

Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain (1)(2)**Mireille Delmas-Marty, Professeur au Collège de France**

Le massacre se distingue de la violence par sa démesure. Ce crime de masse, dont le nombre d'auteurs et de victimes se compte parfois par milliers, voire par centaines de milliers, n'acquiert, il est vrai, sa spécificité que par un surcroît qualitatif, que traduit l'idée de démesure. La masse (quantitative) des massacrés implique l'inhumanité (qualitative) de ceux qui les massacrent et qui, ce faisant, nient l'humanité de leurs victimes.

C'est pourquoi ce thème renouvelle, me semble-t-il, le débat entre le relativisme du droit pénal interne et l'universalisme du droit international pénal. Car les réponses du droit face aux massacres, les efforts du droit pour tenter de ramener à la mesure la démesure du massacre, semblent hésiter entre deux modèles: d'un côté le modèle du « droit pénal de l'ennemi », modèle inspiré par le droit pénal national et réactualisé par les attentats du 11 septembre ; de l'autre, venu du droit pénal international, le modèle du « droit pénal de l'inhumain ». Le premier modèle, caractérisé par le slogan de la « guerre contre le crime », semble particulièrement adapté au critère quantitatif. Il serait plus facile et plus efficace d'éliminer massivement des ennemis dangereux que de punir individuellement des coupables, au risque de conduire à une guerre sans limite, sans commencement ni fin. En revanche le modèle du « droit pénal de l'inhumain », que symbolise le paradigme du crime contre l'humanité répondrait mieux au critère qualitatif. L'universalisme humaniste dont il participe s'inspire du projet qui a animé le droit international de l'après seconde guerre mondiale (les tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, et plus récemment les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux internationalisés). Mais il a pu longtemps apparaître utopique.

Mon hypothèse est que désormais le droit pénal pourrait devenir l'expression d'une véritable éthique commune parce qu'il traverse les trois niveaux de l'éthique. Au premier niveau (est mal ce qui fait mal), le droit pénal apporte une réponse, si imparfaite soit-elle, à la souffrance : entre violence et massacres, le point commun serait l'universalisme de la souffrance. Mais le droit pénal reste proche du deuxième niveau, celui des représentations qui ordonnent chaque communauté autour du pouvoir, de la vie et de la mort, du sexe, de l'appropriation et du partage des biens : en droit interne, on observe le relativisme des réponses pénales à la violence, encore exacerbé par la doctrine dite du « droit pénal de l'ennemi » qui tend à justifier la force. Enfin le droit pénal est maintenant au cœur d'une internationalisation qui nous oriente, au troisième niveau, vers une méta éthique universelle caractérisant l'apparition d'un « droit pénal de l'inhumain ». Si fragile et incertain soit-il, ce nouveau modèle reconnaît l'humanité comme valeur commune à préserver et promouvoir, se proposant de fortifier la justice à l'échelle universelle.

D'où les trois temps de mon propos qui portera d'abord, en guise de préliminaire, sur l'ambivalence de la violence et la spécificité des massacres, puis évoquera le relativisme des réponses pénales et la tentation du droit pénal de l'ennemi, avant d'explorer, dans la perspective d'un droit pénal de l'inhumain, quelques pistes pour rendre ce modèle, sinon universel, du moins, plus modestement, universalisable.

Préliminaire : ambivalence de la violence et spécificité des massacres

Entre la violence et les massacres, le point commun est la souffrance des victimes : la souffrance a quelque chose

d'universel, mais elle désigne seulement les victimes et ne donne pas la clé pour aller de la souffrance de la victime à des concepts juridiques, comme la culpabilité ou la responsabilité des auteurs. Or le passage au droit impose de renoncer à associer toute violence à la figure du mal, car la violence est ambivalente, et de repérer les critères qui caractérisent la spécificité des massacres.

La violence est ambivalente car elle est fondatrice autant que destructrice : commune aux sociétés humaines, elle les relie autant qu'elle les oppose. C'est pourquoi il semble exclu d'assimiler toute violence à la figure du mal et de la criminaliser comme telle.

Les travaux de ma collègue anthropologue, le professeur Françoise Héritier⁽³⁾, ont, par exemple, très bien montré, dans le prolongement de Nietzsche ou Foucault, que « le travail de la liberté ne peut se faire sans violences »⁽⁴⁾. Ils ont également rappelé la place des violences institutionnalisées⁽⁵⁾, voire sacrificielles, qui peuvent être fondatrices de valeurs, en permettant le passage « du continu au discontinu (ou de l'indifférencié au différencié) »⁽⁶⁾. L'ambivalence inhérente à la violence empêche de la criminaliser par principe et sur un plan universel. Les règles juridiques par lesquelles la violence a été canalisée, notamment les règles pénales, diffèrent inévitablement d'un système de droit à l'autre.

À moins d'introduire le concept de cruauté⁽⁷⁾ ou, plus précisément encore, celui de négation de l'humanité, comme une façon de déplacer la question de l'universalisme en concentrant l'analyse sur la spécificité des massacres.

La spécificité des massacres fait réapparaître les deux aspects de la démesure du mal : l'aspect quantitatif (l'effet de masse) mais aussi, et surtout, l'aspect qualitatif des massacres, car la multiplication des victimes implique, au-delà de leur souffrance, une véritable dépersonnalisation, c'est-à-dire la négation de leur appartenance à la même humanité que celle du bourreau.

De cette idée que l'horreur des massacres ne tient pas seulement à l'effet de masse, plusieurs grands textes de la littérature avaient déjà eu l'intuition. L'archétype en est l'indignation de Chateaubriand devant la cruauté du massacre de Jaffa commis en 1799 par les troupes de Bonaparte sur des prisonniers qui avaient renoncé aux armes et dont la soumission avait été acceptée⁽⁸⁾. Chateaubriand s'attache à décrire les détails de la scène, « car la vérité morale d'une action ne se décèle que dans les détails », et finalement conclut que « le ciel punit la violation des droits de l'humanité : il envoya la peste »⁽⁹⁾.

Cette formule extraordinaire « les droits de l'humanité » se laisse entendre de deux manières, qui peuvent d'ailleurs être conjointes car elles révèlent toutes deux la spécificité des massacres : soit Chateaubriand anticipe ainsi sur l'apparition future de concepts juridiques comme le génocide ou le crime contre l'humanité ; soit il tente, par cette formule, d'explicitier le fondement de son indignation morale par la négation de l'humanité des victimes. Et c'est probablement pourquoi Chateaubriand fait longuement retour sur le témoignage du commissaire adjoint Miot : cet artifice rhétorique lui permet de rendre son individualité à chacune des victimes.

Il faut en effet entrer dans les détails, indépendamment des qualifications juridiques, pour saisir la spécificité des massacres. De récentes études de sciences sociales ont permis d'approfondir ce constat. Jacques Sémelin a ainsi éclairé la diversité morphologique des massacres, selon qu'ils sont perpétrés pour soumettre ; comme parfois lors de guerres et durant les colonisations ; pour éradiquer ; comme lors des « nettoyages ethniques », ou pour s'insurger ; notamment avec certaines formes qualifiées de terrorisme⁽¹⁰⁾.

À cette vision « politiste », la pénaliste Hélène Dumont⁽¹¹⁾ ajoute une perspective culturelle. Faisant observer que les croyances, la mémoire affective de chaque peuple, jouent aussi un rôle essentiel dans les génocides et les massacres, elle constate que ces crimes, loin de relever seulement d'objectifs politiques imposés de haut en bas selon

une logique pyramidale, se développent aussi de bas en haut. Cette logique de réseau, par laquelle les dynamiques locales interagissant avec les logiques étatiques, permet à la violence de s'étendre insidieusement, comme par capillarité, et de prendre cette dimension massive qui renforce l'effet de dépersonnalisation des victimes, de négation de leur humanité.

On aurait pu s'attendre à ce que ces spécificités des massacres, mieux analysées et mieux comprises par toute une somme de travaux contemporains, conduisent vers un droit pénal de l'inhumain à vocation universelle. Mais l'histoire n'est pas linéaire et la réalité demeure riche en surprises. C'est ainsi que les attentats du 11 septembre 2001, qualifiés de « terrorisme » et non de crimes contre l'humanité, ont contribué à légitimer, au nom du slogan de la « guerre contre le terrorisme », devenu un véritable paradigme, le relativisme des réponses pénales aux massacres. Un relativisme de combat, car il cède à la tentation du droit pénal de l'ennemi.

Relativisme des réponses pénales : la tentation du droit pénal de l'ennemi

Le relativisme des réponses pénales aux massacres semble prendre ici deux formes complémentaires : le durcissement de la répression pénale en droit interne et l'extension du concept de légitime défense en droit international.

Le durcissement du droit pénal interne repose sur la conviction que les exigences de la sécurité nationale imposent de supprimer les garanties pénales traditionnelles de procédure et de fond. Le courant de pensée dont il procède se nourrit d'une confusion, caractéristique en politique criminelle du modèle dit « totalitaire », entre la notion de crime — considéré comme une transgression de la normativité, comprise au sens de devoir-être —, et celle de dangerosité — conçue comme un écart par rapport à la normalité entendue comme moyenne des comportements. Cette confusion, qui commence par l'élargissement des incriminations et de la responsabilité, va jusqu'à dissoudre le droit pénal dans une logique de guerre : la punition du coupable finit par céder le pas devant l'élimination de l'ennemi dangereux.

Emprunté à l'analyse des systèmes de politique criminelle, le modèle totalitaire rejoint celui du droit pénal de l'ennemi, inspiré des théories politiques de Carl Schmitt sur la distinction de l'ami et de l'ennemi dans l'État total^[12]. Ce terme est en effet apparu chez les pénalistes allemands pour traduire l'idée que l'État ne pourra survivre que s'il accepte, au nom des exigences de la sécurité nationale, la disparition des garanties pénales traditionnelles de procédure et de fond^[13]. Largement commenté, et critiqué, en Italie, en Espagne et en Amérique latine^[14], ce modèle n'est donc pas nouveau, même si la loi française relative à la rétention de sûreté peut apparaître comme l'un des derniers avatars de cette évolution^[15].

Dans les années quatre-vingt^[16], j'avais déjà mis en lumière trois variantes de ce modèle totalitaire, la répression pouvant être soit généralisée par une clause générale permettant le raisonnement par analogie, ainsi dans le code nazi où « tout acte contraire au saint instinct du peuple doit être criminalisé et réprimé » ; soit dédoublée, la proclamation d'un état d'exception ou d'un état d'urgence permettant de déroger aux règles classiques ; soit enfin ciblée, c'est-à-dire durcie contre certaines cibles telles que la criminalité organisée, les trafics ou le terrorisme international, au risque que cette répression ciblée soit ultérieurement étendue à tout le système, par « dilatation de la figure de l'ennemi »^[17].

En réactualisant cette troisième variante^[18], les attentats du 11 septembre, ont clairement stimulé l'extension du droit pénal de l'ennemi. L'utilisation par les autorités américaines du concept de *unlawful combattant* est révélatrice de la tendance à exclure, devant les commissions militaires désormais compétentes, tant les garanties du droit pénal classique que l'application du droit international humanitaire. Avec cet avantage que les autorités répressives n'auraient pas à individualiser les prétendus terroristes et pourraient les neutraliser massivement pour leur simple dangerosité. Les recours devant la Cour suprême des États-Unis, s'ils ont permis de réintroduire quelques garanties, n'auront pu empêcher cette militarisation du droit pénal américain qui implique tout à la fois la désindividualisation et la

déjudiciarisation de la répression, et se trouve indirectement facilitée par l'extension du concept de légitime défense en droit international.

L'extension de la légitime défense en droit international se manifeste à travers l'évolution de la notion d'agression armée. Après la seconde guerre mondiale, l'interdit de l'agression a été inscrit dans la Charte de l'ONU (art. 2 § 4) et le crime d'agression, appliqué lors des procès de Nuremberg et de Tokyo, avait été défini comme « le crime international suprême ».

Et pourtant, les trois crimes du statut de Nuremberg ont connu des évolutions différentes. Il y a eu une consolidation du crime de guerre, qui vise à limiter l'inhumain durant la guerre, et autonomisation du crime contre l'humanité, qui interdit l'inhumain aussi en temps de paix. Mais le crime d'agression est resté en panne.

En panne, d'abord en droit interne : bien que l'interdit de l'agression soit inscrit dans les constitutions allemande (art. 26) et japonaise (art. 9) et que la Chambre des *Lords* lui ait récemment confirmé sa valeur de droit coutumier^[19], il est néanmoins difficile de considérer qu'il fonde le droit positif actuel, le Japon envisageant d'ailleurs d'abroger l'article 9 (*apology fatigue*)^[20].

Mais la panne affecte surtout le droit international, soulevant la question de savoir si les applications de l'après-guerre, notamment dans les procès de Nuremberg et Tokyo, suffisent pour inscrire le crime d'agression dans le droit coutumier ; ou si, tout au contraire, il s'en trouve exclu par l'évolution qui a suivi. Les États parties ne s'étant pas accordés sur une définition commune, le crime reste sans définition dans le statut de la CPI, ce qui en neutraliserait l'effet^[21].

D'un côté l'article 5 § 1 dispose que « La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants : [...] d) Le crime d'agression ». Mais de l'autre, le § 2 précise que « La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies ». Il reste à espérer une évolution lors de la conférence de révision de 2009^[22].

En attendant qu'aboutisse le processus de criminalisation, l'agression semble jouer le rôle d'un fait justificatif qui fonderait la légitimité du modèle du droit pénal de l'ennemi et permettrait d'accepter, au nom de la guerre contre le terrorisme, des pratiques inhumaines. Une telle légitimation de l'inhumain est illustrée par le dispositif mis en place aux États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001, défendu et justifié dans une Lettre d'Amérique publiée par soixante intellectuels américains, y compris d'anciens opposants à la guerre du Vietnam (comme Michael Walzer), au motif que les attentats sont « un pur exemple d'agression caractérisée contre des vies humaines innocentes, un fléau mondial que seul un recours à la force peut éradiquer »^[23].

La signification du concept d'agression se serait ainsi retournée, depuis le 11 septembre 2001, au profit de la légitime défense individuelle ou collective reconnue à la victime de l'agression, en vertu de l'article 51. Alors que le « droit naturel de légitime défense » avait été inscrit dans la Charte des Nations Unies comme soupape de sûreté pour le cas où un membre des Nations Unies aurait été l'objet d'une agression armée^[24], il a vu en effet son champ d'application progressivement étendu, au point que l'exception de la légitime défense serait transformée en règle^[25]. Son extension progressive, notamment par application à l'agression terroriste^[26], constitue « une fissure qui pourrait s'élargir encore plus »^[27] dans la Charte de l'ONU. Les concepts de guerre préemptive, voire de guerre préventive, risquant en effet de l'étendre davantage encore.

Le résultat de cette évolution du droit international, si elle perdurait, serait d'opposer aux crimes de guerre et aux

crimes contre l'humanité »; dont la fonction est d'encadrer l'inhumain », un paradigme contraire dont l'utilisation banaliserait progressivement l'inhumain, voire le légitimerait. La tentation de certains gouvernements de recourir à la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme illustre la gravité des risques auxquels expose le modèle du droit pénal de l'ennemi.

À moins que l'universalisme du droit international pénal ne l'emporte sur cette conception relativiste. C'est tout le pari du modèle alternatif du droit pénal de l'inhumain.

Vers un droit pénal de l'inhumain : les conditions d'un modèle universalisable

Pour résister à la tentation du relativisme de combat, qui sous-tend le modèle du droit pénal de l'ennemi, et contribuer à la mise en place du droit pénal de l'inhumain, comme modèle à vocation universelle, ou universalisable, l'alternative doit être crédible, donc réussir à concilier légitimité et efficacité. D'où les trois conditions relatives à la définition des crimes, à l'attribution de la responsabilité et à la nature de la sanction.

Quant à la définition des incriminations, les qualifications de crime contre l'humanité et de génocide, bien qu'elles ne se limitent pas aux massacres, en intègrent la spécificité à la fois quantitative et qualitative. Une opinion individuelle présentée à l'occasion de la première décision du tribunal pénal international avait ainsi significativement noté que « en raison de leur ampleur [*critère quantitatif*] et de leur caractère odieux [*critère qualitatif*], [*les crimes contre l'humanité*] constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité » (28). Et ses auteurs d'insister sur cet universalisme en ajoutant que ces crimes « touchent, ou devraient toucher par conséquent tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité, de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent » (29).

Deux années plus tard, les signataires du statut de la Cour pénale internationale allaient prendre en compte cette spécificité des crimes contre l'humanité. Son article 7 associe ainsi le crime contre l'humanité à des attaques systématiques ou généralisées commis contre une population civile et évoque l'appartenance des auteurs à un État ou une organisation politique (éventuellement civile, économique, culturelle ou religieuse) ayant pour but cette attaque. Cette formule marque l'ambivalence des communautés intermédiaires, tantôt auteurs (États et organisations à but criminel), tantôt victimes (au titre des communautés protégées contre discriminations). En effet s'agissant du génocide, le statut désigne les victimes par référence à un groupe national, ethnique, racial ou religieux (éventuellement politique ou culturel »; c'est un débat qui reste ouvert).

On voit ainsi comment le statut de la Cour pénale internationale permet d'intégrer dans sa définition du crime contre l'humanité et du génocide la dimension quantitativement massive du massacre. Du point de vue qualitatif, s'il est vrai que les massacres portent atteinte à la dignité de l'humanité toute entière, il reste que cette notion n'a jamais été définie. Du moins peut-on implicitement déduire de la liste des actes constitutifs de crimes contre l'humanité (art. 7 statut de la CPI) que l'humanité ainsi protégée aurait deux composantes indissociables : la singularité de chaque être humain, irréductible à son appartenance à un groupe et l'égalité d'appartenance de chacun à la communauté humaine tout entière.

Mais préciser ainsi le fondement qui sous-tend la définition des incriminations ne suffit pas à garantir la crédibilité du modèle. Encore faut-il s'engager sur le terrain de la responsabilité.

L'attribution de la responsabilité, dans le contexte d'une telle « criminalité de système » (30), risque de conduire au concept de « responsabilité collective », que le tribunal pour l'ex-Yougoslavie a pourtant plusieurs fois qualifié de primitif et d'archaïque (31). Un tel risque n'est jamais totalement exclu face aux massacres qui obligent à considérer l'ensemble des participants à des crimes que nul n'aurait pu commettre seul. Du moins peut-on tenter de trouver des réponses qui en limitent les excès.

Une première réponse est de retenir la responsabilité des dirigeants de droit ou de fait, c'est-à-dire, comme le rappelle le statut de la Cour en écho aux statuts du tribunal de Nuremberg et des tribunaux *ad hoc*, de les traiter d'une manière égale sans distinction aucune selon une éventuelle qualité officielle^[32]. Mais la réponse doit aussi concerner les intermédiaires et les exécutants, à tous les niveaux de la hiérarchie. Car en ce domaine où le système politique a transformé les hommes en rouages d'une machine bureaucratique aveugle, il revient au droit pénal de leur reconnaître une responsabilité et ainsi de transformer les rouages en êtres humains, tant il est vrai, comme Hannah Arendt le souligna lors du procès d'Eichmann, que le procès pénal accomplit non seulement une tâche de réhumanisation de la victime mais aussi du bourreau. Il en va de même pour le cas rwandais où, comme le rappelle Jacques Sémelin, le verbe : « travailler » avait fini par signifier : « tuer les Tutsis »^[33]. Associé à celui de « nettoyage », avec son cortège d'images déshumanisantes (cancrelats et autres), le « travail » exprime cette transformation de l'exécutant, criminel par obéissance, en simple rouage donc la nécessité d'un jugement pénal qui, en somme, prend le pari, en le déclarant responsable, d'humaniser le bourreau.

Du statut du tribunal aux principes de Nuremberg, puis aux statuts des TPI, enfin de la CPI le principe est donc clair : « Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut » (art. 25 § 1, statut CPI). Reste à savoir comment appliquer un tel principe dans un contexte collectif.

La comparaison avec un autre contexte collectif, celui de l'entreprise, peut éclairer la recherche à travers le concept dit « responsabilité du décideur » qui implique une scission entre les éléments constitutifs de l'infraction : la faute est imputable au décideur, mais le comportement matériel est accompli par un subordonné, qui sera lui-même responsable s'il a également commis une faute. La transposition aux crimes internationaux est suggérée par leur organisation hiérarchique, militaire ou politique. Il serait aussi injuste de sanctionner seulement celui qui se trouve au bout de la chaîne, la personne qui appuie sur la gâchette, que de punir exclusivement le chef. Pour éviter de désigner un bouc émissaire, il faut déclarer responsables tous ceux qui, à des degrés divers, participent au résultat final.

Mais les données sont ici plus complexes encore, précisément en raison du caractère massif de ces massacres, qui peuvent avoir été commis grâce au concours de nombreuses personnes (au Rwanda, par ex., des milliers de victimes furent exterminées par des milliers d'auteurs). Aussi la scission des éléments constitutifs du crime apparaît non seulement dans la chaîne verticale de commandement, mais aussi, de façon horizontale, entre les divers participants qui contribuent à « l'entreprise criminelle conjointe », concept propre au droit international pénal^[34]. Malgré les difficultés propres à cette « criminalité de système », le droit pénal devrait ainsi permettre d'individualiser la culpabilité qui fonde la responsabilité de chacun.

Quant aux sanctions, n'y a-t-il pas un leurre à prétendre les situer dans l'espace international ? D'une part en effet le rôle des juridictions internationales se limite au prononcé des peines, car elles n'ont pas les moyens de les exécuter autrement qu'en s'en remettant au bon vouloir des États ; en aval pour l'enquête sur le crime et en amont pour l'aménagement des peines en cours d'exécution.

D'autre part, même ainsi limité, le bilan du fonctionnement des TPI pour les dix premières années (1993-94 à 2004), révèle une disproportion énorme entre le nombre de condamnations prononcées par les TPI (une cinquantaine pour l'ex-Yougoslavie et une vingtaine pour le Rwanda, comparées, pour ce dernier aux quelques 700 000 victimes et aux 120 000 suspects détenus dans les prisons locales) et le budget annuel global supérieur à un quart de milliards de dollars, soit plus de 15 % du montant total du budget ordinaire des Nations Unies^[35].

Comment ne pas s'interroger sur ces procès à coût élevé et à grand spectacle qui réinventeraient le sacrifice expiatoire à l'échelle d'une communauté mondiale inexistante ? Pour évaluer l'impact de cette « justice spectacle », il a été

proposé de tenir compte du « principe de la boule de billard » : le joueur vise une première boule afin d'en atteindre une seconde qui constitue son véritable objectif (36). Ainsi en serait-il du TPIY dont la première cible se trouvait en ex-Yougoslavie, mais dont le véritable public-cible était en Occident. De ce point de vue, le tribunal a eu « un formidable succès auprès des opinions occidentales ». Jouant le rôle de « grand déclencheur du processus de lutte contre l'impunité et de judiciarisation du système international », il entraîna à sa suite la création de multiples tribunaux, internationaux (TPIR et CPI), et internationalisés, sans oublier la mondialisation des juges nationaux par développement de la compétence universelle.

Mais la question ne se pose pas seulement en termes de coûts et d'effectivité de la justice pénale, elle se pose aussi en termes de légitimité. Autrement dit, on ne peut se contenter du mot d'ordre de la lutte contre l'impunité sans évoquer la nature et les fonctions de la sanction. D'où la nécessité d'une réflexion sur la place du droit « pénal » dans une politique de punition, mais aussi de prévention, de réparation et de réconciliation (celle d'une justice « restauratrice », dit-on parfois).

Je rappellerai seulement que le philosophe Paul Ricœur critique le « rigorisme kantien » qui lui apparaît comme « un inhumain hommage à l'humanité », mais aussi la « pauvreté spirituelle » de la conception dialectisée défendue par Hegel (la peine, négation de la négation que constitue le crime, est supposée rétablir et restaurer l'ordre).

Ce n'est pas un hasard si sa méditation sur la peine, intitulée « Avant la justice non violente la justice violente » (37), prend place dans un ouvrage consacré au processus de vérité et réconciliation mis en place en Afrique du sud, en application de la Constitution provisoire de 1993, dont l'épilogue annonçait la volonté de « transcender les divisions et les luttes du passé ».

Aux violences nées de l'apartheid qui avait engendré la « transgression des principes d'humanité » et « un héritage de haine, de peur, de culpabilité et de vengeance », la réponse des nouveaux dirigeants du pays était qu'il fallait en effet, pour fonder une communauté pacifiée, transcender les divisions et les luttes : réconcilier d'abord et punir seulement en cas d'échec. L'un des mérites de la Commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud aura été ainsi de poser la question de la nature des sanctions non seulement en terme de punition mais aussi en termes de réparation et de réconciliation. À tout le moins, ces éléments indiquent les linéaments d'une réflexion sur la sanction. Ils constituent l'étape ultime, mais nécessaire, à la pleine réalisation du paradigme du droit pénal de l'inhumain.

En conclusion, face aux massacres, je retiendrai encore deux conditions pour que le modèle du droit pénal de l'inhumain devienne un idéal réalisable et universalisable.

D'une part toutes les branches du droit doivent être mobilisées. Si l'on veut résister à la tentation du droit pénal de l'ennemi, il faut construire ce modèle, que j'ai proposé de nommer « droit pénal de l'inhumain », par le jeu d'interactions entre droit interne et droit international. Autrement dit, il faut à la fois mieux intégrer, dans la justice pénale internationale, la richesse des droits nationaux, y compris en matière de sanction et de responsabilité, et mieux adapter les justices pénales nationales aux conditions du droit international, donc introduire dans le droit interne la définition des crimes, ou encore les règles d'attribution de la responsabilité. On sait déjà en effet que la justice pénale internationale ne pourra pas tout juger et qu'il faudra aussi compter sur les juges nationaux.

D'autre part le droit ne suffira pas. Les autres sciences humaines et sociales seront aussi nécessaires si l'on veut construire sur l'interdit des massacres un droit commun de l'humanité qui exprime l'émergence d'une communauté véritablement mondiale, c'est-à-dire qui unisse non seulement les États mais aussi les hommes qui composent l'humanité.

Mots clés :

(1) La RSC, dans son numéro 1/2009, a consacré un dossier au Droit pénal de l'ennemi — Droit pénal de l'inhumain constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international par Michèle Papa, p. 3  ;

Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi par Günther Jakobs, p. 7  ;

Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? par Fransisco Muñoz Conde, p. 19  ;

Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? par Massimo Donini, p. 31  ;

Dans un État de droit il n'y a que des délinquants par Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 43 .

(2) Article repris d'une intervention au Colloque organisé par le professeur Palazzo à Florence (Istituto Italiano di Scienze Umane), *La Dismisura del Male, Il Diritto di fronte al Crimini di Massi*, 3 mars 2008.

(3) F. Héritier, *De la violence* (2 tomes), Paris, Odile Jacob, 2005.

(4) D. Defer, Entre pouvoirs et interprétations dans les œuvres de Michel Foucault, *Ibid.*, p. 91-121.

(5) B. Lang, La violence au service de la religion : de quelques formes élémentaires d'agression dans la Bible, *Ibid.*, Vol. I, p. 169 ; R. Verdier (dir.), *La vengeance dans les sociétés non occidentales*, Cujas, 1981.

(6) R. Girard, *La violence et le sacré* ; L. Scubla, Ceci n'est pas un meurtre ou comment le sacrifice contient la violence, *Ibid.*, II, p. 166.

(7) E. Balibar, Violence, idéalité et cruauté, *Ibid.*, I, p. 57-87.

(8) F.-R. de Chateaubriand, *Mémoires d'outre-tombe* (3 tomes), Paris, Librairie générale française, 1973, tome 2, p. 99-101.

(9) *Ibid.*, p. 101.

(10) J. Sémelin, *Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et génocides*, Le Seuil, 2005.

- (11) V. le numéro de Criminologie dirigé par Hélène Dumont, Le crime de génocide : Construction d'un paradigme pour la criminologie, la philosophie et le droit pénal, Criminologie, 39/2, automne 2006, p. 3-188 et en part. H. Dumont, Introduction : Le crime de génocide : construction d'un paradigme pluridisciplinaire, *Ibid.*, p. 3-22.
- (12) Pour des commentaires en France, V. la préface d'E. Balibar, Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes, in C. Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes*, Seuil, 2002, p. 7-65 ; adde S. Rials, Carl Schmitt contre Hobbes, la justification de l'État total, in *Oppressions et résistances*, PUF 2008, p. 79-104.
- (13) Jakobs (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, p. 753 s. ; également cette Revue, p. 7.
- (14) V. dans cette Revue les articles de M. Papa (p. 3), Muñoz Conde (p. 19), M. Donini (p. 31), R. Zaffaroni (p. 43).
- (15) Loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JO n° 0048 du 26 févr. 2008, p. 3266.
- (16) M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements en politique criminelle*, Paris, Economica, 1983 ; V. aussi Le modèle État totalitaire, in *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 198-222.
- (17) F. Palazzo, Contrasto al Terrorismo, Diritto Penale del Nemenico e Principi Fondamentali, in *Questione Iustizia*, n° 4, 2006, p. 666-686.
- (18) E. Rubi-Cavagna, L'extension des procédures dérogatoires, cette Revue 2008. 23-40 .
- (19) Les Lords ont toutefois rejeté l'argument des requérants (opposants à la guerre contre l'Irak) qui invoquaient le crime d'agression pour légitimer des actes de sabotage sur une base de l'Otan, *R. v Jones et alia*, [2006] UKHL 16, V. C. Villarino Villa, The crime of aggression before the House of Lords, *JICJ* 4 (2006), 866-877.
- (20) V. Y. Higuchi, *Le constitutionalisme entre l'Occident et le Japon*, Helbing & Lichtenhahn, 2001 ; O. Yasuaki, Japanese war guilt and postwar responsibilities of Japon, *Berkeley Journal of international Law*, 2002.
- (21) Comp. les art. 5 § 1, du traité de Nuremberg et le § 2 du statut de la CPI. V. CPI, Assemblée des États parties, Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, 23 nov.-1^{er} déc. 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1 ; A. Thibault-Lemasson, Le crime contre la paix ou crime d'agression, De la réactivation d'une infraction de droit international classique, cette Revue 2006. 275 .

(22) V. les derniers développements du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression de la Cour pénale internationale sur la définition substantielle (et notamment le lien avec la Charte des Nations Unies, et l'invocation de la légitime défense collective et l'action coercitive décidée par le Conseil de sécurité) et sur les aspects procéduraux (notamment le lien avec la détermination de l'existence d'un acte étatique inconventionnel d'agression préalablement à toutes poursuites pénales individuelles pour crime d'agression).

(23) V. <http://www.icc-cpi.int/asp/aspaggression.html&l=fr> ; Lettre d'Amérique, Le Monde, 15 févr. 2002.

(24) En vertu de l'art. 51, « aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales [...] ».

(25) A. Cassese, Article 51, in J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3^e éd., Economica, 2005, p. 1358.

(26) V. les résolutions 1368 (12 sept. 2001) et 1373 (28 sept. 2001) du Conseil de sécurité.

(27) *Ibid.*, p. 1359.

(28) Opinion présentée conjointement par le juge McDonald et le juge Vohrah, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, arrêt de la Chambre d'appel, 7 oct. 1997, par. 21.

(29) *Ibid.*

(30) H. Ascencio, Crimes de masse et responsabilité individuelle, in *Le TPIY : le droit à l'épreuve de la purification ethnique*, L'Harmattan, 2000, p. 136 s.

(31) V. A. Cassese, Rapport annuel du tribunal pénal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, A/49/150 (17 août 1994), par. 16 ; *adde* S. Manacorda, *Imputazione Colettiva e Responsabilità Personale, Uno studio sui paradigmi ascrivibili nel diritto penale internazionale*, G. Giappichelli (éd.), 2008.

(32) V. les art. 27 et 28 du statut de la CPI.

(33) V. H. Arendt, *Eichmann à Jerusalem*, Paris, Gallimard, 1966 et J. Sémelin, *op. cit.*

(34) V. l'art. 25 (3) a du statut de la CPI.

(35) V. *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Rapport préc., n° 42.

(36) P. Hazan, Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon : plaider pour l'évaluation de la justice transitionnelle, *Rev. internat. Croix Rouge*, 2006, p. 343-365.

(37) P. Ricœur, Avant la justice non violente la justice violente, in B. Cassin, O. Cayla et P.-J. Salazar (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Seuil, 2004, p. 159-172.

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés