i>Le Traité de Versailles et la Conférence internationale de 1919</i>	619
c) <i>L'entre-deux-guerres</i>	621
3. Le droit de Nuremberg et ses conséquences.....	624
a) <i>Les Conventions de Genève de 1949</i>	625
b) <i>Les résolutions de l'O.N.U.</i>	626
c) <i>La convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité</i>	627
B. Le crime contre l'Humanité en droit international contemporain.....	628
1. La Convention de la Haye de 1907.....	629
2. L'expérience de Nuremberg et le crime contre l'Humanité.....	630
3. L'après-guerre: reconnaissance de la nature générique du crime contre l'Humanité.....	633
II. La pratique des États et le crime contre l'Humanité: l'exemple canadien.....	640
A. Les dispositions du <i>Code criminel</i> canadien sanctionnant le crime contre l'Humanité.....	641

B. Application de ces dispositions dans le cadre de l'affaire <i>R. c. Finta</i>	644
1. L'interprétation du concept de crime contre l'Humanité dans l'affaire <i>R. c. Finta</i>	645
2. Dans quelle mesure la justice canadienne suivra-t-elle l'évolution actuelle du droit international?	647
Conclusion	648

INTRODUCTION

Les notions contemporaines de crime de guerre et de crime contre l'Humanité ont connu une lente évolution qui s'est terminée, selon certains par leur cristallisation dans les définitions élaborées par les Statuts de Nuremberg. Pour d'autres, particulièrement les auteurs français d'après-guerre, Nuremberg ne constitue qu'une étape dans l'évolution de ces notions et de leur définition. Un examen de la littérature d'après-guerre nous a également révélé que ces deux notions sont trop souvent utilisées et confondues à tel point que certains sont amenés à oublier leur nature respective, ainsi que le type de lien existant entre elles. Probablement à cause de l'apparition première dans l'ordre chronologique juridique de la définition de crime de guerre à Nuremberg, certains auteurs¹ ont même considéré que cette seule notion aurait donné naissance à celle de crime contre l'Humanité. Cette interprétation n'est toutefois pas conforme à la réalité historique et juridique et c'est ce que nous nous efforcerons d'illustrer dans la partie I de cet article.

Nous traiterons donc de l'origine et du développement de ces deux notions pour ensuite démontrer que si l'avènement des Statuts de Nuremberg a eu le grand avantage de consacrer ces notions en faisant des actes passibles de sanction internationale, l'évolution de la sanction du crime contre l'Humanité doit passer désormais par une démythification des définitions de Nuremberg et un retour aux principes qui leur ont donné naissance, dans le droit international pénal d'aujourd'hui.

En effet, la racine philosophique et juridique commune de ces deux crimes internationaux, soit le principe du respect des lois de l'Humanité, n'a pas été reconnue à sa juste valeur lors de la codification de ceux-ci à Nuremberg. Les Statuts de Nuremberg ont nié la prédominance et la nature générique du crime contre l'Humanité en limitant la portée de sa définition. Nous analyserons ce phénomène pour ensuite démontrer que

1. Voir par exemple; E. SCHWELB, «Crimes against Humanity», (1946) 23 *Brit. Y.B. of Int'l Law* 178-206. Parlant des crimes contre l'Humanité dans le contexte du Tribunal international de Nuremberg, Schwelb dit ceci:

It is, as it were, a kind of by-product of war, applicable only in time of war or in connection with war and destined primarily, if not exclusively, to protect the inhabitants of foreign countries against crimes committed in connection with an aggressive war.

l'évolution juridique d'après-guerre a bel et bien redonné sa place au crime contre l'humanité en consacrant à travers divers instruments internationaux d'abord son caractère autonome et ensuite sa prédominance générique.

Enfin, puisque la pratique des États joue un rôle primordial dans l'évaluation de l'état du droit international, nous avons choisi d'illustrer, dans la partie II de notre article, cette nouvelle pratique des États dans le contexte canadien. D'autres exemples sont disponibles à cet égard, cependant il nous a paru fort intéressant de noter que les tribunaux canadiens ont, de façon non équivoque, reconnu le caractère autonome et générique du crime de guerre, notamment dans la récente affaire de *R. c. Finta*. Il semble donc clair, tout au moins pour le moment, qu'au Canada, comme ailleurs, la pratique des États rejoint l'évolution juridique récente, en consacrant la nécessité de sanctionner le crime contre l'Humanité en tout temps. Il s'agit là, à notre avis, d'une grande première en droit canadien de la manifestation d'un courant internationaliste du droit pénal déjà irréversible si l'on considère la tentative récente de codification des crimes et délits internationaux et de la responsabilité des États, élaborée par la Commission du droit International².

I. LE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ: UN CRIME GÉNÉRIQUE ENGLOBANT LE CRIME DE GUERRE

A. ORIGINE DES NOTIONS DE CRIME DE GUERRE ET CRIME CONTRE L'HUMANITÉ

Bien avant d'être définies en droit international contemporain, ces notions existaient à l'état de principes inspirés par la philosophie chrétienne humaniste et incorporés au droit des gens. Le droit des gens, à l'origine de notre droit international actuel, est né à la suite des conquêtes du nouveau monde, et répondait logiquement à une nouvelle réalité internationale. C'est donc avec le développement du droit des gens que les premières conceptions d'atteinte aux droits de l'Humanité et par voie de conséquence de droit humanitaire trouveront leur expression.

L'esprit chrétien et les doctrines des « écoles » de la philosophie scolastique³ et du droit naturel ont donné naissance aux rudiments d'un

2. Voir article 19 du projet de codification des règles relatives à la responsabilité des États dans: *Annuaire de la commission de droit international*. New York, Nations Unies, 1976, vol. II, 2^e partie, pp. 89 et ss.

3. Voir S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, vol. 1, Bruxelles, Émile Bruylant, 1970, p. 36:

Aux XVI^e et XVII^e siècles, c'est surtout la remarquable école espagnole composée de théologiens juristes qui contribua grandement au développement du droit international. Les plus célèbres représentants de cette école étaient, comme on le sait, le Dominicain François de Vitoria et le Jésuite François Suarez, l'un comme l'autre réputés promoteurs de la doctrine du droit naturel.

droit des gens fondé sur des principes de justice universelle, dont l'Humanité constituait en même temps l'objet et le bénéficiaire. Il s'agit à l'origine d'un droit des gens d'ordre tant philosophique que juridique, dont nous ne mentionnerons ici que les principes essentiels qui ont servi plus tard à élaborer en quelque sorte la doctrine du crime contre l'Humanité.

1. Premières conceptions en droit des gens

Les premières conceptions de la légitimité d'intervention pour cause d'Humanité dans le monde chrétien nous viennent de Vitoria, Suarez et d'autres penseurs, qui, dès le XVI^e siècle, ont véhiculé les principes du droit naturel, en formulant lors de la conquête de l'Amérique les droits de l'Humanité contre la force occupante. Suarez dans son ouvrage *De legibus* exprimait l'idée suivante :

le genre humain, bien qu'il soit divisé en nations et royaumes différents, a cependant une certaine unité, [...] Chacun, dans ces communautés, est aussi, d'une certaine manière, membre de cet ensemble qui est le genre humain.⁴

À partir de cette idée, Vitoria élaborera la règle fondamentale menant à la conception d'un droit et d'un pouvoir supranationaux, qui constituent encore aujourd'hui la base de notre droit international moderne. Vitoria l'exprime ainsi dans son ouvrage *De potestate civili* :

Le droit des gens ne tire pas uniquement sa force obligatoire d'un pacte conclu entre les hommes, mais il a la valeur même d'une loi. L'univers entier, qui représente en quelque manière une seule communauté politique, possède le pouvoir de porter des lois équitables, s'appliquant à tous, comme le sont les règles du droit des gens. Et il n'est permis à aucun royaume de s'affranchir du droit des gens, étant donné que celui-ci a été imposé par l'autorité de l'univers entier.⁵

Il s'ensuit que l'intervention pour cause d'Humanité est justifiable selon la doctrine du droit des gens et légitime au nom de la défense du genre humain tout entier, autrement dit au nom du bien public.

En fait la doctrine du droit des gens justifie le châtement universel par l'État de la violation des droits de l'Humanité, en étendant l'application du principe selon lequel l'État possède naturellement le pouvoir d'imposer des peines à ceux de ses citoyens qui sont criminels. Vitoria l'exprime ainsi :

[...] et si l'État possède ce pouvoir à l'égard de ses membres, nul doute que le monde le possède à l'égard de ceux qui sont nuisibles et malfaisants.⁶

4. J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », (1950) 76 *Recueil des cours*, Académie de droit international, p. 439.

5. *Ibid.*

6. *Id.*, p. 441.

De là le principe fondamental selon lequel :

le prince qui mène guerre juste est de plein droit le juge des ennemis, il a juridiction pour les condamner et les punir en fonction de leur injustice.⁷

Ce principe mènera à l'évolution des coutumes puis des traités des us et coutumes de la guerre. Ainsi apparaît une distinction entre les actes qui peuvent être justifiables, en temps de guerre et ceux qui ne le sont pas. Ces derniers constituent une atteinte aux droits de l'Humanité, devenue alors injustifiable même dans le cadre de l'intervention armée ou de la guerre *juste*.

Cette théorie générale de la justification de l'intervention de la communauté universelle pour sanctionner l'atteinte aux droits de l'Humanité est d'abord exprimée par Suarez, Grotius et Vattel⁸. D'ailleurs, la théorie juridique de Grotius sera souvent invoquée au procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international de Nuremberg. En effet, selon Grotius :

le souverain et les détenteurs de la puissance souveraine ont le droit d'appliquer des châtiments non seulement pour des délits dont eux-mêmes ou leurs sujets sont victimes, mais aussi pour des violations flagrantes du droit naturel et du droit des gens commises au détriment d'autres États ou de leurs sujets.⁹

Cette théorie de droit naturel, se traduira à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle par divers traités et conventions internationales, et aboutira à la reconnaissance, puis à la définition du crime contre l'Humanité. Elle s'inscrira alors dans la structure politique internationale de l'époque, c'est-à-dire une juxtaposition d'États souverains, sans organe ou juridiction internationale, à l'intérieur de laquelle, seuls les États, tout en étant les sujets du droit des gens, pouvaient être les organes de son application.

Autrement dit, s'il était possible pour Grotius de définir les bases de la théorie juridique de la sanction universelle aux atteintes des droits de l'Humanité, il lui était encore impossible, compte tenu de la réalité de l'époque, d'entrevoir l'intervention pour cause d'Humanité d'un organe supranational vis-à-vis un autre État ayant violé les lois de l'Humanité. C'est donc dans les limites de ce contexte, que les principes du droit moderne

7. *Ibid.*

8. Au XVII^e siècle s'est distingué par sa contribution à la doctrine du droit international. Hugo de Groot (Grotius), célèbre par son ouvrage *De Jure Belli ac pacis libri tres* (1625), qui lui valut le surnom de père du droit international. Au XVIII^e siècle c'est Emmerich de Vattel qui apportera sa contribution au développement de cette théorie en droit international. Voir D. DE VABRES, « Le procès de Nuremberg », (1947) 70 *Recueil des cours, Académie de droit international*, p. 518.

9. Voir J. GRAVEN, *loc. cit.*, note 4, p. 441, citant le rapport du juge Harding au procès des maréchaux Von Leeb, Sperrle, Von Kuechler et co-accusés à l'audience du 27 octobre 1948. Grotius fut fréquemment invoqué au procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international et aux procès consécutifs devant le Tribunal américain à Nuremberg.

coutumier de la guerre seront consacrés au début du XX^e siècle, lors des conférences de la Haye¹⁰.

Les principes humaniste sont donc, ironiquement, à l'origine des lois de la guerre puisque c'est précisément dans le but d'empêcher la perpétration d'autres *inhumanités* au cours d'interventions armées, d'autre part justifiables, que l'on introduira peu à peu les règles régissant la conduite de la guerre. En d'autres termes, même dans une intervention armée visant à punir des crimes contre le droit des gens et l'Humanité, un État ne saurait oublier les règles de l'Humanité.

Ce sont donc ces idées, conçues d'abord, puis appliquées ensuite de façon coutumière, eu égard au développement et de la structure politique internationale de l'heure, qui ont finalement été adoptées par le législateur. Deux constatations s'imposent relativement à l'application de ces principes :

1) Dans un monde où la souveraineté territoriale des États avait toujours constitué un principe indiscuté, l'on n'entrevoit pas la possibilité pratique de punir un crime contre l'Humanité commis en temps de « paix » ou encore en l'absence d'un conflit déclaré entre deux États.

2) Par voie de conséquence, ces principes de droit des gens en matière d'Humanité, ont été, jusqu'aux développements du droit international d'après-guerre, essentiellement utilisés dans le cadre de la guerre. En effet, cette doctrine du droit des gens, inspirée par l'émergence d'un concept universel d'Humanité, transcendant les différences culturelles ou les degrés de civilisation, a été utilisée le plus souvent pour réprimer, sur la base du principe de la compétence territoriale exclusive, les actes, commis par des troupes d'occupation ou d'invasion, préjudiciables aux biens ou aux intérêts protégés par la législation nationale du vainqueur.

Ainsi, de façon logique, le développement du droit international pénal moderne, aura été marqué d'abord, par les premières conventions internationales sur les us et coutumes de la guerre puis par la prohibition de la guerre d'agression en tant que crime. C'est en reconnaissant désormais que la défense de l'Humanité toute entière justifie la sanction des actes inhumains, même lorsque ceux-ci sont commis en temps de paix, que le droit international plus récent tend à revenir à la notion d'universalité de la sanction imaginée par les grands penseurs du droit des gens.

10. La première Conférence de la Haye (du 18 au 29 juillet 1899) présenta deux déclarations : Déclaration concernant les gaz asphyxiants et Déclaration concernant l'emploi des balles dum-dum. La seconde Conférence (15 juin au 18 octobre 1907) se termina en énonçant la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (IV^e) et règlement y annexé, la Déclaration sur le lancement des projectiles du haut des ballons et la Convention concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre (IV^e) Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, (Annexes relatives aux Conventions de La Haye), pp. 288-307.

2. L'apparition du principe moderne

Comme nous l'avons vu, la doctrine du droit des gens et son application ont mené à la création d'une sorte de discipline de la guerre visant à l'«humaniser» autant que possible. Ce *droit de la guerre* ou *droit humanitaire* tend à établir des règles universelles d'Humanité. C'est donc en réalité en leur qualité de crime contre l'Humanité que les crimes de guerre seront créés. Cela ressort d'ailleurs des divers textes relatifs au droit de la guerre¹¹.

Cette discipline commence surtout à prendre une forme juridique, après avoir revêtu un caractère coutumier, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. C'est d'abord de la doctrine suivante, élaborée par Rousseau, Portalis et, avant lui, Montesquieu, que s'inspirera le droit de la guerre :

le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts.¹²

Selon Montesquieu encore :

Tout le droit que la guerre peut donner sur les captifs est de s'assurer tellement de leur personne qu'ils ne puissent plus nuire.¹³

D'où l'idée élaborée en 1801 par Portalis, que dans la guerre les individus ne sont des ennemis que par hasard, seulement en tant que soldat, et en aucune autre qualité.

Les premières manifestations d'un effort international pour élaborer des textes constatant un droit de la guerre sont de deux ordres. D'une part, il y a les déclarations et conventions d'ordre international, lesquelles expriment un consensus sur l'interdiction d'utiliser certaines armes considérées comme inhumaines ou de commettre certains actes en temps de guerre. La plupart de ces conventions sont basées sur le respect de l'Humanité. La Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 et le projet de la Déclaration de Bruxelles sont les plus édifiantes à cet effet¹⁴. D'autre

11. C'est ainsi que ce droit comporte en premier lieu l'interdiction de l'emploi de certaines armes considérées comme inhumaines. Par exemple, voir la Déclaration de la Haye de 1899 concernant l'emploi des balles dum-dum. Voir S. GLASER, *id.*, p. 285.

12. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre I, c. 3, Paris, Collection La Pléiade, 1974.

13. *Id.*, livre XVI, c. 2.

14. En effet, la Déclaration de Saint-Petersbourg concerne l'interdiction de l'emploi de tout projectile d'un poids inférieur à 400 grammes qui serait ou explosible, ou chargé de matières fulminantes ou inflammables. Quant au projet de la Déclaration du Bruxelles, il consiste en un accord général de ce que les nécessités de la guerre comportent et de ce que les intérêts solidaires de l'Humanité et l'état de civilisation excluent. Le projet interdisait l'emploi de poison ou armes empoisonnées, certaines formes de meurtres, abus du pavillon, destructions inutiles de propriétés ennemies. Il interdisait le pillage, prescrivait le respect de l'honneur et des droits de la famille, de la vie et de la propriété des individus ainsi que de l'exercice de leur culte. Ce projet n'a pas acquis la forme d'une convention ou acte international achevé, toutefois ces principes seront introduits par la IV^e Convention de la

part, les initiatives de particuliers tels que le Général Hugo en 1796 ou François Lieber en 1863¹⁵ donneront lieu à l'élaboration de manuels d'instruction sur le comportement à suivre et sur les actes formellement interdits en temps de guerre. À ce titre, l'Institut de droit international d'Oxford publie, en 1880, le *Manuel sur les lois de la guerre sur terre* et, en 1913, le *Manuel sur les lois de la guerre maritime dans les rapports entre belligérants*¹⁶.

Dès l'introduction de la Déclaration de Saint-Petersbourg relative à l'emploi de tout projectile d'un poids inférieur à 400 grammes, explosible ou inflammable, le principe selon lequel, « le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre consiste à l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi »¹⁷, avait été reconnu. Par conséquent, tout acte non justifié ou injustifiable sur cette base devenait illégitime. Ce principe sera retenu par les Manuels d'Oxford. À noter également que le Manuel d'Oxford de 1880 reconnaît déjà dans les règles de conduite, que l'occupant ne peut contraindre les habitants à l'aider dans ses travaux d'attaque et de défense, ni à prendre part aux opérations militaires contre leur propre pays (article 48). De plus, ces règles spécifient que l'honneur et les droits de la famille, la vie des individus, ainsi que leurs convictions religieuses et l'exercice de leur culte doivent être respectés. Aussi, l'article 86 spécifie en matière de représailles que celles-ci doivent respecter, dans tous les cas, *les lois de l'Humanité et de la morale*. Il est donc à remarquer que la notion de lois de l'Humanité est à la fois *l'origine* et le *principe directeur* du droit de la guerre même lorsqu'il s'agit d'aspect technique, tel que les armes, ou de coutume, telle que la représaille. Ces initiatives ont été par la suite consacrées par le droit conventionnel puisque, animées de la même tendance, les conventions élaborées aux conférences de la Paix de la Haye en 1899 et en 1907 ont approfondi et développé les œuvres précédentes en la matière.

Haye de 1907. À noter que la Déclaration de Paris de 1856 sur la neutralité maritime et la Convention de Genève sur le sort des blessés et malades de 1864 ont aussi contribué au droit de la guerre. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 75.

15. Le Général Hugo a d'ailleurs dès 1796 exposé toute une théorie tendant à combattre le pillage. Voir S. GLASER, *id.*, p. 76. François Lieber rédigea les « Instructions pour les années en campagne de l'armée américaine », lesquelles furent ratifiées par Abraham Lincoln. Celles-ci interdisaient les actes de cruauté, les blessures faites à un ennemi hors de combat, ou les tortures infligées dans le but d'obtenir un renseignement. Voir D. SCHINDLER, TOMAN, *The laws of armed conflicts*, Leiden Sytholl, Genève — Institut Henri Dunaut, 1973, pp. 3 et ss.

16. Ces manuels ont pour but d'humaniser la guerre. Ils confirment le principe énoncé dans la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 selon lequel « le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre consiste à l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ». Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 15, p. 77.

17. Voir S. GLASER, *id.*, p. 77.

a) *Le « droit de la guerre »*

Les Conventions de la Haye de 1899 et 1907 sont fondamentales dans le processus d'évolution du droit de la guerre et constituent le point déterminant de la reconnaissance juridique internationale de la notion de crime contre l'Humanité à travers celle du crime de guerre¹⁸.

La première conférence internationale de la Haye, en 1899, aboutit à trois conventions relatives: i) aux lois et coutumes de la guerre sur terre, ii) à la guerre maritime et iii) à l'interdiction de moyens barbares de guerre notamment l'emploi des projectiles s'épanouissant dans le corps humain (balles dum-dum)¹⁹. La seconde conférence internationale de la Haye en 1907 aboutit à quatre conventions. Du point de vue du développement du droit international et de sa reconnaissance par les puissances signataires de l'époque, la plus importante de toutes est indiscutablement la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre, sur terre du 18 octobre 1907²⁰.

En fait, le règlement annexé à cette convention constitue le premier essai d'une codification globale des droits et des devoirs des belligérants. Ce règlement codifie en quelque sorte les principes énoncés antérieurement en cette matière dans les Manuels d'Oxford et dans la déclaration de Saint-Petersbourg. Selon Glaser, cette convention, comme celles qui suivront, n'a pas créé de principes nouveaux mais vient compléter et préciser une coutume internationale préexistante que leur disparition n'atteint pas²¹. En d'autres termes, les conventions ne sont là que pour déclarer le droit coutumier pré-existant et le compléter. Il reste que la convention constitue une pièce maîtresse en droit international pénal et humanitaire, de par sa codification des principes de respect de l'Humanité en période de guerre.

Dans un contexte plus propre aux lois de l'Humanité qu'aux techniques de la guerre, le règlement annexé à la Convention du 18 octobre 1907 interdit de forcer les nationaux sous occupation ou encore ceux de la partie adverse à prendre part aux opérations de guerre contre leur pays, puis

18. On a souligné une disposition commune aux préambules des Conventions de 1899 et de 1907. Il en résulte qu'en attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, dans les cas non compris dans la Convention « les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes de droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.

[...] Ainsi est affirmé ce principe essentiel, lié à la formation coutumière du Droit des gens, que les préceptes de ce Droit, y compris leurs conséquences pénales, obligent les États, indépendamment de leur adhésion à tel ou tel traité: [...]

Voir D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 514.

19. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 77.

20. *Id.*, p. 288. Glaser citant Le Fur.

21. *Id.*, p. 78.

d'attaquer ou bombarder les villes ou villages non défendus (civils). De plus, le règlement interdit le pillage et stipule que les prisonniers de guerre doivent être traités avec Humanité (article 4).

En fait, cette convention se distingue par la reconnaissance de l'existence subsidiaire du droit des gens et des lois de l'Humanité dans le jugement des actes interdits non énumérés, non prévus, ou oubliés par la Convention. Celle-ci stipule de façon non équivoque dans son préambule que :

En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les hautes parties contractantes jugent opportun de constater que dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, *des lois de l'Humanité* et des exigences de la conscience publique.²²

Autrement dit, la Convention, en plus de codifier les principes existants du droit de la guerre, constate également que toutes ces interdictions ne sont pas exhaustives et que d'autres violations des lois de l'Humanité, telles qu'édictées par le droit des gens, doivent aussi être sanctionnées. Cette reconnaissance est primordiale en ce qu'elle exprime l'existence d'un consensus dans la coutume internationale de l'époque à l'égard de la sanction des violations des lois de l'Humanité²³. Il faudra cependant attendre la Première Guerre mondiale pour que la structure politique internationale amène une définition normative des crimes contre l'Humanité et le jugement de leurs auteurs. Pourtant, la sanction du crime de guerre et de ses auteurs était pratique courante bien avant la Première Guerre mondiale.

En effet, l'inculpation des *crimes de guerre* est reconnue par la doctrine ainsi que par les diverses conventions dont elle a fait l'objet en tant qu'infraction classique. Il était de pratique courante, longtemps avant la conclusion des Accords de la Haye, que les instances militaires de l'État vainqueur jugent les officiers et soldats de l'armée ennemie qui avaient violé les us et coutumes de la guerre de l'époque. Cette pratique se fondait sur les principes de la *guerre juste* sanctionnés par les codes de justice militaire et les instructions données aux forces armées par leurs gouvernements.

22. Préambule de la Convention de la Haye 1907, voir *id.*, p. 288.

23. Cela sera d'ailleurs clairement reconnu par le Tribunal international militaire de Nuremberg dans son premier jugement :

Les règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention réalisent certes un progrès du droit international. Mais il résulte de ses termes mêmes que ce fut une initiative pour réviser les lois générales et les coutumes de la guerre, dont l'existence était ainsi reconnue. En 1939, ces règles, contenues dans la Convention, sont admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre, auxquelles l'article 6, b, du statut se réfère.

Cité dans D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 514.

Le fondement juridique de l'inculpation des crimes de guerre est reconnu comme étant de droit commun par la plupart des auteurs²⁴. En effet, les actes les plus graves contrevenant aux lois de la guerre constituent également des infractions aux textes de la plupart des codes pénaux et des codes de justice militaire. Par exemple, le Manuel d'Oxford dispose en son article 84 que, «Les violations des lois de la guerre sont passibles des châtiments spécifiés dans la loi pénale»²⁵. D'ailleurs, jusqu'à la Seconde Guerre mondiale c'est au nom et en vertu du droit pénal national que seront sanctionnées les violations des lois de la guerre.

Le droit commun ne constitue cependant pas le seul fondement juridique du crime de guerre. En effet, si les infractions les plus graves aux us et coutumes de la guerre peuvent trouver leur fondement juridique dans le droit pénal national de l'époque (le viol, le meurtre, le vol, le pillage) beaucoup d'autres violations aux lois de la guerre, codifiées par la Convention de la Haye de 1907, trouvent leur fondement juridique non plus dans le droit commun mais dans le droit coutumier international (la protection des prisonniers de guerre, l'interdiction d'utiliser certaines armes, la violation de l'armistice...). Les principes du droit des gens, relatifs au respect des lois de l'Humanité constituent donc le fondement juridique évident justifiant la criminalisation de ces actes lorsque commis en temps de guerre.

Autrement dit, le fondement juridique des crimes de guerre est double. D'une part, parce que la guerre est un état de non-droit, il est nécessaire que les actes considérés comme des crimes par le droit interne en temps de paix soient également punis en temps de guerre, autrement la guerre deviendrait une institution de la criminalité, d'où le fondement juridique de droit commun.

D'autre part, certains actes qui, s'ils étaient commis en temps de paix, ne seraient pas sanctionnés par le droit interne, vu l'absence de dispositions à cet effet, sont sanctionnés universellement au nom des lois de l'Humanité. Pour ces derniers, le fondement juridique n'est pas le droit commun mais plutôt le droit des gens. Ces deux fondements juridiques sont d'ailleurs clairement énoncés dans la Convention de la Haye de 1907, ainsi que dans d'autres déclarations interdisant l'emploi d'armes inhumaines²⁶.

24. S. Glaser, Graven, De Vabres, David, Cowles, Finch, Schwelb, Schwebel s'expriment tous dans ce sens.

25. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 79. D'autre part, il est également admis que le Règlement de cette convention établit des obligations de droit international qui incombent directement aux individus et que leur violation, en tout cas celle des règles qui protègent les valeurs importantes du point de vue du droit international, doit être considérée comme une infraction pénalement sanctionnée (...) nonobstant que ce règlement n'a pas établi des sanctions pénales, il est admis que la violation des obligations qu'il impose aux belligérants, doit être qualifiée de crime de guerre.

26. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 74.

En outre, les travaux de la Commission de juristes instituée par la Conférence des Préliminaires de la Paix de 1919²⁷ énumèrent, toute une série d'actes reconnus et constituant une infraction ayant comme fondement juridique le droit des gens et les lois de l'*Humanité*²⁸.

La Convention de la Haye de 1907, qui régira le droit de la guerre en vigueur jusqu'à Nuremberg, édicte pour la première fois que la norme internationale prohibe les actes contraires au respect des lois de l'Humanité, sans pour autant y apporter une sanction autre que civile. Dans ce sens ces infractions, deviennent, à partir de cette première codification, des infractions internationales dont la sanction reste toutefois malheureusement du ressort du droit national, avec toutes les conséquences que cela comporte. En codifiant la coutume internationale en matière de crime de guerre, et incriminant, dans son préambule, les actes contraires aux lois de l'Humanité cette convention a engendré une confusion juridique des deux notions quant à leur apparition chronologique et quant à leur priorité. Néanmoins, nous pouvons affirmer que, déjà avant la Seconde Guerre mondiale, le crime contre l'Humanité constituait un genre, dont le crime de guerre n'était qu'une espèce, en droit international coutumier même si sa sanction restait liée au contexte de la guerre.

b) *Le Traité de Versailles et la Conférence internationale de 1919*

C'est sur ces constatations que la Conférence des Préliminaires de la Paix décida, le 25 janvier 1919, de nommer une commission connue sous le nom de la Commission des Quinze. Celle-ci était chargée d'examiner la responsabilité des auteurs de la guerre et *des violations aux lois de la guerre et de l'Humanité*, quel que soit leur rang dans la hiérarchie politique ou militaire. Elle reçut aussi le mandat révolutionnaire de constituer le tribunal approprié pour juger ces crimes. Pour la première fois donc, il s'agissait de punir ces actes, et même s'il s'agissait encore du jugement subjectif des vainqueurs, la reconnaissance du principe de leur sanction internationale était désormais consacrée.

La Commission avait pour but de faire comparaître en justice « les personnes considérées comme ayant commis pendant cette guerre des

27. Celle-ci était chargée de dresser une liste de tous les actes commis pendant la Première Guerre mondiale, par les empires centraux et leurs alliés, en violation des droits et coutumes de la guerre.

28. Cette liste comprend 32 espèces d'actes à incriminer. Entre autres, meurtres, massacres, terrorisme systématique, tortures infligées aux civils, pillage, viol, famine imposée, enlèvement pour fins de prostitution, peines collectives, emploi d'armes inhumaines (balles dum-dum), de gaz délétères et asphyxiants. La liste sera complétée par la commission des crimes de guerre constituée à Londres en 1943. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 86.

délits en violation des lois de la guerre et de celles de l'Humanité». Le gouvernement français déclarait en 1918 que:

des actes à ce point contraires au droit international et aux principes essentiels de toute civilisation humaine ne doivent pas rester impunis.²⁹

Cette Commission représentait un consensus international relativement à la sanction de trois types de crimes: i) le crime contre la paix (déclaration de la guerre d'agression), ii) les crimes de guerre (violation des lois de la guerre des Conventions de la Haye de 1899 et 1907 et de Genève de 1906), et iii) les crimes contre l'Humanité auxquels réfèrent les mémoires des divers pays en les qualifiant de procédés atroces et contraires aux règles d'Humanité les plus élémentaires³⁰. Il restait à déterminer quels textes légaux devaient être appliqués et quelle juridiction les sanctionnerait³¹.

Les délégations française et anglaise favorisaient l'inclusion des violations des lois de l'Humanité au rang de crime au même titre que le crime de guerre et la création d'un tribunal international³². Le rapport présenté à la Conférence prévoyait ainsi qu'un haut tribunal statuerait d'après *les principes du droit des gens des lois de l'Humanité et des exigences de la conscience publique*, afin de juger aussi bien les actes ayant amené la guerre (agression), que les violations des lois et coutumes de la guerre et, des principes de l'Humanité.

Ces idées nouvelles trouveront leur consécration dans les articles 227 à 229 du Traité de Versailles, dans une forme cependant différente; les États-Unis ayant rejeté toute idée d'un renvoi et d'une véritable procédure devant une juridiction internationale et hésitant à remettre en question la traditionnelle immunité des chefs d'État³³. Les articles 227 à 229 du Traité de Versailles constituaient une innovation en reconnaissant dans un instrument international les principes d'une responsabilité et d'une répression pénales des «*actes contraires aux lois et coutumes de la guerre*» ainsi que des «*offenses suprêmes contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités*».

Malheureusement, l'article 227 du Traité de Versailles, statuant sur la responsabilité pénale de l'ex-empereur d'Allemagne Guillaume II de

29. Voir J. GRAVEN, *loc. cit.*, note 4, p. 447.

30. Dans les mémoires présentés par les divers pays, les crimes contre l'Humanité énumérés comprenaient: le pillage, l'incendie, la famine imposée, les viols et mutilations, attentats et déportations de la population civile, femmes et enfants compris, en vue du travail forcé, la dénationalisation brutale, les massacres de civils et le terrorisme systématique. Voir *id.*, p. 448.

31. Voir *id.*, p. 450.

32. Voir D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 520.

33. Voir *id.*, p. 521.

Hohen Zollern et des criminels de guerre allemands, est resté inappliqué³⁴. C'est donc avec raison que l'on affirmera que le crime contre l'Humanité, jusqu'à l'Accord de Londres du 8 août 1945, « voyagera sous le manteau du crime de guerre »³⁵. Cela retardera la définition purement normative du crime contre l'Humanité et l'avènement de sa sanction internationale effective en tant que crime indépendant.

c) *L'entre-deux-guerres*

L'entre-deux-guerres offre, malgré l'absence de définition du crime contre l'Humanité dans le cadre du Traité de Versailles et de juridiction internationale, l'exemple d'interventions diplomatiques ou militaires en faveur de collectivités persécutées comme celle des Arméniens³⁶. La protection des minorités telle que prévue par le Traité de Versailles répondait également à la même préoccupation. Néanmoins, c'est la Seconde Guerre mondiale qui amènera la première définition des éléments constitutifs du crime contre l'Humanité dans le cadre de l'Accord de Londres du 8 août 1945.

La première manifestation, en réaction aux plaintes portées par les pays occupés par l'Allemagne à l'égard des crimes nazis contre l'Humanité, s'exprime par la Déclaration de Saint-James signée à Londres le 13 janvier 1942. Neuf gouvernements alliés y proclament que les responsables de ces crimes seront jugés, quels que soient leur rang et leur nationalité.

En réponse à cette note collective, les Nations Unies publient simultanément à Londres, Washington et Moscou, une déclaration d'ensemble qui relève la violation des droits humains les plus élémentaires dont sont victimes les juifs; soit l'exécution du plan d'extermination les visant, et leur déportation dans des conditions d'horreur et de brutalité effrayante. Cette dernière déclaration conclut qu'il est nécessaire de veiller

34. En effet, Guillaume II ayant été accusé d'« offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités », ne fut jamais extradé d'Hollande, où il avait trouvé refuge, étant donné qu'une telle infraction n'était prévue ni par les lois nationales, ni par les traités d'extradition. Aussi, la clause obligeant le gouvernement allemand à juger les personnes ayant commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre ne fut pas appliquée puisque le gouvernement hollandais refusa de remettre les coupables aux nations victorieuses (voir *id.*, p. 520).

35. E. ARONEAUNU, *Le crime contre l'Humanité*, Paris, Éditions internationales, 1946, p. 18.

36. It may be added, in this connexion, that already on 28 May 1915 the Governments of France, Great Britain, and Russia made a declaration regarding the massacres of the Armenian population in Turkey, denouncing them as 'crimes against humanity and civilization for which all members of the Turkish Government will be held responsible together with its agents implicated in the massacres'.

Voir E. SCHWELB, *loc. cit.*, note 1, p. 181.

à ce que les responsables de ces crimes n'échappent pas au châtement³⁷. C'est ainsi qu'en 1942, à Londres et à Moscou, sont constituées des Commissions d'enquête sur les crimes de guerre³⁸.

Enfin, la Déclaration de Moscou du 1^{er} novembre 1943 stipule que les criminels seront poursuivis où qu'ils soient et livrés à leurs accusateurs, afin qu'ils soient jugés et punis conformément aux lois (nationales). C'est pour donner suite à ces diverses déclarations, que les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne et l'U.R.S.S. ont signé le 8 août 1945, à Londres, une entente établissant la création d'un tribunal militaire international (établi à Nuremberg) afin de juger les grands criminels de guerre des puissances de l'Axe, dont les crimes ne seraient pas localisés de manière précise. Pour ces crimes, le renvoi en jugement, dans les pays où les crimes ont été commis, était prévu et la juridiction et la compétence des tribunaux nationaux pouvaient trouver application³⁹.

Les Statuts du Tribunal Militaire International (T.M.I.) prévoit trois types de crimes :

- le crime contre la paix (article 6(1));
- le crime de guerre (article 6(b));
- le crime contre l'humanité (article 6(c)).

L'incrimination séparée d'une part, des actes constituant des crimes de guerre proprement dits⁴⁰ (violation des lois, règles et coutumes de la guerre), et d'autre part, des atrocités, persécutions perpétrées depuis 1933 par les Nazis, sera justifiée en alléguant que celle-ci était conforme à la règle inscrite dans le préambule de la IV^e Convention internationale de la Haye de 1907⁴¹.

Le crime contre l'Humanité, ayant acquis son indépendance juridique, sera donc défini comme étant :

L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la

37. They reaffirm their solemn resolution that those responsible for these crimes shall not escape retribution and to press on with the necessary practical measures to this end.

Voir *id.*, p. 184.

38. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 105.

39. Les Statuts du Tribunal Militaire International ont énoncé sa juridiction et sa compétence dans leur article 6 relativement au jugement des crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'Humanité. Voir *id.*, p. 219. Le préambule s'exprime ainsi quant au renvoi pour jugement :

Considérant que la Déclaration de 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 [...] 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 seront établis.

40. Le juge Jackson chargé de mettre au point, avec la Grande-Bretagne, la France et l'U.R.S.S. le plan commun d'action pour l'ouverture d'un procès international, joua dans le domaine de la définition, de la poursuite et de la sanction des crimes internationaux, un rôle de premier plan. Voir *History of the U.N. War Crimes Commission*, pp. 191 et ss.

41. Voir J. GRAVEN, *loc. cit.*, note 4, p. 458.

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*.⁴²

Quant au crime de guerre, les Statuts du T.M.I. en donne la définition suivante :

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 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.⁴³

Une remarque négative et une autre positive s'imposent en ce qui regarde les deux conceptions traduites par ces définitions. 1) La définition des Statuts établit une connexion entre le crime contre l'humanité et les autres crimes, conditionnant ainsi la sanction de celui-ci à l'existence du contexte de la guerre. 2) L'interprétation progressive que le T.M.I. donne aux Statuts. Ce dernier déclara que les Statuts :

exprime le droit international en vigueur au moment de sa création ; il contribue par cela même au développement du droit international.⁴⁴

Le tribunal dira aussi que :

indépendamment des traités, les lois de la guerre se dégagent d'us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires. Ce droit n'est pas immuable ; il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant. Souvent les traités ne font qu'exprimer et préciser les principes d'un droit déjà en vigueur.⁴⁵

Par conséquent, les Statuts du T.M.I., en définissant en tant que crimes distincts les crimes de guerre et les crimes contre l'Humanité, reconnaît que ce droit n'est pas un droit nouveau, mais plutôt la codification d'un droit existant. De par la structure non exhaustive et énumérative des définitions, il reconnaît également la nature évolutive de ces deux notions. Enfin, le libellé même de la définition de crime contre l'Humanité semble englober naturellement la plupart des actes d'autre part définis comme constituant des crimes de guerre. Cette interprétation des statuts par le T.M.I. est nécessairement positive en ce qu'elle a introduit pour la première

42. Voir art. 6 (c) des Statuts de T.M.I. de Nuremberg ; art. 5 (c) de la Charte du Tribunal Militaire International du 19 janvier 1946, dite de Tokyo. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, pp. 219 et 226.

43. Voir art. 6 (b) des Statuts du T.M.I. de Nuremberg ; voir *id.*, p. 219, art. 5 (b) de la Charte du T.M.I. de Tokyo. Ce dernier ne réfère qu'aux violations des lois et coutumes de la guerre. Voir *id.*, p. 226.

44. Voir *id.*, p. 16.

45. Voir D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, pp. 503-504, citant le procès des grands criminels, premier jugement.

fois en droit international la définition et la sanction d'une norme qui jusque là n'avait été que coutumière. Malheureusement, en liant la sanction du crime contre l'Humanité au contexte de la guerre, Nuremberg n'a pas eu que des conséquences positives.

3. Le droit de Nuremberg et ses conséquences

Comme nous l'avons déjà mentionné l'énumération donnée des crimes de guerre par l'article 6(b) des Statuts du Tribunal militaire international énonce et coordonne, de la façon la plus complète possible, les prescriptions et dispositions coutumières contenues dans la Convention de la Haye de 1907 avec celles des codes de justice militaire de l'époque.

Plusieurs caractéristiques générales se dégagent de la définition de crime de guerre telle que retenue par les Statuts. Tout d'abord, le crime de guerre est susceptible d'être commis tant par des civils que par des militaires. Ensuite, il doit être commis en rapport avec les hostilités et comporter un élément international. Ainsi, les actes perpétrés, même au cours des hostilités, par les gouvernants d'un État à l'égard de leurs propres ressortissants, ne sont pas des crimes de guerre.

Outre ses caractéristiques, ce crime demeure, quant à sa nature, à la fois un crime de droit commun sanctionné par le droit pénal interne et devient au même titre que le crime contre l'Humanité une infraction internationale. Les définitions des Statuts ainsi que les jugements du T.M.I. apporteront cependant une dimension tout à fait nouvelle, en prévoyant également des dispositions spécifiques s'appliquant à ces infractions en tant qu'infractions internationales.

Par exemple, les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices ayant pris part à l'élaboration, et/ou à l'exécution d'un plan concerté ou *complot* pour commettre l'un des trois crimes définis, étaient déclarés responsables de tous les actes accomplis par toute personne en exécution de ce plan⁴⁶. De même, la fonction officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne serait considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à réduction de la peine⁴⁷. Enfin, le fait qu'un accusé ait agi conformément aux instructions

46. L'article 6 des Statuts stipulait *in fine*: «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». Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 220.

47. Les Statuts disposent expressément dans leur article 8 :

Le fait que l'accusé a agi conformément aux ordres de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégage pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige.

Voir *id.*, p. 220.

de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne devrait pas le disculper, mais pourrait être considéré comme un motif de réduction de la peine « si le tribunal décide que la justice l'exige »⁴⁸. Le tribunal s'attribuait aussi en tant que tribunal international le droit de sanction, prévoyant qu'il pouvait prononcer, contre les accusés trouvés coupables, la peine de mort ou tout autre châtement qu'il estimera juste⁴⁹.

Il s'agit donc d'une révolution en droit pénal international. D'abord, le caractère évolutif reconnu par le statut pour ce type d'infraction, a permis par la suite à la communauté internationale d'en élargir la portée par le biais de différentes conventions. Ensuite le T.M.I. s'attribue une compétence universelle en précisant que les Statuts ne constituent pas l'exercice arbitraire de la suprématie des nations victorieuses. Donc, les États qui l'ont créé ne représentent pas seulement les intérêts de la victoire, mais se considèrent plutôt comme les garants du droit pénal international. Le tribunal, exerce par ailleurs une juridiction universelle subsidiaire à l'égard des crimes sans localisation précise, invoquant ainsi le droit de juger en commun des crimes que chaque pays pouvait juger séparément⁵⁰. D'un crime international sanctionné par voie nationale, le crime contre l'Humanité devient un crime international punissable à l'échelle internationale.

a) Les Conventions de Genève de 1949

Depuis, Nuremberg, la nouvelle conception et la nature internationale des crimes définis à Nuremberg ont été reconnues et élargies par le biais de diverses conventions internationales, résolutions de l'O.N.U. et même par la jurisprudence⁵¹. Tout d'abord, les Conventions

48. Voir *ibid.*

49. Articles 27, 28 et 29 des Statuts de Tribunal Militaire International de Nuremberg. Voir ci-dessus, note 3, p. 224. L'exécution des sentences incombait cependant aux gouvernements nationaux. À cette fin sera promulguée la loi numéro 10, par le Conseil de contrôle allié en Allemagne. Q. WRIGHT, « The Law of the Nuremberg Trial », (1947) *Am. J. of Int'l Law* 41.

50. C'est plutôt de la thèse « dualiste », équiparant le droit international et le droit interne, que s'inspire le Tribunal lorsque, soucieux de justifier sa compétence, il la rattache au principe territorial : « Les puissances signataires, dit-il, ont institué ce Tribunal, déterminé la loi applicable, fixé des règles appropriées de procédure. En agissant ainsi, ces puissances ont fait ensemble ce que chacune d'elles pouvait faire séparément. La faculté de sanctionner le droit par la création de juridictions spéciales est une prérogative commune à tous les États.

Voir D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 511.

51. La cause d'Eichman en 1961 est très édifiante à ce sujet puisque Eichman fut trouvé coupable de crimes de guerre par l'État d'Israël, lequel ne pouvait invoquer à son égard qu'une juridiction universelle. « Israel's right to punish the accused derives from two cumulative sources : a universal source (pertaining to the whole of mankind which vests the right to prosecute and punish crime of this order in every state within the family of nations) [...] ». Voir, L.C. GREEN, « Legal Issues of the Eichman Trial », (1962-1963) 37 *Tulane Law Review*, p. 669.

humanitaires de Genève de 1949 lesquelles, au nombre de quatre, définissent certaines infractions graves soit,

l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégal, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.⁵²

Ces conventions consacrent l'engagement réciproque des États signataires de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales devant être appliquées aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre l'une de ces infractions. En obligeant les États parties à poursuivre et à punir leurs auteurs, ces quatre conventions imposent en même temps aux États le devoir de prendre les mesures pour faire cesser les actes contraires à leurs dispositions⁵³. Enfin, ces conventions consacrent le principe de la juridiction universelle à l'égard de ces infractions en soulignant que chaque partie contractante devra traduire devant ses propres tribunaux les personnes prévenues *quelle que soit leur nationalité*⁵⁴.

b) Les résolutions de l'O.N.U.

L'Assemblée générale de l'O.N.U. s'est également élevée, dans diverses résolutions, contre les crimes de guerre et les crimes contre l'Humanité, en invitant les États à prendre toutes les mesures requises pour poursuivre et punir les coupables⁵⁵. Ainsi, l'Assemblée générale de l'O.N.U. adopta le 18 décembre 1971, une résolution, laquelle, en rappelant les résolutions précédentes et notamment celles de 1946 et 1947 et, de

52. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949. Les quatre conventions dites humanitaires de Genève de 1949 sont entrées en vigueur le 21 octobre 1950. Voir les définitions relatives aux infractions graves: I^e convention: art. 50, II^e convention: art. 51, III^e convention: art. 130 et IV^e convention: art. 146. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, pp. 313-317.

53. I^e convention de 1949, art. 49, II^e convention, art. 50, III^e convention, art. 129 et IV^e convention, art. 147. Voir *id.*, pp. 313-317.

54. Art. 49/50/129/147, 2^e par.: Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Voir *ibid.*

55. Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale du 3 décembre 1973, relative à la coopération internationale concernant le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Voir: NATIONS UNIES, *Recueils d'instruments internationaux*, Droits de l'Homme, 1978, p. 50.

1970⁵⁶, exige la coopération des États en vue de la sanction et du châtement des auteurs des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité.

L'Assemblée générale des Nations Unies a également, par les résolutions du 18 décembre 1972 et du 3 décembre 1973, proclamé les principes de la coopération internationale concernant le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'Humanité. Cette dernière résolution énonce notamment que :

Les crimes de guerre et les crimes contre l'Humanité, *où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés.*⁵⁷

c) La convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité

Cette nouvelle norme de punition universelle des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité a également fait l'objet d'une convention sur l'imprescriptibilité de ces crimes adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 26 novembre 1968⁵⁸ et en vigueur depuis le 11 novembre 1970. Cette convention impose aux États contractants le devoir de prendre les mesures nécessaires afin que la prescription soit inapplicable à la poursuite de ce genre de crimes. Enfin, la notion des crimes de guerre est en train de s'élargir de plus en plus par le biais d'instruments internationaux qui prescrivent que l'emploi de certaines armes constitue des crimes de guerre⁵⁹. En effet, le nombre des infractions graves prévues dans les

56. Résolution 2840 (XXVI) du 18 décembre 1971, laquelle rappelle les suivantes : Résolution 3 (I) du 13 février 1946 et 170 (III) du 31 décembre 1947, relatives à l'extradition et au châtement des criminels de guerre. Résolution 95 (I) du 11 décembre 1946, dans laquelle l'Assemblée générale a confirmé les principes de droit international reconnus par les Statuts du Tribunal Militaire International de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal. L'Assemblée générale a condamné les crimes de guerre et les crimes contre l'Humanité commis à la suite de guerres d'agression et des politiques de racisme, d'apartheid et de colonialisme. La même résolution du 18 décembre 1971 classe les crimes contre l'humanité comme les crimes de droit international les plus graves. Voir ci-dessus, *id.*, p. 48.

57. Article 1 de la résolution 3074, (XXVIII) de l'Assemblée générale. Voir *id.*, p. 50.

58. Résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968. Voir ci-dessus, note 55, p. 48. Cette résolution inclut dans les crimes imprescriptibles : les crimes de guerre et les crimes contre l'Humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix tels que définis par les Statuts et confirmés par les résolutions de l'O.N.U., notamment les infractions graves énumérées dans les Conventions de Genève de 1949.

59. Exemples : Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1^{er} juillet 1968. Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol du 11 février 1971. Convention sur l'interdiction de la mise au point de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques ou à toxines et sur leur destruction, du 10 avril 1972. Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles du 10 décembre 1976.

Conventions de Genève de 1949 et sujettes à incrimination a considérablement augmenté⁶⁰.

Il appert donc que les crimes de guerre, lesquels sont jumelés aux crimes contre l'Humanité dans la plupart de ces conventions et résolutions, ont acquis en droit international coutumier et conventionnel la dimension et le statut de crime international. La nature juridique de ces incriminations évolue maintenant non plus seulement en fonction des notions de droit commun mais, désormais, par le biais de l'expression d'une *opinio juris* internationale proclamant la prohibition de certains actes lorsque ceux-ci sont contraires aux intérêts de l'Humanité.

B. LE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ EN DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Jusqu'aux procès de Nuremberg et de Tokyo, ce n'est qu'à l'occasion d'une guerre et en relation avec des délits commis au cours des hostilités, que les crimes contre l'Humanité ont fait l'objet de poursuite ou de sanction pénale. Cela résulte du fait que la plupart des actes contraires aux lois de l'Humanité, lorsque commis en temps de paix, étaient traités en tant que crimes politiques ou brigandage, et par conséquent, étaient punissables par le pouvoir de l'État même qui les avait commis ou en avait permis la commission. C'est d'ailleurs, à l'occasion de la conquête, de la colonisation ou encore dans le cadre de la disparition et destruction des régionalismes lors de la formation des États-nations, que plusieurs atteintes aux lois de l'Humanité sont restées et demeureront impunies⁶¹. Les vainqueurs n'ont-ils pas toujours une *bonne raison* d'avoir commis les actes que plus personne n'ose d'ailleurs leur reprocher puisqu'ils sont les vainqueurs? Il est à noter que Nuremberg et Tokyo, non plus dans l'analyse du droit auquel ces procès ont donné naissance, mais dans l'analyse de leur application dans les faits, ne font pas exception à cette règle puisqu'aucun des vainqueurs n'a été jugé dans le cadre de ces procès⁶².

60. En tant que nouvelle infraction grave, citons l'apartheid et autres pratiques inhumaines et dégradantes qui donnent lieu à des outrages à la dignité personnelle fondés sur la discrimination raciale. Ou encore des actes de guerre indiscriminés contre la population civile, tels qu'affamer, priver d'eau ou d'attention à la culture d'une population civile. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, vol. II, p. 111.

61. Il suffit de faire référence aux cas historiques des Indiens d'Amérique, des Kurdes, des Arméniens, des Acadiens, des pogroms anti-sémites européens, des Palestiniens et autres innombrables exemples similaires, partout où la formation des États ou l'occupation militaire aboutit à la destruction ou l'assimilation des minorités. Voir à ce sujet pour des exemples récents, E. DAVID, *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 162.

62. Voir *id.*, p. 124: «Pas plus qu'à Nuremberg on n'a donc poursuivi les auteurs notamment de bombardements civils. Dans l'affaire Ohlendorf, le tribunal a même été jusqu'à les légitimer indirectement».

Depuis le procès de Nuremberg et de Tokyo, le crime contre l'Humanité a été sanctionné en tant que tel à quelques reprises mais toujours par des initiatives nationales. L'évolution constante du droit international laisse espérer, que tout en restant soumis à la volonté et à l'intérêt politique des États vu l'absence d'une cour criminelle internationale, la sanction de ce nouveau crime international ne dépende plus de l'existence d'une guerre conventionnelle. Mais afin de mieux comprendre cette évolution, il est important de retracer la source juridique de l'incrimination, définie à Nuremberg, soit essentiellement la Convention de La Haye de 1907.

1. La Convention de la Haye de 1907

En reconnaissant le droit coutumier de l'époque, la Convention de la Haye de 1907 a-t-elle introduit une norme juridique interdisant la violation des lois de l'Humanité? À cette question, les juges de Nuremberg ont répondu par l'affirmative en considérant que le préambule de la Convention de la Haye de 1907 consacrait l'obligation coutumière s'imposant aux États et à la communauté internationale de respecter les lois de l'Humanité.

Grotius écrivait d'ailleurs bien avant la Convention de 1907 :

Il faut savoir encore que les rois et en général tous les souverains ont le droit de punir, non seulement les injures faites à eux et à leurs sujets, mais encore celles qui ne les regardent point, en particulier, lorsqu'elles renferment une violation énorme du droit de la nature ou de celui des gens, envers qui que ce soit.⁶³

Cette opinion a été suivie à Nuremberg où le tribunal a reconnu dans ses jugements les règles de la convention comme l'expression codifiée du droit coutumier international en vigueur. Dès 1919, la Commission de juristes instituée par la Conférence des Préliminaires de la Paix avait d'ailleurs proposé que les poursuites d'actes condamnables, incriminées au niveau international, puissent comprendre les actes contraires aux lois de la guerre et au respect de l'Humanité.

Cependant la doctrine d'après-guerre est controversée quant aux limites de cette reconnaissance, par le droit coutumier, des violations des lois de l'Humanité comme étant des infractions d'ordre pénal. Car si le principe de leur sanction fut reconnu, la codification normative du « crime contre l'Humanité » n'est apparue, en droit international, et notamment en droit conventionnel, qu'à partir de la Seconde Guerre mondiale.

Pourtant, malgré cette codification, ce droit élaboré à Nuremberg est trop souvent inappliqué ou ignoré au profit d'une utilisation politique et

63. *De jure belli ac pacis*, livre II, c. XI, cité par D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 518.

d'ailleurs insuffisante du droit national⁶⁴. Aucune poursuite des crimes contre l'Humanité exclusivement, basée sur le droit de Nuremberg, et indépendante du contexte de la guerre, n'a encore été intentée. Cela n'est certes pas dû à l'absence de cas de crimes contre l'Humanité depuis la fin de la guerre mondiale. Il semble que l'absence de poursuite des crimes contre l'Humanité en tant que tel résulte plus de motifs politiques que de raisons juridiques⁶⁵.

Nonobstant ces lacunes, cette incrimination internationale, d'abord reconnue dans la coutume puis codifiée dans la convention de 1907 nous apparaît être devenue, à la fois grâce à Nuremberg et en dépit de Nuremberg, désormais indépendante de la notion de crime de guerre.

2. L'expérience de Nuremberg et le crime contre l'Humanité

Comme nous l'avons vu précédemment la définition des crimes contre l'Humanité comprend une énumération d'éléments allant de l'assassinat, et l'extermination, à la persécution pour des motifs politiques, raciaux ou religieux. Si certains de ces éléments sont communs avec ceux des crimes de guerre, il reste que la définition des crimes contre l'Humanité dépasse celle des crimes de guerre puisqu'elle englobe expressément des actes non incriminés par le droit pénal commun. Elle consacre le crime contre l'Humanité comme un crime international, par lequel l'auteur se rend coupable d'atteinte, à titre racial, national, religieux ou politique, à la liberté, aux droits ou à la vie d'une personne ou d'un groupe de personnes innocentes, indépendamment de toute infraction au droit commun. La loi internationale s'impose ainsi à l'autorité nationale en incriminant de tels actes en temps de guerre ou en temps de paix, tout en rendant impératif le respect universel des droits de l'Humanité.

Le fait d'ajouter à cette énumération tout acte inhumain commis contre toute population civile a d'ailleurs pour effet d'inclure la plupart des crimes de guerre. Pour cette raison, la doctrine juridique élaborée juste après la Seconde Guerre mondiale a considéré que les crimes contre l'Humanité forment un genre dont les crimes de guerre ne sont qu'une espèce. Selon

64. Déjà peu nombreux lorsque l'adversaire est vainqueur, les exemples de poursuites intentées par l'État au nom duquel le crime est commis deviennent alors rarissimes. Ainsi, des procès comme celui de militaires israéliens après le massacre de paysans palestiniens à Kafr Kassem en 1954 ou celui des officiers américains Calley, Médina et Henderson aux États-Unis en 1971 pour des massacres de population vietnamienne, sont l'exception qui confirme la règle de l'impunité.

Voir E. DAVID, *op. cit.*, note 61, p. 166.

65. «Le problème est plus politique que juridique et chacun est concerné». Cette opinion, qui a le mérite de reconnaître l'évidence, est confirmée d'ailleurs par C. Bassiouni. Voir *id.*, p. 173.

cette même doctrine⁶⁶, le crime de guerre n'est pas autre chose qu'un crime contre l'Humanité adapté dans ses modalités aux circonstances particulières de la guerre.

On peut donc se demander pourquoi le tribunal militaire international a-t-il ressenti le besoin de restreindre la sanction d'un crime aussi générique et dont la gravité des actes incriminés dépasse largement celle des incriminations à titre de crime de guerre?

D'après plusieurs auteurs⁶⁷ cette restriction dans la définition des crimes contre l'Humanité était inspirée par une nécessité pratique lors de l'élaboration du Statut, afin de soumettre ces crimes à la juridiction du Tribunal militaire international. Nous déplorons cette timidité et réticence du tribunal à sanctionner le crime contre l'Humanité comme ayant une existence et un caractère indépendants. Poursuivant la même interprétation restrictive, le Tribunal international de Nuremberg déclara ne pouvoir reconnaître et juger les crimes contre l'Humanité commis avant le début de la guerre, que s'ils avaient été l'exécution d'un complot ou d'un plan concerté⁶⁸.

Les juges de Nuremberg ont également considéré que le principe de la légalité des délits et des peines (*Nullum crimen nulla poena, sine lege*) s'opposait à l'application de la répression unique de ce crime. En outre, le tribunal a considéré que sa compétence ne suffisait pas à justifier la

66. La doctrine récente prend le contre-pied du point de vue énoncé dans le statut. Les crimes contre l'Humanité forment un genre, dont les crimes de guerre ne sont qu'une espèce. Le leitmotiv de cette inculpation : crimes contre l'Humanité, est de châtier ceux qui, par fanatisme, oppriment une minorité nationale, raciale, religieuse ou politique. À cette oppression, il faut mettre un frein, savoir le respect des droits fondamentaux de l'homme ; et c'est à la communauté internationale, extérieure et supérieure au jeu des intérêts et des passions locaux, que cette tâche incombe ; elle l'accomplira en temps de paix, mais aussi en temps de guerre, le crime de guerre n'étant pas autre chose qu'un crime contre l'Humanité, adapté, dans ses modalités, aux circonstances particulières que les hostilités font naître.

Voir D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 521.

67. DE VABRES écrit : « Parce que le Tribunal de Nuremberg était avant tout un tribunal militaire, il devenait difficile à la fois juridiquement et politiquement de punir des actes commis par les nazis à l'égard de leurs nationaux lorsque ces actes avaient eu lieu avant la guerre ». Voir *id.*, p. 521. Comme le mentionne George FINCH dans « The Nuremberg trial and international law » : « This broad (before or during the war) jurisdictional clause was included for the obvious purpose of punishing acts committed by Nazi Germany against her own citizens [...] There is no rule of international law, customary or conventional, by which such acts committed before the commencement of hostilities can be punished by the subsequent military occupants ».

68. Voir J. GRAVEN, *loc. cit.*, note 4, p. 464. *Id.*, p. 520. Le tribunal s'exprime ainsi :

Pour constituer des crimes contre l'humanité, il faut que les actes, de cette nature, perpétrés avant la guerre, aient été l'exécution d'un complot ou plan concerté en vue de déclencher ou de conduire une guerre d'agression. Il faut tout au moins qu'ils soient en rapport avec celui-ci. Or, le Tribunal n'estime pas que la preuve de cette relation ait 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.

répression des crimes contre l'Humanité, même lorsqu'ils sont liés au contexte de guerre s'ils n'impliquaient pas la violation des lois en vigueur dans le pays où ils étaient pétrés⁶⁹.

Pour ce qui est des actes commis pendant la période de guerre, le tribunal a systématiquement utilisé les deux chefs d'accusation « crimes de guerre » et « crimes contre l'Humanité ». Pourtant le même tribunal a, de façon contradictoire, volontiers utilisé le motif de crime contre l'Humanité seul pour juger deux accusés dont les actes reprochés ne constituaient pas à proprement parler des crimes de guerre en vertu de la définition des Statuts. Ainsi, Streicher et Baldur Von Shirach seront accusés et trouvés coupables uniquement de crime contre l'Humanité⁷⁰. Ces dernières affaires tendent à démontrer que si, pour des raisons politiques, le tribunal n'était pas prêt à accorder un statut juridique indépendant au crime contre l'Humanité, pour les mêmes raisons, il se considérait cependant apte à passer outre la limite juridique imposée.

Pour justifier sa juridiction dans les deux cas, le tribunal s'est livré à une étrange gymnastique intellectuelle qui aurait été absolument inutile, si la définition des crimes contre l'Humanité avait tout simplement reconnu le crime contre l'Humanité comme tel, au lieu de le conditionner à la qualification de crimes de guerre. À l'égard de Streicher, accusé d'avoir poussé à l'extermination des juifs, le tribunal a considéré que le fait de pousser au meurtre et à l'extermination des juifs était compris dans la définition des crimes de guerre en tant que persécution, pour des motifs politiques et raciaux, et constituait aussi un crime contre l'Humanité⁷¹.

Malgré toute cette rhétorique juridique regrettable, mais combien utile au tribunal pour éviter d'universaliser le débat et surtout de permettre de juger les vainqueurs, celui-ci s'inspirera considérablement, tout au long des jugements, de l'esprit et des théories du droit naturel, citant abondamment Grotius, et se référant à la conception du *crimen juris gentium*. La notion du sentiment moral de l'Humanité sera également invoquée par le tribunal, lequel déclarera que « même en l'absence de la Convention de la Haye, il n'hésiterait pas à reconnaître que la persécution de l'Église et de ses pasteurs constitue un crime contre l'humanité »⁷².

On ne peut s'empêcher de s'interroger devant ces contradictions du tribunal. Celui-ci, d'un côté, puise allègrement dans le droit des gens sa justification de juger les crimes contre l'Humanité au nom du droit de l'Humanité, et, d'un autre côté refuse, dès qu'il s'agit de réprimer uniquement

69. Voir D. DE VABRES, *loc. cit.*, note 8, p. 525.

70. *Procès des grands criminels de guerre devant le T.M.I.*, Doc. Off., vol. 1, Nuremberg 1947, p. 342. Commenté par E. DAVID (voir *op. cit.*, note 61, p. 101): « Le Tribunal n'est d'ailleurs pas toujours respectueux du lien de connexité exigé par le statut pour des condamnations fondées sur la prévention de crimes contre l'humanité ».

71. *Procès...*, *id.*, p. 324.

72. Voir J. GRAVEN, *loc. cit.*, note 4, p. 473.

le crime contre l'Humanité, d'exercer une juridiction qu'il justifie par contre sans problème à l'égard des crimes de guerre. Cela est d'autant plus étrange que le tribunal dit respecter la Convention de la Haye, laquelle reconnaissait les violations des lois de l'Humanité comme étant génériques, et les violations des lois et coutumes de la guerre comme spécifiques.

Le tribunal semble, au contraire, avoir traité le crime de guerre comme un crime générique, en jugeant qu'un crime contre l'Humanité ne pouvait être réprimé comme tel que s'il était relié au crime de guerre. Cette conséquence du contexte politique et juridique de l'époque nous semble compréhensible pour toutes les raisons ci-haut mentionnées. Cependant cette attitude du tribunal militaire n'a pas rendu justice au crime contre l'Humanité en tant que crime générique indépendant.

On doit donc considérer Nuremberg comme un point déterminant dans l'évolution de la sanction pénale internationale du crime contre l'Humanité, mais il demeure toutefois impératif de garder à l'esprit le contexte de la création des définitions et de leurs limites afin de rendre au crime contre l'Humanité la place qui lui revient en droit international contemporain. Vouloir confirmer la notion de crime contre l'Humanité dans les limites des définitions et des jugements du tribunal militaire équivaldrait à nier leur caractère générique fondamental tel qu'élaboré par le droit des gens et codifié par la suite. Fort heureusement, la communauté internationale fidèle à Grotius, a, depuis Nuremberg, consacré le caractère générique et indépendant de ces crimes, d'abord par le biais de conventions et résolutions de l'O.N.U., puis par la pratique récente des États.

3. L'après-guerre: reconnaissance de la nature générique du crime contre l'Humanité.

Afin de confirmer les principes de Nuremberg en une codification générique des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, l'Assemblée générale des Nations Unies décida lors de sa résolution du 11 décembre 1946⁷³, de créer une « Commission des Nations Unies pour le développement progressif du droit international et sa codification ». Par une autre résolution, celle du 21 novembre 1947⁷⁴, l'Assemblée générale créa aussi une commission d'experts, appelée « Commission du droit international ». Celle-ci, représentant les principales formes de civilisation et les systèmes juridiques fondamentaux du monde entier, retiendra les principes suivant comme constituant le droit international applicable à ces infractions :

1. Tout auteur (qu'il s'agisse d'un État ou d'un individu) d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement (principes I et VII).

73. Rés. AG. 95(I), Doc. Off. AG. NU. 11 décembre 1946.

74. Rés AG 174 (II), Doc Off. AG. NU, 21 novembre 1947.

2. Le fait que la législation nationale ne punisse pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis (principes I et VII).

3. Le fait que l'auteur qui commet un crime de droit international ait agi en qualité de chef d'État ou de Gouvernement, ne le dégage pas de sa responsabilité en droit international (principes II, III, IV).

4. Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique, ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit pénal international s'il a eu moralement la faculté de choisir; on pourra toutefois tenir compte de ce fait pour réduire la peine si la justice l'exige (principes I, II, IV).

5. Toute personne accusée d'un crime en vertu du droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit (principe V).

Cette Commission présenta un Projet de code introduisant une définition des crimes contre l'Humanité ajoutant, aux motifs énumérés dans le Statut de Nuremberg, les motifs sociaux et culturels. Fait essentiel, le projet de définition supprime la clause introduite à Nuremberg qui rendait conditionnelle la répression des crimes contre l'Humanité à l'existence des crimes de guerre⁷⁵. Le raisonnement logique fait par la Commission menait à la conclusion qu'il était peu compréhensible de dire que les actes qui constituent des crimes de droit international, lorsqu'ils sont commis en temps de guerre, cessent de l'être lorsqu'ils sont commis en temps de paix.

La Commission recommandera également la création d'un tribunal criminel international permanent et indépendant de la C.I.I. chargé de juger les auteurs de ces crimes. Ce projet qui n'avait pas été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies à l'époque⁷⁶, a été repris depuis par la Commission du droit international à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1981. Depuis, aucun texte final n'a encore été adopté. Cependant les travaux de la commission se poursuivent⁷⁷ et les rapports de la commission suggèrent que le nouveau projet va beaucoup plus

75. Elle a donc retenu en tant que crimes contre l'Humanité « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre une population civile, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux [...] ». La formule, on le voit, a simplement abandonné les termes « commis avant et pendant la guerre ».

Voir J. GRAVEN, *loc. cit.*, note 4, p. 528.

76. « L'Assemblée générale décida alors de ne pas examiner ce projet avant qu'une définition de l'agression fut adoptée, ce qui fut fait en 1974 ». Voir E. DAVID, *op. cit.*, note 61, p. 118.

77. « On a different level the codification of international criminal law has progressed [...] through the efforts of the International Law Commission first in its elaboration of the Nuremberg Principles and then through the 1954 Draft code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, but a more positive final outcome is still awaited »: C. BASSIOUNI, « Nuremberg forty years after », (1986) 18 *Casewestern Reserve Journal of International Law*, p. 262.

loin que le projet original de 1954. Il prévoit une définition très large des crimes internationaux, en étendant l'application du droit de Nuremberg au colonialisme, à l'apartheid, aux atteintes graves à l'environnement, à l'agression économique, etc.⁷⁸ Les travaux de la Commission du droit international, qui ont, comme l'énonce le Statut de la Commission (article 1^{er}) une valeur codificatrice, semblent donc démontrer que le droit international d'après guerre reconnaît au crime contre l'Humanité le statut d'infraction spécifique, autonome et indépendante d'autres infractions ou d'un contexte de guerre. D'ailleurs, la Commission de droit International a déjà produit en 1976 un projet de code relatif à la responsabilité pénale des États dont, l'article 19, qui a fait l'objet, d'une analyse récente⁷⁹, prévoit l'incrimination des actes suivants :

agression, domination coloniale, esclavage, génocide, apartheid ou autre violation massive des droits de l'homme et enfin les atteintes graves à l'environnement.

Enfin, en incriminant ces actes comme des faits de l'État, l'article 19 constitue un développement majeur du droit pénal international élaboré à Nuremberg.

Outre, les résolutions récentes de l'Assemblée générale des Nations Unies que nous avons déjà mentionnées (Voir partie I(A.)), le développement accru des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, ainsi que la pratique croissante des États visant à sanctionner les crimes contre l'Humanité semblent diriger le droit international vers une reconnaissance conventionnelle, à plus ou moins long terme, de la sanction universelle et autonome du crime contre l'Humanité. Par exemple, l'Assemblée générale des Nations Unies a déjà adopté le 30 novembre 1973 une résolution⁸⁰ affirmant que l'« apartheid est une négation totale des buts

78. International Crimes and International Delicts :

1. An Act of State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject matter of the obligation breached.
2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognised as a crime by the community as a whole constitutes an international crime.
3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from: [...] (c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and *apartheid*; (d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas. G. GILBERT, « The criminal responsibility of states », (1990) 39 *International and Comparative Law Quarterly*, Part. 2, p. 345.

79. Voir *ibid.*

80. Résolution 3068 (XXVIII) du 30 novembre 1973, act. 1, Recueil d'instruments internationaux. New York, Nations Unies, 1978, p. 31.

et des principes du Statut des Nations Unies et constitue un crime contre l'Humanité».

Les instruments internationaux adoptés par la communauté internationale et ayant confirmé ou élargi l'application du droit de Nuremberg sont fort nombreux⁸¹. Paradoxalement, plusieurs de ces instruments, notamment la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, la Convention sur le Génocide, la Convention Européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme, la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'Apartheid, constituent plutôt des outils visant à prévenir les crimes contre l'Humanité, tandis que les conventions sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité sont des outils servant ou visant à les réprimer. On peut en effet s'étonner que la répression du crime contre l'humanité en tant que crime indépendant, lequel pourrait, selon les rapports de la Commission du droit international, englober le génocide et l'Apartheid entre autres, n'ait pas encore fait l'objet d'une convention. Si le crime contre l'Humanité est un crime international de nature générique pourquoi ne lui reconnaît-on pas en droit conventionnel cette caractéristique? Il nous semble que la réponse à cette question est encore une fois d'ordre politique. Malgré cette absence de volonté politique caractérisée au niveau conventionnel, il est impossible de nier sur le plan juridique que le crime contre l'Humanité soit bel et bien devenu un crime international autonome. Selon Glaser :

l'infraction internationale est un fait (action ou omission) contraire au droit international, et à un tel point nuisible aux intérêts ou aux biens de la communauté, protégés par ce droit, qu'il s'établit dans les rapports entre les États la conviction que ce fait doit être pénalement sanctionné. Cette conviction se manifeste dans une règle considérée comme conforme à la raison, à l'équité. Comme la coutume internationale n'exige généralement pas, pour être obligatoire, un consentement net et anticipé de tous les États, il n'est point nécessaire que ce consentement soit unanime, de même, la règle attribuant le

81. Conventions Spécifiques:

- convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité du 26 novembre 1985;
- convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité du 25 janvier 1974;
- convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de Génocide du 9 décembre 1948;
- convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965;
- convention des Nations Unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973;
- conventions des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, article 4;
- convention interaméricaine de l'O.E.A. pour prévenir et punir la torture du 9 décembre 1985, article 6;

Voir E. DAVID, *op. cit.*, note 61.

caractère criminel à certaines violations du droit international se contente, pour être obligatoire, d'une conviction plus ou moins générale, reconnaissant qu'elle est conforme à l'idée de justice et qu'elle repose sur la nécessité sociale. Il est évidemment sans importance que cette règle soit ou non confirmée ou précisée dans un accord international, convention ou traité, c'est-à-dire qu'elle soit une règle du droit conventionnel.⁸²

La pratique des États est d'ailleurs édifiante sur ce point. Depuis la fin de la guerre, plusieurs procès de criminels ayant commis des crimes contre l'Humanité, dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale, ont eu lieu, dont le plus célèbre fut celui d'Eichman en 1961, illustrant pour la première fois l'exercice d'une juridiction universelle par un État non belligérant et même inexistant pendant la guerre, pour réprimer des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité⁸³. Dans la plupart de ces procès les accusés ont été accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'Humanité, ce qui laissait douter de la reconnaissance par la jurisprudence du crime contre l'Humanité en tant que tel⁸⁴.

Fort heureusement, le récent procès de Klaus Barbie, permet de penser que dorénavant le crime contre l'Humanité est non seulement un crime international reconnu mais qu'il peut être réprimé en tant que tel. En effet, le 3 juillet 1987, Klaus Barbie fut accusé et trouvé coupable de huit chefs d'accusation de crime contre l'Humanité. La Cour d'appel de Paris décidait le 9 juillet 1986 que si certains actes reprochés à Barbie constituaient des crimes de guerre prescrits, ces actes constituaient d'abord des crimes contre l'Humanité prévus et punis par les articles 6(c) du T.M.I. de Nuremberg, la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, ainsi que par le *Code pénal français*⁸⁵.

La Cour d'appel, sur renvoi de la Cour de cassation, devait, dans cette affaire, décider si la séquestration sans jugement, la torture, la déportation et la mise à mort des combattants de la Résistance ou des personnes que Barbie supposait tels, même non juifs, constituait un crime contre l'Humanité. La Cour d'appel considéra que :

constituent des *crimes imprescriptibles contre l'Humanité* au sens de l'article 6(c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg 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. La cour ajoute que lorsque ces crimes atroces ont été justifiés politiquement par l'idéologie nationale socialiste, ni les mobiles animant ces crimes, ni leur

82. Voir S. GLASER, *op. cit.*, note 3, p. 49.

83. Voir L.C. GREEN, *loc. cit.*, note 51, p. 645.

84. « Si le crime contre l'Humanité s'individualise davantage, il reste qu'en temps de guerre il se distingue mal du crime de guerre ». Voir E. DAVID, *op. cit.*, note 61, p. 129.

85. L'affaire *Barbie*. Gaz Pal., Cour d'appel de Paris, 1986, 2, 599-206.

éventuelle qualité de combattants, ne sauraient exclure l'existence de l'élément intentionnel constitutif des crimes contre l'Humanité.⁸⁶

Il est intéressant de remarquer que dans cette décision la Cour d'appel de Paris a tenu le raisonnement inverse du T.M.I. de Nuremberg. En effet alors que le tribunal de Nuremberg sanctionnait les actes d'abord parce qu'ils constituaient des crimes de guerre et ensuite justifiait par là leur répression en tant que crime contre l'Humanité, la Cour d'appel de Paris considère que même si ces actes peuvent d'autre part constituer des crimes de guerre ils constituent d'abord des crimes contre l'Humanité et que cette qualification seule est suffisante. Évidemment, il est possible que ces actes auraient été poursuivis également comme crimes de guerre, n'eût été du fait que ceux-ci étaient prescrits. Cela n'enlève rien à la valeur de ce jugement lequel, fruit des circonstances, constitue un précédent en ce qui concerne la poursuite des crimes contre l'Humanité en tant que crime distinct.

Enfin, la pratique des États semble également confirmer ce courant puisqu'au cours des dernières années les États-Unis, l'Australie, le Canada, la France et tout récemment le Royaume-Uni ont soit poursuivi des individus se trouvant sur leur territoire pour la commission de crimes contre l'Humanité (constituant également des crimes de guerre pour la plupart) en vertu du droit international applicable, soit adopté des mesures législatives dans leur ordre juridique national permettant la poursuite de ces crimes. La plus récente décision à l'égard de la poursuite concernant la commission de crimes contre l'Humanité a été rendue dans une affaire canadienne⁸⁷. Cette affaire ainsi que les nouvelles dispositions du *Code criminel* en vertu desquelles elle a été jugée font l'objet d'un commentaire dans la partie II du présent article.

Donc, si l'on considère ce projet de code et les différentes résolutions et conventions d'après-guerre précitées, et si l'on considère également la Convention sur le crime de génocide du 9 décembre 1948⁸⁸, force nous est de constater d'une part : que les contraintes tant politiques que juridiques, ayant mené le Tribunal international de Nuremberg à lier les crimes contre l'Humanité aux crimes de guerre et à refuser de sanctionner

86. Voir *supra*, note 85, p. 31 et le commentaire de E. DAVID, *op. cit.*, note 61, p. 129 :

La doctrine semble toutefois unanime à considérer que le critère de distinction réside dans l'élément intentionnel du crime contre l'Humanité. La Cour de cassation de France a solennellement confirmé cette interprétation dans l'affaire *Barbie* [...]

87. Plus particulièrement, le Canada a adopté le projet de loi c-71, (Loi modifiant le *Code criminel*, la Loi sur l'immigration de 1976 et la Loi sur la citoyenneté. Deuxième session, trente-troisième législature, 35-36, Elisabeth II, 1986-1987) introduisant les paragraphes 3.71 et suivants de l'article 7 du *Code criminel* canadien. Un jugement en vertu de ces nouvelles dispositions du *Code criminel* a été rendu dans l'affaire *R. v. Finta*, (1989) 50 C.C.C. (3d) 236. 50 C.C.C. (3d) 236.

88. Résolution (III) du 9 décembre 1948 *Recueil d'instruments internationaux*, New York, Nations Unies, 1978, p. 47.

les premiers en dehors du contexte de la guerre, n'existent plus. D'autre part, il est clair, à en juger par le développement de la notion de crime contre l'Humanité dans les instruments internationaux depuis la fin de la guerre, qu'une *opinio juris* s'est exprimée en faveur de la répression indépendante des crimes contre l'Humanité, qu'ils soient commis en temps de paix ou en temps de guerre. Enfin, la compétence universelle en matière de crimes contre l'Humanité étant désormais reconnue par les Conventions de Genève de 1949 et autres résolutions des Nations Unies déjà citées ainsi que par la jurisprudence. On doit donc conclure que la codification du crime contre l'Humanité à Nuremberg a été à l'origine, l'objet d'une interprétation restrictive qui n'était pas fidèle au droit des gens et n'a plus sa raison d'être dans le contexte actuel. David conclut ainsi sur la notion de crime contre l'humanité :

Le crime contre l'humanité qui était l'incrimination la plus neuve à Nuremberg et qui n'était pas pris en considération que dans la mesure où il était connexe aux crimes de guerre ou aux crimes contre la paix est devenu une infraction autonome et à part entière dans la législation et la jurisprudence alliées d'après Nuremberg, ainsi que dans les conventions sur le génocide et sur l'Apartheid ; il s'avère ainsi applicable aux violations graves et massives des droits de l'homme en général.⁸⁹

Pourtant, il reste à se demander, dans ces conditions, pourquoi la communauté internationale n'a-t-elle pas ressenti le besoin d'adopter une convention internationale relative au crime contre l'Humanité comme elle a senti le besoin de le faire dans le cas de génocide.

Il est clair qu'aucune raison d'ordre juridique ne réussit à expliquer une telle absence, laquelle, par contre, trouve toute son explication dans l'ordre politique des choses⁹⁰. Est-ce donc dire qu'il faudra attendre la commission d'une multitude de crimes contre l'Humanité, tous aussi moralement et juridiquement prohibés mais toujours justifiés par « la raison d'État, » avant que la communauté internationale trouve le courage politique nécessaire d'adopter une convention internationale sanctionnant le crime contre l'Humanité, par une définition claire des actes qui le constituent et l'établissement d'un organe international pour le sanctionner ?

Il semble que jusqu'à présent, chaque État désire pouvoir continuer à condamner les actes des autres, mais sans jamais risquer qu'on

89. Voir E. DAVID, *op. cit.*, note 61, p. 130.

90. Similarly no one can explain why there is only one convention on Genocide (which covers in part some of the contents of « Crimes Against Humanity » as defined by the Nuremberg Principles) which excludes quasi-Genocidal acts of mass murder as had been witnessed in several conflicts since World War II [...] the answer is that the realpolitik of our world is simply that humanistic concerns are secondary to a variety of other state interests.

Voir ci-dessus, C. BASSIOUNI, *loc. cit.*, note 77, pp. 262-263.

lui applique des règles du jeu similaires⁹¹. Par contre, le droit coutumier international, lequel précède presque toujours le droit conventionnel, s'exprime, à travers les initiatives nationales et les résolutions de l'O.N.U., de façon on ne peut plus claire sur la nature spécifique du crime contre l'Humanité.

L'état du droit ne doit pas être conditionnel à l'existence d'une convention pour être reconnu. Si le courage politique manque au niveau international, la pratique des États et notamment l'initiative canadienne récente, faisant suite à d'autres initiatives nationales semblables paraît encourageante en ce qu'elle est conforme aux nouvelles tendances du droit international pénal contemporain tel qu'illustré dans cet article.

II. LA PRATIQUE DES ÉTATS ET LE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ: L'EXEMPLE CANADIEN

Depuis Nuremberg, on ne peut que constater la timidité des États et des cours nationales à réprimer et poursuivre les crimes contre l'Humanité. Celle-ci vient du fait que ce type de crime, d'origine internationale devrait être sanctionné par un organe international, tel que le projet de code pour la paix et la sécurité de l'Humanité le recommandait en 1954. Au lieu de cela, cette fonction est laissée aux tribunaux nationaux, lesquels prisonniers de contraintes politiques évidentes, ne peuvent exercer qu'une répression très inégale et insuffisante au gré des aléas politiques⁹² et cela malgré la reconnaissance (d'autre part essentielle) de la compétence universelle en matière de crime contre l'Humanité. Comme nous le verrons ici, s'il est souhaitable de sanctionner la commission de crimes contre l'Humanité, la sanction par voie nationale de ce type de crime pose indéniablement des problèmes et des limites. Celles-ci, inhérentes à la subjectivité nationale toujours inévitable, pourraient être éliminées par la

91. Shocking as it may seem to some, the U.S., ostensibly the champion of human rights, the principal power that defeated the Axis forces, the principal force behind the Nuremberg and Tokyo trials, and the instigator and influential participant in the drafting of the Genocide Convention, had opposed its ratification from 1948 to 1985, and then ratified it with reservations which reflect the United States' reluctance to subject itself to international scrutiny.

Voir *id.*, p. 265.

92. E. DAVID, commente ainsi la rare application du droit de Nuremberg et les exemples de répression nationale des crimes contre l'Humanité: « Les quelques exemples de répression de faits qualifiables et parfois qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'Humanité présentent un point commun avec Nuremberg: il s'agissait de crimes commis au nom d'État, d'une idéologie ou d'un régime, et c'est presque toujours, soit, par un autre État, soit à l'occasion d'un changement de régime ou d'idéologie qu'ils ont été réprimés. Autrement dit, comme à Nuremberg, c'est l'ancien adversaire, désormais vainqueur, qui faisait procéder aux poursuites ». Voir E. DAVID, *op. cit.*, note 61, p. 162.

création d'un organe juridique international habilité à sanctionner la commission des actes constitutifs de ces crimes.

Voyons d'abord en quoi la toute récente initiative canadienne visant la sanction des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité, est avant-gardiste à la fois dans les principes qu'elle reconnaît et qu'elle adopte et dans l'application qui en a été faite par la cour dans l'affaire *R. c. Finta*.

A. LES DISPOSITIONS DU *CODE CRIMINEL* CANADIEN SANCTIONNANT LE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ

En février 1985, sous la présidence de l'honorable Jules Deschênes, une commission d'enquête sur les crimes de guerre était instituée pour enquêter et présenter un rapport sur les mesures à adopter concernant la présence au Canada de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre au cours de la dernière guerre mondiale⁹³. Pour donner suite aux recommandations du rapport Deschênes, le ministre de la Justice déposait le 23 juin 1987 à la Chambre des Communes le projet de loi C-71 proposant des modifications au *Code criminel*, à la loi sur la citoyenneté et à la loi sur l'immigration. Ces modifications, proposées au *Code criminel* et adoptées par la Chambre des Communes le 28 août 1987, accordent la compétence aux tribunaux canadiens de sanctionner la commission des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité⁹⁴. Pour les fins du présent article nous nous limiterons à l'analyse de certaines des modifications au *Code criminel*, notamment celles concernant la définition des crimes contre l'Humanité.

Les différences essentielles entre le modèle de Nuremberg et les nouvelles dispositions du *Code criminel* canadien concernent les définitions de crimes contre l'Humanité, ainsi que la reconnaissance du principe de compétence universelle. Le *Code criminel* propose la définition suivante du crime contre l'Humanité :

assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait, acte ou omission inhumain d'une part commis contre une population

93. Rapport de la Commission d'enquête sur les crimes de guerre du 30 décembre 1986, Partie I, pp. 3-951.

94. Le projet C-71 a introduit les dispositions suivantes au *Code criminel* canadien :
Article 7 :

par. 3.71 Compétence: crimes de guerre et crimes contre l'Humanité
par. 3.72 Poursuites et preuves
par. 3.73 Moyens de défense
par. 3.74 Incompatibilité avec le droit interne
par. 3.75 Procureur général du Canada
par. 3.76 Définitions
crime contre l'Humanité
crime de guerre
droit international conventionnel
par. 3.77 Complot

civile ou un groupe identifiable de personnes, qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.⁹⁵

Cette définition se distingue de celle de Nuremberg en ce qu'elle n'associe pas le crime contre l'Humanité comme ayant un lien ou un rapport quelconque avec les crimes de guerre. En cela, la disposition canadienne reconnaît avec justesse l'état du droit des gens, tel qu'introduit par la Convention de la Haye de 1907, ainsi que l'état du droit international coutumier actuel. À cet égard, la définition du crime contre l'Humanité est bien conçue puisqu'elle puise la source de la prohibition, soit dans *le droit international coutumier ou conventionnel, soit dans les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations*.

En fait, la notion spécifique de persécution pour des motifs politiques, raciaux ou religieux de Nuremberg est abandonnée au profit d'une liste d'actes incluant *la persécution et tout autre acte inhumain lesquels doivent être commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes*. Un problème se pose toutefois quant à la notion de groupe identifiable de personnes. En effet, les nouvelles dispositions n'offrent aucune définition du groupe identifiable. On pourrait en déduire que la législation a voulu référer de façon implicite à la définition existant dans le code criminel canadien dans les dispositions relatives à la propagande haineuse. L'article 318, paragraphe (4) dudit code définit le groupe identifiable comme désignant « toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique »⁹⁶. Nous doutons pourtant que ce soit le cas pour deux raisons : si le législateur désirait qu'une telle référence s'opère, il aurait pu l'indiquer expressément. Ensuite, le crime contre l'Humanité étant une infraction de nature et d'origine internationales, (ce que le législateur reconnaît par la définition même qu'il en a faite) la notion de groupe identifiable devrait donc être interprétée à la lumière du droit international applicable en la matière. Reste à déterminer si cette notion de groupe identifiable a évolué depuis la codification de Nuremberg. Cette définition doit-elle s'appliquer exclusivement aux distinctions fondées sur des raisons politiques, raciales ou religieuses telles que reconnues par les tribunaux de Nuremberg ou doit-elle s'étendre aux motifs sociaux, linguistiques, et culturels, jusqu'à inclure l'orientation sexuelle? Un élargissement de l'application de la notion du groupe identifiable nous paraîtrait logique compte tenu d'une part, des instruments internationaux visant à abolir la discrimination au nom de la défense des

95. Art. 7, par. 3.76, *Code criminel* canadien. *Code criminel*, L.R.C. (1985), Ch. C-46, tel que modifié.

96. Art. 318(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), Ch. C-46 tel que modifié.

droits de la personne et, d'autre part, de la nécessité qui en découle de réprimer les actes inhumains visant les mêmes groupes que l'on dit protéger.

Cette notion est fondamentale puisque le crime contre l'Humanité contient une intention spécifique, laquelle est reliée à la qualification de la victime. D'autre part, les motifs de persécutions couverts par les nouvelles dispositions n'étant pas qualifiés, une incertitude demeure en ce qui les concerne. Entend-t-on le groupe identifiable au sens de la convention sur le génocide, laquelle condamne certains actes prémédités commis dans l'intention de détruire un groupe national, racial, religieux ou ethnique? Ou bien entend-t-on n'importe quel groupe identifiable? Il semble qu'il serait préférable, pour éviter des problèmes d'application et d'interprétation, de circonscrire, sans en exclure aucun, les types de groupes identifiables et par conséquent les motifs de persécution auxquels la loi s'applique.

Les différences existant entre les définitions adoptées en droit canadien et les définitions codificatrices adoptées à Nuremberg, pourraient également engendrer des problèmes d'interprétation, en ce qui concerne les défenses applicables en droit international et en droit canadien, notamment en matière de crime de guerre. Enfin, la question de compétence universelle en matière de crime contre l'Humanité est cruciale pour l'application de ces notions dans le contexte canadien.

Il est clair que les nouvelles dispositions du *Code criminel* adoptées dans le cadre du projet de la C-71 reconnaissent cette compétence universelle permettant de poursuivre l'auteur d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'Humanité, peu importe où cet acte a été commis en autant que l'auteur se trouve en territoire canadien⁹⁷. Par contre, l'article 7 paragraphe 3.71 du *Code criminel*, en exigeant que le fait constituant un crime contre l'humanité ait également constitué en droit canadien une infraction, à l'époque de la perpétration, limite singulièrement la compétence des juges canadiens à l'égard des crimes contre l'humanité, dans la mesure où la plupart des faits constituant un crime contre l'Humanité ne constituaient pas à l'époque une infraction comme telle en droit canadien. La disposition relative à la compétence comporte le point faible de traiter les crimes contre l'Humanité et les crimes de guerre comme si les deux incriminations étaient de nature nationale, ce qui, comme nous l'avons vu, n'est pas le cas.

Donc les dispositions canadiennes peuvent être discutables sur ce point. Cependant, la compétence universelle ayant été reconnue depuis Nuremberg d'abord par la jurisprudence et ensuite dans le cadre de la 4^e Convention de Genève de 1949⁹⁸ en ce qui concerne la répression de la commission d'actes constitutifs de crimes contre l'Humanité, les tribunaux canadiens seraient certainement justifiés d'interpréter la loi canadienne à la

97. Art. 7 par. 3.71 *Code criminel*, L.R.C. (1985), Ch. C-46 tel que modifié.

98. Art. 149 de la 4^e Convention de Genève de 1949.

lumière du droit international applicable en la matière. Cette question dépasse néanmoins le cadre de notre analyse qui vise plutôt à examiner comment les tribunaux canadiens ont traité ces nouvelles dispositions, héritières de l'évolution des notions de crimes de guerre et crimes contre l'Humanité.

B. APPLICATION DE CES DISPOSITIONS DANS LE CADRE DE L'AFFAIRE R. C. FINTA

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code criminel* canadien relatives à la sanction des crimes de guerre et crimes contre l'Humanité, l'« unité de poursuite des crimes contre l'Humanité » chargée d'appliquer ces nouvelles dispositions a porté plusieurs accusations. Si les dispositions du *Code criminel* s'appliquent à tous crimes contre l'Humanité, passés, présents ou futurs, le mandat confié au groupe chargé d'appliquer ces dispositions est un peu plus spécifique. En effet, il s'agit d'abord de donner suite aux conclusions et recommandations du rapport Deschênes relativement aux crimes contre l'Humanité commis en temps de guerre par les individus vivant actuellement au Canada, mais ayant été à l'époque des adhérents au nazisme ou des collaborateurs nazis.

Il s'agit donc d'une application très ponctuelle des dispositions du *Code criminel*, lesquelles avaient été, il faut bien le dire, créées partiellement à cette fin. Tout en étant compréhensible, et dans une certaine mesure justifiée, cette application ponctuelle reste inattaquable et inévitable. Il est vrai que, depuis 1945, une multitude de crimes contre l'Humanité ont été commis et dont la sanction systématique serait souhaitable mais il est clair que celle-ci ne peut s'effectuer qu'en fonction de la présence des auteurs en territoire canadien et des preuves disponibles quant à la commission desdits crimes. L'application des nouvelles dispositions canadiennes dans le cadre de la seule affaire ayant fait jusqu'à maintenant l'objet d'un jugement, soit *R. c. Finta* comporte un intérêt évident, indépendamment du fait que l'accusé ait été acquitté en première instance pour des motifs basés sur les règles de preuve pénale⁹⁹.

En effet, le juge Callaghan de la Haute Cour de Justice de l'Ontario, dans sa décision préliminaire du 10 juillet 1989 relative à la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* a reconnu, dans cette affaire, le crime contre l'Humanité en tant que crime générique et

99. Le jury déclara non coupable monsieur Finta lors du prononcé du jugement d'acquiescement le 25 mai 1990. Dans son adresse au jury, le juge Campbell déclara qu'il serait dangereux de trouver coupable monsieur Finta d'homicide relativement aux décès ayant résulté des conditions de transport ferroviaire, aucune preuve médicale n'ayant été produite à cet effet. *Globe and Mail*, 26 mai 1990. Le verdict a fait l'objet d'un appel de la couronne. L'appel qui a été entendu à la fin janvier 1991 a été pris en délibéré.

indépendant en droit international pénal contemporain et par conséquent en droit canadien.

1. L'interprétation du concept de crime contre l'Humanité dans l'affaire *R. c. Finta*

Le 18 août 1988, Imré Finta, citoyen canadien d'origine hongroise est accusé sous huit chefs d'accusation d'avoir commis au cours de l'été 1944 à Szeged en Hongrie, une série d'actes réputés criminels en vertu des dispositions du *Code criminel* applicable à de tels actes à l'époque et constituant ainsi des crimes contre l'Humanité ou des crimes de guerre en vertu du nouveau paragraphe (1.91) de l'article 6 du *Code criminel* canadien¹⁰⁰. Les actes reprochés visent essentiellement l'emprisonnement et la déportation de 8 617 juifs de Hongrie accompagnés de menaces de violence et vols des biens leur appartenant.

Le 10 juillet 1989, le juge Callaghan de la Haute Cour de Justice d'Ontario a rendu une partie de son jugement en rejetant la demande de la défense de déclarer inconstitutionnels les paragraphes (1.91), (1.94) et (1.96) de l'article 6 du *Code criminel*, sur lesquels se fondent l'accusation. Dans ce jugement, le juge confirme la validité constitutionnelle des nouvelles dispositions du *Code criminel* et considère que celles-ci n'opèrent pas rétroactivement, mais que leur portée est rétrospective. En effet la question de la rétroactivité de la loi canadienne avait été soulevée par la défense, puisque les actes reprochés à l'accusé auraient été commis en 1944 et qu'à cette époque le *Code criminel* ne contenait pas de disposition permettant la poursuite de ces actes, à tout le moins en tant que crime de guerre ou crime contre l'Humanité.

Le juge, pour réfuter l'argument de rétroactivité a interprété le paragraphe (1.96) de l'article 6 du *Code criminel*. En effet, dans la définition de crime contre l'Humanité on mentionne que l'acte, pour être ainsi qualifié, doit constituer, à l'époque et dans le lieu où il a été commis une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, ou doit avoir «d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». En partant de la prémisse que les actes reprochés avaient un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, le juge justifie, en se fondant sur l'énoncé du *Code criminel* précité, la criminalisation rétrospective de ces actes en droit criminel canadien, soulignant d'autre part que ces actes constituaient en eux-mêmes une infraction criminelle au Canada à l'époque.

100. Ces articles ont été depuis renumérotés par une mise à jour du *Code criminel*. Il s'agit désormais du *Code criminel* canadien, art. 7, par. 3.71.

En ce qui concerne les crimes contre l'Humanité cette interprétation nous paraît tout à fait justifiée et valable en droit puisque leur définition la rend possible. Par contre, comme nous l'avons dit précédemment en ce qui concerne les crimes de guerre, elle nous semble douteuse, car la définition des crimes de guerre ne fait aucune référence « aux principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations ». En effet la définition des crimes de guerre du *Code criminel* ne fait référence qu'au droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits. Par conséquent, s'il est facile d'établir que les actes reprochés avaient un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, il est moins facile de démontrer que chacun de ces actes était contraire au droit de la guerre applicable à l'époque, lequel, ne l'oublions pas est un droit à la fois national et international.

Le juge ne semble pas percevoir la différence entre les deux définitions, ainsi que leurs conséquences en ce qui concerne l'argument de rétroactivité. Il est vrai, qu'il ne faut pas en l'occurrence exagérer l'effet de ces différences, puisque les actes sont reprochés à la fois comme crime contre l'Humanité et comme crime de guerre.

La partie la plus intéressante du jugement dans le cadre du présent article réside dans l'affirmation absolue par le juge de la thèse défendue dans le cadre du présent article, soit le caractère générique et indépendant du crime contre l'Humanité, ainsi que la reconnaissance de ce caractère en droit international contemporain depuis Nuremberg. En effet, le juge dans son appréciation de l'effet rétrospectif des dispositions du *Code criminel*, répond à la question préalable, à savoir si les crimes contre l'Humanité constituaient pendant la Seconde Guerre mondiale des infractions en droit international ou des actes ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations de la façon suivante :

A brief review of international conventions, agreements and treaties, clearly demonstrate that, by World War II, war crimes or crimes against humanity were recognized as an offence at international law, or criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.¹⁰¹

Le juge s'appuie essentiellement, pour en arriver à ces conclusions, sur le préambule de la Convention de la Haye de 1907, les condamnations exprimées par la Commission de Conférence des Préliminaires de la Paix de Paris de 1919, les articles 228 à 230 du Traité de Versailles, ainsi que la Déclaration de Saint-James du 13 juin 1942. Le juge Callaghan va même plus loin lorsqu'il cite le professeur Stone dont il partage l'opinion :

He agrees that those acts that comprise a crime against humanity were so universally condemned and punishable in most municipal legal systems by 1939, that committing such acts could not be considered morally innocent.¹⁰²

101. *R. c. Finta*. 50 C.C.C. (3d) p. 247.

102. *Id.*, p. 252.

Enfin le juge Callaghan reconnaît de façon catégorique que le crime contre l'Humanité constitue une notion de droit international qui s'impose d'emblée au droit national lorsqu'il dit :

These crimes were contemplated and recognized, if not spelled out, in the treaties and conventions referred to and represent certain types of conduct that has never been tolerated or approved by the community of civilized nations.¹⁰³

Il est heureux de constater que la première affaire canadienne mettant en application ces nouvelles dispositions du droit canadien aient été appliquées, du moins en première instance, avec autant de cohérence et de reconnaissance de la vraie place qu'occupe désormais en droit pénal contemporain la notion de crime contre l'Humanité. Est-ce dire que toutes les affaires qui suivront subiront le même traitement ou que toutes les instances suivront cette ligne de pensée ?

2. Dans quelle mesure la justice canadienne suivra-t-elle l'évolution actuelle du droit international ?

Cette question nous paraît plus que pertinente. Elle nous semble cruciale. En effet si l'affaire *R. c. Finta* nous satisfait dans sa reconnaissance du crime contre l'Humanité elle est loin d'être terminée car sans doute elle verra son dénouement en Cour d'appel ou même en Cour suprême. Il serait certainement souhaitable que l'interprétation du juge sur ce point soit alors confirmée. Étant donné les enjeux et les conséquences de la consécration en droit canadien de la sanction extra-territoriale du crime contre l'Humanité, certains juges pourraient être tentés d'adopter une vision plus positiviste que progressiste.

Nous pensons néanmoins qu'une telle tentation irait de toutes façons à l'encontre de l'intention du législateur telle qu'exprimée par les nouvelles dispositions du *Code criminel*, lesquelles reconnaissent clairement le caractère générique et indépendant du crime contre l'Humanité. Celui-ci n'a-t-il pas volontairement adopté des définitions différentes de celles élaborées à Nuremberg, reconnaissant implicitement l'évolution du droit international en cette matière ?

Malgré les controverses que peuvent susciter les questions relatives à l'application rétrospective de ces crimes internationaux et à la compétence extra-territoriale introduite à leur égard en droit criminel canadien, il nous semble fort peu probable que la valeur de la nouvelle définition du crime contre l'Humanité faisant désormais partie du *Code criminel* soit remise en question.

Ce qui est plus inquiétant c'est l'application future de ces dispositions dans le cadre des crimes contre l'Humanité de nature plus récente. En effet le droit international pénal continue d'évoluer à travers les

103. *Id.*, p. 253.

résolutions des Nations Unies et si l'apartheid, l'esclavage, le génocide et autres sont désormais considérés comme des crimes contre l'Humanité, aucune infrastructure juridique n'a encore été mise sur pied pour les sanctionner.

Il ne suffit pas de reconnaître que le crime contre l'Humanité est indépendant du contexte de la guerre, encore faut-il par les actes, accorder à cette reconnaissance toute sa valeur. Les crimes contre l'Humanité sont loin d'être une denrée rare dans le monde dans lequel nous vivons et il n'est point besoin de remonter quarante ans en arrière pour en constater l'existence. Nous concédons qu'il fallait commencer quelque part et que la logique des choses et le passage du temps rendaient nécessaire et louable la condamnation finale des horreurs de l'holocauste. Il est à espérer que le traitement des horreurs passées ne fasse pas oublier ou passer inaperçues les horreurs présentes ou plus récentes. Car s'il fallait commencer quelque part, ne pas continuer constituerait une injustice flagrante¹⁰⁴.

L'évolution internationale de la protection des droits de la personne passe par la sanction internationale de leur violation. Autrement la batterie de conventions, déclarations et résolutions reconnaissant ces droits restera une question académique. Il reste donc à savoir si après l'affaire *Finta*, la pratique des États sera aussi audacieuse que les nouvelles dispositions du *Code criminel* ou si les gouvernements considèrent que les seuls crimes contre l'Humanité valant la peine d'être poursuivis sont ceux reliés à l'holocauste.

CONCLUSION

Nous avons retracé l'évolution historique et juridique (elles sont liées) des deux concepts afin de bien cerner l'origine spécifique de chaque notion et pour démontrer que leur « liaison » historique accidentelle n'a jamais enlevé le caractère générique et indépendant du crime contre l'Humanité puisque c'est au nom des *principes humanitaires* même que le droit de la guerre a été développé et reconnu en droit international. Le crime de guerre d'abord, en tant que crime d'origine double, de droit commun puis de droit international en raison de l'inclusion dans les violations des us et coutumes de la guerre de certains crimes contre l'Humanité. Le crime contre l'Humanité ensuite, en tant que crime générique d'origine purement internationale découlant du droit des gens.

Le Canada, suivant ainsi l'initiative prise par d'autres pays, a, comme nous l'avons exposé, adopté des dispositions qui reconnaissent donc

104. Comme l'indique avec tant de justesse notre collègue E. DAVID, *supra*, note 61, p. 160 :

[...] considéré avec ses développements et ajouts, le droit de Nuremberg devrait donc pouvoir s'appliquer aujourd'hui à bien d'autres individus que les quelques « dinosaures » nazis que l'on réussit encore à capturer et à traduire devant les tribunaux.

avec justesse ces différences et consacrent le caractère générique et indépendant de la notion de crime contre l'Humanité. Il s'agit là d'une réalisation audacieuse sur le plan juridique.

Si l'interprétation des nouvelles dispositions du *Code criminel* dans l'affaire *R. c. Finta* consacre, en droit international et en droit national, le caractère générique et indépendant du crime contre l'Humanité, la partie n'est pas gagnée en ce qui concerne la sanction universelle et non sélective de tels actes au Canada ou ailleurs. L'initiative canadienne est louable et conforme jusqu'à présent à l'évolution du droit international en la matière. Néanmoins nous persistons à croire que la seule façon cohérente et conséquente de sanctionner universellement les crimes contre l'Humanité consiste, d'une part, à adopter une convention internationale définissant ce crime conformément aux règles adoptées par la Commission de droit international, et tenant compte de l'évolution exprimée par les plus récentes résolutions des Nations Unies. D'autre part, il devient essentiel, si l'on veut que le droit de Nuremberg devienne autre chose qu'un tigre de papier, de créer un organe international de juridiction pénale, chargé de juger les responsables de la perpétration des crimes contre l'Humanité en vertu du droit pénal international contemporain applicable en la matière.

De la même façon que l'État sanctionne les actes criminels au nom de la protection des droits individuels et collectifs de l'ensemble de ses citoyens, la communauté internationale devra un jour prochain assurer à tous ses membres, la même protection des droits de l'Homme qu'elle prétend leur garantir à travers divers instruments internationaux.