

ESQUISSE D'UNE GÉNÉALOGIE DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

*Par Mark Antaki**

Dans le but de mieux comprendre la polysémie de l'expression crimes contre l'humanité, cet essai esquisse une généalogie des crimes contre l'humanité en relatant certaines transformations historiques qui ont imbu l'expression de son pouvoir de dire. Cinq transformations y sont soulignées : le déplacement par l'homme de Dieu comme fondement du droit lors de la Révolution française, la transformation de la catégorie médiévale du tyran en criminel contre l'humanité par le biais du procès de Louis XVI, la transformation de la guerre en crime contre l'humanité suite à la dissolution du droit public de l'Europe en droit international, l'émergence d'un droit humain ancré dans la solidarité humaine et permettant l'intervention humanitaire, et la transformation de la charité (amour de Dieu) en humanité ou philanthropie (amour de l'homme) sous-jacente à la transformation du droit de la guerre en droit humanitaire. Ces cinq transformations historiques démontrent que la réduction de l'« homme » à un « homme naturel » rend possible l'articulation des crimes contre l'humanité. En effet, comme le suggère Arendt, il y a une possibilité, consternante, que le discours portant sur l'humanitaire et les droits de l'homme soit un miroir rhétorique et conceptuel de l'expérience des camps de concentration, expérience qui a réduit l'homme à un simple spécimen d'une espèce.

In order to better understand the multivocality of the expression crimes against humanity, this essay outlines a genealogy of crimes against humanity by relating certain historical transformations that provide the expression with its telling power. Five transformations are underlined: the displacement by man of God as ground of law during the French Revolution, the transformation of the medieval category of the tyrant into the criminal against humanity through the trial of Louis XVI, the transformation of war into a crime against humanity following the dissolution of the public law of Europe into international law, the emergence of a law of humanity anchored in human solidarity and permitting humanitarian intervention, and the transformation of charity (love of God) into humanity or philanthropy (love of man) underlying the transformation of the laws of war into humanitarian law. These five historical transformations show that the reduction of "man" to a "natural man" made possible the articulation of crimes against humanity. Indeed, Arendt's thought raises the jarring possibility that the discourse of humanitarianism and human rights is a rhetorical and conceptual mirror to the experience of the concentration camps, which reduced man to a mere specimen of a species.

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université McGill, bénéficiant de l'appui financier du FQRSC. L'auteur tient à remercier Isabelle Lemelin et Christine Morin, pour leur aide généreuse, ainsi qu'Alexandra Popovici. Cet essai reprend certains thèmes de ma thèse doctorale, étude généalogique dont vous pourrez lire ici quelques résultats. Mon travail doctoral a bénéficié du généreux appui financier du Fonds FCAR, de l'Université McGill, de la Fondation MacArthur, de l'Université de la Californie et de l'Institute of International Studies et l'Institute of Global Conflict and Cooperation.

Lorsque je travaillais pour Katia comme assistant de recherche, mon travail portait davantage sur le rapport entre le droit et la technologie que sur les droits humains. Or, je me suis penché, en partie, sur la question d'intervention humanitaire. Les travaux de Katia sur la transformation de l'intervention d'humanité en intervention humanitaire ont, par la suite, nourri ma propre réflexion sur le sens de l'expression « crimes contre l'humanité ».

* * *

I. Le sens de *crimes contre l'humanité*

Qu'est-ce qu'un crime contre l'humanité? En droit positif international contemporain, un crime contre l'humanité est un acte inhumain « commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque »¹. C'est avec le *Statut du Tribunal militaire international* et le procès de Nuremberg que cette catégorie de crimes est apparue en droit positif. Certains affirment que si l'expression est alors nouvelle, le concept ne l'est toutefois pas. On dit d'ailleurs que « jusqu'à la Seconde Guerre mondiale le crime contre l'humanité a voyagé sous le manteau des crimes de guerre »².

En effet, au-delà de son sens restreint en droit positif, l'expression *crimes contre l'humanité* a aussi un sens plus large et non technique, car tout crime qui porte atteinte à un ordre juridique international peut être appréhendé comme un crime contre l'humanité. À cet effet, les projets de « code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » de la Commission du droit international nous font voir l'humanité comme personne qui peut être lésée. La notion de compétence universelle et l'existence de certains tribunaux pénaux internationaux présupposent donc la possibilité et même la nécessité de juges qui puissent parler au nom de l'humanité, c'est-à-dire une *juri-diction* non seulement internationale, mais surtout humaine. Ainsi, aujourd'hui, on peut qualifier le crime de génocide, le crime d'agression et les crimes de guerre (ainsi que les crimes contre l'humanité au sens restreint) comme des crimes contre l'humanité au sens large. Bien que d'autres crimes eussent été inclus dans les projets de « code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », ce ne sont que les derniers mentionnés qui se retrouvent dans le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*³.

Le fait que l'on en soit arrivé à nommer certains actes humains de crimes contre l'humanité, étroitement associé à la possibilité de tenir responsables les chefs d'État des atrocités qu'ils commettent contre leurs populations civiles, est souvent

¹ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002), art. 7 (1).

² Michel Massé, « Crimes contre l'humanité et droit international » dans Marcel Colin, dir., *Le crime contre l'humanité*, Ramonville Saint Agne, Érès, 1996 à la p. 43.

³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, *supra* note 1.

appréhendé comme un grand pas en avant pour le droit international⁴. Il n'en demeure pas moins qu'on ne s'attarde pas suffisamment au simple fait de nommer certains actes des *crimes contre l'humanité*. Les démarches historiques cherchant à tracer l'émergence de cette catégorie de crimes ne sont pas nombreuses et ressemblent plus à des récits célébrant le progrès humain qu'à des travaux qui interrogent le sens de l'émergence d'une catégorie juridique. Il est tenu pour acquis dans la plupart de ces démarches et des analyses juridiques et philosophiques qui les accompagnent que cette expression est la *bonne* façon de nommer certains actes.

Cet essai esquisse une généalogie des crimes contre l'humanité. Il n'a pas comme but de justifier cette désignation, ni de mieux définir cette catégorie de crimes en droit positif, mais plutôt de mettre en lumière son historicité en tant que façon de nommer certains actes. Il vise à mieux comprendre sa polysémie par le biais de transformations historiques qui ont imbu l'expression de son pouvoir de dire⁵. Cette démarche est adoptée parce que même si l'expression *crimes contre l'humanité* n'est pas entièrement apte à nous aider à identifier « l'irréductible humain » et le « noyau dur des droits de l'homme »⁶, elle peut nous parler de *notre* modernité juridique et politique. Comme l'a fait Santuret dans *Le refus du sens. Humanité et crimes contre l'humanité*, on peut affirmer que « [l]e présent ouvrage vise un seul but : participer à montrer ce que signifie et ce qu'implique pour la culture, d'être arrivé à nommer ce crime »⁷. Cet essai vise donc davantage à s'interroger sur le vocable choisi pour désigner Auschwitz et d'autres actes plutôt qu'à expliquer pourquoi ou comment ils peuvent être saisis comme des « crime[s] sans nom »⁸. On pourra constater que les transformations historiques qui sous-tendent cette expression et desquelles elle puise son pouvoir de dire précèdent la Deuxième Guerre mondiale et la Shoah.

Or, avant de tracer les grandes lignes de cette généalogie des crimes contre l'humanité, il est essentiel de faire une saisie préliminaire de cette expression. Par exemple, André Froissard écrit :

“Crime contre l'humanité”, l'expression est superbe. Il s'agit de savoir si elle a un sens [...] On lui donne parfois une telle extension qu'elle finit par recouvrir tout le mal qui se fait dans le monde, et qu'elle ne signifie plus rien de précis. Car tout crime lèse l'humanité, on n'en connaît point de bienfaisant.⁹

⁴ Parfois, le droit international pénal est perçu comme le pas essentiel vers la conquête du mal politique par l'espèce humaine. Sur le mal politique, voir Myriam Revault-d'Allonnes, *Ce que l'Homme fait à l'Homme. Essai sur le mal politique*, Paris, Flammarion, 1999.

⁵ Comparer avec Friedrich Nietzsche, *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, 1985 au para. 13 du deuxième essai (p. 88) : « Il est aujourd'hui impossible de dire avec certitude *pourquoi* on punit : tous les concepts où se résume significativement un long processus échappent à la définition; on ne peut définir que ce qui n'a pas d'histoire ».

⁶ Mireille Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain » (1994) 3 Rev. Sc. Cr. 477.

⁷ José Santuret, *Le refus du sens. Humanité et crime contre l'humanité*, Paris, Ellipses, 1996 à la p. 10.

⁸ Vladimir Jankélévitch, *L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, Paris, Seuil, 1986 à la p. 28.

⁹ André Froissard, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Robert Laffont, 1987 à la p. 57.

Non seulement tout crime lèse l'humanité, mais tout mal lèse l'humanité : tout acte humain qui ne s'accorde pas avec l'impératif catégorique de Kant lèse l'humanité¹⁰. Ajouter l'élément *sentimental* d'inhumanité, c'est-à-dire de cruauté ou de manque de tendresse, n'y change rien. L'expression *crimes contre l'humanité* désigne des actes qui se confondent facilement avec les crimes de droit commun. D'ailleurs, dans l'affaire *Touvier*, la Cour de cassation criminelle a décrit ces crimes contre l'humanité « des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit »¹¹. Si les philosophes et certains juristes essaient de trouver un sens à cette expression, ils ne se montrent guère capables de s'éloigner d'un langage kantien et de véritablement distinguer les crimes de droit commun et les crimes contre l'humanité. Comme le fait Santuret en affirmant qu'un crime contre l'humanité nie non seulement l'humanité de la victime, mais aussi « l'idée même d'humanité »¹². Comparant les crimes contre l'humanité aux crimes de guerre, il précise :

Dans le crime contre l'humanité, par contre, ce ne serait pas tant l'individu, mais le principe humain qui serait visé, une réalité qui transcende tout individu, et déposée en lui. Le crime contre l'humanité serait donc bien différent du crime de droit commun. Il voudrait, en quelque sorte, assassiner les âmes.¹³

Certains envisagent les crimes contre l'humanité – avec l'exemple de la Shoah à l'appui – comme des crimes qui nient l'« essence humaine », des crimes « métaphysiques »¹⁴. En effet, Froissard décrit la Shoah comme un crime avec une « dimension métaphysique » et ajoute que « [c]e génocide a été en vérité, une tentative de déicide »¹⁵.

Maintes réflexions sur l'expression *crimes contre l'humanité*, issues d'un discours philosophique et s'appuyant en grande partie sur la Shoah, se retrouvent de façon quasi-identique dans un discours juridique portant sur le génocide, mais plus largement sur les crimes contre l'humanité (au sens restreint). Ainsi, dans l'affaire *Erdemovic*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a affirmé qu'« [à] la différence du [crime de] droit commun l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité toute entière »¹⁶, ajoutant que : « [d]e manière générale, le crime contre l'humanité est

¹⁰ Emmanuel Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie générale française; Livres de Poche, 1993 à la p. 105 : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme un fin, et jamais simplement comme un moyen ». Ceci est la troisième formulation de l'impératif catégorique.

¹¹ Cass. crim., 6 février 1975, D.S. Jur 386 (rapport Chapar, note Coste-Floret) à la p. 387.

¹² Santuret, *supra* note 7 à la p. 73.

¹³ *Ibid.* à la p. 34.

¹⁴ Jankélévitch, *supra* note 8 aux pp. 22 et 25.

¹⁵ Froissard, *supra* note 9 à la p. 77.

¹⁶ *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22 (29 novembre 1996) au para. 19 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

reconnu comme un crime très grave qui choque la conscience collective »¹⁷. Plus tard, la Chambre répéta ce constat, repris mot pour mot par le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans son jugement et sa sentence dans l'affaire *Kambanda* :

Les crimes contre l'humanité couvrent des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui est le plus essentiel : sa vie, sa liberté, son intégrité physique, sa santé, sa dignité. Il s'agit d'actes inhumains qui de par leur ampleur ou leur gravité outrepassent les limites tolérables par la communauté internationale qui doit en réclamer la sanction. Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité.¹⁸

Si ces discours des tribunaux *ad hoc* des années quatre-vingt-dix représentent l'humanité comme victime, il importe de rappeler que les tribunaux d'après-guerre avaient déjà envisagé l'humanité comme souverain lésé. Dans l'affaire *Ohlendorf*, qui portait sur les activités des *Einsatzgruppen*, le tribunal américain avait prononcé que « [l']humanité est le souverain qui a été offensé » et rajouta que « ceux qui ont été inculpés sous cet article [crimes contre l'humanité] répondent à l'humanité elle-même, humanité qui n'a aucune frontière politique et aucune limite géographique »¹⁹ [Notre traduction]. Ainsi, on voit bien que les difficultés qui affligent la réflexion philosophique sur les crimes contre l'humanité n'épargnent pas le droit.

II. Polysémie – généalogie

A. Humanité souveraine : La Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

La souveraineté de l'homme, et non seulement son statut de victime, permet d'appréhender les crimes contre l'humanité comme métaphysiques. Si ceux-ci vont de pair avec la mort de Dieu, ce n'est pas seulement parce que certains actes nient Son existence, constituent des tentatives de déicide ou Lui portent atteinte comme principe; le fait même de nommer un acte un crime contre *l'humanité* déplace Dieu comme fondement du droit.

Même si certains affirment le caractère intrinsèquement religieux des droits de l'homme²⁰, parler le langage des droits de l'homme ou des crimes contre

¹⁷ *Ibid.* au para. 27.

¹⁸ *Ibid.* au para. 28. *Le Procureur c. Jean Kambanda*, ICTR-97-23-S (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) au para. 15.

¹⁹ *États-Unis c. Ohlendorf (Affaire Einsatzgruppen)* (1948), 4 T.W.C. 1 à la p. 498.

²⁰ Voir le premier chapitre, « Is the Idea of Human Rights Ineliminably Religious? » de Michael J. Perry, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

l'humanité, c'est affirmer la mort de Dieu²¹. Si l'on insiste sur le fait que les droits de l'homme ont un caractère religieux, il faut reconnaître, comme l'a fait Émile Durkheim en 1898, que la religion de l'humanité est « une religion dont l'homme est, à la fois, le fidèle et le dieu »²². Dans la même lignée que Durkheim, Hannah Arendt observe qu'avec la Révolution française, l'homme se déclare fondement et mesure du droit et mentionne à cet effet :

La *Déclaration des droits de l'homme*, à la fin du XVIII^e siècle, aura marqué un tournant de l'histoire. Elle déclarait ni plus ni moins que désormais l'Homme, et non plus le commandement de Dieu ou les usages [*customs*] de l'histoire, serait source de la Loi [*the Law*]. Ignorant les privilèges, dont l'histoire avait fait l'apanage de certaines couches de la société ou de certaines nations, la *Déclaration* stipulait et annonçait qu'il avait maintenant atteint le temps de sa maturité.²³

En d'autres termes, avec la *Déclaration* de 1789, l'homme devient souverain. Qu'est-ce que cela signifie? La théodicée se transforme en anthropodicée. Le problème de la justice de Dieu, c'est-à-dire la réconciliation possible de l'existence d'un dieu bon avec la persistance du mal et de la souffrance dans le monde, se transforme en problème de justice de l'homme. Si la théodicée est un problème qui exige une réflexion difficile, l'anthropodicée exige quant à elle une action immédiate. L'homme ne peut tolérer la présence du mal et de la souffrance dans le monde. Ainsi, une question concernant la justice de Dieu se transforme en question de pouvoir de l'homme : consécration de conceptions instrumentalistes du droit.

Souverain, l'homme devient source du droit. Le principe de légalité – en droit pénal : *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁴ – n'est pas seulement un des droits fondamentaux de l'homme²⁵, il est le principe premier du positivisme juridique, au sein duquel le droit est essentiellement réduit à des lois posées par des hommes²⁶. Avec la *Déclaration* de 1789, droit naturel et positivisme juridique se confondent. Les droits de l'homme ne sont pas que des droits que tout homme possède par sa nature. Les droits de l'homme doivent être *déclarés, posés*, par l'homme.

Dorénavant, tout crime est re-conçu comme un crime contre un ordre séculier, un ordre qui « se veut profane et sans autre source d'inspiration que la

²¹ La mort de Dieu est un thème récurrent dans la pensée de Friedrich Nietzsche, voir *Le gai savoir*, Paris, Livre de poche, 1993 aux para. 108, 125 et 343 (pp. 211, 228-230, 343-345).

²² Émile Durkheim, « L'individualisme et les intellectuels » (1898) 10 *Revue bleue* 7 à la p. 8. Durkheim s'était impliqué dans le lancement de la Ligue des droits de l'homme.

²³ Hannah Arendt, *L'impérialisme*, Paris, Seuil, 1997 à la p. 271 [*L'impérialisme*].

²⁴ Aucun crime, aucune peine sans un texte de loi.

²⁵ Voir le huitième article de la *Déclaration* de 1789.

²⁶ Voir John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 mais aussi Hebert Lionel Aldophus Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

volonté humaine collective »²⁷. Le *Code pénal* de 1791 abolit les « crimes imaginaires »²⁸ que sont les crimes de *lèse-majesté divine*; abolition qui souligne l'opposition dieu-homme. D'autres crimes de *lèse-majesté* sont alors transformés en crimes contre « la chose publique »²⁹; transformations qui soulignent l'opposition roi-homme. Tout crime devient donc un crime contre l'humanité.

Et qui est cet homme qui se déclare souverain? Le « nouvel homme »³⁰ du XVIII^e siècle se déclarant souverain est un *homme naturel*. Ceci signifie au moins deux choses. D'une part, l'homme naturel est originellement bon. La mort de Dieu est accompagnée par la disparition du péché originel qui, auparavant, constituait l'humanité de l'homme. D'autre part, l'homme naturel est un homme pour qui le bien vers lequel il s'oriente est entièrement naturel. Donc, la bonté de l'homme est naturelle, elle est ancrée dans des sentiments d'humanité, et cette bonté réagit spontanément à la souffrance des autres. Celui qui ne réagit pas ainsi est perçu comme inhumain, contre-nature³¹. Le *logos* – c'est-à-dire la parole mais aussi la discursivité, la délibération – est presque évacué d'une éthique dans laquelle l'homme est simultanément élevé au statut d'un dieu et réduit à celui d'un animal³². Ce qui nous permet de voir l'étroite parenté entre les droits de l'homme et l'utilitarisme, deux doctrines qui sont opposées l'une à l'autre en philosophie contemporaine³³.

B. Humanité démocrate : La Révolution française et le procès de Louis XVI

Le *Code pénal* de 1791 a conservé le corps du roi comme pivot de la souveraineté³⁴. Or, la reconceptualisation opérée par le *Code* a préparé la transition de *lèse-majesté* à *lèse-nation*³⁵ et à *lèse-humanité*. Peu après, le roi lui-même, auparavant la seule victime possible de la trahison, fut accusé de trahison. Le 3 décembre 1792, Robespierre prononça les mots suivants :

Quant à Louis, je demande que la convention nationale le déclare dès ce moment traître à la nation française, criminel envers l'humanité; je demande qu'à ce titre il donne un grand exemple au monde, dans le lieu

²⁷ Pierre Lascoumes *et al.*, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989 à la p. 85.

²⁸ Carla Hesse, « The Law of the Terror » (1999) 114 *Modern Language Notes* 708.

²⁹ Voir le texte du *Code pénal* de 1791 reproduit dans Lascoumes *et al.*, *supra* note 27 à la p. 357.

³⁰ Voir Mona Ozouf, « La Révolution française et l'idée de l'homme nouveau » dans Colin Lucas, dir., *The Political Culture of the French Revolution*, Oxford, Pergamon Press, 1988 à la p. 213.

³¹ Norman S. Fiering, « Irresistible Compassion: An Aspect of Eighteenth-Century Sympathy and Humanitarianism » (1976) 37 *Journal of the History of Ideas* 195 aux pp. 196, 204-205.

³² *Ibid.* à la p. 208 écrit ceci : « *Rather than deliberation, the measure of the good person was to be found in the instantaneity of response, the unthinking, unreasoned animal (or spiritual) act of the virtuous soul* ». Ce n'est pas un accident que des juristes oeuvrant dans le domaine des droits de l'homme font référence à un « *humanitarian impulse* », Geoffrey Robertson, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice*, New York, New Press, 2000 à la p.11.

³³ Je dois cette façon de concevoir l'utilitarisme au professeur Philip Nonet.

³⁴ Hesse, *supra* note 28 à la p. 709.

³⁵ George Armstrong Kelly, « From Lèse-Majesté to Lèse-Nation: Treason in Eighteenth-Century France » (1981) 42 *Journal of the History of Ideas* 269.

même où sont morts, le 10 août, les généreux martyrs de la liberté, et que cet événement mémorable soit consacré par un monument destiné à nourrir dans le cœur des peuples le sentiment de leurs droits et l'horreur des tyrans; et dans l'âme des tyrans, la terreur salutaire de la justice du peuple.³⁶

Après une série de votes par la Convention nationale, ainsi qu'un procès devant celle-ci, Louis XVI fut trouvé coupable de trahison et mis à mort.

La juxtaposition de la nation et de l'humanité dans le discours de Robespierre n'est ni accidentelle ni isolée : elle se retrouve aussi dans la *Déclaration* de 1789. Tout comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³⁷ de 1948 et le procès de Nuremberg appartiennent au même moment historique, la *Déclaration* de 1789 et le procès de Louis XVI doivent être saisis ensemble : l'une en tant que déclaration du droit suprême et l'autre en tant que déclaration et châtiment du pire mal. Si la déclaration de 1789 est l'évènement fondateur des droits de l'homme, le procès de Louis XVI est, quant à lui, le premier procès pour crimes contre l'humanité.

Louis XVI a été trouvé coupable de trahison – et non de tyrannie ou de crimes contre l'humanité – mais les paroles de Robespierre révèlent la transformation de la catégorie médiévale du tyran en catégorie moderne du criminel contre l'humanité. Même s'il existe aujourd'hui une tendance à associer le criminel contre l'humanité avec la compétence universelle et à fonder celle-ci à partir du pirate, le procès de Louis XVI nous rappelle que c'est le tyran et non le pirate qui est le véritable antécédent du criminel contre l'humanité³⁸.

Le nouvel ordre qu'a consacré le procès de Louis XVI n'est pas simplement un ordre sans tyran. Depuis l'Antiquité, la tyrannie avait été appréhendée comme une déviation et une forme malsaine de la monarchie. Puis, la Révolution française élimina la différence entre le roi et le tyran. Ainsi, avec les guerres révolutionnaires, le procès de Louis XVI anticipa le discours contemporain d'un droit à la démocratie et les dangers qui y sont associés comme, entre autres, les interventions dites pro-démocratiques. Si les Huguenots avaient annoncé la priorité ontologique du peuple au roi³⁹, le procès de Louis XVI est allé plus loin en annonçant l'incompatibilité ontologique absolue de peuple et de roi.

³⁶ Convention nationale de la France, *Le pour et le contre : recueil complet des opinions prononcées à l'Assemblée conventionnelle dans le procès de Louis XVI*, Paris, Buisson, 1792-1793, vol. 3 aux pp. 401-402.

³⁷ Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

³⁸ Arendt oppose l'idée de compétence universelle associée au pirate (lequel n'appartient à aucun État et commet un crime qui n'est pas de nature politique) à la compétence d'un tribunal international associé au criminel contre l'humanité (lequel appartient à un État et commet un crime de nature politique). Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1966 à la p. 288 [Arendt, *Eichmann*].

³⁹ Julian H. Franklin, dir., *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century. Three Treaties by Hotman, Beza, and Mornay*, New York, Pegasus, 1969, et en particulier les propos de Mornay à la p. 160.

Il faut rappeler que lors du procès, le conventionnel Kersaint affirma que : « [c]e qu'il faut faire tomber, ce n'est pas la tête d'un homme jadis roi, ce sont les préjugés attachés au mot *roi*, qui ne tarderaient pas d'en ressusciter un nouveau parmi nous si vous ne les détruisez pas »⁴⁰. Et le conventionnel Ricord s'exclama :

Quelle est donc la véritable signification du mot *roi*? Souverain? Non : car il est de principe, qu'il ne peut y avoir de légitime souverain que la nation, et qu'aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice. Ce mot n'a donc d'autre signification que celle de tyran, usurpateur de la souveraineté.⁴¹

Auparavant, les tyrans usurpaient leur souveraineté de Dieu; dorénavant, les tyrans usurpent leur souveraineté de la nation. Or, la nation est jumelée à l'humanité. Quand Louis XVI est expulsé de la nation, il est aussitôt expulsé de l'humanité. Comme l'a dit le conventionnel Méaulle : « Il faudrait alors considérer le tyran sous son rapport avec la nation, et même avec tout le genre humain. Or, qu'est-ce qu'un tyran? Que sont tous les tyrans? Ce sont des monstres anthropophages »⁴².

Robespierre n'était pas le seul à utiliser une expression comme « criminel envers l'humanité »; Condorcet aussi l'a fait. Les jacobins pensaient que le roi avait été jugé lors de la révolution du dix août et qu'il pouvait être tué sans procès. Les défenseurs du roi invoquaient quant à eux le principe de légalité, car la Constitution de 1791 prévoyait l'inviolabilité du roi. La Gironde et les conventionnels du centre réclamaient un procès, mais se heurtaient à la *Constitution*⁴³. C'est dans ce contexte que Condorcet a déclaré : « Cette exception a-t-elle été prononcée par la loi constitutionnelle? Citoyens, si cette impunité avait été décrétée; si l'assemblée constituante avait commis ce crime envers le genre humain »⁴⁴. Comme on peut le constater, le procès de Louis XVI anticipa également les débats contemporains quant à la justice dite transitionnelle et quant à l'obligation de poursuivre en justice ceux qui portent atteinte aux droits de l'homme à grande échelle⁴⁵.

IV. Humanité globale – La dissolution du droit public de l'Europe et la naissance d'un droit international global

Paradoxalement, seule la catégorie de l'ennemi aurait pu protéger Louis XVI. Les jacobins percevaient Louis XVI comme un hors-la-loi, un ennemi absolu plutôt qu'un ennemi. Condorcet et la Gironde l'appelaient « citoyen Capet » et, ce faisant, le privait de la protection de la *Constitution* tout en opérant la destruction

⁴⁰ Convention nationale de la France, *supra* note 36, vol. 2 à la p. 99.

⁴¹ *Ibid.* à la p. 295.

⁴² *Ibid.* aux pp. 254-255.

⁴³ Pour un résumé des positions des conventionnels voir Keith Michael Baker, dir., *The Old Regime and the French Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1987 à la p. 303.

⁴⁴ Convention nationale de la France, *supra* note 36, vol. 2 à la p. 6.

⁴⁵ Voir par exemple, Diane F. Orentlicher, « Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime » (1991) 100 Yale L.J. 2537.

symbolique de son statut et de sa personne. Mais certains conventionnels, parmi eux les défenseurs du roi, se sont tournés vers le droit des gens et la catégorie de l'ennemi. Morriçon, le grand défenseur de Louis XVI, affirma que :

Citoyens, c'est ici que nous pouvons ouvrir le code des nations, que nous pouvons consulter le droit de la guerre; nous y verrons d'une manière très-claire, très-positive, que nous pouvons regarder Louis XVI comme le prix de la victoire, le tenir à jamais captif parmi nous, le chasser de notre territoire, ou mettre un prix à sa rançon, si ses partisans ont l'intention de le réclamer.⁴⁶

Ainsi, Morriçon s'est donc tourné vers le droit des gens non pour justifier la mise à mort de Louis XVI, mais pour le protéger : Louis XVI, en tant qu'ennemi vaincu, ne méritait pas de mourir.

Dans une certaine mesure, le procès de Louis XVI évoque l'œuvre du très controversé juriste allemand Carl Schmitt⁴⁷, dans laquelle l'ennemi apparaît simultanément comme la figure définissant l'horizon du mode d'action qu'est la politique, mais aussi comme une catégorie juridique de premier ordre capable de limiter la violence si intimement liée à la politique. Dans *La notion de politique*, Schmitt maintient que la distinction ami-ennemi est le critère qui permet l'identification de la politique tout en insistant que l'inimitié ne doit pas se confondre avec l'inimitié absolue⁴⁸. Il maintient qu'avec le caractère punitif du *Traité de Versailles* s'est effondré un ordre juridique européen dans lequel il était possible de distinguer l'ennemi (*hostis*) et l'ennemi juste (*justus hostis*), c'est-à-dire un ennemi contre lequel tout n'est pas permis. Schmitt approfondit cette réflexion dans *Le nomos de la terre*, œuvre dans laquelle il s'interroge sur la dissolution du droit public européen entre la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle laissant ainsi place au droit international. Avec cette dissolution, la décision politique de recourir à la guerre qui constituait auparavant un élément indispensable de la souveraineté des États et qui rendait possible la catégorie de *justus hostis*, devient un crime contre l'humanité.

En effet, même si, lors du procès de Nuremberg, l'expression *crimes contre l'humanité* fut réservée pour les attaques contre les populations civiles, le tribunal désigna le crime contre la paix – et non les crimes contre l'humanité – comme « crime international suprême »⁴⁹ [Notre traduction]. En remontant aux discussions des Alliés après la Première Guerre mondiale concernant le sort de Guillaume II, il est frappant de constater que l'expression *crimes contre l'humanité* a été utilisée pour décrire la guerre d'agression comme crime. Par exemple, le premier ministre britannique Lloyd George notait

⁴⁶ Convention nationale de la France, *supra* note 36, vol. 1 à la p. 147.

⁴⁷ J'affirme ici la possibilité d'apprendre d'une œuvre sans cautionner les choix existentiels et politiques de l'auteur, et sans se prononcer sur la cohérence ou l'unité de l'œuvre.

⁴⁸ Carl Schmitt, *La notion de politique*, Paris, Flammarion, 1999 aux pp. 63-64.

⁴⁹ Tribunal militaire international, Jugement et sentence (1 octobre 1946) 22 I.M.T. Trials tel que reproduit dans (1947) 41 Am. J. Int'l L. 172 à la p. 186.

un sentiment croissant que la guerre elle-même est un crime contre l'humanité, et qu'elle ne sera jamais éliminée pour de bon jusqu'à ce qu'elle soit emmenée dans la même catégorie que tous les autres crimes par l'imposition de peines appropriées.⁵⁰

Robert Borden, premier ministre du Canada, était également d'accord à l'effet que le déclenchement d'une guerre mondiale constituait un crime contre l'humanité⁵¹. Lloyd George, faisant écho à Robespierre et anticipant les juges américains dans l'affaire *Ohlendorf*, ajouta même que Guillaume II « devrait être traduit en justice pour la haute trahison contre l'humanité »⁵² [Notre traduction].

Parmi les thèmes qui se dégagent de la pensée de Carl Schmitt, deux sont étroitement liés à la transformation de la guerre en crime contre l'humanité. Premièrement, on retrouve le thème de la *moralisation de la politique*, également présent chez Arendt⁵³. Selon Schmitt, la moralisation de la politique défait les progrès accomplis par le « phénomène historique concret »⁵⁴ qu'est l'État, qui avait réussi à mettre fin aux guerres religieuses en séparant la question du droit à respecter pendant la guerre (*jus belli*⁵⁵) de la question du droit de recourir à la guerre (*jus ad bellum*), permettant ainsi des guerres interétatiques limitées entre *justi hostes*. Il lie la désuétude de la catégorie de *justus hostis* aux guerres d'anéantissement modernes dans lesquelles, selon lui, l'ennemi est systématiquement déshumanisé et transformé en criminel⁵⁶. Ignatieff, un penseur idéologiquement très loin de Schmitt, rejoint néanmoins ce dernier avec sa réflexion sur le génocide. Ignatieff nous invite à envisager le génocide comme un « crime au service d'une utopie, un monde sans discorde, inimitié, défiance, libre de l'ennemi à l'extérieur et au sein de la société »⁵⁷ [Notre traduction]. Il affirme, comme Schmitt, que le désir de vivre dans un monde sans ennemi mène à l'inimitié absolue.

Ce premier thème est étroitement lié à un second : le mouvement vers l'abstraction dans la pensée juridique. Selon Schmitt, le droit n'est pas un ensemble de normes abstraites, mais, plutôt, un *nomos*, c'est-à-dire que le droit régit des

⁵⁰ Tel que trouvé dans Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000 à la p. 65.

⁵¹ *Ibid.* à la p. 66.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Voir, par exemple, Hannah Arendt, *Essai sur la révolution*, Paris, Gallimard, 1967. Arendt s'est aussi penchée sur la transformation de l'humanité en catégories politique et juridique.

⁵⁴ Carl Schmitt, *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris, Presses universitaires de France, 2001 à la p. 305 [Schmitt, *Nomos*].

⁵⁵ On utilise plutôt aujourd'hui l'expression *jus in bello*. Voir Robert Kolb, « Origin of the Twin Terms *Jus ad bellum*/*Jus in bello* » (1997) 320 *Int'l Rev. Red Cross* 553. Kolb y précise que c'est seulement à partir des années quarante que les expressions *jus ad bellum* et *jus in bello* sont couramment utilisées.

⁵⁶ Schmitt reconnaît que le phénomène de guerres d'anéantissement modernes est lié aux nouvelles technologies de guerre qui exacerbent la déshumanisation de l'ennemi accompagnant le déclin de la catégorie juridique de *justus hostis*. Schmitt reconnaît aussi que les guerres modernes sont plutôt des guerres intraétatiques que des guerres interétatiques. Plus tard dans sa vie, il se consacre à la question du partisan. Carl Schmitt, *La théorie du partisan*, Paris, Flammarion, 1999.

⁵⁷ Michael Ignatieff, « The Danger of a World without Enemies: Lemkin's Word » (26 février 2001) *The New Republic* à la p. 25.

relations concrètes ancrées dans le temps et l'espace⁵⁸. Il maintient que le droit public de l'Europe constituait un ordre spatial concret tandis que le droit international est né avec la dissolution de celui-ci. Schmitt associe cette dissolution avec la dissociation de la politique du droit ainsi qu'avec la victoire d'un positivisme juridique qui fait abstraction des conditions et contextes politiques du droit. En d'autres termes, on peut dire que derrière toute cosmopolitique se retrouve une géopolitique au sein de laquelle des États ou des *Großräume* se positionnent les uns par rapport aux autres⁵⁹. Aujourd'hui, la rencontre des disciplines du droit international et des relations internationales⁶⁰ peut être appréhendée comme une réponse à la critique de Schmitt. On peut donc constater que la prédominance d'un discours humanitaire en droit va de pair avec la montée d'un cosmopolitisme en philosophie politique. Or, on oublie que l'homme grec s'est tourné vers le *cosmos* avec la dissolution de son monde et de la *polis* à laquelle il appartenait⁶¹.

V. Humanité solidaire : L'intervention d'humanité au XIX^e siècle

La *Déclaration* de 1789 et le procès de Louis XVI présagent, ou même effectuent, le passage d'un vocabulaire jusnaturaliste quant au châtement des tyrans par d'autres souverains à un vocabulaire d'*intervention d'humanité*⁶². Raison pour laquelle Lauterpacht peut affirmer que chez Grotius se retrouve « le premier énoncé autoritaire du principe de l'intervention humanitaire – le principe que l'exclusivité de la juridiction domestique se termine où commence l'outrage à l'humanité » [notre traduction]⁶³ et que Jean Graven peut situer l'origine du concept juridique de crimes contre l'humanité au XIX^e siècle tout en soulignant l'apport du droit naturel et de la philosophie scholastique⁶⁴.

Selon Graven, une intervention d'humanité peut être distinguée de l'acte criminel qu'est la guerre seulement si l'on peut concevoir les États comme des

⁵⁸ À ce sujet, la pensée de Schmitt rejoint la réflexion de certains juristes catholiques tels que Michel Villey. Voir Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.

⁵⁹ Schmitt nous rappelle que pendant un temps certains juristes faisaient référence à un droit international américain ainsi qu'à un droit international européen, *Nomos*, *supra* note 54 à la p. 227.

⁶⁰ Voir Beth A. Simmons, « International Law and International Relations: Scholarship at the Intersection of Principles and Politics » (2001) 95 *Am. Soc. Int'l L. Proceedings* 271.

⁶¹ Par exemple, voir Hans Jonas, *The Gnostic Religion: The Message of the Alien God and the Beginnings of Christianity*, 2^e éd., Boston, Beacon Press, 1963 aux pp. 247-250 et Sheldon S. Wolin, *Politics and Vision. Continuity and Innovation in Western Political Thought*, éd. rév., Princeton, Princeton University Press, 2004 aux pp. 70-75.

⁶² Le discours d'intervention d'humanité a absorbé, entre autres, celui d'intervention pour la protection de minorités religieuses. À propos du changement de vocabulaire du XIX^e au XX^e siècle, voir Katia Boustany, « Intervention humanitaire et intervention d'humanité : évolution ou mutation en Droit International » (1993-1994) 8 *R.Q.D.I.* 103. La persécution est un thème important que la présente esquisse n'aborde pas.

⁶³ Hersch Lauterpacht, « The Grotian Tradition in International Law » (1946) 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 1 à la p. 46.

⁶⁴ Jean Graven, « Les crimes contre l'humanité » (1950) 76 *Rec. des Cours* 427.

organes de l'humanité. C'est ce que Scelle nomme le « dédoublement fonctionnel »⁶⁵. L'intervention d'humanité apparaît comme une étape intermédiaire jusqu'à ce que l'humanité développe ses propres organes juridiques et, qu'avec une véritable primauté du droit international (pour Scelle le développement d'un droit constitutionnel international), les interventions soient effectuées *par* l'humanité. Les propos de Lloyd George concernant Guillaume II démontrent que dans un système qui prévoit une certaine « *paciférance* »⁶⁶, comme celui de la Société des nations, la guerre devient une « usurpation de compétence »⁶⁷.

Les crimes contre l'humanité doivent être saisis comme des actes extrêmes qui peuvent justifier l'ingérence. L'intervention d'humanité se révèle ainsi la forme la plus extrême du phénomène de l'assujettissement du droit constitutionnel d'un État au droit international, avec, comme exemple-clé, l'Empire ottoman⁶⁸. Et à cet effet, la pensée de Scelle apparaît comme une version plus sophistiquée de celle des internationalistes du XIX^e siècle tels que Gustave Rolin-Jacquemyns, Johann Caspar Bluntschli et, plus tard, Alain Pillet⁶⁹ qui ont inauguré le vocabulaire d'intervention d'humanité à partir de la question de l'Orient⁷⁰. Ils ont élaboré l'idée d'un droit humain, un droit fondé dans la solidarité humaine et supérieur au droit international et au droit national⁷¹.

Les crimes contre l'humanité appartiennent au même univers des idées que le « gouvernement » international⁷². L'ingérence occasionnelle exigée par des crimes contre l'humanité appartient à la même pensée que l'ingérence plus permanente qu'on retrouvait, par exemple, dans le système des mandats de la Société des nations⁷³. Ce système était étroitement lié à une pensée juridique qui, malgré son insistance sur la solidarité humaine, distinguait les peuples selon leurs degrés de civilisation⁷⁴. En 1910, résumant la pensée du XIX^e siècle sur l'intervention d'humanité, Antoine Rougier précise qu'un « contrôle plus énergique » est exigé pour des peuples barbares ou mi-civilisés : « L'intervention simple est alors remplacée par un droit

⁶⁵ George Scelle, « Règles générales du droit de la paix » (1933) 46 Rec. des Cours 327 à la p. 358 [Scelle, *Règles générales*].

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 626.

⁶⁷ George Scelle, *Cours de droit international public*, Paris, Domat Montschrestien, 1948 à la p. 825 [Scelle, *Cours*].

⁶⁸ George Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1934 à la p. 53 [Scelle, *Précis*]. En effet, Bass maintient que c'est Sergei Sazonov, le ministre des Affaires extérieures de la Russie, qui fut le premier à utiliser l'expression « crimes contre l'humanité » pour décrire le massacre des Arméniens. Bass, *supra* note 50 à la p. 116.

⁶⁹ Voir généralement Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁷⁰ Voir par exemple, G. Rolin-Jacquemyns, « Le droit international et la phase actuelle de la question d'Orient » (1876) 8 Rev. D.I. & D.C. 293 et Gustave Rolin-Jacquemyns, « Note sur la théorie du droit d'intervention. À propos d'une lettre de monsieur le professeur Arntz » (1876) 8 Rev. D.I. & D.C. 673.

⁷¹ Antoine Pillet, « Le droit international public : ses éléments constitutifs, son domaine, son objet » (1894) 1 R.G.D.I.P. 1.

⁷² Scelle, *Cours*, *supra* note 67 à la p. 818.

⁷³ Mais aussi le système de protection des minorités. Voir Percy Elwood Corbett, « What is the League of Nations » (1924) 5 Brit. Y.B. Int'l L. 119 à la p. 137.

⁷⁴ Voir Gerrit W. Gong, *The Standard of "Civilization" in International Society*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

d'intervention permanent ou droit de tutelle »⁷⁵. Rougier fait ainsi écho à Bluntschli qui affirme que « les nations civilisées sont plus particulièrement appelées à développer le sentiment des droits communs à l'humanité »⁷⁶. Bluntschli affirme aussi que : « Le domaine et la portée pratique du droit international augmentent dans la même mesure que le sentiment de solidarité humaine »⁷⁷.

Au XX^e siècle, la pensée de Scelle achève systématiquement la réduction du droit à la sociologie maladroitement entamée par les internationalistes du XIX^e siècle. Selon lui, « la Porte résista de son mieux à cette dynamique fatale de la *hiérarchie des normes* »⁷⁸ quand elle fut soumise au « droit public spécial »⁷⁹ de l'Europe. Cette dynamique est « fatale » parce que la pensée de Scelle libère le droit de la politique et remplace la souveraineté comme fondement politique du droit par la « nécessité sociale »⁸⁰. La pensée de Scelle se retrouve donc ainsi aux antipodes de celle de Schmitt⁸¹. Qui plus est, le monisme social et juridique ainsi que l'individualisme méthodologique de Scelle font écho à un constat de Durkheim :

On s'achemine ainsi peu à peu vers un état, qui est presque atteint dès maintenant, et où les membres d'un même groupe social n'auront plus rien de commun entre eux que leur qualité d'homme, que les attributs constitutifs de la personne humaine en général.⁸²

VI. Humanité souffrante : La transformation du droit de la guerre en droit humanitaire

Or, quels attributs sont constitutifs de la personne humaine en général? Quels attributs sous-tendent la solidarité humaine et animent la nécessité sociale? Tel qu'exprimé par Rousseau, « [l]e bonheur de l'homme naturel est aussi simple que sa vie; il consiste à ne pas souffrir »⁸³. Ce dernier maintient également que la commisération est le « premier sentiment de l'humanité »⁸⁴ et que celle-ci est fondée dans la pitié, la « répugnance innée à voir souffrir son semblable »⁸⁵. Il précise : « En effet, qu'est-ce que la générosité, la Clémence, l'Humanité, sinon la Pitié appliquée aux faibles, aux coupables, ou à l'espèce humaine en général? »⁸⁶.

⁷⁵ Antoine Rougier, « La théorie de l'intervention d'humanité » (1910) 17 R.G.D.I.P. 468 à la p. 497. Voir aussi Scelle, *Précis*, *supra* note 68 à la p. 53.

⁷⁶ Johann Ceasar Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin, 1870 à la p. 53.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Scelle, *Précis*, *supra* note 68 à la p. 53.

⁷⁹ Rougier, *supra* note 75 à la p. 506.

⁸⁰ Scelle, *Règles générales*, *supra* note 65 aux pp. 372-373.

⁸¹ La pensée d'Arendt résiste à la traduction de la politique (et du droit) en sociologie tout en voulant écarter la souveraineté comme concept clé de la politique.

⁸² Durkheim, *supra* note 22 à la p. 11.

⁸³ Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, Paris, Gallimard, 1969 à la p. 280.

⁸⁴ *Ibid.* à la p. 86.

⁸⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Gallimard à la p. 84.

⁸⁶ *Ibid.* à la p. 85.

Il importe de s'attarder sur ces paroles de Rousseau, car ce dernier est souvent appréhendé comme l'un des pères du droit international humanitaire. Il s'oppose à Hobbes et insiste que « [l]a guerre n'est [...] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement »⁸⁷, soit que la guerre n'appartient pas à l'état naturel de l'homme. Certains aspects de la pensée de Rousseau découlant de l'idée de la bonté naturelle de l'homme résument deux transformations historiques qui rendent possible l'humanitarisme moderne, que Nietzsche appelle « la religion de la souffrance humaine »⁸⁸, soit la transformation de la douleur en mal évident et la transformation de la charité en humanité. Le droit international humanitaire ayant comme principe premier l'*humanité* – qui englobe facilement d'autres principes du droit international humanitaire comme ceux de la distinction et de la proportionnalité – appartient à l'humanitarisme moderne.

Premièrement, la douleur est privée de son caractère de bien spirituel potentiel qui peut rapprocher l'homme de Dieu, et est réduite à un mal évident. Dans le contexte d'une discussion du châtement, Shoemaker explique que

La douleur n'offre plus de promesse de l'au-delà. De plus, la douleur n'est plus un attribut naturel de l'effort [*striving*] engendré par un désir pour le bien, mais est dorénavant perçue comme ce qui en soi engendre l'action humaine. Désormais la douleur doit être mesurée, réglementée, et, où elle n'est plus nécessaire, niée. [notre traduction]⁸⁹

Ainsi, le droit pénal et le droit de la guerre ont tous les deux été transformés en *droit humanitaire*; expression ne faisant aucunement référence au champ d'activité que le droit qu'elle nomme régit. On peut facilement envisager un droit *humanitaire* régissant toute activité humaine pouvant causer la souffrance (ou la réduire) ou un droit *humanitaire* régissant les organismes à but non lucratif, l'activité philanthropique, la charité.

La transformation de la charité chrétienne (auparavant « la plus grande des vertus théologiques »⁹⁰ signifiant principalement l'amour de Dieu et non simplement du prochain⁹¹) en sentiment d'humanité (en philanthropie, *ie.* amour de l'homme) est la deuxième transformation résumée dans la pensée de Rousseau. Chez Thomas d'Aquin tout comme chez Francisco Suarez, un membre de l'école de Salamanque et un des pères du droit international, la guerre et ses modalités sont discutées sous la

⁸⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Gallimard, 1964 à la p. 179.

⁸⁸ En français dans le texte de Nietzsche. *Par-delà bien et mal* dans *Friedrich Nietzsche : Œuvres philosophiques complètes*, Paris, Gallimard, 1971, vol. 7 à la p. 40.

⁸⁹ Karl Shoemaker, « The Problem of Pain in Punishment: Historical Perspectives » dans Austin Sarat, dir., *Pain, Death, and the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2001 à la p. 35.

⁹⁰ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Paris, Vivès, vol. 5 à la p. 554 (Première partie de la seconde question LXVI, article VI).

⁹¹ *Ibid.*, vol. 7 à la p. 573 : « La charité ne s'étend pas seulement à l'amour de Dieu, mais aussi à l'amour du prochain, parce que c'est à cause de Dieu que nous devons aimer notre prochain » (Seconde partie de la seconde question XXV, article I).

rubrique de la charité⁹², contrepartie religieuse des concepts d'honneur et de quartier du *jus militare* ou *jus armorum* de l'époque médiévale⁹³. Quant à Grotius, il juxtapose souvent les termes humanité et charité, présageant la transformation du christianisme en religion naturelle et de la charité en humanité⁹⁴. On retrouve également cette juxtaposition de la charité et de l'humanité chez Henri Dunant, même si c'est l'humanité ou la philanthropie qui, dans ce cas, a préséance⁹⁵.

Si l'expression *droit international humanitaire* est devenue prédominante seulement avec la *Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés* de 1974-1977, la codification du droit de la guerre de la fin du XIX^e siècle – notamment la clause Martens – avait déjà préparé le terrain pour ce changement⁹⁶. Et, c'est aux protagonistes d'un droit humain que remonte cette façon de concevoir les choses, tel Rolin-Jacquemyns signalant que « le bombardement de Paris, avec ou sans avertissement, a été représenté comme un crime de lèse-humanité et de lèse-civilisation »⁹⁷.

Il ne faut donc pas s'étonner que certains juristes se demandent si la catégorie juridique de *crimes contre l'humanité* devrait englober, ou même remplacer, celle de crimes de guerre⁹⁸. Il ne faut pas non plus s'étonner si certains réclament que

⁹² *Ibid.*, vol. 8 aux pp. 177-189 (Seconde partie de la seconde, question XL – De la guerre) et Francisco Suárez, *Selections from Three Works*, Oxford, Clarendon Press, 1944 aux pp. 799-865.

⁹³ Theodor Meron, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws. Perspectives on the Law of War in the Late Middle Ages*, Oxford, Oxford University Press, 1993 à la p. 78. Voir aussi Maurice Hugh Keen, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1965 et Peter Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983 à la p. 599.

⁹⁴ Jacqueline Lagrée, « Grotius, stoïcisme et religion naturelle », (1989) 10 *Grotiana* 80 à la p. 88. Grotius distingue ce qui est exigé par la loi ou la justice et ce qui est exigé par la charité ou l'humanité. Le premier sens donné par le Oxford English Dictionary pour *humanitarian* est « [o]ne who affirms the humanity (but denies the divinity) of Christ ». Le deuxième sens est « [o]ne who professes "the Religion of Humanity", holding that mankind's duty is chiefly or wholly comprised in the advancement of the welfare of the human race », Oxford English Dictionary, s.v. « humanitarian », en ligne : Oxford English Dictionary <<http://www.oed.com>>.

⁹⁵ Voir par exemple, Henri Dunant, *Un souvenir de Solferino*, Lausanne, l'Âge d'homme, 1986 aux pp. 60, 102, 113.

⁹⁶ Il faut noter que ce changement de nom n'est pas universellement accepté. Certains juristes déclament les « erreurs historiques et dangers politiques se retrouvant au sein d'une conception d'un "droit international humanitaire" [Notre traduction] issue de Genève, un évangile qui n'a besoin que d'être disséminé et appliqué au reste du monde... L'expression "droit de la guerre" est préférable à celle de "droit humanitaire international" ». Adam Roberts, « Implementation of the Laws of War in Late-Twentieth Century Conflicts » dans L.C. Green, dir., *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Newport, Naval War College, 1998 à la p. 381.

⁹⁷ G. Rolin-Jacquemyns, « Essai complémentaire sur la guerre franco-allemande dans ses rapports avec le droit international » (1871) 3 *Rev. D.I. & D.C.* 288 à la p. 302. Quand Pictet a utilisé l'expression « droit humain » pour décrire l'union du droit humanitaire et des droits de l'homme il ne faisait que réunir ce qui n'avait pas été séparé au dix-neuvième siècle. Jean Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire : cours donné en juillet 1982 à l'Université de Strasbourg dans le cadre de la Session d'enseignement organisée par l'Institut international des droits de l'homme*, Genève, Institut Henri-Dunant, 1983 à la p. 10.

⁹⁸ William J. Fenrick, « Should Crimes Against Humanity Replace War Crimes? » (1999) 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 767.

la catégorie de crimes contre l'humanité s'étende pour inclure certaines atteintes aux droits sociaux et économiques⁹⁹ : la transformation du droit de la guerre en droit humanitaire va de pair avec la transformation de la charité en justice sociale.

VII. Le statut de l'être humain

Dans son cours donné à l'Académie de droit international sur les crimes contre l'humanité, Jean Graven fit écho à la pensée des internationalistes du XIX^e siècle, qui distinguait justement la société humaine (et l'homme en soi) des sociétés nationales (et des hommes qui ne se retrouvent plus dans un état naturel). Il souleva :

[i]l faut donc restaurer l'idée éminente de l' "homme" en soi – de l'homme en quelque sorte nu et dépouillé, tel qu'il est venu et restera toujours en ce monde – si l'on veut retrouver l'horreur et assurer l'impossibilité des crimes contre la vie, la sécurité et la dignité humaines.¹⁰⁰

Rougier avait, quant à lui, repris des mots de Duguit pour affirmer que les hommes de 1789 avaient confondu les droits de l'homme et les droits du citoyen. Selon Rougier, « [l]e droit humain se résumerait en somme dans une triple formule : "droit à la vie, droit à la liberté, droit à la légalité" »¹⁰¹.

Hannah Arendt refuse ces deux alternatives : l'identité ou bien la séparation de l'homme en soi et de l'homme appartenant à une communauté politique. Elle élève au premier rang le droit à la légalité. Elle donne au droit d'appartenir à une communauté juridique, soit le droit d'être plus qu'un homme¹⁰², le nom « d'un droit d'avoir des droits »¹⁰³. Ce droit – qui est rien de moins que l'essence paradoxale des droits de l'homme – est primordial, entre autres, parce que « [l]e monde n'a rien vu de sacré dans la nudité abstraite d'un être humain »¹⁰⁴. Dans son analyse du système totalitaire et de la Shoah, Arendt ajoute que :

En réalité, l'expérience des camps de concentration montre bien que des êtres humains peuvent être transformés en des spécimens de l'animal humain et que la "nature" de l'homme n'est "humaine" que dans la mesure où elle ouvre à l'homme la possibilité de devenir quelque chose de non-naturel par excellence, à savoir un homme.¹⁰⁵

⁹⁹ Sigrun I. Skogly, « Crimes against Humanity – Revisited: Is There a Role for Economic and Social Rights? » (2001) 5 Int'l J.H.R. 58.

¹⁰⁰ Graven, *supra* note 64 à la p. 597.

¹⁰¹ Rougier, *supra* note 75 à la p. 494.

¹⁰² Comparer avec Primo Levi, *Si c'est un homme*, Paris, Presses pocket, 1988.

¹⁰³ Arendt, *L'impérialisme*, *supra* note 23 à la p. 281.

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 287. À la p. 288, elle rajoute : « Il semble qu'un homme qui n'est rien qu'un homme a précisément perdu les qualités qui permettent aux autres de le traiter comme leur semblable ».

¹⁰⁵ Hannah Arendt, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972 à la p. 194.

Ces mots, et la totalité de l'œuvre d'Arendt, soulèvent la possibilité consternante que le discours humanitaire et des droits de l'homme soit un miroir rhétorique et conceptuel de l'expérience des camps de concentration (et de la réduction de l'homme à un spécimen d'une espèce).

En ce sens, l'œuvre d'Arendt résiste à la réduction du *bios* (terme grec qui signifie plutôt la vie politique ou biographique que la vie animale) à la *zoe* (terme grec qui signifie ce que l'on appelle la vie biologique) non seulement au niveau des actions (par exemple, le système totalitaire) mais aussi au niveau des conceptions et du vocabulaire (par exemple, certains aspects des droits de l'homme et de l'humanitarisme). Il semble qu'Arendt aurait préféré l'expression du procureur français François de Menthon, « crimes contre le statut d'être humain », à celle de « crimes contre l'humanité »¹⁰⁶ précisément pour s'éloigner d'un vocabulaire sentimentaliste ou humanitaire¹⁰⁷ et pour mieux nommer le mal de la Shoah et des camps de concentration. Aujourd'hui, ce sont des juristes comme Delmas-Marty qui, soulevant l'œuvre d'Arendt, essaient d'identifier « l'irréductible humain » et le « noyau dur des droits de l'homme »¹⁰⁸ – irréductible et noyau dur qui, selon eux, ne se confondent point avec la vie.

Or, éviter cette confusion de la vie biologique et des droits de l'homme (ou distinguer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité) signifie peut-être toute une histoire à refaire, un vocabulaire à se réapproprier ou même à créer car l'expression *crimes contre l'humanité* n'a pas été inventée pour décrire les atrocités des Nazis. Elle n'a été qu'adoptée, comme cet essai a tenté de le démontrer, en soulignant ce que l'on peut appeler la *préhistoire* des crimes contre l'humanité.

¹⁰⁶ Arendt, *Eichmann*, *supra* note 38 à la p. 284.

¹⁰⁷ *Ibid.* à la p. 301.

¹⁰⁸ Delmas-Marty, *supra* note 6.