

# Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international

Frédéric Mégret

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2013/2 Volume 71 , PAGES 83 À 136  
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.071.0083

Date de mise en ligne : 06/01/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-2-page-83?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



## Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international

Frédéric MÉGRET

Professeur agrégé, Faculté de droit, Université McGill, et titulaire de la Chaire de recherches du Canada en droits de la personne et pluralisme juridique

« In the prisoners' dock sit twenty-odd broken men. [...] Merely as individuals their fate is of little consequence to the world. What makes this inquest significant is that these prisoners represent sinister influences that will lurk in the world long after their bodies have returned to dust. We will show them to be living symbols of racial hatreds, of terrorism and violence, and of the arrogance and cruelty of power. They are symbols of fierce nationalisms and of militarism, of intrigue and war-making which have embroiled Europe generation after generation, crushing its manhood, destroying its homes, and impoverishing its life. They have so identified themselves with the philosophies they conceived and with the forces they directed that any tenderness to them is a victory and an encouragement to all the evils which are attached to their names. Civilization can afford no compromise with the social forces which would gain renewed strength if we deal ambiguously or indecisively with the men in whom those forces now precariously survive. »<sup>1</sup>

« Que vous n'auriez pas, de vous même, décidé de passer par les armes des milliers de civils et de personnes désarmés, la Chambre peut l'admettre [...] Mais il n'en demeure pas moins que vous êtes coupable, Général Krstic. [...] Je considère qu'il est essentiel de faire la part de ce qui pourrait être une responsabilité collective de ce qui est une responsabilité individuelle. Le Tribunal n'est pas destiné à traiter d'une éventuelle responsabilité collective. Ce qui m'intéresse dans chacun des procès que j'ai à juger dans cette enceinte, c'est de vérifier si les éléments de preuve qui nous ont été soumis permettent de déclarer un accusé coupable. Je veux juger un accusé. Je ne juge pas un peuple. Oui, il y a eu en ex-Yougoslavie des attaques contre des populations civiles. Oui il y a eu des massacres, des persécutions. Oui certains de ces crimes ont été commis par des forces serbes. Mais, pour paraphraser les mots d'un grand humaniste, j'estime que ce serait insulter le peuple serbe et trahir la notion de société civile que d'assimiler ce mal à l'identité serbe. Il serait cependant tout aussi monstrueux de ne donner aucun nom à ce mal, car cela pourrait être

---

<sup>1</sup> Justice Jackson, *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946 (The Blue Set)*, Nuremberg, Allemagne, 1947, vol. 2, 21 novembre 1945, p. 98.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

offensant pour les Serbes. En juillet 1995, Général Krstic, vous avez adhéré au mal »<sup>2</sup>.

A soixante années d'intervalle, ces deux citations, tout en traitant de questions très différentes, renvoient à deux grandes options théoriques : que la responsabilité pénale individuelle en droit international symbolise quelque chose de plus large, de presque hégélien dans son ampleur historique ; ou bien, qu'elle vienne consacrer principalement une faillite ou une turpitude, désastreuse dans son incidence, mais fondamentalement individuelle. Sans doute en la matière ne faut-il pas s'arrêter à ce que les tribunaux pénaux internationaux disent, et regarder avant tout ce qu'ils font. Ces formules rhétoriques sont néanmoins des moments privilégiés pour étudier le devenir de la justice pénale internationale, tant elles trahissent certaines des tensions à l'œuvre en son sein. Se peut-il que la justice pénale internationale contemporaine traduise une nette inflexion individualiste, consistant en un resserrement sur la problématique du « mal », là où la justice incarnée à Nuremberg aurait été plus consciente de l'imbrication de l'individuel et du collectif ? En dehors de la question historique, quels sont les éventuels coûts cachés et les effets, tant symboliques que réels, du primat qui semble désormais accordé à la responsabilité individuelle dans les relations juridiques internationales ?

La responsabilité pénale individuelle, assurément, fait figure de grande conquête du droit international depuis un demi-siècle, et a été spectaculairement ravivée durant les deux dernières décennies grâce à l'investissement considérable consenti à la création d'institutions de justice pénale internationale. Aujourd'hui, non seulement l'existence en droit positif d'un tel principe ne fait-elle plus de doute, mais la responsabilité individuelle fait l'objet de toutes les sollicitations, voire d'un véritable engouement auprès du grand public. Ne vient-elle pas consacrer un droit international à vocation cosmopolitique capable en dernière analyse de « voir » les individus derrière les structures, et de les forcer à rendre des comptes ? N'y a-t-il pas là une sorte de brillante validation de ce que le droit international concourt à protéger l'Humanité en s'appuyant sur les êtres humains eux-mêmes, leurs droits bien sûr mais aussi leurs obligations sacrées à l'égard de la collectivité humaine ? Et cette attention aux individus ne fait-elle pas entrer le droit international dans une ère de modernité épistémologique, plus pragmatique et moins encline à voir dans de simples fictions les sujets et causes agissantes de l'Histoire ?

---

<sup>2</sup> Juge Almiro RODRIGUEZ, cité dans *Première condamnation pour génocide par le Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie: Radislav krstic condamné à 46 ans d'emprisonnement*, La Haye, 2 août 2001, OF/S.I.P./609f.

Cet article ne reviendra pas sur le caractère acquis de l'émergence de la responsabilité individuelle en droit international, mais entend la questionner dans ce qu'elle implique pour la nature même de la justice pénale internationale et, au-delà, l'évolution du système international. Dans le système d'échanges symboliques que constitue le droit international, en effet, toute insistance sur une facette de la problématique du monde aboutit souvent à détourner l'attention d'autres facettes. Plus : toute forme de responsabilité se construit sinon contre du moins en tension et comme en opposition avec d'autres formes de responsabilité. La responsabilité pénale individuelle ne déroge pas à la règle, et constitue bien une sorte d'« anti-responsabilité étatique ou collective ». Il s'agit dès lors de s'interroger sur les conditions de possibilité de l'émergence d'un discours international désormais de plus en plus recentré sur une sorte de primat de la responsabilité individuelle, afin d'en comprendre l'économie propre. Pilier central de la justice pénale internationale, la responsabilité pénale individuelle est aussi l'un de ses concepts les plus fragiles, si bien que l'évaluer est aussi une manière d'envisager l'ensemble du projet de manière critique<sup>3</sup>.

Inspiré par les théories critiques du droit international et leur attention aux effets « distributifs » de toute logique normative, mais aussi une attention plus large à la dynamique de changement des systèmes normatifs complexes, on commencera par s'interroger sur les mutations ayant rendu possible une telle construction (1) avant d'en souligner certaines limites (2). On s'attachera ici moins à en retracer les enjeux doctrinaux déjà assez largement abordés ailleurs<sup>4</sup> qu'à analyser le processus de construction intellectuelle sous-jacent à la focalisation croissante sur la responsabilité pénale comme clef de voûte de l'ordre juridique international, ainsi qu'aux problèmes qu'elle pose. Il nous paraît en effet évident que cette évolution est à mettre en rapport avec toute une série de controverses théoriques et philosophiques avec lesquelles le droit international interagit, fut-ce de manière souterraine, précisément afin de lutter contre un formalisme et un

---

<sup>3</sup> En cela, cet article est un jalon dans un travail que nous avons entamé de longue date consistant à poser les bases d'une théorie critique de la justice pénale internationale. Voy. notamment F. MEGRET, « Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual Project », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 2002, p. 193-247. F. MEGRET, « Trois paradigmes de la justice pénale internationale », *Observateur des Nations Unies*, vol. 32. F. MEGRET, « International Criminal Justice and Practices of Stigmatization », *Law & Contemporary Problems*, 2014 (à paraître). F. MEGRET, « International Criminal Justice: A Critical Research Agenda », in Christine Schwobel, (éd.). *Critical Approaches to International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 (à paraître).

<sup>4</sup> E. van SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 371 p.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

positivisme réducteurs (et même suspects) s'agissant d'un phénomène aussi complexe.

## **1. La construction de la responsabilité pénale individuelle en droit international**

Proclamée pour la première fois par le Traité de Versailles, consacrée par le Tribunal de Nuremberg et devenue depuis centrale à l'édifice pénal international à travers, notamment, le succès croissant depuis les années 90 des tribunaux pénaux internationaux, la responsabilité pénale internationale de l'individu fait aujourd'hui figure de donnée incontestable du droit positif. On tâchera ici d'analyser ses différents fondements intellectuels, avant de se pencher sur sa nature profonde.

### **A. Fondements**

L'individu a toujours occupé une place en filigrane du droit international, même à son époque la plus classiquement tournée vers la protection des intérêts des souverains. L'individu a cependant pendant longtemps été comme absorbé par « l'Humanité », c'est à dire l'ensemble indifférencié des êtres humains, au bénéfice desquels l'ordre juridique international était pour certains censé se déployer. Tout au plus l'individu apparaissait-il comme « objet » d'une éventuelle sollicitude internationale, mais encore de manière très indirecte. La particularité de la « rupture de Nuremberg » est bien d'introduire l'individu en tant que tel et non plus en tant que parcelle d'un tout, et surtout de le faire apparaître comme sujet de droit. Cette construction proprement saisissante car très peu annoncée auparavant et surprenante par l'ampleur qu'elle prend d'emblée dans l'imaginaire international est, au-delà des circonstances propres à l'après Seconde guerre mondiale lui ayant donné lieu<sup>5</sup>, avant tout le fruit de mutations intellectuelles profondes dans l'entendement du système international. On suggérera ici quatre fondements entrelacés dont la compréhension doit nécessairement faire le lit de toute analyse du phénomène individualiste en droit international.

#### *1. Fondement pragmatique et utilitaire*

Le premier est une sorte de fondement pragmatique, politique et utilitaire, tourné vers les objectifs du droit international. Traditionnellement,

---

<sup>5</sup> On pense notamment au fait que l'Etat allemand ait quasiment cessé d'exister, ce qui eut rendu l'attribution de la responsabilité plus difficile. On ressortit cependant à la responsabilité individuelle même dans le cas japonais alors que cet Etat n'avait pas cessé d'exister.

l'on considérait que le moyen le plus efficace pour mettre en œuvre le droit international était de s'en prendre directement et exclusivement à l'Etat<sup>6</sup>. Tout se passe, à l'inverse, comme si la responsabilité pénale individuelle procédait d'un constat historique d'échec du droit international et notamment de la responsabilité étatique. L'ascendant historique de la responsabilité pénale individuelle peut ainsi se comprendre par la manière dont ses théoriciens et praticiens se sont engouffrés dans la brèche laissée béante par l'ordre juridique international classique : simple responsabilité pour fait illicite, incapacité à se hisser à la hauteur du défi moral des crimes de masse, ou encore apories bien connues de l'engagement de la responsabilité étatique, et notamment faible empressement des Etats à se comporter comme si existait réellement des obligations erga omnes<sup>7</sup>. Selon le Tribunal de Nuremberg, « c'est *seulement* en punissant les hommes qui commettent ces crimes *que les dispositions du droit international peuvent être respectées* »<sup>8</sup>. Là où la dissuasion à l'égard des Etats est trop diffuse et partagée, l'individu sera au contraire prompt à réagir à la perspective d'une sanction le ciblant directement. La responsabilité pénale individuelle est ici justifiée par un principe *d'effectivité*, renforcé par un impératif de sécurisation du monde rendu plus pressant après les grands conflits mondiaux. Par exemple, pour Georges Scelle :

« C'est la considération d'exemplarité, qui est la base de tout ordonnancement pénal. On s'est convaincu, en effet, que la responsabilité de l'Etat, précisément parce qu'elle n'affecte pas les responsables, reste illusoire (...) surtout n'est pas de nature à prévenir les guerres »<sup>9</sup>.

En outre, c'est moins ici la question de savoir si l'Etat pourrait dans l'absolu commettre des crimes de droit international qui motive le raisonnement qu'une crainte que, dans un système de mise en œuvre primitif, l'idée de crime d'Etat aille dans le sens d'un regain de l'usage de la force dans les relations internationales, question incontestablement d'actualité<sup>10</sup>. Pour d'autres, la peur est que le fait de s'en prendre à une

<sup>6</sup> Voy. par exemple G. FITZMAURICE, *The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1957, p. 88. (It is only by treating the State as one indivisible entity, and the discharge of the international obligations concerned as being incumbent on that entity as such, and not merely on particular individuals or organs, that the supremacy of international law can be assured – the atomization of the personality of State is necessarily fatal to this.)

<sup>7</sup> Thème que nous avons exploré par l'absurde dans F. MEGRET et A. HARRINGTON, « The Rise and Fall of Eunomia », *Available at SSRN 1983135*, 2010.

<sup>8</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>9</sup> G. SCELLE, *Cours de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 970-971.

<sup>10</sup> E. HULA, « The Revival of the Idea of Punitive War », *Thought*, vol. 21 / 3, 2008, p. 405-434.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

criminalité systémique amène à une plus grande résistance de la part des Etats<sup>11</sup>.

En outre, on peut dire que l'individualisation de la responsabilité individuelle a aussi un rôle en matière de droit international humanitaire notamment dans les conflits futurs, car elle permet notamment de distinguer entre les dirigeants coupables de crimes contre la paix, et les simples exécutants qui ne peuvent eux être considérés comme redevables de décisions prises par les têtes dirigeantes de l'Etat. Qu'il s'agisse d'une fiction ou d'une réalité, une telle construction renforce l'idée rousseauiste de la guerre comme un conflit qui n'oppose pas les soldats individuels comme ennemis mais uniquement comme adversaires, lesquels se doivent donc un certain respect.

On assiste également et surtout dès la fin de la Seconde guerre mondiale à des types de raisonnement constituant une manifestation précoce de la logique de justice transitionnelle<sup>12</sup>. En effet, la responsabilité pénale de l'individu se construit avant tout avant et à Nuremberg comme une réaction aux errements perçus de l'après Première Guerre Mondiale. Comme on le sait, le traité de Versailles, en faisant « payer » à l'Etat allemand et donc à l'ensemble de la population allemande les conséquences la Première guerre mondiale, est associé historiquement à l'humiliation allemande ayant fait le lit du nazisme. Car derrière la fiction juridique de l'Etat<sup>13</sup> c'est inmanquablement la population qui subit les conséquences réelles de ces imputations juridiques internationales<sup>14</sup>. Après la Seconde Guerre Mondiale, les mesures de rétorsion collective dont firent l'objet les allemands d'Europe de l'Est et, dans une moindre mesure, le programme de dénazification qui fit suite à Nuremberg attestèrent

<sup>11</sup> J. KU, « How System Criminality Could Exacerbate the Weaknesses of International Criminal Law », *Santa Clara J. Int'l L.*, vol. 8, 2010, p. 365-372.

<sup>12</sup> Les considérations qui inspirent le concept ne sont en effet pas nées avec sa conceptualisation comme champ. Voy. T. O'DONNELL, « Executioners, bystanders and victims: collective guilt, the legacy of denazification and the birth of twentieth-century transitional justice », *Legal Studies*, vol. 25 / 4, 2005, p. 627-667.

<sup>13</sup> Cette fiction a néanmoins son utilité propre. La concentration sur la responsabilité individuelle permet notamment de sauvegarder une sorte de respect pour la souveraineté de l'ennemi défait, au-delà de la condamnation d'agissements par une petite minorité. En cela, la responsabilité pénale individuelle « parle » d'une certaine manière le langage du droit international public, c'est à dire celui d'un ordre avant tout consacré à la sauvegarde d'un modèle d'organisation étatique de l'international.

<sup>14</sup> Certes, les réparations n'avaient pas stricto sensu de dimension pénale et s'inscrivaient dans une logique compensatoire ; mais il n'est pas difficile de voir comment elles furent conçues tant par l'opinion publique française qu'allemande comme punitives. Elles l'étaient du seul fait qu'elles revenaient à faire porter l'entière responsabilité de la Première guerre mondiale sur l'Allemagne, là où une telle fiction était difficilement soutenable.

simultanément du danger de mesures collectives que la justice pénale internationale était censée éviter<sup>15</sup>. Du moins à Nuremberg :

« Outside, before the gates of the courthouse, stands a deeply moved German people, whose former leaders the defendants were. But regardless of how the trials will end, the Defense must be given credit for one thing—namely, that with regard to the question of the guilt of the German people, one will never again be able to talk about complicity or collective guilt—perhaps rather about collective disgrace, because they were German men under whose leadership crimes of the most horrible kind were committed »<sup>16</sup>.

On retrouvera par après très fortement inculqué dans la psyché des juristes internationaux cette idée qu'il faut éviter l'opprobre un peu lâche et suspecte d'une responsabilité collective, notamment afin de ne pas faire le lit d'un sentiment d'injustice, pouvant mener à des revanches ultérieures, des manipulations politiques, ou à un révisionnisme destructeur<sup>17</sup>. La responsabilité pénale individuelle s'inscrit ici dans une vision conséquentialiste de la justice pénale internationale qui contraint et justifie son rétributivisme<sup>18</sup>. En réfléchissant au legs de Nuremberg et Tokyo, Richard Goldstone a par exemple ces mots, très caractéristiques de l'état d'esprit qui prévaut dans les années 90 et constitue la doxa de la mouvance anti-impunité :

« (...) the very important lesson learned from Nuremberg and Tokyo was the need to individualize guilt. In bringing culprits to account, enforcement of the law serves the very important purpose of avoiding a collective guilt syndrome: avoiding laying guilt upon a whole people, ethnic group or national because of the misdeeds and manipulation of perpetrators associated with the particular group. (...) Through the criminal trial process, focus was placed upon the accused as individual criminals or leaders and not as representatives of the German people »<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> T. O'DONNELL, *op. cit.*, supra note 12.

<sup>16</sup> Dr. Gustav STEINBAUER, *op. cit.*, supra note 1, Vol. 19, 19 juillet 1946, p. 46.

<sup>17</sup> M. MINOW, « The Work of Re-Membering: After Genocide and Mass Atrocity », *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 2000 1999, p. 430-439.

<sup>18</sup> J. SAADA, « La justice pénale internationale, entre idéaux et justification », *Revue Tiers Monde*, 2011, p. 47-64.

<sup>19</sup> R. GOLDSTONE, « The United Nations' War Crimes Tribunals: An Assessment », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 12, 1997 1996, p. 227-240, p. 229. Egalement A. CASESE, « Reflections on International Criminal Justice », *Modern Law Review*, vol. 61 / 1, 1998, p. 1-10, p. 6.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

Cette logique est fortement reprise par le Procureur du TPIY, Carla del Ponte, lorsqu'elle affirme à qui veut l'entendre dans la région (en l'espèce en Croatie):

« It seems that too many ordinary Croatian people regard all Serbs and all Muslims as being responsible for the atrocities which were committed during the conflict against Croats. Similarly, too many ordinary Serb people regard all Croats and all Muslims as being responsible for the atrocities committed against Serbs. And also, too many ordinary Muslim people regard all Croats and all Serbs as being responsible for the atrocities committed against Muslims. These notions of collective guilt are wrong and will hinder reconciliation. The truth is that all Serbs, all Muslims and all Croats are not responsible for the crimes committed by a relatively small number of offenders »<sup>20</sup>.

Il en va même d'une certaine logique d'ingénierie sociale : il s'agit de stigmatiser les Nazis, les responsables du *Hutu power* ou encore les *leaders* bosno-serbes justement afin de mieux écarter d'eux les populations, en leur offrant en échange une forme d'absolution implicite. On précipite ainsi un glissement vers un état d'amnésie douce mais qui permettra à une société d'aller de l'avant sans devoir se confronter quotidiennement au reflet de ses propres turpitudes. Sir Hartley Shawcross ne dit rien d'autre quand, ancien Procureur britannique à Nuremberg, il prend la plume pour soutenir en 1996 la création du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie : « there can be no reconciliation unless individual guilt for the appalling crimes of the last few years replaces the pernicious theory of collective guilt on which so much racial hatred hangs »<sup>21</sup>.

## 2. Fondement analytique et historique

Mais l'insistance sur les bienfaits escomptés de la responsabilité individuelle se double également d'un diagnostic d'ordre plus social-scientifique. Le Tribunal de Nuremberg le dit bien, ce sont *des hommes* qui commettent les crimes de droit international, et il s'agit là a priori plus d'un constat que de l'identification d'une « policy » ou d'une exhortation morale. On pense par exemple à la manière dont sont perçus l'ascension du

<sup>20</sup> Press Statement made by the Prosecutor Carla Del Ponte in Zagreb on Wednesday 5 April 2000, PR/P.I.S./488-E. Egalement, Statement by Prosecutor, Carla del Ponte on the Occasion of her Visit to Belgrade, The Hague, 30 January 2001, P.I.S./558-E (« I want to make one point very clear: I reject strongly notions such as collective guilt, and I do not intend to put the whole Serbian people on trial. On the contrary, I want to help Serbia turn the page and bring to justice those who, as individuals, are responsible for the crimes under our jurisdiction. »). Egalement, TPY, *Le Procureur c./ Mladić*, affaire n° IT-09-92, Transcript, lundi 8 juillet 1996, p. 894.

<sup>21</sup> *International Herald Tribune*, 23 mai 1996, p. 8.

nazisme, les décisions menant à l'invasion de la plus grande partie de l'Europe et le funeste processus ayant abouti à la Solution finale. La propagande alliée avait abondamment insisté sur la responsabilité de Hitler, et les expressions de « clique hitlérienne » (ou d'« Allemagne hitlérienne ») popularisées par les soviétiques sont entendues de la bouche du Général Rudenko jusqu'à Nuremberg. On assiste donc à une véritable personnalisation voir une folklorisation des responsabilités de guerre, bien entendu renforcée par les caractéristiques propres du régime nazi, lui-même construit autour d'une grotesque hyper-personnalisation de la décision politique en la personne du Führer.

La distinction que fait George Fletcher entre lectures « expansionnistes » (romantiques) et « réductionnistes » (libérales) du monde paraît ici utile<sup>22</sup>. Là où traditionnellement le droit international ou l'historien auraient vu la vaste conflagration de souverains ou de peuples, le juriste pénal international ne voit que de petits individus, éventuellement dotés d'un formidable esprit d'entreprise criminelle mais néanmoins rouages autonomes de la mécanique du crime. La pensée pénale internationale projette en quelque sorte le type d'individus dont elle a besoin et qu'elle a contribué à imaginer : économicistes, « interest maximizing » et donc vulnérables à son discours d'ordre et de dissuasion. Si la justice pénale internationale ne s'imaginait pas s'adresser à de tels prototypes de *l'homo economicus*, alors elle devrait sans doute se résoudre à n'être qu'un souffle fluët dans la cacophonie du monde, au lieu de quoi elle peut s'imaginer comme étant son principe ordonnateur. Par la même occasion, la responsabilité est bien celle de certains individus et donc implicitement pas celle de tous les individus. Si les nazis et les génocidaires rwandais sont bien jugés pour leurs crimes, on soulignera par ailleurs le fait qu'il y eut des allemands qui sauvèrent des juifs et des Hutus qui portèrent secours à des Tutsis.

En cela, la responsabilité pénale individuelle représente un double alignement avec une certaine pensée libérale criminologique et de relations internationales. De la première elle retient l'idée que l'individu commet le crime, même si celui-ci a des motivations et des causes complexes ; à la seconde elle apporte une sorte d'alignement entre les notions d'« acteurs » (des relations internationales) et de « sujets » (du droit international). Elle est imprégnée de considérations « d'individualisme méthodologique », réduisant d'autant les effets de structure au profit d'une compréhension des

---

<sup>22</sup> G.P. FLETCHER, « The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt », *The Yale Law Journal*, vol. 111 / 7, mai 2002, p. 1499-1573, p. 1508.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

phénomènes sociaux comme l'agrégation de décisions individuelles. En outre, elle semble prendre acte de ce que politiquement l'individu est de plus en plus actif et autonome, ce qui amène Tom Franck à considérer que la responsabilité collective est « the discredited detritus of an age when individuals were legally indistinguishable from, and mere serfs of, their ruler : the king or state »<sup>23</sup>. A l'heure de la mondialisation, l'accent sur la responsabilité individuelle semble plus en ligne avec une certaine idée de la toute puissance de l'individu, de mieux en mieux informé de ses devoirs et obligations internationaux et qui, éventuellement, se « cache » derrière le souverain pour assouvir ses desseins criminels.

### 3. *Fondement pénal et internationaliste*

Bien entendu, l'émergence de la responsabilité pénale individuelle trouve également racine dans certaines constructions intellectuelles implicites au droit (en dehors, encore une fois, des seules considérations tirées du droit positif). Elle doit bien se concevoir, notamment, comme opérant à la croisée tant du droit pénal que, de manière plus surprenante, du droit international lui-même. Tout d'abord, on peut concevoir le renoncement graduel du droit international à l'attribution d'une responsabilité collective comme relevant avant tout d'un mouvement de modernisation pénale de très longue haleine, visant à rejeter celle-ci comme excessivement primitive et rudimentaire. On sait en effet que la responsabilité des membres du groupe pour les actes de ses membres caractérisa longtemps le droit féodal, et continue d'irriguer le débat pénal dans certains pays de manière très peu libérale. Une telle option est largement perçue comme rétrograde et vexatoire, notamment sur le fondement des droits de l'homme, puisque tout simplement elle aboutit à condamner l'individu innocent. Elle est d'ailleurs souvent utilisée en dehors du cadre strictement pénal, à des fins disciplinaires, en particulier dans des espaces d'enfermement (par exemple, le *goulag*), voire comme une manière de terroriser la population. A ce titre, l'idée de responsabilité individuelle est bien entendu puissamment véhiculée par le droit pénal moderne lui-même, dont l'irruption dans la sphère internationale se traduit nécessairement par un resserrement de la notion de responsabilité autour de l'individu. L'insistance sur l'aspect uniquement individualiste de la justice pénale internationale fait partie de la *doxa*

<sup>23</sup> T. FRANCK, « Individual Criminal Liability and Collective Civil Responsibility: Do They Reinforce or Contradict One Another », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 6, 2007, p. 567-573, p. 569.

pénaliste la mieux partagée<sup>24</sup>, et les avocats de la défense à Nuremberg ne se priveront pas de le rappeler<sup>25</sup>.

Il s'agit cependant d'une évolution à laquelle le droit international s'était lui-même préparé, et qui ne lui est pas étrangère. Le *Jus gentium*, qui avait pourtant, à l'origine, participé à la popularisation de la notion de responsabilité collective, témoigne également à son endroit d'une prévenance ancienne. Grotius avait ouvert la voie en insistant sur le fait que « (...) personne ne peut être puni raisonnablement pour un Crime d'autrui, lors qu'il est lui même innocent »<sup>26</sup>. Le souvenir du massacre des réformistes de Flandre par le Duc d'Albe, suite à une condamnation de l'ensemble des habitants par Pie V, fait à ce titre partie incontestable de la mémoire profonde du droit international, très marquée par l'ostracisme des Guerres de religion. A l'époque contemporaine, cette évolution en droit international se retrouve notamment, en temps de guerre, dans la prohibition des punitions collectives et des prises d'otages par les Conventions de Genève<sup>27</sup> (notamment après l'usage extensif et inique qu'en firent les autorités allemandes d'occupation en Europe de l'Est<sup>28</sup>), la désuétude des représailles ou encore le renoncement à la pratique consistant à confisquer les biens privés de la population ennemie. On pense également à la manière dont les Etats ont peu à peu renoncé à la diplomatie de la canonniers à l'appui de la collecte de dettes. Une séparation plus nette entre responsabilité pénale individuelle et responsabilité (« civile ») internationale étatique contribue alors à une modernisation bienvenue du droit international<sup>29</sup>. Les voix qui se sont par exemple élevées contre les

---

<sup>24</sup> Voy. par exemple A.M. DANNER et J.S. MARTINEZ, « Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law », *California Law Review*, vol. 93 / 1, 2005, p. 75-169. (« Whatever broader social trends the crime may grow out of and whatever ripple effects the criminal trial might have, the legal focus of the trial is narrow : determining the past acts and ultimate fate of the individual defendant »)

<sup>25</sup> Dr. GAWLIK, *op. cit.*, supra note 1, Vol. 22, 27 août 1946, p. 43 ; Dr. MERKEL, vol. 21, 23 août 1946, p. 496-497 ; vol. 19, Dr. Alfred SEIDL, 25 juillet 1946, p. 386 ; vol. 8, Herr Babel, 1<sup>er</sup> mars 1946, p. 422.

<sup>26</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre, et de la paix. Par Hugues Grotius. Nouvelle traduction, par Jean Barbeyrac ... Avec les notes de l'auteur même, qui n'avoient point encore paru en françois; & de nouvelles notes du traducteur.*, vol. 1, E. Thourneisen, 1746, 482 p., p. 653.

<sup>27</sup> Articles 33 et 34 de la Convention de Genève, 1949.

<sup>28</sup> On pourrait également mentionner l'incarcération de ressortissants d'origine japonaise aux Etats-Unis durant la Seconde guerre mondiale, même s'il s'agissait d'une détention a priori administrative et à dimension préventive plus que de représailles.

<sup>29</sup> Q. WRIGHT, « International Law and Guilt by Association », *The American Journal of International Law*, vol. 43 / 4, octobre 1949, p. 746-755.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

sanctions imposées à l'Irak ou, plus récemment, à l'Iran, invoquent fréquemment cet argument contre les punitions collectives<sup>30</sup>.

#### 4. Fondement ontologique et moral

Enfin, l'idée de responsabilité pénale individuelle recèle indéniablement une forte connotation morale ontologique, au sens où elle traduit une foi humaniste dans le libre arbitre et l'auto-détermination comme essence de l'homme. Seul l'individu, en définitive, est capable d'endosser une responsabilité pénale car seul l'individu est capable de faute morale. Les Etats, notamment, seraient incapables de « morale » ou d'état volitionnels en tant que tels car incapables de conscience<sup>31</sup>. C'est ainsi que pour Grotius :

« La véritable raison de cela n'est pas que les Peines ont été établies pour corriger les Hommes, [...] raisonne sur ce sujet; car on peut, ce semble, faire un exemple hors de la personne même du Coupable, en la personne néanmoins de quelqu'un qui le touche de près, (...) mais c'est parce que toute obligation à la Peine vient de ce qu'on l'a méritée; or tout mérite ou démérite est personnel, comme ayant pour principe la volonté de chacun, qui est ce que l'on a de plus propre & de plus incommunicable; idée que donne le mot Grec dont on se sert pour exprimer le Libre Arbitre »<sup>32</sup>.

A l'inverse, ne pas attribuer une responsabilité directe aux individus contribue à leur sentiment d'irresponsabilité morale, et donc *in fine* aux violations du droit international. La critique de la responsabilité étatique adopte dès lors parfois un ton radical, comme lorsque Philip Allott s'en prend à l'un des « vices » comme le fait que celle-ci « consecrates the idea that wrongdoing is the behavior of a general category known as "states" and is not the behavior of morally responsible human beings. ...The moral effect of the law is vastly reduced if the human agents involved are able to separate themselves personally both from the duties the law imposes and from the responsibility which it entails »<sup>33</sup>. La responsabilité collective ne serait alors qu'une manière d'absoudre certains individus. Hannah Arendt, par exemple, soulignait dans le contexte allemand comment « the cry 'We are all guilty' that at first hearing sounded so very noble and tempting has actually only

<sup>30</sup> A.K. FISHMAN, « Between Iraq and a Hard Place: The Use of Economic Sanctions and Threats to International Peace and Security », *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 13, 1999, p. 687-727.

<sup>31</sup> C. APTEL, « Justice pénale internationale: entre raison d'Etat et Etat de droit », *Revue internationale et stratégique*, vol. 3 / 67, 2007, p. 71-80.

<sup>32</sup> H. GROTIUS, *op. cit.*, supra note 26, p. 653.

<sup>33</sup> P. ALLOTT, « State responsibility and the unmaking of international law », *Harv. Int'l. LJ*, vol. 29, 1988, p. 1-26, p. 14.

served to exculpate to a considerable degree those who actually were guilty. Where all are guilty, nobody is »<sup>34</sup>. De fait, l'idée d'une culpabilité collective allemande est notamment propagée par Hans Frank, le grand « repenté » de Nuremberg » qui, en avouant devant le Tribunal de Nuremberg les fautes de l'Allemagne, est soupçonné de vouloir réduire son rôle propre en le diluant dans un océan de faute<sup>35</sup>.

Remarquons enfin que l'attribution d'une responsabilité pénale ne résulte pas seulement du *constat* du rôle réellement moral des individus (l'on est plutôt confronté à l'exacte opposé dans le cas des crimes de masse), mais les *constitue* comme sujets du droit international ne pouvant pas échapper à leurs responsabilités au prétexte de servir leurs maîtres souverains. La justice pénale internationale servirait ainsi le but d'une profonde moralisation des relations internationales.

### **B. Nature**

On s'attachera ici à brièvement relever quatre caractéristiques fondamentales de la responsabilité pénale de l'individu en droit international, qui sont autant de conséquences de cette responsabilité sur la construction des sujets légitimes du droit international, leur vocation et leur utilité.

#### *1. Individualiste*

La responsabilité de l'individu en droit international traduit bien une forme d'idéologie individualiste dont non seulement, elle est issue mais qu'elle contribue à propager, et qui va au-delà de sa seule concentration individuelle<sup>36</sup>. En droit international, cette analyse vient fortement perturber la construction classique dans laquelle l'individu était soit un simple particulier relevant uniquement de son Etat ou en tous cas du droit interne, soit un agent de l'Etat dont les actes, même *ultra vires*, étaient absorbés par le souverain, qui en endossait la responsabilité sur le plan international. S'agissant d'actes d'Etat, la responsabilité des violations du droit international doit normalement revenir à l'Etat, l'individu apparaissant au mieux comme un canal d'attribution. L'immunité étatique qui en résulte fait

<sup>34</sup> H. ARENDT, « Collective responsibility », in *Amor Mundi*, Springer, 1987, p. 43-50, p. 43.

<sup>35</sup> On retrouve cette admission d'une faute collective comme manière de dédouaner au moins une partie des individus impliqués dans des crimes dans les arguments de Naomi Wolf par exemple. « We are all torturers in America » [En ligne]: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2009/apr/28/torture-hypocrisy>. Consulté le 14 septembre 2013.

<sup>36</sup> T. ST GERMAIN et S. DEWEY, « Justice on whose terms? A critique of international criminal justice responses to conflict-related sexual violence », *Women's Studies International Forum*, vol. 37, Elsevier, 2013, p. 36-45.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

que l'individu en question ne peut être poursuivi par des juridictions nationales tierces sans attenter par ce fait à la souveraineté de l'Etat<sup>37</sup>. L'individu apparaît ici comme un simple vecteur de transmission, « fonctionnellement dédoublable » entre sa qualité privée et sa qualité d'agent, dont les intentions personnelles importent peu.

L'individualisation de la responsabilité pénale aboutit exactement à l'inverse, à individualiser certains actes particulièrement graves qui eussent autrement été attribués à l'Etat, dans leur dimension pénale<sup>38</sup> voire civile. Elle implique de détacher l'individu de ce qui l'entoure, de le construire théoriquement et pratiquement en dehors de toutes les considérations sociales, politiques ou juridiques qui le définiraient autrement. La responsabilité individuelle en droit international repose donc sur une conception du « nu-individu », égaré dans une tourmente historique certes, mais qui demeure fondamentalement auteur de ses actes. Toutes formes d'allégeance ou de socialisation sont réduites à leur plus simple expression, à commencer par celle qui lie l'individu à l'Etat. Il est de moins en moins nécessaire en droit positif, par exemple, qu'un génocide ou des crimes contre l'humanité résultent d'une politique d'Etat<sup>39</sup>. La responsabilité pénale individuelle apparaît de plus en plus comme une sorte de responsabilité « hors sol » au sens où elle se rattache de moins en moins à la détermination des agissements d'un souverain<sup>40</sup>. Le crime international, en outre, est juridiquement « dépolitisé » au sens où toute notion de « délit politique » est exclue au profit d'une vision du crime de « lèse-humanité ». Par sa dimension libérale, l'insistance sur la responsabilité individuelle est bien entendu également une exigence d'équité à l'égard de l'accusé, limitant sa culpabilité à ce qu'il a lui-même commis.

## 2. Cosmopolitique

Deuxièmement, la responsabilité pénale individuelle en droit international a une vocation cosmopolitique au sens où elle met en avant l'existence d'obligations directes de l'individu directement à l'égard de

<sup>37</sup> Cela n'empêche pas que l'individu puisse être puni par son Etat, soit qu'il aura enfreint le droit national, soit que le droit international enjoigne l'Etat de réprimer certains comportements.

<sup>38</sup> Il demeure bien entendu possible que l'Etat soit responsable internationalement pour le tort causé, entre autres, par la commission d'un crime attribué à un ou plusieurs individus ayant agi simultanément comme agents de l'Etat.

<sup>39</sup> W.A. SCHABAS, « State policy as an element of international crimes », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, p. 953-982.

<sup>40</sup> P.-M. DUPUY, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », in Antonio Cassese, (éd.). *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*, II, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1091-1099.

l'ensemble de la communauté internationale, voire du genre humain. C'est cette construction qui fait que l'individu en question relèvera d'une répression spécifiquement internationale et non pas, comme cela eut été le cas traditionnellement, du seul droit interne à son Etat. A ce titre, la justice pénale internationale procède bien philosophiquement par « analogie domestique » et écrase la distinction entre droit national et droit international<sup>41</sup>. En outre, elle consiste ni plus ni moins à voir « à travers » l'Etat, c'est à dire à le réduire à une fiction.

Dès lors, tout individu se trouve potentiellement lié simultanément par deux ordres d'allégeance : celui de son Etat et celui de l'ordre international. La responsabilité pénale internationale exclut notamment que l'individu invoque l'ordre reçu ou le respect de la loi. Les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'Etat, du moment que l'Etat, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international. La vision de l'individu qui en résulte est celle d'un citoyen partagé entre l'allégeance à son Etat et l'allégeance à l'Humanité, obligé dans des circonstances difficiles à parfois faire le choix de la désobéissance ou même de la rébellion, ou à faire face aux conséquences de ses actes.

### 3. Infamante

La responsabilité internationale de l'Etat n'avait rien d'infamant : la doctrine s'employa à ce que cela ne fût pas le cas et, encore aujourd'hui, la responsabilité internationale de l'Etat pour génocide est davantage constituée par l'existence d'un « fait illicite » que par celle d'une faute. A l'inverse, la responsabilité pénale individuelle voue bien ses destinataires aux gémonies, en en faisant rien moins que des *hostis humanis generis*. Elle doit ainsi se comprendre comme une forme de stigmatisation, dont les théories durkheimiennes ont bien montré ce qu'elles pouvaient avoir de constitutif du social<sup>42</sup>. Elle entre dans la droite ligne de la désignation de la piraterie comme l'altérité radicale d'un système international alors fondé sur la liberté des mers. Les criminels internationaux modernes sont les nouveaux ennemis du genre humain car ils remettent en question les tabous constitutifs de l'ordre international, aussi évolutifs soient ils : prohibition du recours de la force, massacres de civils, etc. Il en résulte un formidable

<sup>41</sup> Voy. P. ALLOTT, *op. cit.*, supra note 33 (« If international lawyers seek the long-term improvement of international society and the increasing realization of justice, their aim must be to bring together the moral sense of the human being acting in national society and the moral sense of the human being acting in international society »).

<sup>42</sup> Pour une application récente, Voy. F. MÉGRET, *op. cit.*, supra note 3 (« stigmatization »).

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

paradoxe : l'individu, qui n'a longtemps pas été considéré comme un sujet de droit international, endossera désormais seul la faute d'avoir atteint aux plus chers intérêts de la communauté internationale. L'évidence du caractère infamant de la responsabilité pénale individuelle apparaît au détour des actes d'accusation, des jugements, mais aussi parfois de certains actes de repentance spectaculaires exprimés par des condamnés<sup>43</sup>. Elle ressort également de ce que la justice pénale internationale s'est traditionnellement très peu intéressée aux questions de réhabilitation, comme si les grands condamnés n'étaient plus en mesure d'en bénéficier.

#### 4. Hégémonie

La responsabilité de l'individu en droit international, enfin, revêt un caractère sinon exclusif du point de vue juridique, du moins nettement hégémonique du point de vue sociologique. De la tradition internationale classique qui voyait dans la responsabilité de l'Etat le seul type de responsabilité possible dans l'ordre international, la responsabilité pénale individuelle tend en effet à retenir l'idée d'une exclusivité. C'est ce qui ressort notamment du dictum maintes fois commenté du Tribunal de Nuremberg selon lequel « [l]es crimes contre le droit international sont commis par les hommes *et non par des entités abstraites* ». Prise littéralement du moins, cette affirmation semble bien exclure l'idée d'un crime d'Etat, voire même d'une responsabilité internationale pour la transgression d'une norme criminalisant certains comportements. Cette exclusivité doit bien entendu être relativisée en pratique. La responsabilité pénale individuelle n'exclut pas juridiquement la responsabilité internationale. Le Tribunal de Nuremberg n'aurait d'ailleurs pas eu cette autorité. Cependant, la responsabilité pénale de l'individu est bien la seule responsabilité pénale en droit international. A ce titre, la responsabilité aggravée finalement retenue par la Commission du droit international (dans ses articles sur la responsabilité internationale) n'a pas été à la hauteur de tous les espoirs en l'idée de crime de droit international, et ce même si la notion continue de vivre ici et là.

En outre, la marginalisation des responsabilités collectives ou étatiques résulte moins du droit strict que de la sorte d'hégémonie qu'exerce la responsabilité pénale individuelle dans les consciences. Il faut dire que nombreux sont ceux pour qui la responsabilité individuelle exerce une sorte de fascination (Mark Drumbl parle du « *lionized status of the atrocity trial* », devenu effectivement « the first-best best practice for accountability in the

---

<sup>43</sup> F. MÉGRET, « Repentance », papier présenté à la Conférence *The Passions of International Law*, Université de Melbourne, 13-15 septembre 2012.

wake of terrible atrocity »<sup>44</sup>), et pour qui elle recèle un potentiel de renouveau et de renforcement du droit international considérable. En outre, incontestablement, la justice pénale internationale a exercé un impact fort sur l'imaginaire des opinions, là où la Cour Internationale de Justice (CIJ) par exemple était toujours restée une institution confidentielle et abstraite pour le grand public<sup>45</sup>. L'attrait indéniable de la responsabilité pénale, comme manifestation concrète de l'effectivité du droit international, se double d'initiatives visant à courtiser les « *constituencies* » de la justice pénale internationale, qu'il s'agisse des programmes de « *outreach* », de l'entretien d'une « *legacy* » (l'utilisation de l'anglais est ici à dessein tant l'anglophonie de la justice pénale internationale se traduit par la prévalence d'un jargon spécifique et souvent intraduisible), ou encore de la place désormais très dominante accordée aux victimes dans la procédure de la CPI. A cela il faudrait ajouter la tendance des tribunaux pénaux internationaux eux-mêmes à produire des discours concurrentiels et hégémoniques, vantant les mérites de la responsabilité individuelle.

## 2. Limites de la responsabilité pénale individuelle en droit international

L'individualisation de la responsabilité pour crimes contre la paix et crimes contre l'humanité joue assurément certains rôles positifs. Comme on l'a vu, elle peut se justifier par ce qu'elle permet d'obtenir, son éventuelle justesse descriptive ou encore son enracinement moral dans une représentation de la liberté humaine. L'individualisation de la responsabilité internationale procède néanmoins nécessairement comme une forme de mise à distance de certains individus, le criminel international remplissant sociologiquement un rôle de repoussoir absolu, victime expiatoire, peut-être même plus nécessaire au sentiment de soi de l'accusateur qu'elle ne résulte de l'application stricte du droit. C'est aux limites tant historiques, éthiques et judiciaires d'une telle représentation qu'il convient de s'attacher.

### A. Limites historiques

La justice pénale internationale participe à l'écriture de l'Histoire. Elle le fait tantôt délibérément, tantôt malgré elle, mais elle perdrait en pertinence si elle se contentait de traiter de cas nécessairement individuels. On sent bien que ce qui est intéressant chez Goering ou Hess, Milosevic ou

<sup>44</sup> M.A. DRUMBL, « Accountability for System Criminality », *Santa Clara J. Int'l L.*, vol. 8, 2010, p. 373-382, p. 379.

<sup>45</sup> En attestent les innombrables confusions dans les médias notamment entre CIJ d'une part, et TPY et CPI d'autre part, tous souvent assimilés sous le vocable « Cour de la Haye ».

Karadzic, Kambanda ou Barayagwiza, tient bien moins à leur individualité qu'à leur inscription particulière dans des événements majeurs. C'est bien ce qui distingue les crimes internationaux de crimes ordinaires, dont l'intérêt est tout à fait circonscrit. D'ailleurs la justice pénale internationale est celle dont les jugements ont, de manière tout à fait unique, bénéficié parfois de la protection législative et judiciaire comme consacrant une vérité historique.

La justice pénale internationale est ainsi en concurrence au moins objective avec la discipline historique. Elle bénéficie incontestablement de moyens qui, à certains égards, pourraient faire pâlir tout historien : pouvoirs d'enquête importants, accès à des archives d'Etat extrêmement récentes, moyens financiers et institutionnels considérables, innombrables témoignages, collégialité, etc. Cependant, la tâche historique de la justice pénale internationale est aussi limitée par certaines de ses caractéristiques propres : contemporanéité, problèmes de partialité, etc. On se concentrera ici sur les contraintes spécifiques imposées par son individualisme ontologique et le biais qu'il impose à toute production historique en émanant.

*1. Le crime international : individuel, institutionnel ou structurel ?*

Le préjugé individualiste de la justice pénale internationale n'est, pourrait-on dire, historiquement utile que pour autant que l'histoire est effectivement écrite par les individus. Cela sera parfois vrai au sens où des individus auront eu un rôle absolument décisif dans la commission de certains crimes; cela le sera moins dans des situations où les individus auront eu un rôle moins déterminant. A un certain niveau, les individus sont bien toujours en première ligne du crime, en tant que ses exécutants, et il paraît important de ne pas être dogmatique en leur déniaient tout rôle, de même qu'il serait sans doute faux de penser qu'ils sont les seuls à en avoir un. Le préjugé en faveur de la responsabilité individuelle pêche cependant par excès de généralité sans doute, comme si le prédicat moral de la justice pénale internationale (l'idée que tout, finalement, est affaire de responsabilité individuelle) en venait à être pris pour un constat historique (les individus sont réellement et même principalement responsables). Par un subtil glissement, ce qui ne devrait être qu'un rappel philosophique au sous-bassement de tout droit pénal peut rapidement devenir une manière de comprendre le monde, un monde qui serait donc fait d'individus aux pouvoirs maléfiques considérables et tout puissants.

Les crimes de la Seconde guerre mondiale constituent peut être un cas particulièrement prononcé où un petit groupe d'individus eurent un rôle agissant disproportionné dans la commission d'un grand nombre de crimes.

Encore faut-il souligner qu'aucun historien, quelle que soit l'impression que peut donner le verdict de Nuremberg, ne considérerait que la Seconde guerre mondiale fut le seul fait d'Hitler et de quelques uns de ses acolytes. La montée du nazisme est aussi attribuée aux errements de Versailles, à la non-résolution de la question des nationalités en Europe, à l'anti-sémitisme historique, à la crise de 29, à l'idéologie fasciste, au totalitarisme, à la discipline prussienne, etc. En outre, une idée comme celle du complot par exemple, qu'elle s'applique à l'Allemagne hitlérienne, au Japon impérial ou au Rwanda génocidaire, fait souvent une certaine violence à la complexité des faits. Sans contester que de très sombres desseins aient été nourris très en avant de leur commission par certains individus en groupe (dans le cas de Nuremberg, le complot allégué avait duré 26 ans), un élément de complexité et de friction institutionnelle fait que les décisions de lancer une guerre d'agression ou de commettre un génocide sont communiquées inégalement aux divers participants, n'apparaissent pas forcément comme telles à tous leurs concepteurs<sup>46</sup>, et impliquent parfois des décisions décentralisées et des réactions qui démentent fortement l'idée d'une entreprise criminelle bien huilée<sup>47</sup>. De même, l'idée que certaines organisations étaient criminelles fut contestée à Nuremberg en mettant en avant leur complexité, leurs réelles dissensions internes et donc l'impossibilité qu'elles aient été en tant que telles le lieu de conception de crimes<sup>48</sup>. Les besoins d'exemplarité édifiante de la justice pénale internationale se marient donc souvent mal avec la mise en exergue de toute cette « grisaille » institutionnelle et administrative, pourtant si caractéristique de la manière dont le fonctionnement de l'Etat moderne est lui-même source de dislocation de la capacité d'alerte morale.

Et que penser, *a fortiori*, de la Première guerre mondiale ? On eut beau, après le conflit, mettre en exergue le bellicisme personnel du Kaiser, encore aurait-il fallu reconnaître que celui de nombreux dirigeants français n'avait rien à lui envier, sans même parler de l'atmosphère d'enthousiasme dans laquelle une génération de jeunes hommes européens se rua dans les tranchées. De même, comment ne pas voir que la lente mort des empires

---

<sup>46</sup> Comme le fait remarquer Mark DRUMBL : les participants à des crimes de masse « may well believe themselves engaged in purifying their spaces of the "other", of "taking out the garbage", of "expunging the vermin", of "trimming the tall trees", and of "pulling out the bad weeds". This is often a terrible but normalized social project, a bureaucratic enterprise, a day of service to the collective. » M.A. DRUMBL, *op. cit.*, supra note 44, p. 375.

<sup>47</sup> Pour une défense de ce point de vue dans le contexte de Nuremberg, Voy. 28 août 1946, Dr. Egon KUBUSCHOK, *op. cit.*, supra note 1, vol. 22, 28 août 1946, p. 122.

<sup>48</sup> Voy. par exemple Dr. Latenser, *Ibidem*, vol. 22, 27 août 1946, p. 46 et s. Dans le contexte yougoslave et à propos de l'idée d'une entreprise criminelle collective, Voy. TPY, Šešelj, affaire n° IT-03-67, transcripts, mercredi 14 mars 2012, p. 17394-17395.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

austro-hongrois et ottomans, la faiblesse des interdits juridiques internationaux et une pratique d'alliances secrètes débridées, ou encore l'idéologie nationaliste, eurent un rôle absolument considérable dans le déclenchement, la poursuite et la nature de la guerre. Un procès de Guillaume II de Hohenzollern eut-il eu lieu qu'il eut inévitablement paru viser à faire endosser à un seul homme une responsabilité qui était peut être celle de toute l'Europe. C'est exactement à un tel diagnostic qu'avait abouti la Commission sur les responsabilités de guerre en 1919 lorsqu'elle conclut que :

« Any inquiry into the authorship of the war must, to be exhaustive, extend over events that have happened during many years in different European countries, and must raise many difficult and complex problems which might be more fitly investigated by historians and statesmen than by a tribunal appropriate to the trial of offenders against the laws and customs of war (...) Any tribunal appropriate to deal with the other offences to which reference is made might hardly be a good court to discuss and deal decisively with such a subject as the authorship of war »<sup>49</sup>.

Dans certains cas, donc, une analyse qui reviendrait dans les faits à mettre particulièrement l'accent sur le rôle des individus pourrait s'avérer de rendre compte de l'histoire d'une bien piètre manière, voire s'avérer positivement trompeuse. Il existe à ce titre une tension entre deux représentations possibles d'un crime comme le génocide, qui rejoint une tension historiographique plus générale : phénomène par essence collectif auquel viendraient se rattacher des initiatives individuelles (logique structurelle) ou accumulation de décisions individuelles aboutissant à un crime (logique de l'individualisme méthodologique) ? Sans doute cette opposition peut-elle être caricaturée, mais elle conditionne indéniablement l'appareil conceptuel de la justice pénale internationale. Or tout porte à croire que des crimes comme le génocide sont bien avant tout des phénomènes collectifs, auxquels viennent s'adjoindre des individus de manière plus ou moins volontaire ou opportuniste, bien plus que des phénomènes agrégatifs dérivant d'une multitude de décisions individuelles non coordonnées.

Comprendre qu'un million de rwandais ne se levèrent pas un matin de mai 1994 en songeant isolément à comment ils allaient achever leur voisin, mais entretinrent plutôt, en ces journées noires, un rapport complexe d'adaptation à un phénomène de foule, enraciné dans des dynamiques

<sup>49</sup> *Commission des responsabilités des auteurs et la guerre et sanctions, Rapport présenté à la conférence de paix préliminaire, 29 mars 1919, p. 11.*

sociales profondes, paraît dès lors crucial. Dans ces conditions, il est « difficile, voire absurde (...) de décrire un génocide, des crimes de guerre (...), des “crimes contre l’humanité” (...). Par une somme de décisions individuelles non liées, sans aucune forme de coordination »<sup>50</sup>. Comme le souligne Mark Drumbl, en droit pénal international, « the sum is larger than the parts »<sup>51</sup>. L’individualisme de la justice pénale internationale risque fort dès lors de dénigrer ou, à tout le moins, de normativement passer sous silence les effets collectifs et institutionnels, les idées et les idéologies, les structures et conditions matérielles<sup>52</sup>.

## 2. Confusion entre culpabilité, responsabilité et causes

Une deuxième manière de concevoir l’équivoque historique d’une justice pénale internationale individualiste tient également à l’entretien d’une confusion entre des concepts proches partagés par le champ juridique et le champ historique. Il existe à ce propos un décalage entre le caractère hégémonique et totalisant de la justice pénale internationale, et le fait qu’elle ne traite effectivement et en tous les cas officiellement que d’une seule question: celle de la culpabilité individuelle. Or celle-ci a principalement pour vocation, s’agissant du moins des crimes contre l’humanité et du génocide, de rattacher des individus à des épisodes plus vastes en les déclarant coupables d’y avoir participé ; elle aboutit cependant souvent en tant que processus narratif à faire exactement le contraire, c’est à dire à rattacher des épisodes criminels à des individus en les faisant apparaître comme leur cause principale. Le problème est qu’il n’y a qu’un pas entre un verdict de culpabilité pour certains actes relevant d’un crime (X est coupable d’actes de génocide), la perception de la culpabilité pour l’ensemble du crime (X est coupable de ou du génocide), et un diagnostic plus large (X est la cause du génocide). Or toutes ces déductions à partir du constat de la culpabilité individuelle risquent d’être abusives, même si elles sont monnaie courante dans les esprits.

Commençons par la première, l’assimilation entre culpabilité pour certains actes relevant d’un crime général (par exemple, le génocide) et la culpabilité pour le crime général en lui même. Le fait qu’un individu soit coupable de génocide n’implique pas qu’il ait commis, à lui tout seul en quelque sorte, un génocide. L’individu aura tout au plus participé à un

<sup>50</sup> É. CLAVERIE, « Mettre en cause la légitimité de la violence d’État », *Quaderni*, n° 78, juin 2012, p. 67-83, p. 31.

<sup>51</sup> M.A. DRUMBL, *op. cit.*, supra note 44, p. 374.

<sup>52</sup> S. GERRY, « International Criminal Justice and the Past », in *International Criminal Justice: Legitimacy and Coherence*, G. Boas, W. A. Schabas, M. P. Scharf, (eds), Cheltenham Glos, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 133.

événement qui le dépasse, et y aura le plus souvent participé de concert avec d'autres. Si cette construction de la responsabilité pour le tout est certes possible en droit pénal, c'est qu'elle relève avant tout d'une attention à l'état psychologique de chaque individu au moment du crime. Le coupable a eu l'intention spécifique de participer à un génocide (*mens rea* spéciale) et cette intention est comme un ruisseau rejoignant le torrent de l'événement historique qu'est le génocide. La justice pénale accole ainsi à l'événement génocidaire une infinité de comportements matériels par l'entremise de ce qui se passe dans la conscience des intéressés, malgré des modes de participation parfois minimaux. A ce titre, elle solidarise les responsabilités au sens où tous les participants à un génocide sont autant coupables de celui-ci. Une intention génocidaire en vaut bien une autre.

En condamnant chacun *pour* génocide, la justice pénale internationale rend (au moins métaphoriquement) chaque individu responsable du tout. Elle désagrège l'événement total au profit de la manière dont certains individus y ont participé, construisant la responsabilité pour génocide comme autant d'îlots épars dans un archipel discontinu. La justice pénale internationale le fait d'autant plus, par ailleurs, que sa sélectivité presque inhérente implique que seuls certains individus fassent l'objet de ses foudres. Mais la culpabilité en tant que telle n'implique aucune attention à la causalité relative des actes matériels individuels (*actus reus*) à l'événement génocidaire. La justice pénale internationale réfléchit bien en termes de culpabilité plus que de responsabilité, au sens où ce dernier concept impliquerait d'allouer une causalité relative entre différents intervenants. Tout au plus s'agira-t-il d'établir une sorte de causalité *de minimis* par rapport aux actes individuels (X a donné les armes qui ont servi à tuer Y et Z), sans qu'ils aient été décisifs par rapport au génocide dans son ensemble ou même par rapport à l'acte de génocide en cause. Contrairement au travail historique, donc, la justice pénale internationale ne s'intéresse pas à la causalité relative dans l'économie générale d'épisodes criminels.

En outre, la justice pénale internationale, à l'image de presque toute justice pénale conforme à l'éthique libérale, traite bien l'individu comme une fin en soi, agissant comme une sorte de butoir contre toute tentation de régression à l'infini, dont le but serait d'examiner les véritables causes du crime. La décision de participer au crime elle-même est ainsi assez largement conçue comme opérant à l'intérieur d'un huis-clos de conscience sous-déterminé par les idéologies, les grands événements historiques ou les effets de structure. Conformément à la logique libérale, l'individu est en quelque sorte souverain car auto-déterminé. La *mens rea* est un état causal mais lui-même sans cause, qui précipite l'événement mais qui est en

quelque sorte sa propre cause. Cela s'applique même aux mobiles traditionnellement exclus de l'équation pénale : seule compte l'intention ou la connaissance dans leur plus simple expression, c'est-à-dire telles qu'elles se rattachent immédiatement à un geste posé par l'accusé. C'est donc que la justice pénale internationale opère bien comme un extraordinaire agent décontextualisant, découplant les actes individuels de tout ce qui a pu y mener, en dehors des pensées de l'individu lui-même.

### 3. Inversion des causalités

Dans la vision dominante de la justice pénale internationale, les individus sont des sujets absolus à l'origine du crime. L'individu produit l'histoire criminelle, bien plus qu'il n'est le produit de cette histoire. En cela, la production historique pénale internationale est un peu l'équivalent judiciaire de formes d'historiographie hagiographiques et romantiques mettant l'accent sur la vie des « Grands hommes »<sup>53</sup> (aussi infamants qu'aient été leurs destins). Les Grands criminels seraient ainsi la version sombre et sacrilège de cette approche héroïque de l'Histoire : ce ne serait pas la moindre des ironies que la justice pénale internationale puisse ainsi confirmer le mythe même que les intéressés ont souvent tant fait pour accréditer. Elle est, en tous cas, à l'opposé d'une vision fataliste tolstoïenne voyant l'individu comme esclave du déterminisme et de la providence, ou d'une vision spencerienne pour qui « Before (the great man) can remake his society, his society must make him »<sup>54</sup>.

Cette vision implicite du crime international réserve un rôle tout à fait ingrat au collectif et à l'Etat, au point de parfois foncièrement désétatiser et même dépolitiser le crime international. Ainsi les soviétiques tenaient-ils, à Nuremberg, à ce que que les nazis soient considérés comme de vulgaires criminels (meurtriers, violeurs, incendiaires) quels que soient la répétition de leurs crimes et le dessein politique de conquête du monde qui les sustentait à l'évidence, et à ce que l'idée de complot et de la criminalité d'organisations soient assimilées à celle de « gangs »<sup>55</sup>. C'est ainsi qu'a également décliné l'exigence d'une « politique d'Etat » pour prouver un génocide ou un crime contre l'humanité devant le TPY, et que s'est

<sup>53</sup> Les théories des « Grands hommes » furent très influentes au XIXème, notamment sous l'impulsion d'historiens tels que l'écossais Thomas CARLYLE (T. Carlyle, *On heroes, hero-worship, and the heroic in history*, vol. 1, Ewing, NJ, University of California Pr, 1993.) ou de théoriciens de l'élitisme pour lesquels la vie du monde était rythmée par les décisions d'une classe supérieure (R. BARKLEY, « The Theory of the Elite and the Mythology of Power », *Science & Society*, vol. 19 / 2, avril 1955, p. 97-106.)

<sup>54</sup> *Supra* note 56.

<sup>55</sup> International Conference on Military Trials : London, 1945

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

accentuée l'idée que ces crimes peuvent résulter d'initiatives purement privées<sup>56</sup>. Ainsi encore la jurisprudence Pinochet et l'idée que celui-ci n'était pas couvert par l'immunité souveraine car la torture ne faisait pas partie des « fonctions » de l'Etat<sup>57</sup>.

De telles constructions débouchent en définitive sur une conception des crimes internationaux comme une sorte de pratique « privée » assimilable (lorsque des agents étatiques sont impliqués, c'est à dire la plupart du temps) à la possibilité (évoquée par les Lords à titre d'exemple) que Pinochet ait tué son jardinier dans un accès de rage. L'Etat, les structures gouvernementales seraient ainsi un fin paravent, à la limite entretenu par certains individus sans scrupule pour mieux camoufler leurs actes. C'est ce que semble suggérer Sir Hartley Shawcross à Nuremberg lorsqu'il insiste :

« The dictatorship behind which these men seek to shelter was their own creation. In the desire to secure power and position for themselves they built up the system under which they received their orders. The continuance of that system depended on their continued support »<sup>58</sup>.

Pis : cette conception aboutit ni plus ni moins à faire de l'appareil étatique une sorte « d'arme du crime », un simple moyen à l'appui d'individus tout puissants, ce qui faisait d'ailleurs dire au grand juriste soviétique Trainin que « In the hands of international criminals, masses of peoples become an instrument of the most heinous crimes, just as a knife becomes an instrument of crime in the hands of a murderer »<sup>59</sup>.

L'issue est peut être tactiquement heureuse : on dévalorise l'abjection de crimes atroces en la reliant à une faute morale individuelle, on étend la possibilité que les crimes de droit international soient commis par des acteurs non-étatiques, on fait tomber l'immunité, ou encore on parvient à représenter pénalement une réalité complexe. Mais son coût symbolique est loin d'être négligeable, et il en résulte une réduction extrême. Le chef de l'Etat, par exemple, est réduit à un simple particulier, une sorte « d'acteur

<sup>56</sup> TPY, *Le Procureur c./ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, Affaire No. T-96-23 & IT-96-23/1-A 12 juin 2002, para. 98.

<sup>57</sup> Comme le souligne Lord BROWN-WILKINSON « How can it be for international law purposes an official function to do something which international law itself prohibits and criminalises? ». House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (respondent); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (appellants) ex parte Pinochet (respondent) (on appeal from a divisional court of the Queen's Bench Division)*, 24 mars 1999.

<sup>58</sup> Sir H. SHAWCROSS, *op. cit.*, supra note 1, Vol. 19, 26 juillet 1946, p. 465.

<sup>59</sup> A.N. TRAININ, *Hitlerite responsibility under criminal law*, London, Hutchinson & Co., Ltd., 1945, 116 p., p. 39.

non-étatique à la tête de l'Etat », un vulgaire entrepreneur du crime. Le crime n'est de la sorte plus attribuable au souverain, alors même que la définition d'un crime comme la torture requiert qu'elle émane d'organes officiels, sans même parler du rôle historique qu'exerce l'Etat dans la genèse et la production de celle-ci.

Or comme le fait remarquer Bill Schabas, « In practice (...) there have been very few cases before the international tribunals involving entrepreneurial villains who have exploited a situation of conflict in order to advance their own perverse personal agendas »<sup>60</sup>. Même les Streicher et Von Schirach, écartés relativement tôt de l'appareil nazi, sont condamnés à Nuremberg pour crimes contre l'humanité du fait de leur association avec le régime et non pas à titre privé (un Streicher « vulgaire antisémite », sans l'accession de Hitler au pouvoir et le miroir de l'Holocauste permettant d'interpréter rétrospectivement son itinéraire sous un jour autrement plus sombre, n'eut jamais relevé de la justice internationale). En définitive, comme le fait remarquer Claude Jorda, « le juge international [juge] le Chef de l'Etat non pour sa "pulsion personnelle" mais aussi pour la 'pulsion collective' qu'il représente et doit assumer »<sup>61</sup>. L'ironie ultime de cette construction est qu'en faisant passer l'Etat pour un simple instrument dans les mains d'individus tout puissants, elle est en curieux décalage avec la réalité historique même du projet totalitaire, qui gomme les individualités pour en faire de simples instruments au service d'un dessein étatique. Au lieu de quoi la justice pénale internationale propose presque la vision d'individus dominant l'appareil totalitaire par la force de leur individualité – une vision peut-être applicable au *Führer* mais qui risque de vite s'avérer, au fur et à mesure que l'on s'éloigne du haut de la pyramide, une inversion trompeuse.

### **B. Limites éthiques**

Les subtiles inversions produites par la justice pénale internationale n'ont pas de conséquences pour la seule élaboration d'une trame narrative historique : par le diagnostic qu'elles semblent poser, elles dessinent d'ores et déjà un tableau des responsabilités aux implications éthiques considérables. Au-delà de la seule application du droit, en effet, la vocation de la justice pénale internationale est bien de rendre une forme de justice, et notamment à ce titre, « d'accorder à chacun son dû ». Or un des dangers de l'individualisme méthodologique de la justice pénale internationale serait de

---

<sup>60</sup> W.A. SCHABAS, *op. cit.*, supra note 39, p. 954.

<sup>61</sup> C. JORDA, « Considérations d'un juge international », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, 2007, p. 143-158.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

sur-magnifier les responsabilités individuelles, tout en ayant tendance à escamoter et donc nécessairement à dédouaner certaines responsabilités collectives.

### 1. Stigmatisation excessive de l'individu

En rehaussant excessivement le statut et le rôle des individus (n'en déplaise, éventuellement, à certains de ces individus qui se voient volontiers en *deus ex machina*), la justice pénale internationale est susceptible de leur faire payer pour plus que ce qui leur est strictement attribuable. Dans certains cas elle sur-diabolisera des individus dont le destin criminel aura surtout été d'avoir été des figures emblématiques (Doenitz, Kambanda). Elle le fera *a fortiori* dans la mesure où la justice pénale internationale est presque toujours sélective, voire ultra-sélective, certains actes d'accusation confinant dès lors presque à l'incongruité<sup>62</sup>. L'ironie peut s'illustrer de la manière suivante : si l'on s'accorde à dire que la perception d'une punition collective de la population allemande fut une grande injustice, comment ne pas conclure qu'un procès du seul Kaiser Guillaume, lui faisant porter l'ensemble de la responsabilité de la Première Guerre Mondiale, eut été une farce judiciaire ? Certains n'hésitent pas à voir dans les prétendus « grands criminels » des sortes de « victimes expiatoires », volontiers abandonnées par le collectif une fois qu'elles ont perdu leur utilité historique afin de pouvoir procéder à une transition<sup>63</sup>.

La responsabilité individuelle pourrait en outre s'avérer plus généralement injuste car magnifiant le magistère moral du sujet individuel, alors que celui-ci est sujet à caution et parfois trop imbriqué dans des dynamiques collectives pour pouvoir toujours s'en distinguer facilement<sup>64</sup>. Elle attire inmanquablement dans l'orbite de la grande criminalité, par le pouvoir d'attraction d'un plan étatique ou organisationnel, toute une série d'individus de bas rang dont le crime relève plus de l'opportunisme, de l'ignorance ou de motivations privées que de la criminalité internationale (Fritzsche à Nuremberg, Erdemovic au TPY). Les paroles de l'avocat de Georg Loerner, SS et logisticien des camps de concentration leur

<sup>62</sup> Par exemple, le fait de lancer des mandats d'arrêt contre une demi-douzaine de personnes au Darfur semble désigner ces individus à la vindicte populaire internationale, alors qu'il est évident qu'ils ne sont au mieux que la partie émergée d'un immense iceberg.

<sup>63</sup> L. BACKER, « The Fuhrer Principle of International Law: Individual Responsibility and Collective Punishment », *Penn State International Law Review*, vol. 21 / 3, 2003, p. 509-567.

<sup>64</sup> G.P. FLETCHER et J.D. OHLIN, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3 / 3, 2005, p. 539-561. (« To prosecute an individual for crimes of his state is to engage in impermissible collective punishment »).

fournissant notamment des uniformes, lors d'un des procès post-Nuremberg, viennent à l'esprit (sous toute réserve quant à leur pertinence factuelle dans le cas d'espèce) :

« I shall never forget the shorn human hair mentioned above, and the individual features of the victims, who in the suffering they have overcome, already attain what we imagine to be transcendental sublime greatness, completely raised above this valley of misery. But I was never far distant from the bridge which led from the hell of these events to that, may I say, bourgeois narrow mindedness of my client the defendant, who went to his work in the morning, to lunch at noon, and in the evening to his family, to wife and children; and who was absolutely incapable of having such a vision or the idea of such a vision »<sup>65</sup>.

Là où l'Etat israélien entendait faire un procès du « mal absolu », il ne rencontra en définitive, selon Arendt, que de la banalité<sup>66</sup>. Or la « banalité du mal » renvoie moins à la responsabilité d'individus *lambda*, qu'à une médiocrité d'âme fort répandue, qui rend presque insolite la présence dans le box de l'accusé<sup>67</sup>. On aurait voulu Eichmann exceptionnel, on le découvre pareil à tant d'autres et cette médiocrité qui l'accable devrait également le sauver. Inutile de dire que, outre certaines grandes figures maléfiques, tous les individus jugés par la justice pénale internationale n'ont pas forcément validé son historiographie héroïque, certains à force d'insignifiance ayant plutôt tendance à la discréditer comme ayant la main particulièrement lourde. Combien de fois, devant un Tadic ou un Akayesu dans le prétoire, le spectateur aura-t-il eu l'impression d'un spectacle vaguement lénifiant, d'un déluge de ressources mis au service de la démonstration de l'évidence ordinaire que les situations de violence de masse se nourrissent de petites opportunités et de petits destins?

Au-delà, on peut se demander si la justice pénale internationale ne faillit pas inmanquablement, dans certains cas, à comprendre cela même qu'elle condamne. En effet, comment appréhender la responsabilité pénale individuelle dans un système de justice libérale, si ce n'est en termes de postulats très connotés de conscience individuelle et de libre arbitre eux-mêmes non conditionnés. La justice pénale internationale, comme l'ont très

<sup>65</sup> D. HAENSEL, USA v. Pohl *et al* - Opening Statements of the Prosecution and Defense, Germany (Territory under Allied occupation, 1945- U. S. Zone), *Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10*, vol. 5, Washington, U. S. Govt. Print. Off, 1949, 15 p., p. 278.

<sup>66</sup> H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, London, Penguin, 1963.

<sup>67</sup> I. TALLGREN, « The Sensibility and Sense of International Criminal Law », *European Journal of International Law*, vol. 13 / 3, 2002, p. 561, p. 575.

bien montré les travaux de Jarna Petman, pose la question du « mal » (« evil ») comme qualité morale plus ou moins incarnée et agissante<sup>68</sup>. Mais quelle est la nature exacte de cette qualité ? S'il s'agit d'une tentation extérieure à l'humain, alors quelle est sa provenance et pourquoi devrait-il en subir toutes les conséquences ? S'il s'agit d'une propension psychologique nichée dans la conscience même, alors quels sont les enjeux de la dynamique qui l'oppose à son contraire (le bien, le juste), et d'où provient que chacun sera plus ou moins marqué par elle ? Si l'on a des raisons d'être sceptique à propos de la réalité du libre arbitre, c'est qu'en définitive l'individu coupable paie pour quelque chose qui lui est extérieur ou exerce une fonction sur-déterminée de tout ce qui a précédé dans son existence. Derrière l'individu, immanquablement, se cachent l'ensemble des trajectoires personnelles, certaines formes de fatalité, le caractère écrasant des structures et des grands événements historiques.

Dans ce contexte, penser le génocidaire rwandais de 1994 comme une pure réalisation du « mal » peut s'avérer fort réducteur en termes socio-historiques. On ne peut certes pas exclure qu'un individu ayant participé à un génocide ait pu « décider » de le faire, au sens où il ne s'agit pas d'un mouvement réflexe sans lien avec une activité volontaire, ou de l'acte d'un aliéné n'ayant aucune conscience de ce qu'il fait – les cas d'exclusion typiques de la responsabilité pénale. Mais l'image du criminel « tout puissant », cause de sa propre cause en quelque sorte, et décidant de s'engager dans la voie criminelle ou non, dans une sorte de liberté kantienne totale, souffre de toutes les critiques dont a été affublée la notion de libre arbitre. Elle exclut notamment la dimension socialement conditionnée du crime et même l'existence du phénomène criminel comme se « servant » des individus pour aboutir à ses fins.

Un des paradoxes à ce sujet est que la justice pénale internationale, si elle était entièrement cohérente et sensible au caractère extérieurement déterminé du crime, ne pourrait en définitive condamner certains individus qu'en leur reconnaissant implicitement la qualité de victime. On sait en effet que le déni même de l'individualité est, notamment dans les régimes totalitaires classiques mais aussi dans certaines structures militaires, l'une des conditions de réalisation du projet de violence. Ce sont ceux qui se seront le mieux pliés à cette domination –avec enthousiasme ou contraints et forcés, afin de survivre physiquement et socialement – qui, en laissant plus détruire en eux la capacité à évaluer la moralité de leurs action, seront

---

<sup>68</sup> J. PETMAN, « Evil and International Law », *International Law FORUM du droit international*, vol. 5, Springer, 2003, p. 236-240.

des candidats d'autant plus naturels à la criminalité<sup>69</sup>. On fait donc toujours, en quelque sorte, payer à l'individu le fait d'avoir subi une logique impérieuse et violente venue d'en haut. Même en dehors de la contrainte ou de la nécessité au sens pénal du terme (très restrictivement acceptées en droit pénal international), il est évident que certains individus sont otages d'événements qui les dépassent. Fritzsch n'est pas Goering, Erdemovic n'est pas Milosevic, Akayesu n'est pas Musema, etc. Il est jusqu'aux enfants soldats à l'égard desquels la relative mansuétude de la justice pénale internationale exprime une forme de reconnaissance que la part de victime l'emporte en eux sur la part de crime.

## 2. Absolution de l'Etat et de la communauté internationale

Si la responsabilité individuelle occulte, qu'occulte-t-elle exactement ? Une première approche, la plus familière pour les juristes, consisterait à relever qu'elle traduit une marginalisation de la responsabilité de l'Etat. Il y a là une juridicisation des vases communicants, comme si la responsabilité de l'un déplaçait insensiblement celle de l'autre, et ce malgré la possibilité (somme toute assez théorique) d'une « responsabilité aggravée » de l'Etat. Bien entendu, l'affaire est paradoxale car l'émergence du droit international pénal coïncide aussi avec un renforcement de la société internationale et des intrusions de plus en plus prononcées dans la souveraineté des Etats. On n'est plus dans la dénonciation d'acteurs non-étatiques, comme dans la stigmatisation de la piraterie ou du terrorisme, mais dans la dénonciation de comportements associés au souverain. Or en « perçant le voile de la souveraineté », en allant scruter à titre tout à fait exorbitant à l'intérieur de la « boîte noire » étatique pour tenter de comprendre ce qui s'y passe « vraiment », on fait peu de cas de ce voile pudique, et l'on traite en définitive l'Etat comme peu de chose.

On ne peut pourtant prétendre que l'Etat sort largement indemne de ces constructions normatives, si bien que la lecture « anti-souverainiste » classique du droit international pénal mérite à bien des égards d'être relativisée<sup>70</sup>. Dans l'économie symbolique du système juridique international, les petites concessions en termes de transparence et d'extension du

<sup>69</sup> A.J. VETLESEN, *Evil and Human Agency: Understanding Collective Evildoing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 336 p., p. 146.147.

<sup>70</sup> Pour une approche plus générale de cette tendance du droit international à renforcer ce qu'il entend dépasser Voy. F. MÉGRET, « L'étatisme spécifique du droit international », *Revue québécoise de droit international (RQDI)*, vol. 24, 2012, p. 105.129. Egalement F. MÉGRET, « The Apology of Utopia: Reflections on Some Koskenniemi Themes with Particular Emphasis on Massively Institutionalized Human Rights Law », *Temple International and Comparative Law Journal*, 2014 (à paraître).

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

domaine d'intervention *ratione materiae* du droit international sont sans doute un petit prix à payer pour ce qui demeure sans doute l'élément le plus important, à savoir que l'Etat échappe au moins aux marques les plus infamantes de la responsabilité pénale. L'Allemagne n'en compensera pas moins l'Etat israélien pour le préjudice causé par l'Holocauste, par exemple, sur une base plus horizontale et discrète. C'est l'individu qui absorbera, seul, le caractère fautif et infamant du crime. L'accumulation de modes d'engagement complexes (responsabilité du commandant, complot, entreprise criminelle commune), ne donnera jamais de la responsabilité étatique qu'une vision tronquée, inégale, faite de filaments discontinus.

C'est dès lors à bon droit que le *dictum* de Nuremberg selon lequel les crimes de droit international sont commis par des individus et « non pas par des entités abstraites » a été amplement critiqué, au motif d'une part que les crimes individuels sont inévitablement commis avec, grâce et à travers ces fameuses « entités abstraites » (d'ailleurs, souvent, les individus passent mais les crimes demeurent, ce qui montre bien que l'Etat est au moins le garant d'une continuité des projets criminels), et d'autre part que ces « entités abstraites » ne devraient pas échapper, du seul fait de la reconnaissance d'une responsabilité individuelle, à toute responsabilité propre<sup>71</sup>. Car le risque serait bien de passer à côté de l'essentiel, c'est à dire la spécificité du crime de droit international, historiquement et analytiquement, comme crime d'Etat. Deux dangers en découlent.

Tout d'abord, une dénaturation de la notion même de crime international de l'individu, sorte de catégorie fourre-tout en mal de repères intellectuels, renierait une longue généalogie qui fait des crimes internationaux des crimes de l'Etat par excellence<sup>72</sup>. Certes, l'idée que le droit pénal international consacre « par nature » ou « par excellence » des infractions de nature étatique risque bien de faire « dire » quelque chose au droit qu'il ne dit pas : après tout, il est très possible qu'à l'heure de la mondialisation et d'un regain d'influence des acteurs non étatiques, le droit

<sup>71</sup> On remarquera qu'il ne s'agissait que d'un *dictum* et que le Tribunal de Nuremberg n'ayant aucune compétence au sujet des Etats n'était de toute façon pas appelé à se prononcer sur le sujet. Le plus vraisemblable est que le tribunal ait souhaité souligner le caractère novateur de la responsabilité pénale individuelle en droit international, et non pas écarter par principe la possibilité d'une responsabilité étatique ordinaire ou aggravée.

<sup>72</sup> R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004. Pour Maison, dont la thèse est, il est vrai, assez peu validée par la pratique judiciaire des tribunaux, la sanction des individus ne serait rien d'autre qu'une sanction indirecte de l'Etat. D. LUBAN, « A Theory of Crimes against Humanity », *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, p. 90-167. (l'idée de Luban du crime contre l'humanité comme « perversion du politique » semble bien s'inscrire dans l'idée que celui-ci a naturellement pour contexte l'Etat). Egalement, G.P. FLETCHER, *op. cit.*, supra note 22.

international s'adapte. Il y aurait quelque danger à se faire le gardien du droit pénal international « tel qu'il a toujours été »<sup>73</sup>. Quoiqu'il en soit du droit et de sa vocation propre, un coût indéniable de l'éloignement de l'Etat serait de couper la justice pénale internationale de sa racine historique principale, au risque d'une trivialisat[i]on de son message. Bill Schabas s'est à ce propos souvent inquiété de ce que l'abandon d'une exigence de plan ou politique étatique en matière de crimes contre l'humanité rende ceux-ci applicables « to serial killers, mafias, motorcycle gangs, and small terrorist bands »<sup>74</sup>.

Or, comme le soulignait James Crawford dans un de ses rapports à la CDI, « it is a characteristic of the worst crimes of the period since 1930 that they have been committed within and with the assistance of State structures »<sup>75</sup>. On voit bien, dès lors, quel usage politique plus général peut être fait de cette construction a-étatique de la criminalité internationale, comme partie d'un processus de disqualification par les Etats des acteurs non-étatiques au nom de leur égale (mais douteuse) propension à la violence et à l'iniquité<sup>76</sup>. Il y a là, peut-être, les prolégomènes d'un savant processus d'absolution de l'acteur souverain par la banalisation de sa violence spécifique, dont les abus bien réels sont évidents. On pense à la pratique de la CPI et de son Procureur, maintes fois dénoncée<sup>77</sup> ; consistant à objectivement faire le procès d'acteurs non-étatiques violents « pour le compte » des Etats, dont le pouvoir sort renforcé<sup>78</sup>.

Deuxièmement, cette même insistance sur la responsabilité individuelle tend à faire passer au second plan la responsabilité propre de l'Etat, qu'elle soit simple ou aggravée. On sent bien que la responsabilité

<sup>73</sup> Voy. à ce propos la critique de Jeff MCMAHAN à l'égard de la vision « collectiviste » des crimes de George Fletcher (J. MCMAHAN, « Collective crime and collective punishment », *Criminal Justice Ethics*, vol. 27 / 1, 2008, p. 4-12.), ou encore la recension par Beatrice BONAFÉ de l'ouvrage de Rafaëlle Maison (B.I. BONAFÉ, « Maison, Rafaëlle. La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public. », *European Journal of International Law*, vol. 17 / 1, 2006, p. 312-314.) Dans les deux cas, il semble bien que le collectivisme ou l'étatisme (respectivement) des crimes internationaux résultent plus d'une vision idéologique de leurs auteurs que de la réalité de l'évolution du droit.

<sup>74</sup> W.A. SCHABAS, *op. cit.*, supra note 39.

<sup>75</sup> 4<sup>ème</sup> rapport, Doc. ONU A/CN.4/490/Add 3 (1998), para. 89.

<sup>76</sup> La qualification du terrorisme comme crime contre l'humanité, par exemple, relève de cette logique qui tente de conceptualiser les crimes contre l'humanité comme une forme de violence de masse sans considération de ses sujets, et notamment des moyens territoriaux et logistiques dont ils disposeraient, sans même parler des obligations juridiques qui seraient les leurs.

<sup>77</sup> W.A. SCHABAS, « Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts », *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, p. 5-33.

<sup>78</sup> Sur cette forme de « sous-traitance », voy. F. MEGRET, « How States Use the ICC », *Papier présenté à la conférence de l'ISA San Francisco*, 3-6 avril 2013.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

pénale des membres des plus hautes sphères de l'Etat devrait, en toute logique, renforcer et mener directement à l'idée d'une responsabilité aggravée (à défaut, strictement, à l'idée de crime) de l'Etat<sup>79</sup>. Notamment en matière de génocide, il paraît très difficile de faire l'économie d'une responsabilité étatique, *a fortiori* lorsque la responsabilité individuelle suggérée est celle de membres des plus hauts échelons de l'Etat<sup>80</sup>. En réalité, tout porte à croire que l'identification de responsabilités individuelles sans responsabilité étatique serait inefficace<sup>81</sup>.

Pourtant, même si responsabilité pénale individuelle et responsabilité de l'Etat sont loin d'être incompatibles et doivent bien se concevoir comme concurrentes<sup>82</sup>, comme en atteste par exemple l'affaire du génocide devant la CIJ<sup>83</sup>, elles demeurent des notions irréductibles et objectivement en compétition. Elles le sont d'autant plus quand les institutions garantes de l'idée de responsabilité de l'Etat semblent hésiter au moment de la mettre en œuvre, comme pour la Convention sur le génocide<sup>84</sup>. On risque dès lors d'éluider le rôle non seulement instrumental mais bien permissif et facilitateur des structures étatiques dans la commission de crimes de droit international,

<sup>79</sup> A. NOLLKAEMPER, « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 / 3, 2003, p. 615-640 (« It would be odd were the international community to consider that a president of a state should have to be imprisoned for many years, whilst leaving in place the structures that made possible and facilitated his acts »).

<sup>80</sup> L'exemple du Darfur est ici apparu à plusieurs auteurs comme éclairant. Pour FLETCHER et OHLIN, par exemple, « The degree of Sudan's violation of international human rights law is a question of collective responsibility for the entire nation, and one best suited for adjudication before the international bodies designed for that purpose ». Fletcher & Ohlin, supra note 64.

<sup>81</sup> R. MAISON, *op. cit.* A. NOLLKAEMPER, « Systemic Effects of International Responsibility for International Crimes », *Santa Clara J. Int'l L.*, vol. 8, 2010, p. 313-352, p. 320-321.

<sup>82</sup> Voy. TPY, *Le Procureur c. Furundzija*, Affaire n°IT-95-17/1, Jugement du 10 décembre 1998, para. 142 ; CDI, *Rapport de la Commission du droit international sur le travail de sa trente sixième session*, Doc. A/39/10, 8 novembre 1984, para. 32 ; CDI, *Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante troisième session*, Doc. A/56/10 (« a State is not exempted from its own responsibility for the wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out »).

<sup>83</sup> CIJ, *Application de la Convention sur le génocide, Objections préliminaires*, 18 novembre 2008, para. 32.

<sup>84</sup> Voy. à ce propos la déclaration commune des juges Shi et Verschchetin dans l'affaire du génocide. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 11 juillet 1996 (« En substance, la convention demeure un instrument relatif à la responsabilité pénale des individus. (...) La détermination de la communauté internationale à voir les individus auteurs d'actes de génocide traduits en justice, quelles que soient leur origine ethnique ou la position qu'ils occupent, montre la meilleure manière d'envisager la question (...) Donc, à notre avis, la Cour internationale de Justice n'est peut-être pas l'instance appropriée pour se prononcer sur les griefs formulés par la Partie requérante en la présente instance »).

quand elles n'en sont pas la source même. L'attention récente à la notion de « criminalité systémique » par un chercheur comme Andre Nollkaemper, renouvelle utilement l'intérêt pour le rôle causal de l'Etat<sup>85</sup>, au-delà des limites très internationalistes du débat sur le « crime d'Etat » tel que longtemps engagé devant la CDI.

Enfin, il est évident que l'insistance sur la responsabilité pénale individuelle fait largement passer au second plan les responsabilités d'Etats tiers, voire de la communauté internationale dans son ensemble. C'était déjà vrai à Nuremberg où la responsabilité d'une vingtaine d'hommes eut pour effet (malgré les meilleurs efforts de leurs avocats) de largement éluder la question des responsabilités directes des alliés (Hiroshima, Katyn, Dresde, violences sexuelles sous l'occupation de l'Allemagne), sans même parler de leurs responsabilités indirectes dans l'Holocauste notamment (collaboration pour les uns, non prioritarisation de l'arrêt des trains de la mort et non acceptation de réfugiés par les autres, etc). En ex-Yougoslavie, les procès du TPIY ont systématiquement éludé la question du rôle de l'OTAN, alors qu'au Rwanda le TPIR s'est très peu intéressé à la question des responsabilités françaises ou onusiennes dans le génocide.

### 3. Absolution de la société et des tiers

Peut être plus que l'occultation de l'Etat, c'est à celle de la société qu'il faudrait s'en prendre. Car même la responsabilité aggravée de l'Etat se concentre sur l'Etat en tant que personne morale, sujet du droit international public, et non sur l'Etat en tant que matérialisation d'une collectivité humaine historiquement active et redevable. De fait, l'essentiel des développements intellectuels autour de la question de la responsabilité aggravée de l'Etat ont trait à la relation de l'Etat fautif par rapport à la communauté internationale, et aux prérogatives d'Etat tiers dans la lutte contre certaines violations graves du droit international. Elle ne se penche guère sur la manière dont cette responsabilité est produite de manière interne.

L'insistance sur la responsabilité individuelle participe à ce mouvement de dissimulation des responsabilités sociales. Elle tend à faire des procès pénaux internationaux, dans le meilleur des cas, le procès d'une sorte de « mauvaise gouvernance », où des dirigeants sans scrupule auraient entraîné, contre leur gré, des populations dans des aventures criminelles. Il existe en effet des situations réellement ambiguës (comme

---

<sup>85</sup> A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, *supra* note 81.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

celle des « malgré nous » alsaciens pendant la Seconde guerre mondiale<sup>86</sup>) mais aussi des cas qui le sont moins ; comme celui de la population allemande après la Seconde guerre mondiale (dont une grande partie reproche surtout aux nazis de l'avoir trahi et s'imagine historiquement avoir été « libérée » par les Alliés), et des cas qui ne le sont pas du tout (comme certains accusés à Nuremberg prétendant avoir été éconduits par le *Führer*)<sup>87</sup>. Une grande partie des débats contemporains sur la concurrence entre mémoires allemandes a comme toile de fond l'incompatibilité entre « souffrance » et « culpabilité »<sup>88</sup>, et la tentation « d'externaliser » cette dernière vers un groupe relativement petit en accentuant la victimisation de la population civile<sup>89</sup>. Comme le souligne Christoph Burchard :

« What is clearly omitted is that Germans themselves feverishly assisted the Nazis. Self-victimization glosses over the fact that millions of Germans contributed to the injustices committed by the major war criminals tried by the IMT. (...) It is a simple and brutal reality that it was Germany, not the Nazi party, who started the war and industrialized genocide. (...) Yet, exactly this view was, to some extent, fostered by the individualization of criminal guilt in Nuremberg. The major war criminals were made to shoulder the responsibility of the German people as a whole; they were objects for the transfer of guilt »<sup>90</sup>.

Dans ce contexte, l'échec relatif de la notion de crime d'Etat appelle peut être à repenser de manière plus large la problématique des rapports individu-Etat-société, et la responsabilité de cette dernière, qu'elle soit

<sup>86</sup> F. MEGRET, « The Bordeaux Trial: Prosecuting Oradour-sur-Glanes », in K. J. Heller, Gerry Simpson, (éds.). *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>87</sup> Voy. par exemple la déclaration de Rosenberg, *supra* note 1, vol. 22, 31 August 1946 (« To an ever-increasing degree Adolf Hitler drew persons to himself who were not my comrades, but my opponents. With reference to their pernicious deeds I must state that they were not practising the National Socialism for which millions of believing men and women had fought, but rather, shamefully misusing it. It was a degeneration which I, too, very strongly condemned. ») Egalement Herr Pelckmann, *Ibidem*, vol. 21, 26 August 1946, p. 569-570 (insistant sur le fait que la plupart des SS n'étaient pas au courant des desseins anti-sémites de Hitler).

<sup>88</sup> A. ASSMANN, « On the (In) Compatibility of Guilt and Suffering in German Memory1 », *German Life and Letters*, vol. 59 / 2, 2006, p. 187-200.

<sup>89</sup> S.J. TABERNER et K. BERGER, *Germans as victims in the literary fiction of the Berlin Republic*, vol. 33, Camden House, 2009.

<sup>90</sup> C. BURCHARD, « The Nuremberg Trial and its Impact on Germany », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4 / 4, septembre 2006, p. 800-829, p. 824. La similitude entre ces perceptions et d'autres manières de vivre des épisodes post-totalitaires a été notée. E.G. LINDNER, « Were Ordinary Germans Hitler's "Willing Executioners" ? Or Were They Victims of Humiliating Seduction and Abandonment ? The Case of Germany and Somalia », *IDEA: A Journal of Social Issues*, vol. 5 / 1, 2000.

juridique ou autre. Derrière la réticence à punir l'Etat, on l'a vu, se dégage une réelle méfiance à l'égard de l'idée de responsabilité collective aboutissant à « punir » une population. L'épouvantail de Versailles continue à détourner les juristes de toute réflexion plus poussée sur les conditions, justement, dans lesquelles une population, directement via son Etat, pourrait être légitimement rendue redevable de ses actes.

Pourtant, en matière de responsabilité internationale classique, il est déjà tout à fait possible que l'engagement de la responsabilité d'un Etat mette en cause le rôle de la population, au moins implicitement, et, quoiqu'il en soit, la mette à contribution<sup>91</sup>. Dans la réalité, le coût de la responsabilité de l'Etat sera nécessairement assumé par la collectivité. En outre, l'idée que la responsabilité collective ne devrait pas être un vain mot a fait l'objet d'importants travaux philosophiques qui attestent à tout le moins d'un vigoureux débat, très largement en marge des débats juridiques. On y retrouve les grandes figures de Karl Jaspers<sup>92</sup> et Hannah Arendt<sup>93</sup>, mais aussi tout un ensemble de philosophes anglo-américains<sup>94</sup> qui se sont penchés sur la question dans des contextes tels que les massacres

<sup>91</sup> M.A. CHINEN, « Complexity Theory and the Horizontal and Vertical Dimensions of State Responsibility », 2012 ([http://works.bepress.com/mark\\_chinen/5/](http://works.bepress.com/mark_chinen/5/)).

<sup>92</sup> K. JASPERS et P. VIDAL-NAQUET, *La Culpabilité allemande*, Paris, Les Editions de Minuit, 1990, 128 p.

<sup>93</sup> H. ARENDT, *op. cit.*, *supra* note 66.

<sup>94</sup> H. GOMPERZ, « Individual, collective, and social responsibility », *Ethics*, vol. 49 / 3, 1939, p. 329-342. H.D. LEWIS, « Collective responsibility », *Philosophy*, vol. 23 / 84, 1948, p. 3-18; D.E. COOPER, « Collective responsibility », *Philosophy*, vol. 43 / 165, 1968, p. 258-268; J. FEINBERG, « Collective responsibility », *The Journal of Philosophy*, vol. 65 / 21, 1968, p. 674-688; R.S. DOWNIE, « Collective responsibility », *Philosophy*, vol. 44 / 167, 1969, p. 66-69. H.D. LEWIS, « The non-moral notion of collective responsibility », *Individual and Collective Responsibility—Massacre at My Lai*, Cambridge, MA: Schenkman Publishing Company, 1972, p. 116-144; S. SVERDLIK, « Collective responsibility », *Philosophical Studies*, vol. 51 / 1, 1987, p. 61-76; L. MAY, *The morality of groups: Collective responsibility, group-based harm, and corporate rights*, University of Notre Dame Press Notre Dame, 1987; L. MAY et S. HOFFMAN, *Collective responsibility: Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1991; J. RÄIKÄ, « On disassociating oneself from collective responsibility », *Social Theory and Practice*, vol. 23 / 1, 1997, p. 93-108; K. GRAHAM, « Collective Responsibility », in *Moral Responsibility and Ontology*, Springer, 2000, p. 49-61; R. SPARROW, « History and collective responsibility », *Australasian journal of philosophy*, vol. 78 / 3, 2000, p. 346-359. L. RADZIK, « Collective responsibility and duties to respond », *Social Theory and Practice*, vol. 27 / 3, 2001, p. 455-471; J. NARVESON, « Collective responsibility », *The Journal of Ethics*, vol. 6 / 2, 2002, p. 179-198; S. MILLER, « Collective moral responsibility: An individualist account », *Midwest studies in philosophy*, vol. 30 / 1, 2006, p. 176-193. M. SMILEY, « Collective responsibility », 2010; J. Levine, « Collective Responsibility and the Individual », *Essays in Philosophy*, vol. 10 / 2, 2009, p. 5.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

scolaires,<sup>95</sup> la guerre juste (quant à l'immunité des civils dans les combats notamment)<sup>96</sup> ou le terrorisme<sup>97</sup>. Chez les juristes, la sortie la plus poussée en faveur d'une réflexion autour de la responsabilité collective est venue de l'un des plus importants pénalistes et théoriciens américains du droit, George Fletcher, qui y consacra ses Storr Lectures à l'Université de Yale, en 2002<sup>98</sup>.

On retrouve dans la pensée internationaliste une vieille tendance à voir dans l'Etat une simple fiction, et donc à considérer que ce sont nécessairement les « peuples » qui sont responsables<sup>99</sup>. Cette vision paraît un peu sommaire, dans la mesure où elle ne permet pas d'établir en quoi et dans quelles conditions l'ensemble d'une population devrait être internationalement redevable des crimes commis par l'Etat. Sans autre précision, elle pourrait signifier un retour au temps des punitions collectives. A cet égard, un certain scepticisme a toujours existé sur la notion de responsabilité collective, dans la mesure où celle-ci aboutira vraisemblablement à punir des innocents, en violation de l'idée libérale que l'on ne devrait avoir à répondre que d'actes auxquels on a participé. Même l'Allemagne Nazie, par exemple, comprenait d'assez nombreux rebelles au régime, ayant tout fait pour en précipiter la fin : aurait-il été juste que ces personnes soient couvertes par une responsabilité collective, au même titre que les partisans du régime ?

Face à ce problème, deux tendances se dessinent. L'une consiste à flirter avec une vieille thématique romantique ou solidariste. Pour Fletcher, la notion de responsabilité collective passe ainsi par une redécouverte de la tradition romantique, et de l'idée qu'une « nation » est bien un tout agissant, au sein duquel se fondent les individualités au travers de grands élans historiques. Fletcher, cependant, est attentif à ne pas pousser cette idée trop

<sup>95</sup> B. LICKEL, T. SCHMADER et D.L. HAMILTON, « A case of collective responsibility: Who else was to blame for the Columbine High School shootings? », *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 29 / 2, 2003, p. 194-204.

<sup>96</sup> A. JOKIC, *War Crimes and Collective Wrongdoing: A Reader*, Oxford, Blackwell Publishers, 2001. N.C. CRAWFORD, « Individual and Collective Moral Responsibility for Systemic Military Atrocity\* », *Journal of Political Philosophy*, vol. 15 / 2, 2007, p. 187-212. L. MAY, *War crimes and just war*, Cambridge[]; New York, Cambridge University Press, 2007. I. PRIMORATZ, *Civilian immunity in war*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>97</sup> B.T. WILKINS, *Terrorism and collective responsibility*, Abingdon, Oxon, Psychology Press, 2003.

<sup>98</sup> G.P. FLETCHER, *op. cit.*, supra note 22. Dans l'ensemble cette question de la dimension « verticale » de la responsabilité (par rapport à la dimension « horizontale » vis à vis des autres Etats) a remarquablement peu intéressé les internationalistes. Une exception notable mais relativement fugitive est T. Franck, *op. cit.*, supra note 23.

<sup>99</sup> P. Allott, *op. cit.* supra note 33.

loin : pour lui, la nation est un ensemble politique agissant dans le présent, non une entité organique à travers l'histoire (dans ce cas en effet « To ascribe irreducible, associative national guilt to the Germans is to repeat the intellectual indecency of anti-Semitism »<sup>100</sup>). Pour un auteur comme Larry Cata Backer, l'idée que les populations suivent aveuglement leurs chefs est une supercherie qui fait croire au pouvoir infini de ces derniers, là où c'est surtout la croyance en ce pouvoir qui est nécessaire pour mieux pouvoir « sacrifier » le chef et protéger la communauté<sup>101</sup>. Pour intéressante que soit cette idée, elle risque de déboucher sur des considérations qui, de par leur généralité, paraissent malencontreuses car semblant dans certains cas cautionner des punitions collectives<sup>102</sup>.

La voie alternative à cette voie romantique problématique consiste à tenter de réintégrer la responsabilité collective à l'intérieur du paradigme libéral, ce qui ne paraît pas impossible. Le fait qu'un Etat soit démocratique<sup>103</sup>, ou que l'on puisse le présenter comme un agent ou représentant de la population<sup>104</sup>, s'inscrivent dans une perspective libérale, à l'appui de l'idée qu'un principe secondaire de partage du fardeau de la faute au niveau interne n'est pas impossible, et que donc la responsabilité collective n'est pas nécessairement une injustice. Pour Walzer, par exemple, la citoyenneté est une « destinée commune » qui implique d'assumer les conséquences y compris d'actes auxquels on n'a pas souscrit<sup>105</sup>.

Dès lors, les arguments mêmes qui ont justifié historiquement une responsabilité individuelle au nom des plus grands pouvoir et clairvoyance des individus sur la scène internationale pourraient aussi justifier une responsabilité collective, dans la mesure où « In modern international law, the state no longer owns the individual ; rather, the individuals collectively own the state. With the privilege of that new status, the people who constitute the modern state must willingly accept their share in state responsibility, not try to shirk it »<sup>106</sup>. On est ici dans le domaine de la délégation de la multitude vers une élite, qui n'absout jamais entièrement le délégataire, et inclut la minorité qui a pu agir contre la commission des

<sup>100</sup> G.P. FLETCHER et J.D. OHLIN, *op. cit.*, supra note 64, p. 1533.

<sup>101</sup> L. BACKER, *op. cit.*, supra note 63.

<sup>102</sup> L. BACKER, *op. cit.*, supra note 63.

<sup>103</sup> A. STILZ, « Collective responsibility and the state », *Journal of Political Philosophy*, vol. 19 / 2, 2011, p. 190-208.

<sup>104</sup> J.M. PARRISH, « Collective responsibility and the state », *International Theory*, vol. 1 / 01, 2009, p. 119-154.

<sup>105</sup> M. WALZER, *Just And Unjust Wars: A Moral Argument With Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2006, 404 p., p. 297.

<sup>106</sup> T. FRANCK, *op. cit.*, supra note 23. p. 572.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

crimes mais qui n'a pas su les empêcher. En démocratie, le fait majoritaire implique une solidarité avec ses conséquences, et l'on peut donc concevoir une « volonté générale » rousseauiste « coupable », au moins moralement et politiquement.

Plus difficile est l'idée d'une culpabilité ou d'une responsabilité collective dans des conditions non-démocratiques. Il semble ici que l'on puisse ancrer une forme de responsabilité dans l'idée que « qui ne dit mot, consent » et que tout pouvoir résulte d'une forme de « servitude volontaire ». On pourrait également imaginer qu'une population ayant objectivement et en connaissance de cause « profité » de certaines atrocités, même si elle n'y a pas contribué directement, se soit ainsi suffisamment compromise. Cependant, il faudrait clairement sous-peser ces variables à la lumière des coûts qu'aurait engendré le fait de ne pas s'être élevé contre le crime. Y a-t-il une obligation d'héroïsme en situation totalitaire ? Doit-on se sacrifier plutôt que d'être associé à des crimes, même passivement ? On le voit bien, la réflexion sur la responsabilité collective peut vite s'éloigner d'une sorte de minimum libéral (ne pas commettre activement le mal) vers une responsabilité par omission très large et englobante. C'est peut être pourquoi pour Jaspers il ne peut y avoir dans ce cas de culpabilité juridique à proprement parler : la culpabilité morale demeure cependant car, même dans des situations non-démocratiques, « Chacun est co-responsable de la manière dont il est gouverné »<sup>107</sup>.

Quoiqu'il en soit, il paraît souhaitable d'être beaucoup plus audacieux dans la réflexion sur les modalités d'une responsabilité collective, ou se résoudre à offrir de vastes passe-droits à des opinions publiques de mieux en mieux informées et qui ont souvent élu, reconduit, soutenu ou au moins laissé opérer des dirigeants, malgré la mise en évidence de crimes. Il ne paraît pas utile ici de réfléchir en termes de grands épouvantails historiques, réduits à leur plus simple expression : les responsabilités de la population allemande de 1914, assurément, ne sont pas celles de 1939, et les conditions de communication de notre « village monde » ne laissent plus désormais la même place à l'ignorance, magnifiant d'autant le pouvoir et donc les responsabilités de tout citoyen.

### **C. Limites judiciaires**

De cette série de limitations en résultent d'autres pour l'application du droit lui-même. Plus spécifiquement, on mettra ici l'accent sur trois implications judiciaires de l'insistance sur la responsabilité individuelle,

<sup>107</sup> K. JASPERS et P. VIDAL-NAQUET, *op. cit.*, *supra* note 92.

notamment lorsque celle-ci ne s'avère ni descriptivement ni moralement apte à rendre compte de la complexité du phénomène en cause.

### 1. *Obstacle juridique*

La dépendance du crime international de conditions systémiques crée les conditions d'une série de paradoxes lancinants. Par exemple : soit la justice pénale internationale ne met pas en évidence cet élément contextuel et elle risque de faire une injustice aux nu-individus en les sur-condamnant et en absolvant les structures et les collectifs, soit la justice pénale internationale met cette contribution en évidence et risque non seulement de remettre en cause ses présupposés individualistes (ce qui ne serait en soi pas si dommageable) mais encore de s'attirer dès lors les remontrances des individus qui considèrent qu'on leur fait payer pour une faute qui n'est pas entièrement la leur en violation de l'équité du procès.

Ce n'est peut être pas le moindre des paradoxes d'une insistance excessive sur la responsabilité individuelle que, à certaines doses, celle-ci soit susceptible de nuire à la démonstration de... la responsabilité individuelle. En réalité, la justice pénale internationale semble constamment démentir ses propres postulats par les fréquents détours qu'elle réalise presque malgré elle vers le collectif, comme si « *despite the apparent recognition of methodological individualism ... we still believe that [international crimes] express the actions and the implicit guilt of entire groups of people* »<sup>108</sup>. Dans le procès pénal international, pour commencer, l'établissement des actes directement attribuables à l'accusé ne constitue qu'une partie du dossier d'accusation. Ces actes doivent permettre de relier l'individu à des crimes qui sont eux, par essence, collectifs. Seul le rattachement à des épisodes criminels majeurs (génocide, crimes contre l'humanité) donne une connotation internationale à des crimes sinon ordinaires (au sens par exemple où un meurtre n'est qu'un meurtre s'il ne survient pas dans le contexte d'un génocide et avec l'intention d'y participer). Sous couvert de juger une pure responsabilité individuelle, donc, la justice pénale internationale ne peut s'affranchir d'un effort d'élucidation des responsabilités collectives, ce qu'elle fait avec plus ou moins de succès. Or en se penchant, inévitablement, sur le « phénomène criminel » comme clef de toute stratégie de poursuite, elle semblera mettre à mal ses propres présupposés individualistes. C'est ainsi que se dessinent constamment « toutes sortes de tensions entre les désignateurs individuels et sous-tendant le collectif », qui fait que les « praticiens judiciaires ... ne rencontrent

---

<sup>108</sup> G.P. FLETCHER, *op. cit.*, *supra* note 22, p. 1512.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

dans les affaires qu'ils traitent que du politique et, bien souvent, de l'Etat »<sup>109</sup>.

Cette tension se retrouve à plusieurs niveaux. Premièrement, l'individualisme de la justice pénale internationale se heurte au fait qu'il est pratiquement impossible d'établir une responsabilité individuelle pour génocide ou crimes contre l'humanité (et *a fortiori* pour agression) sans se prononcer simultanément sur une responsabilité étatique ou quasi-étatique correspondante, et ce quelles que soient les tentatives d'édulcorer l'élément étatique des crimes contre l'humanité notamment<sup>110</sup>. C'est ce qui ressort tant du Statut et de la jurisprudence de Nuremberg<sup>111</sup>, de la jurisprudence du TPY<sup>112</sup> et du TPIR<sup>113</sup>, que des travaux de la Commission d'enquête sur le Darfour<sup>114</sup>, de la Commission du droit international<sup>115</sup>, ou encore du Statut de Rome<sup>116</sup>. Pour dire les choses brutalement, on ne commet pas un génocide tout seul, et des *actes* génocidaires ne peuvent être posés qu'à l'intérieur du cadre *d'un* génocide. Quant aux crimes contre l'humanité, longtemps imbriqués dans une mystique souveraine<sup>117</sup>, il est désormais

<sup>109</sup> É. CLAVERIE, *op. cit.*, *supra* note 50.

<sup>110</sup> *Le Procureur c. Kunarac*, *supra* note 56.

<sup>111</sup> Article 6 (compétence du Tribunal pour juger les personnes « agissant pour le compte des pays européens de l'Axe »).

<sup>112</sup> TPY, *Le Procureur c. Jelisic*, Affaire No. IT-95-10-A, Jugement, 5 juillet 2001, para. 98; TPY, *Le Procureur c. Krstic*, Affaire No. IT-98-33-A, Jugement, 19 avril 2004, para. 225. A défaut d'être nécessaire pour l'*actus reus* du génocide, l'inscription dans un plan étatique facilitera la preuve de la *mens rea*.

<sup>113</sup> TPIR, *Le Procureur c./ Kayishema*, Affaire No. TPR 95-I-T, Jugement, 21 mai 1999, paras. 94 et 276.

<sup>114</sup> Laquelle conclut que le gouvernement soudanais ne s'est pas engagé dans une politique génocidaire avant de pouvoir exclure que des individus le soient.

<sup>115</sup> Doc. ONU A/CN.4/SR. 270, para. 36 ; Doc. ONU A/51/10 (1996), art. 18.

<sup>116</sup> Statut de Rome, article 7. 2 (a). Même si l'exigence « organisationnelle » dans la commission de crimes contre l'humanité tend à être édulcorée par la Cour, celle-ci a fait l'objet d'une vigoureuse et très remarquée défense par le juge Kaul. *Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul to the « Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya »*, affaire n° ICC-01/09-19-Cor, 31 mars 2010. On remarquera également que la non-inclusion des crimes contre l'humanité dans la compétence du tribunal spécial pour le Liban renforce l'idée que, dès lors qu'on n'envisageait pas nécessairement l'implication d'un Etat dans les attentats en cause, celle-ci n'avait sans doute pas sa place.

<sup>117</sup> C. KRESS, « On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision », *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 / 04, 2010, p. 855-873, p. 872. (à propos de Nuremberg: « By clearly linking all [the crimes entering within the tribunal's jurisdiction] with a breach of international peace in the strict meaning of the term, the first generation of international criminal law reflected, despite its revolutionary recognition of criminality directly under international law, the traditional, almost entirely state-centred, configuration of the international legal order. »).

admis qu'ils puissent être commis par des acteurs non-étatiques, mais presque uniquement parce que ces acteurs non-étatiques ressemblent fortement à des... Etats<sup>118</sup>. Enfin, si un crime de guerre peut être commis individuellement, ce n'est jamais qu'à l'occasion d'une guerre, dont on voit mal ce qu'elle est sinon un phénomène étatique ou quasi-étatique<sup>119</sup>.

Deuxièmement, l'individualisme de la justice pénale internationale est régulièrement mis à mal par une recherche de responsabilité qui doit mettre en évidence des relations sociales, notamment une chaîne de commandement. Il y a une tension entre le « nu individu » qui subira seul la sanction pénale, et la mise en exergue de chaînes humaines profondément criminogènes. C'est ce que souligne Kirsten Ainley lorsqu'elle insiste sur le fait que :

« Perpetrators of international crime are invariably playing particular roles, be it state representative, organisation member, follower of a particular ideology or member of the formal or informal armed forces. The Rome Statute virtually requires that the individuals it prosecutes be located in relation to others as organisers, leaders or instigators of the crimes within its jurisdiction yet denies the relevance of social roles. The idea of international criminality within the Rome Statute therefore misses much of the significance of the societal nature of the person – the effect of social roles and the enabling function of groups – and omits to assign responsibility for actions carried out socially »<sup>120</sup>.

Pourtant, la réalité est plutôt que la justice pénale internationale – presque à son insu<sup>121</sup> – renoue constamment avec ces rôles contextualisés

<sup>118</sup> C'est ce qui ressort notamment de l'idée que les crimes contre l'humanité doivent résulter d'une attaque « généralisée et systématique ». Même si la CPI semble de fait se concentrer sur des acteurs non-étatiques, l'exigence de ne choisir que des crimes dépassant un certain seuil de gravité ou encore que les crimes contre l'humanité aient été commis dans le cadre d'une politique organisationnelle font qu'il s'agira d'acteurs non-étatiques « quasi-publics » relativement assimilables à l'Etat.

<sup>119</sup> Déjà en 1943, la Société des Nations avait noté que « war cannot be made by humans ». *Statement, Punishment and Prevention of War Crimes, Resolution of the Executive Committee of the League of Nations Union*, October 10, 1943. Cet élément étatique ou organisationnel est accru dans le cadre de la CPI qui a compétence pour les crimes de guerre lorsque ceux-ci « s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle ». Statut de Rome, article 8.

<sup>120</sup> K. AINLEY, « Responsibility for atrocity: Individual criminal agency and the International Criminal Court », in *Evil, law and the state: perspectives on state power and violence*, John T. Parry (ed.), Amsterdam, Rodopi, 2006, p. 155.

<sup>121</sup> Comme le fait remarquer un avocat devant le TPY, « We spoke briefly about collective guilt and how the Madam Prosecutor herself (...) told us that it is not about collective guilt. In our opinion it's easy to say something is not this and yet try to prove your case through what we call the side or the back door. The Prosecution, I think, tells us they don't believe in collective guilt

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

de l'individu, à travers les notions de complot, de responsabilité du commandant et, surtout, d'entreprise criminelle commune, laquelle a été décrite comme une sorte de « para-dénomination (...) [de] réalités qui correspondent ordinairement à la place qu'occupe l' "Etat" ou en tout cas des entités organisationnelles qui appartiennent au type étatique »<sup>122</sup>.

Le problème est que la tendance de la justice pénale internationale à outrepasser son individualisme, dans ce contexte, fera deux sortes de mécontents. Tout d'abord, ceux qui se posent en défenseurs du collectif, et n'acceptent pas que, par le biais de la responsabilité individuelle, l'on fasse en définitive des procès collectifs en sous-main, sans réellement s'en donner les moyens et dans des conditions douteuses<sup>123</sup>. Ensuite, et de manière nettement plus marquée, les défenseurs de l'individu (au premier rang desquels les avocats de la défense) qui considèrent que le détour collectif nuit fondamentalement à l'équité du procès, voire renoue avec les pires aspects de cela même que la justice pénale internationale reproche aux grands criminels : la réduction des individualités à une appartenance à un groupe. On retrouve ici très concrètement une série de reproches adressés tant par les avocats<sup>124</sup> que par les juges<sup>125</sup> à la notion d'entreprise criminelle commune notamment, modalité d'entrevoir le collectif appelée à une prééminence certaine devant les tribunaux pénaux internationaux, mais que d'aucuns voient comme contraire au principe de responsabilité individuelle car ne l'établissant que par l'entremise d'une participation. A un moindre degré, les mêmes critiques fusent à propos de la responsabilité du

---

but continues to lump the accused and continues to argue down the road of collective guilt ». TPY, *Popović et al. « Srebrenica »*, affaire n° IT-05-88, mercredi 23 août 2006, p. 548.

<sup>122</sup> É. CLAVERIE, *op. cit.*, *supra* note 50, p. 35. Également, TPIR, *Le Procureur c. André Rwamakuba*, Affaire No. TPIR-98-44-AR724, Decision on interlocutory appeal, 23 juillet 2004, p. 25 (remarquant que le plan constitue un « nation wide government-organized system of cruelty and injustice »).

<sup>123</sup> Voy. par exemple Dr. Kurt KAUFFMANN, *supra* note 1, Vol. 18, 9 juillet 1946, p. 40. (« The American chief prosecutor has emphatically declared that he did not propose to hold the entire German nation guilty; but the records of this Tribunal, which history will some day scrutinize attentively, nevertheless contain many things which, to us Germans, appear to be false and, therefore, painful. ».) Également, TPY *Mr Simic, Kvočka et al. "Omarska, Keraterm & Trnopolje Camps"*, affaire n° IT-98-30/1, Transcripts, lundi 27 septembre 1999, p. 195 (« We would also like to point out that there is a problem here, that is, a thesis was offered about collective guilt. The Prosecution has offered that almost all members of the Serbian population have taken part in the persecution, and we believe that this is a very dangerous thesis and that it can do a lot of harm »).

<sup>124</sup> TPY, *Krajišnik « Bosnia and Herzegovina »*, affaire n° IT-00-39, Transcript, lundi 10 octobre 2005, p. 17317; TPY, *Popović et al. « Srebrenica »*, affaire n° IT-05-88, mardi 22 août 2006, p. 536.

<sup>125</sup> W. SCHOMBURG, « Jurisprudence on JCE—revisiting a never ending story » ([http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm\\_blog\\_6\\_1\\_2010.pdf](http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_blog_6_1_2010.pdf)).

commandant<sup>126</sup> ou du « complot »<sup>127</sup>. Toute forme de jonction fait également l'objet d'une hostilité, en tant qu'équivalent procédural de cette diffusion de la « culpabilité par association ».

Car, en effet, le problème principal n'est pas que la justice pénale internationale doive faire une chose et son contraire – établir des responsabilités individuelles en passant beaucoup de temps à discuter des responsabilités collectives – mais bien qu'en faisant l'un elle aille normativement à l'encontre de l'autre. Pour beaucoup, les détours collectifs de la justice pénale internationale, en réduisant l'exigence de *mens rea* à une vague connaissance de la possibilité que des crimes résultent de ces organisations/réunions, aboutissent ni plus ni moins à sérieusement mettre en danger le principe même de la responsabilité pénale individuelle<sup>128</sup>.

La justice pénale internationale, en d'autres termes, serait inévitablement appelée à, en quelque sorte, se « tirer dans le pied », en requérant à des fins de droit substantif et d'authenticité historique d'établir des éléments (la participation à telle ou telle entreprise collective) qui l'éloigneraient de ses postulats éthiques et ontologiques (le caractère irréductiblement individuel de la responsabilité). C'est pourquoi la justice pénale internationale en tant que justice pénale sera régulièrement soupçonnée de trahir l'un ou l'autre de ses objectifs, mais le plus souvent de sacrifier l'individu sur l'autel d'une démonstration de culpabilité, au nom du caractère exceptionnel de la justice pénale internationale et de l'impossibilité de lui appliquer des critères issus de la tradition pénale libérale interne.

Enfin, la défiance à l'égard de la justice des tribunaux pénaux internationaux, dans ce cadre, n'en sera que plus exacerbée par son caractère sélectif. L'une des plus grandes récriminations devant la justice pénale internationale relève moins du « ce n'est pas moi » que du « pourquoi moi plutôt que tel autre ». Les hasards des arrestations ou les aléas de décisions de poursuite peuvent toucher au cœur d'une exigence d'égalité (à crime égal, châtement égal) dont on peut penser qu'elle est inhérente à toute justice pénale<sup>129</sup>. Certes, les tribunaux ont largement rejeté

<sup>126</sup> M. DAMASKA, « The Shadow Side of Command Responsibility », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49 / 3, 2001, p. 455-496.

<sup>127</sup> R. ARENS, « Nuremberg and Group Prosecution », *Washington University Law Quarterly*, vol. 1951, 1951, p. 329. A. FICHTELBERG, « Conspiracy and International Criminal Justice », *Criminal Law Forum*, vol. 17 / 2, juin 2006, p. 149-176.

<sup>128</sup> A.M. DANNER et J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, D. ROBINSON, « The Identity Crisis of International Criminal Law », *Leiden Journal of International Law*, vol. 21 / 04, 2008, p. 925-963.

<sup>129</sup> L. COTE, « Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 162-186, p. 173 et s.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

l'idée que la sélectivité de la justice pénale internationale pouvait porter un préjudice légal aux accusés, sauf à ce qu'elle s'exerce de manière irrationnelle ou discriminante ; néanmoins il s'agit là d'une fragilité supplémentaire qui diminue l'entreprise d'équité que tentent de réaliser les tribunaux.

## 2. *Obstacle transitionnel*

L'individualisme de la justice pénale internationale pourra également, parfois, être un obstacle à une vocation de « justice transitionnelle » pourtant de plus en plus centrale à sa mission. Il est à ce titre l'occasion de s'interroger sur le décalage qui peut exister entre les valeurs qu'elle véhicule et les destinataires de ces normes, notamment les populations affectées au plus près par des épisodes criminels. Comme on l'a vu, la justice pénale internationale se targue de désolidariser les individus tant de l'Etat que du groupe dont ils émanent, un tel dessein étant supposé faciliter les transitions post-atrocités en évitant une responsabilité collective. Or cela suppose que le diagnostic internationaliste en la matière coïncide avec celui des sociétés « de réception ». Si alignement il y a effectivement, alors les sociétés sauront sans doute gré à la justice pénale internationale de leur avoir épargné une opprobre collective, là où elles considèrent avoir été elles-mêmes victimes de certains individus. Une telle perception existe potentiellement chez une partie de la population, et il la justice pénale internationale, par la force de son exemplarité, peut aussi y contribuer en aidant à la construire<sup>130</sup>. Mais il est aussi possible que le soutien d'une partie de la population à des poursuites individuelles exprime une subtile équivoque : par exemple une partie de l'opinion publique allemande d'après guerre n'était pas hostile à ce que les Alliés la débarrassent de *leaders* de guerre désormais honnis, sans pour autant intégrer profondément les ressorts de l'accusation de Nuremberg.

Surtout, que d'aventure le diagnostic individualiste de la justice pénale internationale ne corresponde pas aux perceptions locales –du groupe victime mais aussi du groupe impliqué dans la commission des crimes– et la

<sup>130</sup> On peut considérer qu'au Rwanda post-génocide la politique du gouvernement a consisté, notamment en gommant les appartenances ethniques, à éviter que l'appartenance à un groupe ne vienne à être automatiquement associé à une criminalité. Voy. également Program of the Government of the Republic of Croatia on Establishment of Trust, Accelerated Return, and Normalization of Living Conditions in the War Affected Regions of the Republic of Croatia (« Whereas it is unconstitutional to distinguish between the former parties in conflict on the basis of ethnicity as such, a distinction results in collective guilt and ignores individual responsibility for crimes, and also ignores the positive role of members of various ethnic groups during the hostilities. »)

justice pénale internationale risque de faire long feu, lorsqu'elle ne s'exposera pas à produire les résultats exactement inverses à ceux escomptés. En effet, la mise en accusation d'individus passera alors, pour les victimes, comme une tentative de limiter les responsabilités du groupe en se concentrant sur quelques figures emblématiques; pour le groupe s'identifiant aux accusés, elle sera perçue comme une tentative de l'impliquer injustement, en désignant certains individus à la vindicte populaire et internationale.

C'est ainsi que les opinions publiques ont parfois « fait corps » avec les accusés, tentant à la limite de s'interposer entre eux et la « vindicte » internationale. Après la Première guerre mondiale, le Baron von Lesner, chef de la délégation allemande à Versailles, se vante que « the entire German Volk, without regard to class and party is of the conviction that it is impossible to deliver up the so-called war criminals (...) Thousands upon thousands protested in the sharpest manner against the Auslieferungsbefehl »<sup>131</sup>. On pense notamment à la leçon bien mal apprise du Tribunal de Tokyo, dont l'individualisme dirigé contre une élite politico-militaire eut beaucoup de mal à être digéré par une partie de l'opinion publique japonaise, laquelle ne fut jamais convaincue ni de leur culpabilité personnelle ni, *a fortiori*, d'une responsabilité japonaise collective ; ou encore à la manière dont une bonne partie de la population allemande, immédiatement après la Seconde guerre mondiale, se conçut moins comme coupable que comme victime, d'abord des nazis puis des Alliés occupants, et résista fortement face à la notion d'une culpabilité allemande poussée par certains alliés<sup>132</sup>. Enfin, à l'époque contemporaine, il n'est que de penser aux foules qui accompagnèrent à l'aéroport les redditions de suspects croates ou serbes, ou accueillirent avec enthousiasme le retour de ceux qui furent acquittés, pour se convaincre que la grille de lecture individualiste de la justice pénale internationale risque de ne guère faire impression à une population clamant haut et fort son destin solidariste.

On remarquera que l'insistance par les tribunaux pénaux internationaux sur le fait qu'ils ne font œuvre *que* de justice individuelle

<sup>131</sup> Cité dans S. GLUECK, *War criminals: their prosecution & punishment*, New York, N.Y., A. A. KNOFF, 1944, 280 p., p. 24-25.

<sup>132</sup> Face à des tentatives émanant d'églises notamment de penser la responsabilité de manière collective (par exemple la déclaration de culpabilité de Stuttgart du 19 octobre 1945 adoptée par l'Eglise évangélique d'Allemagne et qui confesse son manque d'ardeur dans la lutte anti-nazie), certains y voient une répétition indigne du précédent de Versailles. M.D. HOCKENOS, *A Church Divided: German Protestants Confront the Nazi Past*, Bloomington, Indiana University Press, 2004, 300 p.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

risque alors d'être très peu perçue comme telle, voir ne susciter que défiance et goguenardise. Depuis une dizaine d'années, par exemple, les opinions publiques des Etats issus de l'ex-Yougoslavie sont très peu « preneuses » de l'idée de responsabilité individuelle, préférant voir le *ratio* ethnique d'accusés comme la désignation implicite (injuste pour certains, juste pour d'autres) de formes de responsabilité collective (pour faire simple, les serbes seraient à 80% responsables des atrocités en ex-Yougoslavie car ils constituent 80% des individus accusés par le TPY). La sélectivité inhérente à la justice pénale internationale ne vient bien sûr qu'ajouter à ces perceptions puisqu'elle oblige les organes de poursuite à trahir une sorte de vision implicite de l'histoire qui sous-tend leur stratégie de poursuites. Elle ne peut que faire des tribunaux pénaux internationaux des sites de concurrence de versions opposées et irréconciliables de l'Histoire<sup>133</sup>.

Enfin, même dans des sociétés acquises à l'idée que des crimes atroces ont été commis et qu'ils méritent une réaction forte, l'insistance sur la responsabilité individuelle par le droit international tendrait désormais à préempter d'autres formes de justice transitionnelle à vocation plus collective et restauratrice. C'est le cas notamment au Rwanda où, comme l'a bien montré Mark Drumbl, l'idée de justice pénale a largement dépassé toute initiative qui aurait tenté de mieux prendre en compte le caractère massif et collectif du génocide<sup>134</sup>. De fait, ni le Rwanda ni les Etats issus de l'ex-Yougoslavie n'ont créé de « commission vérité » visant à aborder d'une manière plus vaste les événements criminels qui les ont marqués, comme si l'effort considérable de justice pénale avait épuisé l'imaginaire et l'énergie institutionnelle disponibles.

Relevons que dans certains cas, en dehors des réticences politiques d'une population à admettre une culpabilité, même par l'entremise de quelques « coupables exemplaires », la concentration sur l'individu participe également de processus de diffusion universelle d'une « vision monde » particulièrement occidentale. Elle se heurterait à des perceptions locales fortement divergentes et beaucoup plus collectivisantes, favorables à des formes de justice en même temps plus collectives et restauratrices. La réflexion sur le rôle de l'individu serait donc l'un des prismes à travers lesquels la justice pénale internationale peut être replacée dans un temps long d'imposition de la forme pénale, entamé dès la colonisation sur le continent africain notamment, et dont la justice pénale internationale ne

<sup>133</sup> M. OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Piscataway, Transaction Publishers, 1999, 334 p., p. 39-40.

<sup>134</sup> M.A. DRUMBL, « Restorative Justice and Collective Responsibility: Lessons for and from the Rwandan Genocide », *Contemporary Justice Review*, vol. 5 / 1, 2002, p. 5-22.

serait que l'ultime avatar<sup>135</sup>. Elle impliquerait une sorte de mise au pas des justices pénales nationales, sommées d'adopter intégralement « l'acquis » international en la matière<sup>136</sup>.

### 3. *Obstacle réparateur*

Troisièmement et du moins dans le cadre de la CPI, la fascination dont fait l'objet la responsabilité pénale individuelle aboutit à concentrer la question des réparations autour de l'individu condamné, bien plus que de l'Etat auquel il se rattache. Incontestablement, il s'agit ici de l'un des effets les plus pervers de la focalisation excessive sur la responsabilité individuelle. Traditionnellement, outre la nécessité de ne pas empiéter sur la souveraineté étatique, la responsabilité internationale avait pour avantage de permettre des réparations de l'Etat lui-même, là où ses agents eussent souvent été bien en peine de réparer le préjudice qu'ils avaient pu causer. A défaut de crime de l'Etat, le maintien de la responsabilité internationale de l'Etat cote à cote avec la responsabilité pénale individuelle de ses agents permettait de se retourner séparément contre l'Etat dont on estimait avoir subi un préjudice. C'est à ce titre que l'Allemagne, malgré mais aussi grâce à la condamnation de plusieurs milliers de Nazis, se considéra directement responsable de l'Holocauste et paya à ce titre d'importantes réparations à l'Etat israélien.

Cependant, engager la responsabilité internationale de l'Etat demeure difficile, bien que théoriquement possible. Les dernières années ont rappelé notamment la vigueur des immunités souveraines, y compris et peut-être avant tout en matière d'atrocités<sup>137</sup>. En outre, dans la plupart des théâtres d'atrocités contemporains, ce n'est pas vers un autre Etat qu'il faudrait se tourner afin d'obtenir réparation, mais vers son propre Etat. Or à supposer qu'existent des mécanismes de droit administratif qui permettent de faire reconnaître la responsabilité étatique, la circularité que crée le huis clos entre victimes de crimes de masse et leur propre gouvernement n'est pas sans poser de problèmes. Car d'une part les ressources de l'Etat étant finies, la ponction budgétaire ou la réallocation de ressources nécessaires à

---

<sup>135</sup> F. MÉGRET, « Justice pénale internationale et colonialisme : au-delà des évidences », *Revue des africanistes*, 2014 (à paraître).

<sup>136</sup> F. MEGRET, « Too Much of a Good Thing? ICC Implementation and the Uses of Complementarity », in *The International Criminal Court: From Theory to Practice*, C. Stahn, M. El Zeidy (eds), Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

<sup>137</sup> CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c./ Italie (Grèce)*, Jugement, 3 février 2012. « Avant tout » car bien entendu la tendance lourde est par ailleurs à la diminution du champ des immunités étatiques, notamment en matière de jure gestionis, ce qui n'est pas sans ironie.

la réparation du préjudice causé risque fort d'affecter les victimes elles-mêmes (conçoit-on par exemple qu'une victime paie en partie par ses impôts la réparation à laquelle elle a le droit ?). C'est sans compter, d'autre part, sur le fait que l'on sera souvent, si la réparation est envisageable, devant un Etat « repenti », peut être dirigé par les membres du groupe dont sont issues les victimes elles-mêmes. Dans un tel contexte, le fait que les victimes tutsi du génocide intentent un procès en réparation du préjudice subi à l'Etat rwandais (à supposer que cela soit possible) pourrait ressembler à une forme particulièrement incongrue de formalisme.

Peut-être pour ces raisons, l'obligation de réparer les crimes de droit international a été de plus en plus dévolue aux individus condamnés pour le crime en question. La logique paraît imprenable : le civil suit le pénal, et on profite de ce qu'existent des condamnations à charge de certains individus pour leur imposer une obligation de réparation. Si les statuts des tribunaux pénaux internationaux avait prévu une possibilité pour les victimes (assez inusitée) de se prévaloir du jugement d'un tribunal pénal international devant les juridictions de l'Etat pour obtenir réparation, l'attribution de celles-ci est désormais ancrée dans le statut et le fonctionnement même de la CPI. La Cour est en effet en mesure d'ordonner des réparations à la charge des individus qu'elle condamne. Tout se passe désormais comme si « l'étoile » de la responsabilité pénale individuelle avait attiré dans son orbite une responsabilité civile ou réparatrice. Souvent salué comme un progrès considérable, on peut se demander si une telle avancée ne manifeste pas un certain recul en réalité, ou du moins un succès quelque peu équivoque, posant de nombreuses questions.

Tout d'abord, la concentration sur l'individu présente l'inconvénient pratique évident que les individus seront souvent impécunieux, là où seul l'Etat (au mieux) semble avoir le « *depth of pockets* » permettant de compenser les individus à la hauteur du préjudice qu'ils ont subi. Inutile de dire que la capacité des individus à causer des torts dépassera le plus souvent leur capacité à le compenser. Deuxièmement, la concentration sur l'individu fait dépendre la réparation d'une condamnation, plus difficile à obtenir au pénal qu'au civil d'ailleurs, et dans la pratique assez improbable au vu de l'intense sélectivité de la justice pénale internationale et des déficiences chroniques des justices pénales nationales concernées (et du fait qu'à tout le moins le déclenchement de l'action pénale ne dépend pas des principaux intéressés, les victimes, et peut avoir des finalités bien distinctes de la (maximisation) des réparations mises à leur disposition). Troisièmement, l'extension au civil de la concentration sur l'individu affuble celle-ci de tous les maux déjà décelables dans sa variante pénale : fardeau

important de réparation pesant sur une poignée d'individus, rendus responsables pour la totalité de préjudices presque inmanquablement causés en association avec d'autres ; déresponsabilisation implicite de l'Etat, là où aucun des arguments contre sa responsabilité en matière pénale n'a cours ; assimilation de la culpabilité fondée sur une exigence *de minimis* de causalité à l'ensemble de la causalité, etc. Est-il juste, par exemple, que Lubanga, le premier condamné de la CPI, se voit imposer une obligation de compenser l'ensemble des dommages soufferts par les enfants soldats dans sa milice, alors que, de toute évidence, une série d'autres responsabilités, individuelles et sans doute collective, sont en cause ?

### **Conclusion : Vers une relativisation de la responsabilité pénale individuelle ?**

L'insistance sur la responsabilité individuelle comporte donc des limites significatives. Soit la justice pénale internationale s'éloignera du collectif, au détriment des logiques tant historiques qu'éthiques ou judiciaires. Elle créera la frustrante impression de manquer l'essentiel, d'avoir créé une forme de justice qui correspond plus à ce que ses propres critères ontologiques lui permettent d'espérer qu'à la vérité historique, ou la justice quant aux responsabilités. Ayant accaparé une bonne partie des ressources symboliques de la scène internationale, il est difficile de ne pas voir en quoi elle participe d'une œuvre de dissimulation plus profonde, préjudiciable à la justice individuelle, transitionnelle ou collective.

Soit au contraire, la justice pénale internationale « écouter » sa dimension collective et se laissera ramener à elle, au risque de se contredire et de faire implorer le modèle. On assiste ainsi au spectacle d'une justice internationale qui, souvent, se consacre précisément à ce à quoi elle est censée avoir renoncé, cet autre versant qui n'est autre que le volet collectif de la criminalité individuelle. Certes, il y a là une issue heureuse au sens où la justice pénale internationale, du moins, ne persisterait pas dans sa voie individualiste jusqu'à l'absurde. En même temps, il est difficile de ne pas voir comment elle ne constituerait pas, alors, son propre démenti.

A mi-chemin entre l'individuel et le collectif, plusieurs stratégies au sein même de la justice pénale internationale semblent, à intervalle régulier, tisser des liens ténus entre les deux. On pense notamment au stade de la détermination des peines, stade de l'intime par excellence, mais qui justement est souvent l'occasion de recontextualiser l'individu après le rappel des grands interdits sociaux manifesté par la détermination de culpabilité, comme si le refoulé du collectif venait ici reprendre la place qui

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

est légitimement la sienne. Si la défense de contrainte n'est pas admissible au stade de la détermination de la culpabilité, par exemple, elle pourrait prendre de la valeur comme circonstance exténuante, rappelant le contexte dans lequel s'inscrit l'action criminelle. Le processus de jonction de certaines affaires va également permettre de reconstruire des responsabilités collectives, ou en tous les cas des responsabilités individuelles plus contextualisées car pour partie relationnelles (« qui a fait quoi ? », plutôt que « qu'a fait X ? »)<sup>138</sup>.

Le stade des réparations pourrait également permettre une recollectivisation de la responsabilité. Comme on l'a vu, il ne l'est que très imparfaitement devant la CPI, à l'heure actuelle, tant la focalisation sur la responsabilité de l'accusé semble le désigner non seulement comme coupable pénalement, mais également comme responsable de l'ensemble du crime. Il n'en demeure pas moins que l'organisation spécifique des réparations à la CPI, et notamment la part belle qu'elle fait au Fond pour les victimes alimenté par des Etats tiers, des organisations internationales et même de simples particuliers, reste une manière de penser l'articulation entre la « quote-part » que doit l'individu à ses victimes, et la responsabilité/solidarité résiduelle que la communauté internationale doit nécessairement manifester du fait, au moins pour partie, de ses responsabilités propres dans la commission de crimes.

Enfin, même si cela n'est plus exactement d'actualité, l'histoire de la justice pénale internationale recèle au moins un précédent de recherche d'une responsabilité collective par la criminalisation de certaines organisations à Nuremberg. Un effort fut entrepris dans le cadre des négociations de Rome pour attacher une responsabilité pénale à certaines organisations, notamment les entreprises multinationales. Même si cette tentative a été infructueuse, elle atteste de la permanence de l'intérêt pour des formes de responsabilité allant au-delà de l'individu<sup>139</sup>, dont certains se sont fait l'écho dans le contexte rwandais<sup>140</sup>. De toute évidence, derrière ces

<sup>138</sup> Pour une défense des procès joints comme rendant mieux justice aux vocations historiques et d'exemplarité de la justice pénale internationale, Voy. F. MÉGRET, « Joinder, Fairness and the Goals of International Criminal Justice », in *The Milosevic Trial- An Autopsy*, Timothy William Waters, (ed), Oxford, Oxford University Press, 2011.

<sup>139</sup> A. CLAPHAM, « Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6 / 5, 2008, p. 899-926. J. KYRIAKAKIS, « Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Challenge », *Netherlands International Law Review*, vol. 56 / 03, 2009, p. 333-366.

<sup>140</sup> N.H.B. JØRGENSEN, « A Reappraisal of the Abandoned Nuremberg Concept of Criminal Organisations in the Context of Justice in Rwanda », *Criminal Law Forum*, vol. 12 / 3, septembre 2001, p. 371-406.

tentatives se lit un questionnement plus fondamental sur la justice pénale internationale et (notamment) le poids respectif que devraient y occuper sa composante individuelle/libérale/pénaliste d'une part, et transitionnelle/historique/spectaculaire d'autre part<sup>141</sup>.

Mais peut être, en définitive, est-ce à d'autres formes de justice internationale que nous convie le constat de l'insuffisance de la responsabilité pénale individuelle. Les meilleures études sur la question, en effet, soulignent l'importance d'une adéquation entre la nature de la criminalité et les moyens mis en œuvre pour y répondre<sup>142</sup>. Cette idée d'une adéquation diagnostic-moyens-fins semble faire sens, et est sans doute celle qui recèle le plus de potentialités pour la pacification de la scène internationale, l'entreprise de réconciliation des sociétés, et l'administration d'une justice équitable à la fois<sup>143</sup>. Elle requiert de se débarrasser des œillères que constitue la responsabilité pénale individuelle pour penser à comment d'autres formes de justice individuelles ou collectives, pénales ou non, nationales ou internationales, peuvent compléter la justice pénale internationale<sup>144</sup>. De toute évidence, des précédents existent, même s'ils sont imparfaits : on pense à la dénazification ou à la debaathification, qui vinrent compléter les efforts de la justice pénale internationale dans une optique mi-individuelle/mi-collective, centrée en l'occurrence sur le rôle spécifique des partis politiques. En Sierra Leone, une commission vérité a opéré simultanément au tribunal spécial et s'est beaucoup penchée sur des questions plus structurelles que les juges du TSSL<sup>145</sup>. Ailleurs encore, la Bosnie a engagé une action contre la République fédérale de Yougoslavie devant la CIJ, tendant à engager sa responsabilité pour génocide<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> M. KOSKENNIEMI, « Between impunity and show trials », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6 / 1, 2002, p. 1-32 ; M. OSIEL, *op. cit.* ; J. PETERSON, « Unpacking Show Trials: Situating the Trial of Saddam Hussein », *Harvard International Law Journal*, vol. 48, 2007, p. 257-292 ; C.T. PRUSAK, « The Trial of Alberto Fujimori: Navigating the Show Trial Dilemma in Pursuit of Transitional Justice », *New York University Law Review*, vol. 85, 2010, p. 867.

<sup>142</sup> Voy. notamment A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, *supra* note 39.

<sup>143</sup> F. MEGRET, « In defense of hybridity: Towards a representational theory of international criminal justice », *Cornell International Law Journal*, vol. 38 / 3, 2005, p. 725-751.

<sup>144</sup> M.A. DRUMBL, *Atrocity, punishment, and international law*, Cambridge - New York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>145</sup> W. SCHABAS, « A Synergistic Relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone », in *Truth Commissions And Courts*, Springer, 2004, p. 3-54.

<sup>146</sup> M. MILANOVIC, « State responsibility for genocide », *European Journal of International Law*, vol. 17 / 3, 2006, p. 553-604.

R.I.E.J., 2013.71 Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle

La multiplication des *fora* où sont examinées ces questions semble bonne en soi, et ne saurait être limitée aux problèmes techniques de litispendance qu'elle crée<sup>147</sup>. C'est dans le tiraillement et la dialectique entre ces différents niveaux d'examen des responsabilités que se trouvent sans doute certains des ressorts les plus prometteurs de la compréhension des atrocités de masse. Si « international tribunals currently are under-connected to other initiatives to promote social reconstruction »<sup>148</sup>, une meilleure intégration de la dimension non-individuelle des crimes internationaux résulterait assurément d'une meilleure articulation entre justice pénale internationale et autres modes d'examen judiciaire ou non des responsabilités. Comme le souligne Laurel Fletcher, les tribunaux pénaux internationaux pourraient être plus connectés à leur dimension collective si, par exemple, leurs jugements entrouvriraient des espaces où pouvaient mieux se dessiner d'autres responsabilités que celles des seuls accusés<sup>149</sup>.

Il faut s'attendre, dans ce contexte, à ce que toute une série de questions viennent hanter les tentatives de dépassement d'une justice pénale internationale individualiste. Par exemple, si certains juges considèrent qu'une responsabilité collective « serait forcément contre-productive par rapport à l'objectif de la réconciliation »<sup>150</sup>, comme le souligne Drumbl, « the viability of collective responsibility schemes also depends on candidly assessing the argument that preserving the humanity of aggressor collectivities by denying collective responsibility is a pivotal element in facilitating transitions towards peace »<sup>151</sup> - un argument qui est souvent accepté de manière fort peu critique. Pour cet auteur, des objectifs de dissuasion et de non-répétition ne seront pas nécessairement mieux avancés par la désignation de quelques coupables emblématiques, là où la mise à l'index de culpabilités collectives pourra à tout le moins précipiter une

<sup>147</sup> Il existe à ce sujet un certain réductionisme juridique et internationaliste qui, tout entier dédié aux grandes questions doctrinales systémiques que pose cette articulation entre responsabilités individuelles et étatiques, passe à notre sens à côté de l'essentiel. Voy. notamment [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/27/99/88/PDF/These\\_Quirico.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/27/99/88/PDF/These_Quirico.pdf)

<sup>148</sup> L.E. FLETCHER, « From Indifference to Engagement: Bystanders and International Criminal Justice », *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2005, p. 1013-1096, p. 1018 et 1094.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> TPY, *Le Procureur c./Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric, Berislav Pusic*, IT-04-74-T, Opinion individuelle séparée et partiellement dissidente du juge Jean-Claude Antonetti, Président de la chambre, 29 mai 2013, Tome 6 de 6, p. 157.

<sup>151</sup> M.A. DRUMBL, *op. cit.*, *supra* note 44, p. 378.

nécessaire prise de conscience<sup>152</sup>. Tom Franck a relevé que la responsabilité étatique pourrait servir des objectifs concrets, comme le fait d'encourager les individus à s'élever contre des activités criminelles menées par leurs propres gouvernements<sup>153</sup>. Le débat est ouvert, et il implique sans doute également de poser la question de savoir si les *conséquences* de telle ou telle option judiciaire méritent d'être prises en compte par les juges.

De même, il s'agira sans doute de ne pas tomber dans l'excès inverse à l'individualisme qui caractérise la justice pénale internationale contemporaine : si les travaux de Nollkaemper ou de Fletcher rappellent opportunément que le crime international a une dimension collective – peut être même avant tout –, il n'en résulte pas qu'il n'ait aucune composante individuelle. Cette dernière doit simplement être évaluée à sa juste valeur : déterminante dans certains cas, relativement secondaire dans d'autres, elle est surtout nécessairement partielle et fonction de circonstances, de contraintes et d'opportunités. Faire la part de l'individuel et du collectif, donc, permettrait en même temps de rendre justice aux individus auxquels l'on a tendance à imputer trop librement des agissements collectifs, et de rendre justice aux collectivités que l'on identifie trop vite à des individus. Nulle formule unique pour départager les responsabilités cependant, en dehors d'un travail de lecture du désordre intrinsèque de l'histoire. Toute atrocité oscille nécessairement entre phénomène de foule englobant et volonté de simples particuliers d'encourager ou de s'adjoindre à celui-ci.

En définitive, la principale victime de l'individualisme de la justice pénale internationale est peut être un engagement plus vigoureux avec la question de la production politique du crime de masse. Comme le souligne Immi Tallgren, « by focusing on individual responsibility, criminal law reduces the perspective of the phenomenon to make it easier for the eye. Thereby it reduces the complexity and scale of multiple responsibilities to a mere background »<sup>154</sup>. Or si le crime n'a d'autre cause que la cause sans

---

<sup>152</sup> Voy. également S. MOHAMED, « A neglected option: the contributions of state responsibility for genocide to transitional justice », *University of Colorado law review*, vol. 80 / 2, 2009, p. 327-398.

<sup>153</sup> T. FRANCK, *op. cit.*, *supra* note 23. p. 572.

<sup>154</sup> I. TALLGREN, *op. cit.* De même, pour Kirsten AINLEY : « Responsibility can be assigned to individuals for all acts which displease us, and no questions need to be asked about the effects of larger practices such as nationalism and war on the incidence of atrocity. Breaches of the universal moral code are just that: breaches or disruptions, certainly not consequences of the normal workings of the international system » (K. AINLEY, *Rethinking Agency & Responsibility In Contemporary International Political Theory*, PhD, London School of Economics, 2006, 320 p., p. 107). Voy. également M.A. DRUMBL, *op. cit.*, *supra* note 44, p. 374 (« (...) the criminal law pins blame only on those few who are most evidently, most notoriously, or most immediately responsible. International criminal law thereby offers a simple, reductionist lens that flattens the

cause du « mal » décidé dans l'intimité des consciences, alors le crime est non prévisible et non susceptible de prévention ; il relève uniquement, au mieux, du châtement et de la peine *a posteriori*<sup>155</sup> ; il est donc fondamentalement dépolitisé et dépolitisant<sup>156</sup>. C'est ainsi que la justice pénale internationale peut être conçue comme un blanchiment coupable des affaires du monde par le noircissement de son altérité criminelle. Curieusement, comme projet d'ingénierie sociale qui, a ses débuts du moins, recelait un fort projet de révolution de la scène internationale, elle aboutit en réalité à une lecture extrêmement fataliste de l'histoire. Au sein de cette lecture, elle se pose, au mieux, comme une sorte de garant métaphysique de ce que, même si le mal se régénèrera sans cesse, il rencontrera sans faille sur son passage l'expression d'une désapprobation digne. On pense au grand roman de Vercors, « Le silence de la mer »<sup>157</sup>, où un père et sa fille, contraints de loger chez eux un officier nazi dans la France occupée, décident, comme forme de toute résistance, de ne jamais lui adresser la parole : la justice pénale internationale serait à cette image une manière pour la communauté internationale de ne jamais transiger avec ce qu'elle s'est résolue à ne pouvoir empêcher.

---

complex etiology of atrocity. This flattened approach may soothe our sensibilities. It may assuage our fears. It does not embarrass too much or too many. Nevertheless, it remains a fiction »).

<sup>155</sup> K. AINLEY, *op. cit.*, p. 107.

<sup>156</sup> On est là dans la critique tout à fait classique de ce que le droit international, en définitive, « étouffe » le politique. M. Koskeniemi, « The effect of rights on political culture », *The EU and Human Rights*, 1999, p. 99-116.

<sup>157</sup> VERCORS, *Le silence de la mer: et autres récits*, Paris, Albin Michel, 1951, 200 p.