

Université de Montréal /
Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**« L'apport des théories morales de la responsabilité pour
penser l'imputabilité des crimes de guerre »**

Par
Karine WURTZ

Département de Philosophie,
Faculté de Philosophie

Thèse présentée à la Faculté des arts et des sciences
en vue de l'obtention du grade de Ph.D en Philosophie

Octobre 2010

©Wurtz, 2010

Université de Montréal
Faculté des arts et des sciences

Cette thèse intitulée :

**L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser
l'imputabilité des crimes de guerre**

présentée par :

Karine WURTZ

a été évalué(e) par un jury composé des personnes suivantes :

Daniel Marc WEINSTOCK
Président-rapporteur

Christian NADEAU
Directeur de recherche

Jean-François KERVEGAN
Codirecteur

Julie SAADA
Membre du jury

Ariel COLONOMOS
Examineur externe

L'imputation du crime de guerre est sans doute, entre tous les cas possibles de crimes, l'une des imputations les plus délicates. Ceci se révèle de deux manières : non seulement imputer un crime de guerre complexifie les schèmes classiques de l'imputation, mais de plus, le fait d'imputer précisément un crime de guerre introduit dans les jugements d'imputation de nouvelles difficultés. C'est qu'en effet, le crime de guerre n'est pas un crime classique.

Le problème

Pour mettre au jour ces tensions particulières, il nous faut commencer par clarifier les schèmes classiques de l'imputabilité puis, dans un second temps, montrer comment la notion de crime de guerre en vient à complexifier encore ces éléments, notamment par rapport aux autres crimes internationaux que sont le crime d'agression, le crime contre l'humanité et le génocide.

Les schèmes « classiques » de l'imputabilité

Avant de poser les méthodes générales de mise en œuvre de l'imputation d'un crime, il convient de clarifier ce qu'est la notion même d'imputabilité, et notamment de la distinguer d'une notion très proche conceptuellement : la responsabilité.

Définition de l'imputation

De la façon la plus générale, l'imputation peut être définie comme un jugement de liaison entre un acte précis et un agent déterminé. Il s'agit donc toujours d'un jugement particulier attaché à une situation unique. Imputer, c'est toujours imputer quelque chose à quelqu'un. Cette liaison peut être faite de deux façons : ou de manière objective, ou de manière subjective.

Au sens objectif, poser un jugement d'imputation revient à remonter d'un fait vers son origine matérielle en suivant la chaîne de la causalité. Il s'agit de l'attribution assez mécanique d'un acte à un agent. En ce sens, n'importe qui, voire n'importe quoi suivant les règles d'imputation objective que l'on admet, peut être reconnu origine matérielle d'un dommage. Celui-ci peut être imputé à une personne, un animal, voire un objet ou un phénomène naturel suivant les emplois les plus larges du terme. Ainsi, un bûcheron comme une tempête peuvent être identifiés comme origine matérielle de la chute d'un arbre. Dans le langage courant, cette forme d'imputation objective est fréquemment renvoyée à la notion de cause.

Le second sens de l'imputation n'écarte pas le jugement objectif, mais lui adjoint un second niveau. Un jugement subjectif d'imputation commence toujours par chercher à qui imputer un fait, mais une fois cet agent identifié, une attention est portée à sa subjectivité. Les raisons pour lesquelles un comportement a été adopté ou l'état d'esprit de l'agent revêt une importance. Évidemment, dès lors qu'on prend en compte la propre détermination de l'agent par rapport à son acte, qu'on s'interroge par exemple sur ses intentions ou sur sa capacité à réaliser les conséquences possibles de son comportement, l'agent lui-même devient un élément pertinent du jugement d'imputation. On ne peut plus, dès lors, imputer un dommage à n'importe qui ou n'importe quoi : objets ou animaux ne sont plus des sujets possibles dans les jugements d'imputation subjective. Par conséquent, il convient alors de circonscrire les conditions de l'imputation subjective. Par exemple, ceci est posé par la pratique juridique selon deux critères identifiés : on admet qu'il est possible d'imputer subjectivement un

dommage lorsque la personne qui en est l'origine matérielle (imputation objective) a agi *en dehors de toute contrainte et en toute connaissance de cause*. Il faut donc exclure des jugements possibles d'imputation subjective tous les agents sans libre-arbitre (animaux, objets...), mais également tous les agents rationnels dont le développement n'est pas encore suffisant (les enfants), ou ceux qui, de manière provisoire ou définitive, ne sont pas en mesure de se déterminer en dehors de toute contrainte et en toute connaissance de cause (les personnes souffrants d'un déficit mental, les personnes momentanément inaptes...).

Ainsi, un jugement d'imputation admet deux niveaux d'approfondissement. On peut vouloir en rester à une imputation objective, quand ce qu'on cherche, par exemple, est uniquement à identifier celui qui doit rembourser un dommage, comme ce peut être le cas dans le droit civil. On peut au contraire souhaiter s'attarder sur l'aspect subjectif de l'imputabilité lorsque c'est une peine d'emprisonnement qui menace le prévenu, comme dans le droit pénal.

Distinction entre imputabilité et responsabilité

La proximité entre les notions d'imputabilité et celle de responsabilité apparaît clairement dans le cas de l'imputation subjective, jusqu'à se confondre presque si on n'y prend garde. En effet, on a tendance à considérer que le fait d'estimer qu'un acte est imputable à une personne revient à affirmer que cette personne est responsable de cet acte. Or, lorsque nous faisons cela, nous introduisons en fait un élément supplémentaire dont il faut être conscients.

Pour partir d'une définition volontairement large, posons que la responsabilité peut se présenter comme le devoir de répondre d'un acte. On retrouve ici le sens latin de *respondere*, signifiant à la fois « garantir » (une promesse, un engagement...) et « répondre » (à un appel, une question...). Être responsable, c'est donc devoir répondre de quelque chose. Deux dimensions sont introduites ici qui ne sont pas présentes dans le jugement d'imputation : l'obligation à répondre et la désignation du responsable.

Désignation du responsable

La distinction apparaît le plus clairement lorsque nous partons de la définition juridique de responsabilité. Le responsable est défini comme celui ayant l'obligation de subir une peine. Or, est-il évident que celui qui doit subir une peine soit nécessairement celui à qui le dommage est imputable ? Nous voyons clairement qu'un saut doit être franchi ici. Or, justement, il ne l'est pas toujours.

Dans le champ du droit civil, soit celui de l'imputation objective, celui qui répare le dommage (le responsable) n'est pas nécessairement celui qui l'a causé (l'agent imputable). C'est ce que montrent, par exemple, les champs dits de « responsabilité sans faute » ou de « responsabilité pour autrui ». Si un enfant brise une vitre en jouant, la faute lui sera bien objectivement imputable, mais cela n'entraînera pas pour lui une responsabilité civile. Ce seront ses parents qui rembourseront le dommage à sa place, en tant que tuteurs d'un agent civilement irresponsable. En ce sens, le jugement d'imputation objective renvoie en dernier ressort à un ensemble de règles visant à désigner le ou les responsables de la réparation. Dans le champ de l'imputabilité objective, les règles de la responsabilité et de l'irresponsabilité sont liées à l'intégration des agents dans le système financier. Si les enfants ne sont pas civilement responsables, c'est avant tout parce qu'ils n'ont pas de biens propres. D'ailleurs, s'il arrive un cas où l'enfant qui brise une vitre a hérité d'une somme d'argent, il est légalement possible aux parents de demander à se faire rembourser les dommages et intérêts qu'ils auraient pu se voir tenus de verser suite à la faute de l'enfant. Ainsi, la dissociation entre imputation et responsabilité se constate lorsqu'on remarque qu'imputation et responsabilité peuvent désigner la même personne ou au contraire des personnes différentes, mais liées entre elles en vertu de règles préétablies.

Par contre, dans le champ du droit pénal, il ne s'agit pas uniquement de réparer le dommage causé, souvent irréparable, mais de subir une peine (nous verrons plus loin quels peuvent en être les fondements). Dès lors, le responsable subi la peine en raison de son crime. Cependant, notons que la concordance de l'imputabilité subjective et de la responsabilité n'est réalisée que dans certains types de droit pénal. Ceci est la résultante d'une évolution progressive du système de responsabilité ayant intégré l'individu, son libre-arbitre et la conscience de ce libre-arbitre. Les systèmes plus archaïques de responsabilités admettaient par exemple que celui qui soit puni ne soit pas nécessairement l'auteur d'un crime. C'était le cas notamment dans les systèmes de *vendetta* : la mort d'un membre du clan était lavée par la mort d'un membre du clan adverse, peu importait lequel. Par conséquent, à partir du moment où l'on

conçoit le responsable comme celui qui peut comprendre la peine en la rattachant à ses actes, ceux qui ne peuvent comprendre sont par nature exclus du champ possible des personnes responsables : un enfant, par exemple, n'est pas par principe une personne responsable. Au contraire, les adultes sont, *a priori*, des personnes responsables, sauf s'ils ont manifesté une forme d'inaptitude. Enfin, la responsabilité définie en ce sens peut également être rapportée à un événement particulier : tel adulte, responsable en temps normal, peut ne pas l'être de tel acte précis s'il se trouvait au moment de la commission des faits, par exemple, sous l'emprise d'une substance pouvant altérer son jugement.

Ainsi, tout se passe comme si des personnes avaient par nature une forme de responsabilité, entendue comme aptitude à rendre compte de leurs actes et à subir la peine, aptitude pouvant être activée par des actes précis qui leurs sont imputables. À partir de ce jugement d'imputabilité, la personne n'est plus seulement responsable « en général », mais également responsable de tel acte particulier – à moins qu'elle n'ait prouvé le contraire – dont elle doit subir les conséquences.

Devoir de répondre

Le second élément introduit par la responsabilité qui ne se trouve pas dans le jugement d'imputation est le devoir de répondre. La responsabilité dépend toujours d'une forme d'autorité, autorisée à mettre l'individu en question et à exiger des réponses.

Dans le domaine juridique, l'autorité est incarnée par l'État, qui fixe les règles de l'attribution et de l'extension des responsabilités civiles et pénales. La responsabilité au sens juridique est donc toujours dépendante des pouvoirs en place et peut être transformée à l'envi. Rien n'empêche dans l'absolu un dirigeant politique qui en aurait le pouvoir, d'abaisser l'âge légal de l'incarcération ou de décider que les déficients mentaux doivent eux aussi subir des peines d'emprisonnement.

Dans le domaine moral, l'autorité n'est évidemment pas la même. Kant évoquera le tribunal de la raison pour indiquer cette instance par laquelle j'intègre la loi morale et me rend capable de juger mes propres actions. Ma conscience est censée me donner la valeur de mes actes. Ceci reste subjectif, et c'est ce qui fera dire à Jaspers que la responsabilité morale ne peut être qu'intérieure : seul l'individu est selon lui en droit de s'interroger et de juger ses actes. Aucune autre instance n'est légitimée à me demander un examen de conscience. Moralement,

je ne suis responsable pour Jaspers que devant moi-même. La proximité conceptuelle entre la responsabilité morale et la culpabilité morale, définie classiquement comme l'attribution subjective d'une faute, se fait particulièrement sentir chez Jaspers. Cependant, devons-nous accepter qu'on ne puisse être moralement responsable que devant soi-même et faut-il en conclure que je n'ai aucune légitimité à demander des comptes à autrui sur le plan moral ? Si je subis une cuisante trahison de la part d'un ami, ne suis-je pas autorisé à l'en tenir pour moralement responsable ? À partir du moment où l'on admet qu'une communauté est régie par des règles normatives fortes, qu'elles soient ou non inscrites dans les institutions, et que le non-respect de ces règles cause à autrui un tort, alors il semble légitime, au minimum, d'en demander raison. Que la responsabilité morale en reste au niveau du jugement de valeur sans être suivie par des conséquences autres qu'une éventuelle réprobation ne la discrédite pas, comme l'avancent certains, en tant que phénomène moral de responsabilité. Poser le contraire revient à translater un système de responsabilité de forme juridique dans le domaine moral, sans s'apercevoir que leurs structures et leurs références sont différentes.

Apparaît ainsi une distinction entre responsabilité morale et dimension subjective de la responsabilité juridique qu'il convient de souligner. La responsabilité morale renvoie à un système de valeurs morales dans lequel l'autorité elle-même est de nature morale, la dimension subjective de la responsabilité juridique renvoie à la manière dont l'individu détermine ses propres actes par rapport à un système institutionnalisé de responsabilité.

Les difficultés de l'imputation classique

Maintenant que l'imputation est distinguée de la responsabilité, il nous faut revenir aux conditions du jugement d'imputabilité par lequel un fait est attribué à un agent. En effet, ce jugement n'est pas sans soulever quelques difficultés propres. La première de ces difficultés concerne le traitement de la causalité : comment, en effet, remonter avec certitude d'un résultat (le dommage), à un agent qui en serait l'origine matérielle ? La seconde concerne l'évaluation de la détermination de l'agent : quand peut-on admettre qu'un agent s'est déterminé « en dehors de toute contrainte » et « en toute connaissance de cause » ?

Le traitement de la causalité

L'attribution objective d'un fait à un agent demande l'établissement d'un lien de causalité, que la pratique juridique qualifie de « certain ». Mais comment identifier un lien de causalité certain entre un acte efficient et un résultat ? Deux façons de procéder peuvent être mises au jour dans la pratique juridique. Les questions qu'elles posent sont cependant pertinentes bien au-delà de la seule pratique juridique, et c'est pourquoi nous nous y arrêtons.

La première de ces deux méthodes est celle dite de la *causa proxima*, la seconde est celle dite de la *causa remota*. La *causa proxima*, présente par exemple dans le droit civil anglais, considère comme causal le fait le plus proche chronologiquement du dommage. L'avantage de ce procédé est de couper court aux régressions à l'infini. On imputera donc un résultat à celui qui l'a directement causé, sans chercher à remonter dans la chaîne des conditions. Au contraire, la *causa remota*, principe du droit civil français, ne cherche pas la cause efficiente la plus proche d'un dommage mais bien sa cause déterminante, qui peut alors être la première d'une série. Mais alors, comment déterminer quelle est la cause première d'une série ? Là encore deux théories peuvent être envisagées : la théorie de l'*équivalence des conditions* et la théorie de la *causalité adéquate*. Dans la première, on considère que tous les événements ayant participé au dommage sont équivalents. Tous sont des « raisons suffisantes » au sens de Leibniz, chacun étant considéré comme cause *sine qua non*. Selon la théorie de l'équivalence des conditions, un même dommage peut donc être imputé à plusieurs personnes différentes. Cette théorie nous renvoie cependant à une exigence : celle de poser des critères de discrimination de ce qui peut valoir comme cause *sine qua non* ou pas. La seconde théorie, celle de la causalité adéquate, demande justement de mettre en exergue celle ou celles qui ont eu « un rôle véritablement perturbateur, ne laissant aux autres [...] qu'un caractère secondaire »¹. Mais là encore, nous n'avons aucun critère objectif pour déterminer quelles causes sont réellement « adéquates » et nous sommes renvoyés à une appréciation empirique et subjective des événements. Certains auteurs écartent ces difficultés en affirmant que la question de la causalité relève du bon sens². Ceci est vrai dans la grande majorité des cas, mais lorsque les enchaînements causaux sont brouillés à l'extrême comme dans le cas des

¹ Versailles, 30 mars 1989 : JPC 1990.II.21505, note Dorsner-Dolivet ; RTD civ. 1992. 117, obs. Jourdain, Code civil, Dalloz, 1996, 96^e édition, p.972

² Ainsi, pour René Demogue, la question de la causalité est « une question de bon sens plus que de science » in MAZEAUD, V.H.L & J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Éditions Montchrétien, 1970, tome II, 6^eéd., n°1673

crimes de guerre, les difficultés en germe dans l'imputabilité objective prennent une autre dimension.

En dehors de toute contrainte et en toute connaissance de cause

Les questions d'imputation sont encore plus délicates lorsqu'on prend en compte la dimension subjective de l'imputabilité. Comment évaluer, en effet, dans quelle mesure une personne a voulu ce qu'elle a fait ? Dans quelle mesure était-elle capable de concevoir les conséquences possibles de ses actes ? Selon quels critères estimer qu'elle a été influencée, voire manipulée et où se trouve la limite ? Bref, comment juger du degré de malignité qui se glisse dans une action ?

Là aussi, l'imputation obéit à certaines considérations qu'on retrouve dans la pratique juridique. Le premier élément consiste à se demander dans quelle mesure un acte était intentionnel. Or, l'intention contient non seulement la conscience de commettre un acte mais en plus la volonté de le commettre. Notons que l'intention est à distinguer du mobile, qui lui contient les raisons de l'action. Est intentionnel, un acte commis consciemment et volontairement par son auteur. Un meurtre, acte intentionnel, n'est en effet pas la même chose, juridiquement et moralement, qu'un homicide involontaire. L'imputation subjective prend donc en compte la personne agissante. L'imaturité ou les déficiences mentales entraînent une non imputabilité de principe. Mais il y a aussi des raisons de non imputabilité qui tiennent aux circonstances. On n'impute pas un crime, subjectivement, lorsqu'on reconnaît que l'individu ne pouvait pas faire autrement et que son acte n'est pas dû à une malice de sa part mais à un ensemble de circonstances dont il n'a pas pu s'extraire. Deux cas peuvent remettre en cause l'imputabilité d'un acte à une personne mature et saine d'esprit : l'altération des facultés et la contrainte.

En toute connaissance de cause

Par exemple, lorsqu'un trouble transitoire est reconnu avoir altéré le discernement de l'agent ou le contrôle qu'il a sur ses actes, les dommages qui pourraient s'ensuivre ne lui sont pas imputés. N'est pas imputable celui qui ne veut pas ou qui ne comprend pas ce qu'il fait. Le droit utilisait anciennement le terme de « demi-folie » pour désigner cet état. Mais quelles

sont les limites de ce principe ? Une personne qui commettrait un crime lors d'un état de somnambulisme serait plutôt réputée non-imputable, mais qu'en est-il de l'imputabilité d'une personne qui s'est enivrée ? Ici, par exemple, la pratique juridique française fait la distinction entre une altération des facultés obtenue en connaissance de cause (un conducteur prend la route après s'être enivré) ou à son insu (une drogue subrepticement introduite dans un verre). L'intentionnalité est donc plus large que la seule volonté d'atteindre un but déterminé, elle peut également contenir la conscience qu'un type de comportement est susceptible d'avoir des conséquences dommageables.

En dehors de toute contrainte

Le second motif de non imputabilité d'un acte à un agent responsable est la contrainte. Si la personne ne pouvait faire autrement, on considère que l'acte qu'on peut lui imputer objectivement ne lui est pas imputable subjectivement. Encore faut-il que cette contrainte soit, pour reprendre les conditions juridiques, « imprévisibles et irrésistibles ». En effet, portons-nous le même jugement sur une personne lorsqu'elle s'est elle-même laissée entraîner dans une activité risquée et lorsqu'elle n'a rien fait pour y entrer ? Un mafioso peut-il vraiment se plaindre d'avoir été contraint à tuer, même si on reconnaît la contrainte ? De plus, comment admettre qu'une contrainte est moralement « irrésistible » ? Une menace de mort doit-elle toujours être prise au sérieux ? S'il y a emprise sur un sujet au point de le manipuler comme dans le cas d'une secte, y a-t-il contrainte ? Est-ce qu'il n'y a pas toujours un moyen de résister ? Quatre cas sont admis par la pratique juridique comme circonstances propres à suspendre l'imputabilité subjective d'un acte : l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense et l'état de nécessité. Peut également être pris en compte, mais avec des difficultés que nous entrevoyons déjà : le consentement de la victime.

- L'ordre de la loi : certaines situations peuvent engendrer des conflits de droits. Par exemple, la violation d'un domicile est une infraction, mais la non-assistance à personne en danger l'est aussi dans le droit français. Si M. Legris pénètre chez M. Lenoir pour lui porter secours, Lenoir ne pourra ensuite poursuivre Legris pour violation de domicile. L'obligation de porter secours dans la mesure de ses possibilités, ordre de la loi, justifie ce qui serait en d'autres circonstances une infraction. La violation de domicile n'est donc pas imputable au sauveteur.

- Le commandement de l'autorité légitime : si l'ordre de commettre une infraction est imposé par une personne ayant autorité, il peut arriver que l'exécutant soit déclaré non imputable. Par exemple, un comptable peut être reconnu contraint s'il modifie des résultats sous la pression de son patron. Le déséquilibre de la relation et les conjonctures économiques font qu'on peut admettre ce type de situation comme situation de contrainte.

- La légitime défense : c'est là un cas particulier, car tout en semblant être le cas le plus flagrant de contrainte, il est toujours possible de poser que nous avons la liberté de ne pas nous défendre. La pratique juridique l'admet, la littérature philosophique n'en finit pas d'en interroger les fondements moraux. Non seulement le bien fondé de la légitime défense comme élément de non imputation peut être remis en cause moralement, mais en plus, la légitime défense pose la question de la proportionnalité des actes. En effet, jusqu'où avons-nous le droit de nous défendre ? Si, dans l'impulsion de la survie, nous portons à notre agresseur un coup fatal alors que nous aurions pu, avec plus de sang-froid, seulement l'immobiliser, un meurtre peut-il nous être imputé ?

- L'état de nécessité : dans certains cas, on peut reconnaître qu'une personne, malgré la conscience de l'interdit, puisse choisir de le transgresser pour des motivations acceptables. Par exemple, quel jugement porter sur une personne qui vole de la nourriture sous l'effet de la faim ? Un tel exemple montre que les circonstances de l'imputabilité sont souvent liées à une hiérarchie de valeurs. La faim est-elle une condition vitale ou une condition de confort ? Doit-elle passer avant ou après le respect de la propriété ? Autant de partis pris dont dépendent les conditions de l'imputation subjective, et auxquels champ juridique et champ moral peuvent donner des réponses différentes.

- Le problème du consentement de la victime : nous sortons avec ce dernier exemple du champ strict de la contrainte, pour aborder celui de la justification d'actes généralement prohibés. La difficulté de ces situations provient du fait que l'origine intentionnelle de l'acte peut être dissociée de son exécutant matériel. C'est par exemple le cas de l'euthanasie. Celui qui accepte de mettre fin à la vie d'une personne malade ayant demandé à mourir est-il imputable d'un homicide ? Les blessures infligées lors de séances de sado-masochisme sont-elles imputables à celui qui les prodigue ou à celui qui les demande ? Très logiquement, le droit a tendance ici à s'en tenir au respect de la loi positive, mais qu'en est-il hors de la pratique juridique ? Pouvons-nous moralement accepter que le consentement de la « victime » soit de nature à suspendre l'imputabilité subjective de certains actes ?

Nous avons esquissé rapidement les difficultés soulevées par l'imputation « générale » des actes. Il nous faut maintenant montrer comment l'imputation des crimes de guerre revêt un caractère particulièrement délicat, tant au niveau moral qu'au niveau de la pratique juridique. Mais avant d'en arriver là, il nous faut préciser ce qu'est un crime de guerre et, notamment, en quoi il se distingue d'autres crimes conceptuellement proches comme le crime contre l'humanité et le génocide.

La notion de crime de guerre

Dans son sens le plus large, qui est aussi son sens premier, le crime de guerre est une expression générique désignant toutes les exactions liées à la guerre. Ce sens regrouperait alors les crimes de guerre proprement dit, mais aussi les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité, les génocides, les nettoyages ethniques et autres crimes connexes.

Dans son sens restreint, le crime de guerre désigne un certain type de crime, justement distinct des crimes contre la paix, crimes contre l'humanité et génocide.

La généalogie conceptuelle du terme de crime de guerre peut être conçue comme allant du sens le plus générique vers une spécification et une distinction progressive des notions, notamment sous l'influence des besoins juridiques.

Généalogie de la notion de crime de guerre

Les germes de la notion de crime de guerre sont indissociables des premières règles concernant la conduite des hostilités. Dès le onzième siècle avant Jésus-Christ, on trouve dans différents foyers culturels des règles sur les méthodes et moyens de combat autorisés, mais aussi des règles visant à protéger certaines catégories de personnes. Par exemple, il y aurait eu dès cette période, en Afrique, des conventions orales sur les formes acceptables de l'entrée en guerre. Autre exemple, on trouve au sixième siècle avant Jésus-Christ dans *L'art de la guerre* de Sun Zi³, un certain nombre de réflexions sur les conduites qu'il convenait de tenir lors des hostilités. L'idée y apparaissait notamment qu'il devait être possible de vaincre l'ennemi par la moralité, sans faire inutilement couler le sang. De même, le *Code de Manu*, écrit en Inde

³ TZU Sun (Sun Zi), *L'art de la guerre*, (trad. du chinois et commenté par J. Lévi), Paris, Hachette littératures, 2000

vers deux cent avant Jésus-Christ, interdit les armes barbelées ou empoisonnées, demande que soient épargnés les combattants adverses qui déposent les armes, et oblige à soigner les blessés.

Notons que toutes ces règles n'avaient pas nécessairement de raisons d'être humanitaires. Par exemple, l'interdiction d'empoisonner les puits avait pour fondement la bonne exploitation future des territoires conquis. De même, la demande faite d'épargner les prisonniers était souvent motivée par la possibilité de les revendre comme esclaves ou de se constituer une monnaie d'échange pour récupérer ses propres soldats. Cependant, bien que ces règles n'aient pas eu un fondement humanitaire mais économique, leurs effets étaient bel et bien humanitaires. En ce sens, toutes ces règles ont bien fait le lit d'une coutume de droit humanitaire, si bien que tout s'est passé comme s'il y avait eu une pratique juridique humanitaire antérieure à une réflexion humanitaire, venant lui donner fond et la mettre en question.

Réciproquement, le développement progressif de la réflexion, alimenté notamment par le développement de la doctrine de la guerre juste dans sa forme chrétienne mais aussi dans sa forme musulmane a contribué à fixer les pratiques. Celles-ci s'imposèrent petit à petit, devenant alors de véritables règles de conduites, qui sans écrites et reconnues encore comme lois, acquièrent progressivement une dimension normative. Ce développement est attesté par les historiens du droit, lesquels établissent l'origine coutumière des lois de la guerre. Cependant, reconnaître des règles de conduite comme valables ne signifie pas encore que le non-respect de ces règles doit entraîner une sanction. Au départ, les sanctions semblent avoir été laissées à la discrétion des différents commandants, sans qu'on ne puisse reconnaître une unité des pratiques ni même une véritable obligation.

Un pas de plus est cependant franchi en 1474, par le premier procès pour crime de guerre tenu devant une cour internationale. Peter Von Hagenbach, commandant de Charles le Téméraire alors duc de Bourgogne, fut jugé devant un tribunal militaire composé de vingt-huit juges de diverses principautés, pour avoir commis des meurtres, viols et autres atrocités dans une tentative de soumission de la ville de Breisach. Ce fut le premier procès de ce type. La notion de crime de guerre y gagna une nouvelle objectivité. Cependant, ce dont Hagenbach fut accusé ne fut pas seulement d'avoir contrevenu aux lois de la guerre, mais aussi et surtout d'avoir violé les « lois de Dieu ». Ce procès fut donc l'occasion pour la notion de crime de

guerre de s'étoffer et de prendre de la consistance, mais pas encore d'acquérir toute sa force et toute son autonomie juridique.

Il faut attendre une première inscription positive des lois et coutumes de la guerre pour que la répression des crimes de guerre devienne, si ce n'est en fait du moins en droit, une obligation généralisée. À ce titre, le code Lieber peut apparaître comme l'acte de naissance juridique de la notion. Ce qu'on nomme « code Lieber » est un manuel destiné aux combattants de l'Union engagés dans la guerre de Sécession, rédigé par Francis Lieber et promulgué par Lincoln le 24 avril 1863. Son titre : « Instructions pour le comportement des forces armées des Etats-Unis en campagne » en dit assez sur son contenu. On y lit par exemple : « toute violence délibérée contre les personnes dans le pays envahi, toute destruction de biens non ordonnée par un officier qualifié, tout vol, pillage ou mise à sac, même après la prise d'une place de vive force, tous viol, blessure, mutilation ou mise à mort de ses habitants, sont interdits sous peine de mort ou de toute autre peine grave proportionnée à la gravité de l'offense »⁴. Les premières pierres sont posées : loi, description des actes prohibés et évaluation des peines encourues, principe d'individualité de la peine... Il ne s'agit encore que d'un code à caractère national, assez fragmentaire et sans réelle portée répressive dans les faits, mais il réunit les prémisses d'un véritable droit de la guerre et marque le point de rupture entre la conception « naturelle » du crime de guerre et sa conception positive.

Le code Lieber inspirera les tentatives ultérieures de définition des notions. Plusieurs textes viendront par la suite la préciser et l'enrichir, dont il n'est pas utile de faire la liste exhaustive ici⁵. Certains nous sont cependant apparus importants pour les étapes symboliques qu'ils permettent de franchir. Un des premiers textes d'importance au niveau international est l'article 12 de la Déclaration concernant les lois et coutumes de la guerre de 1874, qui énonce un principe fondamental : « les lois de la guerre ne reconnaissant pas aux belligérants un pouvoir illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi ». Il ne s'agit plus, ici, de limiter les exactions commises contre ce que nous appellerions maintenant des « personnes protégées » comme dans le cas du code Lieber, mais bien de prendre en compte pour la limiter la violence faite à tout ressortissant du belligérant opposé, soldats compris. L'idée est

⁴ ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., (dir.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, Chap.21, §4, p.266

⁵ On pourra notamment consulter le fascicule « crime de guerre » du Jurisclasseur, régulièrement mis à jour.

avancée que les violences qui ne sont pas commandées par des intérêts militaires, notamment les armes causant des blessures superflues aux soldats, doivent être évitées.

Dans cette évolution, le Traité de Versailles du 28 juin 1919 peut apparaître à plusieurs égards comme une tentative avortée. En effet, lors de la signature du traité, le gouvernement allemand a reconnu aux Alliés la compétence pour traduire en justice « les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre »⁶. Une commission de 1920 dressa la liste de trente-deux actes susceptibles d'engager les responsabilités de leurs auteurs à titre de crime de guerre. Guillaume II lui-même devait comparaître, mais il trouva refuge aux Pays-Bas qui refusèrent de l'extrader. En l'absence de Guillaume II, et sans réelle volonté politique, les poursuites restèrent très largement lettre morte. Finalement, seules treize personnes auront été jugées pour des actes commis lors de la première guerre mondiale et auront purgé des peines plutôt légères.

Par contre, un nouveau champ d'actes valant comme crimes de guerre est introduit par la Convention de Genève du 27 juillet 1929. L'attention y est portée sur l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne. Une demande est alors faite aux États contractants d'introduire dans leurs législations internes les dispositions pour réprimer les actes commis en violation des lois et coutumes de la guerre. Cette convention marque le point de départ de ce que l'on nomme « le droit de Genève ». Il s'agit d'un droit relatif au traitement des personnes aux mains de l'ennemi dans la lignée de la création de la Croix-Rouge par Henri Dunant par la première convention de Genève du 22 Août 1864, date marquant la naissance du droit international humanitaire. Il est souvent cité aux côtés du « droit de Genève », un « droit de La Haye » (dont les premiers accords datent de 1899), relatif pour sa part aux droits et obligations des belligérants dans la conduite des opérations militaires – méthodes et moyens de combat - et qui limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi.

La constitution des actes valant comme crimes de guerre est bien le résultat de développements historiques successifs. L'étape décisive dans la constitution de la notion de crime de guerre, non seulement parce qu'il marque un nouvel effort dans la répression des exactions, mais aussi parce que les éléments de définitions juridiques y furent synthétisés est

⁶ Article 228 du Traité de Versailles du 28 juin 1919

le moment du Tribunal Militaire de Nuremberg. La notion de crime de guerre y gagna une nouvelle clarté et fut clairement distinguée de notions connexes.

Selon l'article 6b des Statuts du Tribunal Militaire de Nuremberg adoptés par les Alliés lors des Accords de Londres du 8 Août 1945, les crimes de guerre sont définis comme :

« Violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires. »

Un détail juridique du tribunal de Nuremberg fait sens dans la compréhension générale de la notion : la distinction opérée par le tribunal entre les « criminels majeurs » (les dirigeants) et les « criminels mineurs » (exécutants). Il ne s'agit pas là de déterminer entre les actes plus ou moins graves mais de déterminer les compétences de la cour. Le tribunal de Nuremberg sera compétent pour les premiers alors que les seconds seront renvoyés aux juridictions nationales dans lesquelles les crimes ont été commis. Cette précision est importante, car elle permet de rappeler que les crimes de guerre ne sont pas incriminés seulement par des cours internationales et peuvent tout à fait être traités par les juridictions internes. Il ne faut donc pas voir les crimes de guerre comme des « super crimes » dont l'horreur ne pourrait être adéquatement expiée que devant la communauté internationale. Cette précision juridictionnelle permet aussi de rappeler que les crimes de guerre ne sont pas commis par les seuls dirigeants. Un exécutant peut tout à fait répondre de crimes de guerre. La distinction ne relève pas d'une gravité intrinsèque des actes, signifiant que le tribunal de Nuremberg ne s'occuperait « que des cas sérieux », renvoyant le procès « des petites mains » à des cours secondaires. La distinction est spatiale. Les crimes ayant eu lieu dans un pays précis sont traités par les juridictions de ce pays, les crimes n'étant pas susceptibles d'être localisés (souvent ceux des dirigeants) sont renvoyés au tribunal international.

Après Nuremberg, le crime de guerre se développera *via* les quatre conventions de Genève du 12 Août 1949, dans lesquelles on aboutit à une liste d'actes reconnus non comme « crimes de guerre », mais comme « infractions graves ». Un « premier protocole additionnel » du 8 juin 1977 viendra encore augmenter cette liste et réunira les notions d'infractions graves et

de crime de guerre. L'article 28 de la Convention de La Haye de 1954 viendra encore ajouter à cette liste des crimes pour destruction de biens culturels, précisés par le Second Protocole du 26 mars 1999. Enfin, la « Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles » du 10 décembre 1976 intégrera les considérations environnementales à la liste des crimes de guerre. La notion de crime de guerre sous sa forme actuelle se retrouve dans les Statuts de Rome de la cour pénale internationale et se retrouve dans les textes des deux Tribunaux pénaux internationaux faisant suite aux événements de l'ex-Yougoslavie⁷ et du Rwanda⁸ : le TPIY et le TPIR.

La notion de crime de guerre

Pour résumer, remarquons que les textes de droit international offrent une définition *spécifique* des crimes, c'est-à-dire une liste d'actes valant comme crimes de guerre. On y trouve par exemple l'homicide intentionnel des personnes protégées, l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans, le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier, l'emploi du poison et des armes empoisonnées ou encore la destruction intentionnelle des bâtiments religieux⁹.

Cependant, aucune définition *générique* du crime de guerre n'est donnée par le droit. On avance de façon classique que le crime de guerre est une violation des *us* et coutumes de la guerre, mais la notion n'en est pas épuisée pour autant. En effet, ce n'est pas parce qu'un comportement n'a pas de précédent historique qu'il serait impossible d'en faire l'évaluation. Les mines antipersonnel et les balles dum-dum n'ont pas toujours existé, il n'en reste pas moins que leur emploi a pu être intégré au rang des crimes de guerre. Mais sur quels fondements cette intégration a-t-elle pu s'appuyer ? Car en l'absence de définition générique du crime de guerre, nous n'avons pas de critère objectif de discrimination permettant de déterminer, devant un acte non encore répertorié, s'il peut être légitimement admis au rang des crimes de guerre. Sommes-nous alors condamnés à laisser à la pratique juridique le dernier mot en la matière ?

⁷ Art. 2 et 3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993

⁸ Art. 4 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda du 8 novembre 1994

⁹ Pour la liste exhaustive, voir l'article 8 des Statuts de Rome de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998

En l'absence d'une définition nette, la notion de crime de guerre s'éclaircit par ses composantes essentielles. En effet, le crime de guerre, par définition, suppose une guerre. On ne rencontre de crimes de guerre que dans un contexte déterminé d'affrontements reconnus comme guerre. Ce dernier point laisse déjà entrevoir des complications, car déterminer les critères de reconnaissance d'une guerre n'est déjà pas sans ambiguïtés. Le second élément essentiel, si on examine la notion de crime *de* guerre, est que la guerre doit être plus que l'occasion du crime mais doit en être la raison. Un homme qui profite de la confusion générale pour assassiner un rival ne commet pas un crime de guerre mais un crime « classique ». Par conséquent, et c'est le troisième élément, le crime de guerre, pour être relié à la guerre, doit, d'une manière ou d'une autre, *servir* la guerre. Les actes commis doivent donc être pertinents dans la tenue générale des hostilités. Dans ce cadre, il peut être secondaire que les individus aient bien eu l'intention ou la conscience de commettre un crime de guerre en tant que tel, l'utilité objective des actes pour la conduite des hostilités a déjà en elle-même sa pertinence. Ce dernier élément nous permet de conclure que le crime de guerre ne peut survenir qu'entre individus se réclamant de belligérants opposés. Un viol ou un assassinat au sein d'un même camp n'étant pas pertinent dans la tenue des hostilités, ils ne pourraient, par exemple, être admis comme crimes de guerre.

Distinction entre crime de guerre et crime d'agression

Il n'y avait pas, à l'origine, de réelle distinction entre le crime de guerre entendu de façon globale et ce qu'on nomme maintenant « crime contre la paix » ou encore « crime d'agression ». La distinction accompagne celle qui s'est opérée entre *jus ad bellum* et *jus in bello*.

Le *jus ad bellum* désigne l'ensemble des règles qui régissent la légitimité de l'entrée en guerre. Dans une perspective de guerre juste, cela concerne les raisons de l'entrée en guerre ; dans une perspective plus positive, cela concernait surtout les règles de déclaration de guerre, d'ultimatum, d'armistice ou de capitulation, mais aussi les questions préliminaires à l'ouverture des hostilités comme l'expulsion des ressortissants. Notons que depuis le pacte de Briand-Kellogg de 1929 par lequel toute guerre fut rendue illégale, il n'y a plus, à proprement parler, de *jus ad bellum* au sens juridique, tout « *jus* » étant devenu en fin de compte « *contra* » *bellum*.

Le *jus in bello* désigne quant à lui l'ensemble des règles qui régissent la conduite des hostilités, par l'imposition de restrictions quant aux moyens disponibles pour nuire à l'ennemi et aux personnes devant être écartées des affrontements.

Tel qu'il est conçu aujourd'hui, c'est-à-dire de manière plus spécifique, le crime de guerre appartient au *jus in bello*, alors que le crime contre la paix relèverait du *jus ad bellum*. L'assimilation qui a pu être faite à ce niveau provient du fait qu'on peut considérer que s'il y a agression d'un État envers un autre, tout ce qui est fait dans ce cadre peut être compris comme crime de guerre. Notamment dans une perspective de guerre juste, il est logique de considérer que si la guerre est injuste, tous les actes commis pendant la guerre le sont également. Mais cette idée n'est pas propre uniquement à la théorie de la guerre juste, ainsi peut-on lire dans le compte-rendu des procès de Nuremberg : « déclencher une guerre d'agression n'est [...] pas seulement un crime international : c'est le crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que par le fait qu'il les contient tous »¹⁰.

Distinction entre crime de guerre et crime contre l'humanité

Si, avant la seconde guerre mondiale, certains textes juridiques avaient tenté de timides allusions à des faits contraires à « la loi humaine », si le génocide arménien a été qualifié de crime de « lèse-humanité », il faut attendre le tribunal de Nuremberg pour que la notion obtienne une véritable portée normative permettant de déclarer son acte de naissance conceptuel. Le crime contre l'humanité est ainsi défini pour la première fois dans l'article 6c du statut du TMI, annexé à l'Accord de Londres du 8 Août 1945 :

« L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toute population civile, 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. »

¹⁰ Jugement du Tribunal militaire international : in Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 nov.1945-1^{er} oct.1946, t.1, p.197

La notion de crime contre l'humanité n'évolua pratiquement pas après Nuremberg, tout juste fut-elle légèrement enrichie par la jurisprudence à la faveur des procès Touvier, Leguay, Barbie et Papon. On la retrouvera sous une forme similaire dans les statuts de Rome de la Cour Pénale Internationale. Ce texte, comme celui de Nuremberg, donne encore une fois une définition « spécifique » des crimes sans qu'aucune définition « générique » ne soit donnée. La référence à tout « acte inhumain », trop sujette à interprétation pour être efficiente comme élément de définition juridique, sera supprimée des textes internationaux. De la même manière que pour le crime de guerre, il n'existe donc pas de définition officielle du crime contre l'humanité susceptible d'en exposer l'essence ou qui permettrait, devant un acte non répertorié, de déterminer à bon droit s'il s'agit ou non d'un crime contre l'humanité.

En fait, la compréhension du crime contre l'humanité est indissociable de sa raison d'être. Le fait qu'il fut créé pour pallier les insuffisances juridiques de la notion de crime de guerre clarifie de beaucoup sa compréhension. Nous l'avons vu, le crime de guerre suppose par nature un acte en lien avec un conflit armé commis entre ressortissants opposés. Mais comment traiter, dans le contexte de Nuremberg, les crimes commis à l'égard des juifs allemands, dont, de plus, certains dataient de 1933 ? Fallait-il laisser à la discrétion de l'Allemagne la possibilité de les punir ? Le crime contre l'humanité est ainsi devenu l'instrument conceptuel permettant de dépasser les limites opératoires de la définition juridique du crime de guerre et de rendre caduque le risque de l'impunité pour des raisons d'ingérence.

Par conséquent, le champ des crimes contre l'humanité est plus large que celui des crimes de guerre : ils ne sont pas cantonnés aux limites spatio-temporelles d'un conflit déterminé et ils n'imposent pas que victimes et agresseurs appartiennent à des camps opposés. La tendance irait vers l'idée que tous les crimes de guerre sont aussi des crimes contre l'humanité alors que seuls certains crimes contre l'humanité sont aussi des crimes de guerre. Ceci expliquerait les redites au sein des statuts de Rome. Pourquoi, alors, poursuivre sous un chef d'inculpation plutôt que l'autre ? La différence de traitement est parfois uniquement liée à des questions de technique judiciaire. À Nuremberg, la plupart des crimes étaient incriminés sous le chef de crime de guerre, cinquante ans plus tard, la tendance s'est inversée. C'est, par exemple, sous le chef de crime contre l'humanité que fut inculpé Klaus Barbie en 1986. Ce qui explique ce renversement est surtout que la France (allant en cela contre la tendance générale), a

longtemps accordé l'imprescriptibilité au seul crime contre l'humanité¹¹. Il n'était donc plus possible, plus de quarante ans après les faits, d'incriminer Barbie sous un autre chef. Ce qui fait sens dans cet exemple n'est pas tant les particularités techniques liées aux notions et pratiques juridiques que le fait de constater que dans un certain nombre de cas, il peut être cohérent de passer d'un chef d'inculpation à l'autre.

Cette généalogie n'est pas étrangère aux difficultés définitionnelles, car si le crime contre l'humanité est pensé pour éviter toute liaison nécessaire à la guerre, on ne peut plus le caractériser par rapport aux lois de la guerre. La référence à la guerre n'a plus ici que valeur de contexte et le crime contre l'humanité n'est une « violation des *us* et coutumes de la guerre » que *dans la majorité des cas*. Dès lors, la notion de crime contre l'humanité ne nous offre pas un fond conceptuel solide, et cette notion semble avoir une signification essentiellement positive. En effet, le terme « d'humanité » est moins significatif et moins pertinent qu'il ne peut sembler en première lecture. Nous ne pourrions en dégager aucune loi, aucun critère normatif efficace pour définir le crime contre l'humanité en dehors du champ juridique ou encore en tirer des principes de discrimination des actes relevant des crimes contre l'humanité de ceux n'en relevant pas. Par exemple, faut-il considérer comme crime contre l'humanité des actes qui relèvent de l'eugénisme – comme certains usages du clonage reproductif humain – ou est-il au contraire essentiel de garder à la notion une dimension politique ? Antoine Garapon nous met ainsi en garde : « cette approche, la plus répandue, présente l'inconvénient de présenter la *vie* elle-même en référence ultime »¹². Il s'agit pour lui de se détourner de la tentation d'admettre dans la notion de crime contre l'humanité une portée métaphysique, soutenue par la notion de ce qui serait une nature humaine.

Distinction entre crime de guerre et génocide

Le terme de génocide, inventé par Raphaël Lemkin entre les deux guerres, fut repris par le Tribunal de Nuremberg pour désigner la Shoah. Bien que le crime n'ait pas fait à l'époque l'objet d'une inculpation distincte, son emploi dans un tel contexte lui donna un ancrage et

¹¹ Il n'existe pas, à ce jour, de réelle définition du crime de guerre en droit interne français. Seuls quelques crimes sont pris en compte dans différents secteurs du droit. Par ailleurs, la France a fait valoir l'article 124 des Statuts de Rome, par lequel elle ne reconnaîtra pas la compétence de la Cour Pénale Internationale pour les crimes de guerre commis sur son territoire ou par ses ressortissants pour une période de 7 ans (soit jusqu'au 1^{er} juillet 2009).

¹² GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 116

une légitimité qui marque la première étape de ses développements ultérieurs. Le crime de génocide donnera ainsi lieu à un texte autonome : la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1948, autrement désignée comme « la Convention sur le génocide ». La définition dégagée fut reprise dernièrement dans les Statuts de Rome de la Cour Pénale Internationale sous cette forme : « crime imprescriptible commis dans l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux »¹³.

Un génocide, tout comme le nettoyage ethnique, est un crime distinct de la guerre : il peut être intégré à une guerre, constituer en lui-même un affrontement armé ou encore être détaché de tout conflit. Selon Walzer, « la guerre ne se distingue de l'assassinat et du massacre qu'à la condition d'imposer des limites à la portée des combats »¹⁴. Justement, le génocide n'est plus qu'assassinat, n'est plus que massacre. Le génocide n'impose aucune limite, il n'y a pas de population « innocente », tous sont ennemis, tous doivent mourir. Le crime de génocide s'écarte de toute règle, de toute retenue.

La notion de crime de guerre vient compliquer les jugements d'imputation

Nous avons montré que l'imputation d'un acte quelconque recélait déjà des difficultés. Il nous faut maintenant montrer que ces difficultés sont exacerbées lorsque c'est un crime de guerre que l'on cherche à imputer et que c'est bien avec le crime de guerre que la tension est la plus forte. Nous expliciterons ainsi les raisons pour lesquelles l'imputation est plus problématique avec les crimes de guerre qu'avec les autres crimes internationaux mentionnés.

L'imputation objective d'un crime de guerre : complications quant à la causalité

Attribuer un acte à un agent est particulièrement difficile dans le cas des crimes de guerre. En effet, lorsqu'une guerre est menée par des armées, elle suppose un mode de fonctionnement hiérarchisé. Ce mode de fonctionnement complique à l'extrême l'imputabilité des crimes de

¹³ Art. 6 des Statuts de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998

¹⁴ WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, (trad. de l'américain par S. Chambon et A. Wicke), Paris, Gallimard, Folio essai, 2006 (1977), p.112

guerre. Comment, en effet, établir un lien de causalité certain entre un acte et son auteur ? Un premier lien certain peut s'établir lorsqu'on peut identifier clairement l'exécutant d'un crime déterminé. Mais un crime de guerre est-il légitimement imputable, même objectivement, à la seule *causa proxima*, c'est-à-dire à ses seuls exécutants ? Dans les faits, une chaîne causale est admise entre individus libres tant que chacun devait raisonnablement se comporter de la manière dont il s'est comporté. Est-ce qu'on peut admettre alors une ligne continue de causalité entre celui qui donne l'ordre et celui qui l'exécute ? Et si on admet une chaîne causale, jusqu'où sommes-nous autorisés à la remonter ? Devons-nous l'arrêter à celui qui a donné l'ordre, ou à son supérieur qui a laissé advenir des crimes sans avoir sur ses hommes le contrôle et l'autorité qu'il était censé avoir ? De plus, la théorie de la causalité adéquate demandait de s'attarder plutôt sur les causes les plus significatives. Est-il alors pertinent de considérer différemment les chaînons intermédiaires ? Un gradé qui reçoit un ordre et le transmet est-il objectivement imputable de la même manière que celui qui ordonne le crime et celui qui le commet ? Autant de questions qui ne se posent pas hors du fonctionnement hiérarchisé et des enjeux très spécifiques des armées.

De plus, les guerres opposent des ensembles : ce peut être des bataillons si des armées s'affrontent, ce peut être des partisans dans le cas de guerres civiles. Le mode d'action n'est pas seulement hiérarchisé, il est aussi collectif. Des crimes de guerre sont parfois commis au sein de ces collectifs. Comment alors démêler les participations et imputer à chacun l'acte qui lui revient ? Là encore les enchaînements causaux sont brouillés à l'extrême. Mais plus : est-il toujours pertinent de n'imputer objectivement à chaque personne *que* ce qui lui revient ? Certains crimes sont en effet criminels dans leur globalité, sans l'être explicitement dans le détail. Par exemple, parmi les crimes de guerre se trouvent les traitements humiliants. Si l'humiliation demande un regard devant qui être humilié et que certains soldats se « contenteraient » d'être présent, faut-il admettre qu'ils ont une participation active à la commission du crime, au contraire une participation passive, voire pas de participation du tout ? Le mode d'action collectif non seulement brouille les chaînes de causalité, mais en plus fragmente les contributions possibles aux actes, jusqu'à estomper les chaînes possibles d'imputation.

L'imputation subjective d'un crime de guerre : introduction de nouveaux éléments

Imputer un crime de guerre au niveau subjectif demande qu'une attention particulière soit apportée à des éléments susceptibles de venir modifier les perspectives à deux niveaux : celui de la faculté de discernement et celui de la contrainte.

La faculté de discernement

Les crimes de guerre nous placent face à un contexte particulier quant aux jugements d'imputations subjectifs. Notamment, dans quelle mesure pouvons-nous accepter l'argument posant que la guerre est susceptible de modifier ou de perturber la faculté de discernement ?

D'un côté, on peut légitimement concevoir que le contexte de guerre puisse intervenir auprès du soldat comme facteur de perturbation des repères, ce qui signifie que chaque soldat peut être amené à commettre des actes qu'il n'aurait jamais commis en d'autres circonstances. Le contexte de guerre apparaît alors comme un facteur d'atténuation de la responsabilité pouvant remettre en cause l'imputabilité d'un crime particulier.

Mais un contre argument peut être avancé car nous ne parlons pas d'un acte quelconque, mais bien d'un crime de guerre, c'est-à-dire de quelque chose qui relève par exemple de la torture ou du viol. Dès lors, même si on peut admettre que les repères du soldat peuvent être perturbés, ce n'est qu'une perturbation psychique d'ordre pathologique qui peut faire qu'on cesse de percevoir la torture comme un crime, et il n'y a pas lieu de considérer par principe la guerre comme génératrice de telles perturbations. Sous cet angle, la paternité du crime semble donc bien revenir au soldat, et l'imputabilité, sauf cas particuliers, n'est pas remise en cause.

De plus, dans quelle mesure imputer un crime de guerre à un individu n'ayant pas la maturité suffisante pour répondre de ses actes ? Divers conflits se sont illustrés par l'enrôlement d'enfants soldats. Mais faut-il considérer que leur jeune âge rend impossible l'imputation subjective de tels crimes ou bien faut-il considérer que l'horreur de certains actes ne peut qu'apparaître, même à des enfants ?

La contrainte

Nous avons vu plus haut que diverses situations étaient considérées comme pouvant suspendre l'imputabilité subjective de certains actes, parmi lesquels il y avait le commandement légitime, la légitime défense et l'état de nécessité. Ces trois éléments apportent des difficultés supplémentaires lorsqu'ils sont rapportés au cas des crimes de guerre :

- Le problème du commandement légitime est clairement présent au sein des armées. En effet, dans quelle mesure accepter que l'ordre d'un supérieur constitue une contrainte pour la recrue ? Divers arguments peuvent être avancés : le déséquilibre de la relation, souvent accentué par une différence de maturité, la pression hiérarchique, les menaces éventuelles de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la peine de mort... Ce sont autant d'arguments en faveur de la reconnaissance d'une contrainte. Mais il y a plus : certaines juridictions nationales acceptent d'admettre le commandement d'un supérieur *par principe* comme une contrainte, alors que d'autres le refusent, renvoyant les décisions d'imputation à l'examen des cas particuliers. Cette différence contient un parti pris politique. Déclarer que l'ordre du supérieur vaut toujours pour contrainte signifie que ce qu'on attend du soldat est avant tout une obéissance aveugle, l'efficacité militaire étant à ce prix. Si des exactions sont commises, elles seront entièrement imputables au supérieur ayant passé l'ordre. Ce point de vue est nommé « théorie de l'obéissance passive », c'est celle qui courrait, notamment, en ex-URSS, la taille des armées justifiant sans doute un besoin accru de fiabilité. À l'opposé se trouve la « théorie de l'obéissance raisonnée », qu'on trouve par exemple en France. Elle considère que le soldat doit toujours avoir un regard critique sur les ordres qu'on lui donne et qu'il devra répondre de ses actes s'il exécute un ordre illégal. L'ordre d'un supérieur ne peut donc, à lui seul, suffire à suspendre l'imputabilité d'un crime. Cependant, cette théorie introduit une difficulté supplémentaire, car il n'est pas certain qu'un soldat possède toujours une vue d'ensemble suffisante pour évaluer, par rapport à la guerre dans son ensemble, la légitimité (si ce n'est la légalité) des ordres qui lui sont donnés.

- La légitime défense peut également être une source d'embarras dans l'imputation d'un acte. En effet, il peut y avoir conflit entre la reconnaissance qu'une personne a le droit de se défendre et le devoir imposé aux combattants de maintenir les non-combattants à l'écart des affrontements. Sans même parler de résistants ou de francs-tireurs, comment considérer la riposte d'un soldat à l'attaque d'un civil ? Est-ce un crime de guerre qui lui est imputable, un

crime de guerre qui ne lui est pas subjectivement imputable ou bien n'est-ce plus un crime de guerre ?

- Enfin, l'état de nécessité peut faire sens lorsque la victoire est considérée comme une nécessité. Notamment dans une perspective de guerre juste, la victoire d'un camp sur un autre peut apparaître comme une nécessité morale. Si, par exemple, la victoire ne peut s'obtenir qu'au prix du sacrifice de civils, faut-il renoncer à la victoire et accepter des conséquences dramatiques pour tout un peuple ou faut-il sacrifier quelques innocents et en sauver une majorité ? Le dirigeant qui se résoudrait au sacrifice serait-il imputable d'un crime de guerre ou pourrions-nous admettre que sa décision était justifiée au regard des circonstances ? Tous ces exemples nous montrent que le crime de guerre introduit bien dans les questions d'imputabilité des difficultés qui lui sont propres.

La question de la remise en cause de l'imputabilité d'un crime de guerre

De plus, le contexte de guerre révèle une question à propos de l'imputabilité qui ne se pose pas en temps de paix : le temps des procès pour crimes de guerre est celui des bilans et de la reconstruction. Dès lors, lorsque la recherche des responsables peut s'avérer délicate, qu'elle est susceptible de révéler ou d'entretenir des dissensions propres à mettre en péril le processus de paix et sa stabilité future, la question de l'impunité peut se poser. Derrière elle, c'est la question de la pertinence de l'imputabilité qui se trouve alors soulevée. En effet, si la recherche des responsables doit entraîner plus de mal que de bien pour la communauté fragilisée, faut-il maintenir les poursuites ou est-il pertinent de les suspendre ? Est-ce que certains contextes appellent d'autres modes de réponses que les recherches d'imputabilités ? Par conséquent, le contexte de guerre va soulever des questions quant à la possibilité, l'utilité et finalement la légitimité des procès. L'imputabilité des crimes de guerre pose donc des questions que ne pose pas l'imputabilité des crimes « classiques ».

Spécificité de l'imputation des crimes de guerre

L'imputation d'un crime de guerre est bien un cas spécifique des jugements d'imputation. Non seulement les schèmes classiques de l'imputation y sont compliqués à l'extrême, mais il pose également des difficultés qui ne se posent pas pour l'imputation d'autres actes.

Le mode d'action hiérarchisé qui a cours dans l'armée, le fait que les actions soient souvent commises en groupe vient en effet brouiller et compliquer à l'extrême la mise en évidence des liaisons causales nécessaires pour établir avec force une imputation objective.

De même, le contexte de guerre introduit de nouveaux éléments ou modifie les éléments déjà pris en compte dans la question de l'imputation. La pression qui s'exerce sur les soldats : pressions de groupe, pressions disciplinaires, mais aussi pression morale par la confrontation répétée avec des scènes potentiellement traumatisantes sont autant d'éléments pertinents dans la formation des imputations subjectives qui ne se posent pas – ou pas de la même manière - dans l'imputation d'un crime « classique ».

Enfin, et c'est sans doute sa plus grande originalité, dans le cas des crimes de guerres, l'imputation peut même être remise en cause. Il peut être déclaré souhaitable, voire légitime, de ne pas chercher à imputer un crime, ou pour le moins à ne pas engager la responsabilité de son auteur.

C'est bien le crime de guerre, qui, parmi les autres crimes connexes, exacerbe le plus les tensions possibles au sein des jugements d'imputation. Non seulement le contexte de guerre introduit toutes sortes de pressions sur les soldats susceptibles de remettre en cause l'imputabilité des crimes, mais en plus le jugement moral qu'on peut porter sur la guerre semble susceptible de mettre en question la valeur des actes qui y sont commis. Ce contexte de guerre est une des raisons centrales de la complexification des jugements d'imputation. Or, le lien nécessaire à la guerre est un élément constitutif du seul crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide n'y renvoient pas nécessairement et surtout n'y renvoient pas structurellement. De plus, une des tensions introduite dans l'imputabilité des crimes de guerre dérive de la tension qu'il y a entre des attentes contradictoires : d'une part vaincre l'ennemi, d'autre part, épargner des civils. Le combattant peut se trouver dans la position paradoxale de devoir se faire violence pour combattre et tuer s'il le faut, tout en devant retenir et canaliser cette violence vers des cibles « adéquates ». Les combattants sont donc toujours en porte-à-faux face aux exigences que l'on a envers eux. Là aussi, seul le crime de guerre contient cette tension interne. Le génocide ne contient pas la retenue portant cette tension. Ainsi, il semble

bien que ce soit le crime de guerre qui exacerbe au mieux les tensions propres aux jugements d'imputabilité.

Vers un éclaircissement ?

Il ne nous appartient pas ici de tenter de donner une solution à toutes ces difficultés. Notamment nous n'examinerons pas en détail les subtilités de résolutions des difficultés de l'imputation des crimes de guerre par la pratique juridique. La démarche que nous allons adopter est autre : partant du principe que l'horizon du jugement d'imputabilité est la désignation des responsables, c'est directement du point de vue des théories de la responsabilité que nous nous placerons. Ainsi, au lieu d'adopter une démarche ascendante allant des jugements d'imputabilité vers l'établissement des responsabilités, nous adopterons une démarche descendante, en commençant par examiner les situations à partir de la pensée des responsabilités. Ce n'est que dans un second temps que nous nous demanderons si, et comment, il est ensuite possible de repenser l'établissement de l'imputabilité à nouveaux frais. Dans cette démarche, les théories de la responsabilité susceptibles d'apporter un éclairage différent à la question de l'imputabilité des crimes de guerre sont les théories morales de la responsabilité.

Aussi, nous commencerons par examiner dans quelle mesure il serait possible de penser, en plus des responsabilités des criminels, les responsabilités de ceux qui ont décidé la guerre pour les crimes de guerre commis. En effet, le fait d'avoir poussé des hommes dans une situation moralement risquée n'est-il pas en soi susceptible de rendre les dirigeants responsables des crimes qui sont commis ? Nous examinerons cette question d'abord sous un angle « moralement neutre », puis sous l'angle de la théorie de la guerre juste.

Puis, nous examinerons dans quelle mesure les théories morales de la responsabilité collective seraient susceptibles de nous permettre de penser à nouveaux frais les responsabilités pour les crimes commis. L'intérêt de la question dépendra en partie de l'existence et de la nature de la dimension collective que nous aurons pu mettre à jour dans le crime de guerre.

Dans une troisième partie, nous porterons notre attention sur les crimes dont les responsabilités sont elles-mêmes sujettes à crédit. Notamment, nous étudierons quelles

responsabilités peuvent être pensées pour avoir non pas tué mais « laissé mourir » des personnes, que ce soit dans le cadre de la non intervention ou dans celui d'effets secondaires inévitables d'opérations militaires jugées « nécessaires ».

Dans une dernière partie, nous rapporterons la question de l'imputation des crimes de guerre aux théories de la peine afin de tester les fondements possibles des poursuites des criminels de guerre. Nous discuterons alors de l'imputabilité des crimes de guerre, imputabilité entendue dans sa possibilité, mais aussi dans sa pertinence.

Entrée en guerre et participation à la guerre : des responsabilités partagées ?

L'analyse de la responsabilité de ceux qui font la guerre suppose avant toute chose qu'on circonscrive le champ d'application de cette responsabilité. Il est nécessaire pour toute la suite de notre recherche, que nous commençons par déterminer précisément ce qui relève de la responsabilité de l'agent et ce qui doit en être écarté. On ne peut, notamment, analyser solidement l'imputabilité d'un crime précis à l'intérieur d'un procès sans ce travail de délimitation préalable. L'objet de notre première partie sera de distinguer ce qui relève de la responsabilité de ceux qui font la guerre et ce qui, dans les actes de ces derniers, pourrait renvoyer à la responsabilité de ceux qui l'ont décidée. Nous nous placerons dans ce premier chapitre sous un éclairage moralement neutre, c'est-à-dire que, puisque rien n'en impose une, nous ne nous placerons pour commencer dans aucune posture morale particulière. Ceci nous donnera ensuite une base à l'aune de laquelle comparer les modifications susceptibles d'advenir lorsque nous nous mettons en position de porter un jugement moral sur la guerre.

L'enjeu de ce chapitre est de répondre à cette question : doit-on considérer que tout ce qui est fait durant la guerre relève exclusivement de la responsabilité de l'agent ou bien que le fait de n'être pas l'auteur de la déclaration de guerre et de servir d'autres intérêts que les siens est susceptible

d'atténuer sa propre responsabilité ?

La première branche de cette alternative renvoie à la responsabilité générale de tout adulte sain d'esprit pour les actes qu'il commet. Or, sachant que les règles de l'incorporation demandent que ne soient recrutés comme serviteurs de l'État que des hommes majeurs, ou du moins réputés suffisamment matures pour mener à bien le rôle qui leur est confié, et suffisamment stables psychologiquement, les conditions sont alors réunies pour que les agents soient réputés, jusqu'à preuve du contraire, entièrement responsables de leurs actes. Il n'y aurait alors pas lieu d'envisager la responsabilité pour ce qui est commis en temps de guerre autrement que pour ce qui est commis en temps de paix. Par conséquent, chaque agent étant par principe entièrement responsable de ses propres actes, les responsabilités de ceux qui décident la guerre et les responsabilités de ceux qui la font seraient deux formes de responsabilités parallèles et indépendantes, sans que la première ne soit susceptible d'atténuer la seconde. Le champ de la responsabilité des agents est donc circonscrit : l'entière responsabilité est engagée pour tous les actes commis en tant qu'acteur de la guerre, à charge ensuite à chaque agent de démontrer qu'il a subi des pressions extérieures propres à atténuer cette responsabilité.

Mais nous pouvons envisager un second éclairage, justifiant qu'on pose une alternative à ce scénario. Sans encore aborder les questions particulières des crimes de guerre suscités par les ordres ou encore rendus possibles par le laxisme de la hiérarchie, on peut penser de façon plus large une responsabilité de ceux qui décident la guerre du fait même qu'ils ont créé les conditions de la commission des crimes. En effet, si on admet qu'on ne peut maîtriser en permanence la totalité des tenants et aboutissants connectés à nos actions, alors toute activité contient nécessairement une part de risque dommageable. Si j'emboutis involontairement l'automobile qui me précède, je serai responsable des frais de réparation engagés ; si je viens à blesser ou tuer quelqu'un par accident, je serai responsable de blessures ou d'homicide involontaires. De la même manière, un crime de guerre peut être la résultante d'un concours de circonstances, dont on peut tenir compte pour évaluer la responsabilité des agents. Pour illustrer cette affirmation, rappelons que comptent au nombre des crimes de guerre les bombardements de civils, d'hôpitaux ou encore de monuments historiques. On imagine sans peine des situations où le hasard serait venu mettre le pilote dans l'erreur au sujet des cibles visées et lui faire bombarder un site protégé au lieu d'une cible militaire. Cependant, la prise en compte de la dimension du risque dans l'évaluation des actions se pose dans le cas des crimes de guerre d'une manière originale. En effet, dans le cas d'un crime de guerre, il ne s'agit pas pour celui

qui fait la guerre d'un risque diffus, comme une forme de destin, planant sur toute activité comme ce peut être le cas en temps de paix. Ce risque lié à toute activité de guerre existe parce que quelqu'un a décidé de la guerre et a besoin de bras armés pour poursuivre sa politique. Est-il alors pertinent de penser une responsabilité de ceux par qui le soldat s'est trouvé en position de commettre un crime de guerre ? Cette responsabilité serait-elle pour autant de nature à atténuer celle du soldat ou doit-elle être pensée comme une forme de responsabilité parallèle ?

L'examen de cette question sous-tend deux types d'éclaircissements. D'abord, la nature des risques que celui qui décide de la guerre fait courir à celui qui la fait. Est-ce que tous sont de nature à renvoyer à une responsabilité extérieure ?

Ensuite, dès lors qu'on admet qu'une activité comporte un risque, se pose la question de savoir qui est responsable de cette prise de risque. La question des raisons de la participation revêt donc une importance capitale pour la notion de responsabilité. Nous pouvons admettre que si le soldat a participé à la guerre pour de mauvaises raisons, voire en connaissance de cause, alors il est responsable des risques qu'il savait prendre. *A contrario*, s'il est contraint de s'enrôler, voire s'il est pris dans un dilemme moral, alors la question de la responsabilité pour les risques pris et pour les crimes qui pourraient résulter de cette prise de risque ne se pose pas de la même manière.

Nous procéderons en deux sous-chapitres : nous commencerons par analyser les difficultés liées aux risques à partir des débats autour de la notion de « Moral Luck » ou « fortune morale » en montrant comment cette notion prend une dimension originale appliquée aux crimes de guerre, puis, dans un second mouvement, nous tenterons d'évaluer comment la question de l'enrôlement intervient pour penser la responsabilité du soldat.

Nous devrions pouvoir ainsi évaluer dans quelle mesure la responsabilité des politiques est susceptible de venir diminuer la responsabilité personnelle des exécutants ou bien si nous devons au contraire considérer qu'il s'agit là de deux formes de responsabilités distinctes, indépendantes l'une de l'autre.

I - Des différents types de risques qui pèsent sur la responsabilité du soldat

I.1 – La notion de « Moral Luck »

L'expression même de « Moral Luck » fut forgée par Bernard Williams, dans un article du même nom¹. La question de fond y était de se demander si, et dans quelle mesure, la chance peut faire ou non une différence morale. La réponse de Nagel à cet article donna le coup d'envoi d'un débat largement alimenté par la suite.

L'idée classique tout autant qu'intuitive voudrait que la moralité soit immunisée contre la chance. C'est notamment la position kantienne, pour lequel la valeur morale d'un individu dépend uniquement de la rectitude de sa volonté.

Cette position suppose implicitement que l'on soit en mesure d'accomplir exactement les décisions de cette volonté, ou, si ce n'est pas le cas, que nous ne serons tenus pour moralement responsables que de ce qui relève de notre contrôle exclusif. Les faits s'intercalant entre les motivations qui ont présidé à l'action et les résultats possibles de l'action ne doivent pas entrer en ligne de compte pour l'évaluation morale des individus. Par exemple, de deux malfaisants souhaitant chacun commettre un meurtre, si l'un réussit son projet mais que l'autre voit sa victime survivre pour des raisons hors de son contrôle, nous devons dire que les deux ont la même responsabilité morale. On ne peut admettre que la chance d'une des victimes soit un élément déresponsabilisant - au moins moralement - pour le criminel. Ainsi, selon Williams, si notre système moral est cohérent, la fortune morale ne devrait pas exister.

Cependant, la majorité des auteurs s'étant penchés sur la question admettent que notre expérience quotidienne semble nous montrer *a contrario* quantité de cas où la chance fait effectivement une différence morale. On blâme un individu pour sa méchanceté, mais d'où lui vient son caractère ? Qu'on débâte de l'inné ou de l'acquis, il n'a choisi ni sa nature, ni son éducation. Michael J. Zimmerman, dans un article intitulé « Luck and Moral Responsibility »² constate par

¹ WILLIAMS, B., "Moral Luck" in *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1986

² ZIMMERMAN, M. J., "Luck and Moral Responsibility", *Ethics*, vol.97, n°2 (Jan., 1987), pp.374-386

exemple qu'on reproche à un individu d'avoir collaboré avec les nazis, mais si ce même individu avait été muté en Argentine juste avant la guerre, il n'aurait pas été blâmé pour collaboration, et pourtant, sa nature était la même. Moralement, l'individu I', muté en Argentine, est le même que l'individu I, collaborateur. Pourquoi, demande-t-il, blâmer ou ne pas blâmer le même individu, alors que les conditions qui ont mené ou permis d'éviter le crime relèvent pour lui de la chance ?

Le problème de la « fortune morale », que Williams qualifiait d'oxymore, mène donc à un dilemme. Ou la chance fait une différence morale et alors on a un problème de cohérence au niveau de la morale, ou la chance ne fait pas de différence morale, et alors on a un problème de cohérence avec notre expérience quotidienne.

I.2 - L'apport de la notion de « Moral Luck » pour comprendre les enjeux de la responsabilité liée aux crimes de guerre

L'entrée en guerre de son pays fonctionne pour le citoyen lambda comme l'activation de plusieurs niveaux de chance, dont nous allons voir que certains sont pertinents pour penser la responsabilité. Pour exposer ces différents niveaux, il est utile ici de rappeler les quatre types de fortune distingués par Nagel dans son recueil *Mortal Questions*³ :

« Resultant Luck » : il s'agit de la chance qui affecte l'issue de nos actions. C'est l'exemple des deux individus voulant commettre un meurtre et dont l'un des deux uniquement parviendra à ses fins. Le profil moral est exactement le même, seule l'issue de l'acte est différente.

« Circumstantial Luck » : c'est l'exemple du collaborateur nazi qui n'a pas choisi de naître en Allemagne au début du siècle et qui n'aurait pas été accusé de collaboration si les hasards de la vie l'avaient éloigné de son pays avant la déclaration de guerre.

« Constitutive Luck » : il s'agit de la chance liée aux constitutions physiques et dispositions morales des gens.

« Causal Luck » : il s'agit de la chance attachée à la manière dont on est déterminé par les circonstances antécédentes.

³ NAGEL, T., *Mortal Questions*, Chap.3 "Moral Luck", Cambridge University Press, 2006 (1979), pp.24-38

Ces quatre types sont-ils valables lorsqu'il est question de crimes de guerre ?

Le premier type et le quatrième type sont tout à fait envisageables, il s'agit de la fortune qui intervient dans une série causale, en amont (« Causal Luck ») ou en aval (« Resultant Luck ») de l'action. L'exemple donné plus haut d'erreur de cible lors d'un bombardement en est une illustration possible.

Le deuxième type (« Circumstantial Luck ») se décrit directement par un exemple emprunté au contexte de guerre, sa pertinence est attestée.

Le troisième type renvoie à la fortune liée aux dispositions (« Constitutive Luck »). De la même façon que la chance pouvait faire muter un individu dans un autre pays avant la déclaration de guerre, une constitution plus faible peut faire réformer un individu, des aptitudes particulières peuvent le cantonner à un travail à l'arrière...

Par conséquent, les quatre types proposés par Nagel sont valables dans le cas qui nous occupe. Il nous faut maintenant examiner comment chacun fait intervenir la question des responsabilités.

1.2.a - Fortune intervenant dans les séries causales

Le premier et le quatrième type relèvent du strict niveau d'explication des actes particuliers. La compréhension de la responsabilité des agents renvoie-t-elle à la responsabilité de ceux qui ont décidé la guerre ?

Nous pourrions soutenir qu'en tant que le soldat sert d'autres intérêts que les siens, les risques liés à sa propre instrumentalisation devraient incomber au bénéficiaire de l'activité. Nous serions alors devant une situation, élargie au niveau moral, du type « responsabilité envers ses employés » telle qu'on la trouve dans le droit civil français. Le principe est celui-ci : sachant que l'employeur introduit des risques dans l'entreprise par le biais des machines et qu'il tire profit du risque qu'il fait courir aux employés qui les utilisent, alors l'employeur est responsable de tout dommage que causerait la machine, quand bien même ce dommage résulterait de la faute exclusive de l'employé. De la même manière, on pourrait vouloir dire qu'en enrôlant le soldat, les décideurs lui ont imposé

le maniement d'engins susceptibles de causer d'importants dommages et qu'ils l'ont fait pour leur propre profit. Nous devrions donc conclure que ceux qui décident de la guerre sont responsables des risques que subissent leurs subalternes dans l'exercice de leurs fonctions.

Ceci serait exact si le seul enjeu était le financement des dégâts matériels et si on ne cherchait qu'à identifier une responsabilité objective. Mais le crime de guerre n'en reste jamais à ce simple niveau. Même lorsque c'est la destruction d'un bâtiment historique que l'on déplore, l'enjeu n'est pas les frais occasionnés mais une perte irréparable pour l'humanité. Par conséquent, et c'est toute la différence entre le crime et le délit, l'état d'esprit dans lequel le soldat a agi est un élément nécessaire de la compréhension du crime, propre à modifier sa responsabilité. Si un hasard s'est glissé dans la commission d'un acte pour en faire un crime de guerre (le cas inverse ne nous intéresse pas ici), le soldat pourra faire valoir l'erreur dans laquelle il a été pris et arguer de sa bonne foi. Il s'agit ici des risques pouvant se glisser dans toute activité et auxquels sont attachées par principe des diminutions de responsabilité par rapport au même acte commis sciemment. Si donc, on arrive à montrer que le soldat a commis un crime de guerre sans le vouloir, les éléments d'atténuations de sa responsabilité sont déjà impliqués dans les conditions de commission du crime. Les systèmes de responsabilité juridique peuvent intégrer, par le biais d'éléments déresponsabilisants, les considérations fortuites.

Par conséquent, les éléments de lecture des actes sont directement susceptibles de donner la mesure de la responsabilité des agents de la même façon dans un cas de crime de guerre que dans un cas de droit commun. Il n'est donc pas pertinent de renvoyer à la responsabilité des instigateurs du contexte pour comprendre la responsabilité des agents, simplement parce qu'il n'y a pas de difficulté spécifique à ce cas de figure. On peut bien penser une responsabilité morale du décideur politique pour être l'instigateur des risques de commission de crime de guerre, mais cette responsabilité ne vient que s'ajouter à celle du soldat sans la modifier. Il s'agit donc, dans le cas des risques liés aux interactions de la fortune causale, de deux systèmes de responsabilité indépendants.

1.2.b - Responsabilité et fortune contextuelle

Le second type est plus délicat. Peut-on admettre, selon le modèle de Zimmerman, que la chance contextuelle menant ou non à la commission d'un crime de guerre n'est pas moralement pertinente ? Considérer qu'un individu ayant commis un crime de guerre et blâmé en conséquence doit ce blâme

à la malchance, qu'au contraire si la guerre n'avait pas été déclarée, il aurait eu la chance de ne pas être blâmé quoique étant moralement le même homme nous apparaît absurde, et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord parce que si le contexte mène au crime, il ne décide pas du crime. Soutenir qu'un individu devait agir d'une certaine façon dans un certain contexte et qu'il aurait agi d'une autre façon dans un autre contexte est une conception quasi déterministe de l'individu qui semble ne laisser aucune place ni à la liberté ni à l'évolution.

Par suite, c'est faire porter l'évaluation morale sur ce qui serait une nature profonde, comme fixée pour l'éternité et dont les circonstances seules exprimeraient ou non les différents aspects. On retrouve ici une conception de l'individu aux accents médiévaux et empreint de christianisme : l'homme serait un être ayant une essence immuable et précédant l'existence, dont on pourrait donner la valeur avant qu'il n'ait eu l'opportunité d'agir. Nous sommes plus proches ici de la pesée des âmes que de l'évaluation de la responsabilité. Or, on peut aussi admettre une conception de l'individu comme étant en perpétuel devenir. L'individu s'exprime dans la manière dont il gère les événements qu'il rencontre, il acquiert des expériences qui le changent, il se constitue un bagage qui influencera ses décisions futures. D'après cette conception, il est faux de dire que la personne ayant été mutée en Argentine juste avant la guerre est la même que celle qui a collaboré. Il est donc faux de dire que les deux méritent le même blâme. Il est absurde de reprocher à un individu des potentialités qu'il n'a pas développées, voire qu'il ignore lui-même posséder.

Enfin, même si on voulait admettre qu'il existe une essence éternelle des êtres et que certaines parmi elles sont naturellement « blâmables », ceci n'aurait toujours pas de lien direct avec la notion de responsabilité telle que nous l'avons présentée. Il y a là une assimilation entre « blâme moral » et « responsabilité morale », que nous ne pensons pas justifiée. Le blâme relève du jugement de valeur porté sur l'individu quand la responsabilité morale relève de la dimension subjective d'une mise en cause sociale. Le jugement d'imputabilité suppose d'attribuer un acte à un agent, par conséquent, si aucun crime n'est commis, ni la responsabilité objective ni la responsabilité subjective ne peuvent être engagées. Dès lors qu'on fait découler la responsabilité de l'action, il devient absurde de demander raison de ce qui n'a pas eu lieu mais aurait pu exister dans un monde parallèle. Ce qui compte pour la responsabilité est que le crime ait au moins un début d'exécution, pas les circonstances dans lesquelles il aurait pu exister. La fortune morale en ce sens n'est pas pertinente pour penser les responsabilités liées aux crimes de guerre.

1.2.c - Le risque propre à la guerre : la modification de personnalité

Par contre, le véritable objet de la chance, qu'on ne rencontre sous cette forme que dans le cas de la guerre, et qui s'appuie sur le quatrième type de fortune morale dégagé par Nagel est d'être transformé par la guerre. La question de la responsabilité liée aux risques coexistants à l'activité se pose avec acuité quand l'objet du risque devient la possibilité de commettre un crime en connaissance de cause. En effet, qui peut affirmer que malgré les horreurs, les circonstances et les traumatismes, il résistera à tout débordement ? Il ne s'agit pas de considérer que les individus courent le risque de perdre la tête, car même si ce risque existe, il concerne un aspect classique de l'établissement des responsabilités. Si un individu a effectivement perdu la tête, il devrait être déclaré irresponsable. Ce qui nous intéresse ici est le risque d'une modification de la personnalité, telle qu'on pourrait commettre sciemment un crime de guerre qu'on aurait absolument réprouvé en temps de paix, voire qu'on se croyait absolument incapable de commettre. Nous pouvons donc admettre, pour traduire littéralement Nagel, une forme de chance constitutive dans le degré de résistance morale dont on est capable.

Cette question est liée à la responsabilité parce que, contrairement aux éléments plus classiques susceptibles de venir diminuer la responsabilité, ici, la chance aboutit à un type d'action consciemment voulu et exécuté. *A priori*, donc, si on en reste aux schèmes classiques de la responsabilité, tout le poids du crime devrait incomber à l'agent. Cependant, en tant qu'il a subi une pression morale hors du commun, dans une situation de base où les intérêts poursuivis ne sont pas les siens, la question d'un report de responsabilité au profit de cette instance se pose à bon droit.

Nous pourrions soutenir qu'en tant qu'instigateurs de la guerre, les décideurs pourraient avoir leur part de responsabilité dans la commission des crimes. Mais ce n'est là qu'une potentialité. Être l'instigateur d'un contexte n'est pas suffisant pour instaurer une responsabilité de principe.

Maintenant que nous avons fondé la possibilité d'une responsabilité partagée, il faut envisager à quelles conditions elle serait effective. La responsabilité pour les risques moraux liés à la guerre est directement corrélative de la responsabilité pour participation à la guerre. En effet, celui qui sera trouvé responsable de la participation du soldat à la guerre sera corrélativement responsable des risques liés à son activité. Il convient donc, maintenant, d'examiner comment l'agent s'est trouvé impliqué dans cette activité.

II - Responsabilité du soldat pour sa participation

Toute la responsabilité pour les risques pris va être à mettre au compte de la personne ou de l'institution qui est responsable de la participation de l'agent à la guerre.

La raison la plus classique que l'on peut supposer à un soldat moralement équilibré de faire la guerre est, bien sûr, l'enrôlement obligatoire. Le point de vue le plus immédiat serait alors de dire que, si le soldat a été contraint de faire la guerre, alors les risques liés à cette activité doivent être mis au compte de ceux qui la lui ont imposée. Mais l'enrôlement obligatoire est-il vraiment une contrainte propre à induire un transfert de responsabilité ?

Il est un principe, né des débats concernant la possibilité de la responsabilité dans un contexte déterministe, pouvant avoir ici son importance. Il s'agit du principe dit « des partis contraires » selon lequel on n'est moralement responsable d'un acte que si on aurait pu agir autrement. Toute la question étant alors pour nous de savoir si, lorsqu'une personne est prise dans la conscription obligatoire, on doit considérer qu'elle aurait pu agir autrement ou non. De ceci dépend le fait de savoir dans quelle mesure le soldat peut être réputé responsable de son statut de soldat, et par conséquent, dans quelle mesure il doit être tenu pour responsables des risques liés à son statut.

La position la plus radicale serait de soutenir que la conscription obligatoire ne peut avoir valeur de contrainte. Nonobstant sa dimension coercitive, elle peut en effet être considérée comme une contrainte un peu faible compte tenu des enjeux qu'elle implique et des risques qu'elle contient, à la fois pour la vie du soldat et pour les crimes qu'elle peut générer. On peut vouloir soutenir, comme le fait Sartre, qu'on a toujours le choix de désertir, quitte à se suicider.

II.1 - La contrainte pure n'existe pas, ou « il y a toujours moyen d'agir autrement »

Dépassant le jeu des risques comparés entre une option d'insoumission et une option de résignation, la position de Sartre soutenue dans *L'Être et le néant*, nous permet de présenter pour la question qui nous occupe une position extrême.

Sartre présente sans doute l'extension la plus absolue du concept de responsabilité. Parce qu'on

choisit perpétuellement notre être-dans-le-monde, c'est-à-dire non pas notre rapport aux choses du monde mais le sens que nous donnons par notre comportement à la manière dont nous habitons ce monde, alors nous sommes entièrement responsables de tout ce qu'il s'y produit. Être responsable désigne cette conscience d'être « l'auteur incontestable »⁴ de tout ce qui *nous* arrive et de tout ce qui arrive *par nous*. Une responsabilité absolue est donc attachée à tout être, parce que sa liberté est elle-même absolue.

Pour expliciter jusqu'où va l'absolu de la responsabilité sartrienne, notons sa réponse à cette objection : nous pourrions avancer que nous sommes peut-être responsables de tout le champ des possibles de notre être, mais pas de ce qui fonde dans un même mouvement notre être et la responsabilité de notre être, à savoir notre naissance.

Sartre refusera cette option et réaffirme une responsabilité absolue, d'après cet argument que « ce fait de ma naissance ne m'apparaît jamais comme fait brut mais dans une reconstruction projective de mon pour-soi »⁵. Ce qui signifie que la naissance n'est jamais un acte neutre qu'on a laissé advenir sans plus rien en penser. Notre propre vie n'est pas un donné que nous n'interrogeons ni ne remettons jamais en cause. C'est par ce mouvement d'autospection permanent qu'on choisit sa vie, selon Sartre, et qu'on la réaffirme sans cesse. Et c'est pourquoi il peut affirmer que : « en un certain sens, je *choisis* d'être né »⁶.

La guerre n'est pas un événement faisant exception dans ce système :

« Si je suis mobilisé dans une guerre, cette guerre est *ma* guerre, elle est à mon image et je la mérite. Je la mérite d'abord parce que je pouvais toujours m'y soustraire, par le suicide ou la désertion [...]. Faute de m'y être soustrait, je l'ai *choisie*. [...] Si donc j'ai préféré la guerre à la mort ou au déshonneur, tout se passe comme si je portais l'entière responsabilité de cette guerre. Sans doute, d'autres l'ont déclarée et l'on serait tenté, peut-être, de me considérer comme complice. Mais cette notion de complicité n'a qu'un sens juridique ; ici, elle ne tient pas ; car il a dépendu *de moi* que pour moi et par moi cette guerre n'existe pas et j'ai décidé qu'elle existe. Il n'y a eu aucune contrainte, car la contrainte ne

⁴ SARTRE, J.-P., *L'Être et le néant*, Paris, Gallimard, 1976 (1943), p.615

⁵ *Ibidem*, p.615

⁶ *Ibid.*, pp.612-613

saurait avoir aucune prise sur une liberté ; je n'ai eu aucune excuse. »⁷

Dès lors, chez Sartre, la responsabilité de chacun des acteurs de la guerre, quel que soit son rang hiérarchique ou son rôle, se pense selon un modèle que nous pourrions qualifier de « modulaire » : chacun a une responsabilité totale en son domaine, sans que rien ni personne ne puisse venir atténuer cette responsabilité. Ni la chance morale, ni les circonstances qui le dépassent ne sont propres à soulager l'individu du fardeau de sa responsabilité absolue.

Par conséquent, la contrainte n'existe pas. Si certains risques sont afférents à votre situation, alors vous en êtes responsable puisque vous y avez donné implicitement votre aval en ne vous y soustrayant pas. Dès lors, Sartre serait un tenant de la position voulant que la responsabilité de celui par qui la guerre arrive et la responsabilité de celui qui la fait sont deux responsabilités distinctes et parallèles, l'une ne pouvant venir modifier l'autre. Il ne s'agirait pas alors d'ordres de responsabilité différents, mais l'un et l'autre, de celui qui décide la guerre et de celui qui la fait est totalement responsable de ce qu'il est : l'un s'est voulu décideur de guerre, l'autre s'est voulu soldat. Chaque personne est responsable de son monde et de l'état du monde auquel il prête son concours.

II.2.a - La position de Sartre doit être dépassée

Cependant, la position de Sartre nous semble devoir être dépassée, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que la conception que donne Sartre de la responsabilité est un concept individuel, dans la lignée existentialiste, qui relève plus de l'autoévaluation égotique que de la mise en question sociale d'actes jugés non souhaitables par rapport aux principes de l'organisation commune. Dans le concept sartrien, tout acte négatif est une chance que j'aurais manquée, une occasion de m'exprimer dans laquelle j'aurais choisi un certain type d'être. C'est presque une façon psychologisante de rappeler que nous ne sommes les victimes de personne si ce n'est de nous-même. Finalement, le concept sartrien de responsabilité est plus un concept d'autoanalyse de l'individu qu'un concept pertinent à la compréhension philosophique ou juridique d'un acte, question qui nous intéresse ici. De plus, Sartre tend à rabattre tous les individus au même niveau, et à occulter les différentes

⁷ *Ibid.*, p. 613

étendues de pouvoirs d'actions que les hommes peuvent avoir. Chez lui, il n'y aurait ni différence de degré, ni différence de nature entre la responsabilité du décideur et celle du soumis. Or, quand on dépasse le simple niveau individuel pour s'intéresser à la mise en question sociale des actes, le pouvoir que nous possédons et l'étendue des conséquences que nos actes sont susceptibles d'avoir pour autrui est un élément moralement pertinent. Le décideur aurait donc une responsabilité morale plus forte, parce qu'engagée envers ceux qui subissent les conséquences de ses décisions. La responsabilité de chacun serait alors proportionnelle à l'extension de son pouvoir. Dans une position de type sartrienne, si je suis absolument responsable, tout doit m'être reproché ; aucune excuse, aucune circonstance atténuante ne peut valoir. Cette conception est par conséquent difficilement transposable au niveau juridique, ou le serait au mépris de la justice.

Ensuite, la position de Sartre suppose toujours un individu ayant les ressources intellectuelles pour faire des choix et ayant la force de volonté d'imposer au monde le résultat de ses choix éclairés. Mais ceci est conseil de théoricien, on ne choisit pas à proprement parler notre être-dans-le-monde comme si notre comportement était entièrement sous la domination de notre puissance. Il devient donc difficile d'admettre que nous n'avons qu'à décider du sens de l'être. Le comportement de la majorité des gens résulte plutôt d'un intermédiaire entre ce qu'ils veulent et ce qu'ils peuvent compte tenu de leurs propres ressources et des interactions sociales. Et dès lors qu'on admet ne pas être tout-puissant, la responsabilité ne peut plus être absolue. Soutenir, comme le fait Sartre, qu'« on a la guerre qu'on mérite », manque singulièrement d'indulgence envers la nature humaine. Si certains ont la force de résister à toute forme de contrainte, par le suicide s'il le faut, cela est admirable, mais cela n'en fait pas une règle générale et c'est encore moins la preuve que ceux qui ne se suicident pas ont « choisi » les termes de la contrainte. On ne peut tirer de la force exceptionnelle de certains un devoir pour tous.

Enfin, un autre argument peut être avancé contre tous ceux, et pas seulement sartriens, qui soutiennent « qu'il y a toujours moyen de faire autrement ». Si la seule étendue de pouvoir réside dans un choix binaire entre accepter une position imposée et se donner la mort (si l'on est assez infortuné pour n'avoir plus que ces deux choix-là), soutenir qu'on est responsable de tout à partir du moment où l'on ne suicide pas est un peu excessif, d'un point de vue humain sans aucun doute, mais également d'un point de vue logique. En effet, ne pas choisir la mort n'est pas pour autant

accepter la guerre, ce peut être aussi choisir de ne pas « quitter le navire », de ne pas imposer un deuil à ses proches, bref ce peut être un choix de non malheur supplémentaire. Sartre semble penser le choix comme s'il s'agissait d'un choix positif entre deux options, mais entre le choix de la guerre et le choix de la mort, peut se glisser un choix négatif : celui de la non-mort, qui ici concorde avec le choix de la guerre par restriction contingente des options. Et si la concordance des options « non-mort » et « guerre » m' a été imposée, alors on peut dire que j'ai été contraint à la guerre.

II.1.b - On peut admettre une forme de contrainte

Dès lors qu'on refuse une position dans laquelle la liberté est absolue, on peut admettre que cette liberté peut être mise à mal par des éléments extérieurs et que les individus sont susceptibles de subir une forme de pression. Il nous faut donc maintenant observer si l'État peut être raisonnablement réputé contraindre ses citoyens, d'une façon telle qu'on pourrait admettre que ces derniers ne pouvaient pas agir autrement.

Il n'est pas pertinent pour notre propos d'examiner quel sort réservent exactement les pays particuliers envers leurs déserteurs. Puisque toute la question est de savoir si la conscription obligatoire est de nature à contraindre ou non, et avant de nous perdre dans un *ratio* entre les enjeux d'une participation et les moyens de pressions à la disposition de la force coercitive, il semble plus pertinent de partir d'un modèle théorique (et parfois réel) dans lequel l'État n'hésiterait pas à punir de mort tout déserteur. Ce qui nous intéresse est de savoir si une forme de contrainte peut effectivement exister appliquée à notre cas de figure, soit quand l'enjeu est d'aller faire la guerre. Partons donc des situations les plus radicales.

Pour les mêmes raisons que celles pour lesquelles nous avons rejeté l'argumentation sartrienne, si l'on admet qu'un individu puisse rationnellement préférer la guerre à la mort, voire préférer la mort de l'autre sur le champ de bataille à sa propre mort dans le peloton d'exécution des déserteurs, peut conduire à admettre que la contrainte est réelle. Et elle l'est, parce que de deux vies, tout individu a de bonnes raisons pour donner la préférence à la sienne. Sans entrer ici dans les débats moraux qui se sont emparés de cette question, admettons simplement qu'il serait contre-nature de reprocher à un

être vivant son instinct de conservation.

Admettons donc qu'il est possible qu'un État puisse avoir envers ses citoyens recours à une forme de contrainte telle qu'on ne peut exiger de celui qui la subit qu'il l'ignore.

Par conséquent, sachant que toute forme de contrainte est propre à diminuer la responsabilité de celui qui la subit, on pourrait admettre que la responsabilité de celui qui subit la conscription obligatoire est atténuée pour les actes commis sous cette contrainte. Dans notre cas, il ne s'agit évidemment pas de tous les actes qui pourraient être commis en temps de guerre, la conscription obligatoire n'a jamais contenu par principe l'obligation de commettre des crimes de guerre et demande au contraire d'en respecter les lois. Il n'est donc pas question ici d'affirmer que la conscription obligatoire annule toute responsabilité personnelle de ceux qui la subissent. Si diminution de responsabilité il y a, elle ne peut concerner que les risques liés à l'activité de guerre, tels que nous les avons décrits plus haut. Cependant, pouvons-nous l'affirmer ?

Une brèche est donc ouverte, et nous avons montré que les responsabilités de celui qui décide la guerre et la responsabilité de celui qui la fait ne sont pas deux responsabilités parallèles et indépendantes mais qu'au contraire on pouvait penser un contact entre les deux tel que celui qui décide la guerre reprend une part de responsabilité de celui qui la fait à son compte. Cependant, si ce passage est possible, il n'est pas pour autant nécessaire.

II.2 - Contrainte et responsabilité ne sont pas incompatibles

Harry G. Frankfurt cherche à démontrer, dans un article intitulé « *Alternate Possibilities and Moral Responsibility* »⁸, qu'on peut à la fois être pris dans une situation telle qu'on ne puisse pas agir autrement et en même temps être responsable moralement de ses actes.

Il s'appliquera à démontrer que le principe des partis contraires est un principe faux et que l'on peut très bien être responsable d'un acte impossible à éviter. L'erreur contenue dans le principe des partis contraires réside pour Frankfurt dans le fait qu'on assimile les conditions de l'action et les

⁸ FRANKFURT, H. G., "Alternate Possibilities and Moral Responsibility" *Journal of Philosophy*, LXVI (1969), pp. 829-839

raisons qui la rendent impossible à éviter, comme dans le cas de la contrainte. Or, pour Frankfurt, ces deux éléments peuvent être disjoints. On peut constater une irresponsabilité attachée au fait de ne pas avoir pu agir autrement, mais on n'a pas le droit de poser que du fait de n'avoir pu agir autrement découle nécessairement une absence de responsabilité morale de l'agent.

Pour illustrer son propos, Frankfurt propose une expérience de pensée où un individu peut être considéré comme contraint, tout en restant moralement responsable. Dans cet exemple, Leblanc subit une menace telle que tout être raisonnable n'y résisterait pas. Par hasard, il se trouve que les termes de la menace sont en tous points identiques à un vil projet, depuis longtemps par lui arrêté. Mais Leblanc n'est pas impressionnable, il plie à la menace tout en continuant à n'agir que selon sa volonté. Dit autrement, Leblanc aurait exécuté les termes de la menace si elle avait été autre et serait revenu exécuter son propre plan ensuite. Ici, puisque les termes de la menace et son propre plan coïncident, il traite la menace comme un élément afférant à sa décision et poursuit son projet. Leblanc peut donc bien à la fois être dit contraint puisqu'il subit une menace, et responsable, puisqu'il suit sa propre volonté.

Le point délicat de cet exemple réside dans le fait de considérer s'il s'agit bien ici de contrainte. Frankfurt pense qu'en les termes, cette question est une question de linguiste et que le point pertinent est de constater que Leblanc ne pouvait pas éviter d'agir comme il l'a fait. Et effectivement, que la force menaçante n'ait pas eu besoin d'user de sa force ne change pas le fait qu'elle y aurait eu recours si le besoin s'en était fait sentir. On peut donc bien n'avoir qu'une seule option d'action tout en n'agissant à cause d'aucun élément extérieur.

Frankfurt estime donc avoir démontré qu'il peut y avoir des circonstances empêchant l'action d'être différente tout en restant extérieures au processus de l'action. Comme il le fait remarquer, en considérant par principe que la présence de la contrainte est de nature à excuser l'agent, on suppose *a priori* sa bonne volonté.

Frankfurt propose donc cette autre formulation du principe des partis contraires : « on n'est pas moralement responsable si on a agi *uniquement* parce qu'on n'a pas pu faire autrement ».

Cependant, il nous faut encore soulever un point, car même en envisageant le cas d'un soldat de bonne volonté, se trouvant embrigadé *uniquement* parce qu'il n'a pas pu faire autrement, la question de sa responsabilité ne s'arrête pas encore là. En effet, l'objet de la contrainte est toujours l'embrigadement, pas les termes du comportement que ce soldat aura pendant la guerre et encore

moins la nécessité par principe de commettre des crimes de guerre. Il y a donc un hiatus entre les termes de la contrainte et les actes pour lesquels le soldat pourrait mériter un « report de responsabilité » sur celui qui est responsable de sa présence dans le contexte. En effet, même le soldat contraint d'entrer dans une guerre qu'il n'a pas choisie, avec les risques qu'elle comporte, possède encore une marge d'action propre à faire intervenir sa responsabilité et qui se pense en termes de limitation des risques.

II.3 - « Connais-toi toi-même »

La position de Brian Rosebury est ici pertinente. Dans un article intitulé « *Moral Responsibility and Moral Luck* »⁹, Rosebury avance que la responsabilité morale excède les critères de la bonne volonté, qu'il ne suffit pas que l'intention soit bonne pour qu'un acte ayant malencontreusement eu des conséquences fâcheuses ne soit pas comptable à faute, pour reprendre l'expression juridique, à son auteur. Ceci, car le choix libre d'option clairement définies permettant d'exprimer uniquement les meilleures valeurs n'existe que dans les expériences de pensée. Au contraire, la vraie vie demande de statuer sur des options en soupesant et comparant enjeux et conséquences. La vraie responsabilité consiste à faire des choix parmi des situations que nous évaluons. Les modalités de cette évaluation deviennent alors des éléments moralement pertinents. Notamment, il convient de rester conscients de la faillibilité de notre propre jugement. Dès lors, le soin que nous mettons à développer nos connaissances en vue de réduire cette faillibilité épistémique est lui-même une action moralement significative. Il est de mon devoir, de ma responsabilité, d'assurer les conditions de mes jugements afin de les rendre les plus sûrs possible.

C'est à partir de cette conception de la responsabilité morale que Rosebury en vient à critiquer la notion de fortune morale. En effet, dès lors qu'on pose un devoir de développer ses compétences épistémiques, et qu'on prend en compte cette faillibilité dans les prises de décisions, alors, ce qui était invoqué comme relevant de la fortune et déclaré hors contrôle est réintégré dans la sphère de ce sur quoi nous pouvons agir. Et si nous avons un quelconque pouvoir de prévenir les dommages

⁹ ROSEBURY, B., "Moral Responsibility and Moral Luck", *The Philosophical Review*, vol.104, n°4, (Oct.1995), pp.499-524

potentiels, il devient impossible, s'ils adviennent, d'invoquer la fortune morale pour demander un report de responsabilité.

Est-ce que dès lors, on peut soutenir que le soldat est responsable de la prise qu'il laisse aux pressions morales dans une situation qu'il n'a pas voulue ? N'est-il pas de la responsabilité du soldat de développer sa connaissance de la guerre, de se préparer aux horreurs auxquelles il va être confronté afin de ne pas laisser prise aux traumatismes qui pourraient dégager une partie de sa personnalité qu'il ne connaît pas ? N'est-il pas tenu de se sonder lui-même ? Oui, sans aucun doute, la guerre est notoirement le lieu de la plus grande violence et des débordements. Un soldat ne peut se déclarer surpris d'être ébranlé. Une forme de négligence morale pourrait être reprochée à celui qui ne se préparerait pas moralement au combat, négligence qui serait bien de sa responsabilité. L'argument voulant qu'il soit de la responsabilité du soldat de s'aguerrir lui-même contre les risques de modification morale est bien un argument valable.

Cependant, la guerre n'est-elle pas aussi, justement, l'exemple limite qui viendrait mettre à mal la position de Rosebury ? Sans doute, l'homme de bonne volonté peut-il se préparer à ce qui l'attend et avoir à l'esprit la possibilité que la peur, le trouble, la proximité parfois réitérée avec des scènes traumatisantes, pourraient venir modifier sa personnalité ou en révéler un aspect qu'il ne maîtrise pas. Et sans doute, en faisant cela réduit-il effectivement les risques de faire ou d'être ce qu'il n'aurait jamais souhaité. Mais là encore il ne s'agit pas des précautions de base que l'on peut prendre dans la vie de tous les jours. La guerre peut être plus forte que les meilleures volontés. Par conséquent, l'argument de Rosebury n'est pas propre à rendre caduque tout risque moral lié à la guerre.

Bilan

Notre interrogation était partie d'une alternative : devons-nous admettre que tout ce que les agents accomplissent relève de leur responsabilité individuelle ou bien devons-nous admettre une responsabilité partagée entre ceux qui décident de la guerre et ceux qui la font ?

En réalité, les deux branches de l'alternative peuvent être valables en même temps, suivant la

posture que l'on adopte.

Nous l'avons vu, tous les actes commis par un agent peuvent être lus suivant les critères juridiquement admis de la responsabilité : tel soldat, majeur et sain d'esprit, est réputé responsable par principe pour les crimes commis durant la guerre, à moins que la preuve ne soit faite qu'il subissait au moment de l'exécution des crimes des pressions susceptibles de remettre en cause, de manière totale ou partielle, sa responsabilité subjective.

Mais cet aspect juridique n'épuise pas toutes les responsabilités pensables devant un crime de guerre. En effet, à partir du moment où l'on admet un risque moral résiduel tel que, malgré la bonne volonté du soldat et les précautions qu'il prend pour ne pas se laisser moralement déborder par ce qu'il vit, toute personne est susceptible d'être profondément transformée par la guerre. Et nous l'avons vu, ce risque résiduel doit être porté au compte du responsable de la participation de l'agent à la guerre. Il peut s'agir du soldat lui-même, mais il peut également s'agir d'une instance extérieure : ceux qui ont décidé de l'entrée en guerre et de la conscription obligatoire. C'est dans ce second cas qu'est justifié un report de la responsabilité de l'agent sur celui qui lui a imposé une activité moralement risquée. Par conséquent, il est toujours possible, devant un cas particulier de commission de crime de guerre, d'être précisément devant un cas « d'altération morale ».

Ce qui est problématique dans ce type de cas est qu'on aboutit à des situations où les crimes sont commis consciemment et en connaissance de cause par les agents. Parce qu'ils ont l'apparence de la liberté, les pratiques juridiques de la responsabilité traitent ces actes comme des cas de responsabilité pleine et entière. Et si en faisant cela, la pratique juridique reste cohérente avec elle-même, il semble tout de même qu'elle échoue ici à rendre l'exacte mesure de la responsabilité. Il est en effet difficilement soutenable moralement, de reprocher à un individu contraint à un enrôlement qu'il ne voulait pas, de n'avoir pas la force morale de résister à toutes les pressions. Certes, nous pourrions dire de même pour tous les crimes : il est toujours possible de renvoyer au passé du criminel pour dire qu'il a subi du fait de son histoire des pressions morales hors du commun et propres à atténuer la responsabilité de son geste. Ceci est admissible. Ce qui fait du cas du crime de guerre un crime particulier à ce niveau est que les pressions morales que subit le soldat ne sont pas liées aux circonstances d'une qualité de vie mais sont imposées par une instance, là aussi, « en connaissance de cause ». Celui qui décide la guerre sait qu'il impose à ses citoyens une activité moralement risquée et il l'impose pour servir directement ses intérêts propres. Par conséquent, nous pouvons à bon droit évoquer une responsabilité morale de celui qui décide la guerre, propre à venir

atténuer celle de celui qui la fait.

Cette responsabilité morale peut-elle pour autant être prise en compte par la pratique juridique ? Il semble très difficile de pouvoir prouver qu'on est devant un cas de « transformation morale », et encore plus de prouver que le soldat a participé à la guerre *uniquement* parce qu'il y a été contraint. Il est probable qu'il y ait ici un hiatus entre les lectures morales et les lectures juridiques de la responsabilité difficilement résorbable. Cependant, nous avons tout de même posé que la responsabilité d'un crime de guerre ne s'arrête pas nécessairement à celui qui l'avait commis. Nous avons jeté les bases propres à comprendre l'extension du champ de la responsabilité des agents. Par conséquent, maintenant que nous avons assuré qu'il pouvait bien y avoir responsabilités partagées entre ceux qui décident de la guerre et ceux qui la font, il nous faut modifier notre éclairage. En effet, si une posture morale sur la guerre n'est pas une nécessité, la « neutralité » morale n'épuise pas non plus la question. Or, nous pouvons même attendre, parce que la victoire peut devenir un impératif moral, que les modalités autorisées ou nécessaires de la guerre apparaissent différemment. Par conséquent, il nous faut examiner si le fait de participer à une guerre juste est susceptible de modifier les implications morales des actes (risques compris), commis en son nom.

*Le jugement moral porté sur la guerre modifie-t-il la compréhension des responsabilités
partagées entre ceux qui la font et ceux qui la décident ?*

Nous avons établi, dans le chapitre précédent, que certaines conditions permettaient un report de la responsabilité du soldat sur la personne ou l'instance qui a décidé de la guerre.

Nous nous étions alors placés dans une position « moralement neutre », c'est-à-dire que nous avons écarté toute perspective morale de notre interrogation. Ceci pour nous permettre d'examiner la question de façon indépendante, à la manière d'un système scientifique.

Cependant, nous nous arrêterions à mi-parcours si nous en restions à cette posture. En effet, les raisons pour lesquelles une guerre a été décidée, les conditions de sa déclaration, sont autant de perspectives particulières pouvant offrir un éclairage moralement différent sur la guerre. Par exemple, nous pouvons nous demander si la question de l'enrôlement obligatoire, de la participation du soldat à la guerre et donc des risques afférents, se poserait de manière différente dans la perspective où la victoire serait une nécessité morale.

Par conséquent, il nous faut examiner si le fait de porter un jugement moral sur la guerre serait en mesure de modifier la valeur des actions qui y sont commises. Selon Walzer¹, on peut juger de la moralité de la guerre à deux niveaux : les raisons de la faire et les moyens de la faire. Dans ce premier chapitre, notre questionnement concerne les responsabilités partagées entre ceux qui font la guerre et ceux qui la décident. Ce qui nous intéresse ici est donc de savoir dans quelle mesure la responsabilité des soldats pour les actes qu'ils commettent peut être modifiée par les bonnes ou les mauvaises raisons que leurs dirigeants avaient d'entrer en guerre. Il nous faut donc examiner si, et

¹ WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, (trad. de l'américain par S. Chambon et A. Wicke), Paris, Gallimard, Folio essai, 2006 (1977), chapitre 2

dans quelle mesure, ces perspectives morales modifient la compréhension de la responsabilité du soldat.

Notre perspective ici ne peut évidemment pas être juridique, puisque d'un point de vue juridique, tout acte remplissant les critères de définition d'une manière telle qu'il devienne subsumable sous une loi d'interdiction met en jeu la responsabilité de son auteur. L'état d'esprit ou les circonstances dans lesquelles le crime est commis ne vient que donner un éclairage particulier sur une action qui reste en soi condamnable. Si son auteur peut parfois être excusé, il ne s'agit que de décisions particulières attachées à des cas uniques. Au contraire, la question que nous posons est celle de la remise en cause complète du crime en fonction de son contexte : est-ce que, par exemple, le fait de participer à une guerre juste rend par principe acceptables des actes qui seraient admis comme des crimes dans le droit international ? Certes, nous devons en rester ici au niveau de l'évaluation morale des actes, ce n'est que moralement qu'un acte prohibé par le droit peut se trouver justifié par le contexte. Cependant, cette dimension a son importance. En effet, les dimensions juridiques et morales ne sont pas deux ordres parallèles et indépendants l'un de l'autre, le premier manifestant une façon de faire objective tendant vers l'universalité, le second restant cantonné à une forme d'évaluation gratuite et surrogatoire des pratiques. Pour des raisons de cohérence interne, le droit ne peut prendre en compte directement les résultats des évaluations morales, par contre les évaluations morales peuvent être à la source de décisions de suspension des poursuites. Il ne s'agit donc pas là d'une question de pur théoricien : si le jugement moral porté sur la guerre est de nature à modifier la valeur des actes qui y sont commis, et par suite l'extension du champ des crimes de guerre, ceci pourrait être de nature à fonder moralement une suspension de certaines poursuites judiciaires.

La question de savoir si le jugement moral porté sur la guerre est susceptible de modifier la valeur morale des actes qui y sont commis dessine deux types de réponse. Suivant une première position, on admet que c'est impossible : des actes sont prohibés pour ce qu'ils font subir aux individus et aucune « bonne raison » ne peut venir racheter cet état de fait. Suivant une seconde position, on admet que, lorsque la victoire est une nécessité morale, les moyens de l'obtenir peuvent passer au second plan. Dans le premier cas, la priorité morale est accordée aux moyens, dans le second, elle est accordée aux fins.

I - Le jugement moral porté sur la guerre

Nous allons nous attacher à trois postures différentes susceptibles d'être adoptées quand il est question d'évaluer la moralité de la guerre : deux « fixes » et une « mobile ». Les deux premières sont le « Réalisme » et le « Pacifisme », la troisième relève de la théorie de la guerre juste.

I.1 - Le réalisme

Le réalisme désigne cette attitude de pensée, illustrée de Machiavel jusqu'à Kissinger ou Morgenthau, selon laquelle la politique ne peut ni ne doit être un objet de morale. Elle ne le *peut* pas car les impératifs et les finalités étant différents, les critères de la politique et ceux de la morale sont incommensurables. Lire des actes politiques selon un prisme moral ne peut qu'en pervertir la compréhension et l'évaluation.

De plus, la politique ne *doit* pas être objet de la morale, car tout État qui intégrerait des considérations morales à son champ décisionnel s'imposerait des limites sans garantie que son adversaire en ferait autant. Par conséquent, il prendrait le risque de se montrer moral à ses dépens. Si, comme le posait par exemple Hobbes, les États sont entre eux comme dans un état de nature, celui qui retient sa force pour quelque raison que ce soit, affaiblit volontairement sa place dans le concert international. En suivant cette logique, il est possible d'aller jusqu'à dire que c'est même la légitimité de l'État face à ses propres citoyens, voire son engagement moral vis-à-vis d'eux, qui peut être remis en cause, s'il ne prend pas toutes les précautions pour garantir leur sécurité et leur prospérité.

Si l'on accepte cette idée de Clausewitz que la guerre est la continuation de la politique par d'autres moyens, alors la pensée réaliste doit exclure la guerre du champ pertinent de la morale. Aucun jugement ne peut être porté, ni sur les raisons de la guerre, ni sur les moyens de la faire. Par conséquent, la notion de crime de guerre peut bien garder un sens et une effectivité, mais qui restent cantonnés aux accords entre parties. Dans une optique réaliste, ne valent comme crimes de guerre que les violations de lois positives : droits des traités ou droit humanitaire international.

Le réalisme ne peut donc pas être une posture pertinente pour notre recherche, tout simplement parce qu'il annule notre question. Si la question de la modification du champ catégoriel du crime de guerre ne se pose pas, c'est que le réalisme, en excluant tout recours pertinent à la morale, exclut un méta point de vue à partir duquel mesurer l'extension relative de la catégorie.

I.2 - Le pacifisme

La seconde posture susceptible d'induire un jugement moral envers la guerre est celle du pacifisme. Cette position repose sur le principe que la paix et la résolution des conflits par des moyens non-violents fait partie des biens premiers.

Il s'agit même du premier des devoirs pour les tenants d'un pacifisme dit « radical », qui n'admettent aucune justification à aucune forme de violence. Cette attitude peut être soutenue ou par des principes déontologiques, ou par un calcul conséquentialiste voulant qu'aucun bien ne puisse jamais résulter de l'emploi de la violence. En conséquence de quoi, les tenants de cette position en viennent logiquement à refuser aussi bien la légitime défense que l'euthanasie.

Pour un pacifisme plus modéré et souvent qualifié de « conditionnel », l'usage de la violence peut être ponctuellement toléré sous certaines conditions extrêmes. Pour un pacifiste déontologique, la paix et les moyens non-violents font partie des premiers biens, mais peuvent parfois avoir la seconde place dans les conflits de devoir. Par exemple, un pacifiste déontologique modéré pourrait admettre une forme d'état de nécessité dans le recours à la violence, s'il s'agissait par exemple du seul moyen disponible pour sauver des enfants de la menace d'un preneur d'otages. La paix reste un bien premier, mais le sauvetage d'innocents peut parfois être placé plus haut dans l'échelle des valeurs. De la même façon, et avec des résultats sensiblement identiques, un pacifiste modéré conséquentialiste peut admettre qu'un certain degré de violence soit acceptable, mais seulement lorsque c'est le seul moyen d'empêcher un mal plus grand. Repousser un preneur d'otages pour protéger une victime innocente devient, par exemple, un acte moralement défendable. La conclusion est la même, mais la justification prend une autre voie.

Appliqué à la guerre, le pacifisme radical induit cette idée que, toute forme de violence étant mauvaise, aucune guerre n'est susceptible d'être justifiée. Par conséquent, les distinctions qui fondent la frontière entre les actes nécessités par la guerre et ceux qui sont interdits disparaissent. L'homicide entre soldats sur un champ de bataille ou le massacre d'enfants relève du même type d'actes moralement indéfendables. En suivant cette position, il n'y a plus de notion pertinente d'ennemi ou de personne protégée, pas plus qu'il n'y a de différence pertinente entre les armes autorisées et celles qui ne le sont pas. La notion de crime de guerre disparaît, la guerre elle-même étant devenue crime. Dès lors, impossible d'interroger la modification du champ de la catégorie des crimes de guerre. Le pacifisme radical génère un jugement moral porté sur la guerre qui exclut donc les termes de notre question.

Le pacifisme conditionnel, quant à lui, nous présente une position assez floue. Poser que certaines

conditions exceptionnelles admettent le recours à la violence ou à la guerre comme moindre mal relève de la pétition de principe, mais est tel quel insuffisant pour fonder une position normative. Le pacifisme conditionnel nous demande d'observer les valeurs que le recours à la violence est censé protéger, ainsi que le degré et les moyens acceptables de mise en oeuvre de cette violence. Appliqué à la guerre, le pacifisme conditionnel nous renvoie directement à la théorie de la guerre juste, seule posture morale sur la guerre qui soulève la question qui nous occupe.

I.3 - Théorie de la guerre juste

Seule une position « mobile », ou contextuelle, peut soutenir la question de l'extension relative de la catégorie des crimes de guerre. N'étant pas figée dans une posture particulière, la théorie de la guerre juste est ici la plus intéressante. Le jugement moral n'est pas porté sur la guerre en général, mais sur chaque guerre en particulier, et c'est pourquoi la question de l'extension du champ des crimes de guerre peut se poser. L'extension relative du champ des crimes de guerre peut donc varier d'une guerre à l'autre, voire varier aux différents moments de la même guerre. Par conséquent, la question demande que soit posée celle de ce qui fait moralement le crime de guerre, des limites propres à être posées et des critères pour le faire.

II - Jugement moral sur la guerre et théorie de la guerre juste : exposition

En première approche, la doctrine de la guerre juste désigne un ensemble variable de règles, censées permettre de décider de la valeur morale pouvant être accordée à un conflit armé. Un rapide tour historique nous permettra de mieux en exposer la nature et les enjeux.

II.1 - Développement historique de la doctrine

II.1.a - Période d'élaboration : de saint Augustin à saint Thomas

Bien qu'il soit possible d'identifier des prémisses de la doctrine de la guerre juste chez Aristote et surtout Cicéron, il est de tradition de voir dans la doctrine une pensée spécifiquement chrétienne, issue de saint Augustin. En réalité, si on trouve bien une pensée de la guerre chez Augustin, le thème n'est pas théorisé pour lui-même. Les éléments sur la guerre sont amenés à la faveur d'une

réflexion sur l'attitude qu'il convient d'adopter pour un chrétien, et la guerre ne représente qu'un contexte possible dans lequel mener une réflexion. De plus, dans *La cité de Dieu*², lorsque la question de la guerre est amenée, l'enjeu est en fait moins la guerre que la paix. La priorité étant l'instauration d'une paix conforme à l'*ordo naturalis* créé par Dieu, une guerre ne devient acceptable que si elle est le moyen nécessaire d'installer une paix meilleure.

On a pu donc, par la suite, vouloir reconnaître chez saint Augustin la première formulation d'un impératif moral en ce qui concerne la justice de la guerre. Il est à noter cependant que cela n'a pas fait de la part d'Augustin l'objet d'une élaboration spécifique. Haggemacher³, qualifiera d'« indirect et passif », le rôle d'Augustin dans l'élaboration de la doctrine de la guerre juste.

La seconde pierre apportée à la construction de la doctrine fut le Décret de Gratien, recueil de 3800 textes de droit canoniques couvrant une période qui va de l'origine de l'Église jusqu'à la période de sa rédaction, vers 1130-1140. La question de la guerre est abordée dans les chapitres d'ouverture et de fermeture de la *Cause 23*, essentiellement consacrée à la légitimité du pouvoir coercitif entre chrétiens.

Le caractère particulier de l'ouvrage, dans lequel se lit la double formation de l'auteur, entre droit et théologie, donnera le coup d'envoi à un jeu continu de commentaires superposés de la part de juristes comme de théologiens, grossissant petit à petit la littérature sur le sujet. De ce fait, l'émergence de la doctrine peut se penser selon un développement continu initié par Gratien et trouvant sa forme classique chez saint Thomas d'Aquin, premier à faire véritablement des justifications morales de la guerre un thème autonome.

II.1.b - La forme « classique » : saint Thomas

La question 40 (*secunda secundae*) de la *Somme théologique* est consacrée à la thématique de la guerre. Notamment, l'article 1 se demande si on peut admettre qu'il y ait des guerres licites. Conformément à la méthode observée dans la *Somme Théologique*, saint Thomas commence par examiner les arguments de la position qu'il va réfuter. Ici : les arguments voulant que la guerre étant un péché, aucune guerre ne puisse jamais être dite licite.

La réponse de saint Thomas est sans ambiguïté :

« Pour qu'une guerre soit juste, trois conditions sont requises : 1° L'autorité du prince, sur

² SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, (introduit par J.-C. Eslin, trad. du latin par L. Moreau), Paris, Poche, 2004, Chap. XIX

³ HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, p.13

l'ordre de qui l'on doit faire la guerre. Il n'est pas du ressort d'une personne privée d'engager une guerre, car elle peut faire valoir son droit au tribunal de son supérieur ; parce qu'aussi le fait de convoquer la multitude, nécessaire pour la guerre, n'appartient pas à une personne privée. Puisque le soin des affaires publiques a été confié aux princes, c'est à eux qu'il appartient de veiller au bien public de la cité, du royaume ou de la province soumis à leur autorité. De même qu'ils le défendent licitement par le glaive contre les perturbateurs du dedans quand ils punissent les malfaiteurs [...], de même aussi il leur appartient de défendre le bien public par le glaive de la guerre contre les ennemis du dehors. [...] _2° Une cause juste : il est requis que l'on attaque l'ennemi en raison de quelque faute. [...] _3° Une intention droite chez ceux qui font la guerre : on doit se proposer de promouvoir le bien ou d'éviter le mal. [...] En effet, même si l'autorité de celui qui déclare la guerre est légitime et sa cause juste, il arrive néanmoins que la guerre soit rendue illicite par le fait d'une intention mauvaise. »

Trois règles du *jus ad bellum* (règles de l'entrée en guerre) sont présentées dans l'article 1. saint Thomas les présente comme étant chacune une condition nécessaire pour qu'une guerre puisse être déclarée juste. Par conséquent, ne sont justes que les guerres qui : sont déclarées par une autorité compétente ET qui sont motivées par une juste cause ET qui relèvent d'une intention droite.

De plus, à côté des autres articles traités dans la question 40 : « Est-il permis aux clercs de combattre? » (article 2) et « Est-il permis de guerroyer les jours de fête? » (article 4), le troisième article : « Est-il permis, à la guerre, d'employer la ruse ? » possède un intérêt pour la doctrine de la guerre juste. Il peut en effet être perçu comme une des premières règles élaborées du *jus in bello* (règles de la conduite de la guerre).

À la question de la licéité de l'emploi de la ruse, saint Thomas répond en faisant une distinction :

« Il y a deux manières pour quelqu'un d'être trompé par les actions ou les paroles d'un autre. Ou bien, parce qu'on lui dit une chose fausse ou qu'on ne tient pas une promesse. Et cela est toujours illicite. [...] Ou bien quelqu'un peut se tromper sur nos paroles ou nos actes parce que nous ne lui découvrons pas notre but ou notre pensée. Or, nous ne sommes pas toujours tenus de le faire [...]. À plus forte raison devons-nous cacher ce que nous préparons pour combattre les ennemis. »

Ce qui nous intéresse ici est moins ce que nous sommes autorisés à faire pendant la guerre que ce qui nous est interdit. Cette réponse de saint Thomas indique clairement que tromper l'ennemi par une ruse, un mensonge ou une promesse non tenue ne saurait être admis au rang des procédés auxquels un chrétien peut avoir recours.

Est-ce pour autant une quatrième règle de la doctrine que nous pouvons admettre ici ? Si ce doit être une quatrième règle, alors il faut admettre que la tromperie n'engage pas uniquement la justice de celui qui y a recours mais la justice de la guerre dans son entier. Par conséquent, il faudrait admettre que l'emploi de la tromperie pourrait être de nature à remettre en cause la justice de la guerre elle-même, quand bien même on observerait le respect des trois règles précédentes du *jus ad bellum*.

Saint Thomas ne donne pas de réponse directe à cette question, mais sa position peut se lire dans la manière dont il traite l'objection qu'il renvoie à saint Augustin. Selon ce dernier : « lorsqu'une guerre juste est entreprise, que l'on combatte ouvertement ou avec ruse, cela n'importe en rien à la justice. » Peu importe donc, pour Augustin, la manière dont on combat : la justice de la guerre dépend des conditions qui ont abouti à la guerre. Une fois entreprise, une guerre juste reste juste.

La réponse que donne saint Thomas est donnée implicitement, sans doute pour ne pas avoir à contredire de front une autorité de l'Église sur un aspect de sa pensée que saint Thomas ne reprend pas à son compte. En distinguant deux types de tromperies, Thomas arrive à concilier deux affirmations opposées : celle d'Augustin soutenant que l'emploi de la ruse est licite en temps de guerre, et celle des tenants de la première position présentée dans l'article pour qui au contraire l'emploi de la ruse ne peut jamais être licite. Par cette distinction, Thomas admet l'assertion d'Augustin dans certains cas et la refuse dans d'autres. Effectivement, si l'on conçoit la tromperie comme le fait de ne pas découvrir nos plans (il faut alors entendre « avec ruse » par opposition à « ouvertement »), alors la tromperie est licite et la justice de la guerre ne peut en rien être remise en cause. Par opposition et en creux, nous pouvons donc reconstruire ce que saint Thomas n'affirme pas directement : que la justice de la guerre peut parfois être remise en cause pour des raisons de conduite des hostilités, parmi lesquelles la tromperie, entendue cette fois comme tromperie volontaire et active, (« avec ruse » s'entend alors comme mensonge).

Par conséquent, si la conduite des hostilités est susceptible de remettre en cause la justice même de la guerre dans sa totalité, alors c'est bien comme une quatrième règle de la doctrine de la guerre juste qu'il faut admettre l'article 3 de la question 40.

La forme classique de la doctrine de la guerre juste, qu'on place à raison chez saint Thomas, doit donc être considérée comme regroupant quatre règles : trois règles de *jus ad bellum* et une règle de *jus in bello*.

II.1.c - Évolution de la doctrine : Vitoria

Entre saint Thomas et Vitoria, Haggenmacher⁴ indique une période de commentaires qui ne modifia pas la doctrine. La réflexion sur la guerre prit une tournure plutôt juridique à la faveur du premier traité autonome sur le droit de guerre, rédigé par Jean de Lignano en 1360. Si cet ouvrage eut le mérite d'ouvrir la voie à Gentili et Grotius, il alimenta sur l'heure surtout des questions de casuistique. Par la suite, Erasme et Luther remirent la question de la guerre juste à l'ordre des préoccupations des théologiens. Les guerres d'Italie, l'opposition avec les Turcs et la découverte des Amériques n'étant pas étrangères à la réintroduction de la question dans les débats. Rien de décisif ne fut pourtant apporté à la doctrine durant cette période.

L'étape cruciale pour l'évolution de la doctrine fut plutôt le développement critique de l'enseignement thomiste par Cajetan et dans cette voie, l'intervention de son disciple Vitoria qui, devenu professeur à Salamanque, fit du droit de la guerre la matière d'une leçon solennelle en 1539 consacrée aux « Indiens nouvellement découverts ».

Dans cette leçon, Vitoria reprend les trois conditions de la guerre posées par Thomas d'Aquin au *jus ad bellum*. La question du *jus in bello* quant à elle n'est pas écartée, mais est plutôt traitée comme question annexe, la difficulté étant de savoir jusqu'où il est permis d'aller dans une guerre juste. C'est la première fois que la question du *jus in bello* est posée en ces termes. La réponse de Vitoria sera de dire que les droits s'étendent aussi loin que nécessaire pour recouvrer ce qui a été injustement pris et infliger aux coupables la juste punition. Nous n'en sommes pas encore à l'élaboration positive de règles explicites du *jus in bello*. Cependant, de règles implicites, il faut surtout retenir l'interdiction de mettre à mort les innocents (alors que la servitude des innocents ou la spoliation de leurs biens est possible dans le cadre du remboursement).

Le développement du *jus in bello* va vraiment prendre de l'ampleur grâce à Grotius. Dans son ouvrage de 1635 : *Du droit de la guerre et de la paix*, Grotius fait la synthèse des règles du droit de la guerre telles qu'on peut les trouver depuis les auteurs classiques jusqu'à ses contemporains. La perspective de l'ouvrage étant ici de comparer les règles du droit des gens (droit volontaire valable entre États dans le contexte des conflits armés), et celles du droit naturel. De règles du *jus ad bellum*, Grotius reprend les trois règles thomistes : la juste cause, l'intention droite et l'autorité légitime. Par exemple, trois situations peuvent valoir comme juste cause :

« La plupart des auteurs assignent aux guerres trois causes légitimes : la défense, le

⁴ *ibidem*

recouvrement de ce qui nous appartient et la punition. »⁵

Cependant, l'apport de Grotius est surtout notable au niveau du *jus in bello*, principalement développé dans le livre III de l'oeuvre. On y lit notamment qu'il faut toujours épargner certaines catégories de personnes : enfants, femmes « à moins qu'elles n'aient commis quelque chose de particulier qui mérite une punition »⁶, et tous les hommes « dont le genre de vie est incompatible avec les armes »⁷ : vieillards, prêtres, gens de lettres qui ne se mêlent d'autre chose, laboureurs, marchands, prisonniers... Mais il convient encore d'accepter la reddition des ennemis pour autant que les conditions proposées soient raisonnables, d'épargner les otages à moins qu'ils n'aient commis quelque crime atroce, d'éviter les combats « qui ne tendent qu'à tirer vanité de ses forces »⁸... En toute chose, il est recommandé d'user de modération. Il est à noter que parfois Grotius mentionne des différences d'analyses que nous pourrions trouver entre le droit naturel et le droit des gens. Par exemple, au chapitre IV du livre III, Grotius remarque que du point de vue du droit naturel, une fois qu'on a admis qu'il était légitime de tuer un ennemi, la manière de le tuer importe peu. Choisir un moyen moins violent qu'un autre relève de la charité surrogatoire. Cependant, au regard du droit des gens, tous les moyens ne se valent pas. Par exemple : « le droit des gens [...] est qu'il n'est pas permis de tuer un ennemi par le poison »⁹, tout comme il est interdit d'empoisonner les armes et l'eau. La seule chose qui soit possible est d'user d'un moyen pour rendre les eaux inutilisables. À l'appui, Grotius mentionne ici plusieurs auteurs classiques : Tite-Live rejette le poison en le qualifiant de « crime clandestin », Claudien l'évoque comme étant une « action impie », Cicéron emploie le terme de « forfait ». Ce qui est autorisé par le droit naturel est donc interdit par le droit des gens. L'explication qu'en donne Grotius est que les dangers auxquels les hommes sont exposés en temps de guerre sont si grands, que des conventions tacites se sont mises en place pour en limiter le nombre.

Dans ces pages, la perspective de Grotius n'est pas explicitement celle de la guerre juste telle qu'elle était conçue dans la tradition chrétienne. Grotius parle d'ailleurs plus volontiers de « justification » de la guerre que de « guerre juste ». Aussi, s'il fait état de développements du *jus in bello*, il ne se demande pas dans quelle mesure le respect de ces règles change ou non quelque chose à la justice globale de la guerre. Nous ne trouverons donc pas chez Grotius de système de règles explicites permettant de juger de la justice de la guerre. Cependant, le développement qu'il va donner des règles, bien que non encore systématisées, va donner une impulsion à l'évolution de la doctrine de la

5 GROTIUS, H., *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, (édité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, trad. du latin par P. Pradier-Fodéré), Paris, PUF, 2005 (1625), Livre II, Chapitre 1,2, p.164

6 *Ibidem*, Livre III, Chapitre XI, IX, 3, p.715

7 *Ibid.*, Livre III, Chapitre XI, X, 1, p.715

8 *Ibid.* Livre III, Chapitre XI, XIX, p.722

9 *Ibid.*, Livre III, Chapitre IV, XV, 1, p.632

guerre juste. Ceci se fera sentir principalement au niveau du *jus in bello*, développé par la suite par Vattel ou Pufendorf.

Cependant, la question de la guerre juste finira par perdre de l'importance. Son insuffisance normative, la fortification de la souveraineté par le traité de Westphalie entraînant des rapports politiques de plus en plus laïcisés, enfin le développement progressif du droit positif sont autant de facteurs qui détournent l'attention de la question du droit de faire la guerre vers la question du droit dans la guerre. Le XVIII^{ème} siècle marque à ce titre un tournant dans la pensée de la guerre. Le positivisme juridique, notamment sous l'influence de Kelsen, rejette le droit naturel pour n'admettre comme règle valide que la norme juridique. Toute considération morale est alors écartée de la réflexion comme étant étrangère au droit. Sous ce point de vue, l'ensemble du *jus ad bellum* ne devient qu'un ensemble de lois positives destinées à légiférer les conditions de l'entrée en guerre, sens qu'il a encore aujourd'hui dans la pratique juridique.

Grotius peut donc être vu comme le dernier maillon de l'évolution dynamique de la doctrine de la guerre juste. Ceci ne signifie pas que la question de la guerre juste sera par la suite totalement laissée de côté. Au contraire, ce thème sera abordé par de nombreux penseurs : Vattel ou Pufendorf, Locke ou Kant, même s'il faut admettre un désintérêt progressif de la question allant jusqu'à une période d'oubli. Ce n'est qu'à l'époque contemporaine, notamment dans le contexte de la guerre du Viêt-Nam, que la notion de guerre juste fut remise sur le devant de la scène. Un certain nombre d'articles parurent dans la tradition analytique nord-américaine. Mais c'est surtout le *Just and Injust War* de Walzer qui, en 1977, redonne le coup d'envoi à une réflexion basée sur la doctrine de la guerre juste.

Dernièrement, Brian Orend, dans son article « War »¹⁰ de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, systématise la forme actuelle de la théorie de la guerre juste. La dernière révision de cet article, datant du 28 juillet 2005, fait état de six règles du *jus ad bellum* et introduit pour la première fois trois nouvelles règles du *jus in bello*, portant leur nombre à six. La « forme actuelle » de la doctrine de la guerre juste serait donc :

Règles du *jus ad bellum* :

- 1- Une guerre ne peut être juste que si elle relève d'une cause juste
- 2- L'entrée en guerre doit être motivée par une intention droite de la part de celui qui la décide

10 OREND, B., « War », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall 2008 Edition), E.N. ZALTA (éd.) (<http://plato.stanford.edu/archives/sum2005/entries/war/>)

3- L'entrée en guerre doit être décidée par une autorité légitime, et publiquement déclarée

4- Pour qu'une guerre soit juste, l'entrée en guerre doit être le dernier moyen encore disponible pour défendre une juste cause

5- Pour être juste, une guerre doit avoir de sérieuses chances de succès. Une guerre « perdue d'avance » ne saurait être juste, quand bien même les quatre règles précédentes seraient respectées

6- Une guerre juste doit être proportionnelle, c'est-à-dire que les biens qu'elle poursuit ne doivent pas être payés par des maux démesurés

Règles du *jus in bello* :

1- Pour être juste, une guerre doit respecter toutes les lois internationales relatives à des armes prohibées (notamment les armes chimiques et biologiques).

2- Une guerre juste doit opérer une discrimination entre combattant et non-combattant et respecter l'immunité de ces derniers.

3- Dans une guerre juste, les soldats doivent utiliser une force proportionnée à la fin recherchée.

4- Dans une guerre juste, les prisonniers de guerre cessent d'être des combattants, ils doivent donc être traités avec humanité, dans une zone sûre, sans qu'aucun dédommagement pécuniaire ne puisse leur être demandé pour leur entretien.

5- Dans une guerre juste, les combattants ne peuvent recourir à des moyens « *mala in se* » (viols massifs, génocide, nettoyage ethnique, poison, trahison...)

6- Dans une guerre juste, le manquement aux règles du *jus in bello* par l'un des combattants, ne peut justifier les autres à y manquer en retour.

II.2 - Comment se pose notre question ?

C'est donc bien la perspective de la guerre juste qui peut nous guider pour déterminer si le fait de porter un jugement moral sur la guerre est ou non susceptible de modifier la valeur des actes qui y sont commis, et, partant, est susceptible ou non de modifier l'extension relative de la catégorie des crimes de guerre.

Deux conclusions sont alors possibles. La première serait d'en venir à déclarer une guerre injuste. La question se pose alors de savoir si le fait de l'avoir jugée telle rend tout ce qui est commis en son nom injuste. À supposer que ce soit le cas, nous devrions alors examiner dans quelle mesure le soldat peut être jugé moralement responsable de participer à une guerre injuste. Cependant, cette perspective nous ferait dévier de notre question. En effet, nous avons établi au début de ce chapitre

qu'un jugement moral porté sur la guerre pourrait avoir un intérêt dans la mesure où il pourrait fonder moralement la suspension de poursuite pour des actes juridiquement considérés comme crimes de guerre. Or, cela n'a pas grande pertinence ici de savoir si des actes juridiquement admis comme actes autorisés pendant la guerre devraient ou non être moralement rejetés. La question a un intérêt moral évident, mais elle relève plus des engagements moraux individuels que de l'évaluation systématique des responsabilités. C'est plutôt la seconde position qui nous intéresse ici.

La seconde conclusion possible à l'examen de la justice de la guerre serait d'en venir à déclarer une guerre juste. C'est ici que se pose la question de l'extension possible du champ des moyens autorisés. En effet, quand la victoire est un impératif moral, est-ce que tous – ou presque tous – les moyens sont moralement justifiés pour l'obtenir ? Dans cette première partie, nous nous intéressons aux responsabilités partagées entre ceux qui décident de la guerre et ceux qui la font. Par conséquent, le fait que ceux qui décident de la guerre aient ou non des raisons moralement fondées pour le faire peut-il modifier le champ des actes auxquels les soldats sont moralement autorisés à recourir ? Et si tel est le cas, est-ce que ceci est susceptible de modifier leur responsabilité pour les actes qui sont commis ?

III - Le jugement moral porté sur la guerre est-il susceptible de modifier l'extension relative de la catégorie des crimes de guerre ?

Walzer avance, dans son ouvrage *Just and Injust War*, que la moralité de la guerre peut s'évaluer à deux niveaux : au niveau des raisons d'entrer en guerre et au niveau des moyens de mener la guerre. La moralité au niveau des moyens s'évalue au cas par cas : est-ce que tel type d'acte est ou non un moyen juste pour tenter de progresser vers la victoire ? Il n'est pas de notre propos ici de reprendre chaque type possible d'acte et d'en faire une évaluation morale. Un examen du droit international nous prouve la cohérence de ses règles avec des justifications morales et il n'est pas ici utile d'en examiner le détail ou les cas limites. Notre propos n'est donc pas ici de déterminer quelles sont les motivations morales que peut avoir un soldat de respecter à la lettre ou non le droit international.

Il en serait de même au niveau des raisons de la guerre : il n'est pas utile ici de déterminer dans quelle mesure ceux qui décident de la guerre ont de raisons morales suffisamment fortes pour le faire.

Ce qui par contre est susceptible d'éclairer la question des responsabilités partagées entre ceux qui décident de la guerre et ceux qui la font est les modifications que la justice des raisons de faire la guerre peuvent apporter à la justice des moyens disponibles. Ce sont donc ces tensions que nous allons examiner :

Selon Walzer, il est possible de distinguer quatre types de tension entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*¹¹ :

- 1- la convention est écartée sous la pression de l'argument utilitariste
- 2- la convention cède peu à peu devant l'urgence morale de la cause
- 3- la convention est inamovible
- 4- la convention ne cède que devant une catastrophe imminente

Ces quatre types vont nous servir de fil conducteur comme autant de points de vue possibles pour répondre à la question qui nous occupe.

III.1- La justice de la cause rend secondaire la catégorie de crime de guerre

Le premier type de tension revient à poser que la convention est écartée sous la pression de l'argument utilitariste. Ceci signifie, non qu'on supprime par principe toute convention, mais que le bien vers lequel tend la guerre passe avant toute autre considération. Notons que Walzer n'examine pas le cas d'une remise en cause pure et simple de la notion de crime de guerre, la justice de la guerre n'est pas de nature à justifier tous les actes qui sont commis en son nom. On ne peut admettre que la justice au niveau du *jus ad bellum* soit un élément suffisant pour faire de la guerre une guerre juste sans égard aucun pour la justice du *jus in bello*. Une telle position se contredirait elle-même dans ses visées de justice.

La position proposée ici est plutôt celle d'une priorité de principe : si la victoire est une nécessité morale, elle justifie les actes qui la favorisent. Cependant, nous voyons rapidement que la difficulté inhérente à cette position est celle des limites. Si la position ne donne pas, par principe, libre cours à la licence, elle pourrait finir par la permettre, à force d'autoriser les actes censés favoriser la victoire. Par conséquent, il y a ici un risque réel de finir par déclarer utile toute forme de violence. Dans une perspective morale, le passage par le pragmatisme peut en venir à justifier que tout soit permis, attendu que la guerre soit juste.

La conséquence de cette position serait que le jugement moral sur la guerre en vienne progressivement à justifier une suppression pure et simple de la catégorie du crime de guerre, si ce n'est en droit, du moins en faits.

11 WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, (trad. de l'américain par S. Chambon et A. Wicke), Paris, Gallimard, Folio essai, 2006 (1977), chapitre 14, p.418

III.2 - Le principe de l'échelle mobile

Le deuxième type de tension possible entre *jus ad bellum* et *jus in bello* revient à poser que la convention cède peu à peu devant l'urgence morale de la cause. Ceci revient à dire que plus la guerre est juste, plus elle donne de droits. On tente de conserver au maximum la convention, mais il faut admettre qu'elle doive parfois s'incliner devant la nécessité militaire. La priorité est donnée ici aux fins, avant les moyens.

Par conséquent, cette position permet d'admettre que des actes qui ne seraient pas autorisés dans une guerre sur laquelle on n'aurait porté aucun jugement moral (des actes illégaux par exemple) pourraient se trouver justifiés compte tenu de la moralité des fins.

Nous sommes ici face à une conception proportionnelle, dans laquelle chaque guerre pourrait avoir sa convention juste, elle-même évolutive suivant les cas particuliers et l'évolution des combats. Par conséquent, la question de l'extension relative du champ catégoriel des crimes de guerre nous renvoie directement à la question de l'évaluation du degré de justesse de la cause.

La difficulté de cette position réside dans sa mise en pratique : comment évaluer un degré de justice de la guerre et comment déterminer quels actes sont corrélativement justifiés par cette évaluation ?

L'évaluation du degré de justice est d'autant délicat que Walzer fait remarquer que nous n'avons jamais vraiment mis au jour une gradation dans la moralité de la guerre. Lui-même distingue plutôt une zone de guerre injuste, qu'il fait concorder avec l'agression, et une zone de guerre juste, qu'il assimile aux situations de légitime défense. De son propre aveu, la frontière entre les deux zones n'est pas vraiment nette. Les difficultés avec lesquelles est actuellement aux prises la commission sur le crime d'agression mandatée par les Nations Unies pour donner une définition de ce crime admissible pour le droit international corrobore ces incertitudes. Ainsi, le premier inconvénient de cette position, selon Walzer, est que nous n'avons pas à proprement parler de zone sur laquelle déplacer cette échelle mobile.

De plus, même si nous étions en mesure de déterminer avec précision quel est le « degré de justice » de la guerre, nous aurions encore de la difficulté à en déduire la nature et l'étendue des moyens corrélativement autorisés.

Ces deux arguments nous poussent à conclure que cette position peut bien avoir un intérêt théorique, mais qu'elle ne nous est d'aucun secours quand il s'agit d'évaluer et de justifier une quelconque modification du champ de la catégorie des crimes de guerre.

III.3 - L'absolutisme moral

Le troisième type de posture indique que la convention reste inamovible. Cette position relève d'un « absolutisme moral ». Si la convention est inamovible, le jugement moral sur la guerre ne justifie aucune modification régressive de la catégorie du crime de guerre. Le *jus ad bellum* et le *jus in bello* sont donc deux dimensions indépendantes l'une de l'autre, chacune devant être prise en considération pour qu'une guerre puisse à bon droit être déclarée juste sans qu'une priorité de principe ne puisse être accordée à la justice du *jus ad bellum* sur la justice du *jus in bello*.

III.4 - L'absolutisme « modéré »

Le dernier type de tension entre *jus ad bellum* et *jus in bello* indique que la convention ne peut céder que devant une catastrophe imminente. Cette position revient à une forme d'absolutisme modéré, pour autant que l'expression ait un sens. Effectivement, lorsque la victoire est une nécessité morale, certains actes qu'on souhaiterait pouvoir éviter *deviennent* inévitables. Mais seule une catastrophe imminente autorise à *outrépasser* les principes moraux qui soutiennent la catégorie des crimes de guerre. Il s'agit ici de la position propre de Walzer.

Finalement, les quatre positions présentées par Walzer ne nous permettent pas de répondre avec rigueur la question de l'extension relative de la catégorie des crimes de guerre en cas de posture morale de guerre juste. Le problème avec ces quatre modèles de tension entre *jus ad bellum* et *jus in bello* proposés par Walzer est qu'ils restent très abstraits et finalement restent en dehors de ce qui constitue et de ce qui justifie la catégorie du crime de guerre. On peut probablement reprocher à ces positions d'être très générales et de relever de la pétition de principe. Elles se bornent finalement à prendre acte des tensions qu'il peut y avoir sur la question entre une position déontologique et des degrés plus ou moins sévères d'utilitarisme. Or, ce n'est sans doute pas la façon la plus efficace d'interroger l'extension relative de la catégorie du crime de guerre. En effet, aucune de ces positions ne semble interroger la frontière entre ce qui relève de l'activité attendue des soldats et les crimes de guerre. C'est pourtant ce qu'il nous semble nécessaire de faire pour répondre avec le plus de rigueur à la question.

IV – Répondre à la question nous demande de dépasser l'alternative entre utilitarisme et déontologisme

La question de l'extension relative de la catégorie du crime de guerre en fonction de la justice de la guerre ne peut faire abstraction d'une étude de la catégorie du crime de guerre elle-même. Il nous faut en effet d'abord cerner ce qui fait qu'un acte est considéré comme un crime de guerre avant d'examiner comment un jugement moral porté sur la guerre serait de nature à modifier ou non l'admissibilité de l'acte comme crime. Ce n'est qu'ensuite que nous pourrions en déduire si ces modifications ont ou non une conséquence en termes de champ catégoriel.

S'il devait y avoir une modification relative de la catégorie du crime de guerre, cela devrait se faire après examen des éléments constitutifs des crimes de guerre. Dès lors, nous allons reprendre chacun des éléments du crime pour décider s'ils évoluent, ou non, lorsqu'un jugement moral est porté sur la guerre.

La pratique juridique nous fournit ici un fil directeur lorsqu'elle considère les éléments constitutifs du crime de guerre. Ils sont au nombre de cinq : le critère de la gravité des actes, la notion de personne protégée, la gravité en fonction des moyens, les méthodes de guerre prohibées et les procédés interdits.

Ceci nous renvoie à deux ensembles de règles : les règles qui régissent le moment et la manière de tuer, et les règles qui régissent la désignation de la victime.

IV.1 - Moment et manière de tuer

Cet élément recouvre une tension entre principe de nécessité et principe d'humanité. D'un côté, le principe de nécessité considère les actes envisagés comme nécessaires à la victoire militaire. D'un autre côté, le principe d'humanité exige que soit pris en compte dans le calcul ce que devront subir les personnes impliquées dans le conflit. La tension entre ces principes correspond à une tension entre efficacité militaire et respect des êtres humains, le principe d'humanité venant tempérer le principe de nécessité.

Cependant, si on se place dans une posture morale de guerre juste, la tension entre ces deux principes se déplace. En effet, lorsqu'on se place sous l'angle de pensée de la guerre juste, il est possible de soutenir que le principe de nécessité est étendu. Si la victoire est une nécessité morale,

on introduit alors un second niveau de nécessité. Il faut alors considérer deux niveaux de nécessité qui se superposent : la nécessité stratégique et la nécessité morale. Mais comment fonctionnent ces deux niveaux l'un par rapport à l'autre? Ces deux nécessités peuvent-elles s'influencer ? Examinons les différents crimes de guerre qui relèvent des moyens :

IV.1.a - Les moyens autorisés

Sont inscrits comme crimes de guerre au sein du droit international humanitaire les recours à des armes du type armes chimiques, poisons, armes empoisonnées, balles dum-dum, armes nucléaires, armes antipersonnel, atteintes à l'environnement naturel. Si donc utiliser telle arme est un crime de guerre, on voit mal comment ce même type d'arme peut devenir autorisé lorsque la victoire est une nécessité morale.

D'ailleurs, quand on se penche sur les armes prohibées et les raisons de leur prohibition, on constate qu'elles le sont lorsqu'elles imposent des souffrances qui ne sont pas nécessaires à l'issue du combat. On voit donc mal, d'un point de vue pratique et d'un point de vue logique, comment des souffrances inutiles par nature peuvent devenir utiles à une fin précise. Les armes prohibées le sont parce qu'elles imposent des blessures qui outrepassent les nécessités de l'immobilisation immédiate. Ce qui est réellement nécessaire quand on parle de nécessité militaire est d'abord de mettre l'ennemi hors de nuire. Par conséquent, si les souffrances surrogatoires sont par définition inutiles à la victoire, le fait que la victoire soit juste ne peut les rendre utiles. Le fait que la victoire soit une nécessité morale ne peut venir ici influencer la tension entre nécessité militaire et principe d'humanité. Très logiquement, il faut donc conclure que le jugement porté sur la guerre ne peut ici venir étendre le champ de moyens autorisés.

Certes, on pourrait avancer une argumentation inverse, et soutenir que plus la victoire est rapide, plus on épargne de vies en bout de ligne. Une guerre totale et courte serait alors susceptible, dans une perspective conséquentialiste, de causer moins de maux qu'une guerre longue et retenue. Suivant ce point de vue, on devrait pouvoir soutenir que des armes prohibées – notamment les armes nucléaires - deviendraient utiles à la victoire, comme étant un moyen efficace d'en finir au plus vite. Par conséquent, le choix de l'arme ne pourrait, selon cette argumentation, relever du crime de guerre et deviendrait un moyen acceptable lorsque la victoire serait une nécessité morale.

Cependant, cette objection ne nous semble pas acceptable, car la retenue n'est pas un frein à la victoire. Quand il est possible de neutraliser un soldat, il devient inutile et donc injustifiable de le tuer. Une guerre n'a pas besoin d'être totale pour être rapide, *a fortiori* à l'heure de la technologie.

Lorsqu'on peut cibler des cibles stratégiques, lorsque des armes paralysantes deviennent envisageables, la violation de la retenue dans les moyens devient difficilement soutenable.

IV.1.b - Les procédés interdits

Le terme juridique de « procédés interdits » désigne les crimes dont le ressort est le recours à la perfidie ou à la trahison : par exemple la déclaration ou l'ordre qu'il ne sera pas fait de quartier, l'utilisation de boucliers humains, la torture ou encore les actes de terrorisme...

C'est ici que la question de la modification du champ des actes autorisés se pose avec acuité. Lorsqu'on laisse de côté toute interrogation sur la moralité de la guerre, on peut demander à chaque partie de se conformer aux mêmes règles : aucun belligérant ne pourra recourir au bouclier humain, quelles que soient les circonstances. Tout contrevenant pourra être poursuivi pour crimes de guerre. Or, est-ce que la réponse se trouve modifiée sous un point de vue de guerre juste ? Walzer expose ce cas à partir d'un exemple¹² : lors d'une guerre d'agression, des résistants se sont déguisés en paysans, de sorte que les soldats ennemis se sont approchés sans méfiance. Lorsque ces derniers ont été suffisamment proches, les faux paysans les attaquèrent, profitant ainsi de l'effet de surprise. L'exemple proposé par Walzer est clairement un cas de ce que le vocabulaire juridique désigne comme « perfidie », explicitement considéré dans le droit international comme crime de guerre. Ce qui pourrait dédouaner les faux paysans ici est, comme le mentionne Walzer, le fait qu'ils aient été pris dans une guerre d'agression, il s'agissait donc bien pour eux de combattre pour une guerre juste. Et effectivement, comme le demande Walzer, pourquoi devrions-nous retenir nos coups quand il est question de se défendre contre quelqu'un qui nous agresse et n'a pas retenu les siens ?

D'après les derniers développements des règles du *jus in bello*, Brian Orend répondrait qu'on est censé retenir ses coups, parce que quelle que soit la justice dont fait preuve l'ennemi dans sa propre conduite des opérations, nous sommes tenus de respecter les règles. Ce n'est pas parce que la guerre que mène l'ennemi est injuste que notre réponse sera réciproquement juste sans conditions. Dit autrement, notre moralité dépend de nos actes, non de ceux de nos ennemis. Si je suis agressé mais que je considère que ce fait m'autorise à recourir à des actes prohibés, alors je me comporte injustement. La guerre injuste que mène un combattant ne rend pas nécessairement juste la guerre que mène l'opposant. Une guerre peut bien être injuste des deux côtés.

Cependant, il ne suffit probablement pas de dire qu'il faut respecter les règles. Brian Orend, en

12 WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, (trad. de l'américain par S. Chambon et A. Wicke), Paris, Gallimard, Folio essai, 2006 (1977), Chap.11, pp.327-328

ajoutant des règles au *jus in bello*, fini par faire coïncider les règles de la doctrine de la guerre juste avec les lois du droit humanitaire international. Avancer qu'il faut respecter les règles de la doctrine quelle que soit l'attitude et la justice de l'adversaire, en rigidifiant le champ du *jus in bello*, finit par nous faire glisser vers une position identique au positivisme juridique. Finalement, ceci pervertit l'esprit de la doctrine et lui fait perdre son intérêt propre. Au contraire, il nous faut affronter la difficulté soulevée par Walzer en maintenant ouvertes toutes ses tensions. Il semble qu'ici, le modèle le plus éclairant serait celui de la légitime défense, tel que conçu par la pratique juridique, par exemple dans le droit civil français (mais c'est uniquement le modèle qu'il propose qui nous intéresse ici).

La légitime défense est classée juridiquement comme « éléments déresponsabilisants », ce qui signifie que dans l'économie de l'attribution des responsabilités, elle survient après avoir reconnu et imputé un acte à quelqu'un : des blessures graves ont été infligées à M. Leblanc, l'examen des faits permet d'imputer ce crime à M. Lenoir. Le jugement d'attribution de la responsabilité demande alors de s'interroger sur les motivations de M. Lenoir et de vérifier si la commission des actes n'a pas été présidée par des « faits justificatifs ». Autrement dit, pour reprendre le vocabulaire juridique, si les éléments matériels (actes), l'élément légal (violation d'une loi) et l'élément moral (santé mentale de l'auteur) sont avérés mais qu'il y a un fait justificatif à l'acte (l'élément « injuste »), alors l'infraction n'est pas attestée et la responsabilité n'est pas engagée. Il ne suffit donc pas de constater qu'un crime a été commis et qu'il a été commis par telle personne désignée, personne reconnue comme ayant tout son esprit. Constater un acte inscrit comme crime dans les textes ne suffit donc pas à constituer le crime si cet acte est commis. Les actes prohibés peuvent ne pas être considérés comme des crimes si la personne qui les a commis s'est trouvée dans une situation injuste pour elle, si elle a dû réagir à quelque chose ne dépendant pas d'elle et qu'elle n'a pas voulu. La légitime défense fait partie de ces faits justificatifs, de même que (dans le droit civil français du moins) l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime ou l'état de nécessité. Est-il alors possible que le fait que la guerre soit juste nous place moralement dans une situation analogue à une position juridique de légitime défense ? L'exemple de Walzer est une réponse à une agression, les faux paysans se sont-ils alors « légitimement défendus » ?

Deux aspects sont à considérer lorsqu'on examine un cas de légitime défense : tout d'abord *contre qui* l'on se défend, ensuite *comment* on se défend. En effet, avons-nous le droit de nous défendre contre toute menace ou devons-nous nous abstenir de répondre violemment à une menace provenant d'un « innocent » ? Quelle est alors, dans l'exemple proposé par Walzer, le degré de culpabilité des soldats ennemis qui passaient tranquillement leur chemin sans montrer

d'agressivité ? Étaient-ils momentanément innocents ou forcément coupables ? Quel genre de menace représentaient-ils vraiment ?

De même, *comment* pouvons-nous nous défendre pour rester dans les limites d'une justice de la guerre ? Car, en effet, admettre que nous ayons le droit de nous défendre ne permet pas d'admettre pour autant que tout acte soit justifié au nom de la légitime défense. On admet généralement, et c'est ce que fait également le droit, que la défense doit être proportionnée à l'attaque. Se défendre « légitimement » signifie donc rester dans le cadre des actes nécessaires pour écarter la menace. Or, savoir ce que les résistants sont autorisés à faire dépend directement de la question du genre de menace que représentaient les soldats ennemis qui continuaient leur chemin. Les attaquer alors qu'ils ne s'y attendaient pas reste-il ou non dans les limites des actes autorisés par le principe de la légitime défense ?

Le malaise qu'on ressent à se prononcer dans le cas proposé par Walzer met à jour une tension entre deux niveaux de compréhension : le niveau collectif et le niveau individuel. Si l'on se place au niveau collectif, alors on peut bien admettre qu'un État ou un groupe agressé a le droit légitime de se défendre. Les soldats de part et d'autre ne sont alors que les moyens de décisions qui les dépassent. Les combattants de l'agresseur deviennent par métonymie des agresseurs eux-mêmes. Ce sont les bras armés de l'adversaire et ce sont bien eux qui réalisent et rendent possible l'agression. Ils ne sauraient, dans ces conditions être « innocents ». Par conséquent, aussi bien les soldats que les « francs-tireurs » que sont les résistants, en combattant, réalisent les fins collectives de défense contre l'agression. Ils sont donc, les uns et les autres, à compter parmi les moyens dont l'État ou le groupe peut disposer pour se défendre. Leurs actes peuvent donc bien être lus comme étant des actes de défenses fait pour et au nom de l'État ou de la collectivité. Par conséquent, la perfidie dont ont usé les faux paysans doit être comprise comme un des moyens disponibles pour repousser l'agression. Dès lors, il faut bien admettre que des actes qui seraient réprouvés si l'on s'en tenait exclusivement aux textes du droit international deviendraient moralement légitimés par la perspective de l'agression, donc dans le cadre d'une guerre juste. Il faut donc conclure que le fait d'avoir porté un jugement moral sur la guerre a bien eu pour effet d'étendre le champ des moyens disponibles. Les limites de ce champ se dessinent alors : il s'étend jusqu'à ce qui est nécessaire pour repousser l'agression.

Cependant, si on a une lecture individuelle de l'exemple de Walzer, les conclusions se modifient. Car finalement, même si l'on constate que la communauté est agressée, *qui* sont les agresseurs ? Est-ce que le fait d'avoir été incorporé à une armée et de réaliser des décisions qui ne sont pas les nôtres suffit à faire de l'exécutant un agresseur ? Nous retrouvons les positions évoquées au chapitre précédent. Tout dépend en effet du degré d'adhésion personnel de chaque soldat aux décisions

politiques de ses dirigeants. Le fait qu'un soldat ennemi soit un agresseur ou une victime dépend donc de ses convictions personnelles. Cependant, ceci ne serait pas suffisant pour admettre que nous n'avons pas à nous défendre contre les soldats ennemis. Le fait d'estimer les soldats ennemis comme innocents n'interdit leur attaque qui si on admet les arguments de ceux qui soutiennent que nous n'avons aucun droit moral à nous défendre nous-mêmes contre une menace innocente. Par contre, l'élément pertinent introduit par ce point de vue est que le soldat ennemi ne peut être considéré comme agresseur « par principe », soit, du fait même d'être soldat. Si le soldat ennemi n'est pas un agresseur par principe, alors il n'est une menace que circonstancielle. Deux raisons peuvent alors se soulever contre la justification des faux paysans à les attaquer. La première est une raison immédiate : les soldats ennemis continuaient leur chemin, ils n'ont pas agressé les paysans et ne s'apprêtaient pas à le faire. Les faux paysans n'étaient pas menacés, ils ne se sont donc pas à proprement parler « défendus ». Il ne leur coûtait absolument rien de les laisser passer, l'attaque est donc bien surrogatoire. La seconde raison est tournée vers l'avenir : un des arguments fréquemment avancés pour justifier l'attaque des soldats est de dire que ce n'est pas parce qu'ils ne représentent pas de menace immédiate, qu'ils ne vont pas en représenter une plus tard. Si ce sont des soldats, alors il faut admettre qu'ils se battront et qu'ils tueront potentiellement des concitoyens, affaiblissant ainsi notre propre camp. Par prévention, il faut donc les abattre avant qu'ils n'aient le temps de nuire. Cependant, est-il possible d'admettre qu'on commette un crime de guerre *en prévention*, pour se défendre d'une menace virtuelle ? Nous passerons ici sur les fondements de la légitimité de la prévention, contentons-nous pour l'heure d'admettre que si l'attaque de l'autre est imminente et inévitable, on ne soit pas contraint d'attendre son premier coup pour être autorisé à se défendre. Mais s'agit-il bien de ce qui est en jeu ici ? Si nous en restions à un point de vue collectiviste de l'exemple proposé par Walzer, alors il faudrait bien admettre que les soldats ennemis sont une menace imminente et inévitable : ils sont sur notre territoire et feront tout ce qui sera en leur pouvoir pour nous soumettre, que ces soldats-ci ne se soient pas montrés agressifs ne réduit en rien la menace qui pèse sur le groupe. Par contre, si nous adoptons un point de vue individualiste, alors la perspective change : si les soldats ennemis ne sont que des menaces de circonstance, alors rien ne dit que ces hommes seront dans le futur des menaces. Si eux-mêmes sont pris dans une guerre qu'ils n'ont pas choisie, rien ne dit qu'ils ne vont pas chercher à éviter ou limiter les affrontements autant qu'ils le peuvent. En les attaquant, les faux paysans commettent alors plusieurs erreurs injustifiables : tout d'abord, ils attaquent des hommes qui ne les menacent pas directement, d'homme à homme, cet acte relève de l'agression ; ensuite, ils attaquent des hommes qui ne représentent pas de menace certaine et inévitable pour le futur, rien ne dit qu'ils seront un jour en position de tuer un de leur concitoyens ni qu'ils en useraient ; enfin, ils portent le premier coup sur le fondement d'une supposition et commettent des violences non nécessaires. Non

seulement on sort ici du cadre de la légitime défense, mais en plus, les violences non nécessaires sont bien un des ressorts de ce qui fait la nature des crimes de guerre. D'un point de vue individualiste, tout pousse à réprouber l'action des faux paysans.

Ainsi, lorsque la fantasmagorie de la guerre se fissure et que derrière les fonctions nous examinons la situation dans sa réalité humaine, il devient difficile d'admettre que c'est bien à un cas de légitime défense que nous assistons ici. La justice de la guerre n'est pas remise en cause : on peut tout à fait conserver un jugement moral sur la guerre qui nous ferait reconnaître une guerre comme juste sans admettre pour autant que nous soyons justifiés à étendre le champ des actes autorisés. Tout dépend du point de vue que l'on adopte : ou collectiviste ou individualiste. Le premier nous autorise à avoir une lecture temporellement et significativement globale de la guerre, le second nous demande de lire les actes comme une succession d'actes d'abord signifiants en eux-mêmes. Est-il alors possible de choisir un point de vue plutôt que l'autre ? Certes, nous pourrions dire qu'une guerre est par nature un phénomène collectif et que l'analyse des actes singuliers ne pourra jamais en exprimer l'essence. Cependant, ce serait commettre l'erreur directement inverse de considérer que la guerre est avant tout un acte collectif et que l'analyse des actes singuliers est secondaire. Il semble plutôt que nous soyons renvoyés ici à une conception personnelle : sommes-nous d'abord des hommes ou d'abord des citoyens ? L'incapacité à trancher entre point de vue collectiviste et point de vue individualiste traduit directement cette tension entre notre position d'homme et notre position de membre d'une communauté. Il semble difficile ici de renvoyer, pour décider du point de vue, à autre chose que les convictions personnelles de chaque individu.

Par conséquent, nous n'avons pas de moyen de trancher réellement la question de savoir si les méthodes de guerres prohibées peuvent ou non être étendues dans un cas de guerre juste. Une position collectiviste nous porterait à conclure que oui, une position individualiste (ou « humaniste ») nous porterait à conclure que non. Il n'existe pas de méta point de vue nous permettant de trancher significativement l'une ou l'autre position.

D'un point de vue juridique, que faire de cette conclusion ? De l'extension du champ des actes autorisés dépend la légitimité ou non de suspendre, dans certains cas précis, les poursuites. Le simple fait que nous ayons montré qu'un point de vue au moins autorise cette extension nous suffit pour conclure qu'effectivement, un jugement moral porté sur la guerre est susceptible de modifier le champ des actes autorisés et de justifier moralement la suspension des poursuites. La possibilité est bien offerte.

IV.2 - La désignation de la victime

Nous avons établi que le jugement moral sur la guerre n'était pas de nature à modifier l'extension relative de la catégorie des crimes de guerre lorsqu'il est question des moyens disponibles et que par contre, ce jugement était susceptible de modifier le champ des crimes de guerre en ce qui a trait aux procédés possibles. Nous pourrions donc passer directement à la question que nous suivons et examiner si ces modifications de champ entraînent ou non à leur suite des modifications au sein de l'établissement des responsabilités.

Or, nous avons posé que deux types de considérations étaient mises en jeu quand il est question des crimes de guerre : les règles qui désignent le moment et la manière de tuer et les règles qui désignent les victimes possibles. Par souci d'exhaustivité, examinons rapidement dans quelle mesure le jugement moral sur la guerre serait ou non de nature à modifier le champ des victimes possibles de crime de guerre.

Que ce soit la doctrine de la guerre juste ou le droit humanitaire international, il convient d'opérer une discrimination entre combattants et non-combattants. Dans le domaine juridique, cette distinction se fait suivant les règles de l'incorporation : sont combattants, les hommes auxquels l'autorité légitime a confié cette mission, ils font usage des armements fournis par les dirigeants et sont reconnaissables à leurs uniformes. En ce sens, ils sont à distinguer des francs-tireurs. Dans le cadre de la guerre juste, la discrimination se fait avant tout suivant le paradigme de la culpabilité et de l'innocence. Par exemple, pour Vitoria, celui qui commet un tort ou qui se fait le bras armé ou le complice d'une injustice est coupable. Dans cette logique, toute guerre défensive n'est pas juste : l'injuste qui se défendrait contre un châtement mérité se lancerait dans une guerre défensive injuste et au final, aggraverait son cas.

Toute la question est alors de déterminer qui est coupable et qui est innocent. Dans cette conception, le coupable doit être puni et l'innocent doit être protégé. Une bonne part de son cours, *Leçons sur la Guerre*, sera consacrée à la question de savoir qui sont les coupables et qui sont les innocents : les femmes et enfants sarrasins sont-ils innocents ou coupables dans une guerre de religion ? Le prince qui se lance dans ce qu'il croit à tort être une guerre juste est-il coupable ? Le soldat qui obéit aux ordres de son prince l'est-il ?

Dans la logique de la guerre juste, c'est bien la culpabilité et non le fait de porter les armes ou de participer au combat qui fait l'ennemi. Un passage illustre bien la tension qu'il peut y avoir entre cette perspective et, par exemple, une perspective positiviste. Dans cet extrait, Vitoria constate la différence de traitement des otages suivant le point de vue que l'on adopte :

«Est-il permis de mettre à mort les prisonniers et ceux qui se sont rendus, même en supposant qu'ils soient coupables ?

De soi, rien n'empêche que, dans une guerre juste, on puisse, sans vraiment violer la justice, mettre à mort les prisonniers et ceux qui se sont rendus, s'ils sont coupables. Mais, en ce qui concerne la guerre, beaucoup de pratiques ont été fixées par le droit des gens : il semble donc admis par la coutume et l'usage de la guerre de ne pas mettre à mort les prisonniers après la victoire et lorsque tout danger est écarté, à moins que, par hasard, ils ne s'enfuient. Or il faut observer le droit des gens de la même manière que les hommes de bien ont coutume de le faire. »¹³

Passage intéressant car il montre qu'il peut y avoir des tensions entre les actes autorisés dans une guerre hors jugement moral et les actes autorisés dans le cadre d'une guerre juste. Le paradigme de la culpabilité et de l'innocence nous pousse ici à déclarer acceptables des actes qui ne sont pas admis par le droit. Il est clair que cet exemple pourrait faire dire à Vitoria que le jugement moral porté sur la guerre pourrait être de nature à étendre le champ des moyens autorisés par le droit des gens.

Cependant, le point de vue de Vitoria n'épuise pas toute la perspective de la guerre juste. Si la doctrine s'est développée sur fond de christianisme et qu'il faille comprendre chez lui le paradigme de l'ennemi selon une culpabilité ou une innocence par rapport au péché, nous perdrons cependant une dimension importante de la théorie de la guerre juste si nous nous y cantonnons. En effet, hors fondements religieux, la perspective de la guerre juste réintroduit une question : celle des fondements moraux de la discrimination entre combattants et non-combattants, basée sur l'innocence. En effet, cette perspective ne modifie-t-elle pas les critères acceptables de la discrimination ?

C'est en effet une question qui se pose à bon droit. Hors jugement moral porté sur la guerre, le fondement de la discrimination entre combattants et non-combattants se lit de lui-même : ceux qui participent aux combats, qui possèdent la force de frappe, doivent prendre les risques à leur compte, laisser hors des affrontements les personnes qui ne sont pas censées y participer et même, autant qu'il est possible, les protéger.

Cependant, est-ce aussi simple lorsque la perspective morale portée sur la guerre fait reposer le fondement de la discrimination sur une considération morale ? En effet, le paradigme de l'innocence ne remet pas en cause la catégorie de personne protégée : ceux qui ne participent pas aux combats sont bien « innocents » au regard des affrontements. Mais est-ce que la catégorie des combattants

13 VITORIA, *Leçon sur le droit de guerre*, Genève, DROZ, 1966 (1539), Partie III, Question 6, p.126

n'est pas, elle aussi, susceptible d'abriter des « innocents » ? Car finalement, si un homme est incorporé contre sa volonté, devient-il par ce seul fait qui ne dépend pas de lui un « coupable » ? Et quelle différence y a-t-il, d'un point de vue moral, entre un adolescent de seize ans resté parmi les civils et un autre de dix-sept à qui l'on a mis de force une arme dans les mains ? L'un et l'autre ne sont-ils pas aussi « innocents » d'un point de vue moral ? Dès lors qu'on admet qu'il peut y avoir identité de statut moral entre les non-combattants et certains combattants, on observe un brouillage des critères de la discrimination. Mais alors, quelles conséquences tirer de cette conclusion ? La logique de la position devrait nous pousser à admettre que, certains types de combattants possédant le même type d'innocence que les civils, ils devraient être traités comme des personnes protégées. Mais la conséquence morale de l'analyse est ici incompatible avec une pratique cohérente. On peut bien reconnaître l'innocence morale des soldats, il n'en reste pas moins que d'un point de vue pratique, on ne puisse être à la fois combattant et protégé. La conséquence seconde du fait d'avoir établi l'absence de distinction de statut moral entre personnes protégées et certaines catégories de combattants est qu'il devient difficile de fonder moralement la priorité de l'une sur l'autre. Qu'en est-il, par exemple, dans une situation où il faudrait choisir entre la vie de personnes protégées utilisées comme boucliers humains et la vie de soldats ? Si la situation nous oblige à choisir entre les deux, aucune raison fondée sur une quelconque différence de statut moral ne peut logiquement nous aider à trancher cette question. On peut bien avancer des raisons positives, ou encore risquer des justifications morales basées sur la force de frappe, mais aucune discrimination cohérente ne peut être fondée sur une quelconque distinction de statut moral entre civil et combattants qui ont entièrement subis leur incorporation.

Bilan

Ainsi, nous avons établi que le fait de porter un jugement moral sur la guerre était bien de nature à modifier le champ des actes qui y sont commis. Il nous faut maintenant nous demander dans quelle mesure ce changement de perspective peut ou non apporter des modifications dans la compréhension des responsabilités. Notamment, est-ce que la responsabilité de ceux qui font la guerre est modifiée lorsqu'ils participent à une guerre juste ?

V - Ou'en est-il de la responsabilité du soldat ? La valeur de ses actes propres est-elle modifiée par les jugements moraux portés sur la guerre ?

Nous l'avons vu, une lecture collectiviste des enjeux peut permettre de considérer que certains actes inscrits dans le droit international humanitaire comme crimes de guerre se trouvent justifiés si l'on admet être pris dans un cas de guerre juste. Nous devrions donc être portés à conclure qu'effectivement, des actes individuels commis par des soldats peuvent bien être moralement justifiés. En théorie, leur responsabilité propre devrait donc pouvoir être modifiée.

Cependant, nous ne pouvons établir cette conclusion directement, car il y a une différence entre une lecture collectiviste des motivations et l'établissement des responsabilités individuelles. En effet, dans quelle mesure peut-il y avoir correspondance entre les deux dimensions ? C'est bien un jugement moral porté sur la guerre dans son ensemble qui permet de conclure à la modification de la responsabilité personnelle d'un soldat. Mais dans quelle mesure ce soldat est-il à même de porter un jugement moral sur la guerre ? S'il n'en est pas capable, alors ce ne peut être que pour des considérations qui le dépassent que des actes inscrits comme crimes de guerre se verraient justifiés. Ce serait alors uniquement le contexte moral qui viendrait, presque par hasard, donner à ses actes une valeur particulière. Mais cette valeur ne dépendant pas de lui, sa responsabilité propre ne pourrait alors être modifiée. Pour que des actes justifiés par le contexte puissent avoir une incidence sur sa responsabilité propre, il est nécessaire qu'il soit capable de porter lui-même un jugement moral sur la guerre à laquelle il participe et qu'il ait agi avec la conscience d'y être moralement autorisé. Or, dans quelle mesure un simple soldat est-il capable de porter un jugement moral fiable sur la justice d'une guerre ?

Pour évaluer le degré de connaissance qu'un simple soldat est en mesure d'acquérir sur la justice de la guerre, reprenons les règles du *jus ad bellum*, et examinons dans quelle mesure il serait à même de les évaluer :

1- Une guerre ne peut être juste que si elle relève d'une cause juste.

Il faudrait que le soldat ait connaissance des raisons de l'entrée en guerre, non seulement de son côté mais également soit au courant de toutes les tractations diplomatiques internationales ayant précédé la déclaration de guerre.

2- L'entrée en guerre doit être motivée par une intention droite de la part de celui qui la décide.

Seul celui qui décide de la guerre a connaissance de ses intentions. Ce point est impossible à évaluer pour toute personne hormis l'intéressé.

3- L'entrée en guerre doit être décidée par une autorité légitime, et publiquement déclarée.

Sauf situations exceptionnelles, toute personne est en mesure de constater si une guerre est déclarée par la personne ou l'organe autorisé à le faire.

4- Pour qu'une guerre soit juste, l'entrée en guerre doit être le dernier moyen encore disponible pour défendre une juste cause.

Là encore, la seule façon d'évaluer ce point est de connaître l'histoire diplomatique qui a précédé la déclaration de guerre. L'essentiel de la population n'a pas de réel moyen d'évaluer ce point.

5- Pour être juste, une guerre doit avoir de sérieuses chances de succès. Une guerre « perdue d'avance » ne saurait être juste, quand bien même les quatre règles précédentes seraient respectées. Les soldats peuvent, en s'informant, avoir une idée générale des ressources militaires de leur pays et de celui qu'ils vont combattre. Cependant, il y a toujours à ce niveau un certain flou, valable aussi pour ceux qui décident la guerre. Un des principes de base de la stratégie est de faire connaître suffisamment ses ressources pour dissuader des attaques extérieures, tout en cachant assez pour permettre un effet de surprise. Un pays faible aura souvent tendance à en montrer plus qu'il n'en a, un pays fort à en montrer moins qu'il n'en a. Dans les deux cas, l'évaluation exacte des forces n'est pas possible pour les dirigeants, *a fortiori* l'est-elle pour les simples soldats.

6- Une guerre juste doit être proportionnée, c'est-à-dire que les biens qu'elle poursuit ne doivent pas être payés par des maux démesurés.

Cette règle est bien inscrite au tableau des règles du *jus ad bellum*, et pourtant, elle n'est pas tout à fait identique structurellement aux autres. En effet, le respect de cette règle se réalise principalement au cours de la guerre. On peut bien, au moment de la déclaration de guerre, faire un *ratio* des biens poursuivis et des maux possibles. Mais les maux surviennent au fur et à mesure que la guerre progresse, ils s'accumulent jour après jour, jusqu'à ce que la guerre atteigne son but et les biens qu'elle poursuivait. Si bien que, bien qu'étant une règle du *jus ad bellum*, ce point ne peut être réellement évalué qu'une fois la guerre finie, lorsqu'on en est au moment des bilans.

Ainsi, la seule règle du *jus ad bellum* qu'un simple soldat puisse réellement évaluer est le fait que la guerre ait été déclarée par une autorité légitime. Or, ce point seul ne peut évidemment suffire à lui seul pour porter un jugement moral fiable sur une guerre. Par conséquent, il faut conclure que le simple soldat est incapable de déterminer par lui-même si la guerre à laquelle il participe est juste ou non. Au niveau des responsabilités, ceci nous porte à conclure que si la valeur des actes d'un soldat peut bien être modifiée par le fait d'avoir jugé cette guerre comme juste, cette modification ne peut jamais être réellement portée à la connaissance des soldats. Si bien qu'aucune modification ne doit être apportée dans leur comportement. La responsabilité personnelle du soldat ne peut être modifiée par la modification intrinsèque de la valeur de ses actes. Par conséquent, aucun soldat n'est moralement autorisé à modifier de lui-même ses comportements.

Mais alors, si les simples soldats ne sont pas en mesure d'évaluer la justice de la guerre, il faut bien admettre que certains le peuvent (ou alors la réflexion sur la justice de la guerre ne pourrait jamais dépasser l'élucubration). Ceux qui ont accès aux bonnes informations, et notamment ceux qui décident de la guerre, sont en mesure de porter un jugement moral éclairé sur la justice de la guerre. Par conséquent, nous pourrions dire que les soldats ne sont pas en mesure d'évaluer la modification du champ de la catégorie des crimes de guerre et donc ne peuvent s'autoriser d'eux-mêmes à des actes prohibés mais que par contre, les dirigeants ont la hauteur de vue suffisante pour évaluer cette modification. Ils seraient donc en mesure d'ordonner la commission d'actes qui semblent être des crimes de guerre mais qui au regard de la justice de la guerre se trouvent justifiés. Mais si nous admettons ce point, il faudrait alors dire que la responsabilité des soldats se limite à l'obéissance aux ordres, même si on leur demande de commettre des actes réprouvés par le droit international. La responsabilité des soldats peut-elle vraiment être suspendue par l'obéissance à des ordres qui leur semblent illégaux mais qui seraient moralement justes ?

Par exemple, imaginons qu'une victoire juste soit rapidement accessible, et que pour ce faire, le moyen le plus simple et le moins violent au final soit d'exécuter des soldats ennemis dans leur sommeil. En théorie, abattre des hommes désarmés est clairement un crime de guerre. Admettons que les commandants aient pu établir qu'il s'agit là d'un acte moralement autorisé en vertu de la justice de la guerre. Cependant, pour les soldats, cet ordre ressemble fort à un ordre illégal. Doivent-ils obéir ou non ? S'ils obéissent, alors ils n'ont aucun moyen d'évaluer par eux-mêmes la valeur des actes qu'ils commettent. S'ils refusent, ils peuvent être cause de la perte d'une guerre juste et finalement, se faire les artisans de l'injustice.

Nous sommes ici face à un cas d'évaluation de l'obéissance. La responsabilité d'un soldat contient-elle le fait de faire confiance à ses supérieurs ou contient-elle le fait de décider par soi-même de ce qu'il est censé faire ou non ? Juridiquement, deux traitements sont possibles, certains droits admettent la théorie de l'obéissance passive, d'autres la théorie de l'obéissance raisonnée. La première signifie que le soldat est avant tout un soldat : on l'incorpore pour réaliser certains plans, il est donc essentiel qu'il y obéisse. Si des ordres illégaux ont été donnés, alors c'est celui qui les a donnés qui devra en répondre, non celui qui, au final, a fait ce qu'on attendait de lui. La seconde signifie absolument le contraire : le soldat est un homme avant d'être un soldat. Il n'est donc pas censé obéir à n'importe quoi et doit toujours garder une forme de critique envers les ordres donnés. Ce point de vue permet une tempérance interne : si le commandant perd la tête ou décide de fermer les yeux, ses hommes ne sont pas pour autant dédouanés des exactions qu'ils pourraient commettre. Chacun doit bien rendre compte de ses actes, chacun à son niveau.

Dans un cas de guerre juste, ce modèle se trouve un peu compliqué. À partir du moment où l'on a admis d'une part que certains crimes de guerre pouvaient se trouver justifiés dans un cas de guerre juste et que d'autre part, le soldat n'était pas en mesure de porter sur la guerre un jugement moral fiable, alors il faut bien admettre que certains actes qui pourraient avoir l'apparence de l'illégalité seraient en fait moralement justifiés. Ce cas ne se présente pas lorsqu'on ne porte pas de jugement moral sur la guerre : tout acte illégal est illégal. La possibilité de la victoire n'est pas un argument suffisant pour permettre de passer outre la loi internationale.

Il y a donc une tension ici entre la valeur intrinsèque de nos actes et le jugement que nous pouvons porter sur eux. Dans un cas comme celui-là, Vitoria posait qu'en cas de doute, il faut obéir et que la culpabilité retomberait sur les chefs s'ils s'étaient trompés. Soit, mais quand le jugement à craindre n'est pas celui de Dieu mais celui des hommes, la question ne peut être tranchée ainsi. Quelle ligne de conduite doit alors suivre le soldat ?

La responsabilité de chaque individu fait qu'on peut lui demander compte des actes qu'il a commis *en connaissance de cause*. Si le soldat n'a pas les moyens d'évaluer la justice de la guerre, alors il ne peut considérer une quelconque modification dans le champ des actes autorisés. Les soldats n'ont donc aucune raison solide de supposer que les ordres illégaux qu'ils reçoivent sont dictés par des considérations morales fondées. La seule ligne de conduite cohérente à tenir pour un soldat est de s'en tenir aux actes qui lui semblent moralement et légalement autorisés, sans chercher à prendre en compte des éléments qui le dépassent et qu'il ne peut jamais réellement évaluer. Il faut donc conclure que la modification de l'extension du champ des crimes de guerre ne peut venir modifier leur responsabilité.

Bilan

Nous l'avons vu, le fait de participer à une guerre juste ne peut pas venir modifier la responsabilité des soldats, parce qu'ils ne peuvent jamais être assurés de participer à une guerre juste. À leur niveau individuel, rien n'est donc modifié. Un soldat ne peut donc faire valoir devant une cour qu'en vertu de sa conscience et de sa certitude de servir une juste cause, il a été poussé à commettre un acte illégal. Cette ligne de défense, sincère ou non, ne peut être admise, justement parce qu'un soldat n'a jamais les moyens d'évaluer la justice de la guerre dans son ensemble. Il est également tout à fait possible d'imaginer des situations inverses dans lesquelles un soldat, pensant commettre un crime de guerre, viendrait en fait réaliser l'ordre d'un crime justifié et ordonné dans le cadre d'une guerre juste. Cette considération extérieure et inconnue de lui ne peut évidemment pas le

dédouaner. Par conséquent, le manque de connaissances disponibles au soldat est la raison du fait que sa responsabilité ne puisse être modifiée par le fait de participer à une guerre juste.

Finalement, la seule modification de responsabilité que peut entraîner un jugement moral sur la guerre se révèle au niveau de la responsabilité de ceux qui ont les moyens d'évaluer sa justice. Seuls ceux qui décident la guerre et les hauts dirigeants bien informés sont en mesure de déterminer quels actes légalement inscrits comme crimes de guerre peuvent, suivant les circonstances, se trouver moralement justifiés. C'est donc uniquement dans le cas d'un haut dirigeant qui aurait ordonné la commission de crime de guerre qu'il pourrait être moralement fondé de suspendre les poursuites. Encore faudrait-il que le prévenu fasse la preuve, non seulement qu'il oeuvrait pour une guerre juste *en connaissance de cause*, mais encore qu'il a ordonné ces actes *pour cette seule raison*.

Dès lors, par rapport aux conclusions du chapitre précédent, nous pouvons maintenant avancer qu'aucune modification de responsabilité ne peut toucher le soldat du fait de participer à une guerre juste.

L'apport de la perspective collective pour penser les responsabilités impliquées par la commission de certains crimes : exemple du génocide

Nous avons vu, dans le précédent chapitre, que la responsabilité du soldat n'était pas la seule susceptible d'être impliquée dans la commission d'un crime de guerre, et qu'elle pouvait renvoyer à des responsabilités moins évidentes au premier abord, mais tout aussi pertinentes. Nous avons établi que ces responsabilités plus lointaines n'apparaissaient pas clairement lorsqu'on s'en tient à la description individuelle des actes, telle que conçue notamment par la pratique juridique.

Cependant, ces responsabilités lointaines ne sont pas sans poser des difficultés. D'un côté nous pouvons penser une forme de responsabilité de la part de ceux qui décident la guerre dans la mesure où ils font courir un risque moral aux soldats incorporés ; de l'autre il est quasi impossible d'évaluer la présence effective et la mesure de leur influence au niveau des actes commis. Tout se passe comme si nous avions mis au jour une forme de responsabilité de la part de ceux qui décident la guerre qui ne correspond pas directement aux schémas classiques d'établissement de la responsabilité. Nous ne pouvons en effet dégager de lien matériel direct entre le fait de déclarer la guerre et la commission de crimes de guerre, et nous ne pouvons pas non plus dégager dans tous les cas des incitations ou des ordres à commettre des crimes de guerre qui pourraient exprimer une intention de voir de tels actes arriver. Et pourtant, nous avons montré que ceux qui décident la guerre ne sont pas pour rien dans la commission des crimes. Un partage des responsabilités s'est donc bien révélé au niveau moral.

Il faut donc bien admettre que la simple description des actes individuels soit susceptible de masquer une partie des responsabilités possibles. Ceci s'explique en partie par le fonctionnement du droit, qui peut difficilement faire état de ces autres responsabilités. Cependant, d'un point de vue moral, elles peuvent être mises au jour. À charge ensuite de déterminer si ces nouvelles responsabilités plus larges doivent ou simplement peuvent avoir une incidence, d'une manière ou d'une autre, au niveau juridique.

Ce que nous souhaitons établir dans ce chapitre est qu'il existe bien des crimes qui laissent échapper quelque chose à n'être décrits que selon les schèmes de la stricte responsabilité individuelle. Nous prendrons ici le cas du génocide, dont l'analyse nous montre la pertinence de prendre en compte la dimension collective de la responsabilité. Puis nous nous demanderons dans les sections suivantes si le crime de guerre est, ou non, lui aussi un crime impliquant une dimension collective dont il faudrait tenir compte pour l'établissement des responsabilités.

I - La responsabilité du génocidaire : entre responsabilité individuelle et responsabilité collective¹

Le génocide, crime éminemment collectif - comme nous allons le montrer - nous place face à une tension en ce qui a trait à l'établissement des responsabilités. En effet : la comparution d'un individu pour chef de génocide peut-elle à la fois rendre compte du caractère collectif du crime de génocide tout en respectant le principe d'individualité des peines ou bien devons-nous nécessairement perdre une des deux dimensions au profit de l'autre ?

Il faut au maximum éviter de nous retrouver dans la position de devoir perdre l'une des deux dimensions si ce que nous cherchons par le procès est la juste rétribution des actes. Pour autant, la possibilité d'une conciliation est loin d'être évidente.

D'un côté, si l'on doit faire abstraction du caractère collectif du crime de génocide pour ne nous intéresser qu'aux actes propres de l'individu, alors il devient difficile d'accuser le prévenu sous un autre chef que celui de meurtre, voire de meurtre aggravé. Pourtant, un acte de génocide nous paraît encore plus lourd que celui de meurtre, même aggravé, comme si

¹ Cette section a fait l'objet d'une première publication : WURTZ, K., « La responsabilité du génocidaire : entre responsabilité individuelle et responsabilité collective », *Criminologie*, vol.39, N°2 (2006), pp.59-76

cette position nous privait de la possibilité de rétribuer par la peine autant que ce que mérite l'individu.

D'un autre côté, si l'on veut prendre en compte le caractère collectif du crime de génocide pour éclairer et expliquer ce qu'a fait un individu particulier, nous risquons à l'inverse d'avoir du mal à faire des distinctions nettes entre ce que l'accusé aurait commis et ce qui reviendrait à d'autres. Le risque est alors réel ou d'excuser l'accusé plus que de raison par le renvoi à l'influence contextuelle ou au contraire de lui faire porter le poids d'actes qui excèdent les siens propres. Nous avons alors un problème d'établissement des limites entre ce qui revient à chacun. Cette position, parce qu'elle ne contient aucun principe normatif expliquant comment le caractère collectif du crime doit intervenir dans sa compréhension, échouerait elle aussi à donner les critères objectifs de l'établissement de la peine, et nous serions tantôt portés à faire payer l'individu pour plus qu'il n'a commis, tantôt portés à trop l'excuser et à ne pas le sanctionner suffisamment.

Il nous faut donc examiner s'il est possible de concilier à la fois le caractère collectif du crime de génocide et à la fois l'idée, contenue dans le principe d'individualité de la peine, que chacun doit payer pour ce qu'il a fait en propre et pour rien de plus que cela. En d'autres termes, il nous incombe d'établir s'il est ou non possible de prendre en compte, dans un même mouvement, la dimension collective de la responsabilité impliquée dans le crime de génocide tout en restant dans les limites de la responsabilité individuelle exigée par la tenue du procès.

Nous tenterons, dans ce paragraphe, de montrer que cette conciliation est possible, et que la prise en compte de la dimension collective du crime de génocide intervient comme un élément aggravant et non comme un élément atténuant au sein de la responsabilité individuelle. Ce qui me permet d'arriver à cette conclusion, et que je me propose de soutenir ici, est l'établissement que chaque acte de génocide est lié de façon structurelle à tous les autres actes.

Je procéderai pour cette sous-section en quatre étapes : La première visera à fonder que le crime de génocide est bien un crime collectif, la deuxième examinera quel type de collectif est contenu dans le génocide, ce qui nous permettra en troisième partie de dégager les liaisons structurelles qu'il existe entre les différents génocidaires et d'établir la nature de la responsabilité collective. Enfin, la quatrième et dernière partie tirera les conséquences de ce

qui aura été posé quant à la nature de la responsabilité du génocidaire et nous permettra de répondre à la question de savoir si le procès d'un individu pour crime de génocide peut ou non concilier responsabilité individuelle et responsabilité collective.

I.1 - Le crime de génocide est un crime de nature collective

A priori, le crime de génocide pourrait être vu comme rentrant éminemment dans ce que Peter French² envisageait comme des prédicats ne pouvant s'appliquer qu'à des agents collectifs. Par exemple, le prédicat « perdent une partie de football » ne peut se dire que d'une équipe sportive, le prédicat « élisent un président » ne peut se dire que des citoyens d'une nation. Ces prédicats ne peuvent renvoyer qu'à des collectifs, et n'auraient pas de validité dans le sens contraire. De la même manière, il semble que le prédicat « commettent un génocide » peut difficilement ne renvoyer qu'à une seule personne.

Mais testons ce point en prenant les choses à l'envers : y aurait-il un sens à dire qu'une personne seule « commet un génocide » ?

Si l'on se réfère exclusivement à la définition du génocide telle qu'elle apparaît dans la Convention des Nations Unies de 1948, autrement désignée comme « la Convention sur le génocide », il semble qu'effectivement, cela soit envisageable. Le génocide y est défini comme « un crime imprescriptible commis dans l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux ». L'élément ambigu de cette définition est, pour la question qui nous intéresse ici, la précision « en tout ou partie ». En effet, dès lors qu'on reconnaît qu'on ne peut faire de distinction pertinente, entre « tous moins un », puis entre « tous moins deux », nous pouvons retrancher ainsi des unités jusqu'à ce qu'il n'y en ait plus qu'une. Force est alors d'admettre que la définition du génocide s'applique à toutes les tailles effectives de parties, et ne dépend pas structurellement du nombre des victimes. Nous pouvons légitimement penser, selon la définition donnée ici, un génocide qui ne toucherait qu'une seule personne.

Dès lors, l'élément le plus significatif de la définition serait non pas le caractère étendu du crime comme nous aurions pu le penser spontanément, mais bien « l'intention de détruire [...] un groupe national, ethnique, racial ou religieux ». Ce qui fait le génocide, et donc le

² FRENCH, P., *Individual and Collective Responsibility*, Rochester, Schenkman Books, 1998, p.37

génocidaire, serait proprement d'avoir commis une exaction visant l'extinction d'un groupe déterminé et dans lequel la victime n'a été choisie pour nulle autre raison qu'elle appartient à ce groupe.

Mais alors, si le nombre des victimes n'est pas pertinent et que ce qui compte est en dernière instance la nature de l'intention, qu'est-ce qui distingue, au niveau individuel, l'acte de génocide du crime raciste ?

Cette question est fondamentale pour établir la dimension collective du crime de génocide. Définissons rapidement le crime raciste comme un ou plusieurs homicides, motivés exclusivement par des signes d'appartenance de la victime à une race ou à une ethnie autre que celle à laquelle appartient le criminel. Ici, le mobile du crime est une haine envers un groupe donné, quelle qu'en soit la raison. Si la victime n'est choisie qu'en raison de son appartenance à une communauté, c'est en fait cette communauté qui est visée au travers d'un crime particulier, et non la personne. Il apparaît alors que ce crime révèle une volonté implicite de voir cette communauté disparaître. Quelle est alors la différence, au strict niveau de la description des actes individuels, entre un acte de génocide et un crime raciste ? Dans les deux cas, un individu a tué (et nous avons vu que le nombre de victime n'était pas l'élément central pour conclure au crime de génocide), dans les deux cas, l'intention qui a présidé à l'action était la destruction d'un groupe déterminé. Il semble effectivement y avoir identité, si nous focalisons notre attention sur les actes propres du criminel, entre les deux crimes. D'ailleurs, le droit lui-même s'y perd : si nous avons vu que la définition juridique du génocide pouvait admettre les exactions commises contre une seule victime, une juriste comme Anne-Marie La Rosa nous fait remarquer que le crime raciste, parce qu'il est une atteinte « en relation avec l'intention de détruire le groupe lui-même »³, semble pouvoir être accepté juridiquement au titre de génocide.

Cependant, il semble qu'il y ait quand même une différence de taille entre le génocide et le crime raciste, différence de l'ordre de celle qu'il y a entre l'intention et la commission. Car si nous pouvons dire que le criminel raciste manifeste par son geste une volonté plus ou moins consciente de voir un groupe disparaître, *a fortiori* s'il revendique clairement son crime comme un incitatif, il sait que ce n'est pas effectivement le cas. Nous allons voir que le

³ LA ROSA, A.-M., *Juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, p.393

généocidaire, lui, est suffisamment conscient (c'est la condition) que d'autres, en même temps que lui, se livrent aux mêmes actes.

Comme le fait remarquer Anne-Marie La Rosa, il n'est pas suffisant que les actes soient concomitants au génocide pour qu'on puisse les classer comme actes de génocide, il faut encore que la conscience de participer à un génocide soit avérée. En d'autres termes, si un individu, M. X, commet un crime raciste, et s'aperçoit ensuite que le groupe auquel appartient sa victime vient justement, le même jour et dans la même zone, d'être victime d'une attaque généralisée qu'on peut qualifier de génocide, nous ne pourrions pas conclure pour autant que M. X est coupable de participation à un génocide, mais bien qu'il est coupable de crime raciste.

L'élément intentionnel du génocide ne peut donc se limiter au fait de viser la destruction physique d'un groupe, il doit également contenir, au moins de façon larvée, la conscience d'appartenir effectivement à une telle entreprise.

Si nous ne nous en tenons qu'à la seule description des actes, les crimes du génocidaire et du criminel raciste peuvent recevoir la même description, mais le contenu de l'intention et la connaissance des conséquences liées à son acte propre ne sont pas les mêmes.

Deux raisons nous permettent donc de conclure que le crime de génocide est bien un crime nécessairement collectif : l'élément intentionnel du crime ne contient pas uniquement la volonté de détruire un groupe pour des raisons racistes, il comprend également la conscience que d'autres crimes semblables sont en cours. Ce point esquisse déjà une forme de connexion entre les différents crimes. De plus, comme conséquence de ceci, le crime de génocide possède nécessairement une certaine extension matérielle, qui n'est pas due au nombre des victimes comme nous l'avons établi, mais à cette connaissance que d'autres personnes sont effectivement en train de commettre les mêmes actes.

I.2 - Quel type de collectif est-il contenu dans le crime de génocide ?

La nature du collectif mis en jeu dans le crime de génocide nous est nécessaire pour comprendre quel type de liaison structurelle il existe entre les génocidaires.

Nous l'avons esquissé, un crime quelconque connaît toujours deux dimensions : les actes purs, désignés par la pratique juridique comme « *l'actus reus* » et la conscience

psychologique du crime ou « *mens rea* ». Il nous faut donc examiner successivement ces deux aspects.

1.2.a - Quel est le caractère collectif de l'actus reus ?

Nous l'avons vu, le génocide doit logiquement avoir « une certaine extension ». Là encore, mais dans une optique inverse, nous nous heurtons au problème ontologique de l'évaluation du nombre : à partir de combien de crimes particuliers pouvons-nous adéquatement parler de génocide ? Et dès lors, est-ce que le crime de génocide est un crime collectif distributif, c'est-à-dire est-il constitué de l'addition des exactions particulières ?

Que ce soit en ex-Yougoslavie ou au Rwanda, il y a d'abord eu enquête pour savoir s'il y avait eu génocide ou non et si le terme était bien adapté à ce qu'il s'était passé. « Dans leur examen de fond des affaires, les Chambres ont estimé nécessaire, dans un premier temps, de vérifier si un génocide avait effectivement eu lieu en avril 1994 au Rwanda, abstraction faite de toute responsabilité pénale individuelle »⁴. Dès lors, il semble que ce qui permet de conclure au génocide n'est pas l'addition effective de crimes, puisque d'un point de vue logique, on devrait déjà avoir jugé les prévenus pour ensuite additionner le nombre de coupables et conclure au-delà d'un certain seuil au crime collectif. Mais ceci n'est pas indispensable. L'état de « santé globale » d'un groupe ethnique avant et après des événements sociaux semble être un premier indicateur. Des présomptions lourdes et concordantes qu'un nombre significatif d'exactions ont été commises permettent de conclure au génocide en dehors de l'examen de tout cas particulier.

Au Rwanda, on a longtemps parlé « d'actes de génocides » avant de reconnaître « un génocide », on a mis du temps (constatons-le sans en commenter ici les raisons) à reconnaître une valeur d'ensemble. C'est à ce niveau-ci que le caractère étendu des crimes reprend de l'importance : le fait de conclure à un génocide ou à des actes de génocide dépend en bonne part des mesures prises à grande échelle et du nombre important de victimes. Le nombre, qui ne pouvait logiquement intervenir comme élément significatif dans la définition en raison de la possibilité de régression à l'infini qu'il permet, intervient pourtant de manière centrale dans l'identification pragmatique des actes. Un génocide est un crime à grande échelle, et il convient pour certains auteurs, dont Anne-Marie La Rosa, de réserver le terme aux cas les

⁴ *Ibidem*, p.411

plus graves afin de ne pas galvauder un crime qui peut apparaître à divers égards comme le pire des crimes possibles.

C'est ensuite, dans un second temps, une fois qu'a été reconnu un crime global de génocide, qu'on va pouvoir subsumer un nombre, non encore défini, d'actes de génocides sous le chef de génocide. Il faut donc bien distinguer « le génocide » proprement dit, crime collectif, des « actes de génocide », crimes particuliers.

Pour comprendre cette distinction, nous pouvons en revenir à la position de Peter French, exposée plus haut, pour faire une analogie entre le prédicat « élisent un président » et « commettent un génocide ». En effet, ce n'est pas chaque personne qui élit un président, chaque personne vote et l'addition des votes décide de l'élection de tel ou tel candidat. À proprement parler, c'est bien le groupe qui élit. De la même manière ici, ce n'est pas chaque personne qui commet un génocide, chaque personne tue, viole, commet un certain nombre d'exactions, dont l'addition constitue un génocide. Mais là aussi, c'est bien un groupe qui commet un génocide.

Dès lors, il semble que déjà au niveau de la compréhension de l'*actus reus*, le génocide ne puisse se réduire à une collection d'actes particuliers. Un génocide est toujours plus que *n* meurtres, *n* viols... Certes, dans les faits, c'est bien le caractère répétitif des crimes qui a permis de décider qu'il y avait génocide, mais cette décision n'est pas neutre. À partir du moment où l'on reconnaît le génocide, on admet un crime global indépendant des acteurs qui y ont participé et même des actes précis qui ont été commis.

Une fois ce caractère englobant reconnu, les actes particuliers des différents génocidaires vont venir se placer sous cet élément surplombant, qui devient dès lors une entité distincte des crimes particuliers.

Par conséquent, le génocide nous place face à un crime globalisant, constitué d'actes de génocides, mais dont le caractère collectif propre est plus que l'addition des actes particuliers.

1.2.b - Quel est, maintenant, le caractère collectif de la mens rea ?

Nous l'avons vu, pour convaincre un accusé de génocide, il faut faire la preuve d'une dimension intentionnelle collective du crime. Mais comment considérer le caractère intentionnel d'un groupe ? Et comment en faire la preuve ?

Parler d'intentionnalité collective peut d'abord sembler antinomique dans la mesure où une intention, à proprement parler, réfère à des capacités mentales de représentation et de décision qui ne peuvent renvoyer qu'à l'individu et non à un groupe. C'est pourquoi certains auteurs, comme Max Weber⁵ ou H.D. Lewis⁶, ne reconnaissent pas d'intentions aux groupes. Ceci s'explique en partie par le fait qu'ils n'acceptent qu'une seule forme d'intentionnalité, et en viennent donc logiquement à constater que la définition de l'intention valable pour un agent autonome ne peut convenir à des agents collectifs.

Cependant, nous allons voir qu'il est possible d'admettre d'autres formes d'intention.

Tout d'abord, nous pouvons tout à fait penser une intention collective comme la somme des intentions concordantes de tous les membres du groupe. Par exemple, imaginons une association de malfaiteurs se mettant d'accord pour commettre un crime. Tous ont la même intention x et tous vont agir de conserve pour aboutir à leur fin, se rendant ainsi les co-auteurs du crime. L'intention x peut donc être vue comme l'intention collective de l'association.

On pourrait d'abord objecter que ce qui est valable pour une association de malfaiteurs ne peut l'être pour des génocidaires, car ces derniers ne se rencontrent pas pour élaborer par consensus un projet qui serait un génocide.

Mais nous pouvons répondre qu'il n'y a là qu'une impossibilité pratique et en rien une impossibilité logique. À partir du moment où l'on accepte que deux individus puissent avoir des intentions concordantes et s'associer en vue de la réalisation de leur intention, nous pouvons considérer qu'est constitué un groupe ayant une intention unique, celle-ci étant à penser comme l'adjonction des intentions particulières. À partir de là, le nombre de personnes qui appartiennent au groupe est contingent, et nous pouvons penser un groupe de millions de personnes ayant toutes absolument la même intention. Certes, dans les faits, il est pour ainsi dire impossible de voir apparaître ce genre de chose, mais ce n'est pas logiquement incohérent.

⁵ WEBER, M., *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978

⁶ LEWIS, H.D., « Collective Responsibility », *Philosophy*, n°24 (1948), pp.3-18,

Nous avons ainsi mis au jour une première forme d'intention collective qui serait à penser comme la concordance de plusieurs intentions identiques.

Est-ce le type d'intention collective qui serait en jeu dans le crime de génocide ? Il apparaît rapidement que ce n'est pas le cas, mais ce candidat n'est pas écarté pour des raisons pratiques. Nous avons vu dans notre partie précédente qu'il n'était pas nécessaire de compter les crimes particuliers pour décider s'il y avait ou non eu génocide, de la même façon et pour les mêmes raisons, il n'est pas non plus nécessaire d'additionner les intentions concordantes pour juger si les crimes commis l'ont bien été avec l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe donné.

Un autre élément corrobore cette idée : que l'*actus reus* et la *mens rea* du crime doivent être commensurables. Il semble logiquement incohérent d'avoir une *mens rea* de nature collective distributive si l'*actus reus* ne l'est pas. Si le crime de génocide possède une dimension globalisante au niveau de l'*actus reus*, on doit retrouver cette dimension globalisante au niveau de la *mens rea*. L'intentionnalité collective propre au crime de génocide n'est donc pas à penser comme l'addition des intentions concertées de ses membres et est dès lors à chercher dans une autre direction.

La seconde façon d'envisager l'émergence d'une intention collective est de considérer une intention élaborée par quelques-uns et proposée ensuite au groupe qui l'accepte ou de manière libre, ou de manière autoritaire.

Dans le premier cas, le groupe se forme comme un agglomérat autour d'un projet commun. Nous pouvons alors considérer que l'adhésion à un groupe contient un accord implicite aux projets et aux actes de ce groupe. Dans le cas du génocide, le groupe se constitue par tous ceux qui prennent l'initiative de participer à des actes de génocide.

Dans le second cas, l'intention élaborée par ceux qui sont dépositaires de l'autorité est alors proprement une politique. Le groupe est ici implicitement constitué : il s'agit de ceux sur qui s'applique cette autorité et qui peuvent éventuellement risquer leur propre vie en refusant de participer au génocide.

C'est bien à ce type d'intentionnalité collective qu'il faut rapporter l'intentionnalité en jeu dans le crime de génocide. Le génocide qui a eu lieu au Rwanda en 1994 se rapprocherait plus du premier type, le génocide juif de la dernière guerre mondiale se rapprocherait plus du second. Mais ces distinctions nous permettent surtout de révéler deux intentions qui se

superposent plus ou moins suivant les circonstances : l'intention du groupe, qu'on peut désigner comme l'intention collective, et l'intention de l'individu particulier, qu'on va juger à l'aune de la première.

Cependant, nous ne sommes pas encore sortis des difficultés, car il faut maintenant identifier quelle est l'intention qui vaudra comme intention collective. Or, la volonté de détruire un groupe donné est rarement aussi clairement affirmée et aussi organisée que pendant la seconde guerre mondiale. Dans des cas comme l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda, est-ce qu'on peut identifier une politique, un représentant ou même un projet ? Un appel au génocide comme on en a, par exemple, entendu sur la radio des Mille Collines au Rwanda peut-il être compris comme la cristallisation d'une intention collective ?

Les difficultés inextricables dans lesquelles nous plongeant ces questions expliquent que parfois, on doit inférer une intention collective d'un comportement général. Si bien que ce qui est identifié comme l'intention du groupe peut ne renvoyer effectivement à aucune intention individuelle et, c'est presque paradoxal, ne renvoyer finalement à aucune intention formulée. Comment alors, encore parler d'intention collective ?

Nous pouvons nous appuyer ici sur le caractère particulier du comportement collectif. L'action collective, comme toute action, renvoie à une forme d'intention dans laquelle on peut lire des croyances et des désirs. Nous pouvons alors inférer, d'une baisse soudaine et non naturelle du nombre de ressortissants d'un groupe donné, que les crimes systématiquement dirigés contre eux révèlent une volonté globale de les voir disparaître. Dans ce cas, on remonte d'un comportement collectif aux croyances et désirs qui y correspondent. Nous pouvons donc tout à fait penser une intention qui ne renvoie qu'au groupe et ne renvoie à personne et à aucun discours particulier.

Ainsi, le crime de génocide nous demande de penser une forme d'intentionnalité collective qui serait celle du groupe comme entité abstraite, renvoyant à un examen second la question de savoir quelle est l'intention effective de chacun de ses membres.

De cette manière, nous avons mis au jour que le crime de génocide possédait, tant au niveau de l'*actus reus* que de la *mens rea*, une dimension globalisante, distincte des actes et des intentions particulières. C'est en vertu de cette dimension globalisante qu'il y a en chaque

acte de génocide quelque chose qui outrepassa les simples conditions de sa commission et qui le distingue du crime raciste.

I.3 - De la structure collective du crime de génocide à l'établissement des liens structurels entre les génocidaires

Notre première étape a été de poser que l'intention du génocidaire particulier devait contenir, au moins de façon rudimentaire, la connaissance que d'autres crimes avaient cours ailleurs et la conscience minimale de participer à une entreprise systématique. Une forme de liaison entre les crimes et entre les génocidaires avait commencé à s'esquisser. Par la seconde pierre, nous avons établi que le crime de génocide est plus qu'un crime collectif distributif et possède une dimension englobante, tant au niveau de l'*actus reus* que de la *mens rea*. Il nous faut donc à présent remettre ceci en perspective et identifier la structure de la collectivité afin de comprendre comment les génocidaires peuvent être liés entre eux.

Afin de modéliser les structures possibles, il est nécessaire de considérer ici le génocidaire lambda comme étant dans la pleine connaissance des événements et de la portée de ses actes, et comme adhérant totalement au projet général de destruction d'un groupe déterminé. Nous réserverons l'évaluation de sa responsabilité propre pour la dernière partie. Pour le moment, comprendre quelle est la structure collective contenue dans le génocide nous demande de nous interroger sur le type d'organisation que suppose un génocide.

La structure du collectif en jeu dans le génocide est-elle dépendante de l'organisation matérielle du groupe ?

Dans *La dynamique des groupes restreints*, Anzieu et Martin⁷ ont distingué cinq formes de rassemblement : la bande, la foule, le groupement, le groupe primaire (ou restreint) et le groupe secondaire (ou organisation). Il apparaît rapidement que la bande, le groupement et le groupe primaire, en raison du nombre très limité de personnes qu'ils supposent, ne sont pas adéquats pour rendre compte du type d'organisation pouvant correspondre au génocide. Seuls une foule ou un groupe de type « groupement secondaire » semblent susceptibles de commettre un génocide. La différence entre ces deux types de collectif est le degré de

⁷ ANZIEU, D., et MARTIN, J.-Y., *La dynamique des groupes restreints*, Paris, PUF, 1968, p.75

structuration fonctionnelle qu'il existe dans les groupes secondaires, alors qu'une foule est un agglomérat plus ou moins aléatoire d'individus autonomes. Un de ces deux types de collectif est-il propre au génocide à l'exclusion de l'autre ?

Les exemples historiques nous montrent que nous pouvons grossièrement rapprocher le collectif du génocide Rwandais de la foule et celui de la seconde guerre mondiale du groupe secondaire car celui-ci revêt un degré d'organisation qu'on ne retrouve pas dans le premier. Ceci illustre qu'il y a des types d'organisation qui ne conviennent pas au génocide, mais dans ceux qui sont susceptibles de convenir, il n'y a aucune liaison nécessaire entre des actes de génocide et un type d'organisation particulier. Le collectif que représente l'ensemble des génocidaires n'est pas attaché par nature à un type de rassemblement plutôt qu'à un autre.

Dès lors, puisqu'on peut admettre qu'un génocide soit commis par une collectivité ayant aussi peu de cohésion interne qu'une foule, il ne semble pas, au niveau de l'*actus reus*, qu'il y ait un degré minimal de structure du collectif des génocidaires. En effet, nous pouvons tout à fait imaginer des actes de génocides indépendants matériellement les uns des autres : chaque génocidaire se levant à l'appel d'un meneur raciste et se mettant à tuer ses voisins avec ce qui lui tombe sous la main. Dans un tel exemple, nous pouvons bien conclure au génocide puisque nous avons une collection d'assassinats et qu'on peut dégager une intention collective, permettant de laisser supposer à chaque génocidaire que d'autres feront de même ailleurs. Mais nous ne constatons dans cette situation aucune connexion matérielle entre les actes. Finalement, cette expérience de pensée nous permet de conclure que le degré d'organisation du groupe aura très certainement une sinistre influence sur le degré d'efficacité de l'entreprise, mais ne remet pas en cause la nature du génocide comme tel. Le type de structure matérielle exact, entre des individus dispersés et le groupe secondaire, est donc bien contingent.

Dès lors, le lien qui peut exister entre les génocidaires n'est pas un lien matériel. Il pourrait même n'exister aucun lien matériel du tout. Par conséquent, la relation entre les génocidaires n'est pas à penser par principe comme étant du type de la relation qu'il y a entre des complices.

Ceci corrobore l'idée esquissée plus haut selon laquelle, dans le cas du génocide, nous avons moins affaire à un rassemblement physique qu'à une « communauté d'intérêts ». Ce qui crée vraiment le groupe est un élément psychologique : l'intention commune. Il semble que nous

ayons là une forme de groupe originale, qui ne corresponde en propre à aucune forme qu'on ait l'habitude de distinguer. D'autres auteurs défendent une thèse similaire : pour Larry May⁸ par exemple, le groupe n'est pas à penser comme quelque chose de trans-individuel, c'est-à-dire de surplombant et d'englobant les individus, mais comme quelque chose de créé par les interactions entre individus. Or, ce qui fait la vraie particularité du crime de génocide est que l'interaction entre les individus est d'abord à penser au niveau moral. En effet, est-ce que le crime aurait été le même, sans rien dire du fait qu'il n'aurait peut-être pas eu lieu, si chaque génocidaire n'avait pas toutes les raisons de supposer que d'autres étaient en train de commettre les mêmes crimes ?

Le collectif des génocidaires serait à penser minimalement comme un collectif ayant cette particularité de révéler une forme d'interaction morale sans que corresponde nécessairement une interaction matérielle. Il faut donc éviter l'erreur de considérer les deux niveaux comme étant liés de manière causale. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de chercher une forme de collaboration matérielle censée anticiper ou prouver une forme de communauté d'intérêt, on peut penser cette communauté d'intérêt sans qu'il n'y ait aucune interaction matérielle effective. Et c'est en ce sens que le crime de génocide possède une structure collective originale. Ainsi, on a montré que la liaison qu'il y a entre les génocidaires n'est en rien une liaison de l'*actus reus*, mais exclusivement une liaison au niveau de la *mens rea*.

Il résulte de ceci que c'est la communauté d'intérêt qui fait que l'acte d'un seul génocidaire peut cristalliser et contenir une marque de tous les autres actes de génocide, même s'ils n'ont matériellement aucun rapport entre eux. En effet, cette liaison morale au niveau de la *mens rea* fait qu'on peut voir les actes des uns et des autres comme en partie dus aux circonstances. S'il y a vraiment volonté de détruire un groupe ethnique et début de commission, on peut penser que chacun aurait détruit la totalité du groupe seul, s'il l'avait pu. Un génocidaire, à la différence du criminel raciste, ne commet pas un crime, il commet un *premier* crime. Et dans une perspective globale, puisqu'il suppose que d'autres font de même ailleurs, il a conscience qu'en réalité, son crime est un *N^{ième}* crime. C'est ce qui fait qu'un individu ayant participé aux actes est alors autant un génocidaire pour avoir tué une personne, vingt ou trente mille. Finalement, les actes perpétrés par un génocidaire individuel sont en partie circonstanciels, chacun massacre dans son périmètre d'action et aurait massacré indifféremment dans un autre lieu. Dans ce contexte, sous-tendu par une forme de communauté d'intérêts, et parce que

⁸ MAY, L., *The Morality of Groups*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1987, p.55

chacun a la connaissance que le crime commun est en train d'être perpétré ailleurs et par d'autres, chacun devient le bras armé de tous les autres, et réciproquement tous les autres peuvent être vus comme autant de bras armés du génocidaire lambda : chacun fait sa part d'un vaste projet, le degré d'organisation effectif étant secondaire. Ce caractère collectif de la *mens rea* dégage donc bien une responsabilité morale collective caractéristique du crime de génocide.

Nous allons voir maintenant que cette structuration particulière du groupe au niveau moral n'est pas sans incidence au niveau de la responsabilité individuelle des génocidaires.

I.4 - Conséquences de ces liaisons structurelles entre génocidaires sur la responsabilité individuelle de chaque individu

Il apparaît clairement que les actes de génocides particuliers ne peuvent pas de manière adéquate être traités juridiquement comme des crimes racistes, car même au niveau de la description des actes individuels, ils ne sont jamais que cela. Les actes des autres membres du groupe ne sont pas à penser sous le schème de la juxtaposition, chacun agissant à côté des autres. Au contraire, les actes s'appellent et se répondent les uns les autres. Le lien moral qui structure la relation des génocidaires a montré que ce renvoi aux autres crimes est un élément constituant du crime particulier. Par conséquent, la responsabilité du génocidaire contiendrait à la fois une responsabilité individuelle pour ses actes propres et une seconde dimension, toujours individuelle, qui porterait le renvoi aux actes commis par les autres membres comme par procuration et distinguerait proprement l'acte de génocide du crime raciste.

La structure du crime de génocide fait que ces deux dimensions sont unies dans un acte unique. Et c'est bien parce que la dimension collective est un élément constituant de la description du crime individuel que nous pouvons concilier la dimension individuelle et la dimension collective du crime de génocide au sein du procès individuel. En ce sens, la responsabilité du génocidaire semble être une forme originale de responsabilité.

Refuser d'en référer aux circonstances des actes et d'intégrer la dimension collective du crime de génocide au sein de la responsabilité individuelle, n'est donc pas seulement perdre un élément de lecture, c'est également tronquer la responsabilité véritable du génocidaire d'un de ses éléments constitutifs.

Au vu de ce que nous avons établi, nous devrions donc conclure qu'un procès pour génocide devrait toujours prendre en compte le contexte, et si celui-ci apparaît comme facteur aggravant, ce ne peut être que justice. Cependant, nous en arrivons à cette conclusion parce que nous en sommes restés, afin de modéliser les structures, au cas particulier où le génocidaire est en pleine connaissance du contexte et adhère parfaitement à ce que nous avons désigné comme l'intention commune. Il ne s'agit encore que d'un modèle idéal, et le passage à plus de pragmatisme nous demande de prendre en compte de nouveaux éléments. Comment ce modèle évolue-t-il lorsqu'on en revient à des situations moins manichéennes et, bien sûr, plus réelles ?

La réflexion nous demande maintenant de disjoindre les intentions individuelles et collectives. Nous avons imaginé un génocidaire qui avait pleine connaissance du contexte, et qui adhérerait pleinement au projet. Deux éléments étaient sous-entendus : la connaissance et la liberté (puisque'on suppose que seule une forme de contrainte peut nous faire participer à un génocide auquel nous ne donnons pas notre assentiment). Observons donc successivement ces deux nouveaux éléments.

La liberté d'abord, car nous avons vu qu'un génocide pouvait se dérouler dans le cadre d'une politique et à ce titre, user envers des génocidaires potentiels d'une forme de coercition. Refuser d'obéir aux ordres dans un tel contexte se révèle souvent périlleux pour sa propre vie. L'adhésion à un génocide peut à ce titre être pensée comme tout crime de guerre (la dimension nationale ou internationale n'est pas ici pertinente) commis sous la contrainte ou sous la pression d'une formation hiérarchisée. La responsabilité du génocidaire n'a donc pas dans ce cas d'élément original par rapport à la responsabilité de tout autre criminel de guerre, les difficultés seront les mêmes.

Si l'on s'attache maintenant aux collectifs dont le principe moteur n'est pas externe mais interne comme, par exemple, les foules, l'idée est parfois avancée que la foule, ou le groupe, ont des dynamiques propres agissant sur les individus particuliers comme de puissants incitatifs et les pousse à commettre des actes qu'ils n'auraient jamais commis de façon autonome. Ce raisonnement devrait nous porter à considérer ce facteur comme un élément de déresponsabilisation. Mais un incitatif est-il une contrainte ? Il semble bien qu'on reste ici dans la perspective d'une intention collective proposée et non imposée. Dès lors qu'il participe, « l'intention collective de la foule » devient celle de l'individu, et il est secondaire de savoir pourquoi il y a adhéré.

Au contraire, dans le cas de la contrainte autoritaire, intention collective et intention individuelle peuvent rester disjointes. La difficulté, et elle est énorme, sera alors d'évaluer le degré d'adhésion du criminel à la politique commune.

Mais l'élément fondamental pour être coupable de génocide est sans doute d'avoir la connaissance de participer à un génocide. Par exemple, imaginons un individu qui participe à ce qu'il sait être un génocide, mais dont l'intention profonde n'est pas tant de détruire un groupe que de s'emparer des biens de son voisin. Cet individu sera bien coupable de génocide et non de meurtre crapuleux. Pourtant il n'y a pas réelle intention de détruire un groupe ethnique, son intention propre devrait faire de son crime ni un acte de génocide, ni même un crime raciste mais uniquement un crime « ordinaire ». Or, s'il a conscience des événements et sait que son acte, quel que soit son mobile propre, fait le jeu d'un projet collectif de génocide, alors l'intention qui prévaut est l'intention collective de génocide. Du moment qu'on arrive à prouver que l'individu était en mesure d'identifier un projet, il n'a plus que deux choix : y adhérer ou le refuser, mais on ne peut accepter l'excuse d'une participation sous-tendue par des intentions dissidentes. La question n'est donc pas de savoir quelle est exactement l'intention de l'accusé, mais d'évaluer son degré d'adhésion à l'intention collective, et ce degré d'adhésion passe par le degré de connaissance et de compréhension de cette intention collective. Finalement, l'intention collective apparaît concrètement au niveau du procès individuel comme un étalon permettant d'évaluer l'intention de l'accusé.

Par conséquent, pour être pleinement responsable, le génocidaire doit non seulement être suffisamment informé, mais aussi être suffisamment mature pour comprendre que les conséquences de ses actes propres vont pouvoir s'inscrire dans un crime plus vaste. Un manque dans l'une ou l'autre de ces dimensions appelle une diminution de la responsabilité. Ceci suppose deux choses. D'une part, qu'il faut, pour être convaincu de génocide, un degré de maturité suffisant. Cette remarque peut sembler superflue dans la mesure où ceci est valable pour tout crime. Mais justement, cela doit être vrai de *tout* crime. Cette remarque vise à écarter la proposition que, compte tenu de la gravité du crime, même les enfants devraient être conscients de leurs actes, et qu'il est opportun dans un cas comme celui-là d'abaisser les âges de responsabilité légale. Or, la gravité du crime ne peut être *a priori* un facteur responsabilisant, ce serait prendre les choses à l'envers : inférer une subjectivité d'une faute et non évaluer la faute à l'aune de la subjectivité. La responsabilité de l'accusé doit bien être

évaluée à partir de ses capacités, sans que l'horreur du crime n'intervienne comme facteur responsabilisant.

Le second élément lié à la connaissance est que ceux qui ne savaient pas et ne pouvaient pas savoir pour une raison ou pour une autre ce qui était en train de se passer ne peuvent être accusés de génocide mais, suivant leur mobile, de crime « simple » ou de crime raciste. Et c'est finalement le point crucial : tout l'enjeu du procès va être d'évaluer le degré de concomitance entre l'intention collective et l'intention individuelle. La grande difficulté sera alors de proposer une échelle de proportionnalité entre un degré de connaissance imparfaite et un degré de responsabilité.

Pour conclure sur le cas du génocide

La nature collective particulière du crime de génocide nous a permis de montrer que les génocidaires entretenaient entre eux une forme de connexion liée à la dimension non distributive du crime et fondée par la notion d'intention collective. Le renvoi aux actes commis par d'autres nous est apparu comme un élément constituant de chaque acte particulier. La conséquence de cette structure était que tous les actes de génocide s'impliquaient les uns les autres, non nécessairement de manière causale, mais d'une façon originale telle que chaque acte contient tous les autres de manière intrinsèque. Cette particularité du crime de génocide fait que, bien qu'étant de nature collective, il puisse être rendu de manière appropriée dans un jugement individuel. Par conséquent, il ne faut pas craindre, lors du procès, de mettre l'acte particulier en perspective avec le contexte, et faire le contraire revient à le priver de sa dimension originale et à perdre ce qui, dans le génocide, excède le crime raciste. Il est donc tout à fait attendu que cette perspective entraîne un alourdissement de la responsabilité au niveau individuel.

Cependant, nous l'avons vu, nous pouvons soutenir cette conclusion lorsque nous nous mettons dans le cas particulier d'une intention individuelle concordant parfaitement avec l'intention collective. Or, d'un point de vue concret, nous avons vu que la responsabilité du génocidaire, comme toute responsabilité, pouvait laisser une prise à des éléments déresponsabilisants. De plus, d'un point de vue pratique, il est très difficile d'établir quelle est précisément l'intention de l'individu et d'en faire la preuve. C'est ce qui explique par exemple que les individus inculpés et condamnés pour génocide sont presque toujours des gens dont

l'intention est plus facilement identifiable en raison de leur position de pouvoir : par exemple, parmi les personnes condamnées à ce jour au TPIR, se trouvent un premier ministre, un préfet, un bourgmestre, un animateur radio... Il convient donc de garder à l'esprit un principe de prudence lorsque nous tenterons de passer du modèle théorique à l'application pratique. Du moins, avons-nous un modèle étalon, qui nous prouve que la réconciliation du caractère collectif et du caractère individuel au sein du jugement sont possibles et que l'entorse au principe de l'individualité de la peine n'est en rien une nécessité.

II - Les responsabilités pour crime de guerre doivent-elle être conçues sur un modèle similaire ?

Clairement, le crime de génocide ne peut, pour être adéquatement décrit, en rester à la simple description des actes individuels. Il est nécessaire d'avoir une vision plus large pour en comprendre toute la teneur. C'est bien la prise en compte de la dimension collective des événements qui différencie, même au niveau individuel, un crime de génocide d'un crime raciste. De la même façon, nous pouvons nous demander ce qui différencie un viol ou un meurtre valant pour crime de guerre d'un viol ou d'un meurtre de droit commun. Est-ce que, sur un modèle similaire à celui du génocide, ceci indique un caractère collectif du crime de guerre ? Est-ce qu'alors, si une dimension collective est impliquée dans le crime de guerre, cela modifie la description des actes des criminels ? Est-ce que cela serait propre à modifier les responsabilités ?

C'est pour tenter de répondre à ces questions que nous commencerons par nous demander si le crime de guerre admet ou non une dimension collective telle qu'on doive en tenir compte dans la description des actes et si oui, quelle est-elle ?

Ensuite, nous ferons un tour d'horizon des théories morales de la responsabilité collective, afin de présenter et distinguer différentes conceptions.

Enfin, la dernière section de ce chapitre appliquera ces conceptions au cas des crimes de guerre afin de tester leur apport en termes de clarification.

*Le crime de guerre implique -t- il une dimension collective
pertinente dans l'établissement des responsabilités ?*

Certains crimes liés aux affrontements armés apparaissent d'emblée comme des crimes collectifs : le crime de génocide en est un, de même les « crimes de masses » évoqués par Jacques Semelin¹. La définition même de ces crimes implique un grand nombre de victimes et corrélativement une pluralité d'auteurs. L'enjeu pour ces types de crimes est alors de penser les différents niveaux de responsabilité et leurs articulations : quelle est la responsabilité de celui qui ordonne mais ne participe pas ? De celui qui exécute des ordres sous la pression ? De ceux qui, sans avoir rien décidé ni participé, laissent faire ? Toutes ces questions se posent aussi dans le cas du crime de guerre. Cependant, comme Semelin le souligne avec raison : le crime de masse n'est pas identique au crime de guerre. Tout crime de masse n'est pas nécessairement un crime de guerre et tout crime de guerre n'est pas nécessairement un crime de masse. Pour Semelin, la logique des deux types de crimes est proche : un crime de masse peut être intégré à la guerre (il donne ici en exemple le massacre d'Oradour-sur-Glane²), il peut être combiné à la guerre (c'est le cas de la Shoah), ou bien être un crime quasi-autonome par rapport à une guerre (comme le nettoyage ethnique de l'ex-Yougoslavie). Inversement, nous pouvons noter que certains actes admis par le droit

¹ SEMELIN, J., « Qu'est-ce qu'un crime de masse ? », *Critique Internationale*, n°6 (Hiver, 2000), pp.143-158

² Le 10 juin 1944, quatre jours après le débarquement, en représailles à la résistance cherchant à freiner la remontée des troupes allemandes vers la Normandie, le paisible village d'Oradour-sur-Glane fut pris pour cible par une compagnie SS afin de servir d'exemple. Sans explications, tous les habitants présents furent rassemblés (les hommes en six groupes, les femmes et les enfants dans l'église), puis massacrés. Sur les 648 personnes rassemblées, on ne compte que 6 survivants.

international comme crimes de guerre, par exemple la torture ou la destruction de monuments historiques, peuvent être réalisés à très petite échelle, par un faible nombre d'acteurs et faire peu ou pas du tout de victimes humaines. Dès lors, si une dimension collective est intégrée à la notion même de crime de masse, nous ne pouvons immédiatement admettre, à cette étape de notre analyse, qu'il en soit de même pour un crime de guerre.

De plus, un élément nous met en garde contre cette conclusion. Le cas particulier du crime de guerre nous place face à une tension particulière quant à son rapport avec le contexte extérieur. En effet, d'un côté le crime de guerre se présente comme crime *de guerre*, ce qui signifie qu'il s'inscrit dans une guerre, impliquant un mode opératoire systématique d'une certaine ampleur et organisé en vue d'une fin. À ce titre, il semble bien impliquer des collectifs. D'un autre côté, le crime de guerre est un *crime* de guerre, il faut donc bien le comprendre comme la fausse note de ce système et réprouvé par lui comme crime individuel. C'est ce double versant du crime de guerre qui rend sa dimension collective difficile à établir et qui lui confère un degré de complexité supérieur à celui du crime de génocide.

I - La notion de crime de guerre introduit une tension dans la légitimité de la prise en compte d'une dimension collective

I.1 - Le Crime de guerre est défini comme crime « de guerre »

D'après sa définition générale telle que donnée dans les textes du droit international, le crime de guerre est nécessairement lié à la guerre. C'est d'ailleurs ce qui le distingue des crimes commis pendant la guerre. Définir le crime de guerre comme crime *de guerre* signifie que la notion implique d'emblée trois prérequis : tout d'abord, qu'il ne peut y avoir de crime de guerre qu'après avoir reconnu une guerre. La notion suppose ainsi un positionnement sur la définition et les critères de ce qui peut valoir comme guerre. Ensuite, pour qu'il y ait crime de guerre, il faut que le crime ait été commis en raison de la guerre et non à son occasion. La concordance spatio-temporelle n'étant pas l'élément pertinent, un lien de subordination doit alors être identifié entre la guerre et l'acte incriminé. Enfin, et ce point découle du précédent, il ne peut y avoir de crime de guerre qu'entre belligérants ou du moins entre individus se réclamant de camps opposés.

Explicitons ces points :

C'est presque une lapalissade : pour qu'il y ait crime de guerre, il faut avant tout qu'il y ait un état reconnu comme guerre. L'existence d'un conflit armé est nécessaire à l'application du droit international humanitaire, c'est-à-dire à l'application des textes reconnaissant un acte déterminé comme appartenant à la catégorie des crimes de guerre. Ceci paraît évident, ce n'est pourtant pas toujours si simple à déterminer. Pendant longtemps, on a considéré qu'il ne pouvait y avoir guerre que dans le cas de conflits armés internationaux. C'est surtout qu'en vertu du principe de souveraineté, on estimait que ce qui arrivait à l'intérieur des frontières d'un État ne regardait que lui, et que la communauté internationale n'était pas en droit d'intervenir. Pourtant, progressivement, les guerres civiles en sont venues à être considérées comme pouvant donner lieu à des crimes de guerre. Par exemple, le Tribunal de Nuremberg et celui de Tokyo, après la seconde guerre mondiale, n'avaient pas estimé nécessaire de définir la notion de guerre, tant elle semblait évidente à cette époque et dans ces circonstances. Par contre, quarante ans plus tard, les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda se sont trouvés confrontés à la nécessité d'une définition, fixant du même coup les cadres de leurs compétences. Ainsi, le TPIY identifie un conflit armé : « chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et les groupes organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »³. Cette définition est maintenant acceptée par la doctrine.

Concrètement, ceci signifie qu'on peut bien admettre un acte comme crime indépendamment du fait de savoir si on est ou non en contexte de conflit armé, mais que juridiquement, on ne peut pas admettre un acte comme crime de guerre avant qu'une autorité compétente ait reconnu une situation politique comme conflit armé. Ce qui ressort clairement en passant par la pratique juridique vaut également au niveau moral. On peut bien admettre que ce n'est pas le fait qu'une cellule d'étude autorisée reconnaisse un état de conflit armé qui génère le crime de guerre. Si la cellule refuse de reconnaître un conflit comme tel par intérêt politique ou pour quelque autre raison que ce soit, les actes commis ne pourront effectivement pas être poursuivis juridiquement comme crimes de guerre, même s'ils apparaissent comme tels avec évidence à la morale publique. Et c'est bien sur cette évidence morale que s'est appuyé de Tribunal de Nuremberg lorsqu'il a estimé inutile de définir les événements de 1939-45 comme guerre. Sans entrer sur les difficultés d'applications que nous venons d'esquisser, retenons ici

3 JUROVICS, Y., et HUSSON, L., *JurisClasseur Pénal Annexes*, V. « Crimes de guerre », Fasc.20, par. 52

un premier critère : pour pouvoir admettre un crime de guerre, il faut antérieurement que soit reconnue une guerre.

Le deuxième prérequis pour que soit reconnu un crime de guerre est que le crime ait été commis en raison de la guerre. La notion de crime de guerre suppose l'établissement d'un lien de subordination entre le crime et le contexte de guerre, désigné dans le langage juridique comme « lien suffisant »⁴. Le lien de subordination implique qu'il ne suffit pas que la guerre soit l'occasion du crime. Par exemple, profiter de la confusion et du climat de violence pour assassiner un voisin avec lequel on a depuis longtemps un différend ne constitue pas un crime de guerre. Ainsi, tous les crimes commis pendant la guerre ne sont pas des crimes de guerre. Poser comme critère que le crime de guerre soit commis « en raison de la guerre » signifie que le crime doit servir la guerre elle-même ou indirectement en servant des objectifs militaires précis. Il peut soit la servir de façon directe et intentionnelle : par exemple le bombardement de civils si l'on estime que la réussite d'une opération est au prix de leur sacrifice, ou encore le recours à la torture si l'on pense que les informations ainsi soutirées seraient de nature à épargner nos propres soldats. Mais on peut aussi admettre comme crimes de guerre des actes qui la favorisent de façon indirecte et opportuniste : par exemple, la hiérarchie constatant la commission fréquente ou massive de viols contre les individus du camp opposé, pourrait choisir de laisser faire, estimant que ces crimes ne sont pas inutiles à l'affaiblissement du moral de l'ennemi. Cependant, l'utilité directe d'un crime est bien un indicateur, mais n'est pas un élément nécessaire de la reconnaissance d'un crime de guerre. Un « lien suffisant » peut être identifié dès lors que le crime commis l'est en raison de l'appartenance de la victime à une nation ou à un groupe considéré comme ennemi. Par exemple, un viol commis par un soldat sur une personne appartenant au même groupe que lui ne peut être un crime de guerre, il s'agit d'un crime classique. Pour qu'il y ait crime de guerre, il est au moins nécessaire que ce même viol soit commis d'un soldat envers une personne appartenant au groupe d'un belligérant opposé. Et peu importe, finalement, qu'il l'ait fait pour « servir la guerre » ou qu'il ait vraiment opéré une forme de discrimination parmi les victimes potentielles. Le fait même qu'elle appartienne au groupe du belligérant opposé est susceptible d'entamer le moral de l'ennemi et de servir la guerre.

⁴ Les deux tribunaux pénaux internationaux ont fait savoir que leurs compétences ne s'appliquaient qu'aux crimes ayant un « lien suffisant » avec le conflit armé sur lequel ils exercent leur compétence, de sorte que ces crimes donnent bien lieu à l'application du droit international humanitaire. Voir notamment TPIY, *Tadic*, jugement, 7 mai 1997, par. 572 et s., - TPIR, *Musem*, jugement, 27 janvier 2000, par. 259 à 262. Sur la notion de « lien suffisant », on pourra consulter l'article « Crimes de guerre » par Y. Jurovics et L. Husson, Jurisclasseur, Fasc.20, note 55

Ainsi, ces deux critères de reconnaissance du crime de guerre sont pertinents dans la question de savoir si le crime de guerre est, ou non, un crime de nature collective. En effet, le premier point fait découler la possibilité du crime de guerre de l'existence d'une guerre (laissons de côté ici la question de savoir quand et comment admettre l'existence d'une guerre). Le second point met en évidence la nécessité d'un lien entre le crime commis et la guerre. Ces deux points combinés soulignent le fait que chaque crime de guerre n'a de sens qu'à l'intérieur d'un système d'activités coordonnées vers un but. Est-ce que ceci doit pour autant nous pousser à admettre qu'un crime de guerre est nécessairement un acte commis de façon collective ?

I.2 - Le crime de guerre est à comprendre comme « crime » de guerre

Cependant, le crime de guerre est bien à comprendre comme un « crime ». Par conséquent, il faudrait le considérer comme la fausse note au sein d'un collectif. La guerre suppose des actions de groupes, mais l'incorporation ne contient pas l'obligation intrinsèque de commettre des crimes de guerre. Bien au contraire, les crimes de guerre sont justement réprochés par le collectif comme ne devant pas être commis.

Par conséquent, il faudrait conclure que le crime de guerre prend bien place dans un contexte collectif mais comme tel, n'est rattaché à ce collectif que de manière dérivée. L'analyse juste du crime de guerre ne devrait alors renvoyer qu'aux responsabilités individuelles des personnes directement impliquées, sans chercher à examiner de quelconques responsabilités collectives.

I.3 - Le crime de guerre renvoie à la guerre de manière originale

L'analyse du crime de guerre doit donc se démarquer de l'analyse du crime de génocide. En effet, la tension impliquée par la définition du crime de guerre nous révèle une distinction fondamentale entre les deux types d'actes. Un crime de génocide est constitutif d'un génocide entendu comme acte collectif : c'est la pluralité des actes de génocide qui fait le génocide. L'analyse des crimes de génocide, et par conséquent des responsabilités liées aux crimes de génocide, justifie bien un renvoi au contexte. Par contre, le crime de guerre, tout en étant conceptuellement lié à la guerre, n'est pas constitutif de la guerre. Ce n'est pas une pluralité

de crimes de guerre qui fait la guerre, ce sont là deux ordres différents. Le renvoi au contexte dans ce cas est donc à la fois imposé par le fait qu'un crime de guerre n'est pas réductible à un crime de droit commun, et à la fois détaché de ce contexte comme n'étant pas un acte logiquement nécessaire aux affrontements armés. Notre recherche sur la dimension possiblement collective du crime de guerre doit donc prendre en compte cette particularité. La prise en compte de la guerre dans la définition du crime de guerre nous empêche de renvoyer immédiatement, dans le cas de crimes de guerre, à une analyse individuelle des responsabilités. Nous ne serons autorisés à le faire que si nous parvenons à montrer qu'aucune dimension collective n'est impliquée de manière nécessaire dans la notion de crime de guerre. C'est donc cette dimension collective que nous allons maintenant traquer afin de déterminer jusqu'à quel point elle est impliquée dans la commission des crimes et donc dans quelle mesure elle doit ou non être conservée pour l'analyse des actes.

Partant du constat que le crime de guerre suppose un lien nécessaire à la guerre, notre première étape sera de nous demander dans quelle mesure une guerre implique nécessairement des collectifs.

II – La guerre implique-t-elle nécessairement des collectifs ?

La question peut sembler étonnante à première vue. Cependant, établir avec rigueur une dimension collective à la guerre demande que nous prouvions l'incohérence d'une possibilité : celle d'une guerre menée par un homme seul.

La tradition a tendance à nous présenter la guerre comme un affrontement d'entités collectives. Ceci est notamment illustré par la célèbre formule de Rousseau : « la guerre n'est [...] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats »⁵. Il s'agit bien ici d'une conception classique de la guerre, portée par les modes d'actions alors disponibles. La guerre désignait l'affrontement de deux communautés, s'opposant par la force des armes. Dans un tel schéma, ce sont effectivement des groupes nombreux, menés par des chefs, qui s'affrontaient.

⁵ ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, in *Textes Politiques*, (introduction de T. L'Aminot), Paris, Éditions l'Age d'Homme, 2006 (1762) Livre I, Chap.IV, p.66

Cependant, cette description ne recouvre pas la totalité des affrontements possibles. On peut imaginer que quelques frappes « chirurgicales » choisies pourraient entraîner la reddition de l'ennemi sans qu'il soit besoin de faire une seule victime et sans que les soldats des deux bords ne se soient jamais rencontrés. Dès lors, en poussant l'expérience de pensée à son extrême, nous pourrions tout à fait imaginer des scénarios dans lesquels une seule frappe bien choisie pourrait entraîner la reddition de l'ennemi, frappe pouvant, grâce à la technologie, ne nécessiter que l'action unique d'un homme seul appuyant sur un bouton.

Pouvons-nous pour autant conclure que cet exemple nous présente un argument valable pour admettre qu'une guerre puisse être menée par un homme seul ? Si nous reprenons la citation de Rousseau, nous remarquons que l'élément pertinent est moins la mise en œuvre effective de collectifs que la présence des collectifs. Ceux-ci apparaissent notamment dans la notion de soldat. Le soldat renvoie à un contexte particulier : il n'existe en tant que soldat qu'en référence à un collectif et pour ce collectif, que celui-ci soit un État comme le présente Rousseau, un peuple ou encore des partisans politiques dans le cas d'une guerre civile... Un simple particulier n'a pas le pouvoir de se faire lui-même soldat du jour au lendemain, hors de tout contexte d'affrontement et d'incorporation.

Ainsi, le soldat, même s'il est seul à combattre, ne combat pas – ou pas uniquement – pour lui-même, et c'est bien ce qui fait la différence conceptuelle entre un soldat et un duelliste. L'expérience de pensée présentée est ainsi une sorte de réédition technologique d'une forme d'affrontement singulier déjà présent chez Homère ou Chrétien de Troie. Le combat singulier entre Hector et Pâris devant les portes de Troie n'a beau avoir impliqué qu'un seul protagoniste de part et d'autre, c'est bien au nom de leur peuple et pour la victoire de leur peuple que chacun combattait. Peu importe finalement le nombre de soldats impliqués effectivement dans un affrontement, peu importe la forme classique ou plus moderne de la guerre et le nombre de protagonistes qu'elle implique ; la notion même de soldat renvoie à un collectif, celui qui est concerné par l'issue du combat.

La notion de guerre renvoie bien à des collectifs, mais tous les affrontements impliquant des collectifs ne sont pas pour autant des guerres. Qu'est-ce qui différencie, par exemple, l'affrontement de deux communautés et le terrorisme ? Qu'est-ce qui différencie l'expérience de pensée où deux chefs d'État décident une guerre, appuient sur les boutons adéquats et lancent des missiles atteignant chirurgicalement les organes vitaux de l'adversaire, et cette expérience de pensée où un riche fanatique décide unilatéralement d'attaquer les bâtiments

d'un pays ? Distinguer ces deux exemples par le fait que dans le premier cas, les opposants sont des personnes ayant l'autorité légitime pour déclarer une guerre, alors que le second ne présente qu'un individu lambda est-il suffisant ? Probablement pas si l'on entend par là que seuls certains auraient le droit de déclarer la guerre en vertu d'un statut et d'un pouvoir particulier. Il faudrait en effet conclure à la suite que la déclaration par l'autorité légitime est une condition *sine qua non* de la reconnaissance d'une guerre. Or, il est évident qu'on peut reconnaître des affrontements comme guerre sans qu'il y ait eu auparavant déclaration de guerre ; c'est ce que montrent par exemple les guerres civiles. La distinction que nous cherchons est donc à chercher dans une autre voie.

Si nous nous souvenons de la caractérisation de la guerre par Clausewitz : « la guerre n'est que la simple continuation de la politique par d'autres moyens »⁶, une autre direction s'offre à nous. En effet, si la guerre continue la politique, alors la notion de guerre renvoie à une dimension diplomatique. Ne pourrait alors être conçue comme guerre que les actes de violences qui contiennent une dimension politique : non qu'elle ait nécessairement dû être activée avant les affrontements qui seraient alors perçus comme une dégénération d'une politique impuissante, mais cette dimension diplomatique serait présente comme solution possible de sortie de conflit. Dès lors, ce qui distingue peut-être la guerre du terrorisme est que la première implique la dimension diplomatique d'un pays ou d'un groupe. La seconde, par contre, recourt à la violence pour faire entendre sa voix, avec même que cette voix ne peut ou ne cherche pas à se faire entendre par d'autres moyens. C'est sans doute aussi ce qui permettrait de distinguer le terrorisme de la résistance : le terroriste a recours aux attaques comme premier moyen pour se faire entendre, le résistant refuse de se taire. Le terrorisme serait donc avant tout une forme de chantage : il ne s'agirait pas de discuter, il s'agirait de céder.

Pour conclure, nous pouvons admettre qu'effectivement, la notion de guerre implique nécessairement des collectifs, et ce, parce qu'elle concerne des collectifs. Une guerre impliquant un seul soldat actif serait bien un acte collectif. On peut donc conclure que la guerre est bien un acte collectif par nature et pas seulement « le plus souvent ».

Ceci ne nous donne pas encore de précisions sur la manière dont nous devons envisager la dimension collective impliquée dans les crimes de guerre. Du moins sommes-nous ici autorisés à poursuivre notre recherche.

⁶ CLAUSEWITZ, C., *De la Guerre*, (trad. de l'allemand par L. Murawiec), Paris, Perrin, 2006, (1832), I.24, p.56

Notre prochaine étape consistera donc à clarifier la dimension collective attachée au crime de guerre. Pour ce faire, il nous faut tout d'abord préciser ce qu'est, en général, un acte collectif, avant de pouvoir mettre au jour ce qui se joue dans les crimes de guerre.

III – Qu'est-ce qu'un acte « collectif » ?

Déterminer ce qu'est un acte collectif peut sembler à première vue élémentaire : un acte collectif est un acte commis par un collectif, un collectif est une liaison d'au moins deux personnes. Passé ce premier niveau, les difficultés surgissent : tous les collectifs sont-ils de même nature ? Ont-ils tous les mêmes modes opératoires ? L'analyse des actes collectifs doit donc commencer par une analyse des collectifs eux-mêmes.

III.1 - Qu'est-ce qu'un « collectif » ?

De la façon la plus générale, un collectif est un ensemble de choses ou de personnes. Appliqué à des personnes, il renvoie à des groupes pouvant avoir diverses formes. Les cinq formes de rassemblement d'Anzieu et Martin⁷ que nous avons présentées à l'occasion de l'analyse du crime de génocide peuvent de nouveau nous être utiles pour celle du crime de guerre . Rappelons-les rapidement :

- La bande est une réunion de personnes motivée principalement par le plaisir de se retrouver ensemble. Deux amis conversant feraient partie de cette description.

- La foule renvoie à une réunion non préméditée d'un grand nombre d'individus dans un même lieu. Le caractère non prémédité souligne le fait que la présence de chaque personne est d'abord due à la poursuite d'un intérêt propre, qui peut, éventuellement, en rencontrer d'autres.

- Le groupement désigne une réunion de personnes autour d'un intérêt commun. Font partie des groupements, par exemple, les associations.

- Le groupe primaire indique que les membres du groupe sont réunis non seulement autour d'intérêts communs, mais également de projets communs. Ici, le groupe est suffisamment restreint pour que les membres puissent avoir une connaissance individualisée

⁷ ANZIEU, D., et MARTIN, J.-Y., *La dynamique des groupes restreints*, Paris, PUF, 1968

de tous les autres membres. Les échanges interindividuels sont donc nombreux.

- Le groupe secondaire désigne des organisations élaborées de type hôpital, entreprise ou parti politique, dans lesquelles les membres ont des buts similaires ou complémentaires. La taille du groupe empêche cependant que les individus se connaissent tous, le sentiment du « nous » est donc plus abstrait que dans le groupe primaire.

Divers types de distinctions tirés de cette cartographie sociologique peuvent maintenant nous être utiles. La première distinction que nous pourrions faire serait entre les groupes liés autour d'une activité, celle-ci étant première, et les groupes d'abord constitués pour eux-mêmes, l'activité collective pouvant en découler étant secondaire. Nous pourrions classer parmi les premiers les « groupements », les « groupes primaires » et les « groupes secondaires » et parmi les seconds les « bandes » (fondées sur un lien affectif au sens large) et les « foules » (chacun agissant d'abord pour lui-même). De ceci découle la seconde distinction possible : certains collectifs admettent une structure et d'autres n'en admettent pas. Dans le groupement ou les groupes primaires et secondaires, on voit s'opérer une division des tâches : chacun va faire sa part pour mener le collectif au but qu'il s'est fixé. Dans la bande ou la foule, aucune structure interne n'est nécessaire. Seules les circonstances pourront provoquer, de manière contingente et éphémère, des actions coordonnées. Notons que les deux types de distinctions que nous venons de faire n'induisent pas nécessairement une dichotomie quant aux objets : par exemple, une famille ne sera pas liée autour d'une activité préexistante, mais aura bien une forme de structuration interne permettant de maintenir l'existence de la famille comme collectif même si les membres en sont dispersés.

Dès lors, deux genres de collectifs peuvent être dégagés : ceux qui ont une existence propre, en tant que collectif, et ceux dont l'existence comme collectif dépend directement de la présence de ses membres et cesse avec leur dispersement. Dans le premier, on retrouve les partis politiques, les entreprises ou les organisations non gouvernementales : les partis politiques existent indépendamment des personnes qui en font partie, une entreprise peut continuer d'exister même si elle n'a plus aucune activité commerciale... Ils constituent ce que le domaine juridique désigne comme « personnes morales ». Celles-ci ont souvent une existence officielle, une date de création et de dissolution, un nom, soit finalement une certaine existence matérielle et temporelle. On peut donc considérer qu'en plus du collectif constitué par ses membres, existe une entité abstraite ayant une certaine unité et une certaine autonomie. Ce type de groupe présente donc une certaine bivalence : à la fois une dimension

collective et une dimension individuelle.

Le second type de collectif regroupe ceux qui, à l'opposé, n'ont pas d'existence propre en tant que collectif. En effet, une foule se constitue comme foule par un rassemblement de personnes et cesse d'être une foule dès leur dispersion. Ces collectifs peuvent donc être décrits comme éphémères et contingents. On peut les qualifier de « monovalents », car ils ne possèdent qu'une seule dimension, collective, sans avoir de dimension individuelle propre.

Nous venons d'esquisser rapidement différents types de collectifs, nous devons maintenant nous demander ce que signifie « agir collectivement ».

III.2 - Qu'est-ce qu'agir « collectivement » ?

Dans son article « Actions by collectives »⁸, Raimo Tuomela distingue trois types de comportements permettant de conclure à un acte de groupe :

- 1- Certains types d'actions groupe ne sont possibles que parce que seuls certains de leurs membres agissent. C'est le cas, écrit-il, des organisations. Effectivement, lorsqu'une entreprise prend une décision, ce sont en fait les membres de la direction qui prennent cette décision.
- 2- D'autres groupes agissent par l'action de tous leurs membres, comme dans le cas des foules. Ici, le comportement du collectif « foule » est constitué de l'ensemble des comportements individuels.
- 3- Enfin, certains groupes agissent de l'une ou l'autre façon suivant les occasions. Par exemple, les équipes sportives qui disputent des parties en tant qu'ensemble, mais peuvent recevoir une coupe par l'entremise de leur capitaine.

Pour agir « collectivement », deux types d'actes sont possibles : les actes commis par quelques-uns et qui engagent la totalité du collectif ; les actes qui, pour engager la totalité du collectif, nécessitent un acte de chacun de ses membres.

C'est le premier type d'acte qui nous intéresse le plus ici. En effet, à quelles conditions certains membres d'un collectif peuvent être considérés comme agissant pour le collectif ? Les décisions qui sont prises par des membres de la direction n'ont pas la même valeur que

⁸ TUOMELA, R., « Actions by Collectives », *Philosophical Perspectives*, n°3 (1989), p.471-496

les mêmes décisions prises par des stagiaires. De même, les déclarations faites par des membres du gouvernement n'ont pas la même valeur que les mêmes déclarations faites par un simple citoyen. Ce n'est donc pas au même titre que tous les membres du collectif peuvent agir au nom du collectif.

Cette distinction de Tuomela nous présente deux traitements différents, au sein du collectif, de l'action individuelle. En tant qu'entités, les institutions et organisations ne se réfèrent pas à l'ensemble des volontés des personnes qui les constituent. Une personne peut tout à fait avoir une intention personnelle différente de l'intention collective, tout en favorisant cette dernière. Par exemple, on peut vouloir être employé dans une compagnie d'abord pour gagner un salaire ou acquérir une expérience professionnelle et n'en pas moins favoriser les intérêts de la compagnie en faisant son travail. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire d'identifier une intention commune chez les collectifs du type foule pour constater un comportement collectif. Il n'est pas non plus besoin que tous les membres aient des intentions similaires. Le comportement de la foule dépend directement du comportement des personnes qui y sont impliquées. Par exemple, si dans une manifestation, certaines personnes sont présentes pour revendiquer un message, que d'autres sont présentes pour faire du recrutement syndical et que d'autres encore sont là pour se défouler sur les vitrines des commerçants, alors le comportement global de la foule reflètera directement la somme des comportements individuels durant la période d'existence du collectif, soit ici durant la manifestation.

Dès lors, ces deux types de collectifs montrent deux visages de l'intention collective : dans les collectifs de type « foule », il n'y a pas d'intention collective comme quelque chose ayant une objectivité, si on veut parler d'intention collective, ce ne peut être qu'en se représentant la somme des intentions individuelles, avec ce qu'elles peuvent avoir de contradictoire. Dans un groupe de type « organisation » par contre, on peut se référer à ce qui serait l'intention de l'organisation. L'intention collective qui vaudra pour intention de l'organisation est en fait issue des intentions des membres dirigeants et imposée par la suite aux membres exécutants, censés l'intégrer. C'est cette structure qui fera dire à Tuomela que toutes les intentions collectives sont en fait le résultat d'articulations plus ou moins complexes d'intentions individuelles [*I-Intentions*], position que Searle⁹ critique chez Tuomela en reconnaissant l'existence d'intentions collectives primitives [*we-Intentions*].

Ceci nous permet de montrer qu'il existe deux façons d'envisager les actions collectives : soit

⁹ SEARLE, J., « Collectives Intentions and Actions », in *Intentions in Communication*, (Cohen, P., Morgan, J., & Pollack, M.E., dir.), Cambridge, MIT Press, 1990

on les considère de manière distributive, c'est-à-dire que les actions collectives sont constituées de l'addition des actions individuelles, soit on les considère de manière réellement collective, c'est-à-dire que les actions collectives sont quelque chose de plus et d'irréductible à la somme des actions individuelles. *A priori*, aucune forme de collectif n'impose l'un ou l'autre des points de vue. On peut vouloir comprendre les actes des organisations et institutions comme rien de plus que la somme des actes des gens qui la constituent. Inversement, expliquer les mouvements de foule comme un ensemble cohérent peut révéler des tendances générales éclairantes pour la compréhension de ces phénomènes qui ne seraient pas apparues à partir d'une lecture distributive des actes. Cependant, même si un changement de perspective peut avoir un intérêt descriptif, il semble tout de même que tous les types de collectifs n'admettent pas la même organisation interne. Par conséquent, tous ne seront pas décrits adéquatement de la même façon. Par exemple, ce n'est pas de la même façon ni avec la même assurance que nous parlerons d'intention collective dans le cas d'une organisation et dans le cas d'une foule. Tous les collectifs n'agissent donc pas, à proprement parler, de la même façon.

III.3 - De la nature de l'acte collectif : distributif ou non distributif ?

L'une des questions que se pose Margaret Gilbert, notamment dans son ouvrage *Marcher Ensemble*¹⁰, est de déterminer dans quelle mesure on peut admettre cette assertion de Durkheim, qu'il existe des sujets collectifs non réductibles aux sujets individuels. Margaret Gilbert considère qu'il existe de tels sujets, qu'elle désigne comme « sujets pluriels ». L'élément constitutif de ces sujets pluriels réside dans l'addition et la réciprocité d'engagements conjoints. Ceci signifie qu'il existe un sujet pluriel tant et aussi longtemps que chaque participant s'est engagé, verbalement ou implicitement, à avoir l'intention de commettre avec d'autres un acte X comme un seul et même corps. Dit autrement, l'expression de la volonté de chacun de commettre ensemble un acte déterminé est suffisant pour constituer un sujet pluriel.

Margaret Gilbert prend ici l'exemple de la promenade : qu'est-ce qui fait que deux personnes, John et Mary, se promènent « ensemble » ? Marcher par hasard côte à côte n'est pas suffisant. Que chacun ait l'envie de partager sa promenade avec l'autre sans oser le dire n'est pas non

¹⁰ GILBERT, M., *Marcher Ensemble, Essai sur les fondements des phénomènes collectifs*, (trad. de l'anglais par B. Auerbach, E. Betton, A. Bouvier et G. Deloncle), Paris, PUF, 2003 (1996)

plus suffisant à faire un objectif commun, et ce, même si dans les faits on reconnaît que nos deux protagonistes puissent avoir le même objectif. Ce qui fait qu'un objectif personnel est à proprement parlé « partagé », posera Gilbert, est le savoir commun que chacun souhaite effectivement partager l'objectif. Faire une promenade « ensemble », c'est donc avoir l'intention de se promener avec l'autre, savoir que l'autre a également l'intention de se promener avec nous, et avoir convenu que le sujet pluriel que nous formons a l'intention, en tant que sujet pluriel, de se promener.

Par conséquent, il existe bien des sujets pluriels réalisant des actes collectifs et ces actes collectifs sont différents des simples actes individuels. Nous pourrions dire qu'ils sont « l'espace commun » des actes individuels. De plus, nous remarquons, d'après Margaret Gilbert, que l'existence de cet « espace commun » dans lequel réside le coeur du collectif peut être considéré comme dérivant directement des intentions des individus qui le composent de se voir comme les membres d'un même corps. Par conséquent, la constitution effective du collectif dérive directement de la volonté des individus de se voir comme membres d'un collectif. Nous faisons quelque chose ensemble, parce que nous voulons faire quelque chose ensemble.

L'analyse de Margaret Gilbert concerne ici les groupes constitués autour d'un acte commun. Mais nous pouvons immédiatement imaginer d'autres types de collectif, qui ne demandent pas nécessairement l'accord effectif de ses membres pour agir en tant que groupe. Tels sont en effet les gouvernements, les sociétés commerciales, les organisations non gouvernementales ou encore les armées.

IV - Comment comprendre la dimension collective impliquée par la guerre ?

La structure du collectif impliqué par la guerre nous renvoie à la structure des masses opérantes. Or, différents types de collectifs peuvent être impliqués. Ceci dépend tout d'abord de la nature de la guerre : une guerre interétatique aura tendance à mettre en présence des armées, soit des collectifs ayant un degré élevé d'organisation. La description de l'armée, avec sa structure hiérarchisée, son centre de décision, une certaine division et coordination des actions nous renvoie à la forme que Anzieu et Martin avaient qualifié de groupement secondaire. Cependant, ce n'est pas le seul type de collectif que la guerre peut impliquer. En

effet, dans les guerres de type guerre civile, différents pans de la population s'opposent de manière plus ou moins anarchique. Dès lors, nous pourrions avoir divers degrés d'organisation, voire pas d'organisation du tout. Dans le cas de la guerre civile, on peut tout à fait penser des collectifs du type de la foule : où chacun prend part au combat spontanément d'abord pour lui-même (pour défendre ses idées ou sa famille).

De plus, la guerre n'implique pas uniquement un seul type de collectif par belligérant. En effet, comment penser l'appartenance des francs-tireurs ou des résistants à l'ensemble ? D'un côté, ils n'appartiennent pas à l'armée et ne font donc pas partie, à ce titre, du collectif « armée ». Cependant, leurs actions servant une cause, elles ne peuvent non plus être écartées totalement du collectif et être relayées à de simples actes individuels. Il n'est pas suffisant de considérer des collectifs apposés : l'armée d'un côté et l'organisation des résistants de l'autre. Tous agissent avec le même but et tous servent le même projet. Il y a donc parmi eux une intention commune, un projet commun de la forme de celui présenté par Margaret Gilbert qui nous permet de dégager un collectif global « le belligérant ». Ceci aura des conséquences sur la manière dont nous serons autorisés à renvoyer ou non la commission d'un crime de guerre à l'ensemble du collectif.

Ainsi, la tension impliquée dans la notion de crime de guerre impose un rapport particulier des actes individuels par rapport au collectif. Dans une guerre, c'est au niveau de l'intention que la cohésion du collectif est la plus forte. Chaque personne touchée par la guerre, que ce soit à titre de soldat ou de civil a, en règle générale, une envie claire : qu'une paix à des conditions acceptables soit rapidement instaurée. Ceci passe concrètement par la recherche d'une victoire, la plus nette et la plus rapide possible, obtenue notamment par l'éviction de l'ennemi. Une unité d'intention (intention à comprendre ici comme le but visé dans l'action) peut donc être perçue chez tous ceux qui favorisent ce but commun : les soldats qui se battent pour la victoire, les résistants, les civils qui soutiennent l'industrie, les médecins militaires, ou simplement tous ceux qui n'entravent pas les actions de soutien. Tous veulent ici la même chose, les intentions convergent vers un même but, et en ce sens, on peut bien parler d'intention collective.

Matériellement aussi, il y a dans la guerre une dimension collective qui dépasse les collectifs auxquels on pense en premier : les États et l'armée. En effet, les actes de l'armée et ceux des résistants ne sont par exemple pas à penser comme deux ordres parallèles d'action. Tout ce

qui est fait pendant la guerre est un petit pas de plus vers la victoire. Aussi, tout ce qui est fait en vue du but commun s'additionne : le ravitaillement de l'arrière appuie les efforts du front, les attentats des résistants entravent la progression de l'ennemi, même les campagnes de soutien et le courrier que les soldats reçoivent de leur famille peuvent avoir une influence sur le moral des troupes. À ce titre, on peut bien parler d'activité collective.

Cependant, si, dans le cas de la guerre, on peut reconnaître une intention collective qui serait partagée par tous ceux qui souhaitent la victoire de leur camp, et une activité collective concernant tous ceux qui agissent pour favoriser cette victoire (au niveau étroit par une activité positive, au niveau large par une abstinence), on peut pourtant distinguer diverses structures collectives au sein de l'ensemble. Ces structures ne sont pas immuables, et dépendent du type de guerre. Tentons de modéliser les sous-ensembles qui constituent le collectif du belligérant. Le plus évident d'entre eux est l'armée, groupe secondaire pour reprendre la cartographie de Anzieu et Martin. À cette colonne vertébrale peuvent s'adjoindre ceux ayant des activités violentes : résistants et francs-tireurs. Ceux-ci oscillent entre les actions isolées réalisées par des « électrons libres » et les actions réalisées par des groupes primaires, puisque, tout en ayant un but clair, la sécurité des réseaux de résistance les oblige à garder une taille modeste, dans laquelle chaque membre peut identifier tous les autres comme membre du groupe. Nous obtenons un premier cercle, qui serait celui des collectifs actifs dans les combats. Puis, s'adjoint un second cercle, constitué de ceux qui soutiennent activement les combats : les groupes d'approvisionnement au sens large et le personnel soignant. Enfin, nous pouvons penser un troisième cercle, constitué de ceux qui soutiennent implicitement les combats : tous ceux qui, tout en souhaitant la victoire de leur camp, ont une activité allant du simple fait de ne pas favoriser l'ennemi jusqu'au soutien moral des troupes en passant par le fait de continuer à faire fonctionner l'économie intérieure.

Nous pouvons identifier des sous-ensembles plus ou moins larges et plus ou moins impliqués dans la recherche de la victoire. Il y a à la fois une forme d'unité entre ces différents collectifs et une certaine rupture, car les modes opératoires ne sont pas les mêmes et les décisions ne sont pas prises par les mêmes instances. Par conséquent, un acte commis au sein de chacun de ces cercles pourra avoir une signification collective, mais pas de manière univoque : les actions commises par des membres du troisième cercle n'auront pas le même poids ni la même signification collective que les actions commises par les membres du premier cercle. Ceci aura des implications quant aux responsabilités. Mais du moins, et cela est suffisant au point où nous sommes rendus, nous pouvons bien admettre que, quel que soit le visage qu'elle

prend, parce qu'elle n'implique jamais que les personnes effectivement actives au combat, la guerre est éminemment une action collective.

Bilan

Le crime de guerre, parce qu'il n'a de sens que par rapport à une guerre, renvoie bien à une dimension collective. Non seulement les crimes de guerre sont des actes collectifs en tant qu'actes ayant lieu au sein d'un acte collectif : la guerre, mais le lien avec le collectif est plus fort que cela puisque la définition même du crime de guerre impose que ce crime « serve la guerre ». La dimension collective qui reste attachée au crime de guerre, même si l'on admet que ce sont aussi des actes inutiles à la guerre et réprouvés par des belligérants, peut se lire à deux niveaux :

Tout d'abord, aucun particulier n'est en mesure, seul, de commettre un crime de guerre. Les crimes de guerre ne peuvent être commis que par des soldats. Ce qui permet le crime de guerre et ce qui lui donne sa signification dépend d'un contexte qui dépasse le champ des actes et des volontés individuels. À proprement parler, des non-combattants ne peuvent pas commettre de crime de guerre. Non qu'ils ne puissent physiquement réaliser des exactions, mais c'est que lorsque cela arrive, ces actes sont considérés comme des crimes classiques et non comme des crimes de guerre. Par conséquent, si c'est en tant que soldat ou plus largement en tant que combattant que l'on peut commettre des crimes de guerre et non en tant que personne, alors la présence du collectif est impliquée dans la possibilité conceptuelle même du crime de guerre.

Le second argument revient à repousser l'idée que le crime de guerre, en tant que crime, est réprouvé par le collectif et détaché des actes qu'on peut lui attribuer. En effet, si le collectif existe, le fait de commettre un acte réprouvé par l'ensemble ne suffit pas à renier le membre dissident. Un joueur de rugby qui commet une faute ne cesse pas à l'instant d'être un joueur de rugby. La faute ne l'expulse pas du groupe. De la même manière, le fait de commettre un crime de guerre n'a pas pour effet d'expulser immédiatement le soldat de la communauté des militaires. De plus soutenir ceci signifierait que l'appartenance à un groupe est non seulement déterminée par les actes que l'on commet mais aussi par la valeur des actes que l'on commet. Or, le fait d'être soldat dépend de l'incorporation de son pays, il ne s'agit pas ici d'un groupe

auquel on appartient tant et aussi longtemps qu'on adopte un certain comportement comme ce peut l'être par exemple pour le cas d'une foule.

Par conséquent, le crime de guerre nous place face à des actes qui ne sont pas entièrement à attribuer au collectif, mais qui en même temps, ne peuvent être totalement détachés du collectif. C'est donc un type particulier de collectif qui est mis en jeu ici, type qu'il va maintenant nous falloir traquer dans sa singularité.

Ce qui permet la reconnaissance du crime de guerre est bien un acte collectif, non au sens où un collectif serait directement impliqué matériellement dans sa commission, mais au sens où c'est l'existence du collectif qui lui donne sa signification et en constitue la condition de possibilité conceptuelle. Par conséquent, on perdrait quelque chose à décrire un crime de guerre uniquement en termes d'actes individuels, car la description individuelle ne peut épuiser ce qui se joue dans le crime de guerre. Il faut au contraire examiner d'une part comment un phénomène collectif a permis l'existence de ces crimes, d'autre part si l'on peut admettre des responsabilités pour le fait de tirer profit de crimes, quand bien même on ne les aurait pas favorisés.

Pour Nenad Dimitrijevic¹¹, la notion de crime collectif demande, pour être comprise, de sortir du champ juridique pour recourir à la notion morale de la responsabilité collective. En effet, si le crime de guerre n'est – pas nécessairement du moins – le résultat d'une activité de groupe concertée, c'est du moins l'activité globale du groupe qui la permet. La rupture qu'introduit la notion de crime dans la chaîne des comportements empêche que, matériellement, le crime de guerre soit décrit par un enchaînement causal qui y aurait conduit. Le fait que l'acte commis soit un crime opère cette rupture. Et pourtant, l'acte ne peut être détaché de l'ensemble par ce seul fait. Il faut donc s'interroger sur la dimension morale des choses pour comprendre comment c'est arrivé. Par conséquent, et ce sera l'objet de notre prochain chapitre, nous devons nous pencher sur l'éclairage que pourraient apporter les théories morales de la responsabilité collective pour rendre de compte des responsabilités impliquées par les crimes de guerres.

¹¹ DIMITRIJEVIC, N., « Moral Responsibility for Collective Crimes », *Belgrade Circle Journal*, 1-4 / 2005

Présentation des théories morales de la responsabilité collective

La responsabilité collective nous place d'emblée dans le domaine moral de la responsabilité. Certes, il y a bien certains auteurs pour donner en exemple des cas de responsabilité collective juridique, mais ce faisant, ils sont victimes d'une confusion. Rappelons que l'un des principes de base de la responsabilité juridique est justement le principe d'individualité de la peine, ce qui commande un examen individuel des responsabilités. Ainsi, H. D. Lewis¹ donne en exemple de ce qu'il pense être une responsabilité légale collective le fait que les parents soient responsables des actes de leurs enfants. Or, ceci n'est pas une responsabilité légale (ou juridique) collective mais bien une « responsabilité pour autrui » des plus classiques, telle qu'on la rencontre (notamment en droit français²), également du commettant envers son préposé, de l'artisan envers son apprenti ou encore de l'État envers les élèves mineurs scolarisés...³ Non seulement nous restons bien, ici, dans le cadre de la responsabilité individuelle, mais en plus il faut noter que la responsabilité pour autrui n'est valable que dans le cadre de la responsabilité civile et non dans celui de la responsabilité pénale. La responsabilité pour autrui n'existe donc légalement que pour les cas

¹ LEWIS, H., D., « Collective Responsibility », *Philosophy : The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, vol.44, n°83 (1948), pp.3-18

² On trouve quelque chose d'équivalent dans la Common Law sous le terme « *vicarious liability* » : généralement, on peut être trouvé responsable des gens dont on a la garde, pour autant qu'on mette au jour un lien de subordination et que le dommage ait été commis dans le cadre de ce lien de subordination.

³ Voir Code Civil Français, article 1384

de responsabilité enclenchés par des dommages mineurs auxquels on souhaite donner une compensation matérielle, sans qu'une attention ne soit portée aux intentions ou aux aptitudes mentales des individus.

Par conséquent, il faut commencer par préciser que juridiquement, la responsabilité collective n'existe pas. Ceci ne veut pas dire que des collectifs ne puissent être responsables juridiquement. Au contraire, des associations, des entreprises, des partis politiques peuvent tout à fait avoir une responsabilité. Mais d'une part, ces responsabilités en restent au niveau civil (l'ouverture récente vers une responsabilité pénale des collectifs est plus une extension de la responsabilité civile qu'une réelle responsabilité pénale...), d'autre part, ces collectifs ne sont jamais traités juridiquement comme de vrais collectifs mais comme des entités individuelles, désignées sous le terme « personnes morales » pour faire la distinction avec les individus qui, comme sujets de droits, sont désignés sous le terme de « personnes physiques ». Ainsi, la responsabilité juridique collective n'ayant pas de sens (du moins dans les systèmes démocratiques qui nous servent de références), la responsabilité collective nous renvoie en priorité à la responsabilité morale collective.

La responsabilité morale collective, de la façon la plus générale, pourrait être définie comme une responsabilité morale attribuée à des collectifs. C'est donc d'abord la notion de responsabilité morale qui oriente celle de responsabilité morale collective.

La responsabilité morale doit être distinguée du versant subjectif de la responsabilité juridique : si la seconde concerne la manière dont l'agent intègre les lois positives et détermine ses actes par rapport aux contenus des obligations juridiques, la première renvoie à un système de valeurs et de lois morales, développées ou acceptées par l'agent moral en tant qu'agent moral, et qui à ce titre ne recouvre pas nécessairement le système des lois positives. La responsabilité morale renvoie au jugement de valeur porté sur les actions d'un agent moral considéré comme libre, jugement qui se traduit en termes de blâme ou d'éloge.

Ainsi, H. D. Lewis, après avoir remarqué que le sens légal et le sens moral de la responsabilité doivent être distingués clairement, se demande si l'on peut tirer de manière analogique une définition de la responsabilité morale de la définition plus ferme de la responsabilité légale. Le sens légal est défini par Lewis comme l'obligation de répondre, avec l'idée que si la réponse n'est pas satisfaisante, une sanction va s'ensuivre. Il reprend en ceci la définition juridique classique de la responsabilité, posant que le sujet de droit est responsable lorsqu'il est mis en demeure par l'autorité juridique de rendre des comptes sur ses actions et de subir la peine correspondante en cas de faute. Or, dit-il, rien de tel avec la responsabilité

morale. Il ne peut y avoir obligation de réponse au sens moral, car il n'y a pas de sanction nécessaire et pas d'élément de dissuasion suffisamment fort pour parler d'une véritable « obligation » à répondre. Dit autrement, la norme juridique peut être opposable à l'individu, la norme morale ne l'est pas. Être moralement responsable, conclut-il, ne signifie donc rien de plus qu'être un agent moral, à savoir capable de régler sa conduite sur une représentation de ce qui est bien ou mal.

Ainsi, rapportée à des agents collectifs, la responsabilité morale détermine les conditions d'applications de jugements moraux portés sur des collectifs. La conclusion de ces jugements fait apparaître que c'est collectivement qu'un groupe mérite un éloge ou un blâme. C'est également le sens de la responsabilité collective mis en avant par D. E. Cooper⁴, mais aussi par Joël Feinberg⁵ ou J. Angelo Corlett⁶.

I. Controverse la plus fondamentale au sujet de la responsabilité collective : Est-ce qu'il y a un sens à parler de « responsabilité collective » ?

Le coeur du débat au sujet de la responsabilité collective est la question de savoir si cette dernière a bien un sens et une pertinence en elle-même, distinct de la responsabilité individuelle, ou si au contraire toute responsabilité collective peut être réduite en dernière analyse à des formes plus ou moins complexes de responsabilité individuelle. Pour commencer par brosser un tableau à grands traits, posons que les défenseurs de la notion de responsabilité collective s'appuient souvent sur le langage courant et les réactions morales spontanées. Effectivement, on dit bien qu'une équipe sportive est responsable de sa défaite, Jaspers interroge la culpabilité du peuple allemand⁷, on évoque la responsabilité de tous dans la préservation de l'environnement... Les détracteurs de la notion de responsabilité collective, quant à eux, ne nient pas cette utilisation dans le langage courant, mais font remarquer que ce sont là des expressions abusives qui ne correspondent à rien de réel. Pour eux, il ne s'agit que

⁴ COOPER, D. E., « Collective Responsibility », *Philosophy : The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, vol.43, n°65 (1968), pp.258-268

⁵ FEINBERG, J., « Collective Responsibility », in. *Collective Responsibility*, (L. MAY & S. HOFFMAN, eds.), Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1991, première édition dans *Doing and Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970

⁶ CORLETT, J. A., « Collective Moral Responsibility », *Journal of social Philosophy*, vol.32, n°4 (Winter, 2001), pp.573-584

⁷ JASPERS, K., *La culpabilité allemande*, (préface P. Vidal-Naquet, trad. de l'allemand par J. Hersh), Paris, Éditions de Minuit, 1990 (1948)

d'une façon d'englober un ensemble de responsabilités individuelles sous un chef plus large. Toute responsabilité collective peut être renvoyée selon eux, de façon plus ou moins directe, à une addition de responsabilités individuelles, laquelle reste le système fondamental de tout jugement de responsabilité. La responsabilité collective ne serait donc rien de plus qu'un procédé globalisant secondaire.

Une des pierres d'achoppement du débat réside dans le statut moral des groupes. Les détracteurs de la responsabilité collective considèrent que la responsabilité morale nécessite une intentionnalité, et que les groupes ne peuvent en avoir. Les défenseurs de la responsabilité collective, pour leur part, avancent qu'il y a bien un statut moral des groupes différent de la somme des personnes qui le constituent. Ceci soutient parallèlement l'idée que le groupe est quelque chose de plus que la somme des individus qui le constituent. Ensuite, on assiste à une scission des argumentations : d'un côté ceux qui soutiennent qu'il peut exister des intentions de groupes (c'est le cas notamment, avec des argumentations différentes, de Margaret Gilbert, Michael Bratman ou John Searle), de l'autre, ceux qui considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'identifier des intentions de groupes pour pouvoir établir des responsabilités collectives (c'est le cas notamment de Larry May ou Christopher Kutz).

Pour rendre plus concret le paysage des débats sur la responsabilité collective, donnons quelques exemples de positions :

I.1 - Deux détracteurs de la responsabilité collective : H. D. Lewis et S. Sverdlik

I.1.a – H. D. Lewis : La responsabilité collective est une notion « barbare »

Lewis a une conception de la responsabilité qui l'empêche de la concevoir uniquement comme un blâme moral. Toute responsabilité bien attribuée doit l'être en fonction des actes commis. Chaque personne est donc responsable de ses propres actes. Dans cette perspective, la responsabilité collective lui apparaît comme une façon de détourner les responsabilités des véritables auteurs, ou pour leur faire porter une part de la responsabilité des autres en plus de leurs responsabilités propres ou au contraire pour se décharger d'une part de leur responsabilité propre sur les autres.

Pour Lewis, la notion de responsabilité collective nous ramène toujours au fait de faire payer des personnes pour les actes des autres. Or, souligne Lewis un de nos principes éthiques de base est justement que personne ne peut être tenu pour responsable de la conduite d'un autre. La responsabilité collective est ainsi qualifiée de « notion barbare ». La croyance en une responsabilité « individuelle », contre une responsabilité « collective » reste fondamentale pour nos attitudes éthiques ordinaires.

1.1.b - Steven Sverdlik : le seul système cohérent de responsabilité est la responsabilité individuelle

Pour Steven Sverdlik⁸, La responsabilité collective n'est pas un non-sens, mais elle reste seconde. Toute responsabilité peut en dernière analyse, et même doit pour être bien comprise, se ramener à une forme plus ou moins complexe de responsabilité individuelle.

Il faut donc commencer par distinguer l'action du résultat de l'action. Ceux qui défendent l'idée de responsabilité morale collective le font en cherchant les responsabilités liées au résultat d'une action collective. Par contre, ceux qui refusent l'idée de responsabilité collective s'attachent à la description de chaque acte particulier. Départager ces deux points de vue demande de déterminer lequel est le plus fondamental : la responsabilité doit-elle plutôt se baser sur la description des actes de chaque personne ou doit-elle considérer le résultat de ou des actions ?

Pour départager cette question, Sverdlik remarque qu'il est possible d'attribuer une responsabilité pour une action qui n'a pas de résultat alors que le contraire (attribuer une responsabilité aux résultats sans l'attribuer conjointement aux actions) n'est pas vrai. En effet, dans les cas où l'on arrive à dégager une responsabilité pour des résultats, il est toujours possible de remonter à une responsabilité pour des actions correspondantes. Par exemple, pose Sverdlik, des actions comme « danser » ou « se masturber » ne produisent pas de résultat différent de l'action elle-même. Si donc, on est dans un système de valeurs qui attache un blâme moral à ces actions, alors nous pourrions dire qu'il est possible de dégager des responsabilités pour des actions, sans qu'on ait pu parallèlement dégager des responsabilités pour des résultats. Un autre exemple donné est la tentative de meurtre : on a bien une action

⁸ SVERDLICK, S., « Collective Responsibility », *Philosophical Studies*, vol.51 (1987), pp.61-76

moralement condamnable, mais pas de résultat puisque l'individu survit. Pourtant, on considère bien une responsabilité morale liée à l'action commise.

De ceci, Sverdlik conclut que la responsabilité liée aux actions est logiquement plus fondamentale que la responsabilité liée aux résultats. Par conséquent, le point de vue qu'il faut adopter selon lui est celui des personnes qui soutiennent que toute forme de responsabilité collective peut en dernier ressort être ramenée à des responsabilités individuelles.

Cependant, dire que la responsabilité individuelle est première ne discrédite pas toute forme de responsabilité collective pour Sverdlik. Il admet en effet qu'il y a une part de vérité dans la responsabilité collective puisque, même si chaque personne ne doit être tenue pour responsable que de ses propres actes, on peut quand même dire que plusieurs personnes peuvent être responsables d'un résultat. Ceci arrive lorsque toutes ces personnes tournent leur intention vers un même but. Le cœur de la responsabilité morale collective se trouve donc dans l'intention. On peut bien alors admettre une responsabilité morale collective, mais secondaire, et surtout qui ne doit pas être conçue comme modifiant les responsabilités individuelles.

I.2 – Quatre défenseurs de la responsabilité collective : J. Searle, L. May, C. Kutz, D. E. Cooper

I.2.a - John Searle : Les « We-Intentions » sont primitives

Selon John Searle⁹, il existe quelque chose comme un comportement collectif intentionnel différent de la somme des comportements intentionnels individuels. Ce comportement collectif admet des intentions de groupes, qu'il désigne comme « *We-Intentions* ». Or, Searle démontre que, même si elles intègrent effectivement des intentions des autres membres du groupe, ces *We-Intentions* ne peuvent être analysées entièrement en termes d'intentions individuelles [*I-Intentions*]. De là, il déduit que les *We-Intentions* sont primitives. Il peut donc très bien, pour Searle, y avoir des intentions de groupes entièrement contenues dans les consciences individuelles des membres, et renvoyant à une intention objective partagée. Nul besoin pour lui de dénoncer le fait que les collectifs n'ont pas de conscience autonome pour

⁹ SEARLE, J., « Collective Intentions & Actions », in *Intentions in Communication*, (P. Cohen, J. Morgane & M. E. Pollack, dir.), Cambridge, MIT Press, 1990

avancer l'argument que les groupes ne peuvent avoir d'intention dans le plein sens du terme. Il suffit, pour reconnaître une intentionnalité collective, de renvoyer aux consciences des agents comme agents potentiellement coopérants.

1.2.b - Larry May : l'intention collective n'est pas nécessairement à penser comme intention de groupe

Larry May¹⁰, distingue quant à lui deux types de responsabilité collective : la responsabilité collective qui renvoie à des groupes en tant que groupe et la responsabilité qu'il nomme « partagée » [*Sharing responsibility*]. Dans le premier cas, le groupe est collectivement responsable, de manière non distributive. Ceci signifie qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe aient une responsabilité effective dans la commission du dommage, ni même qu'un seul membre du groupe doive être trouvé responsable. Dans le cas de la responsabilité partagée au contraire, on observe un partage des responsabilités entre tous les membres du groupe, de manière distributive. Cependant, Larry May attire notre attention sur ce point : dire que tous les membres partagent des responsabilités ne signifie pas pour autant que tous sont absolument responsables de la totalité du dommage causé. Au contraire, l'établissement des responsabilités demande l'examen des interactions internes au groupe. Dire que les responsabilités sont partagées signifie que tous les membres ont participé, d'une manière ou d'une autre et à des degrés divers, à la commission du dommage. La responsabilité partagée est donc plus appropriée, selon Larry May, aux actions jointes (par exemple les actes d'une foule) qu'aux actions de groupe (comme groupe constitué)¹¹. Cette distinction de Larry May entre responsabilité de groupe et responsabilité partagée lui permet de dégager un sens de la responsabilité qui de son avis, tout en étant bien collective, ne nécessite pas une intention collective du groupe en tant que groupe.

¹⁰ MAY, L., *Sharing Responsibility*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p.37

¹¹ Sur cette distinction, voir par exemple : BROOKS, D.H.M, « Joint Actions », *Mind*, vol.XC, (1981), pp.113-119

1.2.c - Christopher Kutz : il faut distinguer l'intention du groupe et les intentions des individus

Contrairement à Bratman, Gilbert, Searle et Tuomela/Miller qui ont étudié la coopération dans des contextes restreints, Christopher Kutz¹² cherche à élaborer une description minimale de l'action collective à partir de la notion « d'intention participative débordante » [*overlapping*]. Selon lui, toutes les formes d'actions collectives partagent un élément commun : des intentions participatives qui dépassent les individus. La condition est que chaque membre du groupe doit effectivement partager le même but, mais en plus, il doit être favorablement ouvert à la possibilité d'une action jointe. C'est ce que Kutz désigne comme « condition d'ouverture mutuelle ». Avoir une intention participative signifie donc à la fois que la personne a une intention primaire gouvernant son rôle individuel et à la fois une fin collective secondaire à laquelle sa tâche propre contribue. Il ne s'agit donc pas seulement que les actions soient jointes (deux personnes dans un avion peuvent aller toutes deux à Chicago sans pour autant y aller « ensemble »), il faut encore qu'il y ait une relation contributoire entre les individus pour constituer une véritable action de groupe. Ce qui fait vraiment notre comportement participatif est notre conception de faire quelque chose en relation avec un acte de groupe. Et ce peut être soit explicite au sein des intentions individuelles, soit implicitement fonctionnel. Il faut donc, selon Kutz, distinguer deux types de contenus quand on envisage les intentions des agents : l'intention exécutive (l'intention globale, dont le contenu joue un rôle dans la détermination des intentions des autres membres) et l'intention subsidiaire (générée par la première, son contenu étant l'accomplissement d'une part de l'activité totale). La première renvoie à une intention collective, la seconde renvoie aux intentions des agents qui cherchent à favoriser le projet commun.

1.2.d - D. E. Cooper : l'élément pertinent de la responsabilité collective est moins à chercher dans l'intention de groupe que dans la description adéquate des actions

Pour D. E. Cooper, l'identité collective ne consiste pas dans l'identité des membres. C'est au contraire quelque chose de plus et de différent, qui ne se réduit pas aux identités individuelles, et qu'on perd si l'on n'adopte pas un point de vue collectiviste. De plus, Cooper considère

¹² KUTZ, C., « Acting Together », *Philosophical & Phenomenological Research*, vol.LXI, n°1 (July, 2000), pp.1-31

qu'on ne peut décrire les activités des individus au sein d'un collectif sans faire référence au collectif. Par exemple, les employés d'une banque n'agissent pas à titre personnel, mais *en tant qu'employés d'une banque*. Par conséquent, on perdrait quelque chose de l'action en ne la décrivant qu'en termes purement individuels. Et c'est là que réside pour Cooper le cœur de la responsabilité collective : on ne peut en rester à l'examen des responsabilités individuelles, il faut encore analyser ce qui lie les membres entre eux. C'est cet éclairage supplémentaire qui renvoie à la responsabilité collective. Cependant, une fois rendu à ce point, Cooper avoue qu'on ne peut déduire clairement les liens individuels de la structure collective.

II -Deuxième difficulté : la structure de la responsabilité collective

Le second point fondamental des débats sur la responsabilité collective, déjà esquissé précédemment, concerne la nature de cette responsabilité collective. La question centrale concerne notamment le caractère distributif ou non distributif de cette responsabilité. Sur ce point, Feinberg est sans doute celui qui a le plus clairement systématisé la nature de la responsabilité collective :

Dans son article « Collective Responsibility », Feinberg commence par rappeler les trois conditions nécessaires à l'attribution de la responsabilité individuelle : la personne responsable doit avoir commis l'acte qu'on lui reproche ou du moins son action ou son omission doivent y avoir apporté une contribution causale substantielle. Ensuite le comportement ayant contribué causalement à la production du dommage doit être une faute. Enfin, le dommage doit vraiment être la faute du responsable : une connexion causale doit exister entre son comportement fautif et le dommage.

De ceci, on peut envisager la responsabilité sous trois aspects. Le premier est la responsabilité stricte, qui ne requiert pas de faute contributoire ou qui accepte une faute contributoire faible (c'est le cas par exemple de la responsabilité contractuelle et de certaines formes de responsabilité collective). Le deuxième est la responsabilité par substitution [*vicarious liability*], dans laquelle l'auteur de la faute n'est pas celui qui assumera la responsabilité (c'est le cas par exemple de la responsabilité des parents envers leur enfant). Et enfin, la responsabilité collective, véritable responsabilité de groupe.

Ces distinctions permettent à Feinberg de proposer une cartographie de la responsabilité collective¹³. Selon lui, quatre types de responsabilité collective peuvent être envisagés :

1- La responsabilité collective sans faute contributoire

Ici, la responsabilité est attribuée à des collectifs sans qu'il ne soit besoin de prouver qu'un membre au moins a commis une faute. Par exemple, il est inscrit dans la charte professionnelle des producteurs de lait que, au cas où un de leurs produits serait altéré et causerait des dommages à quelqu'un, ce serait à eux d'en payer le prix. Ceci s'explique par le fait que les producteurs, ayant le devoir et le pouvoir de vérifier la salubrité des produits vendus, sont tenus d'en garantir inconditionnellement la qualité.

2- La responsabilité collective avec faute non contributoire

Cette responsabilité est une responsabilité du groupe par substitution, alors que la faute ne revient qu'à certains des membres du groupe. Elle survient dans les cas où tous les membres du groupe auraient pris le même risque, mais pour des raisons contingentes, seulement certains de ces actes auraient entraîné un dommage. L'exemple donné ici est celui des conducteurs en état d'ivresse : seuls certains d'entre eux provoqueront un accident, mais tous ont bien la même responsabilité morale. Autrement dit, la chance qu'ont eue certains de ne pas provoquer d'accident ne peut les dédouaner de leur faute : le hasard ne peut être considéré comme un facteur de déresponsabilisation.

3- La responsabilité avec faute contributoire collective et distributive

Chaque membre du groupe a ici contribué à la commission du dommage. Conçue en ce sens, la responsabilité collective est constituée de la somme des responsabilités individuelles. L'exemple donné par Feinberg est celui d'une personne en train de se noyer devant une foule de vacanciers se reposant sur la plage. Si aucun ne lui porte secours, alors que tous auraient pu individuellement le sauver, alors nous pouvons penser une responsabilité de tous pour n'avoir pas agi, responsabilité qui renvoie bien à une faute de la part de chaque individu.

¹³ FEINBERG, J., « Collective Responsibility », in *Collective Responsibility*, (L. MAY & S. HOFFMAN, eds.), Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1991, première édition dans *Doing and Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970

4- La responsabilité avec faute contributoire collective et non distributive

La faute ici est celle du groupe en tant que groupe et ne renvoie à personne en particulier. Ceci signifie qu'on peut attribuer une faute au groupe en vertu de son nombre, mais qu'on ne peut attribuer cette même faute à aucun des membres du groupe, pris dans son individualité. Par exemple, une personne ne peut résister seule à un envahisseur. Ceux qui dans l'histoire l'ont fait peuvent être considérés comme des héros, mais ne pas être un héros ne peut constituer sérieusement une faute. Par contre, en alliant et coordonnant leurs forces, un nombre important de personnes pourraient empêcher une invasion. On peut dès lors penser une responsabilité collective pour ne pas avoir fait quelque chose en groupe.

L'intérêt de la pensée de Feinberg est non seulement d'avoir proposé une cartographie des différents types possibles de responsabilité collective, mais également de nous avoir proposé des modèles pour penser les structures de répartition des responsabilités à l'intérieur du groupe. Le rapport entre responsabilités collectives et responsabilités individuelles est en effet un des points les plus discutés du champ de la responsabilité collective. Nous verrons dans le prochain chapitre comment ces distinctions nous permettent d'éclairer notre recherche.

III- La responsabilité collective et son rapport avec les responsabilités individuelles des membres du groupe

En effet, une fois qu'on a admis la possibilité de la responsabilité collective, au moins dans certaines circonstances, se pose la question de savoir quel est le rapport entre la responsabilité collective et les responsabilités individuelles. Est-ce que le fait d'appartenir à un collectif jugé responsable signifie corrélativement que nous avons une forme de responsabilité ?

À cette question Virginia Held répondra en commençant par opérer une distinction entre les différents groupes possibles. Il faut notamment distinguer les groupes organisés des « collectifs aléatoires » [*Random Collection*]. Les premiers se caractérisant par une structure décisionnelle valable pour le groupe en tant que groupe, les seconds étant dépourvus d'une telle structure. Pour Virginia Held, le fait de reconnaître une responsabilité morale collective à un groupe organisé pour une action A ne permet pas de conclure pour autant qu'un membre de ce collectif au moins peut être estimé responsable de l'action A. Un groupe peut donc bien être jugé moralement responsable sans qu'aucun de ses membres ne le soit. Par contre, le fait de reconnaître une responsabilité morale collective de nature distributive à un collectif

aléatoire pour une action A permet de conclure que tous les membres de ce collectif peuvent être déclarés responsables, à différents degrés, de l'action A.

Pour Cooper, puisque l'identité du collectif ne consiste pas dans l'identité de ses membres, on peut tout à fait penser la responsabilité d'un collectif sans qu'aucun de ses membres ne soit responsable. Par exemple, nous pouvons dire qu'un club de tennis est responsable de sa fermeture, mais il est très possible qu'aucun de ses membres n'en soit responsable. Chacun a effectivement payé sa cotisation, fréquenté les équipements ou le salon... Tous étaient disposés à faire du club un lieu chaleureux et dynamique. C'est la réunion des personnalités qui n'a pas permis le développement de ce que Cooper désigne comme *esprit de corps* (sic). Quelque chose n'a pas fonctionné, sans que personne ne puisse être blâmé de quoi que ce soit. Cooper soutient donc qu'à partir d'une proposition de responsabilité collective, nous ne pouvons absolument rien déduire quant à la responsabilité de ses membres. C'est un *a priori*, selon lui, de considérer que la responsabilité collective renvoie à la responsabilité individuelle ; car ce n'est pas toujours le cas.

Bilan

Nous le remarquons aisément, les positions mises en avant dans les débats concernant la responsabilité morale collective sont des plus variées. Cette variété même rend difficile l'établissement d'un fond stable sur lequel appuyer nos premières pierres. Cependant, il nous est quand même possible de dégager des éléments minimaux laissant penser que la prise en compte de la responsabilité collective n'est pas discréditée d'emblée dans notre recherche. Le premier élément minimal est qu'on peut admettre que des collectifs puissent agir. Le second est qu'on peut admettre la possibilité de porter un jugement moral sur l'issue de ce qui est fait collectivement. Est-ce que cela entraîne nécessairement une responsabilité collective ? Cela reste encore à établir, mais du moins cela laisse ouverte la pertinence de la question. Notre perspective maintenant n'est pas de prendre immédiatement position entre les différentes directions que dessinent les diverses conceptions de la responsabilité morale collective avancées par ces auteurs. Notre démarche va plutôt consister à rapporter ces différentes théories de la responsabilité morale collective au cas des crimes de guerre afin d'évaluer si ceci nous apporte quelque chose dans la compréhension des responsabilités attachées à ces

crimes. À notre charge ensuite d'évaluer si ceci modifie l'établissement des responsabilités au point de vue moral et si cela est compatible avec une pratique juridique d'imputation des faits.

Les théories morales de la responsabilité collective permettent-elle de donner un nouvel éclairage à la question des responsabilités liées aux crimes de guerre ?

Nous l'avons vu dans la section 2 du présent chapitre, les crimes de guerre contiennent une dimension collective à deux niveaux. Le premier niveau réside dans la liaison nécessaire du crime avec un contexte de guerre : d'une part, un soldat ne devient soldat que par la présence du collectif, d'autre part, un soldat ne cesse pas d'être un soldat lorsqu'il commet un crime. On ne peut donc décrire adéquatement un crime de guerre sans le renvoyer, d'une façon ou d'une autre, au contexte global de la guerre. Or, à partir du moment où l'on admet que la guerre implique nécessairement des collectifs, il faut conclure que le crime de guerre lui-même implique nécessairement, d'une manière qu'il va falloir préciser, des collectifs. Le second niveau réside dans la signification des crimes : si, pour reprendre la définition dont nous avons fait mention, un des critères conceptuels des crimes de guerre les différenciant des crimes classiques est qu'ils servent la guerre, alors il faut admettre que les crimes de guerre profitent à des collectifs. Dès lors, il faut examiner dans quelle mesure le fait de tirer profit de quelque chose doit ou non ouvrir des responsabilités.

Deux types de questions se présentent alors, chacune liée à un axe d'analyse. Suivant le premier, nous pouvons nous demander si le fait que les crimes de guerre soient commis dans un contexte collectif est susceptible d'ouvrir des responsabilités collectives. Il nous faudra déterminer si, et comment, ces collectifs doivent être considérés comme étant impliqués dans la commission des crimes. Suivant le second axe, nous pouvons nous demander si le fait de

tirer profit en général de l'activité des soldats est susceptible d'ouvrir là aussi des responsabilités collectives.

Dans cette section, nous tenterons de répondre successivement à chacune de ces questions.

I - Responsabilité d'un collectif impliqué dans la commission d'un crime de guerre

I.1 - L'apport des théories morales de la responsabilité collective pour penser des crimes commis en groupe

I.1.a - Crimes commis par plusieurs personnes : l'apport de la lecture collectiviste

Michael Bratman¹ donne en exemple d'action de groupe le fait de se mettre à plusieurs pour soulever une table, et constate qu'il est facile de décrire l'acte participatif de chaque personne et de le renvoyer à l'acte de groupe. Mais toutes les participations à des phénomènes de groupes ne sont pas facilement descriptibles. Certains actes, dont on trouve des exemples dans les crimes de guerre admis par le droit international, impliquent des participations plus ambiguës. C'est le cas notamment des traitements humiliants.

Par définition, les traitements humiliants demandent un regard devant lequel être humilié. Ce peut être celui des autres prisonniers, celui des gardiens ou celui de toute autre personne présente. Se pose alors la question de la participation d'une personne qui n'aurait fait « que » regarder, sans n'avoir jamais rien fait d'autre. Comment alors décrire son geste ? Est-elle un participant actif ? Est-elle un participant passif ? Ne participe-t-elle pas du tout au geste commis ?

Un des risques, lorsqu'on décrit les actes de manière individuelle, est d'écarter des participants pour la raison que les actes qu'ils ont commis ne sont pas en eux-mêmes décrits comme des crimes, ni même comme des actes suffisamment graves pour entraîner une réponse. Effectivement, dans le cas des traitements humiliants, le fait de regarder ne constitue pas en soi un crime. Même rapporté à l'ensemble de la scène, il est difficile d'appliquer à ce geste les descriptions classiques du droit. En effet, peut-on dire que celui qui regarde est « complice » d'un crime, en ce sens qu'il le favorise en aidant à sa commission ? Peut-on dire

¹ BRATMAN, M., E., « Shared Cooperative Activity », *The Philosophical Review*, vol.101, n°2 (Avril, 1992), pp.327-341

que celui qui regarde est « co-auteur » d'un crime si son action se borne à ouvrir les yeux et voir ? Quelle est ici la description exacte et la limite des responsabilités que l'on peut mettre en jeu ?

Dans un cas comme celui des traitements humiliants, la perspective collectiviste nous permet d'avancer des propositions de lecture. Si nous partons, non pas de la description des actes individuels mais de la description du crime comme un tout commis possiblement par un groupe, alors les limites pertinentes des participations apparaissent plus clairement. L'analyse conceptuelle des traitements humiliants contient deux pôles : les actes humiliants et le regard devant lequel être humilié. Ces deux pôles peuvent être disjoints, celui qui fait subir des actes humiliants n'est pas nécessairement le même que celui qui joue le rôle de spectateur. Il n'en reste pas moins que ce regard est une des conditions de possibilité du crime. À ce titre, il ne faut pas s'arrêter au fait que celui qui regarde ne fait « rien de plus que » regarder, car ce simple regard a autant d'importance, dans la description du crime, que les traitements infligés.

Ainsi, l'exemple des traitements humiliants nous montre qu'une participation qui pouvait passer pour une activité annexe dans une description individuelle revient au premier plan dans une description collectiviste. C'est bien en partant d'une description d'un acte compris dans sa globalité que la gravité des actes individuels nous est apparue le plus clairement. Nous avons donc un premier modèle de description des actes, en partant d'une description collective de l'*actus reus*. Ceci ne nous permet pas encore de modéliser les participations plus lointaines (de savoir par exemple comment décrire adéquatement le rôle de la personne qui conduisait les trains menant les déportés vers les camps d'extermination), du moins la perspective collectiviste nous incite-t-elle à prendre pour point de départ non pas les actes propres des personnes mais les résultats des actes participatifs, soit finalement les crimes eux-mêmes. L'exemple des traitements humiliants est un exemple de premier niveau d'analyse : il est parfois éclairant de partir de la définition du crime lui-même pour en extraire les éléments nécessaires et remonter alors vers les actes participatifs pertinents. Cependant, nous avons ici examiné la situation sous l'angle de l'*actus reus*, signifiant, dans notre exemple, que celui qui regarde a bien une intention criminelle. Mais, comment penser, par exemple, des traitements humiliants commis non seulement devant des tortionnaires actifs, mais également devant les autres prisonniers ? Nous n'allons évidemment pas considérer que ce faisant, ils participent au crime de guerre. Ceci met en lumière la nécessité de prendre également en compte, dans la description des actes, la description de ce qui se passe au niveau de la *mens rea*.

1.1.b - Jusqu'où admettre des auteurs aux actes ? : l'apport du critère de l'intention

Un des autres intérêts de la lecture collectiviste est de nous offrir un modèle pour la délimitation des groupes agissants dans la commission des crimes. Margaret Gilbert ou John Searle définissent le groupe en fonction des intentions collectives. Un groupe existe donc à partir du moment où les membres qui le constituent sont décidés à commettre quelque chose ensemble. Réciproquement, les individus qui ont l'intention de commettre un acte ensemble constituent un groupe. Dans l'exemple des traitements humiliants, il ne suffit pas, pour être partie prenante du crime collectif, d'être le regard devant qui l'on humilie. Encore faut-il que cette participation active soit soutenue par une intention de voir le crime se commettre. Dès lors, ceci nous permet d'écartier l'éventualité d'une participation active de prisonniers qu'on aurait obligé à assister à l'humiliation de leurs compagnons. Certes, si l'on s'en tient au niveau de l'*actus reus*, leur participation à la commission du crime est une participation active, mais dès qu'on se place au niveau de la *mens rea*, cette participation disparaît, car il n'y a pas chez eux, d'intention de voir ces crimes se commettre. On ne peut donc les compter comme membres du groupe agissant.

Ce type de lecture est sans doute plus éclairant encore dans d'autres types de situations problématiques. En effet, un des points délicats dans la question de l'imputabilité des crimes de guerre est le traitement que l'on doit réserver à un gradé qui donne l'ordre de commettre un crime de guerre sans y participer lui-même. Ce rôle est encore compliqué lorsque ce gradé n'est qu'un intermédiaire et que l'ordre de commettre un crime lui a été signifié par un supérieur. Comment alors décrire au plus juste les actes commis par ce gradé ? Doit-on admettre qu'il a participé activement au crime ? Doit-on au contraire décrire sa participation en termes d'incitations ? Doit-on poser qu'il a été incité à inciter ? Là encore, la description des actes en termes individuels ne fait pas ressortir clairement les liaisons structurelles des actes du gradé avec les actes des criminels actifs, et introduit un certain flottement dans la compréhension de ce qui doit être imputé à chacun. Il nous faut trouver un critère pour définir au mieux sa participation sans succomber d'une part au risque d'écartier des responsabilités par le renvoi à des actes en eux-mêmes peu signifiants, d'autre part au risque de voir des responsabilités dans tout acte qui a mené à la commission du crime.

Le passage par une lecture collectiviste ne nous donne pas ici toutes les réponses et nous reviendrons plus loin sur les difficultés soulevées par l'établissement des responsabilités du

gradé, mais du moins nous permet-elle de proposer un premier critère de détermination intéressant. En effet, si l'on admet qu'un groupe puisse être constitué par la totalité des personnes qui ont l'intention partagée de commettre un acte ensemble, alors nous pouvons admettre que l'intention du gradé peut être l'élément déterminant pour savoir s'il doit ou non être compris comme membre actif du groupe ayant commis un crime de guerre. Par conséquent, si son intention de voir un crime se commettre est avérée (écartons pour l'instant la question de savoir dans quelle mesure on peut prouver une telle intention), alors il faut admettre ce gradé comme élément à part entière du groupe qui aurait commis le crime. Sous une telle description, son rôle ne peut plus être uniquement celui d'intermédiaire neutre recevant et transmettant des ordres, et il doit au contraire être considéré comme membre participant au premier rang à la commission du crime. La lecture collectiviste des actes, par le biais de l'intention collective, nous permet ainsi de clarifier l'extension des cercles d'appartenance des membres actifs d'un groupe.

Ainsi, que ce soit au niveau de l'*actus reus* ou au niveau de la *mens rea*, la lecture collectiviste des actes nous permet de tracer les contours de cercles de membres actifs. Notons ici que les groupes formés au niveau de l'*actus reus* ne sont pas nécessairement les mêmes que les groupes formés au niveau de la *mens rea*. Un prisonnier qui regarde un compagnon être humilié fait partie du cercle des membres actifs au niveau de l'*actus reus* mais n'appartient pas au cercle des membres actifs au niveau de la *mens rea*. De la même façon, un soldat qui commettrait un crime à contrecœur, parce qu'il n'ose pas désobéir, a bien un rôle actif dans la commission des crimes, mais s'en détache au niveau des intentions. Ceci n'est sans doute pas suffisant pour bloquer l'imputabilité du crime, mais du moins est-ce un élément qu'il faudra prendre en considération dans l'établissement des responsabilités.

Que ce soit par l'angle de l'*actus reus* ou par celui de la *mens rea*, l'intérêt majeur de la lecture collectiviste des actes est de nous permettre de penser les participations par rapport à un groupe d'appartenance. Nous souhaitons maintenant envisager cet apport sous un angle différent, intégrant les structures internes des différents cercles d'influence. Il ne suffit pas en effet de montrer que certains actes tirent leur pleine signification d'une perspective collectiviste, il faut encore interroger la responsabilité de ce collectif lui-même.

I.2- Apport des théories morales de la responsabilité pour penser les responsabilités du groupe d'appartenance des criminels

Nous l'avons vu plus haut, une des particularité des crimes de guerre est de ne pouvoir conceptuellement être commis que par des combattants, c'est en cela notamment qu'ils se distinguent des crimes contre l'humanité. Or, nous avons vu que les combattants renvoyaient eux-mêmes à des collectifs plus ou moins structurés : armées dans le cas d'affrontements interétatiques, partisans politiques ou groupe diversement identifiés dans le cas de guerre civile. Si donc les crimes de guerre ne peuvent être commis par des particuliers mais uniquement par des membres de collectifs en tant que membres de collectifs, alors on peut interroger à bon droit la responsabilité de ces collectifs eux-mêmes dans la commission de crimes de guerre. Il nous faut donc ici examiner si certaines théories de la responsabilité collective peuvent ou non nous apporter sur ces questions un éclairage différent.

I.2.a - Crimes de guerre commis par des soldats incorporés : la responsabilité de l'armée mise en question

La perspective de la responsabilité collective nous autorise à interroger la responsabilité de l'armée dans la commission des crimes de guerre. Non seulement pour les crimes qui auraient été commis sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique, mais également, et c'est un des apports de la perspective collectiviste, pour les crimes identifiés comme débordement propre à quelques soldats isolés. La perspective collectiviste nous offre donc un modèle de résolution de la tension introduite par le fait que le crime de guerre, tout en étant lié à la guerre, est également une fausse note de la poursuite des opérations.

Feinberg nous offre à ce titre un éclairage intéressant. En effet, le premier type de responsabilité collective qu'il dégage est celui de la responsabilité collective sans faute contributoire. L'exemple qu'il donnait était celui des producteurs de lait, responsables des vices de leurs produits, quand bien même aucune faute à l'origine de ce vice ne leur serait imputable. De la même façon, nous pouvons interroger une responsabilité de l'armée sans faute contributoire pour les exactions commises par certain de ses membres. Ceci se justifie par la structure organisationnelle de l'armée. De façon analogique à la situation des producteurs de lait, responsables de la qualité de leurs produits parce qu'ils ont le pouvoir et

le devoir de veiller à leur qualité, l'armée dans son ensemble, en tant qu'institution, a le pouvoir et le devoir de veiller à ce que ses recrues conservent un comportement acceptable. La structure de l'armée suppose un pouvoir d'encadrement fort qui permet, lorsqu'un crime est commis parmi les soldats, d'en demander raison en haut lieu. Il ne s'agit même pas d'identifier un manquement dans la chaîne de commandement tel que l'on pourrait dire que les gradés ont laissé un crime arriver. Avant même d'en arriver à ces considérations, on peut penser une responsabilité sans faute de l'armée basée sur le seul fait qu'elle utilise des hommes pour ses propres desseins et à ce titre doit garantir l'acceptabilité de leur comportement.

Cependant, un contre argument pourrait s'élever ici. En effet, il y a bien une différence entre garantir la qualité d'une brique de lait et garantir l'acceptabilité du comportement de personnes libres. Les individus sont toujours susceptibles, malgré tout le soin que l'on prend à les former et les encadrer, de commettre des crimes. Ce risque est encore accru, comme nous l'avons vu dans notre premier chapitre, lorsque le contexte général est moralement éprouvant et susceptible de pervertir les meilleures volontés. Dans un tel contexte, il peut paraître abusif de demander raison à l'armée pour l'émergence de crimes sur lesquels l'acteur direct n'a parfois lui-même pas totalement prise.

Mais justement, il ne s'agit pas pour nous de conclure de manière analogique que l'armée a une entière responsabilité sur les crimes commis, comme les producteurs de lait ont une entière responsabilité sur la qualité des produits vendus. Les soldats sont des êtres libres et à ce titre leur responsabilité doit être interrogée. La question qui se soulève ici est plutôt celle d'une responsabilité autre que celle des acteurs immédiats. Et à ce titre, la perspective de la responsabilité collective nous permet bien de mettre en avant une responsabilité de l'armée qui ne serait pas apparue avec autant de clarté si nous en étions restés à la seule description des actes individuels.

Mais comment, une fois admis ce point, considérer les responsabilités à l'intérieur de l'armée ? Faut-il ne renvoyer qu'à la responsabilité morale de l'armée en tant qu'entité autonome ou bien sommes-nous autorisés à penser une responsabilité des membres – ou de certains membres - de l'armée ?

Notamment, nous pouvons ici nous poser la question de la pertinence d'une lecture soutenue par le deuxième type de responsabilité collective proposé par Feinberg. Ce type présente une responsabilité collective avec faute non contributoire, soit la responsabilité de

tout le groupe pour avoir pris un certain risque, alors que seuls certains comportements aboutiront effectivement à un dommage. L'exemple donné ici par Feinberg était celui des personnes qui prennent le volant en ayant consommé de l'alcool : tous ont la même responsabilité morale, la chance de certains d'être arrivés sains et saufs ne pouvant être conçue comme un élément déresponsabilisant. Cet exemple prend un sens particulier dans les cas des crimes de guerre. Nous avons établi en première partie que le fait pour des dirigeants d'avoir déclaré la guerre justifiait de leur part une certaine responsabilité à l'égard des risques moraux qu'ils faisaient prendre à des soldats incorporés. Le plus grand risque étant pour ces soldats d'être pris dans un système tellement exigeant moralement qu'une modification de personnalité pouvait s'ensuivre. Ces soldats courraient alors le risque de se trouver dans la situation de commettre volontairement des actes qu'ils auraient eux-mêmes réprouvés et dont ils ne se seraient eux-mêmes pas crus capables quelques temps auparavant.

Pouvons-nous admettre, sur le même modèle, une responsabilité morale de tous les soldats pour les risques moraux qu'ils courent en participant à un conflit armé ? Nous pourrions dire en effet que, même s'il est du devoir de chaque soldat de s'aguerrir contre les risques moraux que la promiscuité répétée avec des scènes traumatisantes lui fait prendre, le fait que la guerre puisse être plus forte que les meilleures volontés introduit une forme de chance dans la résistance morale dont chacun fait preuve. Dès lors, nous pourrions dire que les soldats qui en viennent à commettre des crimes de guerre ne sont pas moralement plus responsables que ceux qui ont eu la chance, peut-être parce qu'ils ont été moins exposés, de rester moralement plus forts. Le modèle de la responsabilité collective avec faute non contributive de Feinberg devrait nous autoriser à admettre une responsabilité collective morale de tous les soldats pour les risques moraux qu'ils prennent et dont certains seulement aboutiront à des crimes de guerre.

En fait, plus qu'une responsabilité morale collective des soldats, il nous semble que ceci est un argument de plus en faveur d'une responsabilité morale de l'armée. En effet, ce modèle serait admissible si les soldats étaient entièrement responsables de leur propre présence dans l'armée. Or, nous avons montré en première partie que l'incorporation des soldats est loin d'être toujours le résultat d'un choix libre, comme peut l'être par exemple le fait de consommer de l'alcool. Dès lors, si l'incorporation est à mettre au compte de ceux qui décident la guerre, que cette incorporation se fait au sein de l'armée et que c'est dans le cadre des opérations militaires que la santé morale des soldats est mise à mal, alors il serait logique de faire porter le poids de cette responsabilité morale collective non sur les soldats eux-mêmes en tant que groupe mais bien sur l'armée en tant qu'entité, lieu de tous les risques.

C'est donc bien en tant qu'institution que la responsabilité morale collective de l'armée se trouve mise en jeu.

Ainsi, nous remarquons que c'est la structure de l'armée qui justifie qu'on puisse lui reconnaître une responsabilité morale dans la commission des crimes de guerre, ce qui signifie parallèlement que les conflits ne mettant pas en jeu de tels collectifs, ou des collectifs avec un moindre degré de cohésion, ne se prêtent pas nécessairement à l'établissement de telles responsabilités. Dans le cas où la présence du combattant serait le fait de sa volonté, mais aussi dans les cas où la poursuite des opérations ne se ferait que par des décisions au sein de petits groupuscules d'actions, les modèles de la responsabilité morale collective proposés par Feinberg ne nous autoriseraient plus à penser la responsabilité des groupes d'actions. Il ne s'agit donc pas seulement de pouvoir renvoyer à une action collective, il faut encore que le collectif de référence ait un mode opératoire suffisamment structuré pour expliquer, en partie du moins, les types de comportements individuels. Si ces comportements ne renvoient qu'à la liberté des individus, alors ils sont les seuls responsables moralement des crimes qu'ils commettent.

L'armée est le plus étroit des groupes d'appartenance des soldats, elle n'est cependant pas le seul. En effet, l'armée elle-même appartient à un pays et renvoie aux membres d'une nation qu'elle est censée défendre. Le groupe d'appartenance dernier des soldats n'est donc pas l'armée, mais leur nation. La question se pose alors de la pertinence des responsabilités renvoyées à ce groupe d'appartenance plus large.

En effet, on peut penser une responsabilité des soldats comme membres d'un premier groupe qui serait l'armée, mais nous avons identifié plus haut plusieurs cercles de cohésions à l'intérieur de chaque belligérant : l'armée et les combattants actifs constitueraient le premier cercle, les civils qui favorisent et soutiennent l'effort de guerre serait le deuxième cercle, les civils qui n'entravent pas les actions des autres constitueraient le troisième et dernier cercle.

Il n'est sans doute pas pertinent, pour le cas des responsabilités liées au crime de guerre, de distinguer entre le deuxième et le troisième cercle. Aucun des deux n'étant impliqué dans une relation de cohésion ou d'évaluation avec les soldats, leurs responsabilités, si elles existent, peuvent être pensées sous un seul et même chef, celui de la non-intervention. Cependant, la question ne doit pas être abordée sous l'angle seul de la non-intervention (comme c'est le cas pour la non-intervention de la communauté internationale, question que nous aborderons dans le prochain chapitre). C'est bien parce que nous avons établi une dimension collective large

de la guerre impliquant les civils des belligérants en présence que la question de leur responsabilité est directement impliquée. Le ressort de la réflexion n'est donc pas seulement celui des responsabilités générales de tous ceux qui ne sont pas intervenus, mais plus spécifiquement celui des responsabilités collectives des civils pour non-intervention face à des actes commis dans le cadre de l'activité de leurs soldats. Cette responsabilité est soutenue par la liaison d'assistance et de communauté d'intérêt des civils avec les soldats dans un collectif large. La question introduite ici est donc celle de savoir dans quelle mesure les populations civiles peuvent ou non, avoir une responsabilité morale collective dans la commission des crimes de guerre.

1.2.b - Les personnes civiles : peut-on penser une responsabilité pour non-interventions ?

Les types trois et quatre de responsabilité morale collective présentés par Feinberg semblent pouvoir offrir des lectures plausibles pour penser une responsabilité des personnes civiles dans la commission des crimes de guerre.

Ainsi, la responsabilité avec faute contributoire collective et distributive (type 3), permet de penser une faute de chaque membre du groupe, fautes ayant toutes individuellement contribué à la commission du dommage. L'exemple donné ici était celui d'un ensemble de personnes profitant de la plage, dont aucun membre ne porte secours à un baigneur qui se noie. Chacun aurait pu lui venir en aide individuellement, aucun ne l'a fait, tous en sont moralement responsables.

Dès lors, ceci nous offre-t-il un modèle acceptable pour penser des responsabilités collectives liées aux crimes de guerre ? Effectivement, il existe toujours une tentation de dire que les personnes qui n'ont pas empêché un crime en sont responsables, au moins moralement. Le modèle de Feinberg devrait nous autoriser à poser que toute personne qui n'a pas empêché le crime, qu'elle appartienne aux militaires ou aux civils de quelque nation que ce soit, a, à des degrés divers, une responsabilité dans la commission des crimes. Mais examinons le bien-fondé de cette tendance. Ce qui fonde la responsabilité collective distributive dans l'exemple de Feinberg relève de deux éléments : d'une part on suppose un devoir de chaque être humain de porter assistance - minimalement – à ses semblables, d'autre part on admet que chaque personne reconnue responsable avait la possibilité, à elle seule, d'empêcher le dommage. Or, ce qui vaut pour le sauvetage d'un homme courant le risque de se noyer vaut-il pour un crime

de guerre ? Il ne peut y avoir de réponse générique ici, seul un examen des crimes au cas par cas peut nous permettre d'évaluer si chacune des personnes présentes était ou non en mesure d'empêcher seule la commission du crime. Le modèle de responsabilité collective distributive de Feinberg peut donc bien avoir une utilité pour éclairer un crime particulier, mais ne nous autorise pas à penser des responsabilités collectives de manière générique.

De plus, Feinberg laisse de côté, dans son exemple, le fait qu'il puisse être risqué de porter secours à une personne. Et si les raisons pour lesquelles l'homme était en train de se noyer était la force des courants ou un mauvais état de la mer, tel que toute personne se portant à son secours le ferait au péril de sa propre vie ? Devrions-nous conclure dans les mêmes termes à une responsabilité collective ? Feinberg laisse de côté un élément important pour penser les responsabilités, et capital pour penser les responsabilités liées aux crimes de guerre : la peur liée au contexte et les risques de la résistance.

Peut-être, alors, faut-il plutôt chercher dans le quatrième modèle un élément pertinent de lecture ? Ce modèle est celui de la responsabilité avec faute contributive collective et non distributive. Ceci signifie que nous pouvons penser une faute du groupe, sans que corresponde une faute de chaque individu. L'exemple donné est, justement, celui de la résistance à l'invasion. Un homme seul ne peut résister à un envahisseur, mais des milliers de personnes le pourraient. Donc, si elles ne le font pas, on peut se demander pourquoi et leur en demander raison. Il serait donc possible de penser une responsabilité collective de la part des citoyens d'une nation, sans que cela corresponde à une faute d'un point de vue individuel. Sommes-nous, alors, plus proches de ce qui se joue dans les crimes de guerre ?

Effectivement, ce modèle nous permet de penser une responsabilité collective des civils pour les crimes de guerre commis. Une personne extérieure aux combats ne peut empêcher l'occupation, des bombardements ou des déplacements de populations, mais tous auraient pu l'empêcher. D'ailleurs, l'histoire nous montre des exemples de soulèvement nationaux qui ont effectivement empêché que des crimes ne se commettent. Ce fut le cas, notamment, au Danemark, en 1943.

Le soulèvement du peuple danois

Le Danemark fut occupé « pacifiquement » - les deux pays n'étant pas en guerre - par l'Allemagne à partir du 9 avril 1940. Dans un premier temps, le Reich souhaita maintenir avec

la nation des relations relativement cordiales, ceci notamment parce qu'il considérait les danois comme des « frères aryens ». Peu de modifications furent donc apportées dans la structure de gouvernance du pays : la Monarchie ne fut pas destituée, le gouvernement danois fut maintenu en place pour s'occuper des affaires internes, l'armée même fut conservée. L'Allemagne prit surtout le contrôle de la politique extérieure.

Il avait été décidé à la conférence de Wannsee que les pays scandinaves seraient exclus de la « solution finale ». C'est surtout que le régime nazi estimait alors que la « question juive » y serait facilement résolue après la guerre et ne faisait pas partie, pour l'heure, de ses priorités. Dans un premier temps, les 7500 personnes de confession juive vivants au Danemark furent relativement épargnées, d'autant que le gouvernement danois refusa d'appliquer les mesures antisémites demandées.

La situation se dégrada progressivement entre Berlin et Copenhague. Notamment la résistance, d'abord symbolique, prit une nouvelle ampleur en 1943, alors que les Alliés remportaient des victoires. La dégradation des relations aboutit à la démission du gouvernement danois, le 29 août. Le même jour, le commandement militaire allemand proclama l'état d'urgence. La déportation des juifs du Danemark fut alors ordonnée pour la nuit du 1^{er} au 2 octobre.

Quelques danois eurent l'information, la répandirent, la communauté juive fut rapidement alertée et cachée ; même la police danoise, sommée de coopérer à la rafle, y mit toute sa mauvaise volonté. Si bien que la Gestapo ne trouva pratiquement que des habitations vides. 472 personnes furent toutefois arrêtées. Des protestations s'élevèrent alors : l'Église Catholique Danoise fit lire en chaire une lettre pastorale condamnant la politique antisémitique, la famille royale et diverses organisations s'exprimèrent en ce sens. Lorsque la Suède, pays neutre, accepta de recevoir les personnes menacées de déportation, une vaste opération de secours s'improvisa pour aider les juifs et leur famille à gagner les côtes, où des pêcheurs les feraient traverser. Des citoyens de toutes couches sociales participèrent à cette opération, de même que la police et le gouvernement. Au total, ce sont 7200 juifs et 700 membres de leurs familles qui furent déplacés en un mois. La Gestapo n'en intensifia pas moins ses opérations de ratissage, réussissant à arrêter et à déporter environ 500 personnes.

L'opinion danoise continua de s'inquiéter du sort de ses concitoyens. Des officiels purent leur rendre visite au camp de Theresienstadt à l'été 1944, les prisonniers purent recevoir des lettres et quelques paquets. Une cinquantaine de personnes ne revint pas.

Le soulèvement du Danemark semble donner raison à Feinberg : un peuple entier est en mesure de se dresser devant l'occupant, et lorsqu'il le fait, il peut empêcher que des crimes ne soient commis. Par conséquent, nous pourrions conclure que si l'histoire nous prouve que des soulèvements sont possibles, elle nous prouve également que nous sommes fondés à interroger la responsabilité collective d'un peuple qui ne se soulève pas. Mais sommes-nous autorisés à cette conclusion ? Comment traiter, notamment, la responsabilité du peuple allemand pour le génocide juif commis durant la seconde guerre mondiale ? C'est la question que pose Karl Jaspers dans un cours donné à l'hiver 1946 à l'université de Heidelberg et publié en français sous le titre *La culpabilité allemande*².

Une responsabilité du peuple allemand ?

L'analyse de Jaspers part de la notion de culpabilité. Il distingue en effet, ce qui relève de la responsabilité morale et qui d'après lui ne concerne que l'examen individuel que chaque personne peut faire de sa conscience, et ce qui relève de la culpabilité, méritant une mise en question publique et ayant des conséquences en termes de sanctions. La question que pose Jaspers dans son ouvrage est celle de savoir dans quel sens on peut juger une collectivité, en l'espèce le peuple allemand, pour les exactions du régime nazi, et dans quel sens on ne doit juger que des individus.

Jaspers appuie son analyse sur la distinction de quatre types de culpabilité :

- La culpabilité criminelle, qui résulte de la violation d'une loi positive et entraîne une sanction juridique.

- La culpabilité politique, issue en tant que telle des actes des hommes d'État et reportée sur les citoyens par le fait que, en tant que citoyens, tous ont à assumer les conséquences des actes commis par l'État. Ceci ne signifie pas pour autant que chaque citoyen individuellement se trouverait chargé d'une culpabilité criminelle ou morale concernant les crimes qui furent commis au nom de l'État. Cependant, la culpabilité politique générée par une guerre entraîne bien pour les citoyens l'obligation de subir les sanctions décidées par les vainqueurs (limitations des pouvoirs et des droits s'ils préfèrent placer les sanctions sur le terrain juridique, déportation et extermination s'ils le veulent).

² JASPERS, K., *La culpabilité allemande*, (trad. J. Hersch), Paris, Éditions de Minuit, 1990 (1948)

- La culpabilité morale, qui résulte de l'examen de conscience individuel de chacun pour ses propres actes. Seul l'individu est habilité, pour Jaspers, à se juger moralement, aucune instance extérieure ne peut moralement le mettre en cause à moins d'être liée avec lui dans une solidarité affective étroite. Les effets de la culpabilité morale résident principalement dans le repentir qui suit la prise de conscience de sa propre culpabilité.

- La culpabilité métaphysique, qui résulte du fait qu'il existe une forme de solidarité entre tous les hommes, les rendant co-responsables de leurs attitudes les uns envers les autres. Chacun est engagé en sa qualité d'homme envers les autres hommes. Chacun est alors responsable métaphysiquement s'il n'intervient pas pour empêcher un crime ou une injustice qu'il n'ignorait pas se commettre. La conséquence de la culpabilité métaphysique est la « transformation de la conscience que l'homme a de lui-même devant Dieu »³. Dit autrement, ceci signifie pour l'homme une humiliation dont la conscience indélébile modifiera définitivement l'idée qu'il pouvait prendre de lui-même dans son rapport à l'humanité.

De cette distinction, Jaspers déduit qu'il est incohérent d'inculper tout un peuple au niveau criminel. Il ne s'agit évidemment pas de faire le procès de tous les citoyens allemands pour les exactions commises par le troisième Reich. Les culpabilités dites « morales » et « métaphysiques », parce qu'elles ne concernent les individus que dans l'intériorité de leur conscience, échappent elles aussi en première analyse à l'analyse de la responsabilité collective. C'est donc d'abord au niveau politique que la question reste pertinente, et de manière dérivée, qu'une dimension morale peut être dégagée :

« Nous portons la responsabilité politique du régime qui fut le nôtre, des actes de ce régime, du déclenchement de la guerre dans une situation historique mondiale telle que celle-ci, et du caractère du chef que nous avons laissé se mettre à notre tête. [...] À cela s'ajoute notre culpabilité morale. Bien que celle-ci ne réside jamais que dans l'individu, de telle sorte que chacun doit faire son compte avec lui-même, il y a pourtant dans la collectivité quelque chose de moral, qui réside dans une manière de vivre et dans des modes de sensibilité, et à quoi aucun individu ne peut se dérober complètement. Ces éléments ont aussi une grande importance politique. C'est là que s'offre une chance d'amélioration future, dont il dépend de nous de tirer parti. »⁴

³ *Ibidem*, p.47

⁴ *Ibid.* p.87

Ainsi, on peut effectivement penser une responsabilité collective du peuple allemand, pour Jaspers, qui n'est pas directement une responsabilité pour les crimes commis en tant que tels, mais une responsabilité pour avoir rendu possible – politiquement et culturellement – que s'installe au pouvoir un régime à la politique agressive au niveau international et indéniablement criminelle.

Cette culpabilité collective se traduit donc à bon droit pour Jaspers par une responsabilité collective. Le peuple allemand doit réparer, sa purification l'exige. Ceci se traduit concrètement par l'acceptation intérieure des travaux imposés, qui cumulés avec les privations quotidiennes, doivent servir à financer les reconstructions de ce qui a été détruit par l'Allemagne dans les autres pays. Au niveau individuel, la nécessité de réparer exige une sollicitude particulière envers les victimes directes du régime hitlérien, sollicitude qui ne doit pas seulement se considérer comme une main tendue vers la souffrance, mais bien s'assumer comme devoir particulier envers des personnes qui ont souffert des conséquences des choix politiques faits. La reconnaissance morale de sa propre culpabilité doit maintenir ouverte cette distinction, sans effectuer un nivellement des détresses qui permettrait de la masquer. Dès lors, si la volonté de réparer est sincère, doit s'ensuivre pour Jaspers une réflexion métaphysique et une refonte même de l'être. En ce sens, le peuple allemand doit, pour expier, assumer collectivement sa responsabilité métaphysique.

Cependant, si Jaspers admet une responsabilité politique collective du peuple allemand, son analyse prête-t-elle le flanc à cet argument de Feinberg, voulant qu'un peuple entier aurait pu faire barrage aux exactions d'un régime installé ? Sommes-nous fondés à admettre, en plus de la responsabilité politique, une responsabilité collective du peuple allemand pour n'avoir pas défait le régime hitlérien ?

La pensée de Jaspers nous semble à ce niveau plus réaliste que celle de Feinberg. Penser qu'un grand nombre de personnes peut agir là où une seule ne le peut pas est valable dans les expériences de pensées, mais c'est faire abstraction des conditions de possibilités réelles de l'action. Si Jaspers arrive à une conclusion différente de celle de Feinberg, c'est bien parce qu'il replace l'analyse de la culpabilité du peuple allemand dans la perspective historique et politique de l'époque : « l'Allemagne, sous le régime nazi, était un pénitencier. La culpabilité qui découle du fait de s'y être laissé enfermer est de nature politique. Mais, les portes du

pénitenciers une fois fermées, on ne pouvait plus les faire sauter du dedans »⁵. Jaspers rappelle à ce titre que les actes de résistance de grande ampleur nécessitent une organisation, laquelle demande des chefs. Il peut bien éclater des actes de rébellions sporadiques – souvent soldés par le sacrifice inutile de ceux qui se dressent contre l’oppression – mais l’existence même d’un régime de terreur rend impossibles, pour Jaspers, les opérations d’ampleur, du moins d’ampleur suffisante pour faire tomber le régime.

Dès lors, on peut bien brandir l’exemple du Danemark pour fustiger un peu plus le peuple allemand de ne pas s’être dressé contre le régime. Mais ce serait, là encore, aplanir les distinctions contextuelles. La différence n’est pas non plus à chercher dans ce qui serait une culture danoise façonnée par l’histoire d’une autre manière que la culture allemande, et qui aurait rendu impossible au Danemark ce qui fut possible en Allemagne. C’est pourtant bien ce que laisse entendre Jaspers lui-même lorsqu’il évoque une culpabilité découlant « de la continuité de la tradition », laquelle tradition « cache quelque chose de puissant, de menaçant, qui tend à détruire notre vie morale »⁶ et qui le pousse à conclure que « nous devons assumer la culpabilité de nos pères »⁷. Tout se passe comme si Jaspers unifiait ici deux ordres devant pourtant être séparés. S’il y avait vraiment quelque chose de mortifère dans l’âme allemande dont ses contemporains auraient hérité, ceci devrait plutôt, au regard de la culpabilité collective, être un élément atténuant. La responsabilité pour les pères dont parle Jaspers est plutôt celle qui résulte du sentiment de celui qui se sent responsable pour les erreurs commises par ceux avec qui il a un lien affectif fort, mais elle ne doit pas être confondue avec la culpabilité politique, qui ne peut être que contemporaine. L’explication des circonstances peut bien remonter l’histoire, l’attribution des culpabilités ne le peut pas. S’il y avait vraiment dans la mentalité allemande une composante menaçante portée par la tradition – ce qui reste encore à prouver – cela devrait plutôt être un élément de plus expliquant la difficulté de ceux qui en ont hérité à s’en extirper.

Ce qui distingue les cas du Danemark et de l’Allemagne est plutôt à chercher dans le contexte. La grande différence, peut-être, qu’on peut soulever entre les deux situations, est qu’au Danemark, l’armée du Reich était une présence occupante. Il n’y a pas eu la même gangrène des structures et des institutions que celle qui a pesé sur le peuple allemand. Par exemple, la famille royale danoise n’a jamais caché son opposition à Hitler ; lorsque le Reich

⁵ *Ibid.* p.92

⁶ *Ibid.* p.88

⁷ *Ibid.*

s'est fait plus pressant, le gouvernement danois démissionna en protestation ; et lorsque la Gestapo ordonna la déportation des juifs du Danemark, la police danoise refusa d'y prêter main forte. Certes, la famille royale, le gouvernement et la police sont bien constitués d'hommes, qui ont pris des décisions et en ont assumé les risques. Mais que ces décisions aient émané de personnes publiques et de celles qui avaient une forme de pouvoir fait toute la différence quant à la latitude de résistance dont le peuple dispose. Lorsque un désaccord survient entre les puissants d'une nation et ses occupants, une brèche est ouverte. Le fait que cette ouverture soit rendue possible ne retire rien au courage exemplaire de milliers de danois qui s'y sont engouffrés, mais elle nous permet de rappeler que cette latitude de résistance, le peuple allemand ne l'a pas eue.

La responsabilité collective d'un peuple pour ne pas s'être lié et dressé devant l'ennemi demande à être pensée en référence aux réalités du contexte. L'implication des civils, en tant que collectif impliqué dans les crimes commis par ses ressortissants, est loin d'être un phénomène homogène. En effet, il ne s'agissait pas, pour le peuple allemand pris en général, d'appuyer la victoire de son pays comme ce peut être le cas pour n'importe quel peuple pris dans une guerre. Nombre d'Allemands, loin de souhaiter la victoire du Reich, en subissaient la domination. Le cercle le plus large d'appartenance des soldats se fissure dans un tel contexte. Ce cercle était fondé sur le fait que, en appuyant le front, en faisant tourner l'économie interne, les civils participent à l'effort de guerre. La cohésion de ce collectif pouvait également se lire dans la volonté des civils d'appuyer la victoire de leur camp. Mais à partir du moment où cette volonté des civils ne se retrouve plus, à partir du moment où eux-mêmes subissent l'oppression, le cercle le plus large s'effondre comme collectif d'appartenance des combattants. Dès lors qu'un peuple est dominé par un belligérant, il bascule dans l'altérité et ne peut plus en être solidaire. Ceci n'efface pas la question de la responsabilité pour non-intervention, mais du moins cela efface celle de la responsabilité collective fondée sur une communauté d'intérêts, question que nous suivions dans cette section.

Bilan

Ainsi, on peut bien penser une responsabilité morale collective de l'armée pour les crimes commis par des soldats. Toutefois, il n'en est pas de même dès lors que les affrontements

n'impliquent pas des armées constituées. L'absence de cohésion directe, « d'esprit de corps » pour reprendre l'expression de Cooper, dissout le collectif en tant que collectif. Ceci est valable pour les cas de guerre opposant des belligérants disparates comme dans le cas des guerres civiles. Mais ceci est également valable dès lors qu'une forme de rupture peut se lire au sein d'un belligérant entre personnes impliquées dans les combats et celles qui, tout en appartenant à la même nation, en sont devenues elles aussi les victimes. Dès lors, deux éléments sont à prendre en considération lorsqu'on souhaite examiner les responsabilités collectives liées à un crime de guerre. Le premier est de se demander jusqu'où s'étendent les collectifs d'appartenance des criminels : est-ce que les combattants forment un collectif cohérent ? Comment considérer les civils ? Pour répondre à ces questions, une étude contextuelle est nécessaire. Le second élément est de se demander, une fois identifiés les collectifs pertinents, quel degré de cohésion ils ont avec les soldats ayant commis des crimes de guerre. Si ces derniers sont pris dans une structure opératoire forte, voulue et organisée par une instance supérieure, alors on peut penser à bon droit une responsabilité morale collective de cette instance. Si au contraire, on ne peut identifier une telle structure, si par exemple les civils ne font pas corps avec les belligérants, alors la question de la responsabilité morale collective devient moins pertinente.

II - Responsabilités impliquées par la signification des crimes

Ainsi, l'examen des collectifs impliqués dans la guerre s'est montré pertinent pour penser les responsabilités liées aux crimes de guerre. Le renvoi au contexte était justifié par le concept même de crime de guerre, nécessitant un lien avec une guerre. Mais ce ne sont pas là les seules responsabilités pouvant être pensées. Nous l'avons vu, un des éléments importants des crimes de guerre est qu'ils « servent la guerre ». Cette précision n'est pas tant matérielle que conceptuelle. En effet, une fois admis que le crime est en liaison avec la guerre et qu'il est commis par un soldat d'un camp sur l'un ou les membres du camp opposé, alors il est toujours possible de considérer que ces crimes servent la guerre, minimalement en affaiblissant le moral de l'ennemi. Il ne s'agit donc pas ici d'un critère supplémentaire destiné à ouvrir ou à préciser le champ des actes admissibles comme crimes de guerre. Il faut y voir au contraire une précision conceptuelle permettant de souligner un des fondements de la responsabilité liée à la commission des crimes.

En effet, la responsabilité n'est pas uniquement à penser selon les schèmes de la causalité. Il ne s'agit pas uniquement de déterminer à qui imputer une série d'actions ou d'omissions contributoires. C'est un aspect important de la théorie de la responsabilité, ce n'est pas le seul. Il existe un autre type de responsabilité, basé sur le profit. Nous en avons un exemple, dans le droit civil français, par le glissement qui s'est opéré d'une responsabilité fondée sur la faute, vers une responsabilité fondée sur le risque.

Historiquement, la théorie du risque est une réponse aux problèmes engendrés par la révolution industrielle. Que pouvait devenir un employé blessé par une machine ? Lorsqu'on reconnaissait une volonté de ne pas laisser une personne sans ressources, on se heurtait à la difficulté d'identifier un auteur de la faute qui s'en serait rendu responsable, voire de prouver qu'il y avait bien eu faute. Il fut alors décidé que ce serait à l'employeur de verser à l'employé une somme lui permettant de n'être pas condamné à l'indigence. Ce sont là les premières pierres de la responsabilité fondée sur le risque : parce que l'employeur, en introduisant des machines dans son entreprise, y a conjointement introduit un risque potentiel pour ses employés, c'est à lui de supporter les réparations dues aux dommages qu'elles peuvent causer. La théorie du risque peut donc s'énoncer comme le fait que toute activité créant un risque pour autrui rend celui qui l'instaure et en profite responsable des dommages qu'elle peut causer. La notion de profit est centrale ici, car ce n'est pas seulement le fait de faire prendre un risque qui fonde cette responsabilité, mais bien l'avantage qu'on en tire. Le fondement de la responsabilité doit donc être pensé selon la bipolarité risque – profit.

Cette bipolarité semble tout à fait correspondre à ce qui se joue dans les crimes de guerre. D'une part, la guerre est une activité risquée, y compris moralement comme nous l'avons établis plus haut. D'autre part, la notion de crime de guerre suppose que les crimes commis soient au bénéfice du belligérant auquel on appartient. Nous reconnaissons bien là les fondements de ce qui serait l'équivalent au niveau moral d'une responsabilité fondée sur le risque. Nous sommes donc autorisés à penser une responsabilité de la part de ceux qui décident la guerre pour les crimes de guerres commis. Nul besoin, dès lors, d'identifier une quelconque faute de la part des décideurs, ni même de la part des soldats. Par conséquent, l'argument voulant que les crimes de guerre, comme fausses notes dans le système militaire, doivent être renvoyés uniquement à ceux qui l'ont commis ne peut être admis ici. Parce qu'elle tire profit de l'activité de soldats, l'armée – et plus largement le gouvernement – peut être considérée comme moralement responsable de tous les actes commis par les recrues en leur qualité de soldat.

Bilan

Le passage par les modèles de la responsabilité morale collective nous propose bien des modèles éclairants pour penser les responsabilités liées aux crimes de guerre qui ne seraient pas apparues aussi clairement si nous en étions restés à l'analyse individuelle des actes. Au niveau de la description des crimes, le point de vue collectiviste nous permet d'envisager les participations de manière plus large, en remettant en perspective le rôle de chacun. Ceci nous fournissait des cadres pour décrire adéquatement le rôle réel de chacun dans la commission des crimes. De plus, le point de vue collectiviste tel que proposé par Margaret Gilbert ou John Searle, en rapportant l'existence du collectif au critère de l'intention collective, nous permettait de proposer des critères de délimitation des collectifs impliqués. Ainsi, la description des crimes impliquant plusieurs personnes semblait gagner en clarté à la fois au niveau de l'*actus reus* et au niveau de la *mens rea*.

Le second apport des théories morales de la responsabilité collective renvoie aux responsabilités morales des collectifs liés aux soldats qui commettent des crimes. Sur ce chapitre, les positions de Feinberg et de Jaspers nous ont permis d'avancer que penser de telles responsabilités était bien pertinent, mais qu'elles nécessitait l'examen préalable du contexte et des collectifs en présence.

Enfin, le principe de la responsabilité fondée sur le risque autorise à penser une responsabilité morale collective de tous ceux qui tirent profit de l'activité des soldats, soit l'armée comme cause immédiate et la nation comme cause prochaine.

Nous avons vu dans ce chapitre la question des responsabilités liées aux crimes de guerre sous l'angle de la responsabilité collective. Nous allons maintenant aborder cette question sous l'angle des responsabilités pouvant être remises en cause : celle des crimes auxquels on est indirectement lié.

L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser les limites des responsabilités mises en jeu par les crimes de guerre

Nous venons de poser la question de la responsabilité liée à des actes que nous n'avons pas empêchés. À mesure que le lien entre le crime de guerre et celui dont on interroge la responsabilité se fait plus distant, les fondements de la responsabilité sont de moins en moins assurés. Vient alors le moment où nous ne sommes plus sûrs d'être autorisés à poser des responsabilités. Or, non seulement une compréhension de ces limites est nécessaire à une étude théorique de la notion de responsabilité, mais surtout, elle est indispensable à tout exercice de la justice. L'examen plus approfondi des limites de la responsabilité pour crimes de guerre sera ainsi l'objet de ce troisième chapitre.

Deux cas sont importants à soulever dans cette question : celui de la non-intervention des témoins passifs - individus, collectivités ou États – qui fera l'objet de notre première section, et celui des dommages collatéraux, qui fera l'objet de notre deuxième section. Enfin, dans une troisième section, nous verrons si certaines théories morales de la responsabilité pourraient ou non être en mesure d'apporter un jour nouveau sur ces questions.

Peut-on fonder une responsabilité pour ne pas être intervenu face à un crime de guerre ?

Nous avons dégagé, lors du chapitre précédent, des cercles d'implication de plus en plus larges. La question de la responsabilité peut se poser pour chacun d'eux : les militaires au premier chef, puis le personnel militaire non-combattant, les civils qui participent de manière directe en s'engageant dans la résistance ou de manière indirecte en soutenant l'économie et les forces de production, et enfin tous ceux qui se tiennent à l'écart des hostilités sans soutenir un belligérant ni collaborer avec ses adversaires. C'est ce dernier cercle d'implication qui pose la question des limites de la responsabilité. En effet, se tenir à l'écart d'une situation peut sembler indiquer, à première vue, une absence de responsabilité : on ne peut nous demander raison pour des faits où nous n'avons aucune part. Et pourtant, dans quelle mesure est-il acceptable d'adopter une position neutre lorsque ce sont des crimes de guerre qui sont commis ? La responsabilité des témoins passifs – individus, collectivités ou États - peut-elle et doit-elle être mise en cause ?

Si Karl Jaspers met en question la responsabilité du peuple allemand pour n'avoir pas défait le régime nazi, c'est en partie parce que cette mise en question constitue une suite légitime de la responsabilité politique d'avoir élu Hitler. Ce faisant, Jaspers soulève la question du devoir d'intervention et des fondations de ce devoir. Par suite se trouve également soulevé son corollaire : la responsabilité pour non-intervention. Ainsi, on peut avec Jaspers avancer que le peuple allemand avait le devoir de se dresser devant le régime hitlérien, et fonder ce devoir sur la responsabilité politique d'avoir rendu possible son ascension. Cependant, si l'on voulait

soutenir que le peuple allemand avait un devoir de combattre le régime hitlérien et de se porter au secours des juifs, des tziganes, des homosexuels ou encore des opposants politiques au régime, est-il le seul, voire le premier auquel cette exigence s'appliquerait ? Nous avons vu que le peuple allemand, peut-être moins que tout autre en raison du piège totalitaire dans lequel il s'était fait enfermer, était en mesure d'arrêter la machine nazie. Était-ce alors vraiment au peuple allemand, démuni, terrifié, désarmé, de faire tomber le Reich ? Comment considérer, sous ce point de vue, la position de tous les pays qui avaient les moyens diplomatiques et au besoin la force militaire pour intervenir, se dresser devant le régime et se porter au secours de milliers de personnes, et qui ne l'ont pas fait ?

La question de la responsabilité pour non-intervention est d'autant plus intéressante à observer d'un point de vue moral, qu'elle ne bénéficie pas d'une situation claire sur le plan juridique. En effet, sur le plan juridique, nous pouvons lire une tension entre, d'une part, l'obligation qui est faite aux États de respecter la souveraineté des autres États reconnue par le traité de Westphalie de 1648, et d'autre part, la disposition du droit international humanitaire sur laquelle les États non seulement s'engagent à respecter ce droit, mais aussi à *le faire respecter*¹. Ainsi, nous avons d'un côté l'idée que toute ingérence d'un État dans les affaires d'un autre État souverain est illégale (pour intervenir légalement aujourd'hui il faudrait que l'État agisse sur mandat des Nations Unies suite à un vote du Conseil de sécurité), et de l'autre côté, l'obligation, valable pour tous les États parties aux traités du droit international humanitaire, d'agir contre les violations commises. La difficulté est donc de concilier à la fois cette injonction à l'intervention, tout en restant dans le cadre du droit de la responsabilité des États. À ce niveau, les limites de ce qui est autorisé ne sont pas claires, ni au niveau des moyens tolérables, ni au niveau de l'organisation de la réponse. Par exemple, les États sont-ils tenus d'agir de conserve ou peuvent-ils agir individuellement ? La réponse des textes² ne permet pas de dégager avec certitude une ligne de conduite. C'est pourquoi, le flottement juridique rend l'examen de la question de l'intervention particulièrement pertinente, puisque toute position cohérente et argumentée sur des bases morales devient dès lors susceptible de venir inspirer ou justifier un cas pratique.

¹ Art.1 commun aux quatre Conventions de Genève de 1948 et au Protocole Additionnel I de 1977

² Par exemple, on lit à l'article 89 du Protocole Additionnel I des Conventions de Genève, que les États doivent : «agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies. »

Nous allons tenter de démêler ces difficultés et d'esquisser des limites à l'imputabilité des crimes de guerre. Pour ce faire, nous commencerons par exposer les conditions de l'intervention, puis nous examinerons les débats attachés à cette question, notamment ceux qui s'arrêtent sur la notion d'intervention humanitaire, enfin nous tenterons de dégager les implications de ces différents points de vue en ce qui concerne la lecture des responsabilités et de leurs limites.

I - Les conditions de l'intervention

Pour commencer à cerner les conditions de l'intervention, il convient de préciser la notion même d'intervention. Dans son sens le plus large, intervenir, c'est se poser en tiers dans une situation impliquant plusieurs parties afin de tenter de modifier l'état initial. Il ne s'agit pas seulement d'interférer – s'introduire dans une relation et y produire des effets - mais vraiment de s'interposer intentionnellement, par la force ou par tout autre moyen susceptible de conduire la situation dans une direction recherchée.

Lorsqu'on envisage l'intervention sous l'angle du crime de guerre, il s'agit d'agir d'une quelconque manière pour empêcher la commission du crime. Par exemple, on peut dire qu'interviennent l'homme seul qui aide un prisonnier allant subir la torture à s'échapper, l'ONG qui ravitaille des réfugiés laissés sans soin malgré les injonctions du droit international, les journalistes qui tentent de faire pression sur l'opinion internationale pour dénoncer la réouverture de camps de concentration, l'État qui use de son pouvoir diplomatique voire de sa force militaire pour faire cesser des abus, et bien d'autres exemples encore. Chaque intervention est réalisée en vue d'empêcher, ou à tout le moins de limiter la commission de crimes de guerre. Même si dans les faits de telles interventions ne sont pas toujours couronnées de succès, au moins quelque chose a été tenté. Et c'est bien ce qui justifie que la non-intervention pose la question de la responsabilité, car ne pas intervenir, ce n'est pas tant échouer à faire cesser des crimes que ne rien tenter pour les contenir. Si responsabilité il y a liée à la non-intervention, elle se situe dans l'absence, dans l'omission de ce qui aurait été possible, voire attendu.

Mais qu'est-ce qui est attendu ? Et avec quelle exigence une réaction est-elle attendue ? Nous allons commencer par nous interroger sur ce qui est attendu des différents acteurs, notamment en fonction de leur pouvoir. Puis nous interrogerons l'aspect le plus problématique de l'intervention : l'intervention humanitaire appuyée par la force.

I.1- Le sujet de l'intervention : une question de pouvoirs

Intervenir, c'est donc tenter quelque chose pour modifier une situation. Le premier critère pour évaluer une intervention ou pour déterminer ce qui aurait pu être attendu de la part d'une puissance est celui de l'adéquation de sa force avec ce qu'elle tente. Il ne s'agit pas pour nous de conclure sans autre forme de procès que toute puissance est tenue de faire tout ce qui est en son pouvoir – cette question demande l'examen de bien d'autres éléments, ce que nous examinerons par la suite – il s'agit plutôt de manière négative d'écarter des exigences, et donc de la question de la responsabilité, tout ce qui dépasse manifestement le pouvoir de l'agent. Par exemple, il serait incohérent de demander à un homme seul de se dresser devant un régime tyrannique, pareille tentative se solderait probablement par un échec et des poursuites. La réussite n'est pas impossible, si l'une des tentatives d'assassinat contre Saddam Hussein avait réussi, le peuple irakien aurait peut-être eu l'occasion de remplacer un régime tyrannique par un régime démocratique. Cependant, l'efficacité de l'opération est si aléatoire et si dangereuse pour celui qui l'entreprend qu'on ne peut considérer raisonnablement qu'il est du pouvoir de chaque personne de se dresser devant un régime. Intervenir dans ces conditions relève le plus souvent du sacrifice et il serait absurde de demander raison à chaque personne de sa non-intervention.

Certes, il est toujours possible de considérer qu'il existe d'autres formes d'intervention que la force, on a vu des situations retournées et des crimes empêchés par la force de persuasion d'une seule personne. L'image de cet étudiant chinois arrêtant à lui seul toute une file de char sur la place Tien'anmen en 1989 a fait le tour du monde. Les positions prônées par Gandhi ou Martin Luther King sont encore des exemples de résistances non-violentes menées sous l'impulsion d'un homme seul, qui a su convaincre d'autres personnes d'agir à ses côtés. On ne peut donc soutenir, à l'inverse, qu'une personne seule soit incapable de faire quoi que ce soit pour empêcher la commission de crimes. Cette possibilité existe toujours. Cependant, agir ainsi demande une personnalité hors du commun (tous ne possèdent pas une telle force de persuasion) et une prise de risque telle que l'intervention par d'autres voies que la force ne peut non plus être raisonnablement attendue de chaque personne par principe (rappelons que l'étudiant de Tien'anmen, dont le gouvernement chinois a tu le nom et le destin est, selon les tentatives de reconstitution, mort sous la torture une semaine plus tard ; Gandhi fut assassiné en 1948 ; Martin Luther King vingt ans plus tard...).

Par contre, cela signifie à l'inverse que toute personne, même seule, dont l'intervention peut raisonnablement modifier une situation dans laquelle un crime est commis, peut être mise en

question si elle ne le fait pas. Ainsi, un gradé qui verrait ses hommes se livrer spontanément au pillage sans même leur donner l'ordre de cesser, pourrait bien être mis en question pour ce geste. Si on peut établir qu'il existe une responsabilité pour non-intervention, le fait d'être seul ne sera pas, par principe, un élément déresponsabilisant. Ce qui sera déresponsabilisant par contre, c'est la démesure entre les moyens à la disposition de l'agent et l'action qu'on lui reproche de ne pas avoir tenté d'empêcher. Là où l'agent n'avait raisonnablement pas le pouvoir d'empêcher la commission d'un crime de guerre, sa responsabilité ne saurait être mise en cause. Par conséquent, la question de la responsabilité pour non-intervention se joue dans le cadre d'un rapport entre moyens nécessaires pour empêcher un crime et moyens disponibles à l'agent.

Parallèlement, ce critère de l'adéquation du pouvoir et de l'efficacité de ce qui est tenté pour limiter la commission de crime nous permet également de refuser de nous satisfaire de certaines pseudo-tentatives d'interventions, manifestement insuffisantes compte tenu de la puissance de l'agent. Ainsi, un État qui aurait le pouvoir diplomatique de peser sur des parties d'un conflit commettant des crimes de guerre, voire qui aurait les moyens militaires de faire cesser rapidement tout abus et qui, à la place, se contenterait de lancer un appel au calme, ne pourrait légitimement se prévaloir sur la scène internationale d'une intervention. Parce qu'il peut bien plus et parce que cet appel au calme ne sera probablement d'aucune efficacité, on ne peut admettre ceci comme réelle tentative d'intervention. Par conséquent, n'importe quelle action n'est pas de nature, pour un agent, à valoir comme authentique tentative d'intervention et par suite à suspendre toute mise en cause de sa responsabilité. Encore une fois, il s'agit d'un *ratio* entre le pouvoir et les moyens employés. L'appel au calme, par exemple, n'est pas à ranger par nature dans les moyens insuffisants d'intervention. Lors d'une guerre de religion, par exemple, l'appel au calme des chefs religieux pourrait être efficace, et ce serait aussi l'arme la plus efficace dont pourraient disposer des pères spirituels désarmés. L'appel au calme dans ce cas-ci prendrait donc bien la mesure de la situation et des capacités d'intervention des acteurs.

Dès lors, le premier critère de la mise en cause, donc le premier pas vers une reconnaissance de responsabilité, réside dans le pouvoir de l'agent : est-ce que cette personne seule avait ou non le pouvoir d'interférer dans telle situation ? Est-ce que cette ONG avait ou non le pouvoir de se faire entendre ? Est-ce que tel petit État avait ou non une force militaire suffisante pour intervenir et avait-il voix au chapitre sur la scène internationale ? Ce premier critère, celui du

pouvoir, n'est bien sûr pas suffisant pour dégager des responsabilités et conclure à l'inverse que tout agent qui en a le pouvoir doit intervenir. L'établissement des responsabilités nécessite bien d'autres critères et soulève bien d'autres questions. Cependant, il permet de poser une première limite à la recherche des responsabilités pour non-intervention, que nous pourrions énoncer ainsi : tout témoin ne peut indifféremment être mis en question lorsqu'un crime de guerre est commis, sont écartés tous ceux qui, *ratio* fait du crime et de leur pouvoir propre, étaient dans l'incapacité d'empêcher – directement ou indirectement – la commission du crime sans prendre pour eux-mêmes des risques démesurés.

I.2 - Un sujet prioritaire à l'intervention ?

Faut-il pour autant conclure qu'il y aurait une « échelle des sujets adéquats » à l'intervention ? En effet, il semble aisé de glisser de l'idée que chacun peut (ou doit) intervenir en fonction de son pouvoir, à l'idée que celui qui a le plus de pouvoir est le sujet prioritaire de l'intervention. Ainsi, était-ce en premier lieu au peuple allemand, désarmé, démuni, terrifié de se dresser devant le régime hitlérien ? N'était-ce pas d'abord à toutes les puissances qui avaient le pouvoir diplomatique de faire pression sur l'Allemagne et la force militaire nécessaire pour faire cesser le martyr juif ? Un peuple, *a fortiori* subissant lui-même la domination tyrannique, n'est sûrement pas le mieux placé pour faire tomber le régime qui l'opprime. Si l'on admet qu'on est tenu d'intervenir en fonction de son pouvoir, alors les acteurs les plus puissants devraient être les premiers auxquels s'adresse cette injonction. Par conséquent, ils devraient être les premiers à être mis en cause si l'on accepte qu'il y ait responsabilité pour non-intervention. Faut-il alors conclure que, si injonction à intervenir il y a, elle s'adressait de manière proportionnelle aux États les plus forts sur la scène mondiale, soit, si l'on se réfère à la classification des puissances mondiales de 1938, date à laquelle ont commencé les déportations à l'intérieur de l'Allemagne : d'abord les États-Unis, puis l'Angleterre, ensuite l'URSS... Le devoir d'intervention serait alors, suivant cette optique, directement proportionnel à la puissance militaire et diplomatique d'un État, les plus puissants étant les premiers – mais pas les seuls – à être censés intervenir.

Jaspers soutient une autre position : il considère en effet que le devoir d'intervention est, en bonne partie, soutenu par la nature des relations entre États ; et que l'injonction d'intervention s'adresse en priorité aux États qui se trouvent avec celui où se commettent les exactions dans un rapport particulier. Par exemple, la France, l'Angleterre et les États-Unis, parce qu'elles

étaient les nations victorieuses de 1918, avaient une responsabilité. Ce sont elles qui avaient « la force d'intervenir pour empêcher un événement annonciateur de conséquences funestes »³. Parmi tous les États en mesure de se dresser devant le régime hitlérien, la France, l'Angleterre et les États-Unis étaient donc les premières desquelles on pouvait attendre une intervention. Un argument similaire est soutenu par Kok-Chor Tan, dans son article, «*The Duty to protect* »⁴: si l'on fonde un devoir général d'intervention (ce qu'il fait), alors ce devoir s'adresse en priorité aux États liés à ceux qui ont besoin d'assistance par différents liens : culturels, historiques, mais aussi devoir des anciennes puissances coloniales envers leurs anciennes colonies (devoir fondé sur un devoir de réparation)... Ce n'est pas le lien qui crée l'obligation pour Tan, mais si obligation il y a, on en identifie le sujet le plus adéquat d'après l'examen des liens qui unissent les États ou encore, comme Jaspers, en évaluant les forces des agents susceptibles d'intervenir (forces militaires, avantage géographique...).

Pouvons-nous admettre cette idée d'une priorité des sujets d'interventions ? Cette position nous semble problématique : si l'on parvient à fonder un devoir de principe d'intervention, alors, en tant que devoir, il s'adresse ou ne s'adresse pas à des catégories d'acteurs générales, indépendamment de leur culture, de leur histoire, bref de tout ce qui constitue leurs particularités propres. Un tel devoir s'adresse à nous ou ne s'adresse pas à nous de manière formelle, mais l'idée qu'un devoir puisse s'adresser à nous par ordre de priorité introduit un aspect « comparatif » qui fait entièrement dépendre l'attribution des devoirs du contingent et contredit la notion même de devoir. Il semble en effet curieux de dire qu'on a un devoir qui formellement passe avant ou après celui d'un homologue... Par contre, ce qui peut effectivement varier est le mode de mise en œuvre de ce devoir. Chaque entité devant intervenir peut par contre intervenir de la manière qui lui correspond le mieux. C'est le moyen de l'intervention et non l'ordre d'intervention qui sera bien proportionnel aux pouvoirs de chacun. Ainsi, tous les sujets possibles de ce devoir y seront soumis de la même manière, mais les différences de situations font que le devoir d'intervention de l'un passera par un appel au calme, celui de l'autre par un blocus économique, celui d'un troisième par une intervention armée. Ne seront alors exclus de l'exigence d'intervention que ceux dont la force

³ JASPERS, K., *La culpabilité allemande*, (trad. de l'allemand par J. Hersch), Paris, Éditions de Minuit, 1990 (1948), p.98

⁴ TAN, K-C., « The Duty to Protect », in. *Humanitarian Intervention*, (T.NARDIN & M.WILLIAMS), Nomos XLVII, New-York, New-York University Press, 2006, p.84-116

était si inférieure à celle du criminel, que l'intervention aurait entraîné pour eux, selon toute vraisemblance, une prise de risque trop importante pour qu'on puisse l'exiger.

Nous avons commencé à circonscrire les sujets possibles de la responsabilité pour non-intervention, il nous faut maintenant tester la réalité de cette responsabilité, en fondant l'exigence d'intervention qui est son corollaire.

II - Pouvons-nous fonder un devoir d'intervention ?

On l'a esquissé, d'un point de vue juridique, il y a à la fois l'obligation de respecter la souveraineté des États et à la fois celle de faire respecter le droit international humanitaire aux États parties aux traités. D'un point de vue moral, on peut également considérer des arguments en faveur du devoir d'intervention et d'autres en faveur du devoir de non-intervention. Globalement, les arguments en faveur de l'intervention sont des arguments humanitaires : il s'agit de se porter au secours d'individus opprimés en leurs propres frontières ; les arguments en faveur de la non-intervention, outre les arguments pacifistes et ceux refusant la légitime défense pour autrui, se fondent sur la nécessité de respecter la souveraineté des États, respect qui se trouve garant de l'égalité formelle des États et par là de leur indépendance. Toute ingérence, soit toute intervention dans les affaires internes d'un autre État, contredit ce principe et menace l'équilibre structurel mondial. Par conséquent, la question de l'intervention dans les affaires d'un État pour des raisons humanitaires, génère des tensions. Nous allons maintenant examiner différentes tentatives de résolution de cette tension en examinant les arguments d'un auteur qui refuse le devoir d'intervention : Kant, puis les arguments de plusieurs auteurs qui fondent un devoir d'intervention, et ce, de diverses manières et avec plus ou moins de force.

II.1 - Kant : un Devoir de non-intervention

À première vue, la question du droit d'intervention chez Kant peut être rapidement comprise, il suffit de se rapporter à l'article V du *Projet de paix perpétuel* signifiant que « aucun État ne

doit s'ingérer de force dans la constitution, ni dans le gouvernement d'un autre État »⁵. L'affirmation semble claire, d'autant que Kant précise qu'il s'agit là d'un devoir strict, d'application « prompte et absolue »⁶. Cependant, si l'affirmation est claire, elle n'est que peu développée dans le *Projet de paix perpétuelle*. Pour mieux saisir les fondements du devoir de non-intervention chez Kant, il nous faut nous tourner vers le reste du corpus, notamment vers la *Métaphysique des mœurs*, que nous allons examiner de plus près :

L'entrée dans la question de l'intervention peut se faire par l'examen du droit à résister pour soi-même à l'oppression. La première pierre de notre enquête peut ainsi nous être apportée par le traitement kantien du droit de rébellion :

« Dans un État, le souverain a envers les sujets exclusivement des droits et n'est soumis à aucun devoir (de contrainte). Bien plus, si l'organe du souverain, le *régent*, même s'il va jusqu'à détourner la loi, [...], le sujet peut bien déposer des *plaintes* contre cette injustice, mais il ne saurait opposer aucune résistance.

Certes, il ne peut même pas y avoir dans la constitution d'article qui, au cas où le chef suprême transgresserait les lois constitutionnelles, permette dans l'État de lui résister et par conséquent de lui imposer des limites. [...]

Il n'y a donc contre le souverain législateur de l'État aucune résistance légale du peuple, car ce n'est que par la soumission à sa volonté universellement législatrice qu'un état juridique est possible ; ainsi n'y a-t-il pas de droit de *sédition*, encore moins de droit de *rébellion*... »⁷

Le fondement du refus du droit de rébellion réside dans le fait qu'il serait absurde qu'une constitution intègre en son sein les conditions de sa mise en danger, ceci reviendrait à poser que la volonté du vivre-ensemble qui préside à la constitution serait susceptible de se nier elle-même pour revenir à l'état de nature. De plus, ceci signifierait que toute constitution imparfaite ou tout exercice imparfait du pouvoir serait de nature à remettre en cause la société dans sa globalité. Or, pour Kant, la perfection du pouvoir est bien ce vers quoi il doit tendre, mais comme vers un postulat dont on n'est jamais certain qu'il soit réalisé un jour ni qu'il puisse même être réalisé de fait. Ceci car non seulement des imperfections, des injustices sont logiques car les lois, par nature générales, ne peuvent s'adapter à toutes les situations, mais de

⁵ KANT, E., *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986, AK VIII, 346, p.337

⁶ *ibidem*, AK VIII, 347, p.338

⁷ KANT, E., *Métaphysique des mœurs*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986, AK VI, 319-320, p.585

plus, le cours de l'histoire peut parfois mettre un tyran à la tête de l'État. Cependant, quelle que soit l'origine de l'injustice, il ne s'agit là que d'un défaut de gouvernance contingent, qui ne justifie pas qu'on remette en cause les principes de la structure juridique. Tout ce que doivent faire les citoyens, c'est alors de supporter patiemment leur condition en attendant que le pouvoir se perfectionne. Dans cette logique, on ne peut non plus admettre, pour Kant, l'argument des révolutionnaires justifiant la rébellion par des bénéfices en termes de justice, car ceci reviendrait à dire qu'on est justifié à violer la loi lorsque les effets qu'on attend de cette violation sont justes. La justice visée n'est pas une excuse à l'injustice commise. Dès lors, ne pouvant être un droit juridique, la rébellion ne peut non plus être un droit moral, chaque sujet de droit étant obligé, moralement et légalement, à l'obéissance. Par conséquent, si j'appartiens à une minorité opprimée, je suis bien tenu de subir cette injustice.

Mais si les citoyens n'ont pas le droit de se défendre, quel droit auraient-ils à être défendus ? À l'intérieur de l'État, aucune aide n'est à attendre. En effet, tout citoyen qui ne serait pas lui-même opprimé mais qui se porterait au secours de ses concitoyens ou qui simplement refuserait d'obéir à un ordre moralement inacceptable pourrait bien, en faisant cela, obéir à un devoir moral d'assistance à autrui, mais se rendrait du même coup coupable de résistance au regard de la loi et devrait très justement en être puni.

Est-ce qu'alors les citoyens opprimés seraient en droit d'attendre du secours de la part des autres États ? Dans la mesure où les États sont entre eux dans un rapport non juridique, il n'y a pas de violation de la loi si l'un d'eux se porte aux secours des citoyens d'un autre. En cet état de nature, aucun droit légal ne les empêche de se faire la guerre. Nous pourrions alors conclure, à cette étape, que la pensée de Kant n'interdit pas l'intervention humanitaire. Ce serait cependant aller trop vite, car Kant reconnaît également que cet état d'hostilité entre les États est un état injuste, dont ils doivent sortir :

« Un État, considéré comme personne morale se trouvant par rapport à un autre en état de liberté naturelle, par suite aussi en état de guerre permanente, prend à tâche d'une part le droit à la guerre, d'autre part le droit d'être *en* guerre, puis le droit de contrainte réciproque en vue de sortir de l'état de guerre, par conséquent d'instaurer une constitution fondant une paix durable. »⁸

Ainsi, de la même manière que chaque gouvernement doit tendre vers l'Idée de justice, les États doivent chacun et tous ensemble, tendre vers l'Idée d'un état de paix perpétuelle. Cette

⁸ *ibidem*, par. 53, AK, VI, 343, p.615

fin, qui est d'abord en soi une fin de la nature, devient un horizon pour l'État, en tant qu'agent rationnel : « quand bien même [...] mettre fin à la guerre [...] demeurerait à jamais un vœu pieux, ce ne serait certainement pas nous tromper que d'adopter la maxime d'y travailler sans relâche, car cette maxime est un devoir »⁹. Par conséquent, il est du devoir de chaque État de travailler à la paix, injonction qui contient le principe de limiter les guerres au maximum. Ceci signifie entre autres choses que les États doivent passer entre eux un contrat afin de limiter le recours à la force. Par exemple, ils doivent s'engager « à ne pas s'immiscer réciproquement dans leurs dissensions intestines respectives, mais à se protéger toutefois mutuellement contre les attaques extérieures »¹⁰. Le recours à la force n'est donc acceptable que lorsqu'il permet de faire barrage à des États menaçants.

Ainsi, pour Kant, intervenir dans les affaires d'un État revient d'abord à engendrer volontairement un conflit alors que cet État ne nous menace en rien, et par conséquent cela revient à aller contre le devoir moral de travailler pour la paix.

Un autre argument peut être présenté à l'appui de la position kantienne du refus de l'intervention humanitaire. C'est qu'il considère qu'« aucune guerre entre États indépendants ne peut être une *guerre punitive*. En effet, il ne peut y avoir punition que dans la relation entre un supérieur et un subordonné, laquelle relation n'est pas celle des États entre eux »¹¹. Par conséquent, tous les États sont, en tant que personnes morales, des entités équivalentes. Aucune ne possède d'ascendant sur une autre de telle sorte qu'elle serait en droit de juger de son comportement – intérieur comme extérieur – et de la punir de ses prétendues « déviances ». Un État peut bien user de ses pouvoirs pour conserver le sien dans le cas où un « ennemi injuste »¹² l'aurait lésé (notamment dans les contrats commerciaux), c'est même un devoir dans la mesure où cet ennemi rend impossible par son exemple l'état de paix entre les peuples. Par contre, les affaires internes d'un État ne perturbent en rien la paix internationale. Celui qui viendrait juger un État pour des affaires qui ne concernent en rien leurs rapports réciproques et prétendrait le punir, se rendrait au contraire coupable moralement de mettre la paix internationale en péril.

⁹ par. 62, AK, VI, 354, p.629

¹⁰ par.54, AK, VI, 344, p.616

¹¹ par. 57, AK VI, 347, p.620

L'interdiction de la guerre punitive est encore affirmée en : *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986, AK VIII, 347, p.338

¹² par. 60, AK VI, 349, p.623

Une troisième voie d'explication peut être avancée contre l'intervention humanitaire chez Kant : c'est qu'en intervenant dans les affaires internes d'un État, un autre État (et ceci est valable finalement pour tout agent extérieur) viendrait perturber un ordre juridique établi, qui n'est certes pas parfait, mais qui reste la réalisation d'une volonté générale de vivre-ensemble inscrite dans une constitution et à ce titre légale. Intervenir est alors aller contre le droit, c'est ne plus respecter la nature même du droit. C'est alors se montrer injuste à trois niveaux : d'abord d'une manière générale en foulant au pied l'idée de droit et ce qu'elle exprime, c'est-à-dire finalement la liberté et la dignité humaine. Ensuite, d'un point de vue légal, c'est ne pas respecter telle constitution, laquelle n'a sûrement pas inclus la possibilité pour un agent extérieur de venir la perturber. Enfin, d'un point de vue moral, c'est proposer une maxime de son action ne pouvant être élevée au niveau universel : aucun être rationnel ne peut, dans la logique kantienne, admettre qu'un agent extérieur « anté juridique » vienne modifier un ordre juridique établi. Ce serait à la fois contraire à la légalité interne, au respect des libertés des États et à leur coexistence pacifique. Ce serait alors prendre le parti de la sauvagerie contre la civilisation.

Enfin, dans une perspective cosmologique, l'intervention humanitaire pose problème du point de vue même du peuple secouru. En effet, le problème est qu'intervenir dans les affaires d'un État revient à mettre son peuple sous tutelle, à l'empêcher de se développer par lui-même, de créer lui-même les conditions de l'amélioration de ses institutions. Intervenir dans les affaires d'un État souverain reviendrait pour un État à favoriser indûment un bienfait immédiat sur la possibilité de développement autonome d'un peuple. Ceci reviendrait à nier la liberté même du peuple qu'on souhaiterait assister : ce serait nier la réalité de son pacte social, nier sa liberté exprimée dans ses lois, nier sa capacité à progresser vers plus de justice. Apporter un soulagement momentané en venant forcer son gouvernement revient finalement à empêcher le peuple d'être sujet de sa propre histoire. Ce serait alors le nier en tant qu'être doué de raison et de liberté.

Quatre voies de justifications permettent donc d'appuyer le refus kantien de l'intervention humanitaire. Est-ce pour autant à dire qu'un État a le devoir d'ignorer toute oppression commise par un autre État sur sa propre population ? S'il faut bien considérer comme stricte la règle V du *Projet de paix perpétuelle*, un État n'est pas obligatoirement tenu à l'indifférence. Deux éléments avancés par Kant pourraient laisser aux États une marge de manœuvre pour peser sur le sort des opprimés. Tout d'abord, s'il n'est pas possible de renverser un souverain, ce souverain peut tout à fait renoncer de lui-même au pouvoir : « le

détrônement d'un monarque pouvant bien aussi être conçu comme abdication *volontaire* de la couronne et renonciation à son pouvoir avec restitution de celui-ci au peuple »¹³. Même s'il est peu probable qu'un tyran renonce au pouvoir, il est toujours possible d'essayer de le convaincre de rendre le pouvoir et de préparer son remplacement (car laisser un peuple en état d'anarchie serait le faire tomber en un état pire que l'oppression et aucun État ne doit l'encourager). Le second moyen pouvant être envisagé de manière juste par un État pour venir en aide aux citoyens d'un autre serait de favoriser les réformes internes en favorisant la rencontre du tyran avec les philosophes : « que les rois, ou les peuples rois [...] ne souffrent pas que la classe des philosophes soit réduite à disparaître ou à garder le silence, mais lui permettent au contraire de se faire entendre librement ; voilà ce qu'exige l'administration du gouvernement qui ne saurait s'entourer d'assez de lumières »¹⁴. En suggérant des pistes de réforme sans jamais rien imposer, un État peut ainsi œuvrer à l'amélioration du sort des opprimés. De plus, favoriser le progrès d'un peuple, ne pourra que porter la paix internationale dans la bonne direction. Il est donc tout à fait possible pour un État de respecter son devoir de ne pas intervenir de force dans les affaires internes d'un autre État, tout en se préoccupant du sort des opprimés, acte qui, en ne relevant pas de son devoir strict d'État, ne lui est cependant pas interdit comme acte de charité.

II.2 - Arguments en faveur de l'intervention humanitaire

Les auteurs qui acceptent, au contraire de Kant, l'intervention pour des raisons humanitaires sont de loin les plus nombreux ; et les argumentations sur lesquelles ils appuient leurs positions sont des plus variées. Nous allons nous arrêter ici sur quatre types d'argumentations différents. Tout d'abord nous verrons, à partir d'une reprise de la position thomiste par Joseph Boyle, que malgré ses caractéristiques d'agression, l'intervention humanitaire peut se trouver justifiée selon les critères de la guerre juste. Ensuite nous montrerons comment les pensées du contrat social font dépendre la résolution de la tension entre souveraineté et assistance de la force de la souveraineté elle-même. Puis, Grotius nous permettra de présenter de manière réaliste souveraineté et assistance comme deux forces en oppositions. Enfin, nous étudierons une position voulant qu'il y ait un devoir strict d'intervention : celle de Clara Bagnoli.

¹³ KANT, E., *Métaphysique des mœurs*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986, AK VI, 320, p.587

¹⁴ KANT, E., *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986, AK VI, 369, p.364

II.2.a - Joseph Boyle: l'intervention humanitaire est permise selon les critères de la guerre juste

Une des argumentations les plus souvent avancées pour contrecarrer l'exigence de respect de la souveraineté des États et autoriser l'intervention humanitaire est celle reposant sur la notion de guerre juste. C'est ce que fait notamment Joseph Boyle¹⁵. En partant des critères des guerres justes et des guerres injustes, Boyle fait remarquer que, parce qu'elle suppose la violation des frontières d'un État et n'est pas réalisée dans le cadre de la légitime défense, l'intervention humanitaire correspond bien à la définition de l'agression et à ce titre, doit être considérée comme une guerre injuste. Cependant, il est quand même possible de l'admettre comme guerre juste, à condition que l'intervention soit moralement justifiée. Pour ce faire, elle doit répondre à plusieurs exigences :

- que la violation des droits humains constitue la juste cause de l'intervention
- que l'État qui s'engage dans une intervention humanitaire le fasse avec une intention droite
- que la décision de l'intervention soit prise par une autorité légitime

Ainsi, un État ne peut décider de se livrer de manière juste à une intervention humanitaire que s'il le fait en vue de protéger, et dans l'intérêt de la paix. C'est l'intention juste qui fait la différence : si l'intervention est bien réalisée pour des raisons humanitaires, l'agression que constitue le non respect de la souveraineté se trouve justifiée. Si au contraire, l'intervention est un moyen pour cet État de poursuivre ses intérêts propres sous couvert d'humanitaire, alors cette intervention reste ce qu'elle est au départ : une agression. Dès lors, selon Boyle, les critères de la guerre juste sont bien susceptibles de nous fournir un critère de compréhension de l'intervention humanitaire et de déterminer quelles interventions sont moralement justifiées et lesquelles ne le sont pas.

Cependant, nous ne sommes pas persuadés, au vu de l'analyse proposée par Boyle, que la lecture de l'intervention humanitaire en termes de guerre juste soit la plus pertinente. En effet, défendre les droits humains bafoués est bien une cause susceptible de remettre en question la souveraineté d'un État, ce point peut bien s'accorder avec la théorie de la guerre juste. Il n'en est pas de même pour les deux autres critères soulevés par Boyle. En effet, il n'est pas évident que la décision de l'intervention ne puisse émaner que d'un commandement légitime. D'une

¹⁵ BOYLE, J., « Traditional Just War Theory and Humanitarian Intervention », in. *Humanitarian Intervention*, (T.NARDIN & M.WILLIAMS), Nomos XLVII, New-york, New-York University Press, 2006, p.31-57

part, d'autres acteurs sont susceptibles d'intervenir sans pour autant tomber dans l'injustice. Quand il s'agit de la défense des opprimés, on ne voit pas pourquoi d'autres puissances (ONG, journalistes, et pourquoi pas les populations voisines) ne seraient pas autorisées à intervenir. D'autre part, il n'est pas non plus évident que celui qui intervienne doive absolument être reconnu comme « juste » pour être autorisé à intervenir. En effet, nous pouvons aussi nous attacher aux effets de l'intervention et avancer que toute personne, seule ou en groupe, en groupe organisé ou non, est moralement justifiée à empêcher un crime si elle le peut, quand bien même ce groupe serait lui-même « injuste » ou à la tête d'une force armée non reconnue. Si, par exemple, la mafia ou encore Al Qaïda décidaient de mettre leurs ressources au service des victimes des massacres au Darfour, l'intervention n'en soulagerait pas moins leur sort et n'en serait pas moins une intervention humanitaire. De la même manière, le critère de l'intention droite pose problème. Car est-ce vraiment l'intention droite de celui qui intervient qui doit autoriser à dépasser le respect de la souveraineté d'un État ? N'est-ce pas plutôt les effets bénéfiques issus de cette intervention ? Ainsi, dans l'intervention humanitaire, l'enjeu n'est pas le même que dans celui de la guerre juste. Il s'agit dans la première de faire cesser des abus alors qu'il s'agit dans la seconde de juger moralement de la valeur de l'action de celui qui intervient. Et quelle est l'importance, du point de vue de l'opprimé, que celui qui lui porte secours le fasse pour des raisons d'intérêt personnel, du moment qu'il met fin à ses souffrances ? De la même manière qu'on place l'origine du droit humanitaire non dans les lois à *visées humanitaires* mais dans les premières coutumes à *effets humanitaires* (rappelons que l'interdiction de tuer les prisonniers avait au départ un intérêt stratégique et économique puisqu'ils pouvaient servir de monnaie d'échange), l'intervention devient « humanitaire » lorsque ses effets sont humanitaires, pas lorsque celui qui s'y livre le fait par « humanité ». Un sauvetage commis par un criminel ne cesse pas d'être un sauvetage pour cela. Le point de vue pertinent dans cette question est d'abord celui de l'intérêt de la victime.

Parce que les enjeux ne sont pas les mêmes et parce que les critères théoriques de la guerre juste ne sont pas tous transposables au cas de l'intervention humanitaire, la théorie de la guerre juste ne nous semble pas être une grille de lecture pertinente pour juger de la recevabilité de l'intervention humanitaire. Si l'on veut fonder les raisons justifiant d'outrepasser le respect de la souveraineté des États, il faut les chercher dans une autre direction.

II.2.b - Tension entre souveraineté et droit d'intervention modulée par la conception de souveraineté : les pensées du contrat social

Une des caractéristiques des pensées du contrat social est d'envisager le contrat comme un moment de rupture avec une situation anté juridique dans laquelle les rapports humains se réalisent sur leur mode « naturel ». Ces interactions naturelles se déclinent, suivant les auteurs, d'une quasi-indifférence comme chez Rousseau jusqu'à des rapports violents induisant une guerre de tous contre tous comme chez Hobbes. Le contrat social intervient alors en vue d'une fin, inaccessible à l'état de nature, mais que l'entrée en société se propose de fournir. Selon les auteurs, il peut s'agir de la préservation de la vie, de la sécurité des biens, du développement des potentialités humaines ou tout simplement d'un mieux-vivre. Pour permettre la réalisation de cette fin, les individus abandonnent une part plus ou moins grande de liberté au souverain, lequel se trouve investi d'un pouvoir sur ses sujets pouvant aller jusqu'à leur sacrifice. Dans la logique des pensées du contrat social, le respect du souverain est plus qu'une condition de la réalisation de la fin sociale, c'est aussi l'expression même de la volonté du peuple qui a choisi de contracter. Qu'en est-il, alors, si le souverain se retourne contre ses citoyens ? La souveraineté est-elle maintenue ?

L'idée de l'intervention d'une puissance étrangère pour se porter au secours de citoyens qui ne sont pas les siens apparaîtrait probablement à Hobbes comme une incongruité. Cela dit, la souveraineté est chez Hobbes une force interne à la société civile qui n'implique que les parties au contrat et n'a pas de réelle existence en dehors. Toutes les puissances étrangères restent entre elles comme en l'état de nature. Aucun engagement n'est donc susceptible de retenir un État qui voudrait se porter au secours des citoyens opprimés d'un autre. S'il a le pouvoir de renverser le souverain, d'imposer sa loi et d'acquérir son peuple, rien ne peut l'en empêcher ; et que les motivations de cette violence soient une visée humanitaire ou autres sont des raisons qui lui appartiennent. Seul le rapport de force domine le rapport entre États chez Hobbes, il n'y a pas lieu pour l'un de respecter la souveraineté de l'autre. Par conséquent, l'intervention humanitaire d'un État dans les affaires internes d'un autre serait permise de fait, dans la logique hobbesienne, puisque ne pouvant être l'objet d'une interdiction légale. Il n'en est pas de même de la recevabilité de l'intervention au sein de la société civile, par exemple si un individu ou un groupe voulait se porter au secours d'individus opprimés par le souverain. Ici, Hobbes est très clair : « nul n'a la liberté de résister au glaive de l'État pour défendre un autre, qu'il soit coupable ou innocent, parce qu'une liberté semblable prive le souverain des moyens de nous protéger et détruit, par

conséquent, l'essence même du gouvernement »¹⁶. Autant il reste toujours à l'individu un droit naturel inaliénable de se défendre lui-même et de s'unir pour se défendre en groupe, même contre la sanction juste du souverain, autant il n'existe aucun droit à défendre autrui. En effet, le droit à la vie est le seul droit naturel inaliénable chez Hobbes. Ce droit ne concerne alors que la personne qui le possède et ne peut se transmettre à autrui. C'est pour protéger ce droit que chacun, dans le contrat, abdique une part de sa liberté pour confier à l'État la protection de son droit à la vie. Chacun conserve alors dans le contrat une part de liberté inaliénable issue directement de ce droit naturel d'autoconservation, lequel ne peut donc s'exercer que comme légitime défense et non comme défense d'autrui. Il y a ainsi chez Hobbes un véritable devoir de réserve de chacun des citoyens vis-à-vis de ce qui arrive aux autres. Tout se passe comme s'ils ne devaient considérer que leurs fins propres dans l'entrée en société : ils ont contracté pour vivre en sécurité ? Ils doivent donc s'estimer satisfaits si leur propre sécurité est assurée, toute autre considération ne viendrait qu'introduire au sein de la société des dissensions contreproductives. Par conséquent, l'intervention, entendue comme tentative de faire cesser des abus au sein de l'État, prend la forme, chez Hobbes, d'une inutile mise en danger du souverain, incohérente avec l'entrée en société. Nous pouvons donc en conclure que la pensée hobbesienne autorise par défaut l'intervention au niveau interétatique du fait que la souveraineté d'un État ne peut en rien obliger les autres États ; mais elle l'interdit au niveau intraétatique, où la souveraineté reflète toujours la volonté de chaque individu contractant, quel que soit le degré d'injustice dont le souverain fait preuve à leur égard. La souveraineté est donc bien d'application absolue chez Hobbes. Ainsi, lorsqu'il pose que « l'obligation des sujets envers le souverain s'entend aussi longtemps, et pas plus, que dure la puissance grâce à laquelle il a la capacité de les protéger »¹⁷, il ne faut pas tant comprendre que le souverain pourrait perdre sa souveraineté en ne respectant pas les termes du contrat, comme il a parfois été avancé par certains commentateurs, mais que le nombre d'individus portés en son sein à se défendre eux-mêmes contre l'oppression peut grossir jusqu'à excéder la force du souverain et à lui faire perdre de fait sa souveraineté.

S'il faut se défier du contresens voulant faire poser à Hobbes que la souveraineté serait conditionnelle, ce pas est par contre franchi par Locke. En effet, à partir d'une pensée du contrat social ayant sensiblement des bases similaires, Locke en arrive pourtant à la conclusion inverse. La souveraineté n'est pas absolue chez Locke, elle dépend clairement du

¹⁶ HOBBS, T., *Léviathan*, (trad.G.Mairet), Paris, Gallimard, Folio essais, 2007 (1651), Chapitre 21, p.348

¹⁷ *ibidem*, p.351

mandat qui lui a été assigné par l'entrée en société et ne dure que tant et aussi longtemps que ce mandat est respecté : « la raison pour laquelle on entre dans une société politique, c'est de conserver ses biens propres [...] quand les législateurs s'efforcent de ravir et de détruire les choses qui appartiennent en propre au peuple, ou de le réduire en esclavage, sous un pouvoir arbitraire, ils se mettent dans l'état de guerre avec le peuple qui, dès lors, est absous et exempt de toute sorte d'obéissance à leur égard »¹⁸. Ici, la souveraineté est bien conditionnelle, si la confiance placée dans le souverain par le peuple est trahie, la souveraineté est d'emblée dissoute par le fait du souverain. Nul n'est besoin de la part du peuple d'une reprise de pouvoir dans l'affrontement, les abus du souverain valent pour destitution. Par conséquent, une pensée du contrat comme celle de Locke nous permettrait de donner une autre conclusion que celle de Hobbes quant à la tension entre respect de la souveraineté et droit de se porter au secours d'opprimés. En effet, lorsque l'oppression dont certains sont victimes remet en cause les raisons de l'entrée en société, la souveraineté tombe. Il y a donc bien prévalence de l'intervention sur la souveraineté, qui n'est pas à comprendre comme « droit à outrepasser » la souveraineté, mais comme disqualification de la souveraineté par elle-même.

II.2.c - Souveraineté et droit d'intervention comme deux forces en opposition : Grotius

La position de Grotius est, concernant la question de l'intervention, d'un grand pragmatisme : « on la dit souveraine [la puissance suprême] lorsque ses actes ne sont pas dépendants de la position d'autrui »¹⁹. Être souverain signifie être seul sujet de ses volontés, sans qu'aucune entité extérieure ne puisse venir interférer. Mais il s'agit principalement ici d'un constat : il existe bien des États souverains, auxquels aucun devoir n'est fait d'entendre une autre voix que la leur. Cependant, il faut bien constater qu'il arrive qu'un État se retourne contre tout ou partie de sa population, commettant ainsi une injustice. Avons-nous alors un devoir de respect envers cette souveraineté ? Tout d'abord, il n'est pas nécessaire que le peuple garde une quelconque portion de pouvoir. S'il souhaite abdiquer la totalité de sa liberté au souverain et ainsi se rendre en esclavage volontaire, il peut le faire. Le choix de la forme du gouvernement

¹⁸ LOCKE, J., *Traité du gouvernement civil*, (trad. D. Mazel), Paris, GF-Flammarion, 1992 (1690), Chapitre XIX, pp. 305-306

¹⁹ GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, (trad. P.Pradier-Fodéré), Paris, PUF, 2005 (1625), I, 3, 7, p.98

lui appartient et Grotius va même jusqu'à poser, convoquant Aristote²⁰, que certains peuples naturellement esclaves gagnent à être ainsi gouvernés. Rien n'implique donc qu'une gouvernance abusive mette fin à la souveraineté. De plus, Grotius déplore les maux engendrés par l'idée qu'il serait permis aux peuples de se retourner contre leur souverain dès qu'ils sont mécontents de sa gouvernance et conseille de ne pas laisser se propager pareilles pensées. Un certain respect de la souveraineté de la puissance suprême semble donc préconisé par Grotius. Cependant, il fait aussi état d'une forme de solidarité entre les hommes. Puisque la nature humaine commune génère des droits moraux des hommes les uns envers les autres, on peut mettre au jour un droit d'intervention fondé sur la loi naturelle : « les hommes sont, en effet, unis entre eux par divers liens qui les engagent à se prêter un mutuel secours. [...] Mais quand même il n'y aurait aucun de ces liens, la conformité de la nature humaine suffirait »²¹. Et plus loin, citant Démocrite : « il faut défendre dans la mesure de ses forces ceux que l'injustice opprime, et qu'on ne doit pas négliger ce devoir, car c'est une œuvre juste et bonne »²². Il peut bien y avoir des raisons positives de se porter au secours les uns les autres : parce que nous avons conclu une alliance, parce que nous sommes liés par des liens familiaux, fraternels ou de concitoyenneté, mais pas seulement. La même appartenance à la famille humaine suffit pour nous autoriser à nous préoccuper les uns des autres et à assister la souffrance. Ainsi, la tendance, chez Grotius, est de se mettre du côté de l'agressé. S'il reconnaît la souveraineté et la maintient de fait et de droit lorsque l'État se retourne contre ses citoyens, il reconnaît aussi un droit d'assistance des hommes entre eux, qui n'ont pas non plus à se sentir arrêtés par un quelconque respect de la souveraineté.

Ainsi, le droit d'intervention existe, comme une espèce du droit à la guerre. Cependant, l'introduction de la notion de solidarité et des droits naturels d'assistance reconnus par Grotius sont-ils suffisants pour faire du droit d'intervention un devoir ? Admettre un devoir d'intervention impliquerait d'admettre les moyens nécessaires à la satisfaction de ce devoir, soit envisager qu'il y a dans certains cas un devoir de l'emploi de la force. Or, chez Grotius, ni la guerre pour soi ni la guerre pour autrui ne constituent un devoir absolu ; l'entrée en guerre doit se faire dans une perspective globale selon un calcul de coûts et de bénéfices : « toute cause, quoique juste, intéressant un sujet, n'oblige cependant pas toujours les gouvernants à faire la guerre ; ils n'y sont obligés qu'autant que cela peut se faire sans inconvénients pour tous les sujets, ou le plus grand nombre. Car le devoir du gouvernant a

²⁰ *ibidem*, p.100

²¹ *ibid.* I, 5, 2, pp. 155-156

²² *ibid.* p.156

plus pour objet le tout que les parties ; et plus une partie est grande, plus elle approche de la nature du tout »²³. Les gouvernants ne doivent pas laisser commettre une injustice qu'ils pourraient empêcher, mais pas à n'importe quel prix. Si combattre une injustice doit entraîner plus d'injustices encore, il faut s'en abstenir. Par conséquent, si se porter au secours des citoyens opprimés d'un autre État doit se faire au prix de trop grands sacrifices pour nos concitoyens, on peut s'en abstenir. Ainsi, bien que Grotius adopte des positions et un vocabulaire pouvant le rapprocher des théories de la guerre juste, l'examen de sa position prouve qu'il est en fait plus proche d'une position utilitariste que d'une position morale normative.

II.2.d - Clara Bagnoli : il y a un devoir strict d'intervention

Dans son article²⁴, Clara Bagnoli constate que la question de l'intervention a longtemps été envisagée sous l'angle de l'autorisation morale à intervenir et que ce n'est que récemment que certains auteurs commencent à l'envisager comme un devoir moral. En s'appuyant sur la distinction kantienne entre « devoirs parfaits » et « devoirs imparfaits », elle remarque que le devoir d'intervention est toujours avancé par ces auteurs comme des devoirs « imparfaits », c'est-à-dire comme des devoirs de charité, méritoires pour celui qui l'accomplit. Contrairement à la pensée dominante, Clara Bagnoli considère que les États témoins d'abus tels que massacres ou nettoyages ethniques ne peuvent moralement rester neutres et qu'il y a un devoir strict – ou « parfait »- d'intervention quand les droits de l'homme sont menacés. Ce devoir d'intervention est la combinaison de deux devoirs complémentaires : le devoir de protection des victimes et le devoir de coercition des malfaisants, l'un et l'autre s'appuyant sur l'argument kantien du respect de l'humanité. L'argument est le suivant : les droits sont un moyen d'exprimer notre autonomie rationnelle, soit finalement notre dignité et notre humanité. Respecter le droit, c'est respecter notre liberté et notre humanité ; il s'agit bien là de justice et non de charité. Clara Bagnoli en conclut alors qu'il existe un devoir parfait d'intervention, basé sur le respect des droits de l'homme et un devoir parfait de coercition face aux États qui violent les droits de l'homme.

²³ GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, (édité par D.Alland et S.Goyard-Fabre, trad. P. Pradier-Fodéré), Paris, PUF, 2005 (1625), II, 25, 2, p. 563

²⁴ BAGNOLI, C., « Humanitarian Intervention as a Perfect Duty : a kantian argument », in *Humanitarian Intervention*, (T.NARDIN & M.WILLIAMS), Nomos XLVII, New-York, New-York University Press, 2006, p.117-140

La difficulté est alors de fonder à qui s'adresse ce devoir parfait, car, par définition, il doit s'adresser à une entité désignée. Bagnoli rappelle que c'est justement parce qu'il est délicat de déterminer ici un sujet du devoir strict d'intervention que des auteurs comme Walzer maintiennent le devoir d'intervention dans la sphère des devoirs imparfaits de l'ordre du mérite. Elle considère pour sa part que quand on demande à qui s'adresse le devoir d'intervention, on pose à la fois une question morale et une question légale. D'un point de vue moral, il s'adresse à tous. Les considérations voulant que certains États aient plus de devoirs que d'autres en vertu d'une proximité géographique, historique ou culturelle doivent être écartés. Le devoir parfait d'intervention s'adresse moralement à la communauté internationale en tant que tout. D'un point de vue légal, le devoir comme collectif renvoie à une institution supranationale, investie de l'autorité légale. Chaque État a alors le devoir de coopérer avec les autres. Ainsi, pour Clara Bagnoli, toute la communauté internationale doit moralement répondre et seule une organisation internationale peut devenir l'autorité légitime pour le faire.

La notion de devoir parfait telle que décrite ici semble à première vue bien s'accorder avec un des aspects que nous avons dégagé de l'intervention humanitaire : que son caractère humanitaire dépend des effets que l'on attend de l'action et pas de l'état d'esprit de celui qui l'accomplit. Cependant, Bagnoli échoue, à notre avis, à fonder le sujet du devoir strict. Son argumentation revient à déduire de la dignité humaine un droit à être secouru, et de ce droit à être secouru une obligation pour d'autres de me secourir. De là, elle conclut que comme ce devoir ne s'adresse à personne en particulier, alors il s'adresse à tous. Or, aucun de ces enchaînements logiques ne nous semble suffisamment fort pour fonder l'existence d'un devoir strict d'intervention. De la dignité humaine, on ne peut immédiatement déduire un droit à être secouru, rien n'impose *a priori* que ce qui a une valeur particulière doive absolument être préservé. Il faudrait alors, au nom de la mise en danger de la dignité humaine, refuser la prise de risque que constitue l'intervention de sauveteurs, de pompiers, de soldats... Il faudrait également refuser l'euthanasie, voire l'avortement. Si l'on suit cette logique, on se demande également pourquoi seule la dignité humaine devrait être secourue, la vie animale, les œuvres d'art ou la nature ne méritent-elles pas aussi d'être préservées, par une intervention s'il le faut ? Ensuite, un droit que je possède ne crée pas nécessairement un devoir positif pour autrui. Par exemple, pour reprendre les Droits de l'homme, l'article 21.2 énonce : « toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalités, aux fonctions publiques de son pays », ce qui peut bien contenir l'idée que personne n'a le droit d'empêcher mon accession aux fonctions publiques mais pas l'obligation positive de me faire accéder à ces fonctions. De

même, si j'ai un droit à être secouru alors on peut bien dire que tous ont le devoir de ne pas empêcher mon secours, mais on ne peut pas de là conclure que quelques-uns au moins ont l'obligation de me secourir. Pour prendre un autre exemple, mon droit naturel à la légitime défense n'oblige personne à me défendre. Posséder un droit n'implique donc pas nécessairement de devoir positif pour autrui, encore moins de devoir strict. Enfin, il est curieux de conclure qu'un devoir qui ne s'adresse à personne en particulier s'adresse à tous. Si un devoir ne s'adresse à personne, ce n'est tout simplement pas un devoir. Bagnoli semble ici victime d'une erreur méthodologique, car si l'on peut effectivement partir d'un sujet donné pour examiner quels devoirs sont les siens, l'on ne peut faire le chemin inverse et sortir des devoirs *ex nihilo* pour chercher ensuite à quels sujets ils s'appliquent. En faisant cela on quitte le domaine de la recherche morale pour basculer dans l'abstraction. Enfin, l'idée d'un devoir strict s'adressant à tous et devant prendre corps dans une institution supranationale nous pose un problème de cohérence historique : faut-il en effet en conclure qu'avant la création de l'ONU, le 24 octobre 1948, le devoir d'intervention s'adressait à tous (États, particuliers, etc...) et qu'ensuite il ne s'adressait plus qu'à l'ONU ? Si nous avons un devoir strict, il semble curieux d'avancer que nous pouvons en être dépossédés, surtout par un événement historique où nous n'avons aucune part. Et s'il y a un devoir de la communauté internationale de créer une institution *ad hoc*, est-ce que cela signifie que personne n'était responsable avant sa création ? Faut-il plutôt comprendre que tous et chacun des États sont coupables de ne pas avoir créé l'ONU plus tôt, voire sont coupables de l'échec de la SDN ? Au final, plus qu'une justification d'un devoir moral strict d'intervention, l'argumentation de Clara Bagnoli serait plutôt un argumentaire en faveur de la création d'une institution supranationale. Cependant, nous ne pensons pas pouvoir nous baser sur son argumentation pour admettre que l'intervention fasse l'objet d'un devoir strict.

III - Admettre un devoir d'intervention, c'est nier un droit de ne pas intervenir

Si la majorité des auteurs autorise l'intervention pour des raisons humanitaires, aucun ne nous a permis de fonder avec force un devoir d'intervention. Or, c'est bien ce qu'il faut établir si nous voulons penser une responsabilité pour non-intervention qui soit autre chose qu'un simple jugement moral pour un comportement répréhensible. Une autre approche semble alors possible pour tester la recevabilité d'un devoir d'intervention, c'est qu'un tel devoir impliquerait par voie de conséquence qu'il n'existe pas de droit à ne pas intervenir. Cette voie

suppose alors de disqualifier plusieurs arguments : tout d'abord qu'il soit possible d'admettre un droit à la neutralité, ensuite qu'on puisse considérer la question de l'intervention humanitaire autrement que sur des bases morales, enfin que les évaluations morales doivent se faire dans le rapport des États entre eux prioritairement sur le rapport d'un État envers ses propres citoyens. Nous allons, pour tester cette autre approche, nous arrêter successivement sur chacun de ces trois arguments.

III.1 - Les ambiguïtés de la neutralité

Considérer qu'il y a un devoir à intervenir impliquerait du même coup l'interdiction de la neutralité. La neutralité pour un État, lorsqu'il se trouve face à un conflit extérieur, signifie se tenir en retrait des affaires internes ou des différends des autres États, refuser d'entrer dans les rapports de force de la scène internationale, refuser de risquer la vie de ses citoyens, d'user de leurs impôts, d'hypothéquer leur tranquillité, leur sécurité, leur avenir, et ce, afin de se mêler d'un différend qui ne les concerne en rien. Est-ce qu'on peut alors condamner le refus d'un État de « se jeter dans la mêlée » ? Comme le pose Kant, la neutralité relève du droit à la paix²⁵. Or, poser un devoir d'intervention, c'est refuser ce droit à la neutralité (alors que le contraire n'est pas nécessairement vrai), c'est donc refuser un droit à la paix et par suite, cela revient à penser un devoir de violence. En effet, cela reviendrait à dire que tout conflit inter ou intra étatique enclenche pour tous les autres États un devoir d'intervention soit, selon le mot de Walzer²⁶, une soumission des États à une conscription. Or, même sans aller jusqu'aux considérations pacifistes, il semble difficile de soutenir une obligation d'affrontement. En effet, ce serait difficile à soutenir pour les situations dans lesquelles l'État est lui-même impliqué : même si l'on voulait admettre que certaines situations peuvent être résolues uniquement par la force, il n'y aurait pas pour autant d'obligation d'user de ce moyen. La légitime défense n'est pas un devoir. Dès lors, il faudrait accepter le paradoxe selon lequel le recours à la force n'est pas une obligation pour soi, mais peut le devenir pour défendre autrui. La conséquence de cela serait que la souffrance d'autrui annihile mon droit à la paix. En effet, à partir du moment où l'on admet un droit à la paix, on admet un droit à décider quand on

²⁵ « Le Droit à la paix est 1° le droit d'être en paix quand il y a une guerre dans le voisinage, ou le droit de neutralité », KANT, E., *Métaphysique des mœurs*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986, par.59, AK VI, 349, p.623

²⁶ WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, (trad. S.Chambon et A.Wicke), Paris, Gallimard, folioessais, 2006, (1977), p.422

recourt à la force et quand on n'y recourt pas. Poser un devoir d'intervention indique que ce sont les circonstances qui décident de la paix et de la guerre, pas les États. Il ne peut alors y avoir de réel droit à la paix si l'on doit y renoncer dès que les circonstances internationales l'exigent. Accepter un droit à la paix, c'est donc accepter la neutralité.

Cependant, nous pouvons aussi nous demander si la neutralité est réellement une possibilité. Est-ce que refuser de prendre partie, n'est pas toujours quand même prendre partie ? Effectivement, si un État use de sa supériorité pour agresser un État plus faible (comme le fut l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1991), se déclarer neutre revient à laisser le plus fort écraser le plus faible. D'un point de vue moral, la neutralité revient alors toujours, de manière plus ou moins marquée, à se mettre implicitement du côté de l'injustice. Accepter la neutralité reviendrait donc à accepter qu'un État puisse en toute indifférence voir évoluer l'équilibre des nations en faveur des plus forts. Non seulement d'un point de vue moral on peut critiquer cette indifférence devant l'injustice, mais c'est en plus une mauvaise idée stratégique. Car si c'est la paix qu'on souhaite, laisser certains États en agresser d'autres et gagner en pouvoir n'est sans doute pas un moyen sûr d'assurer son propre « droit à la paix ». Ainsi, contrairement à ce que le terme indique, se déclarer neutre n'est jamais un acte neutre, ni d'un point de vue moral, ni d'un point de vue stratégique. Pour autant, si la neutralité peut-être critiquable, elle n'est pas non plus un non-sens propre à être disqualifié des arguments recevables contre un devoir d'intervention, et rien ne nous autorise à l'écarter.

III.2 - Une question de priorités

De plus, considérer que l'intervention des États pour soutenir les opprimés constitue un devoir reviendrait à refuser que les choix politiques des États soient dictés par d'autres considérations que les considérations morales. Nulle légitimité n'est laissée, dans cette position, au calcul réaliste des avantages et des inconvénients de l'intervention. Or, rien ne permet d'établir que les considérations morales soient les premières ni même les seules considérations que doit prendre en compte un État. Au contraire, comme nous l'avons vu, nombre de penseurs avancent que la moralité doit être exclue du champ de la politique internationale. D'ailleurs, penser l'intervention humanitaire n'implique pas nécessairement un parti pris moral, elle n'est pas disqualifiée par un paradigme réaliste et peut très bien être pensée en termes d'avantages et d'inconvénients. On pourra, par exemple, faire peser d'un côté l'image promotionnelle de force ou de moralité véhiculée par l'intervention, l'extension

de la sphère d'influence économique et politique, la favorisation de la stabilité mondiale, l'activation de la solidarité internationale ou encore le renforcement de la puissance des organisations internationales. Et de l'autre côté, en défaveur de l'intervention, on pourra avancer : l'engagement de frais au détriment d'investissements intérieurs, la perte de vie de ses ressortissants ou encore le risque en termes d'image si l'intervention tourne mal... Considérer l'intervention sous un jour réaliste renvoie chaque État à une évaluation contextuelle de sa situation qui empêche de considérer l'intervention comme une nécessité. Chaque État a alors des raisons qui lui sont propres d'intervenir ou de ne pas intervenir, qui vont au-delà de la simple évaluation des forces en présence. Le simple fait d'avoir la puissance d'empêcher la violation de Droits de l'homme n'entraîne donc pas une obligation à faire cesser ces violations, la décision d'intervenir ou non prend en compte une situation globale. Reprocher à un État une non-intervention reviendrait alors à lui reprocher son état interne et sa position de fait dans le concert des nations. Ainsi, dès lors qu'on adopte un autre point de vue que le point de vue moral, l'intervention ne peut devenir une nécessité, et rien ne nous autorise à soutenir que tout point de vue autre que moral doive être disqualifié.

III.3 - Arguments moraux contre l'intervention humanitaire

Un autre élément délicat si l'on souhaite admettre que l'intervention humanitaire constitue un devoir est que cette position soutient implicitement que les considérations internationales priment sur les considérations intérieures. Or, il est possible de soutenir, sur un fondement moral, une priorité des considérations intérieures. En effet, on peut considérer qu'un État a aussi envers ses concitoyens des devoirs moraux. Dans la pensée du contrat social, l'entrée en communauté trouve sa raison d'être dans ce que les individus ont à y gagner : plus de sécurité pour leur personne ou pour leurs biens, plus d'opportunités de développer leurs aptitudes, bref, un « mieux-vivre ». Ainsi, on peut considérer qu'il est du devoir moral de l'État de fournir aux hommes ce pour quoi ils ont abdiqué leur liberté. Car si les hommes ont donné une part de leur liberté, c'est pour y gagner quelque chose, pas pour que le voisin y gagne quelque chose. Que l'État use de la vie de ses citoyens au bénéfice d'hommes qui ne sont pas partie prenante au pacte serait plus qu'un non-sens, ce serait une trahison morale, éventuellement propre à destituer le souverain.

Par conséquent, la pensée du contrat social nous fournirait des arguments pour soutenir que le devoir moral d'un État s'adresse en priorité à ses propres ressortissants. Pas question

d'intervenir, donc, si cela doit priver ses citoyens de tout ce qu'ils sont en droit d'attendre de l'État. Plus précisément : pas question d'intervenir tant que tous les citoyens n'ont pas accès à l'éducation et à la santé, au logement et à la sécurité ; et si intervention militaire il y a, elle ne pourra se faire que sur la base de l'incorporation volontaire.

Nous pourrions répondre que le devoir moral pour un État de favoriser en priorité ses citoyens n'est aussi ferme que dans une pensée du contrat social, que par contre, si l'on admet un devoir moral de l'État de considérer ses citoyens, ceux-ci n'ont pas nécessairement la priorité lorsque ce qu'il s'agit de comparer est d'un côté la mise en danger de la vie d'individus et de l'autre un droit à l'éducation. Que le droit à la vie soit plus fondamental que le droit à l'éducation peut bien être admis, il est vrai que la notion de droits n'a plus beaucoup de sens si l'on peut bafouer en toute impunité le premier d'entre eux. Cependant, il faudrait pour admettre un devoir moral à l'intervention humanitaire, considérer qu'un État est moralement obligé plus par le droit à la vie d'individus extérieurs, que par le droit à l'éducation – qui fait bien partie des Droits de l'homme – de ses ressortissants. Or, cette priorité ne se fonde pas aisément. Un individu aurait toutes raisons de considérer son devoir moral selon le point de vue de l'humanité, les préférences de nationalités n'auraient ici aucun lieu d'être. Par exemple, une association luttant contre la faim n'a pas plus de raisons de distribuer de la nourriture dans sa propre ville que de l'envoyer en Afrique ; pas plus, mais pas moins non plus. Il en est tout autrement d'un État. Un État est en effet une entité structurelle ayant une raison d'être, un but et une fonction : celle d'organiser la vie en commun à l'intérieur d'un espace délimité par des frontières ; son rôle sur la scène internationale ne vient qu'en seconde position et ne constitue qu'une conséquence pratique de son existence, mais pas sa raison d'être. Dès lors, il paraîtrait cohérent que la priorité d'un État soit les droits fondamentaux de ses ressortissants, avant la préservation des droits fondamentaux – fût-il question du premier d'entre eux – d'individus qui ne relèvent pas de sa juridiction. Ce dernier argument ne nous permet donc pas non plus de fonder avec suffisamment de force un devoir d'intervention.

Nous avons tenté d'exposer un panorama des arguments admettant l'intervention et des arguments justifiant la non-intervention. Il n'est pas possible de trancher absolument entre ces différents points de vue : rien n'impose par exemple de favoriser un point de vue moral sur un point de vue réaliste. De plus, même à l'intérieur de la position morale, il peut exister des arguments pour et des arguments contre l'intervention. Et même parmi les auteurs qui font de l'intervention un devoir, tous n'admettent pas ce devoir avec la même force. Cependant, si

notre propos n'est pas de trancher entre ces différents points de vue, chacun d'entre eux peut être convoqué à la barre d'un tribunal pour justifier ou accuser la non-intervention d'un État lors de la commission de crimes de guerre. Aussi il nous faut maintenant comprendre quels seraient les fondements et les implications de telles accusations. C'est ce que nous nous proposons tout de suite en examinant les conséquences de ces positions en termes de responsabilité.

IV - Pouvons-nous admettre une responsabilité pour n'être pas intervenu ?

Il est plus facile, dans la question de la responsabilité pour non-intervention en cas de crimes de guerre, de dégager les cas où, justement, cette responsabilité est suspendue : quand les forces de l'agent sont trop faibles pour empêcher raisonnablement la commission des crimes. Mais poser cela ne permet pas de conclure que tout agent qui a le pouvoir d'intervenir soit tenu de le faire, ni qu'il soit tenu de faire « tout ce qui est en son pouvoir ». Le point de vue de la légalité et celui d'auteurs comme Kant qui posent un devoir de ne pas intervenir nous permettraient même d'avancer que c'est le fait d'intervenir qui devrait être susceptible d'une mise en cause des responsabilités. Un État devrait alors rendre compte de sa violation du principe de souveraineté ou de sa mise en danger de la paix internationale. La responsabilité pour non-intervention contient donc un paradoxe interne puisqu'elle abrite une tension entre une interdiction positive du droit et les injonctions de l'humanité qui débordent le champ de la seule charité, tout en peinant à se fonder comme devoir absolu. Sans doute la compréhension de la responsabilité pour non-intervention souffre-t-elle de sa dimension éminemment contextuelle, car c'est toujours par rapport à une souffrance précise qu'on évalue le comportement des témoins, et c'est bien par rapport à une situation précise que ces témoins ont décidé ou non d'intervenir et d'intervenir de telle ou telle manière, avec telle ou telle intensité.

Non seulement la notion de responsabilité pour non-intervention contient une tension interne, mais de plus, rendre cette responsabilité opératoire n'est pas sans entraîner des difficultés logiques. L'un des inconvénients de la notion de responsabilité pour non-intervention serait d'en venir à voir des responsabilités partout. Pour toute chose qui n'a pas été faite, pour tout dommage, pour toute peine subie par quelqu'un quelque part, venir à soutenir qu'on est responsable de tout ce qu'on n'a pas empêché fini par distendre et vider le concept de

responsabilité, en rendant tout le monde responsable de tout ou presque. La notion de responsabilité pour non-intervention peut alors vite apparaître comme un concept vide. Cependant, dans notre examen des problèmes d'imputabilité liés aux crimes de guerre, nous avons déjà proposé un angle de réflexion qui minimise ce risque de faire de la notion de responsabilité un concept vide. Interroger la responsabilité pour non-intervention lorsque ce sont des crimes de guerre qui sont commis nous permet de nous intéresser à un cas particularisé, qui contient un contexte, des acteurs plus ou moins proches. La question de la responsabilité reprend son sens, car nous interrogeons la responsabilité d'une personne physique ou morale, dotée de pouvoirs particuliers par rapport à une situation définie. Ce n'est donc pas une situation floue de responsabilité que nous observons mais bien dans un type de responsabilité déterminé et opératoire : celui de la responsabilité pour omission.

Nous l'avons posé en introduction, la question de la responsabilité suppose qu'on lie le responsable à un dommage. Or, la difficulté de la responsabilité pour non-intervention est justement que c'est un manque qu'il s'agit de relier à un dommage. Deux types d'enchaînement causal sont susceptibles de dessiner une chaîne d'imputation et de justifier l'attribution d'un fait dommageable à un agent : le premier remonte une chaîne de causalité à partir d'un acte posé par l'agent et ayant entraîné plus ou moins directement un dommage, le second considère à l'origine d'une chaîne dommageable un manquement. Dans le premier cas, la responsabilité repose sur un geste positif de l'agent, dans le second, elle repose sur l'absence de geste positif, absence en laquelle réside l'origine du dommage. Or, si la première possède une forme d'objectivité, bien que non exempte de difficultés propres, la seconde souffre justement du manquement qui la caractérise, car il devient difficile de rattacher objectivement un manque à un dommage pouvant fonder une responsabilité. Comment en effet, justifier qu'un dommage résulte avec certitude d'une absence ? Ne pouvant être fondée sur un acte objectif, elle doit être fondée sur un manquement objectif, c'est-à-dire un manquement par rapport à un devoir clairement posé face auquel on aurait failli. Par exemple, si en un lieu isolé M. Lebrun rencontre M. Leroux, blessé après avoir reçu plusieurs coups de couteaux, et qu'au lieu de lui offrir son aide et de le transporter diligemment vers l'hôpital le plus proche il pense aux sièges de son auto et préfère laisser M. Leroux se vider de son sang jusqu'à ce que mort s'ensuive, alors on peut objectivement rattacher l'absence de réaction de Lebrun à la mort de Leroux. Certes, ce n'est pas lui qui lui a infligé des blessures et s'ils ne s'étaient pas croisés, Leroux se serait de toute façon vidé de son sang. Mais, justement, à partir du moment où ils se croisent, on peut considérer que les blessures de Leroux n'auraient

peut-être pas été mortelles si Lebrun lui avait porté assistance, de sorte qu'on peut avancer que Lebrun a concouru par omission à la mort de Leroux. Seul en son lieu isolé, Leroux serait mort d'hémorragie, mais le fait d'avoir rencontré Lebrun aurait dû induire une nouvelle chaîne de causalité, dans laquelle des médecins auraient pu tenter de le sauver. Cette bifurcation de causalité signifiante repose sur un devoir fait à Lebrun : porter assistance. La mise en cause de la responsabilité de Lebrun repose sur l'omission de l'action attendue à l'origine d'une nouvelle chaîne causale attendue. Ce devoir d'intervention, d'abord moral, sera assorti de poursuites judiciaires contre Lebrun dans tous les pays qui font de l'assistance un devoir juridique et incriminent ce manquement comme « non-assistance à personne en danger ».

Deux éléments sont donc susceptibles d'appuyer la responsabilité pour omission : l'existence première d'un devoir strict d'intervention, et la possibilité de lier le manquement objectif que représente l'omission à l'agent responsable. Or, il ne nous a pas été possible de fonder avec force un devoir général d'intervention lorsqu'un crime de guerre est commis. Le paradigme de la responsabilité pour omission nous fournit une grille de lecture, mais qui ne semble pas correspondre à ce qui se joue dans la non-intervention pour crime de guerre. Cependant, si le schéma de la responsabilité pour omission ne semble pas le plus adéquat pour penser l'éventuelle responsabilité liée à la non-intervention devant un crime de guerre, il n'est peut-être pas le seul schéma disponible. Ne pas assister quelqu'un que nous rencontrons n'est en effet pas identique au fait d'intervenir volontairement dans une situation où nous ne sommes pas directement sollicités. Tout se passe comme si, dans le cas de l'omission nous refusions notre aide, alors que lorsque nous n'intervenons pas, nous évitons de commettre un acte positif de charité. Est-ce que pour autant, l'absence de charité est un acte susceptible d'engager la responsabilité de ceux qui ne s'y livrent pas ? C'est à ce stade que nous devons nous demander si certaines théories morales de la responsabilité seraient susceptibles d'éclairer plus avant la question de la responsabilité pour non-intervention en cas de crimes de guerre. Mais avant de nous pencher sur ces théories, il nous faut examiner le second cas limite de la responsabilité : le cas de l'acte à double effet.

*Les actes à double effet en contexte de conflit armé :
les difficultés d'établir une responsabilité pour crime de guerre*

Un autre type de problématique liée aux situations de guerre soulève des difficultés par rapport à l'établissement des responsabilités. Il s'agit des responsabilités liées aux effets, et principalement aux effets non voulus des actes que nous choisissons. Ce cas est mieux connu dans la tradition sous le terme de doctrine du double effet. La difficulté consiste à déterminer le traitement des effets qui accompagnent une action que nous aurions commise intentionnellement, sans que ceux-ci ne soient un but poursuivi par l'action, ni même un moyen d'atteindre le but fixé. L'exemple le plus fréquemment avancé dans un contexte de guerre est celui du bombardement de sites à intérêt militaire, dont la proximité avec des habitations civiles donne la certitude que certains d'entre eux au moins seront touchés par l'attaque. Pouvons-nous alors bombarder ces cibles malgré la présence des civils ? Faut-il au contraire renoncer au bombardement quitte à laisser échapper la victoire et rendre inutile le sacrifice des milliers de soldats qu'on a déjà entraînés dans le conflit ? Et si notre ennemi se sert de civils pour se protéger, devons-nous renoncer à la riposte ? Non seulement, il est difficile de déterminer à quelles options nous autorise notre devoir moral, mais il est également délicat de soutenir notre choix par une description adéquate des options. En effet, qu'est-ce que nous faisons si nous choisissons de bombarder ? Le droit international humanitaire nous interdit de prendre des civils pour cible, mais si nous visons une cible militaire en sachant que des civils seront tués quelle est la description adéquate de notre acte ? Est-ce que nous avons commis un crime de guerre ? De la qualification ou non des faits

comme crime de guerre dépend directement la possibilité d'une mise en cause juridique des responsabilités. Dès lors, en mettant en relief les implications de l'intentionnalité dans l'évaluation des actes, la doctrine du double effet fait ressortir des ambiguïtés au sein des jugements d'imputation. Par exemple, pouvons-nous soutenir que nous sommes responsables de tous les effets qui suivent nécessairement un acte intentionnel ou bien le fait que les effets ne soient pas eux-mêmes intentionnels les écarte de la question de la responsabilité ? L'ambiguïté de cette question dépend directement de la conception que nous avons de ce qui est intentionnel et de ce qui ne l'est pas, mais aussi de notre conception de la responsabilité pour crime de guerre comme devant ou non inclure une intention. Pour tenter d'éclaircir cette question ainsi que les limites de la responsabilité pour crime de guerre, nous allons commencer par nous pencher sur les débats concernant la doctrine du double effet.

I - Enjeux de la doctrine du double effet

Le principe de base de la réflexion est de déterminer quelle attitude morale tenir face à des actes incluant nécessairement deux types de conséquences indépendantes, sans que l'une soit le moyen de l'autre : l'une moralement désirable, l'autre moralement indésirable. L'enjeu de la réflexion est alors de savoir si un acte peut être moralement justifié malgré ses conséquences indésirables ou bien si ces conséquences indésirables le disqualifient absolument comme acte moralement acceptable. On place traditionnellement l'origine de la doctrine du double effet chez Thomas d'Aquin.

I.1 - L'origine de la réflexion : Thomas d'Aquin

C'est à propos d'un article sur la légitime défense que Thomas d'Aquin introduit la notion de double effet : « rien n'empêche qu'un même acte ait deux effets, dont l'un seulement est voulu, tandis que l'autre ne l'est pas. Or les actes moraux reçoivent leur spécification de l'objet que l'on a en vue, mais non de ce qui reste en dehors de l'intention, et demeure, comme nous l'avons dit, accidentel à l'acte. Ainsi l'action de se défendre peut entraîner un double effet :

l'un est la conservation de sa propre vie, l'autre la mort de l'agresseur »¹. Il ne s'agit pas tant de vouloir le moyen de sa fin que de considérer les effets conjoints à celui qui est recherché comme fin. Ici, on envisage deux effets directement attachés à un même acte originaire : repousser l'attaque d'un agresseur. Ce qui fait la valeur morale d'un acte relève d'abord de la moralité de la fin voulue. Mais ceci ne signifie pas pour autant que tout ce qui relève des effets conjoints peut être admissible pour autant que la fin le soit. Même s'ils ne font pas directement l'objet d'une volonté, les effets conjoints immoraux frappent d'interdit la poursuite d'une fin pourtant moralement admissible, de sorte qu'on ne peut vouloir l'acte moral s'il est accompagné d'un effet conjoint qui ne l'est pas. Ainsi, Thomas d'Aquin remarque que, bien que la mort de l'agresseur ne soit pas voulue comme telle, et bien qu'il soit licite de vouloir défendre sa vie, il reste interdit de tuer un homme. Par conséquent : « il est illicite de vouloir tuer un homme pour se défendre »². Dès lors, Thomas d'Aquin considère bien qu'on doit renoncer à un acte moral à partir du moment où ses effets conjoints sont illicites. Ceci signifie aussi que toute personne serait susceptible d'avoir à rendre compte des effets conjoints de ses actes, quand bien même ils ne feraient pas l'objet d'une volonté directe.

La conclusion de saint Thomas est cependant différente de la majorité des auteurs ayant par la suite traité de la doctrine du double effet. C'est le cas, notamment, de Philippa Foot.

I.2 – Un classique de la tradition analytique : Philippa Foot

La question du double effet reçu de manière détournée un regain d'intérêt dans les années soixante-dix, notamment à propos de deux sujets : l'euthanasie et l'avortement. C'est à propos de ce dernier sujet que Philippa Foot écrivit en 1967 un article qui fit date³.

Selon Philippa Foot, la doctrine de l'acte à double effet repose sur une distinction : celle de la prévision et de la projection, soit celle entre ce qu'un agent prévoit comme conséquences de son action et ce qu'il projette au sens strict, soit ce qu'il vise comme fins et comme moyens au service de ces fins. Par exemple, on projette comme moyen d'enfermer un dangereux psychopathe afin d'assurer notre fin qui est la sécurité. Cette fin, même si on peut la regretter,

¹ AQUIN, T., *Somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984-86, II, Ilae, Question 64, Article 7

² *ibidem*

³ FOOT, P., « The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect », *Oxford Review*, vol.5, (1967), pp.5-15

est voulue comme moyen. Par contre, on ne projette pas, au sens strict, les conséquences prévues de nos actions volontaires si elles ne sont ni des fins ni des moyens mais simplement des éléments conjoints. Cette distinction rejoint pour Foot celle de Bentham entre « intention oblique » et « intention directe ». L'expression « double effet » désigne donc bien les deux effets présents dans une action : celui qui est voulu comme fin ou comme moyen, celui qui est prévu mais aucunement désiré. Dès lors, la « doctrine de l'acte à double effet » est une thèse selon laquelle il est parfois permis de provoquer par une intention oblique ce que nous ne serions pas autorisés à poursuivre de manière directe. L'intérêt de la doctrine est alors de nous aider parfois, à trancher les cas difficiles.

L'analyse de Philippa Foot consistera à mettre en parallèle différents cas classiques de la philosophie ayant des conclusions différentes quoique semblant assez proches. Par exemple, pourquoi est-ce que d'un côté on accepte qu'un médicament rationné soit préférentiellement délivré à cinq personnes ayant chacune besoin d'un cinquième de la dose pour survivre plutôt qu'à une seule personne ayant besoin de toute la dose, alors que d'un autre côté on refuse de sacrifier une personne pour faire sur elle des expérimentations médicales permettant d'en sauver cent ? Certes, le premier cas consiste à déterminer combien de personnes nous allons sauver, alors que le second consiste à tuer une personne pour en sauver cent. La distinction entre prévision et projection permet de distinguer qu'il y a entre les deux exemples des intentions de nature différentes : il y a intention oblique de tuer dans le premier cas alors qu'il y a intention directe de tuer dans le second.

Ainsi, la position de Philippa Foot, en faisant une distinction entre intention directe et intention oblique, pourrait permettre d'avancer une différence morale entre prendre des civils pour cibles et savoir que des civils mourront suite à l'attaque d'une cible militaire. Le premier constituerait clairement un crime de guerre, le second serait conditionnel à la conception de l'intention qu'on souhaite admettre comme condition à la responsabilité.

I.3 - L'intention « oblique » ne disqualifie pas toute responsabilité : Walzer

Walzer est l'auteur qui envisage le double effet dans un contexte de guerre. Il remarque notamment que les non-combattants se trouvent souvent mis en péril par des attaques qui, bien que ne les visant pas directement, se déroulent tout près d'eux. Walzer fait remarquer que seuls des affrontements ayant lieu sur mer ou dans le désert ne sont pas susceptibles de mettre

des civils en danger. Ce qui est requis dans ce cas n'est pas l'arrêt des opérations, mais des précautions supplémentaires afin de limiter les risques encourus par les civils. Walzer ne précise cependant ni la nature ni l'étendue adéquate de ces « précautions supplémentaires ». Il s'agit surtout, pour lui, de faire un *ratio* contextuel entre les exigences militaires et le respect de droits des civils. Ainsi : « le double effet est un moyen de concilier l'interdiction absolue d'attaquer les non-combattants et la poursuite légitime de l'intérêt militaire »⁴. Dans le cadre d'une pensée de la guerre juste, l'argumentation susceptible de justifier un acte à double effet se présente selon quatre critères :

- 1- Il s'inscrit dans une guerre elle-même juste
- 2- L'effet direct est moralement acceptable selon les critères de la guerre juste
- 3- L'intention de celui qui agit est bonne, c'est-à-dire qu'elle ne vise que des effets acceptables, l'effet conjoint n'est poursuivi en lui-même ni comme fin ni comme moyen
- 4- Le bon effet qui résulte de l'acte compense le mauvais selon la règle de proportionnalité

Le critère déterminant de cette argumentation est selon Walzer le troisième critère : ce qui fait la valeur morale de l'acte à double effet est que l'intention qui y préside ne poursuit que l'effet moralement acceptable. Ce critère se rapproche de celui de Philippa Foot, et reste pertinent hors du contexte de réflexion sur la guerre juste. On pourrait très bien poser qu'en général, les effets conjoints d'un acte sont acceptables pour autant que la fin visée dans l'intention le soit.

Cependant, Walzer n'expose cette argumentation que pour la critiquer. Elle comporte selon lui l'effet pervers de permettre de tout justifier, et de se laver les mains en toute bonne conscience des conséquences tragiques des décisions prises. Or, il est trop facile pour Walzer de s'exonérer sous prétexte que la mort des civils ne fait pas l'objet d'une intention directe. Si l'on ne veut pas voir toute forme de moralité se dissoudre dans le principe du double effet, il convient d'introduire des limitations supplémentaires au troisième critère. Ainsi, il n'est pas suffisant moralement qu'une bonne intention vise l'effet acceptable, il faut encore qu'elle considère la réduction des maux conjoints. Tout acte à double effet doit donc contenir une double intention. Le troisième critère est alors reformulé comme suit :

- 3- L'intention de celui qui agit est bonne, c'est-à-dire qu'elle vise au plus près des effets acceptables, l'effet conjoint n'est poursuivi en lui-même ni comme fin ni

⁴ WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, (trad. S.Chambon et A.Wicke), Gallimard, Folio Essais, 2006, (1977), p.289

comme moyen ; et conscient des maux introduits par l'effet conjoint, l'auteur cherche à les réduire au minimum tout en acceptant pour lui-même le prix à payer

Ainsi, on n'est pas tenu, pour Walzer, de renoncer à un acte parce que nous savons que certains de ses effets auront des conséquences négatives. Il n'est pas possible, en temps de guerre, de réduire à zéro les risques encourus par les civils et un commandement n'est pas non plus tenu de renoncer à l'attaque d'une cible militaire parce que des civils se trouvent à proximité. Par contre, on attend de ce commandement qu'il se préoccupe de la vie des innocents, et soit prêt à risquer la vie de ses hommes pour réduire les dangers encourus. Par exemple, s'il conçoit la nécessité militaire de détruire un bâtiment par un bombardement, « accepter le prix à payer pour soi-même » pourra se traduire dans le choix d'un bombardement à très basse altitude afin de minimiser les risques de destructions d'habitations ou encore mieux d'envoyer des commandos pour détruire la cible à l'explosif. Pour rester moralement acceptable, un acte à double effet doit donc s'engager dans la protection – certes toute relative – des civils. Jusqu'où un commandement doit-il alors aller dans la prise en compte des effets conjoints ? Le degré d'engagement personnel attendu dans la protection des civils reste dépendant du contexte de l'attaque et du contexte général de la guerre, et c'est ici que nous retrouvons le cadre de la guerre juste : plus la destruction de la cible constituera une exigence militaire dans le cadre d'une guerre juste, plus on sera moralement autorisé, pour Walzer, à faire courir des risques aux innocents.

Un acte à double effet appuie donc sa justification sur deux éléments : la volonté des militaires de réduire les risques imposés aux civils et la prise en compte du contexte moral de l'intervention. Dans ce cadre, choisir de faire courir un plus grand péril aux civils peut parfois apparaître comme « la moins mauvaise des solutions ». Walzer cite à l'appui le cas du raid de 1943 sur Vemork, site de production d'eau lourde de la Norvège occupée. Particulièrement sensibles au sort de leurs concitoyens, les soldats norvégiens optèrent pour la solution la plus risquée pour eux-mêmes : le sabotage de l'usine par un commando. Une première tentative échoua et coûta la vie à trente-quatre hommes. La seconde réussit étonnamment sans aucune perte humaine. Plus tard, lorsque la production d'eau lourde reprit dans l'usine, les américains optèrent pour un bombardement du site, qui coûta la vie à vingt-deux civils. Walzer remarque alors que dans ce cas le double effet « justifie l'attaque aérienne »⁵. Ainsi, Walzer semble considérer qu'un refus total de tout acte qui aurait des effets indésirables, en crispant le champ des moyens disponibles, pourrait au final avoir des conséquences moralement pires que celles

⁵ *ibidem*, p.298

qu'on souhaitait éviter : entraîner un nombre plus important de pertes humaines ou encore perdre une guerre juste. Par conséquent, pour Walzer, opter pour un acte à double effet et accepter les effets conjoints négatifs peut parfois constituer la solution la plus morale.

II – Responsabilité et acte à double effet

II.1 - Ambiguïtés quant aux possibles mises en cause de la responsabilité

L'examen des actes à doubles effets dans un contexte de guerre met en valeur plusieurs ambiguïtés. La première consiste à poser le problème de la qualification de certains faits. Ce point est fondamental car on ne peut mettre en cause une responsabilité pour crime de guerre que si nous sommes certains d'être bien devant un crime de guerre. Or, comment décrire l'acte commis ? Le droit international humanitaire interdit de prendre des civils pour cibles et demande qu'une discrimination soit faite entre combattants et non-combattants. Dès lors, bombarder une cible militaire en sachant pertinemment que des habitations proches seront touchées n'est pas opérer la discrimination exigée et tombe à première vue sous le coup des crimes de guerre clairement définis par le droit international humanitaire. Mais, en nous appuyant sur la doctrine du double effet, on pourrait à l'inverse faire valoir qu'il y a discrimination puisque ce ne sont pas les civils qui sont visés, mais seulement les installations situées à proximité de leurs habitations. L'intention d'attaque ne concerne que les cibles militaires et fait bien partie des activités stratégiques propres par essence à toute guerre. Il n'y a ici aucune volonté de blesser des civils, qu'on préférerait voir vivre. Les morts qui surviendront seront alors à mettre sur le compte des dommages collatéraux, faisant invariablement partie des risques de guerre. Par conséquent, il ne peut s'agir ici de crime de guerre au sens strict. Ainsi, parce que la description des faits est sujette à ambiguïtés, les fondements de la responsabilité ne sont pas assurés.

À la suite de la difficulté propre à la qualification des faits, apparaît une seconde ambiguïté à propos des poursuites possibles pour des individus ayant avalisé un acte à double effet. Ceci dépend tout d'abord du choix qu'on fait d'accepter ou non qu'un acte à double effet puisse être commis. Chacun des auteurs que nous avons présenté a reconnu une différence morale entre le fait de viser directement et provoquer indirectement la mort de civils. Par contre, leurs positions divergent quant à la conduite à tenir : Thomas d'Aquin refuse d'accepter comme licite un acte dont les effets conjoints ne le sont pas. Sa position permettrait alors d'admettre

que les conséquences de nos actes puissent constituer des crimes, même s'ils ne font pas l'objet d'une intention directe. La connaissance que nos actions entraînent des effets réprouvés est en soi pertinent et suffit pour considérer une responsabilité pour tout acte générateur de double effet interdit. Par contre, dans un contexte de guerre juste, Walzer acceptera de justifier un acte aux effets tragiques, pour autant qu'on fasse l'effort de les minimiser. Sa position permettrait alors d'avancer que la situation de guerre permet une certaine tolérance face aux conséquences indésirables des actions : non seulement il faut être conscient que la guerre entraîne par nature des dommages qu'on préférerait ne pas voir arriver, mais en plus, consentir au sacrifice de certaines vies humaines est parfois une façon d'en préserver un plus grand nombre. Se résoudre à opter pour un acte à double effet représente parfois la solution la plus acceptable. Devant de tels cas, engager des responsabilités pour les conséquences tragiques d'un acte pourrait même constituer une véritable injustice.

II.2 - Acte à double effet et traitement de l'intentionnalité

Chacune des deux positions nous renvoie ainsi à deux formes différentes d'intentionnalité. Thomas d'Aquin considère que le champ de notre volonté commence dès que nous nous représentons les conséquences de nos actes, même si ces conséquences ne sont pas voulues pour elles-mêmes : « puisque la volonté peut, en voulant et en agissant, s'interdire de ne pas vouloir et de ne pas agir, et puisque parfois elle le doit, ne pas vouloir et ne pas agir lui est imputé comme venant d'elle. De cette façon, le volontaire peut exister sans acte; tantôt sans acte extérieur mais avec un acte intérieur comme lorsqu'on veut ne pas agir, tantôt même sans acte intérieur comme lorsqu'on ne veut pas »⁶. Ainsi, il ne suffit pas de ne pas vouloir positivement pour faire tomber l'acte – ou l'omission d'acte qui représentait pour elle un devoir – hors de la sphère de l'imputabilité. Ceci signifie pour le cas de figure qui nous intéresse que, quand bien même l'effet indirect ne procède pas d'un acte positif de la volonté, le fait que l'agent le conçoive comme conséquence de son acte propre, donc comme effet sur lequel il peut avoir un pouvoir (ne pas commettre l'acte à l'origine de l'effet), suffit pour qu'on considère l'effet comme volontaire. Il est alors logique qu'en bout de ligne, on impute l'effet à l'agent comme acte propre et volontaire. L'intentionnalité mise en jeu dans cette

⁶ AQUIN, T., *Somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984-86, Ia, IIae, Pars, Question 6, Article 3

position est une intentionnalité forte, qui ramène au sujet tout ce qu'il est en mesure de concevoir comme conséquences de ses actes et qu'il accepte de laisser advenir.

Chez Walzer, par contre, l'intention est comprise dans un sens plus restrictif qui ne concerne, comme l'indique la définition courante de l'intention que la « représentation que le sujet a de la fin ou du but de son action »⁷. Or, dans l'exemple présenté le but de l'action est clairement la seule destruction d'une cible militaire. L'étude de l'intentionnalité nous autorise alors à faire des distinctions, au sein des conséquences possibles de nos actes, entre les effets visés et ceux qui ne le sont pas, de sorte que la valeur morale des actes que nous commettons porte en priorité sur les premiers et accessoirement sur la bonne volonté que nous manifestons envers les seconds. Ici, le fait qu'on voudrait éviter la mort des non-combattants si on le pouvait autorise à faire sortir leur mort du champ de l'intentionnalité. Ainsi, le modèle Thomiste de l'intentionnalité nous pousse à considérer la mort des civils comme intentionnelle alors que le modèle walzérien nous pousse à la conclusion contraire.

II.3 - De l'intentionnalité à la responsabilité pour actes à double effet

Cependant, si l'étude des enjeux des actes à double effet nous permet de dégager deux modèles différents d'intentionnalité, nous ne pouvons encore nous prononcer sur les conséquences que cela implique en termes de responsabilité. En effet, est-ce que nous sommes face à deux modèles dont l'un seulement est susceptible de fonder des poursuites ou bien est-ce que ces deux conceptions de l'intentionnalité sont susceptibles d'entraîner des responsabilités ?

Lorsque l'intention n'est pas un élément nécessaire de la responsabilité (comme dans le cadre de la responsabilité civile, qui est une responsabilité objective), les responsabilités s'étendent aussi loin que la chaîne de causalité reliant le dommage à son origine. Bien que le droit ne le formule pas directement, il ressort clairement de l'examen des articles de jurisprudence, que la chaîne se poursuit tant que l'effet était contenu de manière nécessaire dans la cause précédente. Ainsi, le responsable d'un dommage peut aussi être rendu responsable de tous les préjudices – physiques et moraux – subis par ce que le droit civil français nomme « les victimes par ricochet ». Par exemple, un lien de causalité a été admis entre l'accident de la

⁷ *Encyclopédie Philosophique Universelle*, vol.II Les Notions Philosophiques, (S. AUROUX dir.), article « Intention », Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2002, Tome 1, p.1345

circulation ayant blessé un hémophile et la contamination de celui-ci par le virus VIH suite à une transfusion nécessitée par l'accident⁸. Cependant, aucun lien de causalité n'a été reconnu entre le fait de l'auteur d'un accident de la circulation et le décès de la victime, succombant à une crise cardiaque en poursuivant l'automobiliste fautif⁹. En effet, si dans le premier cas la transfusion était directement commandée par l'accident sans que la victime ait pu raisonnablement la refuser, dans le second cas, rien n'obligeait la victime à se lancer à la poursuite de l'automobiliste. Dès lors, en droit civil français, la responsabilité d'un agent s'étend à tous les préjudices occasionnés par toutes les conséquences découlant nécessairement de ses actes. Nous sommes alors responsables, sur ce modèle, de tous les dommages dont un fait qui nous appartient est la cause directe et certaine. Par conséquent, si un acte à double effet fait l'objet d'une poursuite civile, l'agent sera bien responsable pour ce qu'il visait et pour tous les effets conjoints.

Il en va autrement dans les types de responsabilité qui reposent sur la prise en compte de l'intention, comme c'est le cas pour la responsabilité morale, ou au niveau juridique pour la responsabilité pénale. L'intention, sans être pour autant le seul, est bien un élément central de l'évaluation de la responsabilité subjective. L'intention considérée dans la responsabilité subjective est d'acception assez large et peut donner lieu à des qualifications des faits différentes. Par exemple : ce qui fait la distinction entre un « meurtre avec préméditation » et « un homicide involontaire » est clairement le degré d'intention qui est rentré dans la commission de l'acte. Il n'est pas non plus indispensable que l'individu ait une représentation précise des conséquences de ses actes pour donner lieu à des responsabilités. Les effets que l'individu était en mesure de se représenter peuvent aussi être pris en considération. C'est pourquoi nous pouvons voir apparaître des responsabilités pénales pour « imprudence » ou pour « négligence ». Ne pas vouloir la mort d'un individu mais avoir un comportement lui faisant prendre des risques parce qu'on ne porte pas assez attention aux conséquences possibles de nos actes est en soi susceptible d'une mise en cause. Ici, le vocabulaire juridique évoque une *mens rea* ou « chose présente dans l'esprit ». Ceci désigne la représentation globale que l'individu se fait de l'acte qu'il commet : ce qu'il vise, les intentions avec lesquelles il le fait, la valeur qu'il donne à son acte, la représentation et la compréhension des conséquences possibles, ce qu'on résume généralement par le terme « en toute connaissance de cause ». Ainsi, pour deux actes en tout point identiques, la *mens rea* d'un adulte ne sera

⁸ Civ 1^o, 17 février 1993 : préc.

⁹ Crim. 15 avril 1967 : Gaz.Pal 1967.1.343

pas la même que celle d'un enfant ou d'un adolescent, et c'est pourquoi les sujets immatures ou mentalement déficients ne peuvent logiquement subir des peines d'emprisonnement. Par exemple, pour deux massacres de civils identiques en actes (soit dans *l'actus reus*), la *mens rea* d'un enfant soldat ne sera pas la même que celle d'un soldat adulte. C'est que le premier, même s'il a agi volontairement, n'est pas comme le second en mesure de comprendre toute la signification de ses actes.

Ainsi, si la responsabilité peut admettre tous les degrés d'intention et même se porter sur des actes où aucune intention de nuire n'est observée, il est tout à fait possible d'admettre une responsabilité pour l'effet indésiré d'un acte intentionnel, *a fortiori* lorsque cet effet est clairement représenté et librement consenti. Ce qui pose problème dans le cas de l'acte à double effet, c'est que sans être directement poursuivie, la mort de civils lors d'un bombardement d'une cible militaire n'est pas non plus une surprise. Il n'est donc pas non plus possible d'avancer qu'elle soit totalement hors de l'intention. Il s'agit ici d'un sacrifice, parce que mis en balance avec certains avantages. Dans le contexte précis de la guerre, ce n'est donc peut-être pas tant le contenu de l'intention qui serait susceptible de nous faire conclure, avec Walzer, que certaines situations de double effet sont justifiées. Nous avons vu que certains actes, bien qu'en théorie répréhensibles, disposent parfois d'un contexte pouvant suspendre les responsabilités (par exemple la légitime défense ou l'état de nécessité que nous avons examinés plus haut). De la même manière, le contexte plus que le contenu de l'intention peut parfois nous pousser à considérer que les décideurs avaient des raisons valables d'ordonner un acte dont l'un des effets pourrait constituer un crime s'il était voulu pour lui-même. Walzer, dans le cadre de la guerre juste, évoquerait la moralité du but poursuivi. Dans un cadre pragmatique, on pourrait aussi évoquer la seule nécessité militaire à combattre l'ennemi.

Bilan

La difficulté à déterminer quelles conséquences entraîne un acte à double effet en termes de responsabilité repose sur une double difficulté. D'un point de vue objectif, la chaîne d'imputabilité qui relie nos actes aux dommages s'étend aussi loin que les conséquences nécessaires de nos actions. Dans notre exemple, le bombardement de la cible militaire est directement relié par une chaîne causale à la mort d'un certain nombre de civils. De ce point

de vue, il serait justifié de dire que ceux qui sont à l'origine du bombardement sont aussi responsables de la mort de ces civils. D'un point de vue subjectif par contre, lorsque nous portons attention à la *mens rea*, toucher des civils sans que leur mort soit recherchée pour elle-même ou les viser directement constitue bien une différence. Dans le champ juridique, provoquer indirectement ou laisser arriver des dommages peut donner lieu à des poursuites pénales : il n'est pas absolument nécessaire qu'un acte soit intentionnel dans le sens le plus fort du terme pour que des responsabilités soient posées. Si le droit international humanitaire ne se prononce pas explicitement sur cette question, c'est que la possibilité des poursuites reste, au moins virtuellement, ouverte. C'est alors vers la responsabilité morale que nous allons nous tourner pour fonder d'éventuelles poursuites judiciaires, car dans le champ moral, pour reprendre les termes de Philippa Foot, causer la mort de personnes protégées par le biais d'une intention directe ou par le biais d'une intention oblique fait bien une différence morale. Dans le premier cas, cette mort est voulue, dans le second, elle est consentie.

Les situations de double effet sont bien des cas limites, qui nous permettent de tester les fondements de la responsabilité. Interroger les responsabilités possibles en cas d'actes à double effet fait intervenir plusieurs conceptions et permet de défendre plusieurs conclusions possibles en termes de responsabilité. Nous voudrions maintenant tenter d'aller un peu plus loin, en interrogeant les théories morales de la responsabilité ayant traité cette question de la différence possible entre vouloir un mal et consentir à un mal. Plus précisément, nous allons examiner la distinction entre « tuer » et « laisser mourir » et observer quelles conséquences en sont tirées au niveau des responsabilités. De là, nous pourrions peut-être clarifier le traitement adéquat que nous pourrions réserver au niveau juridique aux conséquences non voulues des actes que nous posons.

L'apport de la distinction entre « tuer » et « laisser mourir » pour penser l'imputabilité de deux cas limites : la non-intervention et les situations de « double effet »

Nous venons de montrer qu'il était difficile de déterminer si les cas de non-intervention d'une part, et les cas de maux commis de manière indirecte d'autre part, permettaient vraiment ou non des poursuites pour crimes de guerre. La réponse que l'on souhaite donner dépend dès lors des principes de responsabilités que l'on souhaite adopter. Ainsi, veut-on admettre une responsabilité fondée uniquement sur un acte positif, ou également sur une omission rigoureusement établie, voire de manière plus large sur un manquement ? Doit-elle intégrer une conception large ou étroite de l'intentionnalité ? Nous voulons-nous responsables au regard de nos actes ou au regard des maux auxquels nous concourons ?

Pour avancer plus loin dans la compréhension de ces principes, il peut être utile de nous pencher vers les résultats d'un débat récent : la distinction entre « tuer » et « laisser mourir », désignée également dans la tradition analytique comme doctrine du « *doing and allowing* ». Cette doctrine morale insiste sur la distinction entre faire un mal et autoriser un mal, et propose d'en tirer des conclusions en termes de responsabilité. Peut-être trouverons-nous ici, sans doute pas de quoi résoudre toutes les difficultés, mais au moins de quoi faire avancer la compréhension de ces questions et de penser la responsabilité pour crimes de guerre à nouveaux frais.

Nous allons donc, dans un premier moment, exposer les débats sur la distinction possible entre « tuer » et « laisser mourir », puis nous tenterons d'appliquer les résultats de cet examen aux deux cas limites qui nous occupent : la non-intervention d'abord, les effets indésirables d'un acte recherché ensuite.

I - Débats autour de la distinction morale entre « tuer » et « laisser mourir »

Le débat au sujet d'une possible distinction morale entre « tuer » et « laisser mourir » se scinde en deux grandes tendances : ceux qui considèrent qu'il y a une différence morale entre tuer et laisser mourir et ceux qui considèrent qu'il n'y a pas intrinsèquement de différence morale entre les deux. Les premiers, parmi lesquels Richard L. Trammell¹, Daniel Dinello² ou Frances Myrna Kamm³, le font souvent sur la base d'une différence entre d'un côté un acte positif, voulu et posé, et de l'autre côté une absence d'action et même souvent une absence de volonté. Les seconds, moins nombreux, parmi lesquels James Rachels⁴, considèrent que si notre intuition première nous fait sentir une différence entre les deux situations, c'est de manière trompeuse, et que les deux sont moralement équivalentes.

Nous allons, pour tenter d'éclairer ces positions, nous pencher sur l'examen d'un auteur de chaque obédience : d'abord Richard L. Trammell, ensuite James Rachels.

I.1 - Tuer est pire que laisser mourir : Richard L. Trammell

Pour Richard L. Trammell, il y a bien une différence morale entre tuer et laisser mourir qui fait du premier un acte pire que le second. Dans son article « *Saving Life and Taking Life* »⁵, Trammell part de deux devoirs distincts : celui de ne pas tuer et celui d'aider quelqu'un qui serait en danger de mort (soit de ne pas le laisser mourir). Il remarque que ces deux devoirs ne sont pas de même nature : « ne pas tuer » ne demande aucune action particulière de la part

¹ TRAMMELL, R., L., « Saving Life and Taking Life », *Journal of Philosophy*, LXXII (1975), p.131-137

² DINELLO, D., « On Killing and Letting Die », *Analysis*, 31 (1971), pp.83-86

³ KAMM, F., M., « Harming, Not Aiding and Positive Rights », *Philosophy and Public Affairs*, vol.15, n°1, (Winter 1986), pp.3-32

⁴ RACHEL, J., « Killing and Starving to Death », *Philosophy*, 54 (1979), pp.159-171

Il existe une version traduite par Dominique Buysse dans *La responsabilité*, NEUBERG, M., (dir.), Paris, PUF, 1997, p.195

⁵ Voir note 1

d'un agent, c'est donc un devoir qu'il qualifie de « négatif » ; alors qu'« aider » demande une action positive de la part de l'agent et constitue à ce titre un devoir « positif ». De là, Trammell considère trois arguments à l'appui de l'idée que l'obligation de ne pas tuer est plus forte que l'obligation de sauver, et par conséquent que la responsabilité pour avoir tué est plus grande que la responsabilité pour n'avoir pas cherché à sauver.

Le premier argument s'appuie sur l'idée que lorsque nous avons un devoir, sauf cas particulier, il s'adresse à tout le monde. Or, devoirs négatifs et devoirs positifs se distinguent quant à la possibilité de remplir cette exigence d'universalité. Chacun de nous a envers tous les autres le devoir de ne pas le tuer ; satisfaire la totalité de ces devoirs est possible. Mais le devoir d'aider toutes les personnes qui en ont besoin est impossible à satisfaire. Le devoir d'aider doit donc être moins fort, pour Trammell, que le devoir de ne pas tuer. Si nous voulions y voir deux devoirs de même intensité, il faudrait admettre que l'aide n'a pas de limites : que nous sommes tenus de consacrer tout notre temps et tout notre argent à des œuvres caritatives. Or, cela est absurde, car si un devoir négatif permet d'avoir des activités, des pensées, bref une vie, tout en remplissant mon devoir, un devoir positif comme celui d'aider toute personne qui en aurait besoin contiendrait le non-sens de nous obliger au sacrifice permanent de nos biens, de notre personne et de notre développement. Par conséquent, il est incohérent pour Trammell de donner la même valeur contraignante au devoir négatif de ne pas tuer et au devoir positif de ne pas laisser mourir.

Le deuxième argument pour dire qu'il y a une distinction entre tuer et ne pas aider telle que le premier est pire que le second réside dans un rapport différent à « l'optionnalité ». Ne pas remplir un devoir négatif détruit un bien de manière telle que non seulement je ne remplis pas mon devoir, mais en plus j'empêche toute personne de remplir le sien. Par exemple, si je tue X, je failli à mon devoir négatif de ne pas tenter sa vie. Mais de plus, j'empêche toute personne de remplir envers lui son devoir négatif de ne pas le tuer. À l'inverse, ne pas remplir un devoir positif ne prive personne de la possibilité de remplir le sien. Si je n'aide pas Y qui a besoin d'aide, mon voisin le fera peut-être. Un devoir positif que je ne remplis pas est alors un devoir laissé en suspend, que quelqu'un d'autre pourra remplir, voire que je pourrais moi-même remplir plus tard. Ce n'est donc pas avec la même immoralité que je failli à un devoir négatif et à un devoir positif, l'un n'a donc pas le même poids moral que l'autre.

Le dernier argument s'appuie sur la différence de responsabilité attachée aux devoirs négatifs et aux devoirs positifs. Si X tue Y, X est clairement responsable de la mort de Y. Par contre, Trammell considère que lorsque X ne se porte pas au secours de Y, la responsabilité de X est variable et dépend de son degré d'implication dans la situation qui a entraîné pour Y le besoin

d'être sauvé. Ainsi, plus on est responsable de la mauvaise fortune que subit Y, plus on a envers lui de responsabilité si l'on ne cherche pas à l'en soulager. Cette distinction entre une responsabilité pleine et entière pour avoir failli à un devoir négatif et une responsabilité graduelle pour avoir failli à un devoir positif est bien une preuve supplémentaire, selon Trammell, de la distinction morale qu'il y a entre tuer et ne pas porter secours, comme du fait que le premier soit pire que le second.

I.2 - La distinction entre tuer et laisser mourir n'est pas intrinsèquement pertinente : James Rachels

Si James Rachels considère l'argumentation de Richard L. Trammel comme la meilleure à l'appui de cette position, il considère quant à lui que, contrairement à ce qu'on avance généralement, laisser mourir est aussi grave que tuer ; et que par conséquent, il existe un devoir de ne pas laisser mourir tout aussi contraignant que le devoir de ne pas tuer. Rachels reconnaît que ceci est contraire à l'intuition commune, mais il remarque également que notre intuition commune pourrait fort bien ne pas être fiable. De là, il va s'attacher à montrer qu'effectivement nos intuitions concernant la distinction entre tuer et laisser mourir ne sont pas justifiées.

Le premier point de Rachels consiste à démontrer que le fait de laisser mourir est beaucoup plus grave que ce que l'on estime généralement. Pour le soutenir, il s'appuie sur l'exemple d'un enfant que nous laisserions mourir de faim dans notre salon, sans lui porter la moindre assistance. Or, remarque-t-il, c'est exactement ce que nous faisons avec des millions d'enfants dénutris que nous laissons mourir ailleurs sur la planète. Nous pourrions facilement en sauver plusieurs, et nous ne le faisons pas. L'intuition qui nous fait spontanément dire que la première situation est monstrueuse alors que la seconde ne l'est pas autant tient au fait que le premier enfant est proche de nous alors que les autres sont plus éloignés. Or, Rachels remarque que si la distance géographique a peut-être une influence psychologique sur la manière dont nous percevons ces deux cas, elle ne peut pour autant être admise comme facteur moralement pertinent⁶. De la même manière, Rachels abat tous les arguments de type

⁶ D'autres auteurs reprenant le même exemple avancent d'autres éléments pour distinguer les deux cas : il y a *un* enfant dans mon salon, alors qu'il y a *des millions* d'enfants ailleurs. Notre capacité à aider dépend aussi de la manière dont nous considérons la source de besoin comme *individu* ou comme *groupe*. L'explication est-elle alors que nous avons tendance à nous porter plus spontanément vers les maux « rares » ? Peter Singer remarque

quantitatifs voulant que nous soyons moins responsables parce que nous ne pouvons sauver tout le monde, que d'autres peuvent les sauver avec nous, que l'inertie des voisins « camoufle » et banalise la nôtre... Il soutient au contraire que tous ceux qui le peuvent ont bien un devoir de sauver ces enfants, autant qu'ils sont en mesure d'en sauver. Pour Rachels, tous les arguments habituellement avancés à l'appui de la distinction entre les deux situations peuvent bien avoir une incidence psychologique, mais échouent à justifier ce que nous dit la morale ordinaire : qu'il serait pire de laisser un enfant mourir dans son salon que de laisser mourir des millions d'autres enfants ailleurs. Par conséquent, il faut bien admettre que laisser mourir est bien plus grave que ce qu'on reconnaît généralement, que dans certains cas ce peut être aussi grave que de tuer. On ne peut donc admettre que tuer soit intrinsèquement et dans tous les cas un acte moralement pire que laisser mourir. Il faut donc remettre en cause, ici, la fiabilité de nos intuitions morales.

Le second point de Rachels est de dire que les raisons pour ou contre de laisser mourir quelqu'un sont les mêmes que les raisons pour ou contre de le tuer, dans les deux cas, la personne perd la vie. Par conséquent, on peut conclure par généralisation inductive que tuer et laisser mourir sont équivalents. Les objections, notamment celles voulant qu'il y ait une différence morale entre le fait de *faire* quelque chose et le fait de *s'abstenir* de faire, ne sont pas recevables pour Rachels. D'abord parce qu'en s'abstenant, on fait quand même quelque chose : quand on laisse mourir, on ne fait pas rien, justement : on *laisse mourir*. Ensuite, même à supposer que laisser mourir soit une « non-action », il faudrait encore prouver que la responsabilité ne s'applique pas aux « non-actions » pour en tirer une distinction morale. Ainsi, on peut admettre qu'il n'y a pas de réelle distinction morale entre tuer et laisser mourir.

Nous venons de voir deux argumentations opposées, il nous faut maintenant examiner si ces deux points de vue peuvent ou non nous permettre d'apporter un éclairage différent quant aux cas de non-intervention et aux situations de double effet.

que ce facteur ne semble pas très cohérent et que ce qui revêt une importance morale est bien plus la somme de bien que nous sommes capable de donner que le nombre de maux qui existent.

II - Application de la distinction aux cas limites

Le premier éclairage que l'opposition entre « tuer » et « laisser mourir » pourrait nous apporter pour penser des cas de non-intervention pour crime de guerre et des situations de double effet serait de nous aider à proposer la meilleure description pour chacune des situations. Pour ce faire, nous pouvons par exemple nous tourner vers Bart Gruzalski⁷, qui propose trois critères permettant de déterminer si nous sommes dans un cas où l'on tue ou dans un cas où l'on laisse mourir :

X laisse Y mourir si et seulement si :

- a) X a agit ou s'est abstenu d'agir
- b) Y meurt
- c) De toutes les actions possibles que X pouvait se proposer, presque toutes seraient suivies de la mort de Y

Dit autrement, le comportement de X n'est pas directement relié à la mort de Y. L'ordre des choses indique des destins parallèles, Y marche vers sa mort sans que X ait provoqué d'aucune manière cet état de fait. Mais parmi les actions possibles dans la vie de X, il y a aussi celle de se sentir concerné par le destin de Y, il peut alors choisir d'intervenir. Donc, la mort de Y survient dans la majorité des actions de X, sauf quelques unes : celles où il intervient.

La description du cas où l'on tue est sensiblement différent :

X tue Y si et seulement si :

- a) X agit
- b) Y meurt
- c) De toutes les actions possibles que X pouvait se proposer, relativement peu d'entre elles auraient entraîné la mort de Y

Ici, par contre, le comportement de X est directement lié à la mort de Y. Le cours normal de la vie n'aurait pas entraîné la mort de Y si X ne s'en était mêlé, et c'est pourquoi Bart Gruzalski pose que seules certaines actions de X auraient entraîné la mort de Y.

Ainsi, dans les deux cas, on a au départ un parallélisme des destins de X et de Y, dans le premier, le destin de Y est de mourir, sauf si X intervient, dans le second c'est l'inverse : le destin de Y est de vivre, sauf si X intervient.

⁷ GRUZALSKI, B., « Killing by Letting Die », *Mind*, New Series, vol.90, n°357, (Janvier 1981), pp.91-98

Dès lors, pouvons-nous transposer ces critères au cas des situations telles que la non-intervention et les situations de doubles effets ?

II.1 - Application de la distinction entre tuer et laisser mourir au cas de la non-intervention

Nous l'avons vu, ne pas intervenir, c'est schématiquement ne pas interférer dans une situation où un crime de guerre est en voie de se commettre. Nous pouvons donc proposer la description suivante :

- a) Un État, une organisation ou même dans certains cas une personne seule qui n'interviennent pas omettent d'agir
- b) Un crime de guerre est commis
- c) De toutes les actions possibles que ces entités pouvaient se proposer, toutes ou presque seraient suivies de la commission de crime. L'ordre du monde marche vers la commission du crime, sauf si ces agents interviennent

Selon ce modèle, nous sommes bien face à un cas où nous pouvons dire que les agents ont « laissé » un crime de guerre se commettre. Notons tout de même, ce que ne fait pas Gruzalski, que ceci n'a de sens qu'à partir du moment où l'on reconnaît une capacité de l'agent à intervenir. Le fait pour un agent de ne pas chercher à empêcher un crime de guerre tombe effectivement sous le coup d'actions que nous aurions laissées arriver seulement à partir du moment où nous reconnaissons qu'il y avait moyen pour l'agent d'intervenir dans la situation donnée. Là où il n'y avait aucun moyen d'intervenir, on ne peut pas considérer qu'il a « laissé faire ». James Rachels souligne d'ailleurs cette distinction : « ne pas sauver » n'est pas équivalent, remarque-t-il à « laisser mourir ». Par exemple, Staline est mort, je ne l'ai pas sauvé, on ne peut pour autant dire que je l'ai laissé mourir. Dès lors, dans la première section, nous avons restreint la question de la responsabilité pour non-intervention aux acteurs qui auraient été en mesure d'intervenir ; c'est ce qui nous permet ici de préciser que le cas de la non-intervention face à un crime de guerre est bien un cas où l'on « laisse mourir » et pas uniquement un cas où l'on « n'a pas sauvé ».

Deux conclusions s'offrent alors à nous : ou nous souhaitons soutenir la première position, posant que tuer est pire que laisser mourir, ou nous souhaitons soutenir la seconde position, posant que les deux sont moralement équivalents. Dans le premier cas, nous allons conclure

que si responsabilité il y a pour les crimes de guerre commis, ce ne peut être avec la même force que la responsabilité de ceux qui les commettent. On peut bien demander raison aux acteurs internationaux pour n'être pas intervenus, mais cela est du même ordre que ne pas envoyer d'argent aux personnes qui meurent de faim dans des pays lointains, C'est comme le pose Philippa Foot « quelque chose de mal ». Sous ce point de vue, il existe bien une responsabilité morale pour non-intervention et il serait légitime que les acteurs qui ont laissé un crime de guerre se commettre soient mis en question et en rendent compte sur la scène internationale. Pour autant, laisser advenir un crime de guerre et le commettre devrait admettre deux degrés distincts de responsabilités. Si l'on souhaite passer au stade de la mise en cause juridique, ce devrait être deux chefs d'inculpation distincts, on pourrait penser par exemple une « non-assistance à personne victime d'un crime de guerre », nécessairement moins sanctionné que la commission du même crime. Ce point de vue serait alors un argument à opposer aux conceptions de la responsabilité voulant qu'on soit responsable, de manière à peu près équivalente, dès lors que notre acte concoure à un tort causé. Certes il y a bien, dans le fait de laisser un crime se commettre, une responsabilité morale, mais qui ne peut être du même ordre au niveau juridique que la responsabilité de celui qui le commet directement. En effet, si « laisser mourir » n'est pas la même chose que « tuer », alors l'omission qui se trouve à l'origine de la non-intervention, en restant indépendante du « destin » vers lequel l'ordre du monde fait marcher la victime, ne peut être contributive du crime. Ce serait alors abusivement que nous remonterions une chaîne d'imputation du crime commis jusqu'à une omission fondatrice de responsabilité.

Par contre, si nous souhaitons soutenir que « tuer » et « laisser mourir » sont deux comportements moralement équivalents, alors la responsabilité de celui qui n'intervient pas pour empêcher qu'un crime de guerre de se commette a autant de poids que la responsabilité de celui qui le commet. Dès lors, la responsabilité de celui qui n'intervient pas ne peut rester au seul niveau moral si la responsabilité de celui qui commet le crime peut donner lieu à une réponse juridique. La justice exigerait que l'un et l'autre soient poursuivis sur la scène internationale et sanctionnés avec la même force. À nous ensuite de nous arranger des conséquences pratiques de notre position : poursuivre tous ceux qui avaient un pouvoir minimal d'intervenir, et si ce n'est pas possible, renoncer à ce que la justice soit complètement rendue.

II.2 - Application de la distinction entre tuer et laisser mourir au cas des actes à double effet

Dans les situations de double effet, par exemple provoquer la mort de civils en visant des cibles militaires, la description est différente :

- a) Le commandement militaire agit : il bombarde une zone
- b) Des civils meurent
- c) De toutes les actions possibles du commandement militaire, *combien* pouvaient conduire à la mort des civils ?

Le passage par les débats entre « tuer » et « laisser mourir » dégage ici une difficulté : celle de déterminer si les situations de double effet sont des cas où l'on tue ou des cas où on laisse mourir. En effet, ce qui ferait la différence pour notre exemple, si l'on suit le modèle de Gruzalski, serait l'occurrence des actions de X suivies de la mort de Y. Or, on peine à déterminer clairement dans quelle mesure des civils qui vivent à proximité de cibles militaires marchent plutôt vers un « destin de vie » ou vers un « destin de mort ». Spontanément, nous serions portés à conclure que le bombardement des civils est bien une action de tuer : le destin de base d'un être vivant est de vivre, et les civils auraient continué à vivre leur vie si le commandement militaire n'avait pris la décision d'un bombardement. Leur mort est bien directement liée à la décision d'un agent ayant induit une nouvelle chaîne de causalité. Mais en même temps, la décision de l'agent n'a jamais été de tuer ces civils, la fin visée était tout autre. Si les civils meurent, c'est d'abord en raison de leur position géographique. Or, n'était-il pas probable, puisque nous sommes en conflit armé et compte tenu de la proximité d'un site stratégique, que celui-ci serait un jour ou l'autre attaqué ? Il semble alors possible de retourner le postulat de départ et de dire que vu les risques pris en restant près des zones stratégiques, le destin des civils dans ce contexte était plutôt de mourir. Si la marche du monde va le plus probablement vers la mort des civils, alors nous sommes bien dans une situation où on les a laissés mourir, plus que dans une situation où on les tue. Les deux descriptions semblent cohérentes. Y a-t-il alors moyen de trancher ?

Nous pouvons faire un pas de plus en remarquant que dans les deux descriptions, le sujet de « tuer » et celui de « laisser mourir » ne concordent pas tout à fait. Car finalement, qui laisse mourir ? Si le « destin de mort » des civils est déterminé par leur position géographique, alors ceux qui laissent mourir sont d'abord tous ceux qui ne sont pas intervenus pour les déplacer bien qu'ils en aient eu les moyens, voire le devoir. Par conséquent, le premier sujet de ce « laisser mourir » n'est pas tant le commandement militaire qui a pris la décision de

bombarder et qui, en tant qu'ennemi, n'a pas de pouvoir sur les affaires internes du camp opposé, mais plutôt l'État ou l'autorité à laquelle appartiennent ces civils. Ce sont eux qui sont censés, dès le temps de paix, construire les installations susceptibles de devenir des cibles militaires en cas de conflit armé à bonne distance des lieux habités, ce sont eux encore qui sont censés déplacer les civils loin des zones dangereuses si un bâtiment civil a dû être réquisitionné pour des besoins militaires, devenant ainsi une cible potentielle. Par conséquent, il apparaît clairement que les responsables des civils qui n'ont pas rempli leur devoir de protection (ce que leur demande d'ailleurs le droit international humanitaire) et qui les ont laissé résider à proximité des cibles probables d'attaques, les laissent mourir. Ainsi, si nous dégageons une responsabilité liée au fait d'avoir laissé mourir, elle concernera également l'entité qui avait autorité sur les civils pris dans une situation de double effet. Par contre, l'ambiguïté demeure face à la description de l'acte de celui qui décide de bombarder la zone. Selon la description de Gruzalski, nous devrions dire qu'il a laissé mourir les civils. En effet, n'étant pas la cause de leur présence sur les lieux ni n'ayant le pouvoir de les en déplacer, nous devrions conclure qu'il les a laissés mourir. Mais si l'on s'écarte de Gruzalski, on peine à faire abstraction du fait que c'est directement la décision de bombarder qui entraîne la mort des civils et que, dans la mesure où celui qui prend cette décision le sait pertinemment, il fait plus que « laisser mourir ». Le passage par l'opposition entre « tuer » et « laisser mourir » nous permet donc de progresser dans la compréhension de ce qui se joue dans notre exemple de situation de double effet. Si nous ne pouvons clarifier complètement ce cas limite, du moins les débats nous permettent-ils de le penser à nouveaux frais.

Ainsi, la difficulté à déterminer si l'effet négatif d'un acte à double effet relève du cas où l'on tue ou du cas où on laisse mourir a plus ou moins de conséquences en termes de responsabilités. Si l'on souhaite soutenir que « tuer » et « laisser mourir » sont deux actes moralement équivalents, alors il importe peu de savoir si l'effet négatif relève de l'un ou de l'autre. Du moment qu'on admet que celui qui bombarde une cible militaire, au minimum, laisse mourir les civils (ce qu'il fait en ne retenant pas son bras en toute connaissance de cause), alors il en est responsable, avec la même force que s'il les avait tués directement. Seule la justification de la mise en cause de la responsabilité prendra des chemins différents si l'on admet qu'il les tue ou qu'il les laisse mourir. La conséquence pourrait alors être de dire que le résultat doit être le même au niveau de la mise en cause de la responsabilité et au niveau des poursuites juridiques possibles. Mais ceci serait vrai si le niveau juridique était le reflet exact de ce qui se passe au niveau moral. Or, ce n'est pas le cas. Poser que deux actes

sont moralement équivalents n'implique pas qu'ils feront l'objet des mêmes poursuites et surtout de poursuites sous le même chef. Notamment, ce qui pourrait bien apparaître comme crime dans un contexte « classique » peut ne pas être considéré comme « crime de guerre » une fois transposé dans le contexte de guerre. Peuvent intervenir des éléments modifiant la responsabilité, comme par exemple le principe de nécessité militaire. Dès lors, des facteurs extérieurs peuvent intervenir pour justifier que deux actes jugés de même valeur au niveau moral reçoivent des traitements différents une fois repris en charge par le droit. Le fait d'admettre que laisser mourir ces civils et les tuer soit moralement équivalents n'autorise donc pas à admettre que laisser des civils mourir sous les bombes relève du même acte que les prendre directement pour cible. Si le second est admis comme crime de guerre, soutenir l'équivalence morale n'autorise pas pour autant à qualifier analogiquement le premier de crime de guerre.

Par contre, si l'on souhaite voir une différence morale entre « tuer » et « laisser mourir », alors il y aura bien une différence de responsabilité morale attachée aux effets négatifs des actes à double effet, dépendant directement de la description de l'acte. La conséquence du fait que nous ne parvenons pas à trancher entre les deux descriptions est de montrer que, justement, les deux sont susceptibles de fournir une justification à la mise en cause ou à l'absence de mise en cause des responsabilités. Poursuivre celui qui bombarde une cible militaire en sachant pertinemment qu'il va toucher des civils pourrait de manière tout à fait cohérente être qualifié de crime de guerre et donner lieu à des poursuites. Mais celui qui voudrait défendre le contraire le pourrait également, sur des bases non moins solides. Par conséquent, l'apport de l'étude des responsabilités morales attachées au débat est justement d'attirer notre attention sur le fait que nous sommes typiquement devant un cas où l'on peut, en toute bonne foi, défendre une position et son contraire. Ceci a alors des conséquences au niveau pratique, car il convient alors d'être conscients du fait que les situations de double effet peuvent soutenir des visions différentes de la responsabilité. Par suite, il est important de nous souvenir que les lieux d'ambiguïtés de la responsabilité peuvent aussi devenir pour les moins honnêtes, les lieux de la récupération politique et de la manipulation.

Enfin, au niveau de la pensée des responsabilités, la conséquence des débats sur l'opposition entre « tuer » et « laisser mourir » a été de mettre à jour et de fonder la responsabilité d'autres agents que ceux qui décident de commettre un acte à double effet. Il est clair ici que l'autorité qui, en toute connaissance de cause, laisse des civils à proximité de cibles stratégiques potentielles sans chercher à les déplacer les laisse bel et bien mourir. Par conséquent, la responsabilité de cette autorité doit-elle aussi être engagée. Le degré dépendra ensuite de la

description qu'on souhaite donner à la situation et de l'importance qu'on souhaite donner, en termes de responsabilités, au fait de laisser mourir dans un tel contexte.

III – Évaluation des débats

Nous venons de montrer comment les deux positions opposées quant à l'équivalence entre « tuer » et « laisser mourir » en termes de responsabilité pouvaient permettre de penser les situations de non-intervention et celles de double effet à nouveaux frais. L'une et l'autre de ces positions permettent de soutenir des conclusions différentes quant aux responsabilités engagées. Peut-être pouvons-nous maintenant proposer de déterminer vers quelle position nous pensons devoir nous tourner préférentiellement. La logique de l'argumentation nous demande d'examiner les arguments de la position voulant que « tuer » et « laisser mourir » soit équivalents. C'est en effet la position la plus difficile à solidifier : si nous montrons que les arguments sur lesquels elle repose sont erronés, nous pourrions en conclure à une différence morale entre tuer et laisser mourir. Par contre, nous pourrions abattre un à un et sans recours possibles tous les arguments à l'appui de la différence morale, cela ne nous permettrait pas pour autant de conclure à l'équivalence. La logique de notre examen suppose donc que ce soit les arguments de James Rachels que nous évaluons.

III.1 - Argument selon lequel la distance géographique n'est pas pertinente

Commençons par examiner son premier argument, qui consiste à dire que ce qui distingue fondamentalement l'exemple de l'enfant que je laisse mourir de faim dans mon salon et celui que je laisse mourir de faim à l'autre bout du monde est la distance géographique et que cette distance géographique ne peut être considérée comme un élément moralement pertinent. Il nous semble, au contraire, que cette distance géographique soit bel et bien un élément moralement pertinent, et ce, pour deux raisons :

Tout d'abord, parce que cela fait une différence au niveau de la connaissance : nous avons la pleine connaissance des souffrances que nous avons sous les yeux, alors que les souffrances qu'on ne connaît que de manière théorique, à distance, conservent une part d'abstraction et de phantasme. Et effectivement, même si la misère existe, et dans une large part, sous nos latitudes, elle n'atteint qu'exceptionnellement les niveaux dramatiques et manifestes de

privations qu'elle atteint souvent sous d'autres cieux. D'une manière générale, il est toujours difficile de concevoir dans leur pleine mesure les situations dramatiques dans lesquelles se trouvent parfois plongés nos semblables. Il semble qu'à ce niveau, l'imagination humaine soit plus portée à fantasmer les avantages attachés à la position d'autrui qu'à réaliser la pénibilité de sa situation. Est-ce qu'il n'y aurait pas, alors, une tendance bien humaine des habitants des pays plus riches, à ne pas réaliser que d'autres sont en train, au même moment, d'agoniser par manque de nourriture, et ce, d'autant qu'ils n'ont pas d'exemples similaires chez eux ? Nous pouvons en effet l'envisager, et le fait qu'il soit fréquent que des personnes ayant visité des pays pauvres reviennent en se déclarant « transformés », parce qu'ils ont « enfin ouvert les yeux » sur la pauvreté et « la chance que nous avons de vivre en occident » semble indiquer qu'effectivement, une forme d'aveuglement collectif est pensable. Cela dit, si la question de la connaissance est à prendre en considération, elle n'est pas suffisante, car il faudrait alors dire que tous ceux qui ont fait un voyage en pays pauvre sont alors des monstres s'ils ne décident pas sur le champ de consacrer le reste de leur vie à soulager la faim dans le monde. Cet argument de la connaissance resterait un argument assez faible contre l'argumentation de Rachels si c'était le seul que nous puissions mettre en avant.

Nous pouvons ensuite considérer un second argument, découlant du premier, et qui permet de dire que la distance fait une distinction morale dans les deux exemples : c'est la capacité d'empathie du sujet. La souffrance que j'ai sous les yeux n'est pas seulement mieux connue, ma capacité à la *ressentir* est aussi un élément moralement pertinent. François Jullien, au début de *Dialogue sur la morale*, mentionne une anecdote rapportée par Mencius, philosophe chinois du quatrième siècle avant notre ère, qui illustre cette idée :

« Un roi doutait de sa capacité à faire le bien de ses sujets. Pour l'en convaincre, le sage rappelle une anecdote à son propos. Alors qu'il siégeait dans la salle d'Audience, ce roi aurait vu passer au pied des marches un bœuf qu'on menait au sacrifice. Ne pouvant supporter l'air apeuré de l'animal, semblable à un innocent qu'on conduirait au lieu du supplice, il ordonne de le relâcher. « Devrons-nous renoncer au sacrifice ? demandent alors ses officiers. – Impossible répond le roi, vous n'avez qu'à remplacer ce bœuf par un mouton. »

Voilà qui suffit à prouver, conclut le sage, que ce prince est capable d'exercer la royauté. [...] Car pourquoi préférer un mouton à un bœuf, et celui-là n'était-il pas aussi innocent que celui-ci ? Au sage revient d'éclairer ce qui s'est passé dans la conscience du prince [...] si ce dernier a proposé, de façon irréfléchie, de remplacer un bœuf par un mouton, c'est qu'il avait « vu » l'air apeuré du bœuf, tandis qu'il n'a pas « vu » le mouton. Il a été personnellement

témoin de la terreur de l'un : elle a surgi inopinément sous ses yeux, et il n'a pu songer à s'en prémunir ; alors que le sort de l'autre animal n'est resté pour lui qu'une idée. Anonyme, abstraite, et par conséquent sans effet. N'a pas joué le face-à-face de la présence – le regard ouvert sur la terreur de l'autre et qui depuis ne peut se refermer. C'est pourquoi le sacrifice du mouton ne saurait troubler le prince, il l'a rangé par avance dans l'ordre des choses. Tandis que *voir* a suffi à l'émouvoir, et sa logique intérieure s'en est trouvée momentanément ébranlée. Aussi, sous l'inconséquence de la conduite, dont le prince croit avoir à rougir, se décèle en fait ce qui fait son mérite : le prince n'a pas « supporté » de « voir » souffrir, il n'a pas pu assister indifférent au sort de l'autre – même animal. Et cette réaction immédiate, face à l'insupportable, suffirait à prouver son inclination vertueuse. »⁸

Par cette petite fable, François Jullien fait ressortir tous les éléments qui fondent la distinction entre la souffrance qui est vue et celle qui n'est que conçue : la présence, la soudaineté de la souffrance devant laquelle on ne peut ni détourner le regard ni se défendre en rationalisant, son incarnation dans cet être vivant précis, la conscience immédiate de pouvoir quelque chose à son sort. Tous ces éléments font qu'une souffrance qui est vue fait directement appel à notre empathie, ce que ne fait pas nécessairement une souffrance seulement conçue. Or, il y a bien une vertu à être capable d'empathie face à un être vivant qui souffre⁹, c'est au contraire celui qui ne verrait pas de différence entre un enfant qui meurt de faim sous ses yeux et le savoir qu'un enfant meurt de faim quelque part dont nous pourrions mettre en doute le développement moral. Ainsi, sous le rapport de l'empathie, la présence ou la distance de la souffrance fait une vraie différence morale.

III.2 - Argument selon lequel les raisons de tuer et celles de laisser mourir sont moralement équivalentes

De plus, le second point soutenu par Rachels, voulant que les raisons pour et contre de tuer ou de laisser mourir quelqu'un sont moralement équivalentes, peut aussi être critiqué. En effet, ceci n'est valable que si l'on s'en tient uniquement au résultat de l'action ou de l'omission

⁸ JULLIEN, F., *Dialogue sur la morale*, Paris, Grasset, 1995, pp. 9-10

⁹ En 1996, Giacomo Rizzolatti, chercheur en neurologie à l'Université de Parme, mit en évidence l'existence de « neurones miroirs », qui, contre toute attente, s'activent de manière identique lorsque l'individu fait quelque chose, et lorsqu'il regarde quelqu'un d'autre le faire. Ces neurones, sièges de l'identification et de l'empathie, seraient absents chez les psychopathes.

RIZZOLATTI, G., et SINIGAGLIA, C., *Les neurones miroirs*, (trad. de l'italien par M. Raiola), Paris, Odile Jacob, 2008

dans une perspective conséquentialiste. Mais rien ne nous oblige à adopter cette posture conséquentialiste, car le dommage est loin d'être le seul élément qui permette de conclure à la responsabilité de quelqu'un. Son intention de même que ses éventuelles contraintes ont leur importance dans toute responsabilité incluant une dimension subjective. Ici, justement, on peut faire une distinction au niveau de l'intention. On peut avancer que celui qui laisse mourir l'enfant dans son salon, en ne secourant pas une souffrance qui s'adresse à lui, manifeste une intention de laisser mourir l'enfant, et qu'en faisant cela, il n'y a qu'une différence de méthode avec le fait de tuer directement cet enfant. Par contre, nous ne manifestons aucune intention en ce sens en n'envoyant pas d'argent aux ONG pour qu'elles sauvent de la faim des enfants à l'autre bout du monde. En n'agissant pas, je ne fais montre d'aucune intention négative, je ne prouve pas non plus une réelle indifférence. À partir du moment où ce qu'on cherche à combattre est sans fin visible, le champ des possibles reste ouvert. Ce qu'on me reproche alors, en me reprochant de ne pas avoir envoyé d'argent est en fait de ne pas avoir *encore* envoyé d'argent. On ne peut donner un contenu ferme à mon intention, parce qu'en réalité, mon intention est suspendue. Ce n'est donc pas uniquement la distance géographique qui empêche de considérer une équivalence morale entre les deux cas, c'est aussi le rapport au temps. Tuer est un acte irréversible et particularisé : je tue cette personne par action ou par omission, et c'est bien pourquoi l'enfant que je laisse mourir dans mon salon, je le tue : c'est cet enfant qui perd la vie par mon fait et qui ne reviendra pas. Par contre, laisser mourir « les gens qui meurent de faim » en général peut être modifié : j'en ai laissé mourir pendant trente ans, mais maintenant, je décide de m'engager et d'y consacrer ma vie et mes revenus. À partir de maintenant, donc, je ne laisse plus les gens mourir de faim. Ma position est bien réversible. Par conséquent, mon engagement reste dans le domaine du possible, et ce n'est qu'au soir de ma mort qu'on pourra me demander compte, si je ne l'ai fait d'ici là, d'avoir laissé des gens mourir de faim sans jamais leur avoir prêté secours. Certes, nous pourrions dire que j'ai quand même laissé mourir des gens jusqu'ici et que j'ai une forme de responsabilité envers tous ceux qui sont morts avant ma « conversion humanitaire ». Mais à partir du moment où l'on admet que je ne peux pas sauver tout le monde, alors ceux que je n'ai pas sauvés n'ont pas non plus de priorité de principe sur ceux que je pourrai sauver par la suite.

Ainsi, les arguments de Rachels à l'appui de la position voulant que tuer puisse être aussi grave que laisser mourir nous semblent bien devoir être rejetés. Ceci car on peut opérer dans les exemples convoqués où l'on aurait « laissé mourir » un enfant, des distinctions morales telles que les deux exemples ne font en fait plus partie de la même catégorie. Laisser mourir

quelqu'un dans son salon revient à tuer par omission, laisser mourir quelqu'un à l'autre bout du monde n'est pas le tuer. L'un et l'autre ne s'adressent pas à l'agent avec la même force et au final, supposent une différence d'intentionnalité qui oblige à conclure à des différences de responsabilités. Par conséquent, la position voulant qu'il y ait une différence morale entre tuer et laisser mourir nous semble être la plus solide des deux.

Bilan

Interroger ces deux cas limites nous a donc d'abord permis de raffiner notre compréhension de la notion de responsabilité pour crimes de guerre, d'en tester les limites et les zones d'ombres. Le cas de la responsabilité pour non-intervention a ainsi posé la question des composantes de la responsabilité au niveau de l'*actus reus* et par suite de ses limites possibles. Ainsi, dans sa forme la plus claire, la responsabilité suit une action de l'agent ayant entraîné avec certitude un dommage. Parfois, on peut admettre une responsabilité pour des situations moins nettes, en suivant ce que le vocabulaire juridique désigne comme « élément matériel de la faute ». L'élément matériel se développe ainsi : au départ réside l'idée de l'acte (par exemple, la volonté d'empoisonner quelqu'un), puis ont lieu les actes préparatoires (l'achat du poison). Et nous pourrions en rester là, car acheter un poison n'est pas nécessairement un délit, et fantasmer un empoisonnement non plus. L'élément matériel d'un crime débute vraiment avec le commencement d'exécution (mettre le poison dans le verre) et se prolonge dans l'absence de désistement volontaire (laisser la victime boire sans lui arracher finalement le verre des mains). L'infraction peut alors être consommée ou non, indépendamment de la volonté du criminel (la victime meurt ou survit). À chacun de ces stades correspondra un traitement différent de la responsabilité. Désirer un crime n'est pas un crime, la responsabilité débute avec l'élément matériel et s'alourdit au fur et à mesure qu'on persévère dans le crime. Pour que la responsabilité soit engagée, il faut un début d'exécution, c'est-à-dire concrètement que suffisamment d'éléments laissent penser que l'agent n'en serait pas resté au stade du phantasme : par exemple retrouver des engins explosifs, des plans et des preuves de conversation évoquant une attaque dans un groupe manifestement organisé permet d'engager des poursuites avant qu'un attentat n'ait été lancé.

Dans cette structure, la responsabilité pour omission prend le contre-pied de la description « classique » de la responsabilité, car l'élément matériel objectif revêt le paradoxe de résider dans une absence d'action. Or, le monde est plein de toutes les absences d'actions que nous

pourrions penser et qui ne sont pas pour autant des omissions propres à engager la responsabilité. L'omission ne peut alors exister comme omission que parce qu'un certain comportement était impératif dans une situation. Au fondement de l'omission il y a un « tu dois » réciproque au « tu ne dois pas » de l'interdiction. La pierre d'achoppement de la responsabilité pour omission n'est donc pas tant la non-action, que le devoir qui autorise à formuler une non-action. Or, à ce niveau, et malgré la variété des arguments avancés par les auteurs, il ne nous a pas semblé possible de fonder un vrai devoir moral d'intervention qui aurait pu appuyer un devoir juridique pour l'instant non reconnu. Il n'a donc pas été possible de penser la non-intervention pour crimes de guerre sous le paradigme de l'omission. Or, l'omission semble être la limite de la mise en cause des responsabilités. Si l'on souhaitait mettre en cause toute abstention ayant plus ou moins concouru à un crime, on pourrait bien élaborer des jugements moraux. Mais poser un jugement moral n'est pas suffisant pour penser une responsabilité ; *a fortiori* si cette responsabilité doit faire l'objet de poursuites sur la scène internationale. En peinant à fonder un manquement et en peinant à donner à ce manquement un rôle significatif dans la commission du crime, on finit par laisser se déliter tous les éléments de la responsabilité.

De plus, une autre caractéristique vient perturber l'établissement des responsabilités pour non-intervention face à un crime de guerre, même si un cas particulier nous permettait d'établir une omission. C'est que la responsabilité pour non-intervention dans ce cas précis n'a pas la même structure qu'une responsabilité pour non-intervention en général. En effet, il ne s'agit pas seulement ici de penser la responsabilité de celui qui n'a pas agi. Nous ne pouvons faire abstraction, dans le cas du crime de guerre, des raisons pour lesquelles une personne ou un État n'a pas agi. L'un et l'autre sont en effet pris dans une tension qui les pousse à ne pas intervenir : l'individu seul prend des risques pour sa propre vie et souvent celle de ses proches également, l'État est tenu au respect de la souveraineté des autres États, tenu de considérer l'intérêt de ses propres ressortissants... Il ne s'agit donc pas seulement, dans le cas du crime de guerre, de penser la responsabilité du témoin passif qui a regardé d'un œil indifférent une atrocité se commettre sous ses yeux, mais bien de penser une tension interne, pouvant même prendre le visage du conflit de devoir, et qui fait qu'un agent peut avoir des raisons solides de ne pas intervenir. Dès lors, l'examen d'une responsabilité pour non-intervention face à un crime de guerre ne peut faire l'économie d'une balance entre d'un côté ce qui pouvait être attendu de l'agent comme devoir et de l'autre d'éventuelles pressions et devoirs contraires susceptibles d'atténuer, voire d'annuler, sa responsabilité.

Dans ce schéma, le passage par les débats moraux sur l'opposition entre tuer et laisser mourir nous a permis d'apporter à la question un éclairage différent. En faisant une distinction entre « tuer » et « laisser mourir » et en rattachant la non-intervention au second, on confirme que le modèle de responsabilité possiblement mis en jeu ne relève pas de l'omission. Si l'omission renvoie à la commission d'un crime enclenché par une absence de réaction de notre part et à une demande qui nous était adressée en propre (ce qui revient à tuer), ne pas intervenir dans une situation qui s'est développée sans moi et où aucune demande ne m'est faite est bien différent. Nous pouvons alors, à l'appui des débats, faire une distinction entre deux types de « non-assistance » : celle qui suit une demande qui nous est adressée par une bifurcation de la chaîne causale attendue, et celle qui ne suit aucune demande et dès lors peut se penser comme absence d'acte de charité. Ce que semble montrer l'examen est que la non-intervention pour crimes de guerre relèverait le plus souvent de la seconde forme de non-assistance, pour laquelle il est difficile de fonder une responsabilité consistante qui soit plus qu'un jugement de valeur.

De son côté, le cas de la responsabilité dans les situations de double effet a permis de mettre au jour les composantes de la responsabilité au niveau de la *mens rea*, avec ses limites et ses ambiguïtés. La *mens rea* comporte deux éléments : la faculté de compréhension de l'agent et son intention propre. Dans le cas des crimes de guerre, mis à part les cas particuliers où la décision d'un acte à double effet serait échue à un enfant soldat ou un déficient mental (en théorie peu probable), l'élément ambigu réside dans l'intention. En effet, dans le cas de l'exemple de double effet que nous avons suivi, les arguments de la mise en cause de la responsabilité (la connaissance que des civils mourraient si la cible militaire était visée) sont aussi les arguments de la suspension de la responsabilité (ce qui était visé était une cible militaire, ce qui est permis en temps de guerre). Ceci a révélé différents contenus possibles à la notion d'intention. En un sens restreint, une intention peut se borner à ce qui est poursuivi pour soi, en un sens plus large, elle englobe aussi tout ce qui était conçu – voire était concevable – comme conséquences possibles de nos actes. Nous avons montré que les deux points de vue étaient compatibles avec des structures cohérentes de responsabilité de sorte que l'une et l'autre de ces options pouvaient être admises. Nous avons ainsi révélé un lieu où deux argumentations opposées pouvaient être avancées et soutenues devant un tribunal. Ce point est important car il permet d'attirer l'attention sur le fait que les argumentations mobiles, si elles permettent une certaine souplesse, peuvent aussi donner lieu à des injustices dans les traitements des accusés.

Sans doute, comme dans le cas précédent, le contexte de guerre présente-t-il la question de la responsabilité pour actes à double effet sous un jour particulier, car ici aussi, le contexte donne à la responsabilité une tension qu'elle ne contient pas dans un contexte « normal » de paix. La tension se pense ici comme tension entre considérations humanitaires et nécessité militaire, de sorte qu'on pourrait bien admettre une responsabilité pour avoir décidé l'attaque, mais qui serait exonérée en raison d'un « état de nécessité ». Ici aussi, donc, non seulement on peut penser une difficulté à fonder une responsabilité, mais même quand on voudrait l'admettre, on peut encore avancer des éléments déresponsabilisants.

Pour cette question, l'apport des théories morales de la responsabilité liée au fait de tuer ou au fait de laisser mourir est, dans le cas des actes à double effet, de deux ordres : tout d'abord, cela nous a permis de montrer que dans le cas de la guerre, la responsabilité éventuelle pour des effets conjoints ne doit pas toucher uniquement celui qui a décidé de lancer l'attaque. Elle concerne aussi – et peut-être avant tout – celui qui est responsable de la présence des civils sur le site. Au fondement de cette responsabilité, il y a bien un devoir de protection des civils, qui s'adresse moins à l'ennemi qu'à ceux dont ils dépendent. Ensuite, nous avons pu dégager un second élément : que le cas de la guerre est ce qui rend impossible la détermination des responsabilités pour effets conjoints. En temps de paix, les effets conjoints relèveraient du fait de « tuer » et devraient entraîner des responsabilités pour conséquences conscientes d'actes voulus. Mais ici, le contexte vient brouiller les pistes. Par exemple, on ne peut décider avec suffisamment de force si le destin des civils résidant à proximité d'une cible stratégique était de vivre ou de mourir. Par conséquent, ce point de vue ne nous a pas permis de décider si le modèle descriptif le plus adéquat était de dire qu'on les a tués ou qu'on les a laissés mourir. Cette difficulté à poser une description claire est corrélative de la difficulté à qualifier les faits. Or, la qualification des faits est une condition *sine qua non* de la possibilité des poursuites pour crime de guerre, c'est elle qui structure la rédaction de la loi. Par conséquent, si l'on ne peut décrire suffisamment un acte pour rédiger une loi d'interdiction précise, il ne peut selon le principe juridique *non crimen sine lege*, y avoir non plus de crime. Dès lors, parce que l'établissement du crime est problématique et parce que la tension avec la nécessité militaire peut servir d'élément déresponsabilisant à celui qui décide l'attaque, il est impossible de trancher une position normative quant aux suites juridiques des actes à double effet.

Présentation des théories morales de la sanction

Jusqu'ici, nous avons examiné les difficultés de l'imputabilité de crime de guerre sous l'angle de ses modalités internes : quels processus permettent de fonder l'attribution d'un acte précis à un agent précis, quelles responsabilités pouvons-nous reconnaître aux décideurs, aux gradés, aux soldats ou encore aux civils, quelles sont les difficultés propres et les limites de ces jugements d'imputation... Il nous faut maintenant mettre en question la démarche même de l'imputation. Car finalement, quels sont les fondements de ce projet ? Qu'est-ce qui nous autorise à penser qu'il est nécessaire, utile ou encore pertinent de penser l'imputation de crime de guerre dans le cadre d'un procès public, si ce n'est international ? La question de l'imputabilité des crimes de guerre est ainsi la question de la potentialité de l'imputation des crimes de guerre, potentialité entendue dans deux directions : comme possibilité de l'imputation et comme pertinence de l'imputation.

La question de l'imputabilité des crimes de guerre est celle de la possibilité de l'imputation, d'abord, car nous l'avons vu, imputer un crime de guerre, ce n'est pas imputer n'importe quel crime. Nous avons pu nous demander s'il était vraiment toujours possible d'extraire des liaisons d'imputations à partir de situations criminelles dont le ressort est l'action collective ou encore la passivité de témoins. Ces incertitudes quant à l'imputabilité réelle des crimes de guerre nous place face à une tension. D'un côté il apparaît fondamental pour les victimes, les citoyens de pays en guerre et pour la communauté internationale que les actes les plus odieux ne restent pas sans réponse. Mais d'un autre côté, nous nous demandons jusqu'où nous

sommes autorisés à aller pour sanctionner ces crimes. Faut-il, pour rendre justice aux victimes, surpasser les ambiguïtés de l'imputation quitte à parfois prendre « de petits arrangements » avec les principes du droit ou bien faut-il s'en tenir à une conception ferme de la légalité quitte à laisser certains crimes impunis ?

Nous arrivons alors naturellement à nous poser la question de la potentialité de l'imputation des crimes de guerre, potentialité entendue cette fois comme pertinence. Car, si nous pouvons être tentés de poser qu'un crime de guerre, vu son horreur, doit coûte que coûte faire l'objet d'une condamnation (au moins symboliquement dans la poursuite comme acte récusé par l'ensemble de l'humanité, si ce n'est dans la condamnation effective du coupable), nous pouvons également nous poser, dans certains cas, la question de l'impunité. En effet, lorsque les procès finissent par s'enliser, qu'ils buttent sans cesse sur des difficultés de droit, que la révélation publique de certaines atrocités réanime des tensions au lieu de les apaiser ; lorsque au final les procès pour crimes de guerre freinent l'instauration de la paix présente et menacent la pérennité de la paix future, alors se pose sérieusement la question de l'arrêt des poursuites et de l'impunité pour les criminels. Ainsi, entendue dans sa possibilité et par suite dans sa pertinence, l'imputabilité des crimes de guerre n'est pas une question qui va de soi. C'est la question que nous allons donc aborder dans ce dernier chapitre.

Par théorie de la sanction, on comprend généralement les fondements du droit de punir, les raisons de punir ainsi que le calcul des peines applicables au criminel. Nous laisserons ici le premier champ de côté, pour partir du présupposé que la sanction d'un criminel de guerre fait partie des prérogatives de tout État de droit et de la communauté internationale en général. Nous nous intéresserons plutôt aux différents foyers de sens de cette peine et à son calcul. Différents foyers de sens ont été proposés par les penseurs de la peine, qu'on peut schématiquement regrouper sous deux grands ensembles : ceux qui regardent vers le passé et justifient la peine et sa valeur au regard d'un acte accompli par le criminel, il s'agit des pensées qu'on désigne traditionnellement sous le terme de théories rétributives de la peine, et les pensées qui regardent vers le futur et s'attachent prioritairement à justifier la peine par les bienfaits que l'on en attend, il s'agit des théories conséquentialistes de la peine

Nous commencerons, dans une première partie, par examiner plusieurs théories de la sanction afin de déterminer quelles peuvent être les raisons d'être du procès. Puis, nous utiliserons l'apport de ces éclairages pour les appliquer, dans une seconde partie, aux difficultés propres mises en jeu par les procès pour crimes de guerre.

Dans la présente section, nous présenterons donc successivement plusieurs théories se rapportant à chacun de ces points de vues, puis nous envisagerons une pensée de la réconciliation : celle de Hegel.

I - Les théories dites « rétributives » de la peine

D'une manière générale, le rétributivisme désigne cette théorie de la sanction voulant que le fondement de la peine ne soit à chercher nulle part ailleurs que dans le crime commis. Le fait d'avoir commis un crime est l'élément *sine qua non* et suffisant pour dire que son auteur doit subir une sanction appropriée. Il n'y a donc aux fondements de la peine aucune considération d'efficacité sociale. Les pensées rétributives peuvent être distinguées selon deux ressorts de justification : la logique de la loi et les exigences de la moralité.

Le premier ressort du rétributivisme, que l'on pourrait désigner comme « rétributivisme légal », consiste à poser que l'organisation sociale suppose des lois, que le crime est avant tout une négation de la loi, et qu'il convient de réaffirmer celle-ci par la sanction si l'on ne veut pas la voir se déliter sous des violations répétées. C'est une position que nous pourrions identifier par exemple chez Kelsen, pour qui l'ordre normatif de l'État est caractérisé par la force contraignante : « l'acte de contrainte doit être fait précisément lorsque ce n'est pas la conduite prescrite qui se réalise, mais tout au contraire la conduite prohibée, la conduite contraire au droit. C'est précisément en vue de cette hypothèse que l'acte de contrainte que représente une sanction est ordonné »¹. Nulle autre justification à la peine, donc, que cette nécessité logique de rendre les lois opposables pour en garantir l'efficacité. Dès lors que le criminel agit contre la loi, il enclenche contre lui un processus quasi-mécanique de réponse juridique.

Le second ressort du rétributivisme, que l'on pourrait désigner comme « rétributivisme moral » consiste à poser qu'il est justifié, et même requis moralement, que le criminel ayant imposé un mal par son acte doive subir en retour un mal équivalent. L'auteur le plus fréquemment avancé pour cette position est Kant, lequel combine en réalité les deux formes de rétributivisme.

¹ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, (trad. de l'allemand par C. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962 (1934), I,6, p.48

I.1 – Kant : une combinaison du rétributivisme « légal » et du rétributivisme « moral »

Le texte de Kant le plus fréquemment cité sur la question de la peine est le paragraphe 49,E de la *Doctrine du Droit*² sur le « Droit de punir et de gracier ». Le fondement du droit de punir apparaît dès la première ligne : « Le *droit de punir* est le droit qu'a le chef, envers celui qui lui est soumis, de lui infliger une peine en raison de son crime ». Puis, au paragraphe suivant : « la *peine judiciaire* qui diffère de la peine naturelle, par laquelle le vice se punit lui-même et dont le législateur ne tient pas compte, ne peut jamais être infligée uniquement comme moyen de restaurer le bien sous une autre forme, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit toujours être prononcée contre lui pour la seule raison *qu'il a commis un crime* »³.

On ne saurait être plus clair sur ses intentions rétributivistes : Kant affirme bien, et en divers endroits, qu'une peine judiciaire ne peut être infligée qu'en raison d'un crime antérieur commis par le condamné. C'est l'existence du crime qui induit la nécessité de la sanction, nulle autre raison ne peut être invoquée. Le ressort de la justification est ici juridique, tout en restant en cohérence avec la morale kantienne. On assiste alors à un double argument rétributiviste : une justification juridique voulant que toute violation de la loi à l'intérieur d'un système juridique donne au législateur le droit d'appliquer une sanction, et une justification morale, voulant que chaque individu soit d'abord considéré comme une fin et jamais uniquement comme un moyen. Arrêtons-nous sur ces deux éléments.

La peine peut se déduire conceptuellement de la notion même de droit, laquelle se définit ainsi : « le droit est [...] le concept de l'ensemble des conditions auxquelles l'arbitre de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre d'après une loi universelle de la liberté »⁴. Le droit désigne donc l'ensemble des conditions extérieures permettant à chaque arbitre de jouir d'un même espace de liberté. Par conséquent, tout ce qui neutralise cette visée du droit le contredit dans ses principes. Il doit donc contenir en lui-même la réaffirmation de sa raison d'être. Kant s'appuie pour le montrer, sur un raisonnement syllogistique :

« Si un certain usage de la liberté est lui-même un obstacle à la liberté exercée d'après les lois universelles (c'est-à-dire est injuste), alors, la contrainte qui va à l'encontre de cet

² KANT, E., *Métaphysique des mœurs*, (édité par F. Alquié, trad. de l'allemand par J. et O. Masson), Paris, Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, tome 3, 1986 (1785), I.Doctrine du droit, 49,E, AK VI,331, p.600

³ *ibidem*, p.601

⁴ *ibid.* I.Introduction à la doctrine du droit, D, AK VI 230, p.479

obstacle, en tant qu'*obstacle à l'obstacle à la liberté*, s'accorde avec la liberté d'après des lois universelles, c'est-à-dire qu'elle est juste ; par conséquent est immédiatement lié au droit, suivant le principe de contradiction, une habilité à contraindre celui qui lui porte préjudice. »⁵ Il n'est pas admissible dans une maxime universelle qu'une personne prenne pour elle un avantage au détriment de la liberté des autres. Celui qui ferait de sa liberté un tel usage commettrait l'injustice. Par conséquent, la contrainte qu'on lui inflige redevient juste comme négation de l'injustice. La faculté de contraindre ce qui est nuisible à la liberté est donc analytiquement lié au droit comme contradiction de ce qui le contredit. Ainsi, le droit est ce qui est censé permettre la coexistence d'êtres responsables et libres. Pour que chacun puisse jouir de sa liberté, il faut que les libertés macrophages soient réprimées. La faculté de contraindre est bien ce qui permet la liberté et garantit cette dernière dans la réciprocité. La sanction se déduit donc, analytiquement, du concept même de droit. C'est donc bien le concept même de droit qui soutient la nature rétributive de la sanction.

Un autre élément vient exclure la possibilité d'un fondement conséquentialiste de la peine et par là confirmer son orientation rétributive. Il s'agit de cet impératif de la raison pratique : « agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen »⁶. Or, envisager la sanction sous l'angle conséquentialiste revient à fonder la nécessité de la sanction sur les biens que l'on en attend, que ce soit la dissuasion, la réhabilitation du criminel, l'apaisement des victimes ou encore la démonstration de la force de l'État. Au final, cela revient toujours à instrumentaliser la peine et celui qui la subit, ce qui est contraire à la morale kantienne.

Pour autant, Kant ne refuse pas qu'il y ait des avantages extérieurs à la peine, nous avons vu plus haut que « la peine judiciaire [...] ne peut jamais être infligée *uniquement* comme moyen », et plus loin : « pour qu'on songe à retirer de sa peine quelque utilité pour lui-même ou ses concitoyens, il faut d'abord qu'on le trouve *punissable* »⁷. C'est seulement une fois que la nécessité de la peine est fondée en raison et que la nécessité de sanctionner tel individu pour telle violation est avérée qu'on peut songer aux bénéfices possibles. Il n'est évidemment pas immoral que la peine ait des effets secondaires bénéfiques, au contraire, la société a tout à gagner à ce que la peine permette à un criminel de rentrer dans le droit chemin ou réaffirme

⁵ *ibid.* AK VI 231, p.480

⁶ KANT, E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, (édité par F. Alquié, trad. de l'allemand par V. Delbos), Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, tome 2, 1985 (1785), II^{ème} section, AK VI, 429, p.295

⁷ voir note 5

publiquement la force de la loi. Simplement, tous ces effets ne sont effectivement que « secondaires » et aucun ne peut fonder la nécessité de la peine. Les fondements de la théorie de la sanction sont donc bien de nature rétributive chez Kant et si des considérations conséquentialistes viennent en appuyer l'intérêt, ce ne peut être que de manière surrogatoire.

Une peine est infligée en raison du crime, mais est-ce que réciproquement, tout crime appelle une peine ? La solidité de la position rétributiviste dépend de la réponse que l'on souhaite donner à cette question. Kant est on ne peut plus clair : « la loi pénale est un impératif catégorique »⁸. Pas question, donc, de suspendre une peine pour des raisons de bénéfices. Kant envisage un argument conséquentialiste, pour lui faire un sort : « que doit-on penser du projet suivant : épargner la vie d'un condamné à mort à condition qu'il consente à ce que l'on pratique sur lui de dangereuses expériences et qu'il soit assez heureux pour en réchapper, si bien que les médecins acquièrent par ce moyen un nouvel enseignement, profitable à la chose publique ? C'est avec mépris qu'une cour de justice repousserait le collègue de médecins qui formerait ce projet, car la justice cesse d'être une justice dès qu'elle se dépend d'elle-même pour un prix quelconque »⁹. C'est la conséquence de la liaison analytique entre le droit et la peine : pervertir les principes de la sanction revient à annihiler le concept de droit, et annihiler le concept de droit revient à annihiler la justice. Il est donc impensable qu'une peine, une fois le coupable confondu, ne soit pas appliquée, sans quoi c'est le droit et par-delà l'expression des libertés dans la constitution qui se trouvent réduites à rien. Ainsi, « même si la société civile devait se dissoudre d'un commun accord [...] le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait être exécuté afin que chacun supporte les conséquences de ses actes »¹⁰.

Une théorie de la sanction ne serait pas complète sans une théorie des peines. À ce niveau également, Kant se montre rétributiviste puisqu'il soutient la loi du talion. Ce principe, voulant que la peine corresponde exactement au crime, est inscrite dans la célèbre formule : « œil pour œil, dent pour dent »¹¹. De ce principe, Kant retient surtout que c'est le crime lui-même qui nous indique quelle peine est nécessaire : « Seule la *loi du talion* (*jus talionis*), mais bien entendu à la barre du tribunal [...], peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine »¹². Ainsi, il ne faut pas comprendre qu'à la barre du tribunal, les crimes commis sont

⁸ Voir note 2, AK VI 331, p.601

⁹ *ibidem*, AK VI 332, p.601-602

¹⁰ *ibid.*, AK VI 333, p.603

¹¹ Lévitique XXIV, 17-23

¹² Voir note 2, AK VI 332, p.602

transmués en peine « équivalentes » au crime en terme d'amendes ou de temps de détention selon une échelle de proportion en fonction de la gravité du crime. Au contraire, Kant soutient bien que le criminel doit recevoir son crime au sens premier du terme ; « à la barre du tribunal » n'est à comprendre ici que comme condamnation de la vengeance personnelle. Par exemple, celui qui humilie devra faire des excuses publiques et tout autre disposition susceptible de l'humilier à son tour, celui qui vole devra mettre sa force de travail au service de l'État, celui qui tue devra être tué... La justice, selon Kant, ne demande donc pas de fixer publiquement une peine à un crime et de l'appliquer dans tous les cas. En ne faisant aucune différence entre les criminels, cette méthode ne pourrait conduire qu'à des injustices. En effet, une amende pour insulte serait accueillie en fonction de la richesse de chacun et un homme riche pourrait même se « payer des droits à humilier » si cela l'amusait. Par conséquent, la justice commande que le crime soit la mesure de la peine, rapportée à l'aisance et à la personnalité du criminel quand cela est nécessaire. Dans ce schéma, seuls certains actes ne permettent pas de faire subir au criminel la réciprocité du crime qu'il a infligé. Il s'agit des crimes dont le retour au criminel serait en soi un « crime punissable envers l'*humanité* en général »¹³, soit ce que Kant nomme les crimes « contre-nature »¹⁴. Celui qui se rend coupable de viol, de pédérastie ou encore de bestialité devrait subir pour les deux premiers crimes la castration et pour le dernier, l'exil « car le criminel s'est lui-même rendu indigne de la société humaine »¹⁵.

Kant nous présente bien une théorie de la sanction basée sur des considérations rétributives : la sanction est justifiée uniquement par le crime et doit le suivre nécessairement, la peine « paye en retour » le mal infligé dans un mouvement de balancier. Aucun criminel ne doit y échapper. La validité de la justice tient, chez Kant, au respect de l'exercice de rétribution des crimes. Ainsi : « la *justice pénale*, puisque l'argument qui fonde la *pénalité* est *moral*, doit ici être distingué de la *prudence pénale* où il est purement *pragmatique* et se fonde sur l'expérience de ce qui réprime le plus efficacement le crime »¹⁶. Toute considération extérieure au crime peut bien avoir un intérêt social en termes de dissuasion ou d'éducation, mais ne peut être avancée pour justifier la peine. Là aussi, c'est une question de justice. Kant attire ici notre attention sur les risques qui menacent la justice si l'on souhaite voir autre chose que la rétribution aux fondements du droit de punir, par exemple : « malheur à qui se glisse

¹³ *ibid.* AK VI, 363, p.639

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ *ibid.* Doctrine du droit, appendice, § 5, AK VI 363, p.639

¹⁶ note, pp.638-639

dans les méandres de la doctrine du bonheur pour y découvrir quelque chose qui, par l'avantage qu'il promet, le délivrerait de la peine »¹⁷. C'est qu'en effet, à partir du moment où l'on se lance dans un calcul utilitaire, plus aucune limite ne peut être rationnellement posée et l'on peut en venir, dans l'intérêt général, à déclarer juste la punition d'un innocent.

À l'ajout de ces deux ressorts du rétributivisme que sont la légalité et la moralité, des pensées plus récentes ont proposé de nouvelles façons de justifier la peine selon des principes rétributifs. Parmi elles, celle de H. L. A. Hart.

I.2 – Le « rétributivisme équitable » de H. L. A. Hart

Hart défend, dans un article intitulé « Are there any natural rights ? »¹⁸, l'idée d'un rétributivisme basé sur le *fair play*, le principe est le suivant : la société peut être envisagée comme une entreprise collective, dans laquelle chacun se soumet à des restrictions au profit des autres et se trouve donc en droit d'attendre réciproquement de ceux qui ont bénéficié de ces restrictions une attitude équivalente. Ainsi, chacun en s'imposant des devoirs, acquiert aussi des droits, et tous ont une position équitable les uns par rapport aux autres. Dans ce schéma, celui qui enfreint la loi déséquilibre la relation de réciprocité, en tirant à lui des avantages qui ne lui reviennent pas, ou en contraignant l'autre plus qu'il n'était autorisé à le faire. Par conséquent, le criminel s'octroie un avantage inéquitable. La sanction pénale se trouve alors justifiée comme restitution de cette équité : le profit indûment pris doit être rendu s'il est possible et la peine vient compenser, par une restriction momentanée du champ d'action, l'avantage inéquitable qui avait été pris sur les autres. La raison d'être du droit est ainsi de protéger une distribution équitable des droits et des devoirs, et à faire respecter cette distribution si d'aventure un « passager clandestin » déséquilibrait le système en cherchant à tirer à lui les avantages de la coopération sans en payer les coûts.

Si l'on rattache en général la théorie de Hart à un rétributivisme moral, notamment parce que la peine suit le crime et que le criminel viole le devoir d'équité impliqué par la règle du *fair play*, il nous semble que nous tendons ici, avec Hart, vers une forme de conséquentialisme qui résiderait dans la préservation de l'équilibre social.

¹⁷ *ibid.* AK VI,331 p.601

¹⁸ HART, H. L. A., « Are there any Natural Rights ? », *Philosophical Review*, 1955, vol.64, pp. 175-191

II – Les théories de la peine qualifiées de « conséquentialistes »

Dans son principe général, le conséquentialisme fait des conséquences de la peine sa justification. Les conséquences recherchées peuvent être de plusieurs ordres : par exemple la réforme du criminel, la dissuasion des malveillants afin de protéger la société, la fédération de la société autour de valeurs communes ou encore le soulagement des victimes. Nous aborderons ici certaines de ces justifications.

II.1 – La peine se justifie par la rééducation du criminel

L'une des premières perspectives conséquentialistes – qu'on trouve notamment chez Platon – consiste à fonder la justification de la peine par la rééducation du criminel. Dans cette perspective, le premier bénéficiaire de la peine est le criminel lui-même, puis de façon seconde la société, qui pourra réintégrer en ses rangs un individu moralement « réformé ». Ainsi lit-on dans le *Protagoras* : « celui qui réfléchit quand il veut infliger une correction, son motif n'est pas de tirer vengeance de l'injustice passée, car il ne saurait faire que ne se soit pas produit ce qui a été accompli ; c'est au contraire l'avenir qu'il a en vue, pour éviter de nouvelles injustices, et de la part de ce même individu, et de la part de quiconque aura été témoin de la correction infligée »¹⁹.

Pour Platon, comme pour Beccaria plus tard, la position rétributive est irrationnelle : sanctionner un être humain pour une action passée à laquelle on ne peut rien changer ne consiste qu'à faire suivre une violence à une autre violence. C'est, selon le mot de Protagoras, agir « comme fait une bête »²⁰, et ce, d'autant que le criminel ne commet jamais le crime par vice, mais par ignorance. En effet, la justice doit être comprise, chez Platon, non comme une caractéristique contextuelle des jugements légaux mais comme un principe d'harmonie inhérent à l'âme elle-même. Être juste, c'est être lucide dans ses jugements et tempérant dans ses désirs. Être injuste, c'est au contraire manifester un déséquilibre intérieur, une limitation, une souffrance qu'on ne parvient à dépasser parce que l'on n'a pas reçu l'éducation morale qui nous aurait permis d'apprendre à le faire, ou que le mauvais sort nous a peut-être donné une âme plus faible. Or, pas plus qu'on ne souhaite la maladie, on ne peut vouloir l'injustice

¹⁹ Platon, *Protagoras*, (trad. du grec par L.Robin et M.-J. Moreau), Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1999, 324 b, p.93

²⁰ *ibid.*

de l'âme. C'est plutôt bien la pitié que la colère que doit alors susciter chez nous le criminel : « personne ne s'en irrite [...] pas plus qu'on ne corrige quiconque est dans ce cas [n'a pas reçu telle ou telle qualité par mauvais sort] en vue de faire qu'il ne soit pas ce qu'il est, mais on a pitié de lui »²¹. Par son crime, le criminel manifeste donc une l'absence de justice, qualité qu'on doit l'aider à acquérir par la correction. Selon un parallèle qui court également dans le *Gorgias*, *La République* ou *Les lois*, la peine doit être conçue à la manière de l'application d'une médecine sur un membre malade, comme l'application d'une justice sur l'âme malade du criminel. Le calcul des peines se détermine alors comme une posologie adaptée à chaque mal, suivant sa source : si c'est l'impulsivité qui domine l'âme, la peine pourra être l'exil, si c'est la jouissance, la peine pourra être des discours raisonnables voire des récits effrayants si les premiers échouent..., tous devront réapprendre à distinguer les vrais biens des faux. Selon sa finalité, « la juste peine est de rendre harmonieux celui qui est discordant »²². Dans cette logique, traiter durement un criminel et lui faire subir une peine sans égard aucun pour sa réforme intérieure, de sorte qu'on provoque chez lui un sentiment d'injustice, c'est à coup empirer le mal plutôt que le soigner et au final, faire du criminel quelqu'un de pire. Si donc la peine ne devait être que cela, elle ne serait rien de plus qu'une « honte ».

II.2 – La peine se trouve justifiée par l'intérêt commun

L'un des ressorts les plus classiques du conséquentialisme de la peine est de s'appuyer sur un calcul utilitariste voulant qu'une peine soit justifiée à partir du moment où elle est au bénéfice du plus grand nombre. C'est la position, notamment, du marquis Cesare Beccaria, qui, de plus en plus scandalisé par les pratiques judiciaires ayant cours en Italie et en France comparativement à l'Angleterre, rédige en 1764 un texte²³ qui fera date dans l'histoire de la philosophie du droit. Dès le préambule de l'ouvrage, Beccaria se place dans une position utilitariste en posant que le philosophe doit faire œuvre de législation en cherchant à favoriser « le plus de bonheur possible réparti sur le plus grand nombre »²⁴. Ceci fait écho à la perspective de contrat social dans laquelle se place l'auteur. On entre en société pour y trouver plus de sécurité et plus de bonheur. Les lois doivent donc favoriser le bonheur des

²¹ *ibid.* 323d, p.92

²² Platon, *Critias*, (trad. du grec par J.-F. Pradeau), Paris, Les Belles Lettres, 1997, 106b, p.37

²³ BECCARIA, C., *Des Délits et des peines*, (trad. de l'italien par M. Chevalier), Paris, GF-Flammarion, 1965 (1764)

²⁴ *ibidem*. Introduction p.60

citoyens. C'est également le pacte qui va fonder le droit de punir : l'entrée en société se fait par l'abdication d'une petite partie de liberté (la plus petite fraction possible chez Beccaria) au profit du souverain, c'est « l'ensemble de ces plus petites portions possibles [qui] constitue le droit de punir »²⁵. En vertu du contrat social, le souverain a à la fois le devoir de protéger les libertés particulières qu'il a en dépôt, et le droit d'user de la force contre un individu ayant livré dans le contrat le droit d'user contre lui de coercition. Le but premier du système judiciaire est alors la préservation du pacte social.

La théorie des peines s'inscrit dans le même point de vue. Le sens du délit, chez Beccaria, est avant tout social, il ne s'agit ni d'un mal en soi dans une perspective morale, ni d'une contradiction de la notion de loi dans une perspective logique. En divers endroits, Beccaria parle des délits en termes de nuisances pour la société : « les délits sont nuisibles au bien public »²⁶, « la seule mesure des délits est le tort fait à la nation »²⁷... Un équilibre existait, une vie commune était possible, que le délit vient menacer.

Dans cette perspective où le délit est un fait social, il est logique de voir avancée une théorie conséquentialiste des peines. Ainsi, « le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été. [...] le but des châtiments ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables »²⁸. La peine ne peut donc être conçue comme une forme de vengeance institutionnalisée. La souffrance que le condamné peut subir dans la peine n'est ni un but ni un moyen, et Beccaria serait même prêt à l'éviter si l'on pouvait atteindre l'efficacité de la peine sans qu'aucun être sensible n'en souffre. Ce refus de la souffrance du condamné vient du constat de son inutilité par rapport au crime. À partir du moment où rien ne peut faire que le crime commis ne l'ait pas été, la souffrance du criminel vient inutilement s'ajouter à la souffrance des victimes sans pour autant les en soulager. Il est donc inutile de rajouter de la souffrance sur de la souffrance. Dès lors, le seul intérêt de la peine réside dans la dissuasion : dissuasion du criminel à récidiver et dissuasion de tout citoyen qui constate par là la force des lois et de l'autorité.

Un autre point soulevé par Beccaria est clairement d'obédience conséquentialiste : la possibilité de recourir à des peines exceptionnelles. Ainsi, Beccaria argumente contre la peine

²⁵ *ibid.*, § 2, p.64

²⁶ *ibid.*, § 6, p.72

²⁷ *ibid.*, § 6, p.75

²⁸ *ibid.*, § 12, p.86

de mort – ce qui lui valut de la part de Kant une certaine ironie pour « sentiment de moralité affectée »²⁹ - faisant valoir que lorsque les individus abdiquent une fraction de leur liberté dans le pacte social, ils ne livrent pas la totalité de leur liberté ni le plus grand de tous leurs biens : leur vie. La peine de mort n'est donc pas un droit ordinaire du souverain. De plus, l'efficacité dissuasive de la peine de mort n'est pas avérée ; elle est bien moindre, par exemple, que le spectacle de travaux forcés prolongés. Ces deux raisons font que le souverain n'a pas à y recourir dans l'exercice quotidien du pouvoir. Par contre, il peut arriver des moments extraordinaires comme la révolution ou l'anarchie où un criminel conserve derrière les murs de sa prison une forte influence susceptible de mettre en péril la pérennité de la nation. Dans un tel cas, le souverain peut être amené, pour le bien général, à condamner ce citoyen à la peine de capitale. Dès lors, la peine de mort peut devenir justifiée lorsqu'elle est l'unique moyen de dissuasion disponible. Cette position autorisant ponctuellement à recourir, si les conséquences qu'on en attend sont au bénéfice du plus grand nombre, à une peine qui ne fait pas partie des droits du souverain, est clairement une position conséquentialiste.

Quelle doit alors être, dans une telle perspective, la valeur des peines ? L'intérêt des peines dépend avant tout de leur pouvoir de dissuasion. Il s'agit donc de déterminer, pour chaque acte, ce qui ferait l'impression la plus vive sur l'imagination des citoyens, tout en restant relativement clémentes. Il convient en effet de ne pas tomber dans le travers qui consiste à croire que plus les peines sont cruelles, mieux elles dissuadent du crime. Au contraire nous dit Beccaria, la férocité des peines peut avoir l'effet pervers de provoquer le crime, car les gens s'endurcissent lorsqu'ils vivent sous un climat de cruauté. Ils passent alors plus facilement le pas pour se faire criminels eux-mêmes. Autre argument : à partir du moment où un criminel s'attend aux pires tourments pour un acte commis, rien ne peut plus le retenir d'en commettre d'autres. Ainsi, des lois trop cruelles ont pour Beccaria tendance à ramener les citoyens à l'état de nature. En fait, « pour qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime »³⁰. La valeur des peines doit donc être suffisante pour être efficace, mais pas trop cruelle pour ne pas être contre-productive : « il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins

²⁹ Voir note 2, AK VI, 335, p.605

³⁰ BECCARIA, p.129

cruelle sur le corps du coupable »³¹. Le premier critère dans le choix des peines se fait en fonction de leur efficacité.

Qu'est-ce qui rend alors une peine efficace ? « Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage résultant du délit ; encore faut-il faire entrer en ligne de compte la certitude de la punition et la perte du profit escompté. Tout ce qui va plus loin est superflu et porte la marque de la tyrannie. »³² Le châtement est là encore présenté en termes d'effet, il reste avant tout un moyen. Et en tant que moyen, on en détermine l'efficacité optimale par un calcul des coûts et des bénéfices. Dans la balance des « coûts », c'est-à-dire ce qui relève de la responsabilité du législateur, on trouve la constance de la peine et la perte de l'avantage acquis par le criminel dans le crime. On peut mettre ceci en perspective avec les passages précédemment cités et ajouter que le châtement le plus efficace doit encore être relativement clément et proportionné à la peine par rapport aux autres peines possibles. Beccaria attire en effet notre attention sur un autre point : l'importance d'une gradation des peines. Là aussi, l'effet dissuasif est optimisé si, à des actes plus ou moins graves, correspondent des peines plus ou moins lourdes. En effet, si deux actes inégaux sont sanctionnés par la même peine, on peut avoir un autre effet pervers de la peine qui consisterait à inciter à commettre l'acte le plus grave des deux, comme par une attirance due à l'avantage d'une peine comparativement moindre.

Beccaria est-il alors touché par la malédiction kantienne pour s'être lancé dans un calcul utilitariste des peines ? Accepterait-il, notamment, qu'un innocent subisse une peine si cela pouvait favoriser le bonheur général ? Chez Beccaria, ceci n'est pas possible. Nous avons vu que la valeur de la peine devait trouver le point optimal entre la dissuasion et l'imposition d'une souffrance à la personne du criminel. Cette souffrance n'a pas à être imposée à un innocent. Outre que cela rejoint la barbarie décrite par Beccaria en introduction et dont la dénonciation constitue la raison d'être de son ouvrage, la condamnation d'un innocent ne peut qu'avoir de fâcheuses conséquences. En effet, la société n'a pas besoin de punir des innocents, elle dispose toujours de suffisamment de coupables pour manifester publiquement sa force dissuasive. Si peu de crimes sont commis en son sein, elle ne peut que s'en réjouir. Tout comme une société violente tend à favoriser l'émergence de crimes, le spectacle de l'harmonie interne ne peut qu'avoir un effet régulateur. Il serait alors grotesque et contre-productif de fournir de faux exemples de crimes, d'agiter le spectre de la violation de la loi et

³¹ *ibid.* p.87

³² *ibid.* p.124

de la mise en danger du pacte, et ce, dans le seul but de les combattre. Cela ne pourrait que faire tomber la société dans le piège des cruautés inutiles décrites plus haut. Et encore, n'avons-nous envisagé pour l'instant que les condamnations d'innocents qui ne seraient pas portées à la connaissance du public, car si la condamnation d'un innocent venait à se savoir, *a fortiori* si elle ne résulte pas d'une erreur judiciaire mais bien d'une volonté, cela ne pourrait entraîner que méfiance et ressentiment face au souverain et finalement, à fragiliser sa crédibilité. Le pacte social s'en trouverait alors fragilisé, mais par le biais inverse de ce qu'il cherchait à combattre.

Ainsi, bien que le conséquentialisme nous demande de faire abstraction des agents personnels dans l'évaluation des conséquences d'une décision, les théories conséquentialistes de la sanction ne nous entraînent pas nécessairement vers des positions moralement dérangeantes. Nous ne sommes pas contraints, notamment, à accepter le sacrifice des innocents. Il est toujours possible de soutenir qu'il ne peut que découler plus de maux que de bien dans la condamnation d'un innocent.

II.3 - Utilitarisme de la règle : optimiser une coopération sociale juste

Si Beccaria envisage l'utilité de chaque peine au cas par cas, et constitue ainsi l'un des plus classiques exemples de conséquentialisme judiciaire, certains auteurs s'attachent plutôt à décrire un conséquentialisme de la norme juridique, mise au service de la maximisation d'un projet social. Ainsi, par exemple, pour John Rawls, la société doit rechercher en premier lieu la justice, mais pour des auteurs comme John Braithwaite et Philip Pettit³³, il s'agira plutôt de promouvoir la liberté républicaine. Attachons-nous ici à la position de Rawls :

Le point de départ de Rawls est de poser que la justice doit être le principe mis en œuvre par les sociétés afin de maximiser le bien-être de ses membres. Des règles d'organisation justes doivent donc être garanties par des institutions, dont les activités particulières doivent elles-mêmes être coordonnées en vue de la justice. Ce sont alors les règles qui devront être évaluées de manière utilitariste, comme maximisant ou non le projet de justice sociale général. Mais une fois une règle adoptée selon ces critères, il est capital qu'elle s'applique de

³³ BRAITHWAITE, J., & PETTIT, P., *Not Just deserts : Towards a Republican Theory of Criminal Justice*, New-York, Oxford University Press, 1990

manière prévisible et impartiale, quelle que soit l'utilité réelle de telle ou telle décision judiciaire. C'est qu'en effet : « un système de lois est un système coercitif de règles publiques qui s'adresse à des personnes rationnelles pour régler leur conduite et fournir le cadre de la coopération sociale »³⁴. Or, les personnes rationnelles ne peuvent régler leur conduite que sur des lois rendues publiques (du moins l'agent doit pouvoir avoir connaissance des règles qui concernent son activité), et dont la force coercitive s'exerce de façon prévisible, donc de façon régulière. C'est seulement à ce prix qu'un espace de liberté personnel peut se déployer et que la règle peut atteindre son objectif de coopération sociale maximisé. S'il en était autrement, l'espace de liberté de chacun ne serait plus clairement défini et par suite ne serait plus garanti, la confiance envers les institutions serait perdue, et au final, les libertés des uns et des autres ne pourraient plus être respectées. Ce principe de justice est désigné par Rawls comme « justice comme régularité »³⁵ ou encore « justice formelle » pour la distinguer de la « justice procédurale ». Dans le cadre d'un utilitarisme de la règle, la peine particulière n'a pas besoin d'avoir une utilité sociale par elle-même, au contraire : « le juge et le législateur [...] regardent dans des directions différentes. L'un vers le passé, l'autre vers le futur. La justification de l'activité du juge en tant que juge ressemble à la position rétributive, celle du législateur en tant que législateur rappelle l'utilitarisme... »³⁶. Une peine peut donc bien être contre-productive par rapport au projet de justice de l'ensemble de la société, mais à long terme, l'existence des lois et leur application impartiale reste ce qui sert le mieux le projet de coopération en vue de la justice.

II.4 - Fonction reconstructive de la peine

Un autre foyer de sens de la peine, de plus en plus mis en avant depuis les trente dernières années, s'attache à justifier prioritairement les peines par l'effet qu'on en escompte, non plus sur le criminel lui-même ou sur la société, mais sur les victimes. Le principe central est de considérer que la victime, première à subir les effets du crime, ne doit plus être laissée de côté comme témoin annexe dans une opposition entre criminel et société, mais doit être replacée au centre du processus judiciaire devenu alors médiateur entre elle et son agresseur. Il s'agit

³⁴ RAWLS, J., *Théorie de la justice*, (traduit de l'américain par C.Audard), Paris, Éditions du Seuil, 2002 (1971), § 38, p.272

³⁵ *ibidem*

³⁶ RAWLS, J., « Two Concepts of Rules », *Philosophical Review*, 1955 ; repris dans *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 22-23

alors en premier lieu de la reconnaître comme victime et ce faisant de l'aider à se reconstruire. La justice « réparatrice » ou « reconstructrice » [*restorative justice*], illustrée au niveau théorique notamment par la pensée de John Braithwaite³⁷, a été définie ainsi par Susan Sharpe : « *restorative justice is fundamentally different from retributive justice. It is justice that puts energy into the future, not into what is past. It focuses on what needs to be healed, what needs to be repaid, what needs to be learned in the wake of crime. It looks at what needs to be strengthened if such things are not to happen again* »³⁸. Ce qui est attendu dans ce face à face entre victime et agresseur est une responsabilisation du criminel et idéalement une prise de conscience l'amenant à présenter des excuses. Il ne s'agit donc pas d'opposer un mal à un mal dans un rapport de force comme dans la justice punitive, mais d'aider le criminel à comprendre ce qu'il a fait, à faire amende honorable et à aider la victime à faire le deuil de son traumatisme. Ce principe peut être appliqué au niveau individuel, mais aussi au niveau collectif, notamment par la mise en place de commission de vérité, sur lesquelles nous reviendrons.

La justice réparatrice semble ainsi être une forme d'application pratique et plus ou moins partielle d'une théorie de la peine basée sur la réconciliation, telle que celle présentée par Hegel.

III - La peine comme réconciliation

La position de Hegel nous permet d'adopter un troisième grand point de vue sur la sanction, d'autant plus intéressant qu'il emprunte à la fois aux ressorts du rétributivisme et de différentes positions conséquentialistes, sans pour autant en rester à une sorte de moyen terme. L'intégration de ces positions se fait, comme souvent chez Hegel, pour les dépasser vers une autre interprétation : celle de la réconciliation.

La pensée du droit chez Hegel commence, dans la période de Francfort, par se positionner contre celle de Kant. Le principe qui consiste à renvoyer au criminel, dans la peine, la loi criminelle de son acte qu'il a substitué à la loi civile échoue, selon Hegel, à mener à une authentique réconciliation. En effet, dans une conception comme la conception kantienne où la peine doit s'opposer au crime, où la société doit s'opposer au criminel, il y a renvoi dos-à-dos de deux volontés dans un rapport de force oscillatoire dont personne ne sort réellement

³⁷ BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New-York, Oxford University Press, 2002

³⁸ SHARPE, S., *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, Edmonton, Edmonton Victim Offender Mediation Society, 1998

gagnant. Le criminel oppose sa propre loi à la loi civile, laquelle renvoie au criminel la loi de son crime dans la peine. Le criminel se trouve alors pris dans une alternative intenable, car soit il cède à la souffrance contenue dans la peine et accepte de se soumettre à la loi civile mais alors il reconnaît du même coup qu'il s'en est rendu indigne par son crime, soit il refuse cette humiliation, s'accroche à sa dignité, mais alors ne peut que s'obstiner dans son opposition au droit. Une opposition indépassable est, selon Hegel, dressée entre le criminel et la société dans la pensée kantienne, aucune option n'est laissée pour la réintégration en toute dignité du criminel au sein de la société. C'est d'abord contre cette position, comprise à partir de la pensée kantienne, que Hegel va construire une pensée de la peine finalisée vers la réconciliation, qui prendra dans *L'esprit du Christianisme et son destin*³⁹, le visage de l'amour chrétien.

C'est une position sensiblement différente que Hegel développe, vingt ans plus tard, dans les *Principes de la Philosophie du droit*⁴⁰. Hegel a entre temps développé la pensée dialectique, laquelle s'exprime dans cet ouvrage dans sa pleine maturité systématique. L'arrière-fond de la peine n'y est plus l'amour chrétien, mais de manière beaucoup plus englobante la rationalité et l'effectivité de l'esprit développées dans la société, et à travers l'histoire. Comprendre ce qui se développe dans le châtement chez Hegel suppose alors d'avoir une vue d'ensemble du développement de l'esprit objectif. Celui-ci traverse trois moments : le moment du droit abstrait, la morale et l'éthicité.

Le premier moment, qu'on pourrait qualifier de « moment juridique », est celui par lequel l'esprit objectif se donne son système légal positif. Il faut entendre par « esprit objectif » les réalisations extérieures dans lesquelles l'homme comme nature et potentialité se donne son être. Dans le système légal, celui-ci s'éprouve comme personnalité juridique dans son rapport aux Choses. La personnalité juridique est alors à comprendre comme pure potentialité vide où la liberté s'appréhende elle-même dans la propriété. C'est le moment de l'individualité, lequel va passer graduellement de l'effectivité d'une appropriation égo-centré des Choses à la différenciation de soi dans la rencontre avec d'autres capacités d'appropriation. Cette rencontre va se médiatiser dans l'échange, juridicisé par le contrat. Un stade supérieur est franchi lorsque la personne juridique accède à la différenciation de soi, non plus de manière

³⁹ HEGEL, G. W. H., *L'esprit du Christianisme et son destin*, (introduit et trad. de l'allemand par O. Depré), Paris, Vrin 1997 (1797-1800)

⁴⁰ HEGEL, G. W. H., *Principes de la philosophie du droit*, (présenté et trad. de l'allemand par J.-F. Kervegan), Paris, PUF, 1998 (1820)

extérieure dans la rencontre, mais de manière intérieure, en se faisant volonté particulière contre la volonté objective du droit abstrait, soit en se faisant crime.

Le deuxième moment est le moment objectif de l'intériorisation des lois dans une subjectivité par lequel la personne juridique devient sujet moral, soit le moment de l'orientation de la volonté dans des actes à valeur juridique reconnus comme siens. C'est le moment du déploiement de l'agir du sujet moral au sein d'une collectivité juridiquement normée. Ainsi, le droit de la volonté morale se développe en trois stades : le droit abstrait de l'action par lequel on évalue la légalité d'un acte du sujet qui est sien et dont on peut le rendre responsable, puis l'intériorisation des actes faits siens dans une intention qui, particularisée, devient *son* intention, enfin l'accession de l'intériorité du sujet moral à l'universalité par où il prend conscience du Bien et du Mal et devient capable de se proposer le Bien comme fin de sa volonté.

Le troisième moment est le moment de la réalisation de l'esprit objectif, dans laquelle la vie juridique acquiert sa dimension politique en s'incarnant dans tout un réseau d'institutions (famille, droit du travail, police, État...). Le sujet moral devient alors pleinement citoyen. Ce moment de l'éthicité est donc celui de l'aboutissement d'un droit porté par les consciences morales jusqu'à l'actualisation d'une société libre et tournée vers l'avenir. C'est dans cette actualisation que l'esprit objectif peut gagner son identité et enfin développer son historicité.

Dans la progression de l'œuvre, la théorie de la sanction se trouve exposée au sein du droit abstrait, entre les paragraphes 90 et 104, à ce moment charnière où le droit se développe vers la moralité. Mais on l'aura compris, l'analyse de ces quelques paragraphes ne saurait nous donner un aperçu exhaustif de la pensée hégélienne sur la question. Il est indispensable de garder à l'esprit ce qui est présenté en amont pour comprendre de quoi est constitué le moment du châtement et ce qui est présenté en aval pour saisir dans son déploiement ultérieur ce qu'il contenait déjà en germe.

Pour balayer l'amont du passage, rappelons que le moment du crime est celui où la volonté s'est détachée de la jouissance immédiate de son droit de propriété pour se différencier d'elle-même, moment qui est l'occasion à la fois d'éprouver la modification du contenu de son droit de propriété (la cession de la chose) et d'aller à la rencontre d'autrui conçu comme partenaire juridique. La volonté franchit alors un autre stade : après avoir appréhendé la réalité de sa personnalité juridique et en avoir testé les modalités dans ses rapports aux autres personnes, la volonté tend à se différencier intérieurement de son environnement juridique et à tester la réalité du droit en le niant. Trois degrés sont éprouvés dans le déni du droit : le conflit de

droits, la fraude et enfin le crime. Le conflit de droit prend le visage du litige : le droit est reconnu mais il y résiste, il y a opposition des personnes sur l'objet du mien et du tien. Dans la fraude, les personnes rentrent en relation autour d'un contrat librement consenti, mais l'objet de l'échange n'est pas ce qu'il est présenté être (fausse valeur, faux propriétaire...). Ainsi, l'une des parties « fait semblant » de respecter les règles de l'échange alors qu'en réalité elle le perverti à ses intérêts et ce faisant, remplace le droit par sa propre loi. Ici, le droit est revendiqué, utilisé, mais nié pour soi-même. La présentation du crime arrive ensuite, comme étape ultime de la négation du droit. Il revient à compter les règles de droit pour absolument rien, seule compte la loi du criminel. Le crime est ainsi le droit présenté comme nul.

Le passage sur la contrainte et le crime contient le cœur de la théorie de la peine, on y trouve le fondement du droit de punir, la valeur de la peine, sa finalité.

Le fondement du droit de punir est abordé dès le paragraphe 94, en posant que « le droit abstrait est un *droit de contrainte* »⁴¹, Hegel lie la possibilité de la sanction à l'existence même du droit. En effet, dans un système où les relations formelles des individus sont juridiquement normées, leurs rapports réciproques se trouvent faits autant de droits que d'obligations. La prescription du droit avait été avancée (§ 36) comme devant être : « sois une personne et respecte les autres en tant que personnes »⁴². Être une personne signifie se comporter dans ses rapports juridiques selon les droits octroyés. Respecter les autres en tant que personne, loin d'être une maxime morale, rappelle qu'autrui doit pouvoir jouir de ses droits sans que j'y porte atteinte. Un système juridique efficace suppose donc une coexistence harmonieuse des libertés et la nécessité de recourir à la coercition pour permettre cette coexistence. Il n'y a donc effectivement pas de droit abstrait sans droit de contrainte. Finalement, Hegel en vient à ce stade, comme Kant, à déduire la possibilité de la sanction directement de la nature du droit abstrait. Mais Hegel n'en reste pas là, la coercition est plus qu'une nécessité logique du système juridique. Lorsqu'un crime est commis, il y a négation particulière de tout ce qui fait le système du droit abstrait : négation de la liberté personnelle d'autrui, négation de la limite de mes droits, négation de la loi à laquelle j'étais censé me conformer, négation du droit abstrait lui-même comme système de répartition de droits sur le mien et le tien dans un sens universel. Cela revient finalement à agir selon sa propre loi et non selon la loi en vigueur. Imposer une peine revient donc à réaffirmer le droit, non *contre* la

⁴¹ *ibidem*, p.175

⁴² *ibid.*, § 36, p.127

négarion du droit par le criminel dans un rapport de force, mais comme réaffirmation *par-delà*, en intégrant la négation du droit et sa confirmation. C'est alors par la sanction que le droit gagne son effectivité. Au moment où les lois sont promulguées, elles ont une existence extérieure, mais une existence vide. Il faut d'une certaine façon qu'elles soient niées pour gagner en réalité par l'imposition de peines sanctionnant la violation. Réciproquement, l'impunité marquerait la vacuité du droit et instaurerait la loi du criminel comme étant « ce qui a validité »⁴³. Ce caractère d'intégration dans la peine de la violation particulière de la loi interdit de considérer la peine comme un simple « mal pour un mal », qui justifierait la peine uniquement parce qu'un crime a été commis. Hegel remarque l'absurdité d'une telle position, qui voudrait qu'un mal puisse être annulé par l'ajout d'un autre. Il dénonce ainsi, dans le paragraphe 99, cette conception dont il déplore qu'elle devienne l'orientation que prend la théorie des peines chez nombre de ses contemporains.

Pourtant, la peine peut bien avoir l'aspect d'un « mal pour un mal » dans l'évaluation des peines particulières. C'est ce qu'il faut comprendre quand Hegel pose que : « l'abrogation du crime est une *représaille* »⁴⁴. Ceci concerne la valeur de la peine et non le fondement du droit de punir. Ainsi, la valeur d'une peine doit être à chercher directement dans « l'étendue qualitative et quantitative »⁴⁵ du crime. Il ne s'agit pas d'égalité substantielle comme pourrait l'être la loi du talion – Hegel ironise à ce propos sur le coupable borgne ou édenté - mais « d'égalité spécifique »⁴⁶. L'enjeu est que la peine ait quelque chose de comparable, en tant que lésion, avec le crime, soit que crime et peine aient une certaine forme de correspondance. C'est par cette correspondance que la peine cesse d'être un mal pour un mal quelque peu arbitraire. Il s'agit donc bien dans la peine de justice, à comprendre au stade de la valeur de la peine comme justice commutative au sens aristotélien : le criminel doit perdre dans la peine l'équivalent de ce qu'il a gagné dans le crime, la victime doit récupérer (par le biais de dommages-intérêts ou de peine infligée au criminel) l'équivalent de ce qu'il lui a fait perdre. La justice de la sanction prend en compte la valeur de la peine, mais ne peut être réduite, chez Hegel, à ce seul aspect. La peine judiciaire est justice, entendue par Hegel comme justice « punitive ». Celle-ci contient à la fois l'égalité spécifique des représailles (qu'on peut envisager comme justice du contenu de la peine), mais aussi la vengeance, entendue comme « abrogation du crime »⁴⁷, c'est-à-dire comme volonté d'abord subjective, de s'y opposer (ce

⁴³ *ibid.*, § 99, p.179

⁴⁴ *ibid.*, §101, p.181

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ *ibid.* § 101, p.183

⁴⁷ *ibid.*, § 102, p.183

qui relève de la justice formelle de la peine). Pour se faire réellement « punitive », la justice doit intégrer ces deux moments, apparus dans leur développement comme deux moments successifs, et les porter à l'universalité. Il ne s'agit donc plus uniquement de se venger contre l'acte particulier de ce criminel particulier, mais de faire de la peine particulière l'occasion pour le criminel de se détacher de l'adhésion à sa volonté subjective pour intérioriser la volonté universelle, et pour la société de récuser la violation de la loi en général.

Dès lors chez Hegel, le criminel n'est pas l'ennemi qui gangrènerait la société de l'intérieur et qu'il faudrait abattre. C'est un être rationnel pris dans une contradiction : comme personne, il a part à la volonté universelle incarnée dans le droit, mais comme criminel, sa volonté déclarée est tout autre. Résoudre cette contradiction dans la peine en lui imposant la loi de son crime, c'est ramener sa rationalité vers la volonté générale et finalement, l'aider à se libérer. Par conséquent, en tant que personne juridique le criminel a *droit* à être puni : « que la peine soit considérée comme contentant *son* propre droit, en cela le criminel est *honoré* comme être-rationnel »⁴⁸. Le punir, c'est donc le traiter en être rationnel et en citoyen, non en monstre déviant qu'il faudrait écraser ou exiler. Par conséquent, l'impunité ne serait pas uniquement la ruine du droit abstrait, elle serait aussi abandon du criminel. Il ne faut pas comprendre ici que la justification de la sanction se trouverait dans la rééducation. La conception hégélienne est plus que cela. Il ne s'agit pas seulement de réadapter un être à une société afin de neutraliser sa dangerosité. La vraie finalité de la punition n'est pas à chercher hors du criminel. Il s'agit ici de soutenir l'effectuation d'une liberté au sein d'un système juridique en l'aidant à résoudre ses contradictions internes. L'horizon de la peine s'illustre ainsi : « le *procès* consiste [...] à élever la singularité et la naturalité [des besoins] à la liberté formelle et à l'universalité formelle *du savoir* et *du vouloir* »⁴⁹. C'est en cela que réside la réconciliation.

Pour résumer, la réconciliation en jeu dans le châtement se joue à trois niveaux. Tout d'abord, la reconnaissance du criminel par le droit comme être rationnel et comme citoyen dans l'imposition de la peine. Le criminel en tant que personne se réconcilie ici avec le système juridique. Ensuite, se fait jour une réconciliation interne au criminel, puisque la peine tend à l'aider à surmonter la contradiction entre sa volonté subjective d'individu et la volonté universelle à laquelle il prend part pour passer au stade de la loi intériorisée, et ainsi gagner en liberté. Arrivé à ce stade, il est capable de se reconnaître lui-même comme membre libre de la

⁴⁸ *ibid.*, §100, p.181

⁴⁹ *ibid.*, §187, p.263

société. Enfin, le châtement tend à réconcilier le criminel avec les institutions en permettant sa réintégration au sein de systèmes d'échanges sociaux. Est alors possible pour lui la reconnaissance réciproque des consciences dans leurs rapports quotidiens (comme dans le travail), d'autant plus précieuse qu'il s'agit pour lui d'une réaffirmation de ces rapports.

Bilan

Qu'elles regardent vers le passé ou vers l'avenir, qu'elles soient centrées sur le criminel, la collectivité ou la victime, les théories de la sanction nous offrent un large panel de justification de la peine. Mais ces théories s'entendent de manière générale, pour un crime de droit commun. Or, il n'est pas évident que toutes puissent être appliquées sur la scène internationale, pour des crimes commis à grande échelle ou dont le caractère d'horreur peut parfois apparaître comme exceptionnel. C'est que, comme nous l'avons posé, les crimes de guerre sont un type de crimes particuliers, ayant des caractéristiques conceptuelles et une charge symbolique plus forte que les autres types de crime. Or, les procès doivent intégrer ces particularités et les difficultés qui y sont liées. L'objet de notre prochaine section sera donc de mettre en lumière est difficultés propres aux procès pour crime de guerre et de voir si les théories morales de la sanction peuvent ou non nous permettre d'éclairer – voire de résoudre – ces difficultés.

L'apport des théories morales de la sanction pour penser l'imputabilité des crimes de guerre

Est-ce que tous les foyers de sens de la peine sont susceptibles de fonder des poursuites pour crimes de guerre ? Rien n'est moins sûr si on en croit ce que Hannah Arendt écrit dans un article de 1964, *Responsabilité personnelle et régime dictatorial* : « prenons la question de la punition judiciaire, peine qui est en général justifiée sur l'un des fondements suivants : le besoin qu'a la société de se protéger contre le crime, l'amélioration du criminel, la vertu dissuasive pour les criminels potentiels et enfin la justice rétributive. Un instant de réflexion vous convaincra qu'aucun de ces fondements n'est valide pour la punition de ce qu'on a appelé les criminels de guerre »¹.

Faut-il alors, avec Hannah Arendt, considérer que la punition des criminels de guerre représenterait un défi à la théorie de la sanction et en constituerait même une des limites logiques ? L'imputabilité des crimes de guerre, entendue ici au sens de possibilité de l'imputation, demande donc, en première analyse, d'assurer les fondements logiques de cette imputation. Ce n'est qu'une fois ce point assuré que nous pourrions poser la question de l'imputabilité de tel crime de guerre précis à l'intérieur d'un procès. Nous allons donc nous attacher, dans ce chapitre, à fonder l'imputabilité des crimes de guerre en général, dans leur possibilité logique et dans leur pertinence.

¹ ARENDT, H., « Responsabilité personnelle et régime dictatorial », in. *Responsabilité et jugement*, (édité par J. Kohn, trad. de l'américain par J.-L. Fidel), Paris, Éditions Payot & Rivages, Petite Bibliothèque Payot, 2009, p.66

I – Les théories de la sanction sont-elles valides dans le cas des crimes de guerre ?

Reprenons, afin de les discuter, les arguments qu’Arendt convoque pour mettre en doute chacun des quatre fondements de la peine qu’elle mentionne.

I.1 – l’amélioration du criminel

Selon Arendt, l’amélioration du criminel comme fondement de la peine doit être écarté : « qu’ils [les criminels de guerre] puissent s’améliorer grâce à des peines de prison est encore moins probable que dans les cas des criminels ordinaires »². En effet, si l’on écarte de la question les crimes relevant de la psychiatrie et dont le traitement ne s’appuie de toutes façons pas sur des ressorts judiciaires, ce qu’on reproche à un criminel ordinaire ayant violé une règle de droit commun est principalement d’avoir fait pour lui-même une exception. La peine, en rappelant la force de la société et la nécessité pour le criminel de prendre en compte le vivre-ensemble dans la détermination de son arbitre, est supposée offrir au criminel les voies de sa réforme intérieure. Or, rien de tel dans le cas des criminels de guerre. En effet, il n’y a pas nécessairement, chez le criminel de guerre, cette incapacité à se déterminer selon ce qui serait des lois communes. Au contraire, un de reproches que l’on peut faire à nombre de personnes ayant collaboré au régime nazi, pour rester dans le contexte de la pensée d’Arendt, est justement d’avoir prêté leur concours à la mise en place d’un système normé, mais dont les normes elles-mêmes défiaient les principes élémentaires de l’humanité. Ce qu’on reproche au criminel dans un cas comme celui-là est moins d’avoir défié une loi positive de la société, que justement d’avoir souscrit à des lois immorales sans même les remettre en cause.

Ainsi, l’effet attendu de la peine dans les pensées qui font de la réforme du criminel sa justification ne tient plus dans le cas des crimes de guerre. D’abord, parce que commettre un crime de guerre n’indique pas forcément chez le criminel une difficulté à orienter son arbitre selon des lois. Un criminel de guerre peut très bien être – c’est d’ailleurs tout le problème de la « collaboration de bureau » - une personne parfaitement intégrée et obéissante. Si l’on peut parler d’un besoin d’amélioration du criminel de guerre, ce n’est donc pas au même niveau que le criminel classique. Ensuite, parce que si l’on estime que le criminel de guerre a besoin d’une réforme au niveau moral, l’application d’une peine judiciaire comme unique moyen ne

² *ibidem*

pourrait y parvenir. C'est que la peine judiciaire incite le criminel à déterminer son arbitre selon la loi positive, mais elle est incapable de développer chez le criminel un sens moral si celui-ci en est dépourvu. C'est qu'il y a ici une hétérogénéité des champs, qui rendrait la peine probablement inutile au but que l'on se propose d'atteindre. Ainsi, quelle que soit l'origine de la commission des crimes de guerre (obéissance à une loi criminelle, mais aussi comme nous l'avons vu pression morale ou même sadisme avéré...), la guerre nous fait sortir du schéma logique voulant que la peine puisse avoir un effet rédempteur sur le criminel. En effet, le problème n'est jamais qu'une question de détermination de l'arbitre par rapport à une loi, et même lorsqu'elle l'est, l'enjeu n'est justement pas un défaut d'obéissance. Il semble que nous devions donc effectivement considérer, avec Hannah Arendt, que la réforme du criminel ne puisse être un fondement de la sanction des criminels de guerre.

I.2 – la protection de la société contre le crime

De même, la protection de la société contre le crime ne saurait, pour Arendt, constituer le fondement de la sanction des criminels de guerre, car : « ces gens n'étaient pas des criminels ordinaires et on ne pouvait craindre de presque aucun d'eux qu'il commette de nouveaux crimes »³. Effectivement, tout se passe comme si le cadre de la société civile et le cadre de la guerre étaient deux champs hétérogènes. Le comportement qu'un individu peut avoir dans un cadre n'implique pas de façon nécessaire le comportement qu'il aura dans l'autre. Ainsi, chaque guerre a vu des individus parfaitement intégrés en temps de paix – ce fut le cas d'Eichmann⁴ - se muer en des criminels barbares, laissant exploser un sadisme qu'ils contenaient, et qui, une fois la paix revenue seraient tout à fait capables de se comporter de nouveau en parfaits voisins. À l'inverse, rien ne permet de dire que des criminels de droit commun seraient plus susceptibles que d'autres de devenir criminels en temps de guerre. En effet, s'être rendu coupable de fraude fiscale, de vol, et même dans certains cas d'agression ou de meurtre n'indique pas nécessairement une moindre résistance aux pressions morales que peut subir un soldat dans des circonstances extraordinaires. Choisir parfois de suivre son

³ *ibid.*

⁴ « Une demi-douzaine de psychiatres avaient certifié qu'il était « normal ». « Plus normal, en tous cas, que je ne le suis moi-même après l'avoir examiné », s'exclama l'un d'eux, paraît-il, tandis qu'un autre découvrit que l'ensemble de son attitude psychologique, son comportement à l'égard de sa femme et de ses enfants, de son père et de sa mère, de ses frères, sœurs et amis, étaient « non seulement normaux mais tout à fait recommandables »...». ARENDT, H., *Eichmann à Jérusalem*, (trad. de l'américain par A. Guérin, révisée par M. Leibovici), Paris, Gallimard, Folio histoire, 2006 (1963), pp. 80-81

intérêt en temps de paix – même par la violence - n'est en effet pas du même ordre que perdre ses repères moraux ou laisser libre cours à sa cruauté. Les criminels de droit commun ne sont donc pas forcément les criminels de guerre par la suite, et inversement. Par conséquent, il devient effectivement difficile, comme le pose Arendt, de justifier la peine d'un criminel de guerre par la peur qu'il ne commette de nouveaux crimes en temps de paix. C'est d'ailleurs le sens de sa remarque, lorsqu'elle note que d'une manière générale, les Allemands « n'étaient pas particulièrement troublés par la présence d'assassins en liberté dans leur pays, puisqu'il était peu probable que l'un d'entre eux commette un crime de son plein gré »⁵. Ainsi, comme dans le paragraphe précédent, il y a là une hétérogénéité des modes de fonctionnement et ce qui se passe dans un champ ne préfigure pas ce qui se passera dans l'autre.

Dès lors, si la question de la protection devait se poser, elle devrait l'être à l'intérieur d'un même champ, c'est-à-dire que la question de la sanction des criminels de guerre devrait concerner la protection de la société (entendue cette fois dans un sens extensif comme « humanité ») dans un autre état de guerre. Or, le caractère exceptionnel des guerres rend peu probable qu'un criminel de guerre jugé pour des actes lors d'un conflit armé ait de nouveau l'occasion de s'illustrer dans un conflit ultérieur. Ceci n'est pas impossible, mais la rareté de la situation empêche qu'on retienne l'argument de la protection de la société comme fondement de la sanction des criminels de guerre. Arendt semble justifiée en posant que ce fondement, valable pour un État de droit, ne tient plus dans le cas des criminels de guerre.

I.3 – la vertu dissuasive de la peine

C'est un argument sensiblement identique qui pousse Arendt à refuser également que la dissuasion puisse constituer un fondement acceptable pour la sanction des criminels de guerre : « quant à la possibilité de dissuader de tels crimes à l'avenir, les chances sont elles aussi lugubrement minces au vu des circonstances extraordinaires dans lesquelles ces crimes ont été commis ou pourraient être commis à l'avenir »⁶. Là aussi, il nous semble qu'il faille donner raison à Arendt. En effet, la dissuasion ne peut fonctionner qu'à l'intérieur d'un même champ. Comme le faisait remarquer Rawls, la dissuasion ne peut fonctionner que si chaque membre d'une société est assuré, selon une loi publique, de recevoir une peine déterminée à

⁵ *ibidem*, p.65

⁶ ARENDT, H., *Responsabilité et jugement*, (édité par J. Kohn, trad. de l'américain par J.-L. Fidel), Paris, Éditions Payot & Rivages, Petite Bibliothèque Payot, 2009 (1959-75), pp. 66-67

l'avance en réponse à un crime défini. Ce qui signifie que la dissuasion des crimes de guerre ne pourrait vraiment fonctionner qu'en référence aux lois de la guerre. Or, si les lois du droit international humanitaire sont bien des lois rendues publiques et que les soldats sont censés les connaître, il faudrait, pour parler d'une régularité des traitements en réponse aux mêmes actes, un état de guerre prolongé, une ampleur de crimes et une constance de poursuites qui, sans être logiquement un non-sens, a tout de même en l'état actuel peu de chance d'arriver. C'est ici le caractère exceptionnel de la guerre qui rend, pour Arendt, la question de la dissuasion des crimes de guerre caduque.

I.4 – la justice rétributive

Hannah Arendt termine : « même la notion de rétribution, la seule raison non utilitaire qu'on peut donner à la peine [...] est à peine applicable au regard de l'ampleur du crime »⁷. Il ne faut pas comprendre ici qu'Arendt douterait de la possibilité de fonder la poursuite d'un criminel de guerre sur des bases rétributives. Au contraire, elle soutint, lorsqu'elle couvrit le procès d'Eichmann pour le *New Yorker* en 1961 que : « le but d'un procès est de rendre la justice et rien d'autre ; les buts ultérieurs, si nobles soient-ils [...] ne peuvent que porter atteinte à la tâche principale du droit : peser les charges retenues contre l'accusé, rendre un jugement et infliger un juste châtement »⁸. Ce qui semble difficile de penser selon les principes du rétributivisme, par contre, est la juste peine que mérite le criminel. Et effectivement, tout principe d'évaluation rétributiviste des peines semble condamné à échouer : loi du talion, concordance des peines, proportionnalité... Lorsque le crime commis touche à l'horreur, on ne voit plus quelle peine appelle le crime. Ainsi, le notait Vladimir Jankélévitch à propos de la Shoah : « le grandiose massacre n'est pas un crime à échelle humaine ; pas plus que les grandeurs astronomiques et les années lumières. [...] on ne peut pas punir le criminel d'une punition proportionnée à son crime : car auprès de l'infini toutes les grandeurs finies tendent à s'égaliser ; en sorte que le châtement devient presque indifférent ; ce qui est arrivé est à la lettre *inexpiable* »⁹. Le criminel de guerre mérite bien un châtement, mais lequel serait adéquat ? Effectivement, le crime de guerre semble signer ici les limites effectives du rétributivisme.

⁷ *ibid.* p.67

⁸ ARENDT, H., *Eichmann à Jérusalem*, (trad. de l'américain par A.Guérin), Paris, Gallimard, Folio Histoire 2006 (1963), Prologue, p.441

⁹ JANKELEVITCH, V., *Pardonnez ?* in. *L'imprescriptible*, Paris, Éditions du Seuil, 1986, p.29

Bien que nous sortions ici de la dimension morale de la sanction, notons que le crime de guerre signe les limites du rétributivisme à un autre niveau, qu'Arendt n'avait pas le recul suffisant pour envisager au vu du développement du droit international dans le contexte juridique de Nuremberg : celui du rétributivisme légal. En effet, il semble difficile de justifier une peine pour crimes de guerre sur les principes du rétributivisme légal, car les lois du droit international humanitaire n'ont pas le même statut que les lois des différents droits nationaux. En effet, nombre de juristes, avec Weber¹⁰, considèrent qu'il n'y a de droit véritable que là où il y a une force coercitive pour faire appliquer ses lois. Or, le droit international, parce qu'il n'y a pas de réelle instance supérieure qui en garantirait l'applicabilité, relève plus d'un effort louable de coordination interétatique que du droit à proprement parler. En ce sens, il n'y a pas de contradiction logique à ne pas appliquer une loi internationale comme il peut y avoir une contradiction logique à ne pas appliquer une loi nationale. Si cette dernière disparaît comme loi lorsqu'elle peut être violée en toute impunité, la loi internationale quant à elle ne se délite pas si elle n'est pas appliquée. Elle continue à indiquer aux soldats comment ils doivent se comporter. Elle reste donc valable comme projet commun, mais comme projet commun qui mettra plus ou moins de temps à se mettre en place, qui y arrivera plus ou moins. Ce qui est donc en jeu ici est la question de l'efficacité de la loi, pas celle de son existence ou de son sens. Par conséquent, nous comprenons qu'il serait logiquement impossible de fonder une peine pour crime de guerre sur les bases d'un rétributivisme légal.

Bilan

Faut-il alors conclure, comme semble nous y entraîner Hannah Arendt, qu'aucun fondement n'est suffisamment fort, dans le contexte des crimes de guerre, pour fonder en raison la poursuite des criminels ? Et pourtant, comme elle le note elle-même : « bien qu'aucune des raisons que nous invoquons en général ne soit valide, notre sens de la justice trouverait intolérable que l'on renonce à la peine et laisse impunis ceux qui ont assassiné des milliers, des centaines de milliers et des millions de gens. Si ce n'était qu'un désir de revanche, ce serait ridicule, à part le fait que le droit et la peine sont apparus sur Terre afin de briser l'éternel cercle vicieux de la vengeance. Nous voilà ainsi exigeant et infligeant une peine en accord avec notre sens de la justice, alors que, d'un autre côté, ce même sens de la justice

¹⁰ WEBER, M., *Sociologie du droit*, (intro et trad. de l'allemand par J. Grosclaude), Paris, PUF, 1986, p.17, cité par LEJBOWICZ, A., *Philosophie du droit international*, Paris, PUF, 1999, p.14

nous informe que toutes nos conceptions anciennes de la peine et de ses justifications nous font défaut »¹¹. Mais que les justifications positives nous semblent mal assurées ne signifie pas nécessairement que nous soyons contraints à renoncer à toute justification de la peine, de sorte que toute poursuite de criminels de guerre serait à y regarder de plus près un défi posé à la justice. En effet, si l'on ne peut donner une réponse positive A, B ou C à cette question, il nous est encore possible de justifier la peine par l'impossibilité d'une autre réponse positive I, celle de l'impunité. L'enjeu semble alors moins de fonder en raison une justification du châtement des criminels de guerre, que de penser les paradigmes d'une réponse aux crimes. Aussi, peut-être plus qu'un fondement de la peine, nous faut-il penser une alternative entre impunité et non impunité.

II – Le paradigme de l'impunité

Par-delà les fondements rétributivistes ou conséquentialistes à la peine, une théorie de la peine est apparue ces vingt dernières années dans les cercles de criminologues : il s'agit de la notion de contre-impunité. C'est cette notion qu'il nous faut mettre en balance avec les arguments voulant que la meilleure réponse à donner à des crimes de guerre soit parfois l'impunité.

II.1 – La notion de contre-impunité

Jean-Paul Brodeur revient sur cette notion de contre-impunité, apparue en 1987 dans un rapport de la Commission canadienne de la détermination des peines (CCDP) et inspirée des travaux du juriste Hyman Gross¹². Il avance en effet que la peine peut, par-delà ses justifications classiques, être pensée comme négation de la négation selon un principe de base : « il est faux qu'on puisse transgresser la loi sans être puni »¹³. Il remarque alors que les justifications de la peine classiques, qu'on opte pour des justifications rétributivistes ou conséquentialistes, reposent sur un impératif catégorique soutenant qu'*il faut* punir. Le principe de contre-impunité, quant à lui, repose sur un impératif hypothétique selon lequel on

¹¹ *ibid.*

¹² BRODEUR, J.-P., « Impunité et pénologie », in *Le châtement, Histoire, philosophie et pratiques de la justice pénale*, (C.Nadeau et M.Vacheret dir.), Montréal, Éditions Liber, 2005, pp. 121-143

¹³ *ibidem*, p.124

met en balance deux options : celles de l'impunité et celle de la non impunité. On peut alors être poussé à justifier la peine, si l'on estime que l'impunité affaiblirait la puissance d'interpellation de la règle de justice ou aurait des effets sociaux indésirables.

Si nous transposons ce principe de la contre-impunité aux crimes de guerre, cela nous demande soit, dans une version principielle, de fonder qu'il est toujours pertinent de refuser l'option de l'imputabilité, soit dans une version contextuelle, d'examiner, au cas par cas, la pertinence ou les effets de l'impunité afin de justifier ou non la tenue des procès. Or, la question de l'impunité des criminels dans le cas des guerres soulève nombre de questions qui n'apparaissent pas en temps de paix, et prend ainsi une importance particulière.

II.2 – l'option de l'impunité pour crimes de guerre

Tout contexte d'après-guerre dans lequel des poursuites sont envisagées a à gérer une question que les crimes classique n'ont pas à gérer : la question de l'impunité. S'il paraît contraire à la notion même de crime de guerre de soutenir une impunité de principe, la question en est soulevée, au moins par quelques voix, dans toute période post-conflit. Les arguments en faveur de l'impunité relèvent donc toujours du contextuel. Ils s'avancent généralement suivant quelques arguments, dont nous ne citerons que quelques-uns en exemple :

Tout d'abord, comme nous l'avons vu dans nos chapitres précédents, retracer les imputabilités peut s'avérer extrêmement complexe. Lorsque ce sont des collectifs qui sont impliqués, lorsqu'il y a disjonction apparente entre celui qui décide le crime et celui qui le commet, lorsque l'acte qu'on souhaite dénoncer relève d'un acte à double effet ou encore de la non-intervention, il peut sembler quasi-impossible de déterminer avec précision qui est imputable de quoi. Dès lors, lorsque poursuivre des crimes est à ce point compliqué, il peut apparaître que la meilleure façon de ne pas rendre une justice partielle et de ne pas s'enliser dans les suites de l'après-guerre, soit de recourir à l'impunité, au moins pour les catégories les moins graves de crimes. Lorsque des difficultés de techniques juridiques menacent la tenue du procès ou la rationalité du jugement, la question de l'impunité semble effectivement se poser à bon droit.

Un autre argument parfois avancé pour justifier le recours l'impunité est de poser qu'il est des crimes d'une telle ampleur que le nombre de personnes impliquées d'une manière ou d'une autre devient trop important. Il peut y avoir alors tension entre la volonté de poursuivre et les

conditions pratiques de cette réalisation. Par exemple, dans le cadre du génocide rwandais de 1994, environ 120 000 personnes ont été interpellées. Cependant, les capacités juridiques de la justice rwandaise et du TPIR réunies n'ont permis la comparution que d'une vingtaine de personnes par an ; et en 1999, seuls 6 000 dossiers d'inculpés avaient pu être traités. Le rythme des procédures laissait entrevoir que les poursuites prendraient environ deux cents ans... Dans une telle situation, lorsque la volonté de rendre la justice entraîne des injustices (une détention préventive si longue finie par valoir comme peine avant tout jugement), l'impunité peut apparaître comme la seule façon de sortir d'une situation intenable.

Enfin, l'impunité peut parfois apparaître comme une façon de ne pas mettre au jour des aspects de l'histoire commune qu'on estime ne pas être au bénéfice du vivre-ensemble. Par exemple, on se souviendra qu'en France, à la libération, pour enrayer des actes d'exécution sommaire ayant déjà coûté la vie à près de 9 000 anciens collaborateurs, une vaste opération de sanctions légales fut mise sur pied. Sur les 300 000 dossiers présentés, 127 000 donnèrent lieu à des jugements et 97 000 d'entre eux à des condamnations. Devant l'ampleur des chiffres et la virulence des polémiques qui s'élevèrent, le gouvernement vota trois lois d'amnisties de plus en plus larges pour les anciens collaborateurs : la première en 1947, puis en 1951 et enfin en 1953. Cette dernière se justifie par ces termes : « c'est dans la fidélité à l'esprit de la résistance qu'elle [la nation] entend que soit aujourd'hui dispensée la clémence. L'amnistie n'est pas une réhabilitation, ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la nation eurent la lourde tâche de juger et de punir »¹⁴. Plus récemment, les accords de Lomé qui mirent fin, le 7 juillet 1999, à la guerre civile du Sierra Leone, accordèrent l'amnistie pour tous les criminels, quelle que soit leur faction, dans le but officiel de favoriser la paix. On lit par exemple, à l'article IX des accords : « pour consolider la paix et promouvoir la cause de la réconciliation nationale, le gouvernement de Sierra Leone s'assurera qu'aucune action officielle ou juridique ne sera engagée à l'encontre de membres du RUF/SL, des ex-AFRC, ex-SLA ou ex-CDF [...] »¹⁵. L'histoire nous montre bien un cas d'impunité généralisée et sans conditions motivée par l'intérêt commun¹⁶.

¹⁴ *Journal Officiel* du 07 août 1953, pp. 6942-6943

¹⁵ Accords de paix de Lomé du 07 juillet 1999, article IX-3

¹⁶ En fait, cette impunité générale ne tint pas. Kofi Annan, alors secrétaire général de l'ONU, ne manqua pas de dénoncer vivement cette décision au motif qu'elle ne pouvait concerner les violations les plus graves du droit humanitaire international. C'est ce qui permis, avec la pression conjointe de diverses organisations, la création du Tribunal spécial pour la Sierra Leone par résolution 1315 du 14 Août 2000, lequel revient notamment sur nombre d'amnisties précédemment accordées (voir Statut du Tribunal pénal pour la Sierra Leone, Article X).

Nous le remarquons, lorsque la possibilité de l'impunité est mise sur le devant de la scène, c'est toujours selon des arguments contextuels et conséquentialistes, voulant qu'il soit préférable de ne pas poursuivre des crimes plutôt que de les poursuivre. À l'inverse, l'argument de la contre-impunité peut donc fonder la nécessité des poursuites selon deux types d'arguments : l'un contrant les bénéfices de l'impunité en montrant qu'elle entraîne également des maux, auxquels il faut faire barrage par la tenue de procès, l'autre opposant à l'impunité quelque chose comme un dû, qui sans fonder positivement une justification à la peine, empêche l'option de l'impunité.

III – Pour qui ou pour quoi écarter l'option de l'impunité pour crimes de guerre ?

Deux types d'argumentation semblent donc nous enjoindre à refuser l'impunité : la première de nature conséquentialiste, la seconde de nature morale. Nous allons examiner successivement l'une et l'autre.

III.1 – Les effets délétères de l'impunité

L'impunité, qui peut parfois sembler être la meilleure option dans un contexte déterminé, n'est jamais non plus une position dénuée d'effets négatifs et de risques à plus ou moins long terme. Là aussi, nous ne donnerons que quelques-uns des effets négatifs possibles de l'impunité :

Tout d'abord, l'impunité, lorsqu'elle procède de l'amnistie, relève de la décision politique se justifiant au regard de ses avantages sociaux immédiats. Mais les effets à long terme des précédentes impunités semblent nous inviter à la plus grande méfiance. Que ce soit en Uruguay, en Argentine, au Chili ou encore en ex-Yougoslavie, nombreux sont les exemples historiques d'impunité nous contraignant à poser au final un constat d'échec. Pour reprendre ce dernier exemple, puisque c'est sans doute le plus marquant, rappelons qu'au sortir de la seconde guerre mondiale, une amnistie collective fut posée, notamment sous la pression de Tito, afin de poser les bases d'un nouvel État uni. Or, dès la mort de Tito, cinquante ans plus tard, les tensions réapparurent et éclatèrent en une nouvelle guerre. C'est que l'impunité, qu'on justifie souvent par de dépassement des tensions et l'instauration de nouvelles bases

sociales, pourrait aussi selon un argument inverse être accusée de maintenir ces tensions ouvertes, justement parce qu'aucune procédure publique n'aura permis de les dépasser. Dès lors, les effets bénéfiques immédiats que l'on recherche par les décisions d'impunité ou d'amnistie, ne doivent pas masquer les possibles effets délétères ultérieurs, dont on ne sait jamais à l'avance s'ils ne seront pas pires.

Ensuite, l'impunité empêche symboliquement de se prononcer sur les raisons de la guerre. Or, pour des guerres soutenues par une idéologie, comme a pu l'être la seconde guerre mondiale, penser l'impunité revient à renoncer aux conditions de la condamnation de cette idéologie. L'un des effets, et non des moindres, du Tribunal de Nuremberg fut de juger le nazisme. Mais on conçoit aisément le hiatus qu'il peut y avoir entre juger un criminel nazi et juger le nazisme. Si la condamnation d'une idéologie peut difficilement se trouver au fondement du jugement d'un individu particulier, cette condamnation se retrouve pourtant comme effet secondaire d'un ensemble de jugements d'individus s'étant retrouvés autour de mêmes valeurs. On conçoit alors ce que l'humanité perdrait, en termes de sens, à renoncer à ces procès.

Ainsi, autre exemple, l'un des bénéfices principaux du procès est de devenir le lieu de la révélation des faits dans lequel une compréhension globale de la guerre peut se faire. Jankélévitch mentionne, à ce titre, la surprise que fut le Tribunal de Nuremberg pour la communauté juive elle-même : « on croyait savoir et on ne savait pas encore, ni à quel point. Nous-même qui aurions tant de raisons de savoir, nous apprenons chaque jour quelque chose de nouveau. [...] Faire du savon ou des abat-jour avec la peau des déportés... Il fallait y penser »¹⁷. L'importance du procès comme lieu de fixation de l'histoire, et de condamnation de cette histoire, se fait jour ici. Cette dimension est fondamentale pour les victimes, afin qu'elles puissent s'approprier leur histoire personnelle et dans le cas de crimes ethniques, leur histoire collective ; mais également pour la communauté internationale, afin que l'histoire ainsi fixée aux yeux du monde ne permette pas la réécriture, la récupération partisane ou encore le négationnisme. Jankélévitch insiste d'ailleurs sur ce point : « bien des frivoles qui ne voulaient pas croire ont été obligés d'apprendre »¹⁸. Soutenir l'impunité, c'est donc refuser d'apprendre et de façon plus large empêcher l'écriture de l'histoire : on est bien ici dans une perspective de contre-impunité car l'écriture de l'histoire n'est pas un fondement possible de

¹⁷ *ibidem*, pp.28-29

¹⁸ *ibid.* p.26

la peine, mais l'on saisit clairement ce que l'humanité perdrait en renonçant à cette dimension du procès pour des considérations de politique immédiate. L'impunité motivée pourrait là encore sembler favoriser des bénéfices immédiats et géographiquement limités sur des bénéfices futurs concernant l'humanité entière. À ce titre, il semble qu'elle doive être rejetée.

En dernier exemple, on peut revenir, ici, sur l'argument de Hannah Arendt voulant que la dissuasion ne soit pas un fondement suffisamment fort pour justifier les poursuites des criminels de guerre. Effectivement, si des crimes sont commis sous le coup d'une pression morale, par convictions idéologiques ou encore par sadisme, on voit mal comment le souvenir de condamnations de criminels ayant œuvrés dans des guerres antérieures et forcément très différentes pourrait vraiment dissuader un militaire de commettre de nouveaux crimes. Si ce devait être un fondement de la peine, il serait effectivement bien mince. Mais en même temps, si poursuivre les crimes de guerre n'a pas nécessairement un effet dissuasif, ne pas les poursuivre fait sauter un des maigres remparts dont nous disposons pour combattre les crimes de guerre. Sans doute alors faut-il « éviter de ne pas les combattre » dans une perspective qui se justifie bien selon la notion de la contre-impunité.

Dès lors, il semble bien qu'effectivement, les effets secondaires des procès pour crimes de guerre, sans pouvoir être ramenés à l'intérieur des procès particuliers de sorte qu'ils fonderaient l'imputation des crimes, conservent une importance. Y renoncer au profit de l'impunité, même lorsque celle-ci peut apparaître en toute bonne foi comme la meilleure des solutions, nous ferait perdre de nombreux intérêts du procès. Dès lors nous pouvons renvoyer à la notion de contre-impunité selon une balance des coûts et des bénéfices. Refuser de renoncer aux nombreux effets bénéfiques des procès serait donc bien refuser l'impunité, soit faire le choix de la contre-impunité.

III.2 – On ne peut pas ne pas punir un criminel de guerre

Une autre façon de faire fonds sur la notion de contre-impunité serait de poser que moralement, on ne peut pas ne pas punir un criminel de guerre. Dans son texte « sanction, réhabilitation, pardon »¹⁹, Ricoeur avance que la sanction pénale ne prend son sens qu'une

¹⁹ RICOEUR, P., « Sanction, réhabilitation, pardon », in. *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, pp.193-208

fois qu'on a posé « à qui la sanction est due »²⁰. Ce n'est pas tant les réponses et les justifications que Ricoeur donne à cette question qui nous intéressent ici que l'angle sous lequel il formule la question. En effet, on peut vouloir dire que la sanction est due sous des perspectives propres à la fois à la victime, à la loi, à l'opinion publique et au criminel. Mais demander à qui la sanction est due, c'est poser un devoir de la sanction qui, en surplombant l'ordre juridique, lui échappe. On est bien ici dans une perspective morale, mais pas dans une perspective rétributiviste, car il ne s'agit pas de poser les fondements de la peine mais de penser sa finalité. Si la sanction est due, on ne peut pas ne pas punir, ce qui est différent de déterminer selon quels principes et comment on peut punir. C'est peut-être avec l'exemple de l'opinion publique que la perspective extra-juridique ressort le mieux. En effet, les procès ne se soucient pas de l'opinion publique et même n'ont pas à s'en soucier. Mais quelque chose serait effectivement enlevé à l'opinion publique, *a fortiori* dans le cas des crimes de guerre en raison de la forte charge affective qu'ils véhiculent, si l'on renonçait à poursuivre les criminels. La possibilité de l'impunité doit donc toujours être écartée, parce qu'il y a cette attente des différents acteurs. Et cette attente, qui interroge le sens de l'humanité et du vivre-ensemble, doit trouver une réponse. C'est en ce sens que la pensée de Ricoeur nous semble plus proche d'une pensée qu'on pourrait qualifier « de la contre-impunité » que d'une pensée positive de la théorie de la sanction, parce qu'il y a une injonction morale à répondre à l'attente, non seulement de tous ceux qui sont partie prenante aux procès, mais également de la communauté internationale.

III.3 – La réconciliation comme effet de la contre-impunité parajudiciaire

Le principe de contre-impunité nous semble pouvoir appuyer la nécessité d'un procès, mais pas uniquement. Toute forme de réponse faisant barrage à l'impunité des criminels de guerre participe de la gestion des contextes post-conflits, même hors des prétoires classiques. Ainsi, depuis une quinzaine d'années, de nouvelles procédures, qu'on pourrait qualifier de « parajudiciaires », ont été tentées afin de favoriser la réconciliation nationale, notamment après un conflit interne dans lequel une large part de la population a été impliqué en tant que victime ou que criminel. Il s'agit des diverses commissions de vérités mises en place par l'ONU et pour l'instant appliquées aux seules guerres civiles. Ces commissions sont chargées

²⁰ *ibidem*, p.198

de mener les investigations sur les violences commises, principalement en recueillant des témoignages, puis de fournir des recommandations dans un rapport officiel. L'enjeu de ces commissions n'est pas ici de justifier des poursuites par les effets qu'on en attend, il s'agit plutôt de façons de gérer le refus de l'impunité dans une perspective transitionnelle. C'est à ce titre qu'elles nous semblent devoir être rapprochées de la réflexion sur la contre-impunité.

Depuis la première commission Vérité et Réconciliation mise en place en Ouganda pour enquêter sur des disparitions massives, une trentaine de commissions furent mises sur pied : la commission pour l'Argentine, pour le Timor, le Guatemala, le Maroc, le Chili, et ce qui reste le plus célèbre exemple du genre : la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) en Afrique du Sud à partir de 1995... Ces diverses commissions n'ont pas de forme juridique précise, pas de « ligne de conduite » ou encore de « principes directeurs » généraux, toutes n'ont pas les mêmes compétences et recours légaux. Par exemple, la commission pour l'Argentine n'avait pas de droit d'accès aux dossiers militaires alors que la commission pour l'Afrique du Sud l'avait. Chacune est mise en place de façon pragmatique, pour répondre aux difficultés du conflit qu'elle examine. Le but recherché est triple : établir la vérité collective et individuelle des faits, permettre aux victimes de témoigner et ainsi d'opérer une catharsis, et enfin rétablir la confiance dans les institutions. L'horizon étant alors clairement de favoriser une réconciliation, tant sociale que politique, et de permettre la construction collective d'une paix durable.

La pensée de la sanction de Hegel peut nous permettre de comprendre ce qui se joue dans ces commissions. En effet, nous pouvons voir dans ces perspectives de réconciliations, une intégration et un dépassement des exigences, mais aussi des écueils, du rétributivisme et du conséquentialisme. En donnant la parole à chacun des présumés responsables de crimes de guerre « mineurs » (ce qu'on appelle « les petites mains »), les commissions de vérité permettent qu'une réponse sociale soit donnée à chaque crime. Par exemple, c'est pour concilier l'impossibilité de laisser plus longtemps des milliers de personnes en détention préventive et le refus de leur accorder massivement l'amnistie, que le Rwanda puisa dans sa tradition le principe des tribunaux Gacaca. Les Gacaca étaient des assemblées communautaires au cours desquelles un village, rassemblé autour de ses anciens, palabrait afin d'y régler les différends. Sur ce modèle, 9 000 tribunaux Gacaca furent créés depuis 2001. Rassemblés autour d'une personne ayant reçu une formation de base en droit, ils permettent à chaque membre d'une communauté de prendre la parole, à charge ou à décharge,

pour relater sa connaissance des actes commis par un prévenu. Ainsi, cette procédure semble répondre à l'exigence rétributive d'une réponse sociale à tout crime commis, mais se heurte à un autre principe rétributif : que chaque crime donne lieu à une peine adaptée. En effet, non seulement il est impossible, au vu de l'ampleur et des conditions de mise en place des Gacaca, qu'un même crime reçoive une même réponse dans chacun des tribunaux, mais de plus, afin de favoriser la parole des accusés, les Gacaca autorisent de larges remises de peine lorsque celui-ci livre les faits. Tout se passe comme si, dans les cas des crimes de guerre, on ne pouvait satisfaire à la fois l'exigence de poursuivre tous les criminels et celle de rétribuer chacun de ces actes à sa juste valeur. De même, en donnant la priorité à la réconciliation nationale, les commissions de vérité poussent au plus loin les perspectives conséquentialistes des poursuites. Lorsque l'objectif est l'établissement des faits, la reconnaissance des victimes et le rétablissement de la confiance dans les institutions, il peut être plus facilement atteint hors des tribunaux classiques, lorsque les procédures sont plus souples. Par contre, cet objectif s'accompagne inévitablement des écueils reconnus des positions conséquentialistes : l'impunité comme option admissible pour des assassins ou des violeurs²¹, l'impossibilité pour des gens accusés par erreurs de se défendre et de résister à l'opprobre²²...

Ainsi, les différentes expériences de commission de vérité semblent bien être un effort pour opérer une réconciliation aux différents niveaux mis en lumière par Hegel. Tout d'abord, la reconnaissance du criminel par sa communauté comme un de ses membres à part entière, grâce au récit qu'il fait de ses actes propres et à la livraison aux familles des destins des victimes. C'est son histoire, ainsi que l'histoire collective, qui est alors prise en charge par le groupe. Le criminel en tant que personne peut ici se réconcilier avec son milieu social. Ensuite, se fait jour une réconciliation interne au criminel et aux victimes. Le criminel, grâce au récit public, est accompagné dans résolution de la contradiction entre ses actes passés et les codes du vivre ensemble. Il peut dès lors réintégrer une place d'être libre au sein de sa communauté. La victime, grâce à la reconstruction collective des conditions de son martyr, est en mesure de s'approprier son histoire et de s'en libérer. La reconnaissance de sa souffrance personnelle peut alors s'accorder avec le projet collectif de réconciliation. Enfin, les commissions de vérité tendent à réconcilier criminels et victimes avec les institutions, en tant que celles-ci, porteuses d'un message politique fort, reconnaissent les uns et les autres comme

²¹ Kofi Annan dénonça d'ailleurs vivement l'impunité accordée aux criminels lors de la commission Vérité et Réconciliation en Afrique du Sud.

²² Rappelons, par exemple, que dans les tribunaux Gacaca, les accusés n'ont pas d'avocats. Ils n'ont alors pour les défendre que leur parole et éventuellement celle de ceux de leur communauté qui voudront bien témoigner en leur faveur.

sujets d'une communauté structurée et réaffirment pour l'avenir le projet d'une réconciliation au sein d'une société où chacun a sa place.

Bilan

L'imputabilité des crimes de guerre, entendue comme mise en cause de la possibilité de l'imputation, doit en premier lieu faire fonds sur une théorie de la sanction prouvant qu'on est bien justifiés à poursuivre un criminel dans le cadre d'un procès. Hannah Arendt nous a enjoint à mettre en doute les fondements classiques de la sanction et montré qu'ils n'étaient plus suffisamment forts lorsque ce sont des criminels de guerre qu'on se propose de poursuivre. Nous pourrions alors penser que si nous nous en tenions aux stricts principes de la justice, les crimes de guerre ne seraient tout simplement pas imputables, parce ce que nous échouons à les fonder en raison de façon suffisamment ferme. Cependant, il nous semble que le principe de la contre-impunité nous permet de justifier l'imputabilité des crimes, en faisant échec aux arguments de l'impunité et de l'amnistie et par là vient refonder non seulement la possibilité générale de l'imputation, mais aussi sa pertinence.

Une fois ce cadre général posé, nous pourrions poser la question de l'imputabilité des crimes à l'intérieur de chaque procès selon les différentes composantes que nous avons mises au jour tout au long de notre étude. Par exemple il pourra s'agir de vérifier que les actes reprochés relèvent bien d'actes explicitement sanctionnés par le droit international humanitaire, de déterminer comment les pièces nous permettent de retracer ou non un lien de causalité entre le criminel et le crime, d'envisager les systèmes d'implications collectives dans lesquelles le criminel aurait pu être pris, d'évaluer les pressions morales qu'il a pu subir... Ce sera alors à chaque procès de se prononcer sur l'imputabilité de tel crime de guerre à tel criminel, en utilisant pour se guider les théories morales de la responsabilité que nous avons présentées. Et c'est sans doute ici que le philosophe doit s'effacer devant l'expertise du juriste.

Conclusion

Notre objectif, en poursuivant cette recherche, a été de mener l'enquête ; de traquer les tenants et les aboutissants de l'imputabilité des crimes de guerre, de la faire parler en braquant sur elle les différents éclairages possibles fournis par les théories de la responsabilité. Cette démarche nous aura permis de progresser dans deux directions. D'abord dans la compréhension des conditions de l'imputabilité des crimes de guerre, dont l'essor constant du droit humanitaire international et l'actualité géopolitique internationale ne cessent de prouver l'urgence. Ensuite, dans la compréhension des notions pour elles-mêmes. Cette recherche aura en effet été l'occasion de préciser les conditions de pensée de la responsabilité et celles de l'imputabilité en les confrontant au crime de guerre, cas qui en révèle peut-être le mieux les tensions internes et l'ambiguïté des limites. Notre ambition dans cette recherche n'a pas été de donner des réponses définitives aux innombrables difficultés que ces questions soulèvent, encore moins de donner des conseils aux juristes sur ce que devrait être une pratique bien entendue de leur mission, mais beaucoup plus modestement de montrer quels sont les fondements théoriques de ces difficultés, comment elles se posent, et éventuellement, d'en indiquer les impasses ou les voies possibles de résolutions.

*

Premièrement, notre recherche aura été l'occasion de montrer que les questions de l'imputabilité et de la responsabilité des crimes de guerre soulèvent un certain nombre de chausse-trappes que ne soulèvent pas les crimes communs. En effet, non seulement le crime de guerre a des spécificités qui nous enjoignent à repenser les schèmes classiques de l'imputation, mais de plus les conditions de tenues des procès pour crimes de guerre suscitent des enjeux et des difficultés que ne contiennent pas les procès pour crimes ordinaires. Une série de ces difficultés prend fond sur le fait que le crime de guerre soit un crime particulier à divers égards. Par exemple, le crime de guerre dépasse toujours les seules conditions de la commission.

Le crime de guerre ne se réduit jamais aux actes criminels qu'il dénonce

Contrairement à un crime de droit commun, le crime de guerre ne se réduit jamais aux seules conditions de sa commission. Nous avons vu qu'un individu seul était incapable de se faire soldat et que le statut ne pouvait être qu'attaché à un collectif. D'un autre côté, nous avons vu que le fait de commettre un crime de guerre ne faisait pas perdre son statut au soldat. Par conséquent, tout crime de guerre restant connecté au collectif, la description adéquate du crime demande que soit pris en compte le comportement collectif global, au moins pour comprendre quelle place il tient dans cet ensemble. En effet, nous avons vu qu'une guerre suppose l'articulation de plusieurs niveaux de collectifs : d'abord les militaires, dont l'action est structurée en vue d'objectifs précis, puis les résistants, organisés en vue de repousser l'ennemi, et enfin la population civile venant soutenir l'effort de guerre et le moral des troupes. L'unicité de ces collectifs, outre leurs articulations concrètes, provient de l'intention commune tournée vers un même but : qu'une paix puisse rapidement revenir dans des conditions acceptables. Ainsi, un crime de guerre, parce que chaque soldat agit au sein de collectifs et que le crime prend sa signification par rapport à une activité collective, demande pour être convenablement compris, que soit examinée la manière dont il s'inscrit dans les différents cercles et comment il y puise sa signification. Chaque examen d'un crime de guerre ne mettra pas au jour une liaison structurelle pertinente avec les différents collectifs, mais du moins le crime de guerre a ceci de particulier par rapport au crime classique qu'il convoque la question. La conséquence au niveau de la responsabilité est que, puisque par définition, le crime de guerre « sert la guerre » de façon directe ou de façon opportuniste en participant à l'affaiblissement du moral de l'ennemi, tout crime de guerre implique chaque entité ayant un

intérêt à ce que son camp gagne en puissance. Or, de la même façon que la pratique juridique envisage la responsabilité de ceux qui profitent de l'activité d'autrui, même sans aucune faute de leur part, la question de la responsabilité de ceux qui tirent un « certain profit » des crimes commis, même de façon très indirecte, mérite d'être posée lorsqu'on examine un crime de guerre particulier.

Une autre des particularités du crime de guerre est que les contours de ce qui peut valoir comme crime de guerre ne sont pas toujours aisés à poser.

Le crime de guerre est un crime dont les limites ne sont pas toujours nettes

Nous l'avons vu, plusieurs situations sont susceptibles de remettre la cause les limites de ce qui peut valoir comme crime de guerre :

Difficulté à toujours subsumer un acte sous la catégorie de « crimes de guerre »

La perspective morale est susceptible de nous faire hésiter à considérer un acte comme crime de guerre, mais il est aussi des cas où nous peinons à déterminer avec certitude si un acte est bien susceptible d'être subsumé sous les lois d'interdiction du droit international humanitaire. Ainsi en était-il des actes relevant du double effet. Nous avons vu à cette occasion que la conception que l'on souhaite retenir de l'intentionnalité nous entraînait vers des conclusions différentes en termes d'imputabilité. Par exemple, nous pourrions nous en tenir à une conception purement mécanique de l'imputabilité et considérer toute personne ayant décidé ou commis un acte ayant entraîné un effet annexe indésirable (l'exemple que nous avons donné était la destruction d'habitations civiles due à leur proximité avec une cible militaire autorisée) comme responsable de crime de guerre sans égard aucun pour le fait que cette personne ait dû se résoudre à ces pertes civiles sans les avoir voulues. Nous pourrions au contraire privilégier une conception de l'intention proche de celle de Thomas d'Aquin, voulant que tous les effets indésirables portés à notre connaissance sont ramenés dans le champ de l'intention et à ce titre susceptibles de nous faire renoncer à l'action principale. Dès lors, il faudrait reconnaître dans un cas comme celui-là une intention pleine et entière de tuer des civils et nous serions effectivement devant un cas caractérisé de crime de guerre. Toute personne qui ordonne ou commet un acte à double effet *en connaissance de cause* devrait donc en être entièrement imputable. L'inconvénient de cette position en termes de

responsabilités serait alors que l'ignorance serait protectrice, car il serait alors dans l'intérêt des belligérants d'en savoir le moins possible sur la situation des civils du camp opposé. Or, il apparaît d'emblée contradictoire que la meilleure façon de protéger sa responsabilité face à un acte à double effet soit de se montrer le plus irresponsable possible... Faudrait-il alors, pour clarifier cette question de la limite de ce qui peut valoir comme crime de guerre, proposer plutôt un nouvel outil juridique adapté ? Si une des difficultés face auxquelles nous placent les actes à double effet en termes de responsabilité soit la qualification des faits de manière à les faire concorder avec une loi d'interdiction, peut-être serait-il possible de proposer de nouvelles qualifications ? Par exemple, nous pourrions discuter de la pertinence de la création d'un crime tel que « crime de guerre commis sous intention oblique ». Certes, en pratique, il serait quasi-impossible de déterminer avec certitude quel type d'intention – directe ou oblique – a vraiment présidé à la commission de l'acte et ce serait sans doute avec raison que nous verrions là un artifice juridique peu utile dans la pratique. Cependant, si nous nous rappelons que l'un des intérêts du droit international est moins de sanctionner des comportements déviants que de réaliser un programme commun de comportements souhaitables, alors il n'est peut-être pas inutile, pour la prévention des crimes futurs, d'attirer l'attention des soldats et des dirigeants sur les subtilités des limites du crime de guerre par la création d'un crime explicite. Enfin, une dernière façon de clarifier les difficultés d'imputation dans le cas des actes à double effet serait peut-être de considérer de principe tout acte à double effet comme faisant bien partie des crimes de guerre. Une solution serait peut-être d'attacher par principe à ces actes une responsabilité pleine et entière, mais d'accepter des « éléments déresponsabilisants », de sorte que ce serait à celui qui décide ou commet des actes à double effet de prouver qu'il s'y est résolu à contrecœur. Parmi ces éléments déresponsabilisants, nous pourrions par exemple considérer la réalité de la nécessité militaire, et l'évaluer selon le principe de proportionnalité (par exemple, une fois admis qu'il est impossible qu'une guerre ne fasse aucune victime civile, l'atteinte d'une cible militaire capitale pourrait excuser un petit nombre de victimes civiles, alors qu'une cible de faible importance ne pourrait en excuser un grand nombre). Nous pourrions également accepter une posture morale et reconnaître qu'un acte à double effet ayant fait barrage à un tyran sanguinaire serait susceptible de suspendre les responsabilités. Dernier exemple, nous pourrions, selon la suggestion de Walzer, prendre en compte dans le calcul des responsabilités l'effort concret fait par les troupes pour minimiser les pertes parmi les civils ennemis et compter à crédits les risques pris par leurs propres soldats. Ainsi, si la question des limites des crimes de guerre se posera toujours d'une manière

ou d'une autre, nous pouvons quand même penser des propositions de résolution de ces difficultés.

La définition du crime et le vide des lois

Une autre particularité des crimes de guerre est que si nous hésitons parfois à qualifier un acte de crime de guerre, à l'inverse il peut arriver qu'un acte, que nous voudrions spontanément reconnaître comme crime de guerre et poursuivre comme tel, ne trouve pas d'écho adéquat parmi les lois. En effet, il peut arriver, parce que la technique ou encore la sinistre ingéniosité humaine avancent plus vite que le droit, qu'il n'existe pas encore de loi d'interdiction au moment de la commission d'un crime. Or, si l'on ne peut poursuivre un crime que par rapport à une loi déjà promulguée, ces actes ne peuvent en toute logique juridique pas être incriminés. On se retrouve alors devant une tension : celle de laisser impunis des crimes particulièrement odieux pour des raisons de limitations du droit ou celle de faire une entorse au droit pour pouvoir répondre aux exigences de la justice morale. C'est, rappelons-le, dans de telles circonstances que fut créé le crime contre l'humanité. Le vide des lois reste un point essentiel de tension entre imputabilité des crimes de guerre et respect des principes fondamentaux du droit. Cette difficulté est apparue aux juristes dès les débuts de la rédaction du droit international. Par exemple, en 1899, Friederich de Martens¹ proposa, pour sortir d'une impasse diplomatique, l'adoption d'une clause qui fit date dans l'histoire du droit. Il y recommande, « en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté », que « les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». Ce fut la première et unique fois que « les lois de l'humanité » et la « conscience publique » furent convoquées à l'appui du droit international pour traiter des situations non encore couvertes par la nomographie.

¹ C'est à l'occasion de la Conférence de la paix tenue à La Haye en 1899, que Friederich de Martens, délégué du Tsar de Russie, fut amené à prononcer un discours dont la teneur fut reprise pour la rédaction d'une clause à laquelle on attribua son nom. Le contexte est le suivant : les délégués des divers pays en présence n'arrivaient pas à adopter une position commune concernant le statut des civils qui en venaient à prendre les armes contre les forces occupantes : devait-on les assimiler aux combattants réguliers ou devait-on les considérer comme des francs-tireurs et, par conséquent, les poursuivre comme tels ? Plusieurs petits pays, derrière la Belgique, voulaient soutenir un droit de résistance illimité, ce que refusaient les pays à la force offensive plus affirmée. Pour sortir de l'impasse à laquelle les débats avaient abouti, le Baron de Martens proposa l'adoption d'une clause :

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

Nous n'aborderons pas ici les débats d'experts quant à la validité devant être accordée aujourd'hui à la clause de Martens, mais bien qu'elle soit parfois décriée, nous pouvons aussi noter qu'elle existe toujours, sous une forme ou une autre, dans nombre de textes internationaux. Il est alors intéressant de souligner les tentatives juridiques de résolutions des tensions entre les principes de validité du droit et son idéal de justice, et également de remarquer que cette tentative n'a pas réussi à résoudre la tension, comme si quelque chose, toujours, résistait.

La notion même de crime de guerre, ainsi que son traitement juridique, n'ont donc pas la fermeté que nous voudrions en attendre et ceci représente une première difficulté. Une autre difficulté est que les procès pour crimes de guerre contiennent des enjeux que ne contiennent pas les procès pour crimes « classiques » :

Difficultés et enjeux spécifiques aux procès pour crimes de guerre

La visibilité particulière des crimes de guerre

La première spécificité que nous pouvons mentionner est la visibilité particulière que ces crimes revêtent sur la scène internationale. Certes, les poursuites pour crimes de guerre ont, depuis la seconde guerre mondiale et le Tribunal Militaire de Nuremberg, surtout eu tendance à se dérouler au sein de structures internationales : Cour pénale internationale, Tribunaux internationaux *ad hoc*... Ceci a effectivement donné aux poursuites une visibilité qu'on n'avait vue pour aucun autre type de crimes. Cependant, ce n'est pas tant que les procès eux-mêmes se déroulent pour les plus emblématiques d'entre eux sur la scène internationale, mais que la manière dont sont traités les criminels de guerre même à l'intérieur d'un État souverain concerne l'ensemble de la communauté internationale. Ainsi, Hannah Arendt note-elle que le procès d'Adolf Eichmann à Jérusalem fut l'occasion d'une série de poursuites à l'intérieur de l'Allemagne, alors qu'auparavant, les tribunaux locaux étaient peu enclins à instruire des procès. C'est qu'un pays est aussi jugé moralement sur la scène internationale par la manière dont il gère l'après-guerre. Aujourd'hui, la généralisation du principe juridique de « compétence universelle »² a un peu modifié les enjeux, en impliquant de fait tout pays dans

² Le principe de « compétence universelle » valable uniquement pour les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, autorise tout État souverain à instruire des poursuites, quelle que soit la nationalité du criminel et le lieu de commission des crimes. Plus précisément, les États peuvent être obligés,

la poursuite éventuelle des criminels de guerre. Par exemple, se tient depuis le 26 mars 2007 à Montréal, le procès du Rwandais Désiré Munyaneza, arrêté à Toronto en 2005, pour sept chefs d'inculpations liés à sa participation au génocide rwandais de 1994. Une telle visibilité est à rattacher à la charge symbolique des poursuites. En effet, les actes inscrits comme crimes de guerre font partie des actes reconnus comme étant parmi les plus graves qui puissent être commis. La réaction à ces actes d'une valeur exceptionnelle devient significative non seulement pour les victimes, mais aussi pour l'ensemble de la communauté internationale. Parce que l'humanité est meurtrie par ces crimes, il devient fondamental que sa valeur soit réaffirmée, protégée, que la mémoire des actes soit conservée et que le refus de voir de tels actes se commettre à nouveau soit soutenu. À ce titre, la réponse faite aux crimes particuliers concerne l'ensemble de l'humanité contemporaine mais aussi les générations futures. Si une dimension symbolique est attachée à tout jugement criminel, nulle part autant que dans les poursuites pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, elle n'atteint un tel degré de signification et d'universalité.

La valeur politique des procès pour crimes de guerre

Dès lors, la réponse faite aux crimes de guerre de la part d'un État ou de la communauté internationale contient toujours, même de façon non intentionnelle, une valeur politique. La volonté du Rwanda de poursuivre tous les génocidaires a une signification politique différente de l'amnistie accordée par le gouvernement français après la libération. Plus récemment, on saisira sans peine la différence que cela fait sur la scène internationale que l'Argentine, la Suède, la France et l'Allemagne se soient déclarées « incompétentes » pour instruire les plaintes pour divers crimes de guerre déposées contre Ronald Rumsfeld dans le cadre de l'intervention américaine en Iraq, alors que des poursuites ont pu être engagées auparavant contre Augusto Pinochet et ensuite contre le président tchadien Hissène Habré. L'impunité à peine déguisée accordée ou refusée à un décideur en fonction de sa nationalité en dit assez long sur le rapport des forces politiques mises en jeu. On se souviendra notamment, qu'il fut reproché au Tribunal de Nuremberg d'incarner la « justice des vainqueurs » et l'on pourrait discuter également des raisons pour lesquelles le tribunal Spécial pour le Cambodge tarda tant à être mis en place³. Toute décision quant à l'imputabilité des crimes de guerre s'inscrit ainsi

selon les crimes et les juridictions internes, à poursuivre les criminels qui pourraient se trouver sur leur sol, à les dénoncer ou encore à les extraditer. La Belgique est à ce jour le pays ayant voté la compétence universelle la plus large. C'est pourquoi elle qui reçoit le plus grand nombre de demandes de poursuite (par exemple liées aux exactions commises au Rwanda, Tchad ou Guatemala, aux affaires Hissène Habré, Pinochet, Bush...).

³ On pourra consulter notamment :

dans un contexte politique et a une signification politique envers l'ensemble de la communauté internationale.

Spécificités des procès sous droit international

Une autre particularité est attachée aux poursuites pour crimes de guerre, mais également à d'autres types de crimes ; c'est que la loi de référence n'est pas une loi nationale mais une loi internationale. Or, ces deux lois ne sont pas de même nature juridique. Contrairement aux poursuites de droits communs qui, dans des cas exceptionnels peuvent prendre une loi en défaut mais ne sont pas susceptibles de remettre en cause la valeur même du droit, ici chaque décision de poursuite, chaque jugement rendu, engage la force et la légitimité du droit. En effet, nombre de juristes considèrent que le droit n'existe que là où existe une autorité pour le garantir, soit finalement à l'intérieur d'un État. Sous ce critère, le droit international ne serait pas réellement du droit, il s'agirait en fait de recommandations, d'une louable tentative d'harmoniser des relations, mais qui ne pourraient jamais atteindre le degré de force coercitive nécessaire à la reconnaissance d'un droit dans le plein sens du terme. Si les développements de structures internationales comme les Nations Unies et les jeux d'assistance entre les pays font que les États ne sont pas non plus entre eux dans une sorte « d'état de nature », il reste vrai que le droit international souffre de son caractère supranational et au final ne puise sa force que dans la plus ou moins bonne volonté des États. Dans un tel contexte, le comportement de chaque État face au droit international et l'effort qu'il met - ou ne met pas - à le respecter a une incidence directe sur son statut et sa pérennité. Ainsi, si l'Argentine (premier pays devant lequel une plainte fût déposée contre Rumsfeld en 2005) avait répondu positivement à la possibilité de poursuites, le droit international y aurait immédiatement gagné en force. Ici, le fait que quatre pays parmi les plus puissants (et le fait que la France ait précédemment autorisé les poursuites contre Pinochet), plient devant la perspective d'une poursuite d'un décideur américain porte au contraire un coup sévère au droit international et à la légitimité des poursuites futures. En effet, comment un inculpé ne viendrait-il pas, par la suite, à mettre en cause la légitimité des poursuites intentées contre lui et dénoncer une « justice des puissants » comme on avait parlé, au moment du procès de Nuremberg, d'une « justice des vainqueurs » ?

KIETNAN, B., « Le communisme racial des Khmers rouges, Un génocide et son négationnisme : le cas du Cambodge », (trad. de l'anglais par E. Vigne), *Esprit*, « Les politiques de la haine », n° 252, (mai 1999), pp.93-127

Deuxièmement, notre recherche aura été l'occasion de montrer pourquoi et comment le crime de guerre interroge les schèmes classiques de l'imputation et nous enjoint à les repenser.

Le crime de guerre nous enjoint à repenser les schèmes classiques de l'imputation

L'imputation objective d'un crime de guerre

Pour mémoire, toute imputation objective d'un crime demande que soit retracée une chaîne de causalité – qualifiée de « certaine » par le droit – entre l'acte que l'on souhaite imputer et l'agent à qui on l'impute. Pour un crime classique, on peut opérer ou de manière ascendante ou de manière descendante. De manière ascendante, on peut ou bien remonter d'un dommage à l'agent immédiat (*causa proxima*) ou bien retracer le faisceau de toutes les raisons suffisantes qui ont concouru au dommage et évaluer laquelle ou lesquelles sont les plus déterminantes (*causa remota*). De manière descendante, on peut constater un acte dommageable du fait d'un agent et lui en imputer toutes les conséquences directes, y compris celles ayant affecté les « victimes par ricochet ».

La difficulté dans l'imputation d'un crime de guerre est que ce premier stade de l'imputation, qui peut ensuite soutenir l'examen des intentions et guider une imputation subjective, n'est pas toujours aisé à affirmer. De manière ascendante, quelle que soit la théorie de la causalité que l'on privilégie, il est parfois ardu d'attribuer un crime de guerre à quelqu'un. Lorsque les crimes sont commis de manière collective – ce qui est presque toujours le cas lors des conflits armés – le modèle individuel classique peut échouer à extraire clairement des participations et à les traduire en termes juridiques de « co-auteurs » ou de « complices ». C'était le cas, par exemple, des traitements humiliants, pour lesquels il n'est pas toujours possible de décrire un acte positif de l'agent (celui qui ne fait que regarder). Par suite il n'est pas toujours possible de retracer des chaînes causales venant appuyer une imputation objective.

Nous avons vu que dans de tels cas, il pouvait être plus éclairant d'avoir une lecture des actes en termes de responsabilité collective. Lorsque l'imputation d'un crime de guerre ne peut procéder à la manière classique de l'imputation juridique d'un crime quelconque selon une progression allant de l'imputation objective à l'imputation subjective puis aux responsabilités, les théories morales de la responsabilité collective nous permettaient de suivre une progression inverse. Nous avons vu qu'il pouvait être cohérent de partir des responsabilités

morales, de prendre le critère de l'intention de voir le crime de commettre pour déterminer les imputations subjectives, qui ensuite nous servaient de tuteur pour dégager les imputations objectives au sein des actes.

Une difficulté inverse de l'imputation objective, qui se soulève avec acuité dans les cas de crimes de guerre, est celle de déterminer de manière descendante quand arrêter une chaîne causale facilement retracée. Ainsi en était-il des actes à double effet. L'agent direct d'un acte à double effet – celui qui bombarde une cible militaire dans notre exemple – peut être imputable objectivement de la mort des civils. D'un point de vue objectif, on pourrait même mettre en cause le fait qu'il s'agisse d'actes à double effet, et considérer que la mort des civils est un effet direct de son acte de bombarder. Ce qui permet d'introduire des distinctions est les différentes conceptions de l'intuition, pouvant soutenir des descriptions morales différentes des actes. Nous constatons là un autre exemple du fait qu'une lecture des responsabilités en termes moraux pouvait venir soutenir d'autres façons de poser l'imputabilité objective que celles pratiquées habituellement par le droit.

Cette façon de repenser les critères de l'imputation objective, soutenue par une lecture morale des actes, peut être vue comme particulièrement justifiée dans le cas des crimes de guerre.

L'imputabilité subjective des crimes de guerre

Le niveau subjectif de l'imputation demande que soient examinées les intentions ou la capacité de l'agent à réaliser les conséquences possibles de son comportement, de sorte qu'il agit volontairement, mais aussi, pour reprendre les termes juridiques : *en dehors de toute contrainte et en toute connaissance de cause*.

Dans le cadre des conflits armés, ces deux critères sont particulièrement ardues à évaluer, notamment lorsque les actes reprochés relèvent de situations d'obéissance. Intéressons-nous principalement ici au second critère, pour revenir sur la question de la contrainte dans le paragraphe suivant.

En toute connaissance de cause

La difficulté liée à l'évaluation de la « connaissance de cause » de l'agent est que par nature, un conflit armé structuré par une armée englobe l'individu dans un système qui dépasse ses vues. On pourrait justifier alors deux conceptions juridiques de l'obéissance : celle de *l'obéissance passive*, estimant justement que les soldats de base, ne pouvant saisir tous les tenants et les aboutissants des décisions prises, doivent faire confiance à leurs supérieurs, et celle de *l'obéissance raisonnée*, voulant que chaque soldat soit tenu de conserver un esprit

critique face aux ordres qu'il reçoit, de sorte qu'il soit tenu de refuser d'obéir à des ordres lui paraissant illégaux. Or, ces deux conceptions entrent en tension lorsqu'on se place du point de vue d'une guerre juste. En effet, si l'on accepte, comme nous y poussaient les résultats de notre analyse, que des actes prohibés lorsqu'on conserve un point de vue moralement neutre sur la guerre soient susceptibles de devenir justifiés lorsque la victoire est une nécessité morale, alors il faut aussi admettre que des dirigeants puissent être moralement autorisés à transmettre des ordres pouvant paraître illégaux au soldat qui les reçoit. Mais dès lors qu'on relève des cas où un soldat servirait mieux la justice de la guerre en suivant des ordres qui lui paraissent illégaux qu'en refusant d'y obéir, alors la question de la confiance qu'un soldat doit accorder aux ordres se pose d'une façon originale. Il ne s'agit pas évidemment pas ici pour nous de défendre absolument la confiance des soldats envers leurs supérieurs et de justifier les crimes de guerre commis sur ordres, mais simplement d'attirer l'attention sur un aspect de l'imputation subjective qui ne se soulève pas en dehors d'un contexte d'imputation des actes dans le cadre d'une guerre juste. L'évaluation de la « connaissance de cause » dépasse donc, dans le cas des crimes de guerre, la simple conscience des conséquences possibles de nos actes, elle doit être replacée dans une vue d'ensemble, en impliquant dans son évaluation ce que l'agent pouvait saisir de l'entreprise globale à laquelle il participe et la manière dont il pense que son acte s'inscrit dans cet ensemble. Ceci est bien une spécificité de l'imputation subjective des crimes de guerre, car seule la guerre peut susciter une évaluation morale globale venant modifier la valeur d'actes inscrits comme crimes.

En dehors de toute contrainte

Nous l'avons vu, une fois qu'un acte a été imputé objectivement à un agent, un dernier examen doit être pratiqué avant de déterminer que cette personne est bien responsable de cet acte : vérifier que l'agent ne s'est pas trouvé devoir agir par rapport à une situation injuste pour lui. Pour mémoire, la pratique juridique considère quatre éléments susceptibles de suspendre l'imputabilité subjective, bien que l'agent ait agi volontairement. Il s'agit de l'ordre de la loi, du commandement de l'autorité légitime, de la légitime défense et de l'état de nécessité. Or, certains de ces éléments peuvent se poser de manière tout à fait originale dans le cas des crimes de guerre :

- L'ordre de la loi

Cet élément concerne les situations de conflits de droit. Un exemple classique de conflit de droit hors temps de guerre serait le fait de violer un domicile pour porter secours à quelqu'un (devoir juridique dans certains pays, devoir moral dans tous). L'histoire nous a montré des

situations où les individus pouvaient se trouver pris dans un système juridique valide au sens de Kelsen, mais contradictoire avec les lois du droit international humanitaire, voire lorsque celui-ci est muet, avec les lois de la morale. Ainsi les lois du Reich : la « loi de citoyenneté » du 15 septembre 1935, les lois de 1937 ordonnant l'émigration forcée des juifs et la spoliation de leurs biens, les diverses lois de déportations après le début de la guerre, étaient toutes des lois parfaitement valides selon les critères juridiques du lieu et de l'époque. Or, comme le mentionne le CICR dans un rapport de l'été 1942⁴, de nombreuses lois étaient en contradiction avec les lois du droit international humanitaire de l'époque. Est-ce qu'alors on peut admettre l'obéissance aux lois du Reich comme un cas d'ordre de la loi propre à suspendre les imputabilités subjectives ? Indépendamment des accointances idéologiques des uns et des autres, il est notable que même un homme de bonne volonté recevant un ordre légal de ce type se trouvait comme pris « entre la faucille et le marteau », c'est-à-dire contraint de choisir entre se rendre immédiatement coupable d'insubordination et se rendre coupable de collaboration à un crime de droit international dans une mise en cause ultérieure qui ne viendrait peut-être jamais. Quel que soit le jugement moral que peut susciter en nous une décision d'obtempérer, nous pouvons au moins reconnaître que cet homme s'est effectivement trouvé pris dans une situation injuste pour lui. Certes, nous pourrions trouver des pays dont certaines des lois seraient en conflit avec des lois internationales, mais si la guerre pose la question de façon originale, c'est parce que c'est seulement dans le cas d'une résolution post-conflit que les individus ayant obtempérés pourraient être passibles de devoir répondre de leurs actes devant la communauté internationale. Le contexte de guerre agit donc bien comme le catalyseur du conflit de droit ici.

- La légitime défense

Le droit commun admet la légitime défense comme un cas de contrainte propre à suspendre les imputabilités subjectives. À condition qu'il le fasse de façon proportionnée, tout individu est autorisé à défendre sa vie. Or, dans le cas des guerres, il peut arriver que ce modèle de base se trouve perturbé. En effet, l'un des principes de tout conflit armé est de faire une discrimination entre combattants et non-combattants, de sorte que les soldats qui attaqueraient des civils commettraient un crime de guerre. Mais qu'en est-il des soldats qui se défendraient contre l'attaque de civils ? Faut-il considérer que ces civils, du fait de leur attaque cessent du même coup d'appartenir à la catégorie des personnes protégées et donc que la riposte des soldats ne peut constituer un crime de guerre ? Faut-il au contraire considérer que les civils

⁴ « Le CICR, 1939 - 45 : face à l'holocauste »
<http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/history-holocaust-020205>

restent des civils quel que soit le comportement qu'ils adoptent et que la riposte des soldats relève du crime de guerre ? Là encore, le contexte de la guerre a soulevé des ambiguïtés qui ne se soulèvent pas en temps de paix et dont la résolution ne va pas forcément de soi.

*

Troisièmement, nous avons pu mettre au jour des éléments originaux à prendre en compte lorsque l'on cherche à décider de l'imputabilité d'un crime de guerre à un individu déterminé. Mais notre enquête a aussi été l'occasion de montrer qu'il pouvait y avoir inversement, dans le contexte particulier de la guerre, des responsabilités auxquelles il pouvait être difficile de rattacher des imputations. Un des exemples les plus nets à cet égard aura été le cas de la responsabilité de ceux qui décident la guerre envers les conscrits de force qui n'ont pas eu la résistance morale suffisante pour faire front aux risques moraux encourus. En effet, lorsqu'un individu en vient à commettre un crime de guerre « en connaissance de cause », il est en théorie relativement simple de lui imputer ce crime : de le rattacher à son acte par une série causale au niveau de l'*actus reus*, et de montrer au niveau de la *mens rea* que c'est sa volonté et sa seule volonté qui s'est ainsi exprimée. Toutes les conditions de l'imputabilité devraient nous renvoyer à un seul responsable : celui qui a commis le crime ; aucune autre responsabilité ne peut se faire jour dans ce cas-ci si l'on suit les seules règles de l'imputabilité. Or, on a montré que celui qui impose une activité moralement risquée à une personne et qu'il le fait pour la poursuite de ses propres intérêts a aussi une responsabilité dans la commission des crimes. L'histoire nous montre un cas où une telle question a été soulevée. Lors du massacre d'Oradour-sur-Glane, qui coûta la vie, le 10 juin 1944, à ses 642 habitants, il fut établi que parmi la troupe de SS responsable du crime, se trouvaient douze « Malgré-nous ». Pour mémoire, les « Malgré-nous » est le terme par lequel on désigne les Alsaciens et Mosellans (auxquels on pourrait ajouter les Belges et Luxembourgeois) qui, durant la seconde guerre mondiale, furent enrôlés de force dans la Wehrmacht ou la Waffen-SS, et qui durent, la mort dans l'âme, combattre dans l'armée allemande. Les récalcitrants étaient envoyés dans les branches dures des SS afin d'être cassés psychologiquement, mais aussi compromis par le comportement collectif de leur brigade. Lors du « procès de Bordeaux », mis en place en 1953 pour juger les crimes d'Oradour-sur-Glane, l'un des arguments de la défense fut de dire que l'incorporation des « Malgré-nous » fut en soi un crime de guerre et que le crime de guerre que fut le massacre d'Oradour fut commis au moyen d'un autre crime de guerre. Cet argument ne fut à l'époque ni écouté ni même entendu.

Pourtant, il pose une vraie question, car cet exemple illustre parfaitement la difficulté qu'il peut y avoir à penser les responsabilités. S'il semble nécessaire de reconnaître une responsabilité pleine et entière pour des actes commis volontairement et en connaissance de cause, il semble également cohérent de penser les responsabilités de ceux qui ont créé les conditions de commission des crimes. Les critères de l'imputabilité ne donneraient rien ici : ceux qui ont décidé la guerre et incorporé ces hommes ne leur ont probablement jamais demandé directement de rayer un village de la carte, aucun lien matériel ne peut non plus être retracé entre les hauts décideurs et ce massacre. Et pourtant, on saisi bien que le tribunal de Bordeaux soit passé à côté d'une réalité en ne discutant même pas la responsabilité de ceux qui ont créé les conditions d'incorporation et de pression morale qui a pesé sur les « Malgré-nous ». L'apport de notre enquête a ainsi révélé la cohérence qu'il y a à interroger la responsabilité des décideurs pour les crimes de guerre commis « en connaissance de cause » par les soldats incorporés de force, et les fondements de cette autorisation.

*

Cet exemple est sans doute l'un de ceux qui nous permet le mieux d'accentuer la fracture qu'il y a entre les notions d'imputabilité et de responsabilité, notions qui, pour l'essentiel des crimes classiques, concordent de manière si intime qu'on en vient souvent à les confondre. C'est que l'imputabilité conserve un lien beaucoup plus immédiat avec les actes commis – ou omis – par les individus. La perspective de l'imputabilité est toujours de manière immanente le champ concret des possibles gouvernés par les lois de la causalité. Le ressort de l'imputabilité est alors la manière dont l'agent détermine son arbitre par rapport aux diverses pressions qu'il peut subir. Évaluer une imputabilité braque le projecteur sur l'agent, et tente de donner du sens à un comportement individuel selon une grille d'analyse plus ou moins complexe, mais qui conserve toujours un aspect procédural. La responsabilité, par contre, appartient à un ordre d'implications supérieur. Ce qui est examiné est certes la manière dont l'agent a déterminé son arbitre et le comportement concret qui en a résulté, mais le projecteur peut s'éloigner de l'agent, jusqu'à le perdre de vue. C'est qu'en effet, l'agent n'est pas toujours le seul ni le premier responsable d'un crime. Avec la responsabilité, on s'intéresse autant aux actes qu'aux liaisons entre les personnes, car si quelqu'un peut être responsable de l'acte d'autrui, c'est toujours en vertu d'un lien préexistant entre eux. Dès lors, les cercles d'implications des agents sont susceptibles de devenir pertinents et le cas de la guerre est clairement un cas de ce type. C'est pour cette raison que la question de la responsabilité

collective se soulève, alors que l'imputabilité reste nécessairement attachée à un niveau individuel d'analyse. Comme nous l'avons souligné, la difficulté est alors de reconnaître l'utilité d'un examen collectif des situations dans le cas d'un procès pour crime de guerre, tout en restant strictement dans le cadre de l'imputation individuelle des crimes corollaire du principe juridique d'individualité de la peine.

*

Pour finir, il nous faut attirer l'attention sur un aspect externe de notre question. Les difficultés les plus ardues que nous avons rencontrés, et pour lesquelles nous ne pouvons donner de solution ferme, relèvent souvent des différentes lectures que l'on peut proposer d'un acte. La non-intervention et les actes à double effet ont été l'occasion de dégager plusieurs façons possibles de décrire un acte en termes d'intentionnalité ; la légitime défense a été l'occasion de donner des résolutions différentes selon qu'on adopte un point de vue individualiste ou collectiviste ; des conclusions sensiblement différentes ont également pu être données selon qu'on examine une question sous un prisme moral ou au contraire moralement neutre. La conséquence de ces lectures multiples, outre les difficultés que nous avons dégagées au niveau des imputations et des responsabilités, est un risque d'utilisation politique des ces ambiguïtés. Il devient en effet possible de jouer sur les ambiguïtés des notions afin de justifier, en toute mauvaise foi, des actes à la limite de la légalité : de justifier l'attaque de zone civiles où pourraient se trouver des ennemis comme étant des actes à double effet, de distribuer des impunités sous couvert de subtilités juridiques ou de raisons morales conséquentialistes, ou encore de se servir du cadre du procès pour réécrire l'histoire. Il est sans doute difficile de se prémunir contre les risques de récupérations politiques, du moins notre enquête aura-t-elle permis de mettre en lumière les lieux possibles de manipulation, afin de mieux s'en défendre.

Chapitre I, section 1 – Entrée en guerre et participation a la guerre : des responsabilités partagées 31

<u>I - Des différents types de risques qui pèsent sur la responsabilité du soldat</u>	33
I.1 – La notion de « Moral Luck »	34
I.2 - L'apport de la notion de « Moral Luck » pour comprendre les enjeux de la responsabilité liée aux crimes de guerre	35
I.2.a - <i>Fortune intervenant dans les séries causales</i>	36
I.2.b - <i>Responsabilité et fortune contextuelle</i>	37
I.2.c - <i>Le risque propre à la guerre : la modification de personnalité</i>	39
<u>II - Responsabilité du soldat pour sa participation</u>	40
II.1 - La contrainte pure n'existe pas, ou « il y a toujours moyen d'agir autrement »	40
II.1.a <i>La position de Sartre doit être dépassée</i>	42
II.1.b <i>On peut admettre une forme de contrainte</i>	44
II.2 - Contrainte et responsabilité ne sont pas incompatibles	45
II.3 - « Connais-toi toi-même »	47
<u>III - Bilan</u>	48

Chapitre I, section 2 - Le jugement moral porté sur la guerre modifie-t-il la compréhension des responsabilités partagées entre ceux qui la font et ceux qui la décident ? 51

<u>I - Le jugement moral porté sur la guerre</u>	53
I.1 - Le réalisme	53
I.2 - Le pacifisme	54
I.3 - Théorie de la guerre juste	55
<u>II - Jugement moral sur la guerre et théorie de la guerre juste : exposition</u>	55
II.1 - Développement historique de la doctrine	55
II.1.a - <i>Période d'élaboration : de saint Augustin à saint Thomas</i>	55
II.1.b - <i>La forme « classique » : saint Thomas</i>	56
II.1.c - <i>Évolution de la doctrine : Vitoria</i>	59
II.2 - Comment se pose notre question ?	62
<u>III - Le jugement moral porté sur la guerre est-il susceptible de modifier l'extension relative de la catégorie des crimes de guerre ?</u>	63
III.1- La justice de la cause rend secondaire la catégorie de crime de guerre	64
III.2 - Le principe de l'échelle mobile	65
III.3 – L'absolutisme moral	66
III.4 - L'absolutisme « modéré »	66

<u>IV – Répondre à la question nous demande de dépasser l'alternative entre utilitarisme et déontologisme</u>	67
IV.1 - Moment et manière de tuer	67
IV.1.a - <i>Les moyens autorisés</i>	68
IV.1.b - <i>Les procédés interdits</i>	69
IV.2 - La désignation de la victime	74
IV.3 - Bilan	76
<u>V - Qu'en est-il de la responsabilité du soldat ? La valeur de ses actes propres est-elle modifiée par les jugements moraux portés sur la guerre ?</u>	77
<u>VI - Bilan</u>	80

Chapitre II, section 1 - L'apport de la perspective collectiviste pour penser les responsabilités impliquées par la commission de certains crimes : exemple du génocide 82

<u>I - La responsabilité du génocidaire : entre responsabilité collective et responsabilité individuelle</u>	83
I.1 - Le crime de génocide est un crime de nature collective	85
I.2 - Quel type de collectif est contenu dans le crime de génocide ?	87
I.2.a - <i>Quel est le caractère collectif de l'actus reus ?</i>	88
I.2.b - <i>Quel est, maintenant, le caractère collectif de la mens rea ?</i>	90
I.3 - De la structure collective du crime de génocide à l'établissement des liens structurels entre les génocidaires	93
I.4 - Conséquences de ces liaisons structurelles entre génocidaires sur la responsabilité individuelle de chaque individu	96
I.5 - Pour conclure sur le cas du génocide	99
<u>II - Les responsabilités pour crime de guerre doivent-elle être conçues sur un modèle similaire ?</u>	100

Chapitre II, section 2 - Le crime de guerre implique -t- il une dimension collective pertinente dans l'établissement des responsabilités ? 101

<u>I - La notion de crime de guerre introduit une tension dans la légitimité de la prise en compte d'une dimension collective</u>	102
I.1 - Le crime de guerre est défini comme crime « de guerre »	102
I.2 - Le crime de guerre est à comprendre comme « crime » de guerre	105
I.3 - Le crime de guerre renvoie à la guerre de manière originale	105
<u>II – La guerre implique-t-elle nécessairement des « collectifs » ?</u>	106
<u>III – Qu'est-ce qu'un acte « collectif » ?</u>	109
III.1 - Qu'est-ce qu'un « collectif » ?	109
III.2 - Qu'est-ce qu'agir « collectivement » ?	111

III.3 - De la nature de l'acte collectif : distributif ou non distributif ?	113
<u>IV - Comment comprendre la dimension collective impliquée par la guerre ?</u>	<u>114</u>
<u>V - Bilan</u>	<u>117</u>

Chapitre II, section 3 - Présentation des théories morales de la responsabilité collective 119

<u>I - Controverse la plus fondamentale au sujet de la responsabilité collective : est-ce qu'il y a un sens à parler de « responsabilité collective » ?</u>	<u>121</u>
I.1 - Deux détracteurs de la responsabilité collective : H.D. Lewis et S. Sverdlik	122
<i>I.1.a - H.D Lewis : La responsabilité collective est une notion « barbare »</i>	122
<i>I.1.b - Steven Sverdlik : le seul système cohérent de responsabilité est la responsabilité individuelle</i>	123
I.2 – Quatre défenseurs de la responsabilité collective : J.Searle, L.May, C.Kutz, D.E. Cooper	124
<i>I.2.a - John Searle : les « We-Intentions » sont primitives</i>	124
<i>I.2.b - Larry May : l'intention collective n'est pas nécessairement à penser comme intention de groupe</i>	125
<i>I.2.c - Christopher Kutz : il faut distinguer l'intention du groupe et les intentions des individus</i>	126
<i>I.2.d - D.E. Cooper : l'élément pertinent de la responsabilité collective est moins à chercher dans l'intention de groupe que dans la description adéquate des actions</i>	126
<u>II -Deuxième difficulté : la structure de la responsabilité collective</u>	<u>127</u>
<u>III - La responsabilité collective et son rapport avec les responsabilités individuelles des membres du groupe</u>	<u>129</u>
<u>IV - Bilan</u>	<u>130</u>

Chapitre II, section 4 - Les théories morales de la responsabilité collective permettent-elle de donner un nouvel éclairage à la question des responsabilités liées aux crimes de guerre ? 132

<u>I - Responsabilité d'un collectif impliqué dans la commission d'un crime de guerre</u>	<u>133</u>
I.1 - L'apport des théories morales de la responsabilité collective pour penser des crimes commis en groupe	133
<i>I.1.a - Crimes commis par plusieurs personnes : l'apport de la lecture collectiviste</i>	133
<i>I.1.b - Jusqu'où admettre des auteurs aux actes ? : l'apport du critère de l'intention</i>	135
I.2- Apport des théories morales de la responsabilité pour penser les responsabilités du groupe d'appartenance des criminels	137

1.2.a - Crimes de guerre commis par des soldats incorporés : la responsabilité de l'armée mise en question	137
1.2.b - Les personnes civiles : peut-on penser une responsabilité pour non-interventions ?	141
Le soulèvement du peuple danois	142
Une responsabilité du peuple allemand ?	144
Bilan	148
<u>II - Responsabilités impliquées par la signification des crimes</u>	<u>149</u>
<u>III - Bilan</u>	<u>151</u>
CHAPITRE III, Présentation - L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser les limites des responsabilités mises en jeu par les crimes de guerre	152
Chapitre III, section 1 - Peut-on fonder une responsabilité pour ne pas être intervenu face a un crime de guerre ?	153
<u>I- Les conditions de l'intervention</u>	<u>155</u>
I.1- Le sujet de l'intervention : une question de pouvoirs	156
I.2 - Un sujet prioritaire à l'intervention ?	158
<u>II- Pouvons-nous fonder un devoir d'intervention ?</u>	<u>160</u>
II.1 - Kant : un devoir de non-intervention	160
II.2 - Arguments en faveur de l'intervention humanitaire	165
II.2.a - Joseph Boyle: l'intervention humanitaire est permise selon les critères de la guerre juste	166
II.2.b - Tension entre souveraineté et droit d'intervention modulée par la conception de souveraineté : les pensées du contrat social	168
II.2.c - Souveraineté et droit d'intervention comme deux forces en opposition : Grotius	170
II.2.d - Clara Bagnoli : il y a un devoir strict d'intervention	172
<u>III - Admettre un devoir d'intervention, c'est nier un droit de ne pas intervenir</u>	<u>174</u>
III.1- Les ambiguïtés de la neutralité	175
III. 2- Une question de priorités	176
III. 3- Arguments moraux contre l'intervention humanitaire	177
<u>IV- Pouvons-nous admettre une responsabilité pour n'être pas intervenu ?</u>	<u>179</u>
Chapitre III, section 2 - Les actes à double effet en contexte de conflit armé : les difficultés d'établir une responsabilité pour crime de guerre	182
<u>I- Enjeux de la doctrine du double effet</u>	<u>183</u>
I.1 - L'origine de la réflexion : Thomas d'Aquin	183

I.2 – Un classique de la tradition analytique : Philippa Foot	184
I.3 - L'intention « oblique » ne disqualifie pas toute responsabilité : Walzer	185
II – Responsabilité et acte à double effet	188
II.1 - Ambiguïtés quant aux possibles mises en cause de la responsabilité	188
II.2 - Acte à double effet et traitement de l'intentionnalité	189
II.3 - De l'intentionnalité à la responsabilité pour actes à double effet	190
III - Bilan	192
Chapitre III, section 3- L'apport de la distinction entre « tuer » et « laisser mourir » pour penser l'imputabilité de deux cas limites : la non-intervention et les situations de « double effet »	194
I- Débats autour de la distinction morale entre « tuer » et « laisser mourir »	195
I.1- Tuer est pire que laisser mourir : Richard L. Trammell	195
I.2- La distinction entre tuer et laisser mourir n'est pas intrinsèquement pertinente : James Rachels	197
II - Application de la distinction aux cas limites	199
II.1- Application de la distinction entre tuer et laisser mourir au cas de la non-intervention	200
II.2- Application de la distinction entre tuer et laisser mourir au cas des actes à double effet	202
III – Évaluation des débats	205
III.1- Argument selon lequel la distance géographique n'est pas pertinente	205
III.2- Argument selon lequel les raisons de tuer et celles de laisser mourir sont moralement équivalentes	207
IV - Bilan	209
Chapitre IV, section 1 – Présentation des théories morales de la sanction	213
I - Les théories dites « rétributives » de la peine	215
I.1 – Kant : une combinaison du rétributivisme « légal » et du rétributivisme « moral »	216
I.2 – Le « rétributivisme équitable » de H. L. A. Hart	220
II – Les théories de la peine qualifiées de « conséquentialistes »	221
II.1 – La peine se justifie par la rééducation du criminel	221
II.2 – La peine se trouve justifiée par l'intérêt commun	222
II.3 - Utilitarisme de la règle : optimiser une coopération sociale juste	226
II.4 - Fonction reconstructive de la peine	227
III - La peine comme réconciliation	228

Chapitre IV, section 2 - L'apport des théories morales de la sanction pour penser l'imputabilité des crimes de guerre	235
I – Les théories de la sanction sont-elles valides dans le cas des crimes de guerre ?	236
I.1 – L'amélioration du criminel	236
I.2 – La protection de la société contre le crime	237
I.3 – La vertu dissuasive de la peine	238
I.4 – La justice rétributive	239
I.5 - Bilan	240
II – Le paradigme de l'impunité	241
II.1 – La notion de contre-impunité	241
II.2 – L'option de l'impunité pour crimes de guerre	242
III – Pour qui ou pour quoi écarter l'option de l'impunité pour crimes de guerre ?	244
III.1 – Les effets délétères de l'impunité	244
III.2 – On ne peut pas ne pas punir un criminel de guerre	246
III.3 – La réconciliation comme effet de la contre-impunité parajudiciaire	247
IV - Bilan	250
Conclusion	251

Bibliographie

Ouvrages généraux et « Classiques »

Ouvrages

- *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, (textes rassemblés par M. Bettati, O. Duhamel et L. Greilsamer pour Le Monde), Paris, Gallimard, Folio actuel, 2002
- *Encyclopédie Philosophique Universelle*, vol.II Les Notions Philosophiques, (S. Auroux, dir.), article « Intention », Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2002,
- AQUIN, T., *Somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984-86
- ANZIEU, D., et MARTIN, J.-Y., *La dynamique des groupes restreints*, Paris, PUF, 1968
- ARENDT, H., *Eichmann à Jérusalem*, (trad. de l'américain par A. Guérin, révisée par M. Leibovici), Paris, Gallimard, Folio histoire, 2006 (1963)
 - *Responsabilité et jugement*, (édité par J. Kohn, trad. de l'américain par J.-L. Fidel), Paris, Éditions Payot & Rivages, Petite Bibliothèque Payot, 2009 (1959-75)
- GROTIUS, H., *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, (édité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, trad. du latin par P. Pradier-Fodéré), Paris, PUF, 2005 (1625)
- HEGEL, G. W. H., *L'esprit du Christianisme et son destin*, (introduit et trad. de l'allemand par O. Depré), Paris, Vrin, 1997 (1797-1800)
 - *Principes de la philosophie du droit*, (présenté et trad. de l'allemand par J.-F. Kervegan), Paris, PUF, 1998 (1820)
- HOBBS, T., *Léviathan*, (trad. de l'anglais par G. Mairet), Paris, Gallimard, Folio essais, 2007 (1651)
- JANKÉLÉVITCH, V., *L'imprescriptible*, Paris, Éditions du Seuil, 1986,
- JASPERS, K., *La culpabilité allemande*, (préface P. Vidal-Naquet, trad. de l'allemand par J. Hersh), Paris, Éditions de Minuit, 1990 (1948)
- JULLIEN, F., *Dialogue sur la morale*, Paris, Grasset, 1995
- KANT, E., *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986,
 - *Métaphysique des mœurs*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1986,
 - *Fondements de la métaphysique des mœurs*, (édité par F. Alquié, trad. de l'allemand par V. Delbos), Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, tome 2, 1985 (1785)
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, (traduit de l'allemand par C. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962 (1934)
- LOCKE, J., *Traité du gouvernement civil*, (trad. de l'anglais par D. Mazel), Paris, GF-Flammarion, 1992 (1690)
- PLATON, *Protagoras*, (trad. du grec par L. Robin et M.-J. Moreau), Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1999
 - *Critias*, (trad. du grec par J.-F. Pradeau), Paris, Les Belles Lettres, 1997
- RAWLS, J., *Théorie de la justice*, (traduit de l'américain par C. Audard), Paris, Éditions du Seuil, 2002 (1971)
 - « Two Concepts of Rules », *Philosophical Review*, 1955 ; repris dans *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 22-23
- RICOEUR, P., *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995
- RIZZOLATTI, G., et SINIGAGLIA, C., *Les neurones miroirs*, (trad. de l'italien par M. Raiola), Paris, Odile Jacob, 2008
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, in *Textes Politiques*, (introduction de T. L'Aminot), Paris, Éditions l'Age d'Homme, 2006 (1762)
 - *L'État de guerre*, (lecture de S. Goyard-Fabre), Arles, Actes Sud, Babel, 2000 (1756-57)
- SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, (introduit par J.-C. Eslin, trad. du latin par L. Moreau), Paris, Poche, 2004
- SARTRE, J.-P., *L'Être et le néant*, Paris, Gallimard, 1976 (1943)
 - *Réflexions sur la question juive*, Gallimard, folio essais, 2005 (1954)
- TZU Sun (Sun Zi), *L'art de la guerre*, (trad. du chinois et commenté par J. Lévi), Paris, Hachette Littératures, 2000

- VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1998 (1983)
- VITORIA, *Leçon sur le droit de guerre*, Genève, DROZ, 1966 (1539)
- VON CLAUSEWITZ, C., *De la guerre*, (édité par G. Chaliand, trad. de l'allemand par L. Murawiec), Paris, Éditions Perrin, collection tempus, 2006 (1832-34)
 - *Principes fondamentaux de stratégie militaire*, (trad. de l'allemand par G. Chamayou), Paris, Éditions mille et une nuits, 2006 (1812)
- WEBER, M., *Sociologie du droit*, (intro et trad. de l'allemand par J. Grosclaude), Paris, PUF, 1986
 - *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978

Sources internet

- Ethics of War, Peace and Terrorism, Édité par L. Hinman, (Université de San Diego) <http://ethics.sandiego.edu/Resources/PhilForum/Terrorism/index.asp>
- JustWarTheory.com, Édité par M. Rigstad (Oakland University), <http://www.justwartheory.com/>
- The Avalon Project at Yale Law School, <http://avalon.law.yale.edu>
- International Center for Transitional Justice, <http://www.ictj.org/fr/index.html>
- Human Rights Watch, <http://www.hrw.org/fr>
- Online Encyclopedia of Mass Violence, Édité par Jacques Semelin, www.massviolence.org
- Strategic Choices in the Design of Truth Commissions, <http://www.truthcommission.org/>
- Berkeley War Crimes Center, <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/>
- University of Ulster International Conflict Research Center, <http://www.incore.ulst.ac.uk/>
- COLONOMOS, A., « Guerre préventive », in. *Dicopo*, (18 juin 2007), <http://www.dicopo.org/>
- FABRE, C., « Éthique de la guerre », in. *Dicopo*, (18 juin 2007), <http://www.dicopo.org/>
- MOSELEY, A., « Just War Theory », in. *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, (10 Fév. 2009), J.Fieser and B.Dowden (eds.), (<http://www.iep.utm.edu/justwar/>)
- OREND, B., « War », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall 2008 Edition), E. N. Zalta (éd.) (<http://plato.stanford.edu/archives/sum2005/entries/war/>)

Autour de la notion de guerre

Ouvrages

- BEST, G., *Humanity in Warfare*, New York, Columbia University Press, 1980
 - *War and law since 1945*, Oxford, Clarendon, 1994
- CHRISTOPHER, P., *The Ethics of War and Peace: An Introduction to Legal and Moral Issues*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1994
- COATES, A., J., *The ethics of war*, Manchester, University of Manchester Press, 1997
- COHEN, M., « Moral Skepticism and International Relations », in. *International Ethics* (C. Beitz & L. Alexander eds.), Princeton, Princeton University Press, 1985, pp.3-50
- ELSHTAIN, J., B., *Just War Against Terror*, New York, Basic, 2003
 - (ed.) *Just War Theory*, Oxford, Basil Blackwell, 1992
- HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983
- HOLMES, R., *On War and Morality*, Princeton, Princeton University Press, 1989
- HOWARD, M., *The laws of war: constraints on warfare in the Western world*. New Haven, Yale University Press, 1994
- IGNATIEFF, M., *The Lesser Evil*, Princeton, Princeton University Press, 2004
 - *Virtual War*, New York, Viking, 2000
 - *The Warrior's Honour*, New York, Viking, 1998
- JOHNSON, J., T., *Can Modern War Be Just?*, New Haven, Yale University Press, 1984
 - *Ideology, Reason and Limitation of War: Religious and Secular Concepts, 1200-1740*, Princeton, Princeton University Press, 1981
 - *Morality and Contemporary Warfare*, New Haven, Yale University Press, 1999
 - *The Just War Tradition and the Restraint of War*, Princeton, Princeton University Press, 1981
 - *The Quest for Peace*, Princeton, Princeton University Press, 1987

- JOKIC, A., and ELLIS, A., (eds.), *War Crimes and Collective Wrongdoing*, Oxford, WileyBlackwell, 2001
- LACKEY, D., *The Ethics of War and Peace*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1989
- MAY, L., *Agression and Crimes Against Peace (Philosophical and Legal Aspects of War and Conflict)*, New York, Cambridge University Press, 2008
 - *War Crimes and Just War*, New York, Cambridge University Press, 2007
 - *The Morality of war: Classical and Contemporary Readings*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 2005
 - *Crimes against Humanity: A Normative Account*, New York, Cambridge University Press, 2004
- MILLER, R.,B., *Interpretations of Conflict: Ethics, Pacifism and the Just War Tradition*, Chicago, University of Chicago Press, 1991
 - (ed.) *The Law of War*, Lexington, Lexington Books, 1975
- MORGENTHAU, H., *Politics Among Nations*, New York, Knopf, 5th ed., 1973 (1948)
- NARDIN, T., *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton, Princeton University Press, 1983
 - (ed.), *The Ethics of War and Peace: Religious and Secular Perspectives*, Princeton, Princeton University Press, 1996
 - with MAPEL, D., (eds.), *Traditions of International Ethics*, New York, Cambridge University Press, 1992
- NARVESON, J., « Violence and War » in. *Matters of Life and Death*, (T.Regan, ed.) Philadelphia, Temple University Press, 1980, pp.109-147
- NORMAN, R., *Ethics, killing and war*, New York, Cambridge University Press, 1995
- O'BRIEN, W., *The Conduct of Just and Limited War*, New York, Praeger, 1981
 - *The Law of Limited Armed Conflict*, Washington, Georgetown University Press, 1965
- OREND, B., *On war: A Dialogue*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2008
 - *The Morality of War*, Calgary, Broadview Press, 2006
 - *Human Rights: Concept and Context*, Calgary, Broadview Press, 2002
 - *War and International Justice: A Kantian Perspective*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 2000
 - *Michael Walzer on War and Justice*, Cardiff, University of Wales Press, 2000
- REGAN, R., *Just War: Principles and Cases*, Washington, Catholic University of America Press, 1996
 - *The Moral Dimensions of Politics*, New York, Oxford University Press, 1986
- WALZER, M., *Arguing About War*, New Haven, Yale University Press, 2004
 - *Guerres justes et injustes*, (trad. de l'américain par S. Chambon et A. Wicke), Paris, Gallimard, Folio essai, 2006 (1977)
 - *Obligations: Citizenship, War and Disobedience*, Harvard, Harvard University Press, 1970
 - « Moral Judgment in Time of War » in. *War and Morality*, (R. Wasserstrom, ed.), Belmont, Wadsworth, pp.54-62
- WASSERSTROM, R., (ed.), *War and Morality*, Belmont, Wadsworth, 1970
- WELLS, D.,A., *An Encyclopedia of war and ethics*, Westport, Greenwood, 1996

Articles

- BASS, G., J., « Just Post Bellum », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, n°4 (Fall, 2004), pp.384-412
- BRANDT, R., B., « Utilitarianism and the Rules of War », *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, n°2 (Winter, 1972), pp.145-165
- COHEN, M., « Moral Skepticism and International Relations », *Philosophy and Public Affairs*, vol.13, n°4 (Autumn, 1984), pp.299-346
- FULLINWIDER, R., K., « War and Innocence », *Philosophy and Public Affairs*, vol.5, n°1 (Autumn, 1975), pp.90-97
- FUSON, W., M., « The Ethics of Pacifism: A Critique and a Reappraisal », *The Philosophical Review*, vol.52, n°5 (Sep., 1943), pp.494-499
- GRANGÉ, N., « Les génocides et l'état de guerre », *Astériorion*, n°6 (avril 2009), <http://asterion.revues.org/document1511.html>

- HARE, R., M., « Rules of War and Moral Reasoning », *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, n°2 (Winter, 1972), pp.166-181
- JOHNSON, J., T., « Towards Reconstructing the *Jus ad Bellum* », *Monist* (1973), pp.461-88
- LACKEY, D., « A Modern Theory of Just War », *Ethics*, vol.92, n°3 (April 1982), pp.540-546
- LUBAN, D., « Just War and Human Rights », *Philosophy and Public Affairs*, vol.9, n°2 (Winter, 1980), pp.160-181
- Mc PHERSON, L., « The Limits of the War Convention », *Philosophy & Social Criticism*, vol.31 (2005), pp.147-163
 - « Innocence and Responsibility in War », *Canadian Journal of Philosophy*, vol.34 (2004), pp.485-506
- MAVRODES, G., L., « Conventions and the Morality of War », *Philosophy and Public Affairs*, vol.4, n°2 (Winter, 1975), pp.117-131
- NAGEL, T., « War and Massacre », *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, n°2 (Winter, 1972), pp.123-144
- NARVESON, J., « Pacifism : A Philosophical Analysis », *Ethics*, vol.75, n°4 (Jul., 1965), pp.259-271
- OREND, B., « When is War Justifiable? », *Military History*, (Oct., 2007), pp.18-29
- POGGE, T., « Cosmopolitanism and Sovereignty », *Ethics*, vol.103 (1992), pp.48-75
- RYAN, C., « Self-Defence, Pacifism and Killing », *Ethics*, vol.93 (1983), pp.508-524
- WASSERSTROM, R., « The relevance of Nuremberg », *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, n°1 (Fall, 1971), pp.22-46
 - « On the Morality of War: A Preliminary Inquiry », *Stanford Law Review* vol.21, n°6, (June, 1969), pp.1627-1656
- WALZER, M., « World War II: Why Was This War Different ? », *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, n°1 (Fall, 1971), pp.3-21
 - « Political Action: The Problem of Dirty Hands », *Philosophy and Public Affairs*, vol.2, n°2 (Winter, 1973), pp.160-180
- ZOHAR, N., J., « Collective War and Individualistic Ethics: Against the Constriction of « Self-Defense » », *Political Theory*, vol.21, n°4 (Nov., 1993), pp.606-622

Autour de la notion de Responsabilité

Ouvrages

- BOK, H., *Freedom and Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1998
- FEINBERG, J., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970
- FINGARETTE, H., *On Responsibility*, New York, Basic Books Inc., 1967
- FISCHER, J., M., *The Metaphysics of Free Will: An Essay on Control*, Cambridge, Blackwell, 1994
 - (ed), *Moral Responsibility*, Ithaca, Cornell University Press, 1986
- FISCHER, J., M., and RAVIZA, M., *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, New York, Cambridge University Press, 1998
 - (eds.), *Perspectives on Moral Responsibility*, Ithaca, Cornell University Press, 1993
- FRENCH, P., *Individual and Collective Responsibility*, Rochester, Schenkman Books, 1998
 - (ed), *The Spectrum of Responsibility*, New York, St. Martin's Press, 1991
- GLOVER, J., *Responsibility*, New York, Humanities Press, 1970
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, New York, Oxford University Press, 1968
- NEUBERG, M. (dir.), *La responsabilité*, Paris, PUF, 1997
- MAY, L., *Sharing Responsibility*, Chicago, University of Chicago Press, 1992
 - *The Morality of Groups : collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1990
- ROBERT, J.-H., et TZITZIS, S. (dir.), *Personne et Responsabilité, Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, n°3, 2001, Paris, Éditions ESKA, 2002
- ZIMMERMAN, M., *An Essay on Moral Responsibility*, Totowa, Roman and Littlefield, 1988

Articles

- COOPER, D.,E., « Collective Responsibility », *Philosophy : The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, vol.43, n°65 (1968), pp.258-268
- CORLETT, J.,A., « Collective Moral Responsibility », *Journal of social Philosophy*, vol.32 n°4, (winter, 2001), pp.573-584
- DIMITRIJEVIC, N., « Moral Responsibility for Collective Crimes », *Belgrade Circle Journal*, 1-4 / 2005
- DUFF, A., « Intention, Responsibility and Double Effect », *The Philosophical Quarterly*, 32 (126) (1982), pp.1-16
- FISCHER, J., M., « Recent Work on Moral Responsibility », *Ethics*, vol.110 (Oct., 1999) pp.93-139
- FEINBERG, J., « Collective Responsibility », in *Collective Responsibility*, (L. MAY & S. HOFFMAN, eds.), Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1991, première édition dans *Doing and Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970
- FRANKFURT, H. G., « Alternate Possibilities and Moral Responsibility », *Journal of Philosophy*, LXVI (1969), pp.829-839
- GRECO, J., « A Second Paradox Concerning Responsibility and Luck », *Metaphilosophy*, vol.26 (1995), pp.81-96
- LEVINSON, S., « Responsibility for Crimes of War », *Philosophy and Public Affairs*, vol.2, n°3 (Spring, 1973), pp.244-273
- LEWIS, H.D., « Collective Responsibility », *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, vol.44, n°83 (1948), pp. 3-18
- PEPPERS, D., A., « War Crimes and Induction: A Case for Selective Nonconscientious Objection », *Philosophy and Public Affairs*, vol.3, n°2 (Winter, 1974), pp.129-166
- RAZ, J., « Authority and Justification », *Philosophy and Public Affairs*, vol.14, n°1 (Winter, 1985), pp.3-29
- SVERDLICK, S., « Collective Responsibility », *Philosophical Studies*, vol.51 (1987), pp.61-76
- STRAWSON, G., « The Impossibility of Moral Responsibility », *Philosophical Studies*, vol.75 (1994), pp.5-24
- WASSERSTROM, R., « The Responsibility of the Individual for War Crimes », in. *Philosophy, Morality and International Affairs: Essays Edited for the Society for Philosophy and Public Affairs*, (V.Held, S.Morgenbesser & T.Nagel, eds.), New York, Oxford University Press, 1974, pp.47-70

Autour de la notion de collectif

Ouvrages

- GILBERT, M., *Marcher Ensemble, Essai sur les fondements des phénomènes collectifs*, (trad. de l'anglais par B. Auerbach, E. Betton, A. Bouvier et G. Deloncle), Paris, PUF, 2003 (1996)

Articles

- BROOKS, D.H.M., « Joint Actions », *Mind*, vol.XC (1981), pp.113-119
- BRATMAN, M.E., « Shared Cooperative Activity », *The Philosophical Review*, vol.101, n°2 (Avr., 1992), pp.327-341
- KUTZ, C., « Acting Together », *Philosophical & Phenomenological Research*, vol.LXI, n°1 (July 2000), pp.1-31
- SEMELIN, J., « Qu'est-ce qu'un crime de masse ? », *Critique Internationale*, n°6 (Hiver, 2000), pp.143-158
- TUOMELA, R., « Actions by Collectives », *Philosophical Perspectives*, n°3 (1989), pp.471-496

Autour de la notion d'intention

Ouvrages

- ANSCOMBE, G. E. M., *L'intention*, (préface de V. Descombes, trad. de l'anglais par M. Maurice et C. Michon), Paris, Gallimard, 2002 (1963)
- AUDI, R., *Action, Intention, and Reason*, Ithaca, Cornell University Press, 1993
- BRATMAN, M., *Faces of Intention*, New York, Cambridge University Press 1999
 - *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1987
 - « Intention, Belief, and Practical Rationality », in *Reasons for Action*, (D. Sobel & S. Wall, eds.), New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 13–36
- SEARLE, J., « Collectives Intentions and Actions », in *Intentions in Communication*, (Cohen, P., Morgan, J., & Pollack, M.E., dir.), Cambridge, MIT Press, 1990
 - *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, New York, Cambridge University Press, 1983
- WILSON, G., *The Intentionality of Human Action*, Stanford, Stanford University Press, 1989

Articles

- BRATMAN, M., « Intention, Practical Rationality, and Self-Governance », *Ethics*, vol.119 (2009), pp.411–443
- MELE, A., et SVERDLIK, S., « Intention, intentional action, and moral responsibility », *Philosophical Studies*, vol.82 (1996), pp. 265-87
- MINTOFF, J., « Rational Cooperation, Intention, and Reconsideration », *Ethics*, vol.107 (1997), pp.612-643
- MYERS, R., H., « On the Explanation, the Justification and the Interpretation of Action », *Nous*, vol.29 (1995), pp.212-231
- SVERDLIK, S., « Motive and rightness », *Ethics*, vol. 106, n°2 (Jan., 1996), pp.327-350
 - « Consistency Among Intentions and the Simple View », *Canadian Journal of Philosophy*, vol.26, n°4 (1996), pp.515-522
- SWINDLER, J., K., « Social Intentions: Aggregate, Collective, and General », *Philosophy of the Social Sciences*, vol.26, n°1 (1996), pp.61-76
- VELLEMAN, J., D., « How To Share An Intention », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol.57, n°1 (Mar., 1997), pp.29-50

Autour de la notion de Moral Luck

Ouvrages

- HURLEY, S., *Justice, Luck, and Knowledge*, Cambridge, Harvard University Press, 2003
- MELE, A., *Free Will and Luck*, New York, Oxford University Press, 2006
- NAGEL, T., « Moral Luck », in *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 2006 (1979), pp.24-38
- STATMAN, D., (ed.), *Moral Luck*, Albany, State University of New York Press, 1993
- WILLIAMS, B., « Moral Luck », in *Moral Luck*, New York, Cambridge University Press, 1981

Articles

- BROWNE, B., « A Solution to the Problem of Moral Luck », *The Philosophical Quarterly*, vol.42 (1992), pp.343-356
- CLARKE, R., « Agent Causation and the Problem of Luck », *Pacific Philosophical Quarterly*, vol.86 (2005), pp.408-421.
- DOMSKY, D., « There is No Door: Finally Solving the Problem of Moral Luck », *The Journal of Philosophy*, vol.101 (2004), pp.445-464
- ENOCH, D., et MARMOR, A., « The Case Against Moral Luck », *Law and Philosophy*, vol.26 (2007), pp.405-436.
- JENSEN, H., « Morality and Luck », *Philosophy*, vol.59 (1984) pp.323-330

- KANE, R., « Responsibility, Luck, and Chance: Reflections on Free Will and Indeterminism », *The Journal of Philosophy*, vol.96 (1999), pp.217-240.
- LEWIS, D., « The Punishment That Leaves Something to Chance », *Philosophy and Public Affairs*, vol.96 (1989), pp.227-242
- RICHARDS, N., « Luck and Desert », *Mind*, vol.65 (1986), pp.198-209
- ROSEBURY, B., « Moral Responsibility and Moral Luck », *The Philosophical Review*, vol.104, n°4, (Oct., 1995), pp.499-524
- SVERDLIK, S., « Crime and Moral Luck », *American Philosophical Quarterly*, vol.25 (1988), pp.79-86
- WOLF, S., « The Moral of Moral Luck », *Philosophic Exchange*, vol.31 (2001), pp.4-19
- ZIMMERMAN, M. J., « Moral Luck: A Partial Map », *Canadian Journal of Philosophy*, vol.36 (2006) pp.585-608
 - « Taking Luck Seriously », *The Journal of Philosophy*, vol.99 (2002), pp.553-576
 - « Luck and Moral Responsibility », *Ethics*, vol.97, n°2 (Jan., 1987), pp.374-386

Autour de la notion de double effet

Ouvrages

- CAVANAUGH, T.A., *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford, Clarendon Press, 2006

Articles

- BENNETT, J., « Whatever the Consequences », *Analysis*, vol.26 (1966), pp.83–102
- BOYLE, J., « Who is entitled to Double Effect ? », *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol.16 (1991), pp.475–494
 - « Toward Understanding the Principle of Double Effect », *Ethics*, vol.90 (1980), pp.527–538
- FOOT, P., « The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect », *Oxford Review*, vol.5 (1967), pp.5-15
- KAMM, F., M., « Physician-Assisted Suicide, the Doctrine of Double Effect, and the Ground of Value », *Ethics*, vol.109 (1999), pp.586–605
 - « The Doctrine of Double Effect: Reflections on Theoretical and Practical Issues », *Journal of Medicine and Philosophy*, vol.16 (1991), pp.571-585
- MARQUIS, D., B., « Four Versions of Double Effect », *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol.16 (1991), pp.515-544
- McINTYRE, A., « Doing Away with Double Effect », *Ethics*, vol.111, n°2 (2001), pp.219-255
- McMAHAN, J., « Revising the Doctrine of Double Effect », *Journal of Applied Philosophy*, vol.11, n°2 (1994) pp.201-212
- QUINN, W., S., « Actions, Intentions, and consequences : The Doctrine of Double Effect », *Philosophy and Public Affairs*, vol.18, n°4 (Autumn, 1989), pp.334-351
- UNIACKE, S., « The Doctrine of Double Effect », *The Thomist*, vol.48, n°2 (1984), pp.188-218

Autour de la distinction entre tuer et laisser mourir

Ouvrages

- GLOVER, J., *Causing Death and Saving Lives*, London, Penguin, 1977
- NORCROSS, A., et STEINBOCK, B., *Killing and Letting Die*, New York, Fordham University Press, 2nd edition, 1994
 - « Killing and Letting Die », in. *A Companion to Applied Ethics: Blackwell Companions to Philosophy*, (R.G. Frey, ed), Hoboken, Blackwell, 2003
- THOMSON, J., J., « Killing, Letting Die and the Trolley Problem », in. *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*, (W. Parent ed.), Cambridge, Harvard University Press, 1986
 - *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990

- UNGER, P., *Living High and Letting Die*, New York, Oxford University Press, 1996

Articles

- CHANDLER, J., « Killing and Letting Die, Putting the Debate in Context », *Australasian Journal of Philosophy*, vol.68, n°4 (1990), pp.420-431
- DINELLO, D., « On Killing and Letting Die », *Analysis*, vol.31 (1971), pp.83-86
- GRUZALSKI, B., « Killing by Letting Die », *Mind*, New Series, vol.90, n°357 (Jan., 1981), pp.91-98
- HANSER, M., « Killing, Letting Die and Preventing People from Being Saved », *Utilitas*, vol.11, n°3 (Nov., 1999), pp.215-229
- HAYDAR, B., « Consequentialism and the Doing-Allowing Distinction », *Utilitas*, vol.14, n°1 (Mar., 2002), pp.96-107
- ISAACS, T., « Moral Theory and Action Theory, Killing and Letting Die », *American Philosophical Quarterly*, vol.32, n°4 (1995), pp.383-393
- KAMM, F. M., « Harming, Not Aiding and Positive Rights », *Philosophy and Public Affairs*, vol.15, n°1 (Winter, 1986), pp.3-32
 - « Killing and Letting Die: Methodological and Substantive Issues », *Pacific Philosophical Quarterly*, vol.64, n°4 (1983), pp.297-312
- MALM, H. M., « Killing, Letting Die, and Simple Conflicts », *Philosophy and Public Affairs*, vol.18, n°3 (Summer, 1989), pp.238-258
- QUINN, W. S., « Actions, Intentions, and consequences : The Doctrine of Doing and Allowing », *Philosophical Review*, vol.98, n°3 (Jul., 1989), pp.287-312
- RACHEL, J., « Killing and Starving to Death », *Philosophy*, vol.54 (1979), pp.159-171
- RICKLESS, S., « The Doctrine of Doing and Allowing », *Philosophical Review*, vol.106, n°4 (1997), pp.555-575
- TOOLEY, M., « Abortion and Infanticide », *Philosophy and Public Affairs*, vol.2, n°1 (Autumn, 1972), pp.37-65
- TRAMMELL, R. L., « Saving Life and Taking Life », *Journal of Philosophy*, LXXII (1975), pp.131-137
 - « The Presumption Against Taking Life », *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol.3, n°1 (Mar., 1978), pp.53-66
 - « The Nonequivalency of Saving Life and Not Taking Life », *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol.4, n°3 (Sept., 1979), pp.251-262

Autour de la notion d'intervention humanitaire

Ouvrages

- HOFFMAN, S., *Duties Beyond Borders*, New York, Syracuse University Press, 1981
 - *The Ethics and Politics of Humanitarian Intervention*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1996
- NARDIN, T., et WILLIAMS, M., *Humanitarian Intervention*, Nomos XLVII, New-York, New-York University Press, 2006
- RAMSBOTHAM, O., et WOODHOUSE, T., *Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict*, Cambridge, Polity, 1996

Articles

- BAGNOLI, C., « Humanitarian Intervention as a Perfect Duty : a kantian argument », in. *Humanitarian Intervention*, (T.NARDIN & M.WILLIAMS), Nomos XLVII, New-York, New-York University Press, 2006, pp.117-140
- BEITZ, C. R., « Nonintervention and Communal Integrity », *Philosophy and Public Affairs*, vol.9, n°4 (Summer, 1980), pp.385-391
- BOYLE, J., « Traditional Just War Theory and Humanitarian Intervention », in. *Humanitarian Intervention*, (T.NARDIN & M.WILLIAMS), Nomos XLVII, New-York, New-York University Press, 2006, pp.31-57

- LABERGE, P., « Humanitarian Intervention: Three Ethical Positions », *Ethics and International Affairs*, vol.9 (1995), pp.15-35
- POGGE, T., « An Institutional Approach to Humanitarian Intervention », *Public Affairs Quarterly* vol.6, n°1 (1992), pp.89-103
- TAN, K-C., « The Duty to Protect », in. *Humanitarian Intervention*, (T.NARDIN & M.WILLIAMS), Nomos XLVII, New-York, New-York University Press, 2006, pp.84-116

Autour de la notion de peine

Ouvrages

- BASS, G., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2002
- BECCARIA, C., *Des Délits et des peines*, (trad. de l'italien par M. Chevalier), Paris, GF-Flammarion, 1965 (1764)
- BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New-York, Oxford University Press, 2002
 - et PETTIT, P., *Not Just deserts : Towards a Republican Theory of Criminal Justice*, New-York, Oxford University Press, 1990
- CRYER, R., *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, New York, Cambridge University Press, 2005
- DUFF, R. A., *Trials and Punishments*, New York, Cambridge University Press, 1986
- FUTAMURA, M., *War Crimes Tribunals and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*, New York, Routledge, 2008
- GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002
- GIBBS, J., P., *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, Elsevier, 1975
- GUILLARME, B., *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003
- HART, H., L., A., *Punishment and Responsibility*, New York, Oxford University Press, 1968
- LEJBOWICZ, A., *Philosophie du droit international*, Paris, PUF, 1999
- NADEAU, C., et VACHERET, M. (dir.), *Le châtement, Histoire, philosophie et pratiques de la justice pénale*, Montréal, Éditions Liber, 2005
- OSIEL, M., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, Transaction, 1999
- ROTHBERG, R., et THOMPSON, D., (eds.), *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 2000
- SINGER, R., G., *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Ballinger, 1979
- SHARPE, S., *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, Edmonton, Edmonton Victim Offender Mediation Society, 1998
- TEN, C. L., *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1987
- TRIGEAUD, J.-M., *Justice et Hégémonie*, Paris, Éditions Bière, 2006
- Von HIRSCH, A., *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York, Hill & Wang, 1976
 - *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985
- WALKER, N., *Why Punish ?*, New York, Oxford University Press, 1991
- WASSERSTROM, R., « Punishment », in. *Philosophy and Social Justice*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1980, pp.112-51
- WILSON, J., Q., *Thinking About Crime*, New York, Basic Books, 1975

Articles

- FEINBERG, J., « The Expressive Function of Punishment », *The Monist*, vol.49 (1965), pp.397-423
- HART, H., L., A., « Are there any Natural Rights ? », *Philosophical Review*, vol.64 (1955), pp.175-191
- MORRIS, H., « Persons and Punishment », *The Monist*, vol.52 (1968), pp.475-501
- OREND, B., « Justice After War », *Ethics and International Affairs*, vol.16, n°1 (2004), pp.34-57

- PAULSON, S., L., « Classical Legal Positivism at Nuremberg », *Philosophy and Public Affairs*, vol.4, n°2 (Winter, 1975), pp.132-158

Sources juridiques

Sources juridiques générales

- ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., (dir.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000
- BIAD, A., *Droit international humanitaire*, Paris, Ellipses Éditions, 2^{ème} édition, 2006
- JUROVICS, Y., et HUSSON, L., « Crimes de guerre », *JurisClasseur Pénal*, Fasc.20
- LA ROSA, A.-M., *Juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003
- LARGUIER, J., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 1997
- LE TOURNEAU, P., et CADIET, L., *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996
- MAZEAUD, V.H.L et J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Éditions Montchrétien, 1970, tome II, 6^{éd.}, n°1673
- OPPETIT, B., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2005
- VINEY, G. et JOURDAIN, P., *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J, 2nd édition 1998

Articles juridiques cités (classes par date d'adoption décroissante)

- Art. 10 des Statuts du Tribunal spécial pour la Sierra Leone du 14 Août 2000
- Art. IX-3 des Accords de paix de Lomé du 07 juillet 1999
- Art. 6 et 8 des Statuts de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998
- Art. 4 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda du 8 novembre 1994
- Résolution 955 du Conseil de Sécurité du 8 novembre 1994
- Art. 2 et 3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993
- Art.1 commun aux quatre Conventions de Genève de 1948 et au Protocole Additionnel I de 1977
- Art. 228 du Traité de Versailles du 28 juin 1919
- Art.1384 du Code Civil français
- *Journal Officiel* du 07 août 1953, pp. 6942-6943
- *Jugement du Tribunal militaire international : in Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 nov.1945-1^{er} oct.1946, t.1, p.197*