



"Hitler face à la justice ou essai de plaider de la défense"

Delcoigne, Romain

Abstract

Défense d'Adolf Hitler dans une perspective chronologique afin de montrer l'évolution du droit international pénal de Nuremberg à aujourd'hui couplée à une réflexion sur l' "avocat du diable".

Document type : Mémoire (Thesis)

Référence bibliographique

Delcoigne, Romain. *Hitler face à la justice ou essai de plaider de la défense*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2015. Prom. : Rans, Pierre.

Hitler face à la justice ou essai de plaidoyer de la défense

Mémoire réalisé par
Romain Delcoigne

Promoteur
Pierre Rans

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL. Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Même si la page de garde ne fait état que de notre nom, le présent mémoire n'aurait été possible sans certaines personnes qui, dans l'ombre, nous ont apporté une précieuse aide. Il serait inconvenant de ne pas les mentionner.

Merci à notre promoteur, Pierre Rans, pour son acceptation d'un sujet qui aurait pu effrayer et pour ses conseils toujours avisés qui nous ont permis d'améliorer la présente rédaction.

Merci à Béatrice Cabo, Philippe Delcoigne, Cyril Dheur et Benoit Quirynen pour leur temps et leur relecture.

Merci enfin à tous ceux, innommables parce qu'innombrables, qui ont cru en nous et nous ont toujours encouragé, que ce soit pour le présent mémoire ou tout au long de notre formation.

Ces remerciements ne sont que peu de chose au regard de ce que vous nous avez aidé!

*« Le mal qui est dans le monde vient
presque toujours de l'ignorance »*

Albert Camus, *La Peste*.

*« Je ne suis pas l'avocat de la
terreur, mais l'avocat des terroristes.
Hippocrate disait : "Je ne soigne pas
la maladie, je soigne le malade".
C'est pour vous dire que je ne
défends pas le crime mais la
personne qui l'a commis »*

Jacques Vergès.

Aux victimes de l'ignorance,
Aux défenseurs de l'Humanité,
Et à l'espoir.

Introduction

Le seul assemblage des mots « Hitler » et « défense » peut irriter le sens commun, la morale d'un tout un chacun. Il nous faut d'emblée préciser, et nous y reviendrons plus en détail, que dans les lignes qui suivent, nous ne cautionnons pas les actes qui ont été posés ou l'idéologie dont il est à la base. Toutes ces choses nous les dénonçons. Mais nous le défendons. Non pas parce que nous considérons juste ce qu'il a fait, non pas pour minimiser les implications des atrocités commises, mais pour mettre en lumière les circonstances qui ont amené un homme, ni plus ni moins que vous, que nous, à de telles exactions. Nous savons que la tâche que nous prenons à bras le corps n'est pas une sinécure, mais nous savons aussi qu'elle est nécessaire, comme juriste mais avant tout comme Homme. En effet, le Maréchal Lyautey disait de *Mein Kampf* : « *Tout Français doit lire ce livre* »¹ ; nous soutenons cette phrase et allons même plus loin en affirmant que tout Homme doit pouvoir remettre en cause Nuremberg. Non pas sur ses intentions, mais bien sur la manière dont il les a appliquées. C'est cette démarche qui sera la nôtre dans la présente contribution.

Jamais, à notre connaissance du moins, personne ne s'était jamais attelé à défendre, de manière fictive A. Hitler² et pourtant une telle défense est, pour nous, d'un grand intérêt. D'abord, elle permet une immersion totale dans le paysage de la Seconde Guerre mondiale dont chacun devrait avoir une connaissance pointue. Ensuite, elle permet au juriste (portant un intérêt accru pour la matière pénale) de faire face à ce qu'on peut qualifier de faits les plus graves de l'Histoire de l'Humanité et dès lors, de faire face à sa morale. Plus encore, un pareil exercice présente l'intérêt de la critique puisque si toute personne de conscience et de morale comprend, accepte et exige que les personnes responsables des abominations qui ont laissé leur triste empreinte dans notre histoire soient poursuivies, jugées et surtout punies, les modalités d'une telle 'punition' sont rarement remises en cause bien qu'elles soient capitales. En effet, si le choix d'une exécution bête et méchante en peloton n'a pas été retenue, et nous ne pouvons que nous en réjouir, il ne faut pas que le procès soit un procès cosmétique, une sorte de parade pour, aux yeux du monde, donner l'impression d'une procédure juridique mais qui n'est rien d'autre qu'une exécution différée le temps de la tenue du procès fictif. Nous trouvons que les modalités de ce procès sont importantes parce que le droit ne peut se passer du droit sous peine de perdre toute crédibilité et de ramener les hommes que nous sommes à l'état sauvage, lors d'un « état de crise ». Certes, il est probablement plus aisé de fermer les yeux, de faire le dos rond le temps des critiques procédurales mais alors, le droit n'est plus le droit. Comme Jackson disait : « *Tendre un calice empoisonné à ces accusés, c'est le porter nous-mêmes à nos lèvres. Il faut, dans notre tâche, que nous fassions preuve d'une objectivité et d'une intégrité intellectuelle telles que ce procès s'impose à la postérité comme ayant répondu aux aspirations de justice de l'Humanité* ». Voilà qu'aujourd'hui, nous sommes cette postérité et il nous revient de juger les juges, d'examiner comment la justice a été rendue et à quel prix.

¹Cette citation figure d'ailleurs en préambule de l'édition française de A. HITLER (trad. J. GAUDEFROY-DEMOMBYNES et A. CALMETTES), *Mon Combat*, Paris, Nouvelles éditions latines, 1934.

²Nous passons outre les opinions fascistes considérant que l'œuvre d'Hitler a été bénéfique pour l'humanité, thèse que nous répudions avec la plus grande fermeté.

Nous ferions remarquer au lecteur mal intentionné ou à l'esprit trop étreint qu'aucune des lignes, aucun des mots, aucune virgule ne remettent en cause la souffrance qu'ont éprouvée les peuples opprimés par le régime nazi ni même les fâcheuses conséquences d'une telle guerre sur l'Humanité tout entière. C'est l'homme que nous défendons ici et en aucun cas son idéologie. Oui les chambres à gaz ont existé, oui des minorités ont été opprimées, massacrées, mais oui aussi, Hitler était un homme avec deux bras, deux jambes, un cerveau et un cœur qui bat. Nous ne voulons pas ici humaniser des faits qui n'ont rien d'humain, ni même faire passer notre client pour une personne sympathique dans la visée de toucher les cœurs avant les esprits, mais bien de faire comprendre au lecteur que c'est un de leur pair qui est à juger.

Nous ne saurions faire sans pointer une loi belge, celle du 23 mars 1995, tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale. Face à cette loi, le sentiment qui est le nôtre est double. D'une part, elle nous déçoit. Oui, elle nous déçoit en ce qu'il soit nécessaire de légiférer en la matière puisque cela signifie qu'il est encore, à ce jour, des personnes pour « *nie(r), minimise(r) grossièrement, cherche(r) à justifier ou approuve(r) le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale* »³. Mais partant du constat, malheureux, qu'une telle loi trouve application, nous ne pouvons que saluer une telle démarche. Il nous faut insister encore une fois, en préambule à cette rédaction parce le sujet qui a été choisi est hautement délicat sur le fait que même si nous défendons A. Hitler, nous sommes et serons le premier à dénoncer des déclarations soit négationnistes soit favorables au régime nazi ou à son idéologie.

Enfin, les raisons nous ayant amené à choisir un tel sujet sont multiples. D'abord, il est périlleux. Non pas que nous nous targuons d'avoir choisi un sujet nécessitant de grandes capacités intellectuelles, loin de là, mais parce que le sujet est extrêmement sensible aux yeux de la société, « *touchy* » diraient les anglo-saxons. Et c'est cette volonté de prendre à bras le corps un sujet sensible qui nous anime ; pour montrer qu'il est tout à fait possible de critiquer Nuremberg, en pesant ses mots, sans pour autant adhérer aux thèses fascistes. D'autre part, étudier un tel personnage face aux juridictions internationales, dans le temps, permet de comprendre quelles sont les évolutions du droit international pénal ainsi que les perspectives et défis pour l'avenir.

La démarche que nous adopterons est double. À la fois temporelle et à la fois partielle, bien qu'objective. Temporelle en ce qu'elle se veut évolutive afin de montrer comment le droit international pénal a 'grandi' à travers les décennies et ce, avec une attention portée sur la période Nuremberg jusqu'à aujourd'hui et la CPI. Partielle parce que la défense (pénale) d'une personne ne peut se faire autrement qu'en ayant un parti pris pour son client, sans quoi il est vain de défendre. En acceptant une défense, on épouse un point de vue ; l'avocat, contrairement au juge ne se doit pas d'être

³Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, art. 1, *M.B.*, 30 mars 1995, p. 7996.

impartial. Cette partialité ne nous dispensera pas d'être objectif, en présentant les thèses de nos adversaires. Cette présentation a une double visée ; d'une part, pour que le lecteur ait une vue globale de la question, il lui faut connaître des deux points de vue mais plus encore, en évoquant la position de notre adversaire (l'Accusation) et en réfutant un à un ses arguments, les nôtres n'en auront que plus de poids puisqu'ils inscriront en faux ceux du ministère public. D'aucuns pourraient d'ailleurs nous reprocher cette démarche historique, nous targuant de faire de l'histoire et pas du droit. D'abord, les événements que nous traitons ne sont pas un point de détail de l'Histoire et surtout nous pensons que la perspective temporelle permet de comprendre les tenants et aboutissants du droit international pénal qui, *in fine*, est un droit assez jeune et qui est, pourtant, face à des défis de taille à relever. L'hypothèse de la défense d'Adolf Hitler n'est ainsi peut-être qu'un moyen. Le moyen de mettre ce droit face à ses contradictions, face à ses difficultés lorsque les principes mêmes de l'Humanité tout entière sont en jeu. Mais cette hypothèse nous permet aussi de mettre notre conscience à l'épreuve de la défense pénale toute entière.

Nous pouvons à présent déterminer ce dont il sera fait état dans les lignes qui suivent pour que le lecteur soit guidé. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur l'hypothèse de la défense d'A. Hitler face à une juridiction comme et dans l'état du droit de Nuremberg pour permettre d'enraciner la question dans son passé avant de faire un bond, considérable, dans l'histoire et nous retrouver à nos jours, face à la CPI et à toutes les évolutions juridiques qui en sont induites. Enfin, et pour transcender l'histoire et ses évolutions, nous étudierons les possibilités et les raisons pour un avocat de défendre des personnes accusées des pires atrocités pour comprendre les balises juridiques et morales entourant une pareille acceptation. Lors de l'ensemble de la présente rédaction, une question transcendera chaque partie, celle de savoir si le droit se doit de légitimer une situation de crise ; s'il doit, dans la hâte, s'adapter pour réprimer. En d'autres termes, le droit doit-il céder lorsque les circonstances d'espèce sont à ce point exceptionnelles qu'elles remettent en question celui-ci ? Question de juriste, réponse d'Homme.

A) Hitler au réveil de Nuremberg

Nous sommes au lendemain du jugement du Tribunal de Nuremberg, une vingtaine d'années s'étant écoulées. La plaie est encore vive et le personnage principal de l'Histoire qu'on eut cru perdu à jamais dans un dernier coup de théâtre, s'étant suicidé, est retrouvé. À coup sûr, il faudra le juger, mais de nombreuses questions surgissent parmi lesquelles essentiellement deux : où et comment ?

I. Quelle juridiction pour juger ?⁴

⁴M. MERLE, *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, Paris, Pedone, 1949, pp. 76 à 89.

Différentes possibilités peuvent s'offrir quant au choix de la juridiction devant lequel Hitler serait traduit, tout comme ces possibilités existaient en préambule au procès de Nuremberg.

I.1 Des possibles

Premièrement, il est possible de déférer la situation aux tribunaux allemands qui jugeraient en vertu du droit national comme d'ailleurs ce fut le cas au sortir de la Première Guerre mondiale, durant les Procès de Leipzig. Une deuxième possibilité est celle que les parties lésées (autrement dit les pays ayant été en guerre contre le III^{ème} Reich) poursuivent devant leurs propres juridictions nationales, et ce sur base de la compétence territoriale (actes s'étant déroulés sur leur territoire) ou de la personnalité passive (victimes nationales). Cette deuxième option est d'ailleurs celle que l'on retrouve à l'article 229 du Traité de Versailles de 1919 et sera également d'application pour les criminels de guerre dits « ordinaires », comme le prévoyait la première partie de la Déclaration de Moscou, pour la Seconde Guerre mondiale. Comme ce fut le cas pour les actes commis par notre client et selon les mots de M. Merle : « *L'application de ce principe se combine normalement avec l'admission de juridictions mixtes pour les infractions ayant préjudicié simultanément à plusieurs pays* »⁵. La troisième voie, et c'est celle dans laquelle s'engagèrent les signataires de l'accord du 8 août de 1945, est celle d'une institution d'une juridiction internationale dont l'objectif serait de juger les « grands criminels de guerre ». Le choix de cette troisième voie est soutenu par trois objectifs, que l'on peut faire ressortir de la déclaration d'ouverture du juge Jackson⁶ : d'abord, que ces trois « grands criminels de guerre » soient jugés au nom de la société internationale. Ensuite, que le droit applicable à ces procédures soit celui du droit international et non interne et enfin, que la sanction ressortant de ces différents jugements constitue une véritable assise destinée à passer dans la postérité.

I.2 Choisir

La question qu'il revient de trancher en premier lieu est dès lors de savoir devant quelle juridiction serait renvoyé notre client et partant quel serait le droit applicable. Il y a fort à parier que la communauté internationale ne tolérerait pas que ce soit devant une juridiction nationale ; le poids du passé étant trop important, nous ne nous attarderons donc pas sur ce point. La compétence de la récente CPI est à exclure puisque le point pivot de 2002⁷ ne souffre d'aucune exception. La seule possibilité serait alors de ressusciter Nuremberg pour en faire un Nuremberg *bis* mais si les modalités devaient être les mêmes qu'en 1945, nous ne manquerions pas de les battre en brèche de manière bien plus virulente que nos prédécesseurs dans des circonstances plus délicates. En effet, le Statut, fondement du Tribunal Militaire International est dépourvu de toute base légale. Et puisque

⁵*Ibid.*, p. 80.

⁶R. H. JACKSON, *Déclaration du procureur américain à l'ouverture du procès de Nuremberg*, 21 novembre 1945, disponible sur www.perspective.usherbrooke.ca (consulté le 03/03/2015).

⁷*Cf. infra.*

«Nuremberg» ne peut pas constituer « *l'exercice arbitraire, par les Nations-Unies, de leur suprématie* »⁸, on a cherché à ce statut différentes justifications qui nous semblent pour le moins bancales. D'abord en invoquant l'accord de Londres du 8 août 1945 et en considérant celui-ci comme fondant la compétence, pour les Alliés, de juger les criminels de guerre. Cette justification est, à notre sens, une coquille vide. En effet, en droit international public, un traité ne contraint que les États signataires. S'il est indéniable que l'Allemagne était signataire de cet accord, et qu'il prévoit la remise aux Alliés des criminels de guerre, il n'est en aucun cas fait état d'une procédure quelconque relative à la traduction en justice de ces criminels. Dès lors, le Statut prend largement ses aises quant à ce que prévoit l'article 11 de l'accord. Aucune base juridique valable ne peut ici être trouvée. D'autres ont encore argué qu'il pouvait être tiré du droit d'occupation la prérogative, en principe régalienne, de rendre la justice puisque les puissances détentrices des attributs étatiques avaient totalement disparu. C'est d'ailleurs ce que le tribunal défend lorsqu'il dit : « *La rédaction du Statut dépendait du pouvoir législatif souverain exercé par les États auxquels le Reich Allemand s'était rendu sans condition* »⁹. Toutefois, si on peut admettre cette thèse, nous ne pourrions en faire une interprétation plus large que de raison. En décidant d'opter pour une juridiction internationale, les Alliés ont outrepassé la compétence dont dispose un législateur national. En d'autres termes, il s'est érigé en législateur international et non national. Partant, cette justification ne peut pas non plus être acceptée.

Dès lors, il nous semble que la seule possibilité soit la création d'une juridiction *ad hoc*. Deux possibilités s'offrent alors. Soit l'Allemagne accepte qu'une juridiction internationale statue sur des faits qui se sont passés sur son territoire et signe un traité instaurant la création d'un tribunal international pour juger ces « grands criminels de guerre », avouant alors qu'elle n'est pas à même de juger un tel pan de l'histoire de l'humanité. Si, toutefois, l'Allemagne s'y oppose, il resterait la possibilité d'une résolution chapitre 7 du conseil de sécurité de l'ONU, bien que cette possibilité soit discutée en doctrine- surtout par rapport à sa légitimité. Il y a toutefois lieu d'examiner que lorsque des faits ce sont produits sur différents territoires comme ce fut le cas lors du second conflit mondial, le traité qui pourrait être négocié doit l'être avec les acteurs de ces différents territoires. Parce que la communauté internationale, surveillée intensivement dans un tel cas, ne pourrait pas se permettre de faire traîner les choses en longueur ou même de prendre le risque de se voir opposer le refus d'un des États, nous pensons sincèrement que le tribunal instauré serait de type international. À ce stade, une option existe encore. Celle de savoir si le tribunal sera mixte ou purement international. L'un comme l'autre ayant ses avantages et ses inconvénients.

En définitive, le choix serait celui d'une juridiction internationale, avec un pouvoir fort aux puissances victorieuses. Les défauts de Nuremberg, quelques années après, n'auront pas été expiés et la voix dans laquelle, il y a fort à parier, s'engagerait la communauté internationale face à une telle circonstance serait Nuremberg *bis*. La voie d'une répétition de Nuremberg ayant été choisie, la suite,

⁸ Tribunal Militaire International, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946 (ci-après « T.M.I »), jugement, tome I, Nuremberg, Tribunal militaire international, 1947, p. 18 ; M. MERLE, *op. cit.*, p. 76.

⁹ T.M.I, *op. cit.*, jugement, t. I, p. 38.

ici présentée, en résultera. Ce choix, outre sa forte vraisemblance, nous permettra d'examiner, de manière critique, le procès réel de Nuremberg et de mettre en évidence l'évolution ou plutôt la révolution qui s'est produite en droit international pénal jusqu'à aujourd'hui.

II. Faits et qualification juridique

Le tribunal ayant été choisi, nous pouvons nous tourner vers les faits à juger ainsi qu'à leur qualification juridique.

II.1 Factualité

Les faits que nous aurons à présenter seront répartis en catégories, correspondant à la qualification juridique qui leur serait plus que probablement reliée. Le tableau qui sera ici dressé sera des plus succinct car il est inutile de réexpliquer en détail des faits qui sont bien connus et au surplus, qui font l'objet de développements complets dans le jugement du Tribunal de Nuremberg.

II.1.1 Crimes contre la paix :

Les guerres dont il est question dans l'exposé du crime compris dans le présent chef d'accusation et les dates de leur déclenchement furent les suivantes : contre la Pologne, 1er septembre 1939, contre le Royaume-Uni et la France, 3 septembre 1939 ; contre le Danemark et la Norvège, 9 avril 1940, contre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, 10 mai 1940, contre la Yougoslavie et la Grèce, 6 avril 1941, contre l'URSS, 22 juin 1941 et contre les États-Unis d'Amérique, 11 décembre 1941¹⁰.

II.1.2 Crimes de guerre :

Les crimes de guerre poursuivis sont nombreux et ne feront ici l'objet que d'une énumération catégorisée des faits reprochés : meurtres et mauvais traitements des civils et des prisonniers de guerre¹¹, déportation pour travail forcé, pillage de biens publics et privés, sanctions collectives, mobilisation de travailleurs civils, meurtres d'otages, obligation imposée à des civils de prêter serment de fidélité à une puissance ennemie, et enfin, germanisation des territoires ennemis.

¹⁰TMI, *op cit.*, t. I, pp. 44-45.

¹¹Il s'agit de deux sous-infractions distinctes.

II.1.3 Crimes contre l'humanité:

Pour cette incrimination, deux types de faits ont été relevés par l'Accusation ; meurtres, exterminations, asservissements, déportation et autres actes inhumains commis contre les populations civiles avant et pendant la guerre ; ces faits correspondants aux actes commis pour réduire au silence les opposants au régime nazi. Sous cette qualification, il faut relever les faits de persécution pour raisons politiques, raciales, religieuses (extermination des juifs, tziganes et consorts).

II.2 Evolution des incriminations et mécanismes juridiques

Si la factualité, bien que dramatique, n'apporte pas grand-chose au tableau juridique que nous voulons ici dresser, les différentes incriminations présentent, elles, un grand intérêt. En effet, ce sont elles qui ont été au centre du procès de Nuremberg et qui vont nous permettre de dresser l'évolution, temporelle, du droit international pénal.

II.2.1 Crimes contre la paix

Défini *in extenso* par le statut, à l'article 6 comme la : « *direction, préparation, déclenchement, ou poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre de violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent* »¹², ce crime constitue indéniablement le point central du tribunal de Nuremberg et en serait probablement de même pour le procès de notre client. En effet, dans son jugement, le Tribunal Militaire International dispose dans son jugement que « *L'inculpation selon laquelle les accusés auraient préparé et poursuivi des guerres d'agression est capitale. La guerre est un mal dont les conséquences ne se limitent pas aux seuls États belligérants, mais affectent le monde tout entier. Déclencher une guerre d'agression n'est donc pas seulement un crime d'ordre international, c'est le crime international suprême ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous.* »¹³. Ce crime, contrairement à la procédure intentée contre Guillaume II en 1919, n'est plus un crime de type « moral » consistant en l'« *offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités* »¹⁴ mais en l'occurrence, une véritable infraction de droit

¹² Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre de Puissances de l'Axe et Statut du Tribunal international militaire, signé à Londres, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 281 (ci-après, Statut du TMI), art. 6.

¹³ TMI, *op. cit.*, t. I, p. 9.

¹⁴ Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles), signé à Versailles, 28 juin 1919, article 227, in H. TRIEPEL, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international : continuation du grand recueil G. F. De Martens*, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, pp. 323 et s.

(international) positif. Il convient tout de même de se demander si les actes repris dans la définition étaient déjà incriminés à l'époque où ils ont été commis.

La Cour s'est penchée sur la question et a affirmé qu'il n'y avait pas de création d'infraction et partant, que les principes de légalité et de non-rétroactivité n'étaient pas bafoués puisque, selon elle, la Cour n'a usé que d'une compétence déclarative d'infractions qui existaient déjà. En d'autres termes, et pour reprendre les mots de Murray Bernays « *Ce qui se passe à Nuremberg n'est pas une révolution dans la loi, c'est une révolution dans l'application de la loi* »¹⁵. Pour ce faire, il a été fait appel à différents textes déjà d'application à l'époque, comme justification d'une coutume existante : Pacte de la SDN et son article 10, Déclaration de la 8ème assemblée de la SDN (1927), accords de Locarno (1925), Conventions de Londres (juillet 1933) et le dernier, mais pas des moindres le pacte Briand-Kellogg (1928) qui, en son article 1, dispose : « *Les hautes parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles* »¹⁶. De ces textes, la Cour en a tiré une coutume en formation et a jugé qu'il lui revenait de la consacrer en tant que règle de droit positif.

Nous ne saurions toutefois adhérer à cette thèse puisque quand bien même il y eut une coutume, ce dont nous doutons, seule la partie prescriptive de l'infraction existait à l'époque. En effet, même à considérer que ce prescrit existait à l'époque, la composante répressive était inexistante. Or, pour que le principe de légalité soit rencontré, il est nécessaire que ces deux éléments convergent. Ce qui en l'espèce n'est absolument pas le cas.

De plus, aucune définition n'est donnée par le statut de ce crime d'agression qui est incorporé dans le crime contre la paix. Si en son temps, les conventions de Londres avaient permis de baliser le champ des possibles de cette incrimination, aucune définition de ce type n'est retrouvée dans le statut. C'est alors le Procureur Jackson qui s'est emparé de la question à l'occasion de sa déclaration d'ouverture. Il proposait alors de « *qualifier agresseur l'État qui le premier commet un des actes suivants : 1° Déclaration de guerre à un autre État. 2° Agression armée contre le territoire d'un autre État. 3° Agression contre le territoire d'un autre État, à l'aide de forces terrestres, navales ou aériennes, avec ou sans déclaration de guerre. 4° Mesures pour soutenir les bandes armées dans le territoire d'autres États ou refus, malgré la demande du pays attaqué, de prendre des mesures dans son territoire, de retirer à ces bandes tout appui ou protection* »¹⁷. De cette définition donnée, plusieurs questions émergent. D'abord, il y a lieu de se demander quelle est la légitimité pour un procureur, aussi brillant soit-il, de définir une notion à ce point clef, qu'un pan de la légalité lui soit abandonné au nom d'un vide juridique. Deuxièmement, comment peut-il être concevable que les juges effectuent leur travail de manière effective, avec la liberté d'appréciation des faits qu'est la leur si préalablement, aucune définition précise n'est donnée. Enfin, on peut se demander pourquoi la

¹⁵M. C. BERNAYS, « The legal basis of the Nuremberg trials », *Reader's Digest*, Février 1946, p. 31.

¹⁶Pacte général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte de Briand-Kellogg), signé le 27 août 1928, signé à Paris, art. 1.

¹⁷R. H. JACKSON, *op. cit.*

définition proposée par le procureur Jackson est si différente de celle existante dans les accords de Londres. Probablement la réponse doit être trouvée dans la volonté de faire entrer dans cette définition les actes commis par le III^{ème} Reich. La méthode employée est alors à l'opposé de celle qu'il conviendrait. Plutôt que de regarder si les faits commis entrent dans la définition préexistante, on crée la définition pour y faire entrer ce que l'on veut. Le juge est devenu législateur international.

Ou plus précisément le procureur.

II.2.2 Crimes contre l'humanité¹⁸

Si comme l'a dit Albert de la Pradelle, le crime contre l'humanité a induit « *une révolution dans le droit pénal international* »¹⁹, il convient d'examiner quel est son fondement. Légal qui plus est. Même si la notion n'est pas neuve puisqu'on peut lier sa parenté à Grotius ou encore dans les conclusions de la Commission de 1919 sur les responsabilités de guerre, la « *première qualification du crime contre l'humanité se trouve dans l'accord interallié du 8 août 1945* »²⁰ et c'est le jugement du Tribunal militaire international datant du 1^{er} octobre 1946 qui en est la première application répressive. Même si de nombreux juristes se sont attelés à la tâche de la recherche de ce fondement, la conclusion que nous pourrions tirer de ces travaux semble brumeuse.

Dans la lignée de M. Herzog²¹, nous pouvons y voir plusieurs raisons. D'abord, une notion à ce point large est difficile à faire rentrer dans le prisme d'une définition claire et précise. Ensuite, on peut constater des approches différentes parmi les auteurs susmentionnés, ce qui brouille les cartes. C'est ainsi que certains ont adopté une approche plus sociologique liant criminalité et réalité sociale, les deux étant en interaction alors que les seconds approchent l'infraction par l'examen de sa technique. Dans les lignes qui vont suivre, nous dresserons rapidement les balises du concept sociologique pour comprendre tous les tenants et aboutissants avant d'examiner plus avant son pendant juridique qui présente, à nos yeux, un intérêt plus important.

De l'avis unanime de tous ceux qui ont abordé la question sociologiquement, le crime contre l'humanité doit être vu comme spécifique et ne peut en rien avoir pour fondement le droit interne. S'il est vrai qu'*ab origine*, il y eut une assimilation entre crimes contre l'humanité et de guerre, le second englobant le premier, rapidement le concept de crime contre l'humanité s'est émancipé en raison de son ampleur criminelle toute particulière. L'on peut lire cette émancipation à travers actes et déclarations des chefs d'État²². Au terme de son évolution, on peut voir, à travers l'œil du sociologue, ce crime comme une traduction d'un acte de souveraineté nationale face à qui le droit interne n'a rien à dire. Le chef de file de cette 'école' est M. Aroneanu qui a donné la définition selon laquelle : « *le crime contre l'humanité, crime international de droit commun, est l'acte commis en violation des lois*

¹⁸J.-B. HERZOG, « Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'humanité », in *Revue internationale de droit pénal*, 1947, pp. 155 à 170.

¹⁹A. DE LA PRADELLE, « Une révolution dans le Droit Pénal International », in *Nouvelle revue de droit international privé*, 1946, pp. 360-368.

²⁰J.-B. HERZOG, « Contribution... », *op. cit.* p. 156.

²¹J.-B. HERZOG, « Contribution... », *op. cit.*, p. 157.

²²Déclaration de St James, Déclaration de Moscou,... : *Ibid.*, p. 159.

internationales qui limitent la souveraineté des États au respect de la personne humaine »²³. Si cette définition a pour mérite de faire une analyse criminologique correcte, elle ne satisfait pas le juriste puisqu'aucune justification de type juridique n'en est donnée ; il nous faut alors analyser la conception juridique qui émane, elle, de la deuxième frange de la doctrine.

Pour cerner au mieux le concept, il est utile de reprendre la définition qui est donnée par le statut du tribunal à savoir, dans l'article 6.c) : « *Les crimes contre l'humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime* »²⁴. De la lecture du statut, une évidence saute immédiatement aux yeux : le crime contre l'humanité n'est pas un concept indépendant puisque pour pouvoir être puni, il doit présenter un lien avec d'autres crimes repris dans le statut. L'évidence tirée de la lecture du statut a d'ailleurs été pointée par le tribunal au travers des considérants de son jugement : « *Pour constituer des crimes contre l'humanité, il faut que les actes de cette nature, perpétrés avant la guerre, soient l'exécution d'un complot ou d'un plan concerté en vue de déclencher ou de conduire une guerre d'agression. Il faut tout au moins qu'ils soient en rapport avec celui-ci. Or le tribunal n'estime pas que la preuve de cette relation ait été faite si révoltants et atroces que soient parfois les actes dont il s'agit. Il ne peut donc déclarer d'une manière générale, que ces faits, imputés au nazisme, et antérieurs au 1^{er} septembre 1939, constituent, au sens du statut des crimes contre l'humanité.* »²⁵.

On peut ainsi faire ressortir deux principes du jugement du tribunal. Premièrement, l'ensemble des actes criminels du régime nazi qui sont antérieurs à la déclaration de guerre ne sont pas à considérer comme des crimes contre l'humanité étant entendu qu'ils ne peuvent être en lien avec une atteinte à la paix. Pour suivre, de nombreux crimes posés par les nazis peuvent se voir doublement qualifier : crimes de guerre et contre l'humanité.

Il nous paraît également nécessaire de pointer les éléments constitutifs de l'infraction. *Primo*, les exactions doivent concerner les populations civiles. Qu'ils soient commis en période de guerre ou pas n'est pas relevant. L'élément moral est particulier, il s'agit d'un dol spécial : motifs politiques, religieux ou raciaux ; ce qui engendre la caractéristique suivante : ils ne relèvent pas du droit commun ou droit pénal interne. Enfin, comme nous l'avons déjà expliqué ci-dessus, le crime contre l'humanité ne sera retenu que s'il est perpétré en relation avec un autre crime relevant de la compétence du tribunal.

²³E. ARONEAU, « Le crime contre l'Humanité », in *Nouvelle revue de droit international privé*, 1946, p. 57 cité par J.-B. HERZOG, « Contribution... », *op. cit.*, p. 160.

²⁴Statut du TMI, *op. cit.*, art. 6.c).

²⁵TMI, *op. cit.*, t. XII, p. 529.

La doctrine, qu'elle soit attachée ou non au principe de légalité (*cf. infra*), a relevé les incohérences de cette incrimination. En premier lieu, le crime contre l'humanité dispose d'un champ extrêmement large ; plus large que celui des crimes de guerre et pourtant, le premier est lié au second. La raison de ce montage pour le moins étrange est que les rédacteurs du statut ont voulu pouvoir réprimer les exactions s'étant déroulées sur le territoire allemand avant et durant la guerre qui n'entraient toutefois pas dans le spectre des crimes de guerre. Vraisemblablement mal à l'aise avec cette nouvelle infraction à l'assise juridique douteuse, ces mêmes rédacteurs ont repris d'une main, partiellement mais en grande partie, ce qu'ils avaient donné en conditionnant la possibilité de mettre en branle la responsabilité pour crime contre l'humanité à son lien avec les crimes de guerre ou crime contre la paix²⁶. En tout état de cause, le tribunal était opposé à cette innovation, c'est d'ailleurs ce qui ressort des débats. En effet, même si l'Accusation argue le droit pénal intérieur couplé aux « *principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent du droit pénal de toutes les nations civilisées* »²⁷, le tribunal n'est pas convaincu ; considérant cette justification trop vague que pour permettre de donner une pleine ampleur à cette incrimination. Comme l'a écrit M. Blocq-Mascart : « *En tenant compte des accords préexistants et de leur esprit, il semble bien que le Tribunal de Nuremberg doive dissocier les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais qu'il ne puisse pas étendre la notion de crimes contre l'humanité punissables aux actes commis par les Nazis à l'encontre de leurs propres nationaux sur leur propre territoire. En considérant qu'un gouvernement avait le droit de faire chez lui ce qu'il n'a pas le droit de faire chez les autres, on admet une sorte de dumping moral. Cette façon d'envisager une tolérance criminelle à l'intérieur d'un pays n'est certes pas satisfaisante pour la conscience. Elle paraît néanmoins la seule compatible avec les accords internationaux actuellement en vigueur.* »²⁸.

II.2.3 Crimes de guerre²⁹

L'article 6,b) du Statut du tribunal prévoit la compétence de celui-ci pour juger et punir les crimes de guerre qu'il définit comme suit : « *les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages ou le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires* »³⁰. Il nous faut en premier lieu être de bon compte en affirmant que cette incrimination de crime de guerre est celle que nous contestons le moins puisqu'elle est celle qui heurte le moins voire pas du tout le principe de légalité et de non-rétroactivité. En effet, à l'époque des faits, son assise juridique est déjà bel et bien existante et, sans commune mesure, plus ancrée que pour les deux autres infractions dont il a été fait état. Ainsi,

²⁶M. MERLE, *op. cit.*, p. 122.

²⁷T.M.I, *op. cit.*, t. I, p. 69.

²⁸X., « La loi internationale du procès de Nuremberg », *Le monde français*, septembre 1946, p. 36.

²⁹M. MERLE, *op. cit.*, pp. 118-121.

³⁰Statut TMI, *op. cit.*, art. 6.b).

l'Accusation avait à sa disposition deux conventions dont le contenu était complet : la Convention de La Haye de 1907 ainsi que celle de Genève datant de 1929. Ces deux conventions traitent de la réglementation de la conduite des hostilités.

En son temps, furent émises différentes critiques que nous reprendrons, par souci d'honnêteté intellectuelle, mais qui ne nous convainquent pas toutes avec la même intensité. Dans un premier temps, la défense a soutenu, en vertu de l'article 2 et sa 'clause de participation', que la IV^{ème} convention de Genève ne pouvait être appliquée par le tribunal puisque parmi les États belligérants, on pouvait en dénombrer certains qui n'étaient pas signataires de cette convention (à savoir l'Italie et l'URSS)³¹. Nous ne pouvons que souscrire à cette argumentation d'un point de vue strict mais là où nous nous départissons de nos prédécesseurs, c'est qu'ils n'ont pas pris en compte la portée de la coutume. Ils ont dès lors fait preuve d'une analyse limitée et, partant, fautive. En effet, la convention de 1907 est codificatrice et non déclarative d'une coutume qui lui préexistait, comme en atteste son respect par les belligérants déjà lors de la Première Guerre mondiale. Ensuite, les avocats de la défense ont soutenu *« que, dans la plupart des pays occupés par lui pendant la guerre, le Reich allemand échappait aux règles de la guerre terrestre. De ces pays il avait assumé la direction complète et se les était incorporés. Il pouvait les traiter comme faisant partie de l'Allemagne »*³². Toutefois, encore une fois le raisonnement n'a pas été amené à son terme puisque le droit international a primauté sur le droit national ; ce qu'a manqué de relever le tribunal, se contentant d'affirmer : *« Les effets de l'occupation sont exclus tant qu'une armée se bat pour la défense du territoire »*³³. Mais la défense ne s'est pas ne serait-ce qu'interrogé sur un point qui eut pourtant mérité de l'avoir été. Celui de savoir s'il revenait, *in casu*, à une juridiction internationale de juger des crimes de guerre. La question a été tranchée et rédacteurs du statut comme membres du ministère public ont considéré que cette justice devait être rendue par un tribunal international. Pourtant, il n'est pas dénué d'intérêt de pointer que chacune des infractions que l'on retrouve à l'article 6,b) sont également incriminées en droit interne. On retrouve d'ailleurs cet imbroglio dans l'acte d'accusation qui qualifie simultanément ces actes de violations *« des principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent du droit pénal interne de toutes les nations civilisées »* (droit international) et du *« droit pénal interne des pays dans lesquels de tels crimes furent commis »*³⁴. Que la juridiction de Nuremberg ait pris le parti de juger et de sanctionner ces crimes de guerre par l'intermédiaire du droit international, nous pouvons le concevoir mais nous nous interrogeons alors sur la discrimination faite entre dirigeants et exécutants. Les premiers, entrants dans la catégorie des « dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices » allaient être jugés par le tribunal de Nuremberg tandis que les exécutants seraient, eux, traduits devant les juridictions nationales. Pour reprendre les termes de M. Merle : *« cette dualité de régime peut difficilement s'expliquer par le seul partage des responsabilités entre l'ordonnateur et l'exécutant et non plus, semble-t-il, par le jeu normal des règles de compétence territoriale ou personnelle. En réalité la répression des crimes de guerre- au sens de l'art. 6 (b) du Statut- soulève*

³¹TMI, *op. cit.*, t. I, p. 29.

³²*Idem.*

³³*Idem.*

³⁴TMI, *op cit.*, t. I, p. 46.

des questions très délicates de qualification et de compétence qui n'ont pas été complètement résolues à l'issue de la seconde guerre mondiale »³⁵.

In fine, l'incrimination de crimes de guerre était, à l'époque, la plus aboutie et c'est d'ailleurs pour cela que c'est celle qui a le moins prêté le flanc à la critique. Toutefois, diverses interrogations, comme nous l'avons fait, méritent d'être posées.

II.2.4 Complot

À la lecture de l'acte d'accusation, on se rend compte qu'outre les trois infractions 'classiques', l'on peut en rajouter une à savoir le 'complot'. Nous ne nous attarderons pas plus que de raison sur cette notion puisqu'elle n'a pas été retenue par le tribunal, mais elle nous permettra de mettre en lumière certains points de notre argumentation. Le ministère public a tiré du dernier alinéa de l'article 6 (« les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis[...] »³⁶) une infraction qui, en outre de chapeauter les trois crimes prévus par le statut, constitue une infraction distincte³⁷. Le tribunal, contrairement à ce que préconisait l'Accusation, néglige l'inculpation de complot à l'égard de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ; « le plan concerté n'est considéré qu'à l'égard des guerres d'agression »³⁸. En d'autres termes, la Cour assimile la notion de complicité à celle de complot³⁹, pour le crime d'agression. La position de la Cour sur cette question montre clairement qu'elle n'est pas à l'aise avec une telle qualification parce qu'elle n'a que peu d'écho dans les législations existantes. Comme l'a souligné Merle : « Mais il faut reconnaître aussi que le droit positif ne fournissait pas beaucoup d'indications dans ce sens. C'est pour avoir conformé son interprétation du Statut au droit en vigueur que le Tribunal a reculé devant les innovations souhaitables »⁴⁰ ; une telle assertion prouve, à nos yeux, que le tribunal reconnaissait d'une certaine manière le principe de légalité et nous l'opposons à ceux qui affirment qu'un tel principe était inexistant en droit international.

Des exactions des plus atroces ont été commises, et nous reviendrons sur leur qualification *in casu* plus tard, mais force est de constater que l'homme cristallisant l'horreur de la Seconde Guerre mondiale est notre client. Nous dresserons dès lors un rapide portrait de l'ascension politique de ce dernier.

³⁵M. MERLE, *op. cit.*, p. 121.

³⁶Statut TMI, *op. cit.*, art. 6.

³⁷Sur les éléments constitutifs de cette infraction, voy. TMI, *op. cit.*, t. I, pp. 30-43.

³⁸TMI, *op. cit.*, t. I, p. 20.

³⁹Cette position, très restrictive du tribunal sur la notion a fait l'objet de diverses critiques ; voy par ex. X., « L'appréciation des responsabilités individuelles par le Tribunal de Nuremberg », *Le monde*, 16 octobre 1946.

⁴⁰M. MERLE, *op. cit.*, p. 112.

II.3 Accession d'A. Hitler au pouvoir⁴¹

Il nous semble intéressant de comprendre la mécanique qui a amené Hitler au pouvoir ainsi que la place qu'il occupait à son apogée pour mieux cerner les implications qu'ont été les siennes. À l'origine, Hitler n'est qu'orateur du parti ouvrier allemand, transformé en 1920 en Parti national-socialiste des travailleurs allemands⁴² avant d'en devenir le président en 1921. En 1923, il tente de marquer de son empreinte l'Histoire allemande en réalisant un putsch (dit « de la brasserie ») mais ce dernier sera avorté. Le Parti national socialiste est interdit et Hitler, après avoir été retrouvé, condamné à une peine de cinq ans de détention pour haute trahison. Il purgera sa peine dans la forteresse de Landsberg am Lech ; là où il rédigera le fondement même de son idéologie : *Mein Kampf*.

Lorsqu'il sort de prison en l'an 1924, il s'attellera à la réorganisation du parti qui avait sombré après la tentative de coup d'État, et ce malgré les interdictions de parole dont il fait l'objet dans de nombreux Landers⁴³. C'est dans cette période, à partir de 1924 et jusque 1933, que le parti se relève avec la création du corps d'élite (SS), des jeunesses hitlériennes. Si Hitler a vu son parti prendre une tout autre dimension, c'est surtout à partir de 1929, où l'Allemagne est ravagée par une crise économique sans précédent et qu'Hitler, par ses talents d'excellent orateur, exploite pour transformer la rage du peuple en voix électorales. En 1930, le président du Reich, Paul von Hindenburg « *appliqua l'article 48 de la constitution qui permettait au gouvernement allemand de gouverner sans l'accord parlementaire et qui ne devait être appliqué qu'en cas d'urgence nationale immédiate* »⁴⁴, dissout la chambre et organise de nouvelles élections. Brüning reste chancelier, mais le parti national socialiste devient deuxième parti d'Allemagne, récoltant 18 % des suffrages⁴⁵. En 1932, après la nomination comme chancelier de von Papen, ce dernier dissout à nouveau l'assemblée et aux élections subséquentes, le parti d'Adolf Hitler est devenu premier parti, 37 % des voix dans leur escarcelle. Von Papen ne parvenant pas à une majorité parlementaire, il démissionna et fut remplacé par Hindenburg qui, une fois n'est pas coutume, dissout les chambres. Les élections qui ont suivi ont vu le parti national socialiste quelque peu diminuer dans les voix (33%), là où le parti communiste gagnait du terrain (17%).

Le 30 janvier 1933, Hindenburg nomma Hitler chancelier, pour prévenir la montée du communisme, sous, il faut le dire, grande influence des proches du parti nazi. Avant d'avoir été nommé chancelier, Hitler avait été nommé fonctionnaire d'État, ce qui lui redonna la nationalité allemande, qu'il avait perdue en avril 1925. *In fine*, Hitler n'a jamais été nommé directement par le

⁴¹Les considérations historiques sont essentiellement tirées de R.J. EVANS, *Le IIIe Reich, L'avènement*, Paris, Flammarion, 2009 et S. BERSTEIN, « La prise du pouvoir par Adolf Hitler », in *L'Histoire. L'Allemagne de Hitler*, Paris, Points-Seuil, 1991, pp. 29 et s.

⁴²R.J. EVANS, *op. cit.*, p. 227.

⁴³*Ibid.*, p. 259.

⁴⁴UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, *L'arrivée au pouvoir des nazis*, disponible sur www.ushmm.org (consulté le 04/11/2014).

⁴⁵S. BERSTEIN, *op. cit.*, p. 29.

peuple et s'il a atteint cette fonction suprême, c'est « *en vertu d'une transaction constitutionnellement contestable, menée par un petit groupe d'hommes politiques allemands conservateurs qui avaient renoncé au jeu parlementaire, qui espéraient utiliser la popularité d'Hitler auprès des masses pour favoriser un retour à un régime conservateur autoritaire, voire à la monarchie.* »⁴⁶. Les conservateurs ont été désillusionnés puisqu'à leur régime conservateur autoritaire voulu, s'est substituée la dictature nazie. Hitler ayant atteint l'apogée, la suite est, malheureusement, connue.

Avant de nous attaquer au « gros » morceau, une question formelle doit être posée comme dans tout procès, celle de la prescription. Outre le fait de savoir si vingt années plus tard, il était juridiquement toujours possible de poursuivre Hitler ou n'importe lequel de ses comparses, nous réfléchirons sur l'intérêt, pour les crimes les plus graves qui puissent exister, d'une prescription et ce le choix qui fut fait.

III. Prescription⁴⁷

La question de la prescription est non seulement une nécessité d'un point de vue juridique, mais est intéressante à examiner puisque l'on verra les mécanismes et l'attitude des États, mais aussi de la communauté internationale pour que l'adage de Shakespeare : « *Le mal que font les hommes leur survit* »⁴⁸ se confirme. Il nous faut mettre en évidence une période déterminante, celle des années 1960-65 puisqu'à cet instant de l'Histoire, le délai de prescription de 20 ans existant dans de nombreuses législations nationales allait expirer pour les exactions commises en 40-45. Nous examinerons succinctement l'application qui a été faite par les législations nationales⁴⁹, où les solutions apportées ont été diverses puisque liées à la tradition propre de chaque État avant de nous intéresser à l'influence de l'organisation internationale sur la question. Indépendamment des vingt années, arbitraires et hypothétiques, du cas d'espèce, la question de la prescription permet de se demander si comme pour les autres branches du droit, le droit international public se doit aussi, un jour, par l'écoulement du temps, d'arrêter de poursuivre.

III.1 Israël :

S'il fut un État particulièrement rapide à légiférer sur la question, c'est l'État hébreu ; ce qui peut se comprendre par la création de cet État issu de la Deuxième Guerre mondiale, mais aussi par les exactions dont son peuple fut victime. Ainsi, la loi 5-710 datant de 1950⁵⁰ et rétroactive, donne

⁴⁶UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, *op. cit.*

⁴⁷J.-B. HERZOG, « Étude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1965, pp. 337-371.

⁴⁸W. SHAKESPEARE, *Jules César*, Paris, Gallimard, 1995, p. 70.

⁴⁹Nous sélectionnerons les législations que nous jugeons les plus pertinentes, laissant le soin au lecteur désirant aller plus loin de consulter l'ouvrage : J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, pp. 337-371.

⁵⁰Cette loi a été modifiée en 1964.

compétence aux tribunaux israéliens de juger et réprimer trois types de crimes⁵¹. Pour ces trois crimes, les plus graves, l'article 12 de la loi dispose que « *les règles de droit commun relatives à la prescription des crimes ordinaires ne sont pas applicables aux infractions qu'elle prévoit* »⁵². Nous sommes donc ici face à l'imprescriptibilité de ces trois crimes en droit interne israélien, mais plus encore, le gouvernement israélien est favorable à une transposition de cette position en droit international comme l'atteste la déclaration selon laquelle il « *serait favorable à l'adoption, sur le plan international, de mesures propres à assurer qu'aucune prescription ne pourra s'appliquer à l'un quelconque des crimes susmentionnés et appuiera, en conséquence, toute convention internationale appropriée qui tendrait à cet objectif* »⁵³.

III.2 Belgique :

Dès le dixième mois de l'an 1944, les tribunaux belges condamnèrent les coupables de crimes de guerre commis sur le sol belge, ce qui induisait, pour les plus graves de ces crimes, la peine de mort. Toutefois, ces procès se sont déroulés, pour la plupart, par contumace puisque de nombreux accusés avaient pris la fuite dans un exil à l'étranger. L'opinion publique et politique, réunies, sentaient un malaise face à une telle situation jugée comme inique et c'est ainsi que les germes de la loi du 3 décembre 1964 étaient nés. Une première proposition de loi, déposée à la chambre par les députés Moulin et consorts le 25 juin 1964, visant l'imprescriptibilité des peines prononcées pour crimes de guerre, génocide et crimes contre la sûreté de l'État fut rejetée par la commission, jugée trop large quant à son champ d'application. À ce rejet a suivi un projet, introduit par le ministre de la Justice de l'époque le 14 octobre 1964 ayant pour visée de « *prolonger la prescription des peines de mort prononcées pour infractions contre la sûreté extérieure de l'État, commises entre le 9 mai 1940 et le 8 mai 1945* »⁵⁴. Dès lors, le nouveau délai de prescription passe, dans les limites de la nouvelle législation, de 20 à 30 ans. Les diverses critiques qui ont été formulées quant à la rétroactivité⁵⁵ ont été balayées d'un revers de main par le Conseil d'État. Ce dernier estimant que l'article 9 de la constitution⁵⁶ est respecté tout en affirmant que le corollaire du principe de légalité-non-rétroactivité- ne relevait pas de cet article 9 et en tout état de cause: « *la prescription n'est pas, ainsi que le rappelle encore le Conseil d'État, une faveur que la loi accorde aux condamnés, mais une*

⁵¹Il s'agit des crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes contre le peuple juif. Ces dernières étant à peu près équivalentes aux actes repris dans la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948.

⁵²*Annuaire de législation étrangère*, 1950-1951 cité par J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, p. 340.

⁵³NATIONS UNIES, « Question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », E/CN. 4/906, 15 février 1966, p. 151.

⁵⁴La prolongation de la prescription n'aura toutefois lieu, en vertu de l'article 1 du projet, que pour autant qu'à la date de l'entrée en vigueur de la loi, la prescription n'ait pas déjà été acquise. Or, dans certains cas, cette prescription, à la date du 4 octobre 1964 avait déjà été acquise. Projet de loi prolongeant la prescription des peines de mort prononcées pour infractions contre la sûreté extérieure de l'État, commises entre le 9 mai 1940 et le 8 mai 1945 et modifiant l'article 4 de la loi du 30 décembre 1953 relative à la déchéance de la nationalité belge, *Doc. parl.*, 1963-1964, n° 861/1.

⁵⁵G. ARONSTEIN, *op. cit.*, p. 745.

⁵⁶« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

mesure d'intérêt social qui n'ouvre pas de droits acquis »⁵⁷. Nous pouvons maintenant examiner les caractéristiques de la loi belge. Tout d'abord, cette loi, d'un point de vue *ratione temporis*, ne concerne que le passé et plus particulièrement la période 40-45, laissant à la postérité le soin de régler le problème de manière plus générale.⁵⁸ Ensuite, la loi de 1964 n'a pour objet que les crimes de guerre et contre l'humanité, pour autant qu'ils recoupent l'infraction contre la sûreté extérieure de l'État. Plus encore, la peine prononcée doit être la peine capitale ce qui restreint encore un peu plus le champ des possibles. Ces restrictions ont été justifiées par le gouvernement belge en affirmant que la législation belge ne connaissait pas de définition de crime de guerre et que, par conséquent, cette infraction pourrait même concerner des faits de faible gravité. Il fallait donc restreindre le champ d'application de la loi et c'est ce qui a été affirmé : « *Le champ d'application de la loi belge est beaucoup plus large et vise même des faits relativement importants. Ce sont là les raisons qui ont amené le législateur à ne pas prévoir des règles spéciales pour ces infractions en ce qui concerne la prescription tant des peines que des poursuites* »⁵⁹. Un point qu'il nous faut encore souligner est que la prescription dont il est fait état dans cette loi concerne uniquement celle de la peine et pas de l'action publique. En effet, selon le gouvernement belge : « *un régime d'exception en ce qui concerne la prescription des poursuites ne se justifierait guère en Belgique où la répression s'est exercée dès 1944 avec des moyens suffisants pour avoir épuisé tout au moins les cas les plus marquants* »⁶⁰. La doctrine, M. Herzog en tête, a observé que la législation belge était la seule de toutes celles étudiées à examiner le problème sous cet angle et en tire la conclusion selon laquelle le législateur belge n'a pas voulu régler le problème de « *la criminalité de guerre, stricto ou largo sensu, mais celui de l'incivisme* »⁶¹. D'autres ont également taxé la loi belge de l'absence de volonté de fixer le problème de la prescription en général, mais bien de vouloir régler la situation de Léon Degrelle, d'où le nom « loi Degrelle » parfois donné⁶². Dans des termes très durs d'Herzog, nous pouvons conclure : « *Il faut aller jusqu'au bout de sa pensée et dire que la loi du 3 décembre 1964 ne s'est apparemment pas assigné d'autre fin que de régler le problème posé au gouvernement belge, par le cas de Degrelle et des membres de son État-major* »⁶³. Puisque « *ce genre de législation n'est jamais heureux : la justice s'accorde mal, on le sait, de solutions particulières* »⁶⁴, sous l'angle critique, on peut dire que la législation belge n'est pas satisfaisante.

⁵⁷Projet de loi prolongeant la prescription des peines de mort prononcées pour infractions contre la sûreté extérieure de l'État, commises entre le 9 mai 1940 et le 8 mai 1945 et modifiant l'article 4 de la loi du 30 décembre 1953 relative à la déchéance de la nationalité belge, *op. cit.*, p. 2 cité par P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude du droit international et du droit comparé*, Bruxelles, ULB, 1974, p. 39.

⁵⁸D'autres législations, nombreuses, n'ont traité le problème que sous cet angle temporel : Israël, Pologne, Tchécoslovaquie, URSS, Bulgarie.

⁵⁹NATIONS UNIES, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁰Projet de loi prolongeant la prescription des peines de mort prononcées pour infractions contre la sûreté extérieure de l'État, commises entre le 9 mai 1940 et le 8 mai 1945 et modifiant l'article 4 de la loi du 30 décembre 1953 relative à la déchéance de la nationalité belge, *Ann. parl.*, Sénat, 1964-1965, n° 7, p. 148.

⁶¹J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, p. 347.

⁶²Question n° 90 de M. Ernest Glinne du 27 avril 1962, *Bull. Q. R.*, Chambre, 1961-1962.

⁶³J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, pp. 348-349.

⁶⁴E. ARONSTEIN, *op. cit.*, p. 745.

III.3 République démocratique allemande et République fédérale d'Allemagne :

Ces deux États ont eu une approche totalement différente, due à l'héritage historique de chacun d'eux. Dans l'exposé des motifs de la loi de la RDA, on retrouve cette dualité de position puisqu'on y oppose « *la fidélité de la République démocratique allemande aux obligations résultant du droit des gens à la volonté de la République fédérale d'Allemagne de mettre fin aux poursuites contre les criminels nationaux-socialistes en vertu des dispositions de sa loi interne* »⁶⁵. L'alinéa 2 de l'article premier de la loi du 1^{er} septembre 1964 règle le problème de manière univoque : « *les dispositions sur la prescription des crimes entrant dans la criminalité générale ne sont pas applicables aux crimes ci-dessus* »⁶⁶. En Allemagne fédérale, la question a été bien plus débattue et la solution qui en a accouché l'a été 'au forceps'. Pour inciter la création d'un tel mécanisme, il y eut la conférence de Varsovie qui s'est réunie, mais encore, fallait-il, dans une Europe d'après-guerre, en quête de reconstruction, que la RFA admette le caractère criminel du nazisme. L'Allemagne, poussée dans le dos, a alors adopté la loi du 13 avril 1965. Cette loi mérite quelques observations. D'abord, ce n'est pas l'imprescriptibilité qui a été retenue mais bien une suspension de prescription et plus précisément entre le 8 mai 1945 et le 31 décembre 1949. Ensuite, cette dernière date a été choisie de manière plus politique que juridique puisqu'elle correspond à la fondation de la RFA. Enfin, l'approche a été parcellaire et donc timide en ce qu'elle ne concerne que les condamnés à perpétuité, permettant aux autres de bénéficier de la prescription.

III.4 Etat des lieux de la prescription

En guise de conclusion, nous constatons que dans les législations nationales, les approches qui ont été adoptées présentent une grande diversité. Ainsi, nous pouvons reprendre la classification en quatre catégories, faite par Herzog⁶⁷.

Certains États ont cherché une solution permanente⁶⁸ là où d'autres ont paré au plus rapide en donnant une réponse provisoire et concentrée sur le problème de la Seconde Guerre mondiale⁶⁹. Il reste alors l'Allemagne fédérale qui a gardé les yeux clos sur le problème en se dérochant et la Belgique qui n'a attaqué la prescription que par la prescription de l'exécution⁷⁰.

Un point mérite encore toute notre attention, c'est celui du principe de la non-rétroactivité, éclairant la prescription. Si, en droit interne, cette question est extrêmement débattue, au regard de

⁶⁵J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, p. 343.

⁶⁶Par la locution « ci-dessus », l'alinéa fait référence aux crimes contre la paix, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, commis dans la (large) période du 30 janvier 1933 au 8 mai 1945.

⁶⁷J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, p. 361.

⁶⁸France et Yougoslavie.

⁶⁹Israël, Tchécoslovaquie, Pologne, Allemagne de l'Est, Hongrie, URSS, Bulgarie, Autriche.

⁷⁰*Cf. supra.*

chaque disposition contenant ce principe⁷¹, en raison de l'incertitude entre loi de fond et loi de forme ; le problème est moins grand en droit international. La levée de la difficulté est à trouver dans l'assise juridique de ce principe, à savoir l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et plus particulièrement son alinéa 2 : « *Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'un prévenu coupable d'une action qui, au moment où elle a été commise était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* »⁷². Or, la commission européenne des droits de l'homme a tiré l'argument selon lequel l'objectif de cet alinéa était de préciser que les dispositions légales résultant des circonstances toutes particulières de la Seconde Guerre mondiale n'étaient pas visées par l'article 7⁷³. Selon Herzog⁷⁴, on peut voir en cette disposition une sorte de tremplin juridique poussant les États, après s'être attelés à la tâche en interne, à se réunir pour poser la question de la prescription en commun, sur le plan international. Nous verrons dès lors, dans les lignes qui suivent, la réaction du droit international sur cette question ; ce qui nous permettra de voir si les faits imputés à notre client sont ou non prescrits, au regard du droit international, droit qui, on l'a vu, a de grandes chances de se voir appliquer. S'il est un événement que nous ne pouvons manquer de pointer, il s'agit du colloque international de Varsovie de juin 1964 qui a joué un rôle important comme précurseur, au point d'être souvent qualifié d' « *hypothèse de travail* »⁷⁵ pour les réunions internationales qui suivront. Cette 'conférence' établira la primauté du droit international ou droit des gens sur les législations internes en les termes suivants : « *La conférence estime en conséquence qu'il y aurait violation du droit international si un pays [...] refusait de poursuivre les crimes nazis sous prétexte qu'il s'agirait seulement de meurtres individuels réprimés par le droit commun* »⁷⁶. Selon l'étude poussée du professeur Graven sur le sujet, on n'a pas fait état de la prescription ni dans le jugement du tribunal de Nuremberg ni dans les textes internationaux subséquents pour la seule raison qu'on était convaincu de l'absence de prescription en droit international⁷⁷. Mais le texte marquant le véritable tournant en la matière est la convention de l'ONU sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968⁷⁸. La Convention fait suite aux travaux de la commission des droits de l'homme (21ème session)⁷⁹ qui avait été inscrite à l'ordre du jour par le représentant polonais. De cette commission est issue un projet de résolution qui est le résultat de deux courants en ce qui concerne les modalités d'exécution de cette imprescriptibilité : les partisans d'une approche politique et ceux d'une approche juridique du problème, traitant du passé et laissant la place à l'avenir.

⁷¹Par exemple, l'article 103 al. 2 de la Constitution allemande.

⁷²Convention européenne des droits de l'Homme, signée à Rome, 4 octobre 1950, art. 7.

⁷³K. VASAK, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1964, pp. 48-49.

⁷⁴J.-B. HERZOG, « Étude... », *op. cit.*, p. 371.

⁷⁵J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », in *Revue pénale suisse*, 1965, pp. 128-132.

⁷⁶COLLOQUE INTERNATIONAL DE VARSOVIE, *Déclaration sur la non-prescription des poursuites contre les crimes de guerre et les crimes nazis commis sous le fascisme hitlérien*, adoptée par la Conférence, le 6 juin 1964.

⁷⁷J. GRAVEN, *op. cit.*, pp. 150 et s.

⁷⁸Le lecteur attentif aura remarqué que nous avons fait fi des travaux du conseil de l'Europe, par souci de concision. Sur ce sujet, nous renvoyons le lecteur à P. MERTENS, *op. cit.*, pp. 113-127.

⁷⁹CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Commission des droits de l'homme, 21ème session, E/CN. 4/885, 5 mars 1965.

In fine, l'imprescriptibilité de ces crimes les plus atroces semble être une nécessité au regard de l'empreinte qu'ils laissent dans la triste Histoire de l'Humanité.

Maintenant que la question formelle de la prescription a été traitée, nous pouvons nous atteler à traiter du fond en commençant par une question déterminante ; celle de la responsabilité. Il est en effet essentiel de déterminer qui peut être tenu pour responsable : une personne, l'État ou les deux, de manière concurrente.

IV. Responsabilité de l'État versus responsabilité personnelle⁸⁰.

IV.1 Des thèses opposées

Si le tribunal de Nuremberg a marqué un tournant dans l'histoire, non pour les faits qu'il avait à juger, mais plutôt au niveau de la révolution qu'il a marqué en droit international pénal, c'est surtout dû aux différents choix que les rédacteurs du statut ont posés en prélude du jugement. Un de ces choix sera analysé dans la présente section. Celui de l'option entre responsabilité étatique ou personnelle. À nos yeux, ce choix fut crucial⁸¹, pour certaines infractions en particulier. Les possibles qui s'offraient aux rédacteurs du statut étaient au nombre de trois, comme l'a rapporté Politis en 1926 durant le premier Congrès international de droit pénal⁸². Trois thèses donc, liées chacune à un éminent auteur de doctrine : la responsabilité cumulative de l'État et des individus soutenue par V. Pella, celle de la seule et unique responsabilité des individus défendue par Lord Phillimore et enfin, portée par le professeur Donnedieu de Vabres, la responsabilité exclusive des États.

IV.2 De la responsabilité exclusive des personnes

Nous écarterons d'emblée la thèse retenue par Lord Phillimore⁸³. En effet, l'étude des écrits de V. Pella – mais aussi de ceux de Donnedieu de Vabres- pointe indéniablement la nécessité d'une responsabilité étatique. C'est ainsi qu'on peut affirmer l'existence d'une criminalité des États⁸⁴ puisque « *si le droit pénal est appelé à protéger la paix internationale et la civilisation, on ne peut et on ne doit pas exclure de son domaine le principe de la responsabilité pénale de l'État* »⁸⁵. L'existence d'une

⁸⁰H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, p. 412.

⁸¹La question est d'ailleurs qualifiée de « most controversial » par R. WOETZEL, *The Nuremberg trials in international law*, Londres, Stevens, 1962, p. 96.

⁸²N. POLITIS, « Rapport sur la création d'une juridiction criminelle internationale », in *Revue internationale de droit pénal*, 1926, p. 379.

⁸³Voy. N. POLITIS, *op. cit.*, p. 379 et V. PELLA, *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Paris, Pedone, 1946, p. 57.

⁸⁴V. PELLA, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁵*Idem*.

pareille responsabilité permet de bouger le curseur de l'État vaincu à l'État coupable⁸⁶, ce qui en termes de revanche et de haine résiduelle est tout simplement indispensable.

S'il est vrai que dans le pas de Lord Phillimore, divers arguments ont été avancés à l'encontre de la responsabilité étatique, ils nous semblent pouvoir être balayés assez rapidement. L'argument principal de cette frange de la doctrine repose sur le concept juridique de la « fiction » érigée au rang de doctrine infaillible : l'État, n'ayant aucun corpus matériel, il est incapable de commettre des infractions. Selon nous, cette argumentation ne peut tenir puisque contrairement aux autres personnes morales, l'État n'est pas le fruit d'une création délibérée d'un individu, mais au contraire présente un caractère tout à fait particulier de représentation des « *réalités palpables que sont les nations* »⁸⁷. S'il est vrai que ce n'est pas l'État en tant que tel qui va accomplir matériellement l'infraction, étant une entité abstraite, dans la plupart des cas et particulièrement *in casu*, les textes fondateurs et réglementaires de la nation, obligent le parlement à approuver et contresigner une déclaration de guerre de telle sorte que « *non seulement le chef de l'État, non seulement le gouvernement, mais la nation entière, par ses représentants, assument consciemment la responsabilité d'un tel acte* »⁸⁸. L'objectif d'une telle responsabilité est alors de responsabiliser de manière accrue les citoyens en leur faisant subir, par l'intermédiaire de leur État, la sanction, conséquence des actes commis. Après avoir mis en lumière les raisons nécessitant l'existence d'une responsabilité étatique, il convient de dresser la démarcation entre les deux positions encore en présence pour enfin indiquer laquelle emporte nos faveurs. La responsabilité étatique existe et doit exister.

IV.3 Départager les deux thèses majeures

En préambule à la mise en balance des deux théories, il est de bon ton de déterminer ce qui fait l'objet du débat. En l'espèce, l'un et l'autre s'accordent sur la responsabilité de l'État ; là où leurs avis divergent, c'est quant à la responsabilité personnelle. Ce serait faire une approche fautive de dire que l'un est favorable à une responsabilité personnelle alors que l'autre s'y oppose. En effet, le point de divergence concerne la juridiction et le droit compétent. Pour Donnedieu de Vabres, ce n'est pas la responsabilité individuelle qui est exclue mais bien cette responsabilité devant le droit international. L'objet ayant ainsi été endigué dans des limites raisonnables, nous pouvons exposer la thèse de chacune de ces deux écoles.

L'opinion de Vespasien Pella⁸⁹ se base sur une considération de politique criminelle à savoir qu'il puise la responsabilité individuelle dans le constat qu'il faut punir les éléments ayant pris part à l'infraction sous peine de sentiment d'impunité ou de risque de récidive. Il envisage la mécanique du

⁸⁶*Ibid.*, p. 59.

⁸⁷H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les principes... », *op. cit.*, p. 422.

⁸⁸V. PELLA, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁸⁹V. PELLA, *op. cit.*, pp. 31-67.

crime comme une impulsion donnée par un 'élément actif' (personne physique dirigeante) mais qui est exécutée par un élément passif (le peuple) qui obéit. Selon Pella, les personnes ressortissant à la catégorie 'passif', réalisent « avec d'autant plus d'ardeur [les desseins criminels] que chaque individu compris dans cette dernière catégorie sait bien qu'il n'encourra personnellement aucune responsabilité »⁹⁰. C'est pour contrer l'assertion de Napoléon : « Les crimes collectifs n'engagent personne » que cette thèse a été soutenue par cette partie de la doctrine.

M. Donnedieu de Vabres⁹¹, quant à lui, ne conteste pas non plus qu'il soit bénéfique de réprimer, de manière personnelle, les auteurs des infractions, mais s'interroge, comme nous le faisons, sur la compétence d'une juridiction internationale jugeant des personnes physiques, là où Pella plaidait pour cette solution. Il pointe ainsi divers griefs. D'abord, comment concilier la tradition latine fortement liée au principe *nulla poena sine lege* avec celle anglo-saxonne selon laquelle « il ne paraît pas nécessaire de spécifier une peine précise pour chaque infraction, car ce serait impraticable »⁹². En outre, la raison principale avancée lors du procès de Nuremberg pour faire la distinction entre les criminels devant se présenter face à une juridiction nationale et ceux renvoyés devant le tribunal international était que contrairement aux premiers, on ne pouvait pas localiser les faits commis par les seconds. En l'espèce, notre client, comme ce fut le cas des accusés de Nuremberg, relève de la première catégorie ; à savoir des faits qui ont été commis dans divers États et dès lors, dont on ne peut localiser le lieu de commission. Comme il fut souligné par Donnedieu de Vabres, la compétence nationale eut suffi et partant, la compétence de la juridiction internationale (tribunal militaire international) inutile. L'argument avancé par la Cour selon lequel, puisque les infractions ne sont pas localisables dans un seul État, il fallait transférer la compétence de juger à un organe international est fallacieux. En effet, il est tout à fait concevable que plusieurs États soient compétents pour un même groupe de faits puisqu' « entre les prétentions de plusieurs États, également fondées sur le lieu de commission, la prévention décidera. Suivant la jurisprudence dominante à l'heure actuelle, chacun d'eux devra d'ailleurs tenir compte des éléments du délit réalisés sur un territoire étranger »⁹³. Cela atteste bien qu'il était tout à fait possible de prendre d'autres chemins que celui, douteux, de la juridiction internationale. Le lecteur, bien que convaincu par cette première argumentation, pourrait ajouter que par souci d'impartialité, il convenait d'instaurer une juridiction internationale puisqu'il existe une crainte de rigueur à l'encontre d'un ressortissant ennemi ou une forme de sympathie dans l'espèce où il faudrait juger un national. Se pose alors la question de l'antipathie latente qu'on pourrait suspecter de la part des juges d'un tribunal tel que celui de Nuremberg, composé de juges issus des puissances alliées. D'aucuns ont tenté de justifier ça par des considérations d'ordre social ou psychologique affirmant qu'il fallait que les vainqueurs soient responsables de juger pour « débrider la plaie » comme l'a souligné M. Bellot sans quoi cela « entretiendrait des passions qu'il vaut mieux laisser s'éteindre et prolongerait pendant la paix l'enfer

⁹⁰*Ibid.*, p. 62.

⁹¹H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les principes... », *op. cit.*, pp. 408-431.

⁹²M. BELLOT, *Premier congrès de droit international pénal. Actes du congrès*, Paris, Godde, 1927, p. 370.

⁹³N. POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, p. 119.

de la guerre »⁹⁴. Même si l'on peut concevoir la nécessité morale, pour les puissances victorieuses, de trouver un exutoire dans le fait de rendre la justice, nous ne sommes pas persuadé par une telle composition. En effet, on l'a taxé, postérieurement, d'être un tribunal des- rendant une justice de- vainqueurs, mais un autre point mérite d'être relevé puisque la justice ne doit pas seulement être impartiale, mais doit également avoir un accès à l'exacte information. Or, même si les actes posés ont été connus du monde entier, les juges de Nuremberg, certains plus encore que d'autres, ont été éloignés des faits dans le temps comme dans l'espace ; ce qui permet de douter du bienfait de telles nominations. *A contrario*, du point de vue de la proximité avec les exactions commises, c'est le juge national qui est le mieux placé puisque qu'il a le plus connaissance de l'organisation étatique, des ordres qui ont été donnés, de la volonté animant les exécutants. Mais l'argument qui nous convainc le plus doit être attribué à Donnedieu de Vabres qui affirme : « *il appartient à l'État belligérant de répartir entre ses sujets une responsabilité qui pèse d'abord sur lui-même* ».^{95 96}

Ainsi, la responsabilité qui doit être sanctionnée par la justice internationale est celle de l'État, ce qu'au regard des considérations doctrinales personne- ou presque- ne conteste. Pour la responsabilité personnelle des personnes physiques, les arguments susprésentés, nous amènent à considérer qu'il revient à une juridiction interne, nationale, de juger. Qu'il s'agisse des tribunaux des États atteints ou même l'État belligérant ; cette dernière solution ayant peu de chance d'aboutir, au regard de l'opinion de la communauté internationale, bien qu'elle ne nous paraisse pas dénuée de sens. M. Herzog, ayant fait la synthèse des opinions en présence considère que « *la doctrine d'entre-deux guerres n'a pas réussi à résoudre le problème de l'imputabilité des infractions internationales parce qu'aucune des argumentations en cause n'a pu se fonder sur le support d'une définition légale de la violation du droit des gens* »⁹⁷. Dès lors, on peut affirmer qu'au moment où le tribunal a eu à juger, les accusés, pour l'infraction de crime d'agression du moins, ne savaient pas et, à nos yeux, n'auraient pu savoir, que la responsabilité individuelle aurait pu être engagée puisque « *la guerre n'est possible qu'à condition d'être conforme au sentiment public* »⁹⁸.

Si l'on étudie la question en transcendant, tout en la gardant à l'esprit, la controverse, le constat nous semble encore plaider pour une non-responsabilité personnelle, devant le droit international, pour certaines infractions seulement. Nous voulons ici préciser que la seule lecture de la phrase qui précède met en évidence à quel point nous sommes de bon compte. En effet, nous ne pratiquons pas, de manière « bête et méchante », l'argument de rupture⁹⁹ mais nous pointons dans un cas extrêmement précis l'incompétence du tribunal, que ce soit celui de Nuremberg en son temps ou celui, international, qui aurait à juger de notre client. Nous allons moins loin que les partisans de ce qui

⁹⁴M. BELLOT, *op. cit.*, p. 579.

⁹⁵H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les principes... », *op. cit.*, p. 414.

⁹⁶Pour Donnedieu de Vabres, même la responsabilité du chef de l'État ne va pas devant une juridiction internationale ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les principes », *op. cit.*, p. 414.

⁹⁷J.-B. HERZOG, *Nuremberg : un échec fructueux ?*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 31.

⁹⁸*Idem.*

⁹⁹Nous y reviendrons.

est appelé l'école des dualistes, qui considèrent que le droit international ne s'applique aucunement de manière directement vis-à-vis des individus, prenant pour argument le fait qu'une obligation internationale doit faire l'objet d'une approbation en droit interne pour libérer ses effets. Nous voulons être de bon compte et reconnaître une responsabilité des individus dans certains cas : pour les crimes de guerre, pour les crimes contre l'humanité¹⁰⁰ mais pas pour les crimes d'agression.

De manière assez paradoxale, nous nous reposons sur un arrêt généralement invoqué par les partisans d'une telle responsabilité, celui de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Jurisdiction des cours de Dantzig*¹⁰¹. Dans cette affaire, la Cour considère que le droit international peut tout à fait s'appliquer aux individus dès lors qu'émerge du traité une telle intention. De nombreux auteurs¹⁰² se sont engouffrés dans la partie de l'arrêt indiquant la possibilité d'application du droit international. Il s'agit, à notre sens, d'une approche parcellaire et partant, fautive de la réalité ; il faut, ainsi, prendre l'assertion dans son ensemble et souligner qu'il faut que le traité ou la coutume¹⁰³ ait pour intention une telle responsabilité. La lecture des traités ou l'examen de la coutume semble indiquer que si tel est bien le cas pour les crimes de guerre, l'intention n'a pas été de poursuivre les personnes physiques pour crime contre d'agression mais bien l'État.

Aux contradicteurs qui invoqueraient, comme l'a fait le tribunal de Nuremberg, le sentiment de justice¹⁰⁴, nous répondrions que nous ne plaçons en rien une absence d'incrimination pour ces personnes physiques, mais bien une responsabilité qui ne peut être jugée qu'au sens du droit national, selon les règles de compétences classiques. En d'autres termes, nous soutenons le fait que sur ce point, le tribunal est incompétent puisqu'en matière de crime d'agression, le droit international n'a à juger que les États. Le droit international n'était pas assez mûr à l'époque pour une telle compétence ; la donne a changé aujourd'hui, nous le verrons.

Après avoir établi la juridiction compétente, la question procédurale de la prescription et qui pouvait (ou devrait) être poursuivie, nous devons présenter une pièce maîtresse de notre défense, mais qui plus encore est illustrative à souhait des travers qu'étaient ceux de Nuremberg et qui ont été corrigés ultérieurement. Il nous faut ainsi passer longuement sur la question de la légalité pour comprendre une des plus virulentes critiques adressées.

V. La légalité face au droit international

Puisque, pour reprendre les mots de Donnedieu de Vabres, « [la critique] qui s'appuie sur la règle *nullum crimen nulla poena sine lege* est des plus impressionnantes »¹⁰⁵, nous ne pourrions faire

¹⁰⁰Bien que, dans un autre registre, cette infraction prête le flanc à la critique. Cf. *infra*.

¹⁰¹C. P. J. I., *Compétence des tribunaux de Dantzig*, 3 mars 1928, Series B, n° 15.

¹⁰²R. WOETZEL, *op. cit.*, pp. 99 et s.

¹⁰³En ajoutant ces termes à l'arrêt, nous faisons preuve d'une approche particulièrement large mais honnête du droit international.

¹⁰⁴Justice et droit n'étant pourtant pas deux notions assimilables.

¹⁰⁵H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines », in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1946-1947, p. 813.

sans nous attarder sur cette critique qui fut pertinente en ce temps et qui referait surface dans l'affaire que nous avons à défendre. Issu de la tradition latine, mais bien moins présent dans le paysage anglo-saxon, ce principe a fait l'objet de belles controverses entre Accusation et défense ainsi qu'en doctrine, avant, pendant et même après le procès. Selon nous, et nous exposerons pourquoi, toutes les bonnes questions ont été posées, les réponses y apportées sont par contre d'une inégale satisfaction. Dans son ouvrage « *La guerre-crime et les criminels de guerre* », Vespasien Pella fait une étude des différentes conceptions liées à la règle *nulla poena sine lege*¹⁰⁶ et relève ainsi six thèses que nous présenterons ci-dessous de manière totalement neutre avant d'examiner le sujet plus loin encore, de façon plus critique.

V.1 Six thèses pour y voir encore moins clair

Premièrement, défendue par M. Garçon¹⁰⁷, la thèse selon laquelle le principe a valeur absolue, induisant une incrimination obligatoire dans une loi internationale ou interne pour pouvoir poursuivre et punir les criminels. Selon cet auteur, dans les législations nationales et particulièrement en matière constitutionnelle, ce principe est d'une valeur absolue, il n'y aurait donc pas de raison valable pour le grever en matière internationale, sous la seule excuse de la nouveauté du droit.

La position suivante considère qu'on ne peut transposer en droit international ce principe, considéré par ces auteurs comme déclinant en droit interne.

La troisième thèse pose comme règle qu'on ne peut appliquer dès aujourd'hui le principe en droit international même si elle laisse la porte ouverte pour une portée générale, dans le futur. La raison de la non-applicabilité de ce principe doit être tirée de la récente naissance de ce droit et de son origine coutumière¹⁰⁸. Cette thèse est toutefois critiquée avec virulence par Pella¹⁰⁹ qui considère que ces arguments ne suffisent pas à écarter ce principe, issu de la Révolution française, qui se doit d'être « *universalisé lorsqu'on invoque la morale internationale* »¹¹⁰.

Une autre thèse, bien plus ponctuelle puisque intimement liée à la situation des accusés allemands au procès de Nuremberg repose sur un raisonnement des plus hypothétique. Ces auteurs se posent la question du principe selon lequel les accusés ont droit de se voir appliquer la loi la plus favorable. En réalité, la question qui est posée- à savoir est-ce qu'une législation interne est plus favorable à la situation des accusés ?- est dénuée de sens puisqu'elle repose sur un postulat ne tenant pas la route. En effet, l'article 6 de la charte du 8 août 1945 crée la loi de fond applicable, de telle sorte que les juges n'ont aucunement la possibilité d'appliquer une quelconque loi nationale.

¹⁰⁶Nous nous baserons sur une telle recherche pour la présentation des thèses.

¹⁰⁷E. GARÇON, *Le droit pénal*, Paris, Payot, 1922, pp. 87-92.

¹⁰⁸F. LARNAUDE et A. de LAPRADELLE, « Examen de la responsabilité pénale de l'Empereur Guillaume II d'Allemagne », in *J. Du dr. Int. pr.*, 1919, pp. 131 et s.

¹⁰⁹Citant Donnedieu de Vabres.

¹¹⁰V. PELLA, *op. cit.*, p. 86.

Pourtant, cette thèse va prendre le pari d'analyser la législation allemande sous le prisme du principe de légalité. Elle considère que la loi allemande est la plus favorable aux accusés puisque c'est la législation qu'ils connaissent le mieux- position qui nous laisse dubitatif, mais que nous ne débattons pas ici- et dès lors, examine quelle place est faite à ce principe en droit interne allemand. De cette analyse est retiré le constat selon lequel dans le système juridique existant au moment des faits commis par le troisième Reich, écartait en grande part l'adage '*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*' de telle sorte qu'il se rapprochait plus de celui '*primum punire deinde legem ferre*'. Et cette doctrine d'en conclure que le principe de légalité ne doit pas être appliqué par la charte et le tribunal de Nuremberg puisqu'il est de plus en plus battu en brèche en droit allemand.

L'avant-dernière conception repose sur une philosophie que nous appellerions 'réaliste' et pourrait être résumée par l'adage cicéronien « *summum jus summa injuria* ». Les défenseurs de cette thèse considèrent que le principe est d'application sauf lorsqu'on est face à des circonstances exceptionnelles lors de la perpétration des exactions. Une telle idéologie a comme dessein de ne pas soustraire à l'application de la loi pénale des criminels, lorsque la conscience internationale s'en voit troublée dans son essence même ; mettant l'accent sur le fond plus que sur la forme¹¹¹.

La dernière approche transcende l'approche droit national/ droit international et prend pour base le droit de la guerre. La question originaire est de savoir si, tiré du droit de commander venant de la victoire, les alliés ont le droit, en vertu des 'lois et coutumes de guerre', de juger et réprimer les criminels de guerre. Même si les modalités de l'occupation post-seconde guerre mondiale sont quelque peu différentes de celles prévues par le 'droit de La Haye', ce droit est considéré comme endiguant les pouvoirs laissés à l'occupant. Et justement, ce droit, dans le règlement annexé à la IV^{ème} convention de La Haye énonce qu'il faut respecter « *l'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes* »¹¹² ; ce qui, en d'autres termes, marque la volonté de protéger les « innocents ». Respectant cette limite, rien dans les dispositions n'interdit aux États victorieux de réprimer les criminels. Le tout, en se passant du principe de légalité, puisque la source a été puisée dans le droit de la guerre. Il est toutefois concédé par les porteurs de cette conception que même si le principe de légalité ne peut être appliqué pour le moment, parce qu'il serait synonyme d'impunité, il est nécessaire, à l'avenir, d'en faire « *un des piliers de l'organisation de la justice pénale internationale* »¹¹³.

V.2 Poser un choix

Après avoir détaillé les différents chemins possibles pour le principe de légalité, il convient

¹¹¹J. GRAVEN, *Conclusions de la discussion sur le principe « nullum crimen, nulla poena sine lege » et son application au Procès de Nuremberg*, Radio-Genève, 28 janvier 1946.

¹¹²Règlement annexe à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, art. 46.

¹¹³ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, *Premier congrès international de droit pénal*, Bruxelles, 26-29 juillet 1926 ; V. PELLA, *op. cit.*, p. 101.

d'examiner ce qui en a été fait lors du procès de Nuremberg, pour comprendre quelles sont les chances dont nous disposons à invoquer l'argument du non-respect de la légalité. Inévitablement, il faut poser la question infraction par infraction puisque les outils juridiques préexistants à Nuremberg sont différents pour chacun d'eux ; toutefois, nous commencerons par rappeler la position générale de la Cour à l'égard de ce principe. En nous plongeant dans le réquisitoire introductif de Rudenko, on voit apparaître la justification qui en est faite : « *Inspirées par la peur de la responsabilité ou à tout au moins par l'incompréhension de la nature légale de la justice internationale, les références au principe « Nullum crimen sine lege » ou au principe « la loi n'est pas rétroactive » sont dénuées de tout sens par suite des faits fondamentaux et décisifs suivants : l'acte constitutif du tribunal existe et fonctionne et toutes ses prescriptions ont une force incontestable et obligatoire* »¹¹⁴. En tant que représentant de la défense, il nous faut immédiatement réagir à cette justification, juridiquement incorrecte puisqu'elle présume un lien entre statut et tribunal, du même ordre que celui qui existerait entre une loi et le jugement. Or, le statut ne pourrait être consacré au rang de loi, car il s'agit d'une volonté politique voire militaire de quatre puissances (alliées). Il y a donc lieu de mettre le statut- et le jugement – face à leur responsabilité des principes juridiques ; c'est ce que nous ferons dans les lignes qui vont suivre, infraction par infraction. En tout état de cause, la question a fait l'objet d'un virulent débat entre les différents auteurs de doctrine, les uns étant favorables à un tel principe, les autres y étant farouchement opposés ; d'autres encore considèrent que même si le principe ne s'applique pas *in extenso* en droit international, il faut se conformer à l'esprit d'un tel principe¹¹⁵. Nous devons indiquer d'emblée au lecteur que nous sommes extrêmement attaché au principe de légalité et nous défendrons, de manière nuancée en fonction des incriminations, notre point de vue dans les sous-sections qui suivent.

V.2.1 Crime d'agression

Pour ce qui est des actes d'agression, nous confessons que l'Allemagne dont notre client a été le chef, a violé différents pactes et traités auxquels elle était liée parmi lesquels le traité de Versailles, les accords de Locarno, ou encore le pacte Briand-Kellog. De l'avis de la doctrine comme de la Cour elle-même¹¹⁶, le crime d'agression doit être considéré comme l'infraction principale devant être jugée et a occupé la place centrale lors des débats. Si jusqu'ici, nous ne contestons aucunement les constatations de la doctrine, cela ne saurait que moins durer. En effet, les violations dont il est fait mention ne peuvent, à nos yeux, appeler une responsabilité et des sanctions pénales. La rupture de ces traités par l'État allemand n'est ni plus ni moins un « *manquement à la parole donnée* »¹¹⁷ qui induit une responsabilité civile et morale mais nous ne voyons aucune raison à l'actionnement du mécanisme répressif. Comme il a été mentionné par ailleurs, nous doutons de la responsabilité de personnes physiques quant à cette infraction, devant plutôt appeler une responsabilité étatique. À titre

¹¹⁴TMI, *op. cit.*, t. VII, pp. 153 et s.

¹¹⁵S. GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1954, pp. 77 et s.

¹¹⁶TMI, *op. cit.*, t. I, p. 9.

¹¹⁷H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement... », *op. cit.*, p. 816.

subsidaire, dans la veine de Jarheis¹¹⁸, avocat de la défense, mais d'une manière un peu différente, nous pourrions rétorquer à la thèse de la sécurité collective l'imbroglio existant à la fin des années 30 et au début des années 40. En effet, cette thèse avait fait preuve de divers échecs et les accusés « *ont pu la regarder comme appartenant au passé et se considérer eux-mêmes comme régis par le droit international public classique, qui autorise la guerre comme un mode légitime de solutions des différends internationaux* »¹¹⁹. Partant, l'élément moral, dol ou mens rea, serait absent. Dans son article traitant exclusivement du principe de légalité devant les juridictions de Nuremberg, l'éminent Donnedieu de Vabres concède l'existence de la faillite de la sécurité collective s'appuyant sur le pessimisme traversant les déclarations de chefs d'État (États-Unis, Grande-Bretagne, URSS,...)¹²⁰ qui a mis à mal « l'idéal de Genève ». Mais l'auteur de la contribution de poursuivre que la conclusion qu'en a tiré Jarheis n'est pas exacte puisqu'il ne faut pas voir en la violation des lois de sécurité collective une abrogation tacite de la loi et de continuer en disant qu'il faut redresser ce droit international. Nous ne saurions qu'abonder dans son sens lorsqu'il trouve préférable la constitution d'un droit international pénal fort, mais cela ne doit en rien biaiser son raisonnement juridique. En effet, de l'avis unanime de la doctrine, et nous parlons ici du droit international public pur, l'interdiction de principe du recours à la force ne date que de la charte des Nations Unies de 1945 affirmant clairement cette règle et l'imposant à tous les acteurs de la communauté internationale. Nous serions de mauvais compte si nous ne parlions pas du très célèbre pacte Briand-Kellogg (26 août 1926) selon lequel « *[les signataires] déclarent solennellement condamner le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncer en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles* »¹²¹ et qui constitue une limitation à la possibilité de recourir à la guerre. Toutefois, et ce n'est certainement pas le droit international public qui nous contredira, on n'a pas idée que la violation d'un pacte, qui n'est rien d'autre qu'un traité, relève de la responsabilité pénale et donc personnelle. Dès lors, et nous revenons à ce qui a déjà été développé, si l'Accusation prend le parti de poursuivre sur la base du pacte Briand-Kellogg ou encore de celui de la SDN alors, il n'y a d'autre choix que de faire face à un État, en proie à une sanction économique, politique voire morale mais à aucun moment pénale. Le raisonnement de la Cour à cet égard est révélateur d'un malaise. Elle considère que le principe de légalité n'est pas violé puisque l'Allemagne était déjà liée par des traités et que la guerre d'agression était proscrite dans presque tous les États du monde, mais celle-ci de continuer et d'ajouter que *même si ce n'est pas le cas*, le statut est légitime et la Cour a tout le loisir de juger de tels faits car les punir correspond à rendre la justice. Nous nous inquiétons d'un tel raisonnement qui nous semble confondre droit et justice ou morale, point sur lequel nous reviendrons plus tard.

V.2.2 Crimes de guerre

¹¹⁸JARHEIS cité par H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement », *op. cit.*, p. 818.

¹¹⁹H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement... », *op. cit.*, pp. 818-819.

¹²⁰Ces déclarations sont issues des conflits sino-japonais et italo-abyssin.

¹²¹Pacte général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale, *op. cit.*, art. 1.

En ce qui concerne les crimes de guerre, la critique qui est la nôtre change de paradigme puisque la plupart des actes repris dans le statut étaient déjà incriminés dans des outils que l'on peut juger complets : règlements de La Haye (1899 et 1907). Toutefois, force est de constater que si les actes sont incriminés par ces textes, ils sont vides de sanctions ; ces dernières étant laissées à la compétence du juge national, comme il peut en être déduit des rapports de Garçon et Renault : « *le droit international n'intervient que pour délimiter le domaine du droit pénal* »¹²². Dès lors, pour permettre au juge national de fixer la peine, il devra faire appel, ci ou là, à la méthode analogique en assimilant des infractions ne se superposant pas entièrement, comme déportation et travail forcé avec séquestration. Cette même méthode n'a pas pour autant heurté le principe de légalité des délits et des peines¹²³, pour les auteurs 'communs' ou 'classiques' de ces crimes de guerre¹²⁴. La question mérite alors d'être posée pour les « grands criminels de guerre » puisque le tribunal de Nuremberg a également fait œuvre de ce procédé, mais de manière beaucoup plus dangereuse puisque, et l'article 27 du Statut le précise, les peines sont laissées à l'entière discrétion du tribunal et donc bien plus sévères. « *L'objection est impressionnante et de large portée* »¹²⁵ disait Donnedieu de Vabres puisqu'elle concerne aussi le crime contre la paix. On peut analyser la jurisprudence de Nuremberg comme une sorte de substitution, c'est l'accusé qui est responsable du crime d'agression en lieu et place de l'État¹²⁶ ; ce qui omet le caractère public de l'infraction.

V.2.3 Crimes contre l'humanité

C'est pour ce qui est des crimes contre l'humanité que la question de la légalité se pose avec le plus de poids. En effet, contrairement aux autres infractions déjà développées, ce crime est totalement neuf, usant même d'un néologisme pour sa dénomination. D'aucuns auront vite remarqué que de nombreux actes repris dans la définition se retrouvent aussi dans l'énumération des crimes de guerre (assassinat, déportation,...) mais il ne faut pas omettre toute une série d'infractions qui sont propres au crime contre l'humanité : « *extermination, réduction en esclavage, tout acte inhumain commis contre toute population civile, avant ou pendant la guerre, les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux* ». Force est de constater que contrairement aux autres infractions, ces dernières ne sont pas dans le même temps réprimées par le droit national ; ce qui, *prima facie*, semble contraire au principe de légalité. Avec Graven¹²⁷, nous nous demandons si faire le saut vers la répression d'une considération qui, à l'origine, n'est que politique et philosophique est sage. Si nous ne contestons pas la finalité de l'introduction d'une telle incrimination, elle ne peut « *sacrifier à l'intérêt de prétendues victimes celui de l'inculpé qui perd, au point de vue de la compétence, de la procédure* ».

¹²²L. RENAULT, « De l'application du Droit pénal aux faits de guerre », in *Journal du droit international privé*, 1915, pp. 313 et s.

¹²³H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e édition, Paris, Sirey, 1947, n°100 et s.

¹²⁴Nous soulignons.

¹²⁵H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement... », *op. cit.*, p. 821.

¹²⁶*Cf. supra.*

¹²⁷H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement... », *op. cit.*, p. 824.

et des sanctions, le bénéfice du droit commun »¹²⁸.

Ni la doctrine, ni les rédacteurs du statut, ni le tribunal lui-même ne se sentent à l'aise avec l'introduction de cette incrimination et cela transparaît dans les différents éléments que nous allons analyser. Tout d'abord, le statut exige pour pouvoir activer la responsabilité pour crime contre l'humanité un lien avec une autre infraction prévue par le statut, à savoir crime de guerre ou crime contre la paix. On peut également relever que là où la connexité, habituellement, n'influe que sur la compétence et la procédure, touche, *in casu*, le droit matériel. Dès lors, « *la nouveauté de cette conséquence empêche de prétendre que, dans ces conditions, l'idée de justice d'où procède la règle nullum crimen sine lege soit respectée* »¹²⁹. Après avoir vu que les rédacteurs du statut, conscients des difficultés liées à cette 'nouvelle' infraction, avaient imposé la connexité, nous pouvons nous pencher sur l'application qu'a faite le tribunal de cette disposition.

Il y a toutefois lieu de décomposer les actes commis en plusieurs périodes. La première est celle pendant laquelle les nazis, pas encore au pouvoir, ont commis des exactions envers les adversaires du régime. Certains se sont demandés dans quelle mesure l'élimination d'éléments dérangeants pour le régime n'était pas lié à la future guerre d'agression ; ce qui aurait permis d'engager la responsabilité pour crime contre l'humanité. La Cour a toutefois tranché dans le sens inverse estimant que « *la preuve de la relation n'a pas été faite* ».

Par contre, une conclusion différente s'impose pour les crimes commis pendant la guerre. Pour la plupart de ces crimes, la double qualification est de mise puisque l'énumération reprise aux deux alinéas de l'article 6 se recoupe en grande partie. Toutefois, il faut souligner que ce recoupement des actes énumérés a conduit la Cour à ne pas examiner le lien existant. La doctrine a estimé que le principe de légalité n'avait pas été violé puisque dans la grande majorité des cas¹³⁰ la double qualification existait. La conclusion doit, selon nous, être différente. Nous considérons, en effet, que le fait qu'une même action puisse être qualifiée de crime de guerre et de crime contre l'humanité ne dispensait pas de respecter le principe *nulla crimen sine lege* ; or, le crime contre l'humanité ne respecte pas ce principe.

V.3 Conclusion sur la légalité

En tout état de cause, et pour l'ensemble des incriminations, il y a réellement place à débat. D'une part, nous ne pouvons que souligner que les auteurs¹³¹ qui considèrent un tel principe comme non avenu poursuivent leur raisonnement en développant les bases juridiques qui incriminaient déjà de tels actes. On sent alors qu'ils ouvrent une porte, signe du malaise que le principe de légalité induit. La Cour, à Nuremberg, elle aussi, fait la place à ce principe¹³². Au demeurant, même si on suit

¹²⁸*Idem.*

¹²⁹*Idem.*

¹³⁰Seuls deux accusés ont été poursuivis pour le seul crime contre l'humanité ; voy. H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement... », *op. cit.*, p. 826.

¹³¹R. KOLB, *Droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 36-38.

¹³²*Cf. supra.*

l'opinion des auteurs favorables à la non-application, une précision, de taille, doit être indiquée. En effet, la non-application de ce principe est essentiellement justifiée par le caractère coutumier du droit international, mais le sens de la coutume¹³³ n'a pas été respecté. Au-delà du principe de légalité, il aurait ainsi fallu respecter l'état de la coutume au moment de la perpétration des faits. Ainsi Vergès déclare concernant Nuremberg : « *L'accusation invoquant la résolution de la SDN déclarant la guerre d'agression « crime international », la défense eut beau jeu de lui rappeler la jurisprudence de la même SDN, qui s'abstint de toute initiative lors de l'agression japonaise contre la Chine et se contenta d'une protestation platonique lors de la conquête de l'Éthiopie par Mussolini* »¹³⁴. Dès lors, qu'on soit défenseur du principe *nulla poena sine lege* ou pas, Nuremberg et le procès qui aurait pu suivre pour Hitler, n'ont pas été juridiquement corrects. Le principe a été exclu, ce que nous contestons mais la coutume n'a pas, au surplus, non plus été respectée.

Les différents éléments du procès ayant été présentés, nous pouvons maintenant entrer dans la présentation des arguments de la défense en tant que telle. Il est évident que certains éléments seront fortement liés à ce qui a été présenté ci-avant, nous le signalerons afin que le lecteur puisse relier les différentes parties de la présente rédaction.

VI. Défense

Les arguments que pourrait présenter la défense sont nombreux et doivent permettre, selon nous, d'emporter la conviction de la juridiction devant laquelle nous nous présenterions. Dans un premier temps, nous présenterons les défenses ayant trait à la procédure avant de nous atteler à une défense plus factuelle¹³⁵.

VI.1 Une composition douteuse

Premièrement, la composition qui est celle du tribunal nous semble être de nature à pouvoir être contestée. En effet, les juges qui ont composé le tribunal de Nuremberg étaient tous, sans exception, issus des puissances victorieuses : Lawrence pour la Grande-Bretagne, Biddle pour les États-Unis, Donnedieu de Vabres représentant la France¹³⁶ et enfin, Nikitchenko pour l'URSS. Après celle de la légalité, cette critique a été la plus virulente à l'encontre du procès de Nuremberg. Comme l'a dit Jacques Vergès lors de sa plaidoirie au procès Barbie à Lyon : « *Les puissances victorieuses*

¹³³Sur la coutume comme source de droit, voy. C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 63-71.

¹³⁴J. VERGÈS, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Éditions de minuit, 1981, p. 126.

¹³⁵Nous ne nous attarderons pas une fois de plus sur la question de la légalité qui a déjà été traitée en long et en large mais qui continue à faire partie de notre argumentation de défense.

¹³⁶Lorsque ce juge critique la légalité ou d'autres points, sa parole ne peut qu'être source d'autorité puisque si une critique émane d'un représentant du tribunal, c'est qu'elle a du poids.

sont enquêteurs, procureurs, témoins et juges »¹³⁷. Et cette assertion n'est pas juste une de celles qui marquent les esprits, elle est réelle. Les ressortissants-juges, représentants de leurs États respectifs, vont jouer le rôle de procureur, de juge d'instruction, de juge mais aussi de victime. Une telle considération blesserait l'entendement de n'importe quel juriste, mais il semblerait que Nuremberg soit à ce point exceptionnel qu'il lui soit loisible de passer outre les principes les plus élémentaires de droit, à savoir, *in casu*, l'objectivité de la juridiction.

Des voix se sont élevées pour contrer la prétention selon laquelle il eut été préférable de nommer comme juge des ressortissants d'États « neutres », considérant que dans le monde il n'existait pas de pays restés neutres puisqu' « *on ne peut rester indifférent devant les crimes dirigés contre la paix du monde, certains auteurs ont même affirmé que tous les pays pacifiques, qu'ils soient neutres ou non, doivent se sentir lésés par de tels crimes* »¹³⁸. S'il est vrai que la seconde guerre mondiale a eu un écho dans le monde entier, jusqu'à ses confins les plus éloignés, les répercussions de cette guerre n'ont toutefois pas eu la même incidence dans certaines contrées. Comme nous l'avons exposé, il est toujours dangereux de choisir des juges s'éloignant du lieu de commission des faits mais contrairement à ce que certains opposants peuvent arguer, point besoin d'aller chercher des juges « *parmi les Esquimaux ou les Hottentots* »¹³⁹. Dans des limites raisonnables, à tout le moins par rapport à l'éloignement des États-Unis, il était possible de trouver des juges qui, bien que n'ayant pas été mis dans une bulle et ayant eu vent des faits commis, n'ont pas été touchés dans la chaire de leur État. Nous pourrions ainsi proposer la Suisse, la Finlande, la Suède, ou encore la République Tchèque. Ces pays sont loin de constituer une liste exhaustive mais prouvent qu'il était possible de sélectionner des États dans un rayon relativement proche, mais qui n'étaient pas impliqués comme le furent ceux choisis au Tribunal Militaire International.

Une autre justification avancée pour ce manque d'objectivité nous semble, plus encore que la précédente, contestable. Pour dresser le tableau de cet argument, nous allons reprendre les mots du professeur Trainine : « *Durant six ans, les peuples épris de liberté auraient donc lutté au prix des plus grands sacrifices contre les criminels nazis, et aujourd'hui que la victoire a été enfin remportée, que l'heure de la justice a sonné, on viendrait prétendre que ce ne sont pas eux, mais des justiciers appelés du dehors qui devraient juger les criminels de guerre ?* »¹⁴⁰. Selon cette position, la prérogative de la justice, du procès serait la récompense de la victoire. La conception ici représentée nous heurte parce qu'elle considère le procès non pas comme le processus de sanction d'un fait qualifié criminel, mais bien comme un cadeau fait au vainqueur, lui permettant de bénéficier de cette prérogative. De plus, la présentation de cet argument est fallacieuse ; il considère que le fait d'être victime et d'avoir combattu donne accès à la fonction de juge. Permettons-nous de nous interroger sur une telle prétention ; une victime, après avoir su se libérer du joug de son agresseur, sous le simple

¹³⁷X., *Plaidoirie de Maître Jacques Vergès- Procès Barbie-Lyon 1987* (vidéo) disponible sur www.youtube.com (consulté le 18/11/2014).

¹³⁸V. PELLA, *op. cit.*, p. 110.

¹³⁹C. B. MURRAY, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁰A. N. TRAININE, « Ils cherchent des fissures », *Voix ouvrière*, 4 décembre 1945.

prétexte qu'elle est victime n'en devient pas pour autant juge. Cela reviendrait à consacrer le statut de « juge et partie ».

On nous a aussi avancé que le Tribunal est l'émanation de l'ensemble des États. Il est vrai, l'accord de Londres du 8 août 1945 dispose que les États « *agissent dans l'intérêt de toutes les Nations-Unies* »¹⁴¹ mais cela ne suffit pas à nous convaincre ; l'insertion d'une telle précision textuelle n'est pas suffisante en pratique ; qui plus est, nous ne voyons pas ce qui aurait empêché d'autres États, comme ceux que nous avons proposés ci-dessus, d'agir aussi dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble. On peut donc conclure en reprenant les termes du président du Tribunal de Nuremberg : « *ils ont la haute obligation de remplir leur devoir sans crainte ni partialité, en tenant compte uniquement des principes sacrés du droit et de la justice* »¹⁴² ¹⁴³ mais justement le principe selon lequel le juge ne peut être partie est un principe sacré du droit et de la justice. Dès lors, la composition du tribunal est incorrecte.

VI.2 « *Tu quoque* »

Liée à cette composition pour le moins étrange du tribunal, nous pouvons invoquer la règle qui a la dénomination de « *tu quoque* »¹⁴⁴, en d'autres mots, une certaine forme de réciprocité, comment imputer des faits criminels, à son adversaire, alors qu'on a soi-même commis des faits similaires. Il est vrai que cette notion n'a pas été consacrée par la postérité, notamment devant le TPIY¹⁴⁵. En effet, dans cette décision, la juridiction rappelle la jurisprudence *Barcelona Traction* de la Cour Internationale de Justice¹⁴⁶ qui considère que les règles *erga omnes* doivent être respectées par tous. Or, les règles de droit international humanitaire sont impératives (*jus cogens*) donc *erga omnes* comme l'a relevé l'affaire *Furundzija*¹⁴⁷. Il nous faut donc être de bonne foi et concéder que cet argument est aujourd'hui caduc mais on peut souligner qu'il fut utilisé par le tribunal de Nuremberg, probablement mal à l'aise avec cette composition maladroite. Vis-à-vis de Dönitz, la Cour après avoir entendu de l'accusé que les Alliés avaient fait de même décida : « *Vu les faits, vu un ordre de l'Amirauté britannique en date du 8 mai 1940 selon lequel tous les bateaux naviguant de nuit dans Skagerrak devaient être coulés, et vu les réponses données par l'amiral Nimitz aux questionnaires qui lui furent adressés et indiquent qu'une guerre sous-marine sans restriction fut menée par les États-Unis sans l'océan pacifique dès le premier jour de leur entrée en guerre, Dönitz ne peut être*

¹⁴¹Statut TMI, *op. cit.*, préambule.

¹⁴²Nous soulignons.

¹⁴³X., « La véritable signification du procès de Nuremberg », *Gazette de Lausanne*, 27 novembre 1945.

¹⁴⁴L'origine de cette locution latine remonterait à Jules César.

¹⁴⁵TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et consorts*, Chambre de première instance II, IT-95-16-A, 14 janvier 2000.

¹⁴⁶CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), jugement, 5 février 1970, *Rec. 1970*, p. 3.

¹⁴⁷TPIY, *Le Procureur c. Furundzija, Vallée de la Lasva*, Chambre de première instance II, IT-95-17/1, 10 décembre 1998.

condamné pour violation du droit international en matière de guerre sous-marine »¹⁴⁸. Si nous ne considérons pas que la solution idéale fut de ne point réprimer des crimes en raison d'une réciprocité de la partie adverse, et qu'il nous semble préférable de sanctionner chacune des deux parties, nous demanderions au tribunal, à la lumière de ce qui a été décidé à Nuremberg, de ne pas condamner notre client pour l'ensemble des faits reprochés dès lors que de pareils faits auraient également été commis par les puissances alliées. Nous estimons que ce n'est pas la meilleure des solutions pour un tribunal voulant marquer de son empreinte l'histoire, mais puisque le Statut nous emmène sur ce terrain mouvant, nous considérons être en droit d'invoquer une telle prétention cohérente avec la jurisprudence Nuremberg mais aussi contrepartie du choix des juges.

Après avoir traité de considérations purement juridiques, et dans la visée de convaincre le tribunal, nous traiterons maintenant d'une argumentation *ad hominem* ; que nous ne voulons pas misérabiliste, mais bien explicative de l'horreur. Il s'agit de l'état médical de notre client.

VI.3 État médical

Nous ne voulons pas dans le présent ouvrage verser dans la contribution médicale en dressant de long en large le portrait de maladies, mais nous ne pouvons pas non plus faire fi de ces considérations qui non seulement peuvent se révéler explicatives du comportement de notre client, mais également être des moyens précieux de défense. Certains pourraient nous reprocher une approche pleine de supputations puisque le dossier médical d'Adolf Hitler semble être particulièrement bien caché. Toutefois, nous nous sommes basé sur les travaux des nombreux historiens et scientifiques¹⁴⁹ qui se sont penchés longuement sur la question et il ressort de ces considérables lectures¹⁵⁰, au-delà de tout doute, qu'il était atteint de deux maladies pouvant porter atteinte à son état mental ; à savoir la maladie de Parkinson ainsi que la syphilis. Nous ne nous attarderons pas ici à l'ensemble des symptômes inhérents à ces maladies, mais seulement à ceux, permettant d'ôter tout doute quant à la réalité de ces maladies pour notre client ainsi que les répercussions psychologiques ou psychiatriques influant sur son état.

VI.3.1 Parkinson et démence

En ce qui concerne Parkinson tout d'abord, qui est « une affection neuro-dégénérative caractérisée par la perte des neurones de la substance noire, noyau situé à la base du cerveau, et qui

¹⁴⁸TMI, *op. cit.*, p. 335.

¹⁴⁹L'ensemble des considérations portant sur l'état médical de notre client sont tirées des ouvrages suivants : G. VICTOR, *The pathology of evil*, Londres, Brassey's, 1997 ; L. HESTON, *The medical casebook of Adolf Hitler*, New-York, Cooper Square Press, 2000 ; A. LIEBERMAN, *Furor : Hitler and the frog: A Medical Murder Mystery and Fairy Tale*, [S.L.], Publishamerica, 2009 ; J.K. LATTIMER, *Hitler and the nazi leaders : a unique insight into evil*, New-York, Hippocrene Books, 2001.

¹⁵⁰Nous avons fait le choix de limiter l'indication des numéros de page pour cette section car les idées développées dans ces livres sont liées à travers les pages. Voilà pourquoi nous présenterons une vue résumée, qui ne sera pas forcément propre à certaines pages des ouvrages.

est impliqué dans le contrôle du mouvement »¹⁵¹, le principal symptôme apparent est d'ordre moteur se traduisant par une rigidité des muscles du faciès, une moins grande mobilité des membres et un tremblement excessif. De la lecture de ces symptômes observables, il est clair qu'A. Hitler était atteint d'une telle maladie. Certains¹⁵² ont ainsi observé les vidéos, qui seront présentées à la Cour, où l'on voit ses bras particulièrement tremblants, au point de devoir garder un bras le long du corps, de le tenir par son autre membre ou encore de l'absence de grands mouvements lors de ses allocutions, là où il en faisait usage intensif précédemment. Une analyse graphologique a également été réalisée. Ainsi des médecins comme ceux de la trempe d'Abraham Lieberman¹⁵³ affirment catégoriquement que notre client était atteint de cette maladie. Si les symptômes visibles sont indéniables et ne font pas avancer le débat bien loin d'un point de vue juridique, il nous faut nous attarder plus longuement sur les effets invisibles qu'a cette maladie, mais qui, pourtant, sont de taille.

Depuis dix-quinze années, et même si à l'époque de Nuremberg de telles considérations n'étaient pas connues, nous ne pouvons pas en faire abstraction, les scientifiques se sont rendus compte que la diminution de dopamine – cause de la maladie- affectait, outre les effets moteurs, les fonctions intellectuelles, cognitives et surtout psychologiques¹⁵⁴. En l'espèce, même si l'âge moyen d'apparition de cette maladie est entre 55 et 65 ans, il est tout à fait possible qu'il soit précoce (avant 40 ans), comme ce fut le cas d'Hitler¹⁵⁵. Ces effets relevant de l'ordre psychologique sont fréquents puisque 50 pour cent des personnes atteintes de cette maladie sont dépressifs¹⁵⁶. Des répercussions psychiatriques apparaissent également dans les stades avancés de la maladie¹⁵⁷, généralement sous la forme de psychose (paranoïa) et de démence (hallucinations)¹⁵⁸. La psychose « se caractérise par des pensées et des perceptions anormales »¹⁵⁹ sous la forme d'hallucinations, qui ne nécessite pas de traitement, mais peut aller jusqu'à une forme de paranoïa. Cette dernière est alors particulièrement invalidante puisque le malade se sent persécuté, même par ses plus proches. Selon Dr Fox, professeur de Neurologie à l'Université de Toronto, « en moyenne, 50 % des personnes atteintes de la maladie de Parkinson souffrent de psychose à un moment ou l'autre de leur vie. Ce trouble devient plus courant avec la progression de la maladie de Parkinson »¹⁶⁰. Pour ce qui est de la démence, selon les termes du Dr Tröster, codirecteur du Centre d'excellence de la National Parkinson Foundation, « Les personnes atteintes de la démence à corps de Lewy semblent souffrir d'hallucinations et de fluctuations d'attention plus tôt au cours de la maladie ».

¹⁵¹CLINIQUES UNIVERSITAIRES ST-LUC, *Maladie de Parkinson : 30000 belges sont concernés*, Lettre d'information n° 64, Avril 2006, disponible sur www.saintluc.be (consulté le 17/10/2014).

¹⁵²A. LIEBERMAN, *op. cit.*, et L. HESTON, *op. cit.*

¹⁵³Qui n'est ni plus ni moins neurologue et directeur de l'institut neurologique Barrow.

¹⁵⁴F. DURIF, *Quelles sont les conséquences psychologiques ou psychiatriques de la maladie de Parkinson*, vidéo, disponible sur www.parkinson-infos.fr (consulté le 17/10/2014).

¹⁵⁵E. BROUSSOLLE, *La maladie de Parkinson*, présentation powerpoint de l'Hôpital Neurologique Pierre Wertheimer, disponible sur www.isc.cnrs.fr (consulté le 17/10/2014).

¹⁵⁶F. DURIF, *op. cit.*

¹⁵⁷X., *Les troubles psychiques*, disponible sur www.franceparkinson.fr (consulté le 18/10/2014).

¹⁵⁸X., *Maladie de Parkinson: des symptômes mentaux et comportementaux dans 40% des cas*, disponible sur www.psychomedia.qc.ca (consulté le 02/02/2015).

¹⁵⁹S. FOX et A. TRÖSTER, *Traitement des symptômes avancés*, disponible sur www.lactualiteparkinson.com (consulté le 18/10/2014).

¹⁶⁰*Idem.*

Ainsi, outre les symptômes moteurs indéniables¹⁶¹, force est de constater que ceux psychologiques et psychiatriques correspondent à la personnalité de notre client. Des considérations réductrices, et nous nous en excusons auprès des plus scientifiques des lecteurs, qui précèdent, deux certitudes peuvent être extraites. Premièrement, il semble évident qu'Hitler, eu égard aux travaux des historiens s'étant penchés sur la reconstitution de son dossier médical¹⁶² et de l'analyse de différentes vidéos, était atteint d'une telle pathologie. Ensuite, nul, depuis maintenant quelques années ne peut contester l'influence de la maladie de Parkinson sur les facultés mentales des malades. Dès lors, il semble que la maladie de Parkinson ait eu une véritable influence sur les faits qu'il a commis. Si la Cour devant juger ces faits n'admettait pas que l'élément de la maladie annihilait l'élément moral, nous plaiderions avec vigueur qu'il doit en tout état de cause être pris en considération puisque la paranoïa induite par Parkinson est plus que probablement la source du ressentiment de notre client envers d'une part la communauté juive qu'il avait prise comme responsable de tous les maux et d'autre part envers les États alliés qu'il voyait comme voulant détruire l'Allemagne à la suite du Traité de Versailles.

VI.3.2 Syphilis et psychiatrie

Pour ce qui est de la syphilis, nous comprenons qu'il est plus difficile pour le lecteur, comme pour la Cour de prendre en considération une telle maladie aux symptômes non apparents pour tous, le chanvre apparaissant essentiellement et en premier lieu au niveau des parties génitales. Toutefois, cette maladie sexuellement transmissible a sans doute touché le chancelier allemand. Différents indices, que nous présenterons, constituent un faisceau permettant d'en être sûr. Premièrement, des historiens ont supputé, mais cela nous semble léger, que le nombre de pages de *Mein Kampf* consacrées à la syphilis, maladie juive, indiquerait qu'il en était déjà atteint. Cela n'emporte absolument pas notre conviction. Notre adversaire pourrait encore nous rétorquer qu'en 1939 Hitler a été testé négatif au test « Wassermann » mais nous rétorquerions à celui-là que le test n'était en rien fiable à cent pour cent¹⁶³ et il était même connu pour donner des résultats faussés négativement. L'indice le plus convaincant selon nous est à trouver dans la biographie du docteur Félix Kersten, « *Les mains du miracle* »¹⁶⁴ réalisée par Joseph Kessel, membre de l'Académie française. Dans cet ouvrage, on apprend qu'en 1942, Kersten est consulté par son patient, Himmler, qui lui demande s'il pourrait prendre en charge un patient [Hitler] souffrant de « maux de tête, vertiges et insomnie ». Après avoir accepté, le docteur Kersten accède au dossier médical d'Hitler, un document classé

¹⁶¹Voyez l'analyse de vidéos et écrits.

¹⁶²Voy. *supra*. Le lecteur ne voulant pas se plonger dans l'ensemble des ouvrages médico-historiques cités peut trouver un excellent résumé en consultant : X., *Le dossier médical d'Hitler* (vidéo), disponible sur www.youtube.com (consulté le 21/10/2014).

¹⁶³Pour les critiques de ce test, voy. M. W. HOLLINGSWORTH, « Wassermann-fast syphilis », in *California and Western Medicine*, Mai 1927, p. 671.

¹⁶⁴J. KESSEL, *Les mains du miracle*, Paris, J'ai lu, 1973, pp. 172-190.

secret de 26 pages relatant qu'il a été atteint de la syphilis plus jeune, soigné pour cette pathologie mais qu'en 1942, les symptômes réapparaissent de manière encore plus accrue (*tabes dorsalis*). L'ouvrage indique également à quel point ce secret était et devait être gardé, ce qui permet de comprendre ô combien les preuves sont peu nombreuses en la matière. Cette biographie, sérieuse par son contenu et son auteur, nous semble être une preuve irréfutable¹⁶⁵. Il est évident que le traitement reçu par Hitler n'était pas performant, la pénicilline n'ayant été industrialisée que durant la Seconde Guerre mondiale. À nos yeux, et au regard de l'état avancé de la maladie couplé à l'absence de véritable traitement à l'époque, Adolf Hitler était atteint d'une forme tertiaire de syphilis à savoir la neurosyphilis. Cette dernière apparaît en cas d'absence de traitement et apparaît après « *quelques mois ou années silencieuses* »¹⁶⁶. Dès lors, il est fort probable que ce qui a été vu comme une rémission entre le premier pseudo-traitement et 1942 n'était rien d'autre que la période d'incubation puisqu' « *elle apparaît classiquement 5 à 15 ans après la phase primaire* »¹⁶⁷. Cette forme de syphilis est « *une maladie grave encore fréquente dans notre pays* »¹⁶⁸ et donc à plus forte raison, lorsque le traitement par pénicilline n'existait pas, les cas étaient encore plus fréquents. Toutes les considérations qui précèdent portent véritablement à croire, en raison aussi bien du stade de la maladie, de l'absence de traitement que les traits psychologiques présentés par notre client, qu'il en souffrait. Justement, les symptômes touchant les malades sont sévères d'un point de vue neurologique et psychologique puisqu'il s'agit d'un « *syndrome démentiel (démence dégénérative ou vasculaire due à l'artérite syphilitique) avec troubles de l'humeur et délire mégalomane ou hypocondriaque et un syndrome neurologique* »¹⁶⁹. Or, on sait à quel point les desseins, mais aussi la personne d'Hitler présentaient des composantes délirantes et mégalomaniaques.

Étant atteint de cette deuxième pathologie, à un stade avancé, notre client a encore vu ses capacités psychologiques touchées, comme nous venons de l'exposer.

Nous pensons véritablement que les travaux présentés ci-dessus doivent convaincre le contradicteur de ces deux pathologies même si le dossier médical d'Hitler était classé top secret. Si nous concédons que les preuves, prises séparément, laissent planer un doute, l'analyse des éléments observables couplée à la biographie de son médecin constituent un faisceau de preuves irréfutables qui, lui, emporte la conviction.

VI.3.3 La Cour face aux considérations médicales

Comme précédemment, nous demandons à la Cour ayant à juger des faits commis par notre client de prendre en considération, lors de son examen de l'élément moral, des maladies susdéveloppées ainsi que les répercussions de celles-ci. Dans le cas où la Cour n'admettrait pas,

¹⁶⁵ Notons que nous ne revenons plus sur les ouvrages déjà mentionnés puisqu'ils constituent tous et dans leur ensemble la source de cette section. Cf. *supra*, notes 149 et 150.

¹⁶⁶ P. FENER, *Infection à VIH et neurosyphilis*, disponible sur www.sidasciences.inist.fr (consulté le 17/10/2014).

¹⁶⁷ M. YAHYAOU, *La neuro-syphilis, cours magistral*, disponible sur www.youscribe.com (consulté le 18/10/2014).

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ P. FENER, *op. cit.*

malgré l'importance des dommages dont notre client a été atteint, que l'élément moral est inexistant, nous insisterions pour *qu'à tout le moins*¹⁷⁰, ces éléments soient pris en considération dans l'examen de la cause et la fixation de la peine. Il nous faut toutefois ici faire une distinction qui prend tout son sens lorsque nous mettons en commun la première et la deuxième partie de cette contribution. À Nuremberg, les dispositions du statut ne font aucun état d'une maladie pouvant porter atteinte à la conscience psychologique des actes et dès lors, la seule chose que nous pourrions espérer serait une suspension des poursuites en raison de l'état de santé comme tel fut le cas pour Gustav Krupp. Après examen par une commission médicale, la Cour avait conclu que « *d'après l'appréciation unanime, Gustav Krupp von Bohlen souffre d'un ramollissement sénile du cerveau, que son état mental est tel qu'il est incapable de comprendre la procédure engagée devant le tribunal, de suivre un interrogatoire et d'y coopérer* »¹⁷¹, les débats seront alors renvoyés à ultérieurement, dans l'hypothèse où l'accusé verrait son état de santé s'améliorer. Mais encore, cela nous semble une gageure puisqu'à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, les maladies dont nous avons fait état étaient très peu ou mal connues et moins encore pour leur composante psychiatrique. Par contre, devant la CPI, il nous serait possible de plaider sur base de l'article 31.1.a) dont il sera fait état plus tard. *In fine*, l'effet d'une telle défense, en laquelle nous croyons vraiment, dépend de l'époque à laquelle elle est avancée, mais nous ne pouvons faire autrement que de mettre en lumière les faits qui indiquent que l'horreur n'est pas celle d'uniquement un homme, mais bien celle d'un homme malade.

Dans la poursuite de l'argumentation *ad hominem* qui est plus factuelle que juridique, nous pouvons nous arrêter sur l'attitude des États alliés et donc des juges, dans le déroulement de la guerre.

VI.4 Considérations factuelles

Nous pouvons également pointer les considérations d'un auteur qu'on ne pourra pas nous reprocher d'avoir choisi pour son appartenance à « la défense », s'agissant ni plus ni moins de Casamayor, membre du ministère public français à Nuremberg. Dans sa contribution à l'ouvrage « *Le procès de Nuremberg- Conséquences et actualisations* », il pointe les problèmes factuels de Nuremberg, principalement dans l'attitude des Alliés. Il indique ainsi, et nous ne pouvons qu'y adhérer que « *c'était leurs gouvernements qui, de 1933 à 1939 inclus avaient aidé, encouragé le triomphe du nazisme en Allemagne. Voilà ce que montrent les documents réunis au procès de Nuremberg et c'est peut-être pourquoi on en parle si peu* »¹⁷². Or, et le tribunal l'a d'ailleurs bien mis en lumière dans son jugement, les idées nazies ne sont pas sorties de nulle part mais au contraire, existaient déjà dans la période susmentionnée. Il est alors légitime de penser que le gouvernement allemand, dont notre client fut le chef, pensait être soutenu par les forces qui par la suite vont la juger. En effet, les

¹⁷⁰Nous insistons.

¹⁷¹F. DE FONTELLE, *Le procès de Nuremberg*, Que sais-je, Paris, PUF, 1996, pp. 40-41.

¹⁷²CASAMAYOR, « Le procès de Nuremberg », in *Le procès de Nuremberg, conséquences et actualisations : actes du colloque international* (sous la dir. de CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL DE L'ULB), Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1988, p. 62.

violations du traité de Versailles, mais également l'invasion de l'Autriche et de la Rhénanie n'ont fait l'objet d'aucune réaction de la communauté internationale. Certains nous objecteraient que cela ne constituait aucunement une acceptation, pas même tacite ; nous répondrions à ceux-là qu'après la création de la flotte allemande, le gouvernement anglais l'a accueillie en n'opposant aucune objection et en demandant simplement de notifier le tonnage de ces navires. Nous ne demandons pas ici à la Cour d'accepter une thèse fantaisiste, mais simplement de prendre en considération le double langage auquel l'Allemagne a été confrontée. Dans un premier temps, rien ni personne ne s'est opposé à ces manœuvres, les cautionnant même en quelque sorte avant de se voir sanctionner par ces mêmes pays. On peut même aller jusqu'à affirmer, comme l'a fait Casamayor, qu'il y avait collusion entre le régime nazi et les pays d'ouest, par crainte de voir l'URSS gagner du terrain¹⁷³. Nous ne demandons pas non plus à la Cour d'abandonner purement et simplement les poursuites contre notre client mais bel et bien de prendre en compte les difficultés de compréhension qu'a eues notre client, et le gouvernement allemand plus globalement, quant à la position prise par la communauté internationale.

Dans une visée d'actualisation¹⁷⁴, nous pouvons tristement constater que le problème de double langage existe encore et toujours aujourd'hui. Des États se retrouvent ainsi à entretenir avec des pays peu recommandables des relations diplomatiques cordiales voire amicales et quelques années plus tard à réprimer leurs actions, comme dans un sursaut de prise de conscience. Nous n'avons malheureusement pas le temps de nous attarder sur cette question, mais donnons comme exemple Bachar el-Assad à l'Elysée. Si nous ne voulons pas blâmer les États de réagir, aussi tard soit-il, il faut souligner que leur position ambiguë pose réellement question.

VI.5 Légalité

Elle fut un moyen de défense virulent de nos prédécesseurs de la défense et nous le soutenons aussi. Il ne revenait pas à un tribunal international de juger les faits commis. Nous ne nous répéterons pas et renvoyons donc le lecteur à la section précédente pour les développements qui y ont trait. À notre estime, en voulant juger ces faits, la communauté a confondu droit et justice, estimant que la fin justifie les moyens.¹⁷⁵

VII. Conclusion de la première partie

Après l'examen des principales questions qui peuvent se poser pour la défense d'A. Hitler peu après Nuremberg, force est de constater que les critiques ne manquent pas de fuser. Il y aurait dès

¹⁷³Voyez à cet égard, l'accueil qui a été fait à P. Laval, à la Chambre, à son retour de Moscou avec un traité économique ou encore le refus catégorique des propositions d'aide faites aux forces alliés par Staline pour repousser Hitler : CASAMAYOR, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷⁴Actualisation que nous poursuivrons dans la partie B).

¹⁷⁵Nous y reviendrons dans notre conclusion.

lors lieu de contester avec force et rigueur, point par point, les défauts d'une telle juridiction, comme nous l'avons fait dans les lignes qui précèdent. S'il est évident que les faits ne peuvent et ne doivent pas être remis en question, la manière dont Nuremberg et Nuremberg *bis* disent le droit est véritablement critiquable. Il ne faut pas, à nos yeux, sous prétexte de l'abomination des actes commis par notre client et plus encore par le mouvement nazi, faire tomber toutes les balises juridiques pour être sûr de punir comme l'ordre social le veut. C'est pourquoi nous ne contestons pas qu'un procès ait lieu, mais nous clamons que les exigences juridiques doivent être rencontrées sous peine que ce ne soit pas un jugement qui soit rendu mais une exécution, embellie par une apparence de jugement. Le droit, ou à tout le moins, notre droit, celui que nous envisageons naïvement, ne doit pas céder sous la pression populaire ; ne doit pas se coucher lorsque l'humanité est mise en branle. Le droit n'est pas un instrument flexible permettant de sanctionner au gré des événements. Et s'il est évident que le droit doit se nourrir de la société, il perdrait toute crédibilité à le faire *ipso facto*, sans recul. Au final, ce que nous reprochons à Nuremberg consiste en la modalisation ou la création du droit de telle sorte qu'il plaise.

Pour nous, le droit ne peut et ne doit pas être la putain de la société.

B) Et si...un nouvel Hitler aujourd'hui ?

L'objet de cette section est une actualisation non pas des faits qui ont été commis, mais bien du droit applicable. En effet, l'hypothèse qui est ici notre ligne de conduite est celle de savoir quel sort serait réservé à un nouvel Hitler. Non pas si on avait à juger Hitler aujourd'hui puisque l'intérêt scientifique ne serait pas énorme ; on se trouverait dans une sorte de régime intermédiaire, un pied dans le droit appliqué à Nuremberg et l'autre dans un droit actuel non applicable dans toute son étendue à de tels faits. Nous envisageons donc le cas où des faits tels que ceux commis lors de la Seconde Guerre mondiale se reproduiraient, ce que nous ne souhaitons pas, aujourd'hui et examinerons les règles juridiques aujourd'hui applicables, dans le souci de marquer l'évolution du droit international pénal, bénéfique pour la justice et l'Humanité mais qui ne facilite en rien le travail de la défense. Par ce point B), nous mettrons en exergue comment le droit a réagi aux critiques qui lui ont été faites au sortir de Nuremberg (point A)) et quelle est sa dynamique actuelle.

L'hypothèse d'un nouvel Hitler n'est en rien fantaisiste contrairement à ce que pourrait résumer l'adage « plus jamais ça ». Malheureusement, le nouvel Hitler existe peut-être déjà sous une forme différente, plus dissipée, plus perfide, moins étatique et moins identifiable. Il s'agit de Daesh (ou l'État islamique). À cet effet, nous intégrerons, lorsque cela sera pertinent, un paragraphe final illustrant l'actualité du droit international pénal et montrant à quel point il n'a, dommage !, pas fini d'être sollicité. Nous essaierons ainsi à la fois de montrer la réponse du droit international aux critiques, mais aussi de comprendre les défis de la Cour pénale internationale face à ce « nouvel Hitler ».

I. Point de vue formel

Sur un plan formel, on peut analyser trois modifications majeures répondant largement aux critiques que nous avons adressées. Nous étudierons la compétence de la Cour avant de nous pencher sur ce qui constituait le gros morceau de notre défense et qui semble aujourd'hui réglé. Enfin, nous effleurons la composition, objective, de la Cour. Globalement, le constat sera nettement positif et la communauté internationale, consciente des travers dans lesquels elle était tombée, réemprunte le droit chemin.

I.1 Juridiction

La juridiction devant laquelle seraient jugés de tels faits poserait bien moins de questions que ce fut le cas précédemment puisqu'existe aujourd'hui une Cour permanente, en l'institution de la Cour pénale internationale¹⁷⁶. Après de longues négociations et les soixante ratifications nécessaires, cette Cour est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, il s'agit d'une date-pivot. En effet, la Cour n'aura compétence que pour des crimes commis après cette date, règle qui ne souffre d'aucune exception. La Cour ne peut toutefois exercer sa compétence dans toutes les situations, *ratione loci*¹⁷⁷. Mais force est de constater que les possibilités permettant de déférer un présumé coupable devant la Cour sont à ce point larges qu'elles couvrent une grande majorité de situations. En effet, dans le cas où les faits commis par un « nouvel Hitler » ne seraient pas commis sur un territoire partie ou si cet homme n'était pas ressortissant d'un État-partie, outre la possibilité pour l'État de devenir membre 'ad hoc', la situation pourrait être renvoyée devant la Cour par le conseil de sécurité. Si la Cour n'a de compétence que de manière subsidiaire¹⁷⁸, ce qui ne nous émeut pas plus que de raison, le point que nous voulons relever, et qui nous semble éminemment dangereux, est que c'est le conseil de sécurité, instance politique, qui s'immisce dans cette procédure¹⁷⁹. Ainsi, il suffirait à un de ces cinq États, par amitié ou alliance diplomatique de soulever son droit de veto pour empêcher qu'une procédure puisse être mise en branle. C'est ainsi que par exemple et dans l'état actuel des choses, on a peu de chance de voir un jour Bachar Al-Assad être traduit devant la CPI, pour les exactions commises en Syrie, la Russie soulevant, à coup sûr, son veto. Ce mélange entre politique (internationale) où l'on sait que les relations diplomatiques sont en permanente tension et le droit ne fait, selon nous, pas bon ménage. On est donc en mesure d'affirmer que d'un point de vue de la juridiction, le droit international a avancé à pas de géant. Ce qui n'était qu'un rêve à l'époque de Nuremberg a, une cinquantaine d'années plus tard, vu le jour. Et nous y voyons une entreprise bénéfique puisqu'une juridiction ne devra plus être établie de manière arbitraire parfois, ponctuelle toujours, selon les faits faisant l'objet de la cause. Au contraire, même, de par son caractère permanent, la Cour rappelle sa présence mais surtout son

¹⁷⁶Ci-après dénommée CPI.

¹⁷⁷Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après Statut de Rome), 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur: 1^{er} juillet 2002), art. 12 et 13.

¹⁷⁸Ce caractère subsidiaire signifie que la priorité est donnée aux États, en vertu de leur compétence, de poursuivre et juger de telles situations devant leur juridictions nationales. Dans certains cas, seulement (article 17 du statut), la CPI peut contester cette prétention. Nous centrerons notre exposé sur l'hypothèse où le nouvel Hitler serait traduit devant la CPI, pour que la comparaison avec le TMI soit meilleure.

¹⁷⁹N. BLAISE, « Les interactions entre la Cour pénale internationale et le conseil de sécurité : justice *versus* politique ? », in *Revue internationale de droit pénal*, 2011, pp. 420-444.

intérêt pour les faits criminels internationaux ce qui à terme, non l'espérons, n'aura plus qu'un rôle d'épouvantail.

Dans le cas de l'État islamique, les exactions commises ont un champ qui ne se trouve pas limité à un seul État, on peut ainsi pointer quatre pays essentiels : la Syrie, l'Irak, le Liban et la Libye. Aucun de ces quatre pays n'est pas partie au Statut de Rome ce qui signifie que l'article 12.2.a) ne trouve pas à s'appliquer. Comme on le sait, le réservoir de combattants de l'État islamique n'est pas propre aux quatre États susmentionnés. On pourrait ainsi imaginer la mise en branle de l'article 12.2.b) du statut et ainsi une personne qui aurait la nationalité d'un État partie pourrait se voir déférer devant la Cour pour de tels crimes. Il nous semble que l'approche serait alors fragmentaire et serait très casuistique, selon la nationalité de chaque criminel. Il ne reste alors plus que la méthode « par la force » qui consiste en la saisine par le Conseil de sécurité du procureur, par le biais d'une résolution chapitre 7¹⁸⁰. Toute limite *ratione loci* serait ainsi levée et permettrait de poursuivre toute personne ayant commis de tels crimes. On le voit à travers l'exemple de l'État islamique, le problème subsiste en partie lorsque l'État, lieu de commission, n'est pas partie. Fort heureusement, il semble que dans le cas d'EI, aucun des membres permanents n'opposerait son droit de veto. On pourrait donc un jour retrouver à La Haye des membres de Daesh pour qu'ils soient jugés et cela nous semble fort heureux.

Pour poursuivre sur une question formelle, nous traiterons maintenant de la légalité, principe qui fut la pomme de discorde du tribunal de Nuremberg et qui a fait l'objet d'une évolution plus que marquée.

I.2 Légalité

Les développements qui précèdent ont montré à suffisance à quel point nous remettons en cause l'absence de légalité des incriminations imputées à notre client. Pour résumer la situation actuelle, nous pourrions dire que la postérité nous a donné raison. En effet, il suffit de lire les articles 22 et 23 du Statut de Rome pour s'en convaincre : « *Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour. La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation* »¹⁸¹ et « *Une personne qui a été condamnée par la Cour ne peut être punie que conformément aux dispositions du présent Statut* »¹⁸². Dès lors, et contrairement à ce qui s'est fait à Nuremberg, le principe *nulla poena sine lege* est consacré par le texte central du droit international pénal. Si nous nous retrouvions devant la situation post-seconde guerre mondiale, le crime contre l'humanité ne pourrait être poursuivi. Mais il faut être de bonne foi et concéder que si ce principe trouve aujourd'hui une consécration inconditionnelle, c'est

¹⁸⁰Statut de Rome, *op. cit.*, art.12.3.

¹⁸¹Statut de Rome, *op. cit.*, art. 22.

¹⁸²*Ibid.*, art.23.

parce que le droit international pénal a été largement codifié et recouvre actuellement la totalité des situations (in)imaginables, fruits de l'histoire des conflits mondiaux. Ainsi, deux considérations doivent être relevées d'un point de vue de la défense. Premièrement, s'il est exact que devant un tel article, il est bien plus aisé que par le passé pour la défense de soulever le principe de légalité et par conséquent, qu'il y a plus de chance pour ne pas dire de certitude qu'un tel argument soit retenu par la Cour. Par contre, et c'est là notre deuxième observation, il y a peu de chance qu'on puisse le soulever. En effet, si pour le droit international, si pour la Justice elle-même il est bon d'avoir codifié de telle sorte que certaines infractions ne restent pas floues quant à leur incrimination ou non, cela ôte à la défense un moyen de défense, probablement celui qui posait le plus de problèmes à la Cour en son temps.

Dans les plaidoiries de la défense, puisqu'aujourd'hui la codification est claire, tout comme la coutume, il nous semble impensable que le Daesh puisse se prévaloir d'un tel moyen de défense, comme ce fut le cas précédemment à Nuremberg.

I.3 Choix des juges

Les juges qui siégeront à la Cour ont une bien plus grande légitimité, de par la procédure les instituant, que leurs collègues de Nuremberg. En effet, la procédure ici prévue est bien plus transparente que celle d'il y a un peu plus d'un demi-siècle. Aujourd'hui, les dix-huit juges de la Cour ne sont plus nommés mais bien élus parmi « *des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité* ». Il est intéressant de pointer que le statut insiste, probablement conscient de ses erreurs passées, sur l'impartialité et l'intégrité des magistrats. Les « États parties » peuvent présenter des candidats¹⁸³, mais la Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État¹⁸⁴. De plus, le paragraphe 8 indique que les « États parties » doivent, dans leur vote, prendre en considération un équilibre géographique, sexuel et des systèmes juridiques. Ajoutons encore que le Statut a prévu, à l'article 41, le garde-fou de la récusation. Par ce biais, à sa demande ou non, un juge peut être récusé parce que son impartialité pourrait raisonnablement être mise en doute pour un motif quelconque. Sous le « *motif quelconque* », on peut entendre, par exemple, un juge de la communauté victime ou de la même nationalité que l'accusé ; ce juge pouvant être plus ou moins sévère qu'il ne l'aurait été s'il n'avait pas été impliqué dans un sens comme dans l'autre. La procédure qui a été établie nous semble bien plus équilibrée et sensée qu'une nomination comme ce fut le cas à Nuremberg. En effet, les mots d'ordre, *in casu*, sont la transparence, la neutralité et l'objectivité. Aujourd'hui, une composition comme celle que nous avons critiquée *supra*, ne serait plus possible. Cela est bien pour l'accusé mais plus encore pour la Justice elle-même. Peut-être qu'une autre composition n'aurait rien changé, mais quand il est question de justice, les apparences, aussi, comptent.

¹⁸³*Ibid.*, art. 36.4.

¹⁸⁴*Ibid.*, art. 36.6.

II. Point de vue matériel

Après avoir passé en revue les modifications formelles ou procédurales qui ont émergé depuis Nuremberg, faisons maintenant place au droit substantiel qu'est le droit matériel. Nous nous arrêterons assez longuement sur les incriminations et leur contenu avant de poursuivre sur deux questions plus ponctuelles mais, elles aussi, exemplatives du nouveau droit international pénal.

II.1 Les incriminations

L'examen des incriminations nous permet de dresser le portrait de l'évolution du droit international ; mettant en évidence la fluctuation des définitions de celles-ci, leur apparition, avancement voire même recul. La démarche qui nous animera sera double, d'une part destinée à montrer comment a grandi ce droit et d'autre part, sous l'œil de l'avocat de la défense cherchant à trouver la faille dans ce qui est imputé à son client.

II. 1.1 Crime contre l'humanité

L'article 7 du Statut de la CPI donne une définition du crime contre l'humanité. Cette définition est bien plus complète que celle donnée à Nuremberg, et nous ne recopierons pas dans son intégralité l'article qui énumère les actes constitutifs de crime contre l'humanité¹⁸⁵ avant de définir plus avant des notions de la définition. Le point le plus marquant dans son évolution est que cette incrimination est complètement indépendante des autres crimes du statut. En effet, à Nuremberg, pour pouvoir poursuivre un tel crime, il fallait- probablement parce que les rédacteurs et les juges étaient mal à l'aise avec la non-existence préalable d'un tel crime et donc avec le principe de légalité- que le crime contre l'humanité soit lié à un autre crime. Cette condition a aujourd'hui totalement disparu mais une autre a fait son apparition : il faut que l'acte soit commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. Il faut entendre par cette condition « *la commission multiple d'actes visés [...], en application ou dans la poursuite d'une politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* »¹⁸⁶. Dès lors, actuellement, un acte isolé ne peut être poursuivi sur cette base mais plus encore, les actes poursuivis doivent ressortir d'une sorte de plan politique. Un point mérite encore d'être relevé ; le crime contre l'humanité peut être isolé de tout conflit armé. Il n'est en effet pas nécessaire que de tels actes soient liés¹⁸⁷ à une quelconque guerre.

En d'autres termes, nous pourrions dire que cette infraction a gagné en autonomie et est aujourd'hui à part entière. De plus, elle a fait l'objet d'un 'toiletage' qui élargit son champ d'application et ne permet plus à la défense d'arguer que les faits commis l'ont été sans lien avec d'autres

¹⁸⁵Pour autant qu'ils soient commis dans certaines conditions, développées *infra*.

¹⁸⁶Statut de Rome, *op. cit.*, art. 7.2.a).

¹⁸⁷Avant ou pendant comme disait le statut de Nuremberg.

crimes¹⁸⁸. Il reste dès lors à la défense la (nouvelle) possibilité de convaincre qu'il ne s'agit pas d'une attaque généralisée et systématique.

Force est de tristement constater, comme l'a fait le 5 février dernier la commission d'enquête sur les crimes en Syrie de l'ONU¹⁸⁹, que le groupe Etat islamique commet des crimes contre l'humanité. Dans ce rapport, ne traitant que de la situation en Syrie et ne disant mot de celle en Irak, elle pointe les attaques contre la population kurde, contre les yazidis (minorité religieuse) et les qualifie de crimes contre l'humanité, ces attaques violentes étant commises « à grande échelle et systématiques ». On le voit donc, le « plus jamais ça » est déjà terni par ces exactions.

Si nous pouvons nous réjouir que le droit international a évolué de telle sorte qu'il n'y a plus de débat possible, contrairement à précédemment, sur cette qualification juridique ; nous ne pouvons que déplorer que l'évolution positive du droit international n'a en rien empêché l'apparition d'un « nouvel Hitler ». Le droit aussi dénué de défaut soit-il n'a pas réussi à atteindre le rôle « d'épouvantail » qui aurait pu être le sien. A-t-il pour autant failli à sa tâche ? Nous ne le pensons pas. Cent fois sur le métier il faudra remettre l'ouvrage et probablement y aura-t-il toujours des hommes pour persévérer dans la voie de l'inhumanité. Il reviendra alors au droit de garder son rôle, coûte que coûte, celui d'imposer le cap de l'Humanité.

II.1.2 Crime de génocide

Nouveauté radicale par rapport à Nuremberg, le crime de génocide prévu à l'article 6 du statut selon lequel : « *Aux fins du présent Statut, on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel* ». Cette définition n'est pas neuve puisqu'elle est reprise de la Convention de 1948¹⁹⁰. Si des faits identiques ou similaires à ceux de la Seconde Guerre mondiale étaient commis, notamment l'extermination des juifs, une infraction autonome serait alors monopolisée pour poursuivre et réprimer de tels faits.

Si aucune instance n'a encore taxé l'Etat islamique d'avoir commis un génocide, nous pouvons voir dans les actes le terreau sinistrement fertile d'un tel crime puisqu'en raison de leur religion, certaines personnes sont prises en grippe. Espérons que les massacres cesseront avant que le pas de génocide ne soit franchi. Nous garderons les yeux braqués sur l'avenir.

II.1.3 Crimes de guerre

¹⁸⁸Cette défense a permis à de nombreux accusés de Nuremberg de ne pas être condamnés pour crime contre l'humanité.

¹⁸⁹COMMISSION OF INQUIRY ON THE SYRIAN ARAB REPUBLIC, ONU, 9^{ème} rapport, A/HRC/28/69, 5 février 2015 (publié le 20 février 2015), disponible sur www.ohchr.org (consulté le 27/02/2015).

¹⁹⁰Cette convention a été établie peu de temps après Nuremberg.

Cette catégorie était déjà la plus développée à Nuremberg et n'a à l'heure actuelle pas fait l'objet de modifications conséquentes, elle reprend les conventions en vigueur (essentiellement Genève).

Toutefois, dans le même rapport que celui déjà mentionné relatif aux crimes contre l'humanité, la commission de l'ONU¹⁹¹ pointe également que l'Etat islamique est responsable de nombreux crimes de guerre et énumère, dans ce rapport de vingt pages, les exactions commises. Dès lors, il nous semble qu'il n'y a plus grand doute quant aux actes posés par EI.

II.1.4 Crimes d'agression¹⁹²

Considérée à l'époque comme l'infraction la plus significative qu'avait à juger le tribunal, cette infraction a eu une évolution moins nette que ce que Nuremberg laissait présager. Le crime d'agression est aussi appelé crime contre la paix- ces deux définitions ont exactement le même objet, les seules différences qu'on puisse trouver sont d'une part, que l'appellation crime d'agression met l'accent sur l'élément matériel là où le crime contre la paix insiste sur l'élément moral ; d'autre part, l'examen des textes nous montre que jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, l'appellation crime d'agression est préférée avant de céder la place à celle de crime contre la paix. Toutefois, le statut de la Cour pénale internationale a procédé à un retour en arrière lexical en utilisant à nouveau la dénomination crime d'agression.

Comme nous l'avons déjà montré, le crime d'agression a fait l'objet d'une incrimination dans le statut du TMI et a été appliqué par le tribunal ; ce dernier considérant par ailleurs que de nombreux traités ou conventions consacraient déjà de tels faits. Toutefois, les conventions ou traités avaient une connotation hautement voire uniquement politique et c'est à Nuremberg que, pour la première fois, des conséquences non seulement pénales mais aussi individuelles ont été appliquées. D'aucuns ont pu voir en cette considération par les cinq juges alliés une considération bien plus large. L'étude rétrospective de cette infraction semble s'inscrire en faux par rapport à une telle théorie. Peut-être que l'élan novateur qui animait le tribunal n'avait comme objectif que de faire exception ; finalement, en voulant faire du droit à Nuremberg, on a peut-être fait l'inverse ; donner d'une main l'illusion d'un nouveau droit pour mieux le reprendre une fois le procès passé.

Après Nuremberg, il a fallu attendre 1974 pour que la question revienne, de manière conséquente, à la table de la communauté internationale. Cette année-là, une définition est adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 3314 de la notion d'agression à savoir : *« L'agression est l'emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la*

¹⁹¹ Cf. *supra*.

¹⁹² COALITION POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Réaliser les promesses d'une Cour juste, efficace et indépendante : Crime d'agression*, disponible sur www.iccnw.org (consulté le 04/04/2015).

Charte des Nations Unies, ainsi qu'il ressort de la présente Définition »¹⁹³. Il faut encore noter que cette définition est purement conventionnelle et que même si, inévitablement et heureusement, des éléments seront communs avec la définition pénale, s'inspirant de la résolution, elle n'entre pas, à l'époque, dans le champ du droit pénal. Lors de l'élaboration du statut de Rome, sur lequel nous nous centrons actuellement, les rédacteurs sont parvenus à un compromis. En effet, la communauté internationale n'était pas, dans son ensemble, prête à accepter qu'une agression puisse être sanctionnée pénalement, le sujet étant éminemment politique.

Dès lors, on a décidé d'inscrire cette infraction à l'article 5, comme relevant de la compétence la Cour¹⁹⁴ mais tout en laissant cette possibilité conditionnelle puisque « *La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard* »¹⁹⁵. Par l'instauration d'une porte d'entrée d'incrimination à la CPI, les rédacteurs se sont ménagés une porte de sortie consensuelle pour mettre fin à d'interminables débats. En 2010, du 31 mai au 11 juin, à Kampala, les États partis se sont attablés pour amender le statut de Rome et la plus importante des modifications fut la définition et la mise en place des conditions d'exercice de la poursuite d'un tel crime. La conférence de Kampala a ainsi défini, en introduisant l'article 8 bis, le crime d'agression comme suit : « *la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies* »¹⁹⁶. La lecture de la définition suffit à constater l'influence qu'a jouée la résolution 3314 susmentionnée, influence dont il est également fait état dans les débats de la Conférence. Les conditions d'exercice, conformément à ce que prévoyait l'article 5.2 du Statut de Rome, ont également été définies lors de cette conférence. Il faut d'emblée pointer que les articles la prévoyant, à savoir 15 bis et ter, ont mis sur pied un système différent de ce qui existait pour les autres crimes de la compétence de la Cour. La compétence sera mise en branle lorsque d'une part (15 ter), le conseil de sécurité renvoie la situation au procureur¹⁹⁷. D'autre part (15 bis), et c'est ici la nouveauté, de sa propre initiative ou sur renvoi par un État, le procureur ne peut poursuivre que pour autant que le conseil de sécurité a constaté, comme le prévoit l'article 39 de la Charte des Nations Unies, l'agression (décision politique) et que six mois se sont écoulés à partir de cette déclaration ; mais aussi quand la situation constitue une agression entre deux États parties ; et enfin, si la section préliminaire de la a autorisé l'ouverture d'une enquête.

On voit, à la lumière de la procédure mise en place, qu'en cette matière, la communauté internationale avance à tâtons. La fragilité de cette incrimination est encore renforcée par le fait qu'il y a la possibilité pour tout État partie de faire une « *déclaration de non-acceptation de la compétence* »

¹⁹³Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, *Définition de l'agression*, 29^{ème} session, 2319^{ème} séance plénière, 14 décembre 1974, R.A.G., 1974, pp. 148-150.

¹⁹⁴Statut de Rome, *op. cit.*, art. 5.1.d).

¹⁹⁵*Ibid.*, art. 5.2.

¹⁹⁶*Ibid.*, art. 8 bis.

¹⁹⁷Cela existe également pour les autres crimes.

et partant, empêcher la poursuite pour crime d'agression. En outre, ce même article indique que les États qui ne sont pas parties ne sont pas soumis à la compétence de la Cour pour cette infraction dès lors qu'elle a été commise sur le territoire de ou par un ressortissant d'un État non partie. Il faudra donc être très prudent par rapport à cette infraction que Nuremberg considérait comme la plus consistante puisqu'elle est modalisée par de nombreuses conditions et portes de sortie. À l'heure d'aujourd'hui, la Cour n'est toujours pas compétente pour de tels crimes et elle ne le sera que lorsqu'au moins trente États parties auront ratifié ou accepté l'amendement et que les deux tiers des États parties auront adopté une décision pour activer la compétence, à tout moment à compter du 1^{er} janvier 2017. *In fine*, si des crimes comme ceux de la Seconde Guerre mondiale en matière d'agression étaient commis aujourd'hui ou dans les années à venir, il faudrait se pencher non seulement sur la date de cette agression mais aussi examiner les éventuelles soustractions des États à cette compétence. En bref, il n'est point sûr, du moins sur le plan pénal, qu'un tel crime serait poursuivi actuellement ; seul l'avenir du droit et de son application nous le dira. Le droit, cette fois-ci, comparativement à Nuremberg, est bien plus en faveur de la défense qu'à l'accoutumée.

Pour le moment, même si Daesh commettait un crime d'agression, ce qui ne semble pas être le cas, les membres de cette organisation ne pourraient être poursuivis puisque, comme dit précédemment, la compétence de la Cour n'a pas encore été activée. Qu'importe le crime, il est intéressant de savoir qui, dans l'organisation de l'EI pourrait être tenu responsable.

II.2. Responsabilité personnelle et du supérieur hiérarchique

Jadis, sous l'égide de Nuremberg, la disposition : « *Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan* »¹⁹⁸ réglait le sort de ce que l'on peut appeler les supérieurs hiérarchiques. Nous avons déjà pointé ci-contre que la notion de complot que contient cet alinéa n'a pas permis à la Cour de longs développements sur la question, le statut n'étant pas très disert en l'espèce.

À une situation brumeuse, a fait place dans le Statut de Rome une clarté que nous ne pouvons que saluer. En effet, les articles 25 et 28 couvrent les différentes hypothèses et sont clairs quant aux responsabilités. Outre le cas, logique, de la responsabilité de celui qui commet l'action, nous pouvons relever différentes espèces où une personne, bien que n'ayant pas commis, de sa main, l'infraction, voit sa responsabilité pénale individuelle engagée. Ainsi, la responsabilité individuelle sera retenue si « *elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime* »¹⁹⁹, si « *en vue de faciliter la*

¹⁹⁸Statut de Rome, *op. cit.*, art. 6 *in fine*.

¹⁹⁹*Ibid.*, 25.3.b).

*commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission »*²⁰⁰, si elle y contribue²⁰¹, ou encore « *s'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre »*²⁰². Autrement dit, le spectre est très large pour voir la responsabilité engagée ; un « nouvel Hitler » entrerait probablement dans une de ces hypothèses, notamment celle de l'article 25.3.b). En outre, s'il n'y avait aucune « catégorie » dans laquelle rentrait un supérieur hiérarchique, essentiellement parce qu'il n'était pas à l'origine de ses infractions par ses ordres ou sa complicité, l'article 28 du Statut prévoit désormais une possibilité de poursuivre les supérieurs hiérarchiques, militaires (point a) ou non (point b). Désormais, ces personnes exerçant des responsabilités importantes dans les structures voient leur responsabilité engagée plus en amont encore, davantage pour les chefs militaires que civils. Le supérieur hiérarchique sera poursuivi dès lors qu'il savait ou aurait dû savoir (mesures de prévention,...) et que toutes les mesures nécessaires n'ont pas été prises pour empêcher ces crimes, pour les réprimer ou à défaut, les déférer aux autorités compétentes. Pour le civil, on va moins loin puisque ce n'est que lorsqu'il savait ou que les activités relevaient de son ressort hiérarchique ; la responsabilité est quand même plus étendue que la personnelle et c'en est d'ailleurs l'objectif. La visée d'une telle disposition est sans aucun doute de responsabiliser le sommet de chaque structure hiérarchique et de l'amener progressivement à un contrôle effectif des actes des personnes sous son commandement. Dans son analyse article par article du Statut, Otto Triffterer regrette l'absence de pareille disposition à Nuremberg puisque l'objectif de cette Cour était quand même de poursuivre les grands criminels mais il constate : « *pourtant la responsabilité du supérieur hiérarchique n'était expressément mentionnée dans aucun des statuts [...] Le tribunal a pourtant poursuivi les responsables sur base de l'article 1 de la convention de la Haye de 1907 qui prévoit (seulement) que les forces armées doivent 'être commandées par une personne responsable de ses subordonnés'. Il n'y avait pas de pareille définition »*²⁰³. Sous l'approche de la défense, il faut être conscient que comparativement à il y a cinquante ans, le droit est bien plus intransigeant encore face aux personnes plus ou moins haut placées. Dès lors, peuvent être poursuivis non seulement des nouveaux Hitler mais aussi tous ceux qui, si militaires, auraient dû avoir connaissance des crimes ; et ce, quand bien même ils n'en auraient jamais rien su. Pour un nouvel Hitler, au final le changement pour la défense ne serait pas radical, si ce n'est, comme dit au-dessus, un ancrage textuel. Relevons encore qu'en cas de concours entre la responsabilité individuelle et la responsabilité du supérieur hiérarchique, la première prévaut. Par contre, pour les personnes poursuivies sur la 'seule' base de l'article 28, le travail de la défense s'est accru. En définitive, le travail effectué par les rédacteurs du statut et les juges qui ont à l'appliquer a étendu les possibilités de poursuivre rendant la tâche de la défense plus ardue, mais à coup sûr,

²⁰⁰*Ibid.*, 25.3.c).

²⁰¹*Ibid.*, 25.3.d).

²⁰²*Ibid.*, 25.3.e).

²⁰³O. TRIFFTERER, « Responsibility of commanders and other superiors », in *Commentary on the Rome statute of the international criminal court : observers' notes, article by article* (sous la dir. de O. TRIFFTERER), Munich, Beck, 2008, p. 810. Traduction libre de : « Though command responsibility was not expressly mentioned in either of the Statutes [...] The tribunals prosecuted however commanders on the basis of article 1 Hague Convention IV 1907, which (merely) provides that armed forces must 'be commanded by a person responsible for his subordinates'. There was no definition comparable [...] ».

améliorant la construction de la justice pénale internationale.

Sur ce point, Daesh pourrait être particulièrement redoutable par manque de hiérarchie claire et nette. En effet, si on sait qu'à la tête de l'« Etat », on retrouve Abu Bakr al-Baghdadi, épaulé par un cabinet et un conseil (dont la composition et le fonctionnement restent assez flous) ; le reste des « cadres » semble être un véritable imbroglio. On a en effet, deux députés ; un pour la Syrie et un pour l'Irak. Daesh est aussi découpé en sept provinces, à la tête de chacune de ces provinces, on retrouve ainsi des gouverneurs qui travaillent eux-mêmes avec des leaders locaux²⁰⁴. On vient de le voir, la composition et la hiérarchie de l'Etat islamique sont particulièrement complexes et reposent sur de nombreux niveaux de pouvoir ce qui pourrait leur permettre, de noyer leur responsabilité dans une multitude d'intervenants. La mission de l'Accusation serait alors de démontrer la connaissance par ces différents cadres, ce qui ne semble pas être insurmontable. Toutefois, l'organisation qui tend à être celle d'un Etat sans en être un peut être un piège sournois auquel il convient de prendre garde.

Nous examinons, pour poursuivre, la problématique de la santé mentale, qui était peu encadrée précédemment, pour voir si elle est mieux définie aujourd'hui.

II.3. Maladie ou déficience mentale

Lors du procès de Nuremberg, la Cour a décidé, en raison de l'état de santé de Gustav Krupp, qu'il ne pouvait pas être jugé eu égard à son état à la fois physique et mental ; les poursuites étant maintenues pour un ultérieur procès si l'état de santé de l'accusé s'améliorait. Après examen par une commission d'experts médicaux, celle-ci conclut, le 7 novembre, que M. Krupp était « *définitivement hors d'état physique et mental de comparaître devant le tribunal* »²⁰⁵. Le même jour que l'ajournement, à savoir le 15 novembre, le tribunal refusa la requête de trois procureurs²⁰⁶ de substituer à Gustav Krupp son fils Alfried au motif, qu'on ne peut qu'applaudir, que : « *C'est une Cour de justice et non un jeu où vous pouvez faire jouer un remplaçant si un membre de l'équipe tombe malade* »²⁰⁷. L'analyse du Statut et des débats de Nuremberg montre que ce dont nous venons de faire état est la seule considération médicale. Attention, toutefois, à ce qu'il ne s'agit en rien d'un motif d'exonération pénale, comme nous en parlerons plus bas, mais seulement d'une considération émise par le tribunal, qui considère qu'au vu de l'état de santé d'un accusé, il n'est pas pertinent de le faire comparaître, pour témoigner, comprendre et être jugé. Cette considération ne porte en rien sur l'absence de responsabilité pénale. Aujourd'hui, tout comme dans le statut de Nuremberg, il n'est rien prévu dans le Statut de Rome quant à la comparution d'un accusé malade (physiquement ou psychologiquement), c'est pourquoi nous nous centrerons sur un point plus déterminant, en l'espèce, à savoir l'article 31 du Statut et du motif d'exonération pour maladie mentale. L'article 31.1.a) dispose que : « *Outre les*

²⁰⁴N. ROBINS-EARLY, « Organisation de Daesh : voici ce que l'on sait du fonctionnement de l'Etat islamique », *Huffingpost*, disponible sur www.huffingpost.fr (consulté le 01/03/2015).

²⁰⁵F. DE FONTELLE, *op. cit.*, p. 41.

²⁰⁶URSS, États-Unis et France.

²⁰⁷F. DE FONTELLE, *op. cit.*, p. 41.

autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus par le présent Statut, une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause : a) Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ». Tout d'abord, il faut que la maladie ou déficience soit présente au moment du comportement en cause, autrement dit, lors de la réalisation de l'infraction. Il faut constater que la condition « souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale » est à la fois étroite et large²⁰⁸. Étroite parce que pour voir sa responsabilité dégagee, seule une maladie de type mental peut être prise en considération de telle sorte que la cause d'exonération ne serait pas applicable face à un trouble psychique tant qu'« il n'affecte pas les capacités cognitives ou intellectuelles »²⁰⁹. Certains auteurs²¹⁰ considèrent cette conception de « mental » trop restrictive et plaident dès lors pour une acception plus large recouvrant des éléments relevant à la fois de la raison et de l'émotion. Par contre, la notion est largement appréciée en ce qu'elle ne requiert pas nécessairement une maladie, mais ouvre son champ d'application également à toute déficience. Toutefois, une maladie ou déficience ne suffit pas ; faut-il encore qu'elle « la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi », la disposition permet que le problème mental affecte ou bien l'appréciation ou bien le contrôle. Il y a lieu de se demander à quel point la maladie ou déficience doit toucher l'accusé. Le texte indique que la faculté de comprendre ou de maîtriser doit être privée ; le texte anglais est encore plus clair puisqu'il ne fait pas dans le détail : « it has to be destroyed ». La nécessité d'une capacité mentale complètement²¹¹ détruite a été critiquée²¹² pour essentiellement deux raisons. Premièrement, à exiger une maladie mentale allant jusqu'à une destruction totale induit non seulement une absence de responsabilité en vertu de l'article 31.1.a) mais aussi par l'article 32.1. Deuxièmement, et cela nous convient bien plus, une destruction ou absence totale est complètement déconnectée de la réalité puisque « mental disorders normally do not leave mentally ill people absolutely incapable of self-control or totally disorientated »²¹³. Ces auteurs ne plaident pas non plus pour descendre simplement au critère de la 'capacité mentale diminuée' ; il faut faire une approche pragmatique²¹⁴, entre « the substantial and the absolute impairment of cognitive or volitional abilities »²¹⁵. À nos yeux, il faut faire une appréciation raisonnable de l'article 31.1.a) qui ne rend son application ni impossible ni trop aisée. Dans cette optique, nous adhérons totalement à la position synthétisée et de Triffterer qui prend pour point de

²⁰⁸A. ESER, « Grounds for excluding criminal responsibility », in *Commentary on the Rome statute of the international criminal court: observers' notes, article by article* (sous la dir. de O. TRIFFTERER), Munich, Beck, 2008, op. cit., pp. 873-874.

²⁰⁹G. J. KNOOPS, *Defenses in contemporary international criminal law*, Ardsley, Transnational Publishers, 2001, p. 114.

²¹⁰S. JANSSEN, « Mental condition defences in supranational criminal law », in *International Criminal Law Review*, 2004, pp. 83-98.

²¹¹Nous insistons.

²¹²O. TRIFFTERER, op. cit., pp. 874-875 ; S. JANSSEN, op. cit., p. 85-96 ; C A SALTON, "Mental incapacity and liability insurance exclusionary clauses", in *California Law Review*, 1990, pp. 1027-1042.

²¹³A. ESER, op. cit., p. 875 ; C. A. SALTON, op. cit., pp. 1027-1042.

²¹⁴P. KRUG, « The emerging mental incapacity defence in international criminal law: some initial questions of implementation », in *American journal of international law*, Avril 2000, pp. 328 et s.

²¹⁵O. TRIFFTERER, op. cit., p. 875.

repère l' « *aurea mediocritas* », la juste mesure d'Horace.

III. Conclusion de la deuxième partie

Cette partie B), nous a permis de pointer comment le droit international pénal a rebondi à ses travers de Nuremberg et comment il a gagné en légitimité dans les récentes années. Certains pourraient nous reprocher de n'avoir défoncé que des portes ouvertes et que notre conclusion pourrait se résumer en un plat « tout est bien qui finit bien », avec la CPI. Nous nous inscrivons en faux par rapport à ce constat. Oui, nous saluons le tournant qui a été pris par le statut de Rome ; oui, nous maintenons que les critiques que nous avons émises ne sont pas purement formelles mais au contraire, définissent l'image que nous avons de notre droit. Mais non, l'arrivée de la CPI et des instruments y afférents ne règle pas tout. En effet, cette deuxième partie nous a aussi permis de mettre en évidence que la Cour située à La Haye n'a pas fini sa mission puisqu'aujourd'hui une sorte de nouvel Hitler est né²¹⁶. Peu importe la qualité du droit international, il en restera toujours pour passer outre et incarner la barbarie. Le droit aura alors une mission des plus importantes. Albert Camus disait : « *Chaque génération, sans doute, se croit vouée à refaire le monde. La mienne sait pourtant qu'elle ne le refera pas. Mais sa tâche est peut-être encore plus grande. Elle consiste à empêcher que le monde se défasse* »²¹⁷. Voilà la tâche d'une Cour pénale internationale, guider le monde vers l'Humanité, sanctionner les écarts et être porteuse d'espoir. La tâche n'est certainement pas aisée, mais elle est nécessaire. Et puisque cette tâche est loin d'être atteinte, il faudra encore des hommes prêts à défendre l'indéfendable, prêts à se mettre au service de l'impensable, prêts à accompagner les diables. Nous ne pourrions faire sans toucher un mot de ceux-là, c'est pourquoi notre troisième partie leur sera consacrée.

C) Défendre l'indéfendable ou l'avocat du diable est-il le diable ?

I. Introduction

S'attaquer à la défense d'une cause qui paraît indéfendable aux yeux de la conscience morale, de la société, voire même de la communauté professionnelle de l'avocat, pose de nombreuses questions d'ordre moral, éthique, philosophique et déontologique. Nous traiterons de ces questions essentiellement dans sa dimension belge lorsqu'elle abordera la déontologie ; sachant que les questions de type philosophique dont il sera ici fait état débordent largement des frontières de

²¹⁶F. EVIN, « Jack Lang : ' Les méthodes de Daech sont les mêmes que celles des nazis' », *Le monde*, disponible sur www.lemonde.fr (consulté le 05/03/2015) et X., « Bruno Retailleau compare Daech au régime nazi », *Le Figaro*, disponible sur www.lefigaro.fr (consulté le 05/03/2015).

²¹⁷A. CAMUS, R. GRENIER, *Œuvres complètes d'Albert Camus*, Paris, éd. Du Club de l'honnête homme, 1983, p. 23.

notre seul plat pays. Pour cerner une question hautement personnelle, nous avons relevé différents éléments destinés à aider notre approche.

L'exposition dont fait l'objet un avocat lors de tels procès est une composante que nous ne pouvons passer sous silence, nous traiterons ainsi des relations entre la presse et la justice. Une autre catégorie de personnes est entrée, récemment, sous le feu des projecteurs, il s'agit des victimes. Ces dernières, aux yeux de la conscience publique, ont un impact sur la diabolisation qui peut être faite de l'avocat. Signe de l'impact que peut avoir la morale collective, toujours, sur l'avocat, nous nous attarderons sur la défense de rupture qui veut toucher l'opinion publique et qui s'inscrit dans le cadre des atrocités liées au plus grand conflit mondial puisque rattachée à Vergès. Enfin, nous traiterons de la « liberté contrainte » qu'est le serment et qui, selon nous, est l'élément dans lequel il faut trouver la possibilité de défense du diable pour un avocat.

Au terme de cette dernière partie, nous espérons avoir donné au lecteur les clefs pour comprendre comment un homme peut être amené à défendre une personne ayant commis l'horreur.

II. Relation presse et justice

Même si cette question pourrait faire l'objet d'une contribution tout entière sur le sujet, il nous semble utile, voire nécessaire, de mettre en évidence les interactions qui existent entre la justice et la presse. En effet, dans un procès comme celui d'A. Hitler ou du même acabit, il n'y a aucun doute que les tensions sociales et publiques se déchaînant, la presse jouerait un rôle de taille. Selon la formule d'Edmund Burke et aujourd'hui communément admise, la presse est le « *quatrième pouvoir* » rebattant les cartes de la séculaire classification de Montesquieu. Force est de constater que la justice comme la presse ont vocation à rechercher la vérité, mais les moyens employés par l'un et l'autre sont différents. Là où la presse doit aller vite, simplifie les faits et procédures, et laisse « *flotter auprès du citoyen l'impression qu'il est un juge plus équitable et plus perspicace que les magistrats professionnels qui, muets et éloignés des hommes, se rassemblent dans des salles d'audience aux lourdes portes ?* »²¹⁸, la justice prend son temps, dans le respect des délais impartis et des faits à vérifier.

Nous ferions un procès d'intention, bête et méchant, si nous n'étions de bon compte. D'abord, la presse voit son rythme accéléré par l'évolution des nouvelles technologies, de la société en général qui a besoin d'un flux continu et important d'informations 'chaudes' ; ensuite nous ne pouvons dépeindre la presse dans ce sens unique. En effet, la presse a bien des fois clarifié ou accéléré des situations judiciaires : à titre d'exemple, nous pourrions citer, de part et d'autre de notre frontière : le sang contaminé, la vache folle, la dioxine,... Nous ne tirons pas cette conclusion d'un lien tenu ou artificiel que nous aurions pu constater mais bien de la bouche des juges eux-mêmes. Ainsi, M.-O.

²¹⁸C. DOUTRELEPONT, « Les relations entre la justice et la presse », *in* *Le collège de Belgique reçoit le Barreau de Bruxelles* (sous la dir. de J.-P. BUYLE), Limal, Anthemis, 2011, p. 35.

Bertella-Geffroy²¹⁹ a admis que « *grâce à la presse finalement, davantage que grâce à l'institution judiciaire, les obstacles à l'instruction ont diminué* »²²⁰. Dès lors, dans ses relations 'générales' avec la justice, nous pouvons conclure que c'est la presse elle-même qui déterminera sa plus-value ; de par le type de presse dont il s'agit, ses objectifs, la manière de réaliser sa fonction. La presse peut ainsi être un formidable outil de contrôle et d'information, bénéfique dans toute société démocratique, mais elle peut aussi être un redoutable destructeur lorsqu'elle est précipitée ou imprécise. Elle est alors un vrai danger pour la démocratie quand elle ferme les yeux sur la présomption d'innocence voire condamne avant l'heure judiciaire une personne. Si cette personne, devant la Justice, se voit blanchie, il est déjà trop tard ; le couperet de la presse s'est abattu sur elle et on ne peut plus faire marche arrière, l'homme a été mis à genoux par une presse trop en quête de sensation ou pas assez de preuves avérées. Nous pourrions conclure en rappelant les termes de Virgile²²¹ : « *Fama, malum qua non aliud velocius ullum* »²²². De la qualité de la presse dépend donc la qualité de sa relation avec la Justice. Après avoir dressé le tableau général d'une relation sous forme de « je t'aime moi non plus » entre presse et justice, et avoir pointé forces et faiblesses de cette interaction, nous pouvons montrer de manière plus ponctuelle comment interagit l'avocat face à cette même presse. L'avocat, et particulièrement celui de la défense, n'est pas vu, dans ses contacts avec la presse d'un bon œil. En effet, en ce qui concerne les magistrats, le législateur a laissé une exception au secret professionnel pour 'communication à la presse' et ce, via le procureur du roi ou un « magistrat presse »²²³. Ces figures peuvent alors « *sous réserve du respect de la présomption d'innocence, des droits de la défense, de la vie privée et de la dignité des personnes, le procureur du Roi peut, lorsque l'intérêt public l'exige, communiquer des informations à la presse tant au niveau de l'information que de l'instruction* »²²⁴. Mais les magistrats du siège, eux, n'ont pas cette possibilité et doivent ainsi se contenter des déclarations de leurs confrères debout, avec lesquelles ils ne sont parfois pas d'accord. Il faut aussi concéder que la mission de l'avocat n'est pas la même que celle des juges. Son leitmotiv est la défense de son client et même si dans cette relation avec la presse, on pourrait craindre une approche parcellaire ou biaisée des pièces du dossier ou encore ce que certains appellent une envie de 'starification', il faut bien souligner que non seulement, sa présence peut être nécessaire pour remettre la balle au centre face à la presse qui parfois accule son client dans le coin du coupable désigné. Son parti pris pour son client est toutefois connu de tous- presse comme public- et qu'il reviendra alors à ceux-ci de faire la part correcte des choses. Par ailleurs, l'avocat n'est pas totalement libre face à la presse puisqu'il est soumis aux règles déontologiques de son ordre et surtout au règlement du 17 mai 2004 relatif aux relations des avocats avec les médias. Nous pointerons certaines règles encadrant la faculté de communication de l'avocat avec les médias. Ainsi, dans ses relations médiatiques, l'avocat « *s'abstient en cette circonstance de toute recherche de*

²¹⁹Premier juge d'instruction à Paris.

²²⁰L. GREILSAMER et D. SCHNEIDERMAN, *Où vont les juges ?*, Paris, Fayard, 2002, p. 28.

²²¹M. VIRGILE (trad. A. BARTHÉLÉMY), *Énéide*, Livre IV, Paris, Hachette, 1863, p. 23.

²²²La rumeur, de tous les maux le plus vélocé (traduction libre).

²²³H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 4ième éd., Bruges, La Charte, 2005, p. 353.

²²⁴C. DOUTRELEPONT, *op. cit.*, p. 48.

publicité personnelle, de sollicitation de clientèle ou de démarchage »²²⁵ mais doit également avoir le consentement de son client²²⁶. Pour une affaire en cours, « il s'abstient en outre de contribuer à déplacer le débat hors de l'enceinte judiciaire et limite ses communications et commentaires à ce qui est justifié par les nécessités du droit de défense de son client »²²⁷ alors que pour une affaire clôturée, il doit obtenir une autorisation écrite de son ancien client et en informer préalablement son bâtonnier^{228 229}. En tout état de cause, « Lors de chacune de ses interventions, l'avocat respecte les principes qui font la base de sa profession »²³⁰ à savoir les principes de dignité, de délicatesse, de loyauté ainsi que le secret professionnel et les règles de confraternité.

Cette matière de relation presse-justice est, au regard de ce qui précède, extrêmement délicate. Le terrain est semé d'embûches, comme la tentation pour la presse de donner une information rapide quitte à ce qu'elle soit inexacte, mais aussi pour l'avocat de rompre le respect de ces règles déontologiques pour son client, mais nous ne pouvons nier que les uns et les autres trouvent partie dans l'autre, du moins lorsque les règles sont respectées. La justice se nourrit des avancées parfois plus rapides de la presse dans les investigations, l'avocat de la tribune qui lui est donnée pour garantir les éventuels excès et la presse pour ses papiers. La diabolisation de l'avocat est donc possible, mais cette relation triangulaire, doit reposer sur un respect des règles régissant chaque ordre. Au final, cette relation, parfois difficile parfois fructueuse, ne dépend que des acteurs qui la portent.

III. Place de la victime dans le procès pénal

Puisque la presse aime aussi braquer son projecteur sur les victimes, nous ne saurions passer sous silence la place qu'est la leur dans un procès pénal. En effet, même si le procès pénal constitue essentiellement le jugement par la société de faits qui ne peuvent être tolérés, et que la victime n'est qu'« un passager clandestin de la procédure et du prétoire »²³¹, il est d'un grand intérêt, et encore plus dans un cas comme celui que nous avons à traiter de prendre en compte la victime qui peut voir en ce procès une sorte de catharsis puisque « pour les victimes, rien ne peut remplacer l'œuvre de la Justice. Elle fait des survivants des vivants »²³². Nous ne nous attarderons pas sur la

²²⁵O.B.F.G., Règlement du 17 mai 2004 relatif aux relations des avocats avec les médias, art. 1.

²²⁶*Ibid.*, art. 3.

²²⁷*Ibid.*, art. 2.

²²⁸Cette condition existe aussi pour les affaires en cours mais l'article 2 dispose que cette information se fait « en règle » là où l'article 11 ne mentionne pas une telle locution.

²²⁹O.B.F.G., *op. cit.*, art. 11.

²³⁰*Ibid.*, art. 4.

²³¹FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport sur le séminaire international sur l'accès des victimes à la Cour pénale internationale*, Paris, 27-29 avril 1999, disponible sur www.fidh.org (consulté le 3/11/2015).

²³²B. CATHALA, « La Cour pénale internationale et les victimes », in *Les cahiers de la justice*, 2006, p. 229.

place qu'occupe la victime dans le droit interne²³³, par souci de concision, et centrerons notre étude sur celle devant la justice pénale internationale et son évolution depuis la Seconde Guerre mondiale.

À Nuremberg, et probablement dû aux nombreuses preuves dont disposaient les juges et l'Accusation, les victimes étaient pour ainsi dire absentes du procès. Ainsi, dans l'acte d'accusation qui fût dressé, s'il est fait état des victimes, c'est uniquement afin d'indiquer la conséquence des actes commis, mais en aucun cas n'est prise en considération la victime pour ce qu'elle est. Le procès fait donc sortir la victime par la porte, ou plus exactement ne la laisse pas rentrer, et c'est par la fenêtre du jugement, et de manière indirecte qu'elle va réapparaître par ces mots : « *la guerre est un mal dont les conséquences ne se limitent pas aux seuls Etats belligérants mais affectent le monde tout entier* »²³⁴. On constate que la victime apparaît en filigrane et mine de rien, mais jamais de manière individuelle. Pour le tribunal, la victime est l'Humanité tout entière et absorbe dans cette catégorie les souffrances individuelles. Sans faire une analyse détaillée de l'ensemble des évolutions ayant jalonné le statut de la victime entre 1945 et aujourd'hui, nous pouvons affirmer qu'à la fin du vingtième siècle, devant les juridictions pénales internationales *ad hoc* (TPIY ou TPIR) ou internationalisées (Timor Leste,...), la victime a fait son apparition dans le déroulement du procès pénal, toujours pas en tant que victime, mais bien comme témoin, « *troisième partie au procès* »²³⁵.

Avec le statut de Rome (et le règlement de procédure et de preuve de la Cour), le changement est net. Pour la première fois en droit international, il est possible pour la victime de devenir un véritable acteur du procès par l'intermédiaire de l'article 68§3 du statut qui dispose que : « *Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve* »²³⁶. Ainsi lorsque les conditions sont remplies, la Cour est tenue d'entendre les vues de la victime et de les examiner lorsque la double condition de respect des droits de la défense et de l'appréciation discrétionnaire de la Cour est remplie. *Primo facie*, on peut donc affirmer que le statut de la victime a évolué d'une victime-passive à une victime-active qui, par voie d'intervention, pénètre dans le procès et atteint le prétoire. Une fois la décision prise par la Cour, l'influence de la victime sur le procès est bien plus restreinte même si encore existante. Il lui est permis de participer aux débats relatifs à la fixation de la peine, ce qui peut paraître surprenant puisque la peine pénale a deux rôles essentiels à savoir sanction et dissuasion. Mais le premier pas vers la réhabilitation de la victime peut passer par la peine et c'est pourquoi cette porte lui est entre-ouverte.

On peut donc conclure que la place de la victime a énormément évolué en l'espace d'un demi-siècle. Passant d'une absence totale de victime, si ce n'est comme spectateur à Nuremberg à un rôle

²³³ Nous renvoyons le lecteur curieux à l'excellent COLLECTIF, *La place de la victime dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé le 28 octobre 2004 à la Maison des Parlementaires à Bruxelles, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2005.

²³⁴ TMI, *op. cit.*, t. I, p. 197.

²³⁵ A.-T. DEMASSON, *La victime devant la justice pénale internationale*, Limoges, PULIM, 2012, p. 37.

²³⁶ Statut de Rome, *op. cit.*, art. 68§3.

extrêmement actif, mais encadré, à La Haye. Nous n'aurions donc pas eu les mêmes adversaires à Nuremberg que ceux que nous pourrions avoir face à la CPI, et cela peut également guider l'avocat dans son choix de défense. Probablement, et c'est positif pour autant que cela reste raisonnable, le droit international a compris que « *La Justice sépare [...] la victime de sa souffrance* »²³⁷.

IV. Défense de rupture

En évoquant le rôle de la défense, nous ne saurions faire sans nous attarder sur la technique de défense toute particulière, dont le plus illustre représentant reste feu Jacques Vergès, qu'est la défense de rupture. Dans son expression la plus extrême- et donc aussi la plus négative- la rupture n'a pas été inventée par Vergès et il n'a d'ailleurs jamais adhéré à ces thèses extrémistes. Pour comprendre ce que nous entendons par la « rupture extrême » nous donnerons l'exemple des Brigades rouges, italiennes. Dans cette affaire, les personnes poursuivies avaient refusé l'aide de leur avocat, en les récusant et les accusant de collusion avec les magistrats²³⁸. Le bâtonnier de Turin, Me Croce, leur en commit un d'office comme le commandait la loi italienne ; les brigadistes ont alors fait assassiner le bâtonnier « *pour signifier leur rupture totale avec le système judiciaire* »²³⁹. De tels actes, on ne peut en reprocher à Vergès qui est resté dans les lignes, sans les dépasser, mais en les bousculant avec force et vigueur ; « *L'avocat qu'il fut maintint de la sorte ce lien essentiel entre la justice, le barreau et ces accusés, sans lequel aucun procès n'est plus possible. Les seules armes dont il fit usage furent le droit et la rhétorique.* »²⁴⁰. On peut donc affirmer que dans son acception raisonnable, Vergès fut un véritable porte-drapeau d'une stratégie que nous présenterons dans les lignes qui suivent.

À circonscrire cette technique de manière brève, l'on pourrait dire que la défense ou le procès de rupture consiste en la négation de toute légitimité de juger la personne poursuivie, à l'égard du juge ou plus largement, de la juridiction. Trois points, liés, méritent d'être soulevés. D'abord, par cette stratégie, si tant est que ça en soit une, la défense décide de transformer le tribunal en tribune. En d'autres termes, « *À l'audience, on ne s'adresse pas au tribunal. On se sert du tribunal comme porte-voix pour toucher l'opinion. Laquelle va agir, ce que le tribunal ne ferait pas* »²⁴¹. Ensuite, la mécanique est complètement inversée en ce qui concerne les rôles ; la défense devient l'Accusation puisqu'elle accuse et dénonce le tribunal pour juger. *In fine*, on pourrait résumer toute la technique du procès de rupture par une question, qui est d'ailleurs l'intitulé d'un sous-titre d'un livre de Vergès²⁴² :

²³⁷P. LEGENDRE cité par H. OUERGHUI, *La pénalisation des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Mémoire de Maîtrise en droit, Montréal, Université du Québec, Département des sciences juridiques, 2002, disponible sur www.juris.uqam.ca (consulté le 05/03/2015).

²³⁸Cette affaire n'est pas sans faire penser, avec une fin bien moins tragique, aux « CCC » (Cellules communistes combattantes)

²³⁹F. SAINT-PIERRE, « Non, Jacques Vergès n'a pas inventé la défense de rupture », *Le Monde*, 20 août 2013, disponible sur www.lemonde.fr (consulté le 03/12/2015).

²⁴⁰*Idem*.

²⁴¹S. RAOUF, « Jacques Vergès : 'procès de rupture', droit international et USA », *Quotidien d'Oran*, 16 février 2006, disponible sur www.michelcollon.info (consulté le 03/12/2015).

²⁴²J. VERGÈS, *op. cit.*, pp.15-27.

« qui êtes-vous ? ». Cette question est pour l'avocat de la défense qui emploie la défense de rupture comme une lame de fond : qui êtes-vous, juge ou juridiction, pour juger mon client, pour juger ces faits. En définitive, la visée d'une telle défense « *n'est pas tant de faire acquitter l'accusé que de mettre en lumière ses idées* »²⁴³.

Il est intéressant de voir l'évolution de ce mode de défense, pour en comprendre toute la portée, et qu'il n'est pas neuf puisqu'il est déjà rattaché à la défense que Socrate²⁴⁴ soutenait lorsqu'on lui reprochât de dépraver la jeunesse. Il se refusa à toute approche sentimentaliste, comme c'est le cas dans le procès de rupture : « *Vous vouliez un Socrate qui se lamentât, qui gémit, qui prononçât les mots et fit les gestes que je juge indignes de moi mais que votre expérience des autres pouvait vous faire attendre. Je ne regrette pas maintenant de m'être défendu de la sorte ; j'aime bien mieux mourir après cette défense que vivre à votre piège* »²⁴⁵. Plus encore, Socrate, précurseur, déjà, du procès de rupture ne comprenait pas comment il revenait aux tribunaux athéniens de le juger et prononçait ces termes : « *Croyez-vous qu'en tuant les gens vous éviterez qu'il demeure quelqu'un pour vous crier que vous ne savez pas vivre et vous prendre à partie là-dessus ? Vous calculez bien mal : une telle manière de s'en tirer n'a pas plus d'efficacité que de beauté* »²⁴⁶.

Si la plus ancienne trace de cette défense remonte à Socrate, elle a été appliquée dans différentes circonstances, à traits politiques, pour la plupart. Deux hommes se sont attelés à la tâche de théoriser une telle technique ; Vergès dont nous avons déjà fait état ci-avant mais aussi, plus tôt, l'avocat communiste Marcel Willard, dans son ouvrage : « La défense accuse ». De ce dernier, une considération est intéressante à relever²⁴⁷, celle du juste milieu à trouver dans la rupture. Willard reprend les termes de Dimitrov : « *Il est faux et stupide de ne proférer que des phrases communistes et d'insulter le tribunal. [...] je n'ai pas commencé par caractériser le tribunal comme un instrument de la dictature fasciste, car je savais qu'en parlant ainsi je perdrais la possibilité de continuer ma défense : j'ai préféré mener ma défense de manière que tout le monde se rendît compte que le tribunal est effectivement un instrument de dictature fasciste* »²⁴⁸. Il est marquant de voir que même dans une défense qui se veut agressive, où on veut « *maîtriser, dompter et museler la bête qu'est le tribunal* »²⁴⁹, on incite à ne pas être acerbe juste pour la forme, il faut trouver un équilibre entre une stratégie de défense qui par essence est agressive, puisque le défendeur devient accusateur, mais sans brûler toutes ses cartes par un assaut trop virulent. Cela indique que la défense de rupture ne doit pas être confondue avec une démarche qui renverse le perchoir du tribunal dès l'entrée en scène de la figure de la défense. La position qui est maintenue est ici bien plus fine que ce qui pourrait

²⁴³J. VERGÈS, cité par F. SAINT-PIERRE, *op. cit.*

²⁴⁴Dans son livre, Vergès répertorie différents procès, au fil des siècles, qui ont été marqués par une défense de rupture. Nous nous devons d'être concis et avons donc choisi de n'exposer que le premier de ces procès pour mettre en évidence ses lointaines origines.

²⁴⁵PLATON (trad. P. BOUTANG), *Apologie de Socrate*, Paris, Wittman, 1946 cité par J. VERGÈS, *op. cit.*, p. 93.

²⁴⁶*Idem.*

²⁴⁷Non pas que le reste soit dénué de pertinence mais la connotation profondément communiste ne nous semblait pas des plus objectives quant à l'analyse de cette défense.

²⁴⁸G. DIMITROV, *Lettres, Notes et Documents datant de ma détention et du procès de Leipzig*, Paris, éd. sociales internationales, 1936, document n°41.

²⁴⁹M. WILLARD, *La défense accuse*, Paris, Éditions sociales, 1955, p. 337.

paraître. Puisque l'objectif est de : « *Défendre sa cause et non sa personne, assurer soi-même sa défense politique, attaquer le régime accusateur, s'adresser aux masses par-dessus la tête du juge* »²⁵⁰, il faut parvenir à atteindre la conscience du peuple sans s'être brûlé les ailes avant.

Technique de défense à part entière, elle suppose de l'avocat de la défense une rupture toute particulière par rapport au procès en cours. Si elle émane parfois de la personne défendue, il est plus courant que cette défense soit une idée de l'avocat. Dès lors, force est de constater qu'il voit en ce procédé une forme de justice qui l'amène à se charger de l'affaire. Il peut aussi tirer sa volonté de défendre de l'acte fondateur de la profession.

V. Le serment comme fondement de la limite morale

Nous pensons que c'est dans le serment qu'il faut trouver la substantifique moelle de ce qui anime l'avocat lorsqu'il décide d'épouser la défense. Cette limite, c'est la société qui lui impose. Liberté imposée, morale activée.

V.1 Tour et contour du serment

Tout avocat du royaume, en devenant avocat, prête serment ou plutôt devient avocat en prêtant serment. Ce serment est en mesure de nous éclairer sur ce qui doit guider l'avocat dans le choix des affaires qu'il pense être en mesure de défendre. Ainsi, ce serment reprend les termes suivants : « *je jure [...] de ne conseiller aucune cause que je ne croirai pas juste en mon âme et conscience* »²⁵¹ ; en instaurant celui-ci, le législateur a donc mis un accent tout particulier sur une approche individuelle de l'avocat face au choix de la défense ou non de l'affaire.

Même si le serment ne mentionne pas cette précision, il faut, selon nous, faire une distinction entre personne et cause. Peut-être n'est-ce qu'une imprécision dans ses termes, mais être l'avocat d'une personne ou d'une cause est une chose tout à fait différente. Nous pensons qu'il est tout à fait envisageable de défendre une personne sans adhérer à sa cause. Ainsi, si nous acceptons de défendre Hitler en tant que personne, ce n'est pas pour autant que nous pourrions défendre ce que représente la pensée nazie. Le droit pénal, en règle générale, est un droit *ad hominem*, touchant une personne ; et dans la même perspective nous croyons en la fonction d'avocat (pénaliste) de personne et pas de cause.

Edmond Picard s'est interrogé sur un paradoxe qui est issu du serment ; il se demande comment deux avocats, adversaires, pourraient tous les deux considérer qu'ils défendent une juste cause. Dans une formule bien ficelée, il énonce : « *Que vaut ma conscience, que vaut mon âme, que*

²⁵⁰Lénine avait fixé cette ligne de conduite dès 1905, à tous les Bolcheviks traduits en justice ; Voy. M. WILLARD, *op. cit.*, p. 30.

²⁵¹Code judiciaire, art. 429.

valent celles des confrères que je rencontre chaque jour comme contradicteur à la barre, si elles peuvent toutes être à ce point contraires, que sur des questions de fortune, d'honneur et de liberté, elles sont perpétuellement en désaccord ? [...] Et ce n'est pas tout. Si mon client avait été chez mon adversaire et si le sien fut venu chez moi, ne nous eût-on pas vus plaider, lui, ce que j'ai plaidé, et moi, ce qu'il a soutenu ? [...] »²⁵². S'il est vrai qu'en lisant ces lignes, nous nous sommes véritablement remis en question ; comme l'a pointé Patrick Henry, cette thèse repose sur une double erreur. Premièrement, Picard confond juste cause et cause fondée. Ensuite, il ne considère une cause juste que si elle est conforme à la vérité, une et indivisible. Or, la vérité ne peut être une, mais au contraire est multiple²⁵³ et la juste cause ne recoupe pas la cause fondée. Trois négations pour baliser la juste cause sont présentées par Yvon Hannequart²⁵⁴. D'abord, le juste est différent du droit de telle sorte qu'il est possible de défendre une thèse qui s'oppose à ce qui est disposé par la loi parce qu'on la considère comme injuste. Il conviendra de mettre en évidence, pour ses clients, que plaider à l'encontre de ce que dit la loi n'est ni une sinécure ni gagné d'avance – loin de là même- mais c'est tout à fait concevable. Découlant de cette première prétention, et puisqu'il est loisible de plaider à l'encontre de la loi, c'est que le concept de « juste » n'est pas établi une fois pour toutes. Comme l'affirme Henry : « *Le juste est-ce l'égalité, la solidarité, la fraternité, la dignité, la probité, la loyauté ? Ni les unes, ni les autres. Toujours une combinaison de ces valeurs, mais dans des proportions qui évoluent, qui s'adaptent, en fonction de l'évolution des mœurs, de la diversité des contextes socioculturels, de la multiplicité des situations concrètes* »²⁵⁵. Enfin, comme déjà susexplicité, le juste se différencie du vrai.

V.2 Un serment à application (légèrement) variable face au pénal ou au civil

D'emblée, il nous faut distinguer la procédure pénale et celle civile quant à la juste cause. Au civil, deux particuliers s'affrontent, chacun ayant la charge de la preuve pour ce qu'il allègue. Au pénal la donne est complètement différente. La personne poursuivie, présumée innocente, est représentée par son avocat qui n'a pas pour rôle de prouver l'innocence de son client, mais bien de démontrer que sa culpabilité n'est pas établie à suffisance ou, lorsque celle-ci l'est, d'atténuer sa responsabilité. Le rôle de l'avocat pénaliste peut être aussi de simplement d'expliquer les faits et de « *restituer son humanité à un comportement qui en paraît complètement dénué* »²⁵⁶. Nous centrerons notre exposé sur le serment, la juste cause et son application d'un point de vue pénal, ce domaine étant le centre de la présente contribution.

²⁵²E. PICARD, « Le paradoxe de l'avocat », in *Pandectes belges*, t. III, 1879, p. 15.

²⁵³Voir les exemples fournis par Henry sur le seul fait de l'observation du ciel ; P. HENRY, « La déontologie de l'avocat : peut-on se servir de la procédure en vue de faire triompher les intérêts du client ? », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, 2011, De Boeck, Bruxelles, p. 64.

²⁵⁴Y. HANNEQUART, « Le juste cause ou l'éthique de l'acceptation de la défense et du conseil », in *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles des avocats*, éd. Du jeune barreau de Liège, 2001, pp. 61-150.

²⁵⁵P. HENRY, *op. cit.*, p. 68.

²⁵⁶P. HENRY, « L'avocat ? Un porte-dignité », *Libre Belgique*, 9 mars 2009, disponible sur www.lalibre.be (consulté le 10/12/2015).

Ainsi, malgré la mise en balance des intérêts, notamment d'ordre moral, l'avocat pénaliste pourrait tout à fait défendre un client en dépit du caractère injuste de sa prétention. La raison d'être de cette possibilité doit être trouvée dans la nature même du procès pénal, mais aussi dans la présomption d'innocence.

Dans une telle procédure, il existe d'emblée un déséquilibre entre d'une part la personne poursuivie et d'autre part le ministère public, chargé de représenter la société dans la poursuite et la répression des infractions. Le rôle de l'avocat de la défense dans de telles circonstances est de contrebalancer tant bien que mal les prérogatives dont dispose l'Accusation. La défense des intérêts d'un client lambda conformément à ce que l'avocat considère comme une juste cause n'est pas la seule mission de celui-ci; en matière pénale, il y a aussi la protection des personnes qui sont soumises à la puissance sanctionnatrice de l'autorité publique et qui se trouvent alors dans une situation de déséquilibre. Dès lors, *« pour que la défense de la prétention injuste puisse être acceptable en âme et conscience, il faut qu'elle représente au plan général une valeur positive par rapport au statut de défense en justice et d'auxiliaire du judiciaire, mais en outre que la sauvegarde de cette valeur justifie l'intervention de l'avocat malgré l'injustice qui se manifeste dans le cas concret »*²⁵⁷. En d'autres termes, l'appréciation en âme et conscience, toujours, est légèrement déplacée. La présomption d'innocence est déterminante dans cette possibilité de défendre une cause injuste. Ainsi, dans notre société, on considère que la défense, peu importe la valeur morale de la prétention, et le respect de cette présomption sont constitutifs des bases fondamentales. Notons, en outre, qu'en matière pénale l'accusé a tout loisir de mentir, mais que ce mensonge ne change rien par rapport au choix de l'avocat de défendre ou non puisque dans le cas contraire, cette possibilité de mentir n'aurait plus lieu d'être. En effet, c'est souvent lorsqu'il connaît la vérité que le pénaliste peut considérer une prétention comme injuste. Mais le fait qu'en matière pénale, l'avocat puisse accepter de défendre une cause bien qu'il ne la considère pas comme juste, n'oblige pas l'avocat à accepter une telle mission, soit parce que dans sa mise en balance, le rôle de l'avocat face à la présomption d'innocence et à son rôle social pèse moins lourd que l'« injustice » de la cause, mais aussi par manque d'envie, de temps,...

Au final, c'est la conscience de l'avocat qui doit le guider quant à son appréciation de défense d'une affaire, sans qu'une cause 'injuste' ne soit exclusive, en matière pénale du moins, d'acceptation de la cause. En choisissant un critère extrêmement subjectif, le législateur se doutait bien que l'appréciation serait différente en fonction de chaque homme et femme de la profession. C'est donc un exercice très difficile auquel se confrontera l'avocat qui fera face à sa conscience et à son âme.

V.3 Influence de la « morale sociale »

Une autre réflexion porte sur l'influence que peut avoir la société sur l'avocat, mais aussi sur

²⁵⁷Y. HANNEQUART, *op. cit.*, pp. 73-74.

son choix de défendre telle ou telle cause. L'influence est certaine mais est-elle pour autant néfaste ? Cette influence est certaine, parce que l'avocat, même le plus corporatiste qui puisse exister évolue toujours dans une société, société qui est le ciment même de la norme juridique. Mais sur la question du serment, pour reprendre les termes de Y. Hannequart, « *la société commande à chaque avocat de satisfaire [à des exigences d'ordre éthique] pour être en règle avec ses propres exigences* » ; de manière quelque peu oxymorique, on peut dire que la société oblige l'avocat à être libre. Le législateur a, par l'emploi de mots tels que ceux de 'conscience' ou d' 'âme', indiqué clairement que l'appréciation de la cause est extrêmement liée à la personne de l'avocat. L'avocat va donc sonder jusqu'aux tréfonds son âme pour savoir s'il trouve dans la cause une forme de Justice. On ne lui demande pas d'effectuer une analyse mathématique sur les chances de succès ou non, mais s'il aperçoit dans cette cause une raison de défendre. C'est donc l'avocat qui doit se fixer lui-même ses propres limites.

V.4 Droit à l'assistance d'un avocat

L'on peut se demander comment articuler d'une part le choix de l'avocat de défendre ou pas et le droit à l'assistance d'un avocat pour chaque justiciable. En effet, le droit d'accès à un avocat est consacré par différents instruments juridiques. Parce que s'il est de l'appréciation de chacun de défendre ou non une cause, chaque personne, indépendamment des faits commis – si horribles fussent-ils- a le droit d'être représentée par un avocat. Ainsi, la convention européenne des droits de l'homme, en son article 6 traitant du procès équitable, dispose que tout accusé a droit à « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* »²⁵⁸. La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne traite aussi de ce droit à l'article 47 : « *Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.* ». Nous ne nous attarderons pas sur la directive 2013/48/UE qui prévoit l'assistance d'un avocat dans les premiers stades de la procédure²⁵⁹ puisque ce n'est pas tant la modélisation de ce droit qui présentement nous intéresse, mais bien le principe même. Cet accès à un avocat semble indispensable pour que le procès soit équitable, mais plus encore pour la Justice tout entière. D'un point de vue juridique, comme nous nous en doutions, rien ne s'oppose à ce qu'un avocat refuse de défendre une personne ou une cause. Nous n'avons pas dans nos systèmes, et d'ailleurs nous n'avons aucune connaissance contraire dans le monde, une restriction pour l'avocat de défendre. Pareille chose reviendrait d'ailleurs à vider la substance même de la fonction d'avocat. Toutefois, il est loisible pour la personne poursuivie de renoncer à l'assistance d'un avocat. Si un accusé se retrouve toutefois dépourvu d'avocat pour des raisons financières, le bureau d'aide juridique prendra toutefois le relais et si le problème est que personne n'est trouvé, parce qu'aucun avocat ne se sent la conscience ou les épaules pour assumer tel type d'affaires, le bâtonnier sera chargé de désigner un avocat pour assurer cette défense. En tout état de cause, pour celui qui ne refuse pas de se faire

²⁵⁸Convention européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*, art. 6.c).

²⁵⁹Cette directive consacre la jurisprudence « Salduz ».

assister, un droit, européen et constitutionnel²⁶⁰ au surplus, le protège et lui donne le droit, en toutes circonstances, d'être défendu par un avocat.

In fine, il faut alors mentionner la balance entre d'une part un droit pour le poursuivi et la faculté pour l'avocat de défendre, en fonction de ce que sa conscience lui dicte.

V.5 Position personnelle

À notre estime, et la position qui est la nôtre est on ne peut plus personnelle, les balises existantes qui doivent guider l'avocat dans son choix de défense ou non sont suffisantes puisque ce ne sont pas des règles rigides mais une liberté de conscience qui est imposée et qui permet ainsi au représentant de la défense de poser un choix selon sa propre morale. Il faut toutefois préciser d'emblée que notre position ne serait pas identique selon ce qui nous est demandé par notre client.

Une distinction doit alors être faite : l'avocat choisi par son client et l'avocat dit « commis d'office »²⁶¹. Pour l'avocat auquel un justiciable a fait appel et qui a accepté la défense, hormis dans les cas d'application de la loi sur la protection de la jeunesse ou de la défense sociale, il est nécessaire que le client accepte la ligne de défense qui sera celle de son défenseur. Bien sûr, si l'avocat, après que son client lui ait demandé de plaider dans tel ou tel sens, lui expose qu'il n'en est pas en mesure- juridiquement ou moralement- et que le client concède de suivre l'opinion de son avocat, aucun problème ne pointe. Par contre, si le client persiste dans sa stratégie de défense et qu'elle est inconcevable aux yeux du praticien, ce dernier devrait refuser la défense s'il ne l'a pas encore acceptée ou, le cas échéant, s'en dessaisir. En effet, l'avocat perdrait toute l'indépendance inhérente à son statut et qui lui est dictée par la déontologie s'il laissait son client dicter la ligne de défense, indépendamment de l'intérêt du client.

Pour l'avocat « commis d'office », la donne est différente. S'il est vrai que, dans la mesure du possible, l'avocat doit tâcher de concilier au maximum la défense qu'il veut construire et plaider à l'acceptation par son client, nous ne sommes, *in casu*, plus dans une obligation inconditionnelle, contrairement à l'hypothèse précédente. Le rapport qui unit l'avocat et son client est en effet ici différent de précédemment puisque la personne poursuivie n'avait aucune volonté d'être représentée par un avocat, la distance entre les deux est donc plus grande. Il est donc possible, dans cette hypothèse, pour l'avocat de la défense de présenter à la Cour une argumentation contraire à la volonté de son client, toujours dans l'intérêt de la personne défendue. Notons encore qu'il est toujours préférable, dans les limites du secret professionnel, d'indiquer au juge que la défense s'écarte du vouloir du client.

²⁶⁰Const., art. 23 : « Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment : [...] 2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et **juridique** »

²⁶¹On entend par « avocat commis d'office », non pas celui assistant son client par le biais de l'aide juridique mais bien celui qui défend un client sans que ce dernier en ait fait la moindre demande.

Les balises établies, et surtout la distinction entre commis d'office ou non, nous pouvons maintenant exprimer notre point de vue sur le choix de défendre Hitler (tel qu'il a existé ou tel qu'il, nous ne le souhaitons pas, existerait ; le chef de Daesh, par exemple). Nous ne nous attarderons pas dans la présente section sur une éventuelle application de la loi défense sociale, l'état psychologique étant traité par ailleurs. Nous partirons du postulat selon lequel la défense a été demandée et acceptée par la personne poursuivie, le cas du « commis d'office »²⁶² étant assez marginal. Ainsi, si Hitler était venu à nous afin de constituer sa défense, nous n'aurions pu lui donner une réponse instantanée. En effet, une telle affaire mérite plusieurs interrogations pour l'âme et la conscience de l'avocat. Même si, comme nous l'avons vu, le pénaliste peut plaider pour une cause qu'il ne trouve pas « juste », il lui revient de mettre en balance ce « non-juste » avec la fonction sociale qui est la sienne. À cette première question, en notre âme et conscience, nous répondrions favorablement. En effet, nous voyons en la fonction de l'avocat et plus particulièrement du pénaliste, un rôle déterminant de défenseur de l'équité du procès. De plus, nous considérons que même là où les faits sont implacablement avérés, son rôle est aussi primordial, il doit pouvoir être la bouche de l'accusé, le recul en plus, non pas pour nier mais bien pour expliquer, mettre en contexte des faits qui ne sont pas venus de nulle part mais qui sont le fruit d'erreurs, d'une situation historique, socio-politique. Au final, l'avocat, dans certaines circonstances, les plus rudes, n'est pas là nécessairement pour plaider l'acquittement, mais pour, dans les magnifiques termes de Patrick Henry, « *être alors là, présent, à côté d'un homme, simplement pour l'aider à se tenir debout* »²⁶³. Cette dernière phrase résume à merveille une des raisons mais la principale pour laquelle, nous accepterions, du plus profond de notre âme, une telle affaire. Toutefois, nous n'acquiescerions pas à une telle défense les yeux fermés, de manière inconditionnelle ; tout dépendrait de ce que notre client accepterait comme ligne de défense. S'il s'accorde avec notre position d'explication de tels actes mais aussi avec celle de soulever et d'attaquer tous les problèmes de procédure qui parsèment la procédure et qui entachent un tel procès, nous pourrions tout à fait prendre à bras le corps une telle défense. Par contre, notre position serait radicalement opposée dans le cas où notre client nous demanderait de contester des faits avérés (négationnisme), ou d'alléguer que les faits commis étaient justes dans leur intention. Dans un tel cas, nous ne pourrions faire autrement que décliner la défense si notre client persistait dans une pareille voie. En effet, et nous revenons ici à notre prise de distance par rapport au serment, en droit belge puisqu'accepter de défendre l'inexistence de tels faits ou l'effet bénéfique des crimes reviendrait, *ipso facto*, à défendre la cause nazie. Or ce n'est pas la cause que nous voulons défendre mais bien l'homme. La précision n'est pas purement lexicale, elle est, à nos yeux de taille et fait entièrement basculer l'acceptation ou non pour l'avocat, que nous nous imaginons, d'accepter la cause.

Nous avons tâché de montrer dans ces lignes traitant du serment qu'il s'agit du fondement même de la conscience de l'avocat. Cette liberté qui lui est conférée est la preuve même de la

²⁶²Nous rappelons que l'aide juridique ne fait pas partie du « commis d'office ».

²⁶³P. HENRY, « La déontologie de l'avocat... », *op. cit.*, p. 64.

confiance placée par la société quant à son rôle de défense. On ne pourrait lui reprocher l'acceptation d'une affaire dès lors qu'il se trouve en accord avec son âme et sa conscience. Probablement s'agit-il là d'une introspection qui n'est guère aisée, mais tant qu'elle existera, elle restera le meilleur garant des dérives morales de la défense.

VI. Conclusion de la troisième partie

Nous venons de le voir, différents facteurs sont susceptibles d'influencer le choix de l'avocat confronté à sa décision. Des éléments tels que le rééquilibrage face à des *media* acharnés, la contextualisation pour les victimes ou encore la rupture face au processus de justice peuvent entrer dans sa balance morale. Mais s'il y a bien un facteur qui nous semble être décisif, c'est celui du serment. L'avocat, seul, sondant sa conscience et son âme, peut déterminer s'il est légitime de défendre l'accusé qu'il a face à lui. Si pour une raison qui lui appartient, que ce soit le droit à l'assistance d'un avocat, la volonté d'« aider un homme à se tenir debout » ou encore tout autre motif dicté par sa morale, alors non, l'avocat du diable n'est pas le diable. Parce qu'il sera animé par un principe moral qui lui est propre et personne ne pourra le lui reprocher. Par contre, si ses seules motivations résident en une starification, en la quête de conséquents honoraires, alors oui, l'avocat sera le diable.

En définitive, c'est ce qui porte l'avocat dans sa volonté de défendre qui est déterminant. Et les principes qui sous-tendent cette défense sont on ne peut plus personnels. Il y eut et aura toujours besoin d'avocats prêts à porter le fardeau d'une défense difficile. Non pas pour des raisons liées au sacro-saint principe de droit à l'assistance de l'avocat, mais parce qu'il faudra toujours des hommes pour considérer « *que l'humanité ne se divise pas en deux parties: les bons et les monstres. Être intimement convaincu que seul l'homme peut devenir inhumain. Je répète souvent que je défends les hommes, pas les crimes. La noirceur fait partie des êtres* »²⁶⁴. Défendre le diable est, à nos yeux, porteur d'Humanité.

Considérations finales

Il est maintenant temps de clôturer la présente rédaction en tirant les enseignements de nos recherches. Cette présente conclusion s'articulera en deux points. D'abord, nous présenterons ce que ce travail nous a apporté aussi bien d'un point de vue juridique que d'un point de vue humain. Ensuite, nous traiterons d'une distinction parfois floue, parfois tenue entre droit et justice ; distinction qui, à nos yeux, n'a pas été effectuée à Nuremberg, mais qui tend à se résorber dans le sillon de la CPI.

²⁶⁴E. DUPOND MORETTI, citation tirée de www.quepourlesjuristes.fr (consulté le 15/03/2015).

I. Apport personnel

L'apport personnel a été de taille à deux points de vue qui sont, pour l'étudiant en droit que nous sommes, liés.

Tout d'abord, juridiquement, nous avons pu percevoir l'évolution d'un droit qui est encore peu connu, hormis par ceux qui s'y intéressent, à savoir le droit pénal international. Il nous fut intéressant de percevoir d'où vient ce droit et par quel(s) état(s) il est passé avant d'aboutir au droit actuel, à la CPI et à son champ d'action. Tout ne se fit pas ni sans mal ni sans reproche comme nous l'avons précédemment pointé. Plus que jamais, nous avons pris conscience que ce droit international est pétri de considérations politiques bien plus grandes encore qu'en droit national et que, partant, son évolution peut être ralentie par les événements qui marquent l'Histoire mais aussi les relations interétatiques. Toujours, dans cette même veine, nous nous réjouissons d'avoir eu la possibilité de mettre le pied à l'étrier d'une branche du droit encore peu connue et qui, pourtant, mériterait de l'être. En effet, et nous plaçons ici pour la promotion du droit international pénal, puisqu'il s'agit ni plus ni moins à la fois du fondement de la paix et la sanction de son non-respect. L'instruction de ce droit dans les facultés de droit comme à tout homme, dans des degrés différents évidemment, permettrait de conscientiser tout un chacun sur les règles entourant les conflits armés, leurs tenants et aboutissants, et leurs sanctions. Au final, toutes ces règles ont pour objectif, tout comme leur enseignement l'aurait, la promotion de la paix. Toujours dans le domaine du droit, mais quittant celui du pénal international pour entrer dans un volet plus moral ou déontologique, nous avons été marqué par le fait que ces règles qui touchent à la morale de l'avocat, à son acceptation de défense d'une cause voire à sa relation avec la presse, et qui en définitive sont intimement liées à la conscience sont encadrées par des règles certes déontologiques, mais par lesquelles l'avocat est tenu. Enfin, et il faudra lier cette considération avec la deuxième partie de la présente conclusion, la vision stricto-juridique a été quelque peu égratignée. En effet, le droit dans le sens de la maxime *dura lex sed lex*, n'a pas toujours été respectée pour des considérations morales. S'il est vrai que les deux sont liés, la confusion qui en a été faite nous a surpris.

Au-delà du juriste, l'homme que nous sommes a été marqué par la substantifique moelle qui a été retirée de ces recherches. D'abord, dans la compréhension de l'influence de la conscience sociale sur l'opportunité de poursuivre, sur la manière dont la justice est rendue et même sur l'évolution du droit. Nous avons aussi eu la possibilité de développer nos connaissances sur la Seconde Guerre mondiale ce que chacun devrait faire pour comprendre son passé et ne pas répéter les mêmes erreurs dans l'avenir.

Mais plus encore, par le présent exercice de défense d'A. Hitler, qui constitue probablement le personnage ayant marqué le plus l'histoire de par ses atrocités, c'est au tréfonds de notre conscience que nous avons dû nous sonder, avant comme pendant la rédaction de ces quelques lignes. Pareille démarche permet ainsi une profonde interrogation sur soi-même. *In fine* les apports de ce travail

auront touché différents domaines, de la vie professionnelle, comme de la vie tout court et nous en sommes sorti grandi comme juriste, mais surtout comme homme.

II. Distinction Droit/Justice

Nous pourrions résumer la présente conclusion par une question : « Le droit doit-il céder devant la morale ? ». La position qui sera ici présentée n'a rien d'impartial puisqu'il s'agit d'une question éthique et partant, personnelle. Nous nous sommes nourri de différents écrits et pétri de longues réflexions pour pouvoir y répondre. Et cette réponse sonne quelque peu comme l'apogée du travail d'introspection qu'a été le nôtre face à la défense d'Adolf Hitler.

Au final, la ligne de défense que nous avons défendue lors des lignes qui précèdent aura été essentiellement formelle. Nous n'avons jamais contesté les actes posés par notre client, mais nous avons toujours battu en brèche la manière dont la justice a ou aurait été rendue. La manière qui a consisté à faire entrer des faits dans des qualifications nouvelles, à bousculer voire rompre des principes juridiques parce qu'il fallait juger et punir. Oui, c'est vrai, la punition est légitime et normale face à de telles atrocités, mais le droit avait-il à se faire modaliser pour les besoins de la cause ? Nous ne le pensons pas. Le tribunal, de ses propres mots, ressentait le besoin, au regard de la morale collective, de juger ce qui s'est passé. Bien. Mais elle a tordu le cou au droit de telle sorte qu'il épouse, presque totalement la factualité de l'horreur et nous ne pouvons ne pas nous en émouvoir. Comme nous l'avons susdémontré, il était possible de dire le droit d'une manière qui respectait le droit, sans le mettre à genoux devant la morale. Nous tâcherons dès lors de démontrer²⁶⁵ pourquoi, selon nous, droit et morale doivent rester deux entités, bien qu'en interaction, indépendantes.

La confusion est facile à faire, mais dans la lignée d'Aristote, il faut distinguer justice générale (morale) et justice particulière (droit). Là où la première est un impératif catégorique et a pour objet la personne, le second est un impératif hypothétique guidé par le bien public. Leur source est aussi différente puisqu'elle est interne (conscience personnelle) pour la morale alors qu'elle est externe (législateur) pour le droit. S'il est certain que le droit gagne en légitimité lorsqu'il trouve un écho dans la morale et que cet écho est nécessaire pour que la société adhère aux principes juridiques, il serait faux de souscrire à la thèse selon laquelle morale et droit sont les deux faces d'une seule et même pièce. Il semblerait au contraire que : « *la vertu morale est davantage ce qui trouve dans les progrès du droit sa condition de possibilité que ce qui en est l'origine* »²⁶⁶.

Lors du procès de Nuremberg, la communauté internationale, par l'entremise des juges, consciente que le droit international n'était pas assez mûr ou pas assez conscient des atrocités dont l'homme était capable a dû faire recours à la morale pour pallier le droit. Nous pensons qu'il s'agit d'une mauvaise idée. Pour prendre le parallélisme du « scénario de la bombe à retardement », qui

²⁶⁵Brièvement, parce que cette question pourrait être débattue bien plus longuement.

²⁶⁶S. MANON, *Droit et morale. Comment concevoir les rapports du droit et de la morale ?*, disponible sur www.philolog.fr (consulté le 12/03/2015).

consiste à se demander si le recours à la torture est possible lorsque cela pourrait épargner de nombreuses vies, les circonstances ne doivent pas faire céder cette interdiction. Dans le même sens, les circonstances ne doivent pas tordre le cou au principe « *dura lex sed lex* ». Si les considérations morales ont tout leur sens pour réveiller la communauté internationale quant aux modifications à apporter pour adapter le droit aux possibles horribles répétitions, la morale n'avait pas à remplacer, au prétoire de Nuremberg, le droit.

Il y a de ça une septantaine d'années, des hommes, comme nous, ont eu à juger la plus profonde noirceur de l'humanité. La tâche qui a été la leur était difficile. Ils ne nous ont pas convaincus sur tous les plans, mais probablement n'aurions-nous pas fait mieux. Nous avons voulu, à travers ces quelques lignes, montrer l'aurore, le jour et le crépuscule de ce droit international pénal qui n'a pas fini, malheureusement, d'être mis en branle. Et d'y ajouter la manière dont ce droit doit s'exprimer pour qu'on ne puisse le taxer de critiques formelles.

« *Justice extrême est extrême injustice* » disait Terence. Souvenons-nous de la manière de juger, et de ce qui a été jugé. Pour que ni l'extrémisme ni la justice extrême y afférente ne reviennent à l'ordre du jour.

Devoir de souvenir. Devoir de prévenir.

Bibliographie

I. Législation (y compris *sensu lato*)

- Constitution belge, article 23.
- Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles), signé à Versailles, 28 juin 1919.
- Pacte général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte de Briand-Kellogg), signé à Paris, 27 août 1928.
- Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre de Puissances de l'Axe et Statut du Tribunal international militaire, signé à Londres, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 281.
- Convention européenne des droits de l'Homme, signée à Rome, 4 octobre 1950.
- Projet de loi prolongeant la prescription des peines de mort prononcées pour infractions contre la sûreté extérieure de l'État, commises entre le 9 mai 1940 et le 8 mai 1945 et modifiant l'article 4 de la loi du 30 décembre 1953 relative à la déchéance de la nationalité belge, *Doc. parl.*, 1963-1964, n° 861/1.
- Question n° 90 de M. Ernest Glinne du 27 avril 1962, *Bull. Q. R.*, Chambre, 1961-1962.
- Code judiciaire, art. 429.
- Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, *Définition de l'agression*, 29ème session, 2319ème séance plénière, 14 décembre 1974, *R.A.G.*, 1974.
- Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, art. 1, *M.B.*, 30 mars 1995, p. 7996.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3.
- O.B.F.G., Règlement du 17 mai 2004 relatif aux relations des avocats avec les médias.

II. Jurisprudence

- Tribunal Militaire International, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946, Nuremberg, Tribunal militaire international, 1947.
- CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, 3 mars 1928, Series B, n° 15.
- CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), jugement, 5 février 1970.
- TPIY, *Le Procureur c. Furundzija*, "Vallée de la Lasva", Chambre de première instance II, IT-95-17/1, 10 décembre 1998.
- TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et consorts*, Chambre de première instance II, IT-95-16-A, 14 janvier 2000.

III. Doctrine

- ARONEANU E., « Le crime contre l'humanité », in *Nouvelle revue de droit international privé*, 1946, t.2, pp. 369-413.
- ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, *Premier congrès international de droit pénal*, Bruxelles, 26-29 juillet 1926.
- BASSIOUNI C., *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- BELLOT M., *Premier congrès de droit international pénal. Actes du congrès*, Paris, Godde, 1927.
- BERNAYS M. C., « The legal basis of the Nuremberg trials », *Reader's Digest*, Février 1946.
- BERSTEIN S., « La prise du pouvoir par Adolf Hitler », in *L'Histoire. L'Allemagne de Hitler*, Paris, Points-Seuil, 1991.
- BLAISE N., « Les interactions entre la Cour pénale internationale et le conseil de sécurité : justice versus politique ? », in *Revue internationale de droit pénal*, 2011, pp. 420-444.
- BOSLY H.-D. et VANDERMEERSCH D., *Droit de la procédure pénale*, 4ième éd., La Charte, 2005.
- BROUSSOLLE E., *La maladie de Parkinson*, présentation powerpoint de l'Hôpital Neurologique Pierre Wertheimer, disponible sur www.isc.cnrs.fr (consulté le 17/10/2014).
- CAMUS A., GRENIER R., *Œuvres complètes d'Albert Camus*, Paris, éd. Du Club de l'honnête homme, 1983.
- CASAMAYOR « Le procès de Nuremberg », in *Le procès de Nuremberg, conséquences et actualisations : actes du colloque international* (sous la dir. de CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL DE L'ULB), Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1988, p. 62.
- CATHALA B., « La Cour pénale internationale et les victimes », in *Les cahiers de la justice*, 2006, pp. 219-229.
- CLINIQUES UNIVERSITAIRES ST-LUC, *Maladie de Parkinson : 30000 belges sont concernés*, Lettre d'information n° 64, Avril 2006, disponible sur www.saintluc.be (consulté le 17/10/2014).
- COALITION POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Réaliser les promesses d'une Cour juste, efficace et indépendante : Crime d'agression*, disponible sur www.iccnw.org (consulté le 04/04/2015).
- COLLECTIF, *La place de la victime dans le procès pénal*, Actes du colloque organisé le 28 octobre 2004 à la Maison des Parlementaires à Bruxelles, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- COLLOQUE INTERNATIONAL DE VARSOVIE, *Déclaration sur la non-prescription des poursuites contre les crimes de guerre et les crimes nazis commis sous le fascisme hitlérien*, adoptée par la Conférence, le 6 juin 1964.
- COMMISSION OF INQUIRY ON THE SYRIAN ARAB REPUBLIC, ONU, 9^{ème} rapport,

A/HRC/28/69, 5 février 2015 (publié le 20 février 2015), disponible sur www.ohchr.org (consulté le 27/02/2015).

- CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Commission des droits de l'homme, 21ème session, Doc. E/CN. 4/885 du 5 mars 1965.
- DE FONTELLE F., *Le procès de Nuremberg*, Que sais-je, Paris, PUF, 1996.
- DE LA PRADELLE A., « Une révolution dans le Droit Pénal International », in *Nouvelle revue de droit international privé*, 1946, pp. 360-368.
- DEMASSON A.-T., *La victime devant la justice pénale internationale*, Limoges, PULIM, 2012.
- DIMITROV G., *Lettres, Notes et Documents datant de ma détention et du procès de Leipzig*, Paris, éd. sociales internationales, 1936.
- DONNEDIEU DE VABRES H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines », in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1946-1947, pp. 813-833.
- DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3è édition, Paris, Sirey, 1947.
- DOUTRELEPONT C., « Les relations entre la justice et la presse », in *La justice en vérités : Le collège de Belgique reçoit le Barreau de Bruxelles* (sous la dir. de BUYLE J.-P.), Limal, Anthemis, 2011, pp. 31-52.
- DURIF F., *Quelles sont les conséquences psychologiques ou psychiatriques de la maladie de Parkinson*, vidéo, disponible sur www.parkinson-infos.fr (consulté le 17/10/2014).
- ESER A., « Grounds for excluding criminal responsibility », in *Commentary on the Rome statute of the international criminal court : observers' notes, article by article* (sous la dir. de O. TRIFFTERER), Munich, Beck, 2008, pp. 863-893.
- EVANS R. J., *Le IIIe Reich, L'avènement*, Paris, Flammarion, 2009.
- EVIN F., « Jack Lang : 'Les méthodes de Daech sont les mêmes que celles des nazis' », *Le monde*, disponible sur www.lemonde.fr (consulté le 05/03/2015).
- FENER P., *Infection à VIH et neurosyphilis*, disponible sur www.sidasciences.inist.fr (consulté le 17/10/2014).
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport sur le séminaire international sur l'accès des victimes à la Cour pénale internationale*, Paris, 27-29 avril 1999, disponible sur www.fidh.org (consulté le 3/11/2015).
- FOX S. et TRÖSTER A., *Traitement des symptômes avancés*, disponible sur www.lactualiteparkinson.com (consulté le 18/10/2014).
- GARÇON E., *Le droit pénal*, Paris, Payot, 1922.
- GLASER S., *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1954.
- GRAVEN J., *Conclusions de la discussion sur le principe « nullum crimen, nulla poena sine lege » et son application au Procès de Nuremberg*, Radio-Genève, 28 janvier 1946.
- GRAVEN J., « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », in *Revue pénale suisse*, 1965, pp. 113-178.

- GREILSAMER L. et SCHNEIDERMAN D., *Où vont les juges ?*, Paris, Fayard, 2002, p. 28.
- HANNEQUART Y., « Le juste cause ou l'éthique de l'acceptation de la défense et du conseil », in *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles des avocats*, éd. Du jeune barreau de Liège, 2001, pp. 61-150.
- HENRY P., « L'avocat ? Un porte-dignité », *Libre Belgique*, 9 mars 2009, disponible sur www.lalibre.be (consulté le 10/12/2015).
- HENRY P., « La déontologie de l'avocat : peut-on se servir de la procédure en vue de faire triompher les intérêts du client ? », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 63-80.
- HERZOG J.-B., « Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'humanité », in *Revue internationale de droit pénal*, 1947, pp. 155 à 170.
- HERZOG J.-B., « Étude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1965, pp. 336-371.
- HERZOG J.-B., *Nuremberg : un échec fructueux ?*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.
- HESTON L., *The medical casebook of Adolf Hitler*, New-York, Cooper Square Press, 2000.
- HITLER A., (trad. J. GAUDEFROY-DEMOMBYNES et A. CALMETTES), *Mon Combat*, Paris, Nouvelles éditions latines, 1934.
- HOLLINGSWORTH M. W., « Wassermann-fast syphilis », in *California and Western Medicine*, Mai 1927, pp. 671-671.
- JACKSON R. H., *Déclaration du procureur américain à l'ouverture du procès de Nuremberg*, 21 novembre 1945, disponible sur www.perspective.usherbrooke.ca (consulté le 03/03/2015).
- JANSSEN S., « Mental condition defences in supranational criminal law », in *International Criminal Law Review*, 2004, pp. 83-98.
- J. KESSEL, *Les mains du miracle*, Paris, J'ai lu, 1973.
- KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Ardsley, Transnational Publishers, 2001.
- KOLB R., *Droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 36-38.
- KRUG P., « The emerging mental incapacity defence in international criminal law: some initial questions of implementation », in *American journal of international law*, avril 2000, pp. 317-335.
- LARNAUDE F. et de LAPRADELLE A., « Examen de la responsabilité pénale de l'Empereur Guillaume II d'Allemagne », in *J. Du dr. Int. pr.*, 1919, pp. 131-159.
- LATTIMER J. K., *Hitler and the nazi leaders : a unique insight into evil*, New-York, Hippocrene Books, 2001.
- LIEBERMAN A., *Furor : Hitler and the frog: A Medical Murder Mystery and Fairy Tale*, [S.L], Publishamerica, 2009.
- MANON S., *Droit et morale. Comment concevoir les rapports du droit et de la morale ?*, disponible sur www.philolog.fr (consulté le 12/03/2015).
- MERLE M., *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, Paris, Pedone,

1949.

- MERTENS P., *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude du droit international et du droit comparé*, Bruxelles, ULB, 1974.
- NATIONS UNIES, « Question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », E/CN. 4/906, 15 février 1966.
- OUERGHUI H., *La pénalisation des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Mémoire de Maîtrise en droit, LLM, Montréal, Université du Québec, Département des sciences juridiques, 2002, disponible sur www.juris.uqam.ca (05/03/2015).
- PELLA V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Paris, Pedone, 1946.
- PICARD E., « Le paradoxe de l'avocat », in *Pandectes belges*, t. III, 1879, p. 15.
- PLATON (trad. P. BOUTANG), *Apologie de Socrate*, Paris, Wittman, 1946.
- POLITIS N., « Rapport sur la création d'une juridiction criminelle internationale », in *Revue internationale de droit pénal*, 1926, pp. 370-383.
- POLITIS N., *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, p. 119.
- RAOUF S., « Jacques Vergès : 'procès de rupture', droit international et USA », *Quotidien d'Oran*, 16 février 2006, disponible sur www.michelcollon.info (consulté le 03/12/2015).
- RENAULT L., « De l'application du Droit pénal aux faits de guerre », in *Journal du droit international privé*, 1915, pp. 313-344.
- ROBINS-EARLY N., « Organisation de Daech : voici ce que l'on sait du fonctionnement de l'État islamique », *Huffingpost*, disponible sur www.huffingpost.fr (consulté le 01/03/2015).
- SAINT-PIERRE F., « Non, Jacques Vergès n'a pas inventé la défense de rupture », *Le Monde*, 20 août 2013, disponible sur www.lemonde.fr (03/12/2015).
- SALTON C. A., « Mental incapacity and liability insurance exclusionary clauses », in *California Law Review*, 1990, pp. 1027-1042.
- SHAKESPEARE W., *Jules César*, Paris, Gallimard, 1995.
- TRAININE A. N., « Ils cherchent des fissures », *Voix ouvrière*, 4 décembre 1945.
- TRIEPEL H., *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international : continuation du grand recueil G. F. De Martens*, Leipzig, Theodor Weicher, 1922.
- TRIFFTERER O., « Responsibility of commanders and other superiors », in *Commentary on the Rome statute of the international criminal court : observers' notes, article by article* (sous la dir. de O. TRIFFTERER), Munich, Beck, 2008, pp. 795-843.
- UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, *L'arrivée au pouvoir des nazis*, disponible sur www.ushmm.org.
- VASAK K., *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1964.
- VERGÈS J., *De la stratégie judiciaire*, Paris, éd. de minuit, 1981.
- VICTOR G., *The pathology of evil*, Londres, Brassey's, 1997.
- VIRGILE M. (trad. A. BARTHÉLÉMY), *Énéide*, Livre IV, Paris, Hachette, 1863.
- WILLARD M., *La défense accusée*, Paris, éd. sociales, 1955.

- WOETZEL R., *The Nuremberg trials in international law*, Londres, Stevens, 1962.
- X., « L'appréciation des responsabilités individuelles par le Tribunal de Nuremberg », *Le monde*, 16 octobre 1946.
- X., « Bruno Retailleau compare Daech au régime nazi », *Le Figaro*, disponible sur www.lefigaro.fr (consulté le 05/03/2015).
- X., « La loi internationale du procès de Nuremberg », *Le monde français*, septembre 1946.
- X., « La véritable signification du procès de Nuremberg », *Gazette de Lausanne*, 27 novembre 1945.
- X., *Les troubles psychiques*, disponible sur www.franceparkinson.fr (consulté le 18/10/2014).
- X., *Maladie de Parkinson: des symptômes mentaux et comportementaux dans 40% des cas*, disponible sur www.psychomedia.qc.ca (consulté le 02/02/2015).
- X., *Plaidoirie de Maître Jacques Vergès- Procès Barbie-Lyon 1987* (vidéo) disponible sur www.youtube.com (consulté le 18/11/2014).
- X., *Le dossier médical d'Hitler* (vidéo), disponible sur www.youtube.com (consulté le 21/10/2014).
- YAHYAOU M., *La neuro-syphilis, cours magistral*, disponible sur www.youscribe.com (consulté le 18/10/2014).

Table des matières

Introduction	6
A) Hitler au réveil de Nuremberg	8
<i>I. Quelle juridiction pour juger ?</i>	<i>8</i>
I.1 Des possibles	9
I.2 Choisir.....	9
<i>II. Faits et qualification juridique.....</i>	<i>11</i>
II.1 Factualité	11
II.1.1 Crimes contre la paix :	11
II.1.2 Crimes de guerre :	11
II.1.3 Crimes contre l'humanité:.....	12
II.2 Evolution des incriminations et mécanismes juridiques.....	12
II.2.1 Crimes contre la paix.....	12
II.2.2 Crimes contre l'humanité.....	14
II.2.3 Crimes de guerre	16
II.2.4 Complot.....	18
II.3 Accession d'A. Hitler au pouvoir	19
<i>III. Prescription</i>	<i>20</i>
III.1 Israël :	20
III.2 Belgique :	21
III.3 République démocratique allemande et République fédérale d'Allemagne :	23
III.4 Etat des lieux de la prescription	23
<i>IV. Responsabilité de l'État versus responsabilité personnelle.</i>	<i>25</i>
IV.1 Des thèses opposées	25
IV.2 De la responsabilité exclusive des personnes	25
IV.3 Départager les deux thèses majeures	26
<i>V. La légalité face au droit international</i>	<i>29</i>
V.1 Six thèses pour y voir encore moins clair	30
V.2 Poser un choix	31
V.2.1 Crime d'agression	32
V.2.2 Crimes de guerre	33
V.2.3 Crimes contre l'humanité.....	34
V.3 Conclusion sur la légalité	35
<i>VI. Défense.....</i>	<i>36</i>
VI.1 Une composition douteuse.....	36
VI.2 « <i>Tu quoque</i> »	38
VI.3 État médical.....	39
VI.3.1 Parkinson et démence	39
VI.3.2 Syphilis et psychiatrie	41
VI.3.3 La Cour face aux considérations médicales.....	42
VI.4 Considérations factuelles	43
VI.5 Légalité	44
<i>VII. Conclusion de la première partie.....</i>	<i>44</i>

B) Et si...un nouvel Hitler aujourd'hui ?	45
I. Point de vue formel	46
I.1 Juridiction.....	46
I.2 Légalité.....	47
I.3 Choix des juges.....	48
II. Point de vue matériel.....	49
II.1 Les incriminations	49
II. 1.1 Crime contre l'humanité	49
II.1.2 Crime de génocide.....	50
II.1.3 Crimes de guerre	50
II.1.4 Crimes d'agression.....	51
II.2. Responsabilité personnelle et du supérieur hiérarchique	53
II.3. Maladie ou déficience mentale.....	55
III. Conclusion de la deuxième partie.....	57
C) Défendre l'indéfendable ou l'avocat du diable est-il le diable ?	57
I. Introduction	57
II. Relation presse et justice	58
III. Place de la victime dans le procès pénal	60
IV. Défense de rupture.....	62
V. Le serment comme fondement de la limite morale.....	64
V.1 Tour et contour du serment.....	64
V.2 Un serment à application (légèrement) variable face au pénal ou au civil	65
V.3 Influence de la « morale sociale ».....	66
V.4 Droit à l'assistance d'un avocat	67
V.5 Position personnelle	68
VI. Conclusion de la troisième partie.....	70
Considérations finales.....	70
I. Apport personnel.....	71
II. Distinction Droit/Justice	72
Bibliographie	74
I. Législation (y compris sensu lato)	74
II. Jurisprudence.....	74
III. Doctrine	75
Table des matières	80

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

