

Document:-
A/CN.4/404 and Corr.1 and Corr. 2 (Spanish only)

**Cinquième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de
l'humanité, par M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial**

sujet:
**Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Partie II) - avec le
Statut pour une cour criminelle internationale**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1987, vol. II(1)

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/404*

Cinquième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial

[Original : français]
[17 mars 1987]

TABLE DES MATIÈRES

<i>Sections</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
I. INTRODUCTION	1-3	2
II. PROJET D'ARTICLES		2
Chapitre premier : Introduction		
Titre premier. — Définition et qualification		
Article premier. — Définition		2
Commentaires		2
Article 2. — Qualification		2
Commentaires		2
Titre II. — Principes généraux		
Article 3. — Responsabilité et sanction		3
Commentaires		3
Article 4. — <i>Aut dedere aut punire</i>		3
Commentaires		4
Article 5. — Imprescriptibilité		4
Commentaires		4
Article 6. — Garanties juridictionnelles		5
Commentaires		5
Article 7. — <i>Non bis in idem</i>		6
Commentaires		6
Article 8. — Non-rétroactivité		6
Commentaires		7
Article 9. — Exceptions au principe de la responsabilité		7
Commentaires		7
Article 10. — Responsabilité du supérieur hiérarchique		9
Commentaires		9
Article 11. — Qualité officielle de l'auteur		9
Commentaires		10

* Incorporant le document A/CN.4/404/Corr.1.

I. — Introduction

1. Le Rapporteur spécial se propose, dans le présent rapport, d'étudier et, au besoin, de remanier les articles formant l'introduction au projet de code, qu'il a présentés à la Commission du droit international à sa trente-huitième session¹. Cette introduction porte sur la définition et la qualification du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité et sur les principes généraux.

2. Il paraît utile de faire les remarques suivantes :

a) Les projets d'articles sont suivis de commentaires rappelant brièvement les questions soulevées.

b) Certains projets d'articles présentés à la trente-huitième session de la Commission ont été modifiés pour tenir compte des débats ayant eu lieu à cette session² et à la Sixième Commission, lors de la quarante et unième session de l'Assemblée générale³.

3. Il s'agit de :

a) *L'article 3* : il y est précisé que l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, au sens du projet, est l'individu.

b) *L'article 4* : compte tenu des objections qu'avait soulevées l'expression « infraction universelle », figu-

rant au paragraphe 1 du texte précédent, la première phrase de ce paragraphe a été supprimée.

c) *L'article 6* : les garanties juridictionnelles y sont énumérées. Bien entendu, cette liste ne peut pas être exhaustive, mais elle contient les garanties essentielles.

d) *Un nouvel article 7* est consacré à la règle *non bis in idem*. Cependant, cette règle ne paraît convenable que dans le système prévu par le paragraphe 1 de l'article 4 et non dans l'hypothèse d'une juridiction internationale. La question est à débattre.

e) *L'article 8 (ancien article 7)* : le paragraphe 2, légèrement modifié, devient la reproduction exacte du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴.

f) *L'article 9 (ancien article 8)* : la formulation négative est remplacée par une formulation positive. En outre, l'alinéa *a* a été supprimé et remplacé par le nouvel article 11. En ce qui concerne les conditions de fond des exceptions, l'alternative suivante est possible : on peut soit, comme dans l'ancien projet, les énoncer dans le corps de l'article, soit se limiter au commentaire accompagnant l'article.

g) *L'article 10 (ancien article 9)* : ne comporte pas de modification et change seulement de numéro.

h) *Un nouvel article 11* est consacré à la qualité officielle de l'auteur. Celle-ci ne constitue pas une exception au principe de la responsabilité. C'est donc par erreur que l'ancien article 8 contenait, à l'alinéa *a*, une disposition relative à la qualité officielle de l'auteur.

⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

¹ Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 53, doc. A/CN.4/398, cinquième partie.

² Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 44 et suiv., par. 80 à 184.

³ Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante et unième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.410), sect. E.

II. — Projet d'articles

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

TITRE I^{er}. — DÉFINITION ET QUALIFICATION

Article premier. — Définition

Constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité les crimes de droit international définis dans le présent code.

Commentaires

1) Les crimes prévus dans le projet de code constituent les crimes les plus graves dans l'échelle des infractions pénales. Toutefois, la gravité est une notion subjective. Elle se déduit soit du *caractère* de l'acte incriminé (cruauté, monstruosité, barbarie, etc.), soit de *l'étendue* de ses effets (massivité, lorsque les victimes sont des peuples, ou des populations, ou des ethnies), soit de *l'intention* de l'auteur (génocide, etc.). Mais, quel que soit l'aspect considéré, les crimes contre la paix et la

sécurité de l'humanité présentent, dans l'ensemble, un même profil : il s'agit de crimes qui portent atteinte aux fondements mêmes de la société humaine.

2) Il paraît difficile et il serait peut-être inutile d'introduire cette notion de gravité dans un code, en raison précisément de son caractère subjectif. Elle n'est pas quantifiable. Tout ce qu'on peut dire, c'est que c'est la manière dont un acte est ressenti par la communauté internationale à un moment donné, l'ampleur de la réprobation qu'il suscite qui en font un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Article 2. — Qualification

La qualification d'un fait comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est indépendante du droit interne. Le fait qu'une action ou une omission est ou non poursuivie par le droit interne ne préjuge pas cette qualification.

Commentaires

1) Le principe de l'autonomie du droit international pénal a été affirmé par le jugement du Tribunal militaire

international de Nuremberg. Il a été ensuite confirmé par la CDI dans les « Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal »⁵ (principe II).

2) La question doit être examinée d'un double point de vue : celui du fond et celui de l'application de la peine.

a) *Examen de la question du point de vue du fond*

3) En cas de conflit entre la loi pénale interne et la loi pénale internationale, c'est cette dernière qui doit prévaloir. Commentant le jugement du Tribunal de Nuremberg, Pierre-Henri Teitgen, alors ministre de la justice en France, écrivait :

Cette fois, ce n'est plus le droit international qui est à la merci de l'Etat, mais bel et bien le droit international qui est au-dessus de l'Etat. [...] Ce principe fondamental apporte au développement [et] à la consolidation du droit pénal international une contribution telle qu'on peut dire que cet arrêt de Nuremberg marquera, à coup sûr, dans l'histoire, une étape décisive⁶.

De même, Francis Biddle, ex-juge des Etats-Unis d'Amérique au Tribunal de Nuremberg, disait :

Il me semble que la loi interne devrait s'incliner devant le droit international supérieur, de même que, chez nous, la loi de l'Etat membre en conflit avec la Constitution fédérale est sans valeur. Si l'on parvenait à un résultat d'une autre nature, le droit international, par définition, perdrait toute signification⁷.

4) Le présent projet de code lui-même perdrait toute signification s'il ne reposait pas sur le postulat de la primauté du droit pénal international.

5) Toutefois, l'affirmation de ce principe n'élimine pas toutes les difficultés. On s'est demandé, non sans raison, ce qu'il adviendrait de la règle *non bis in idem*. Deux hypothèses peuvent être envisagées : ou bien la loi pénale nationale n'incrimine pas un fait, alors que ce même fait est incriminé par le droit international pénal; ou bien un même fait est incriminé par les deux ordres juridiques.

6) Dans la première hypothèse, la règle *non bis in idem* est sans objet.

7) Dans la seconde hypothèse, la question peut se poser effectivement de savoir s'il peut y avoir dualité de poursuites. En vertu de l'autonomie du droit international, rien n'empêche la mise en œuvre de poursuites pénales. Opposer la règle *non bis in idem* à des poursuites internationales serait la négation même du droit international pénal et reviendrait en pratique à paralyser complètement tout système répressif fondé sur le code. Ainsi que Vespasien Pella l'avait fait remarquer :

Il serait trop commode pour un Etat de faire juger ses propres ressortissants coupables de crimes internationaux par ses propres juridictions, afin qu'ils puissent invoquer ensuite de tels jugements pour se soustraire à la justice pénale internationale⁸.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que, souvent, ces crimes sont commis dans l'exercice abusif de la souveraineté. Prétendre les

punir en appliquant la législation nationale, c'est, dans de nombreux cas, demander au coupable de se punir lui-même. [...]».

Il semble donc que la règle *non bis in idem* ne puisse pas être invoquée en cas de conflit entre le droit interne et le droit international.

b) *Examen de la question du point de vue de l'application de la peine*

8) Dans cette hypothèse, rien n'interdit au juge international de tenir compte de la peine exécutée en vertu d'un jugement national, en prononçant une décision déclaratoire de culpabilité, sans prononcer la peine s'il estime que la peine déjà exécutée correspond à la gravité du crime.

9) Si la règle *non bis in idem* est prévue à l'article 7 du présent projet, c'est uniquement dans le cas où, en l'absence d'une juridiction pénale internationale, compétence serait reconnue à la juridiction interne de chaque Etat, ce qui exposerait l'auteur à une pluralité de poursuites.

TITRE II. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3. — Responsabilité et sanction

TEXTE PRÉCÉDENT :

Tout auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et passible de châ-timent.

NOUVEAU TEXTE :

Tout individu auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et pas-sible de châ-timent.

Commentaires

Pour éviter toute équivoque quant au contenu *ratione personae* du projet, limité à ce stade aux personnes physiques, il a paru nécessaire de reformuler l'ancien article 3.

Article 4

TEXTE PRÉCÉDENT :

Infraction universelle

1. Le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est une infraction universelle. Tout Etat sur le territoire duquel a été arrêté l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a le devoir de le juger ou de l'extrader.

2. La disposition prévue au paragraphe 1 ci-dessus ne préjuge pas la question de l'existence d'une juridic-tion pénale internationale.

NOUVEAU TEXTE :

Aut dedere aut punire

1. Tout Etat sur le territoire duquel a été arrêté l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a le devoir de le juger ou de l'extrader.

⁵ Dénommés ci-après « Principes de Nuremberg »; texte reproduit dans *Annuaire...* 1985, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45.

⁶ Cité dans le mémorandum sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, établi en 1950 par V. V. Pella, à la demande du Secrétariat; texte original français publié dans *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 310, doc. A/CN.4/39.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, p. 311.

⁹ *Ibid.*, p. 310.

2. La disposition prévue au paragraphe 1 ci-dessus ne préjuge pas la création d'une juridiction pénale internationale.

Commentaires

1) Le paragraphe 1 du projet d'article 4 offre deux options à un Etat qui détient l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité : il est tenu ou de l'extrader ou de le juger. Le paragraphe 2 réserve la possibilité d'avoir recours à une juridiction pénale internationale.

2) Il est évident qu'aucune des solutions envisagées n'est exempte de difficultés.

3) La règle prévue au paragraphe 1 fait l'objet de certaines critiques. On lui reproche la contrariété de décisions, ce qui est inévitable, semble-t-il, en cas de pluralité de juridictions. On lui reproche aussi la difficulté d'obtenir l'extradition notamment lorsque les infractions ont un motif politique.

4) Ces imperfections existent, certes, mais aucun système n'est exempt d'imperfections. Les contrariétés de décisions se constatent aussi dans l'ordre interne; et même là où il existe une juridiction suprême chargée d'harmoniser les décisions judiciaires, les décisions de cette juridiction varient dans le temps : ce qui a été jugé hier peut paraître injuste demain. Au surplus, rien n'empêche les Etats — ce serait d'ailleurs souhaitable — d'introduire dans leur législation interne les règles de procédure et de fond du code, ainsi qu'une même échelle des peines, y compris les conditions de détention.

5) Quant à la difficulté d'obtenir l'extradition, elle ne serait pas plus grande que dans l'état actuel de la société internationale, et il est à présumer que l'adoption d'un code contribuera à faire évoluer les esprits dans ce domaine. Si l'on devait rééditer la situation de 1945, où seuls les vaincus et les vainqueurs étaient les accusés et les juges, il faudrait alors renoncer au code. Mais il y a lieu de croire que la gravité des crimes étudiés ici et l'émotion qu'ils suscitent de plus en plus inciteront les Etats à plus de coopération et d'ouverture en matière d'extradition.

6) L'option visée au paragraphe 2 serait, évidemment, plus conforme à la philosophie générale du projet. Mais la communauté internationale est-elle mûre pour l'accepter ? De nombreux projets de statut d'une juridiction pénale jaunissent dans les archives. Or, ces projets étaient très timides en matière de saisine de la juridiction pénale internationale, puisqu'ils donnaient compétence exclusive aux Etats et au Conseil de sécurité, et précédemment au Conseil de la SDN. De plus, ces projets donnaient seulement compétence facultative à cette juridiction.

7) En tout état de cause, rejeter l'une et l'autre solution prévues dans le projet d'article 4 reviendrait à priver le code de toute efficacité, en rendant impossible sa mise en œuvre.

Article 5. — Imprescriptibilité

Le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est, par nature, imprescriptible.

Commentaires

1) Le droit comparé révèle que la prescription n'est ni une règle générale ni une règle absolue. Ignorée de certains droits (le droit anglo-américain, par exemple), elle n'est pas absolue dans les autres systèmes. En France, par exemple, elle n'est pas applicable aux infractions militaires graves, ni aux infractions contre la sûreté de l'Etat. En outre, la doctrine n'est pas unanime sur la portée de la règle de la prescription. Est-ce une règle de fond ? Est-ce une règle de procédure ?

2) Le droit international ne s'est intéressé que très récemment à la prescription pénale. L'Accord de Londres de 1945, instituant le Tribunal militaire international, était resté muet sur la question. Aucune déclaration durant la guerre de 1939-1945 (celle de Saint-James ou celle de Moscou) n'avait fait état de la prescription.

3) Ce sont des circonstances postérieures qui ont amené la communauté internationale à s'intéresser à la prescription des crimes. La nécessité de poursuivre les auteurs des crimes odieux commis pendant la seconde guerre mondiale, l'obstacle opposé à cette poursuite par la règle de la prescription connue de certains droits nationaux ont amené à introduire, par la Convention du 26 novembre 1968¹⁰, la règle de l'imprescriptibilité dans le droit international. Certains Etats y ont adhéré sans restrictions. Quelques-uns d'entre eux ont limité l'imprescriptibilité aux seuls crimes contre l'humanité, à l'exclusion des crimes de guerre. Cependant, les inconvénients de cette limitation sont apparus au grand jour à l'occasion du procès de Klaus Barbie. En effet, la non-applicabilité, en France, de la règle de l'imprescriptibilité à certains crimes de guerre a causé une vive émotion dans l'opinion publique, et la Cour de cassation dans son arrêt du 20 décembre 1985¹¹ a eu recours à une interprétation extensive de la notion de crime contre l'humanité en y incluant les crimes commis par un régime d'occupation contre des opposants politiques, « quelle que soit la forme de leur opposition », ce qui englobe l'opposition armée.

4) Il est vrai que la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité n'est pas toujours aisée. Ces notions se recouvrent parfois, lorsque les crimes contre l'humanité sont commis à l'occasion d'un conflit armé. Le statut du Tribunal de Nuremberg distinguait entre les crimes commis contre des « populations civiles dans les territoires occupés » et considérés comme des crimes de guerre, et les crimes « commis contre des populations civiles pour des motifs raciaux ou religieux » et qui sont des crimes contre l'humanité. Or, une telle distinction est poreuse. Les crimes commis contre des populations en territoire occupé sont des crimes de guerre, bien évidemment, mais ils peuvent aussi, en raison de leur cruauté, et abstraction faite de tout élément racial ou religieux, constituer des crimes contre l'humanité. La distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité n'est donc ni systématique ni absolue. De toute façon, aux fins du présent projet de code, la

¹⁰ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, p. 73).

¹¹ *Fédération nationale des déportés et mutilés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie, La Gazette du Palais*, Paris, 7-8 mai 1986, p. 247.

notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est une notion indivisible et, par conséquent, la distinction entre crime de guerre et crime contre l'humanité est inopérante.

Article 6. — Garanties juridictionnelles

TEXTE PRÉCÉDENT :

Toute personne accusée d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a droit aux garanties reconnues à toute personne humaine et notamment à un procès équitable, tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits.

NOUVEAU TEXTE :

Toute personne accusée d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a droit aux garanties reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits, notamment :

1. Elle a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, régulièrement établi par la loi ou par une convention, en conformité avec les principes généraux du droit, et qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle.

2. Elle est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie.

3. Elle a droit, en outre, aux garanties suivantes :

a) A être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle;

b) A disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix;

c) A être jugée sans retard excessif;

d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer;

e) A interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

f) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;

g) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.

Commentaires

1) Les garanties juridictionnelles sont formulées dans plusieurs instruments internationaux, notamment :

a) Dans le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg¹² (art. 16) et dans le statut du Tribunal

¹² Annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279).

militaire international pour l'Extrême-Orient¹³ (art. 9 et suiv.);

b) Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴ (art. 14 et 15);

c) Dans la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵ (art. 6 et 7);

d) Dans la Convention américaine des droits de l'homme¹⁶ (art. 5, 7 et 8);

e) Dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁷ (art. 7);

f) Dans les Conventions de Genève de 1949¹⁸ (art. 3, commun aux quatre Conventions);

g) Dans les Protocoles additionnels I (art. 75) et II (art. 6)¹⁹ aux Conventions de Genève.

2) On peut se demander si, dans l'état actuel du droit international, les garanties prévues à l'article 6 ne seraient pas devenues des règles de *ius cogens*. Dans un ouvrage récent²⁰, Mohamed El Kouhene constate l'existence d'un mouvement qui tendrait à promouvoir les garanties judiciaires au rang des normes intangibles. La question peut se poser, car ces garanties font partie de ce minimum incompressible sans lequel les droits de l'homme seraient vidés de leur substance.

3) Il est intéressant, à cet égard, de constater que les tribunaux répressifs, installés après la seconde guerre mondiale, pour la poursuite des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, étaient même allés plus loin, en étendant la notion de normes intangibles au-delà des garanties judiciaires. Ainsi un tribunal militaire américain²¹ avait condamné des hauts fonctionnaires du Ministère de la justice et des magistrats allemands pour avoir participé sciemment à un système de cruauté et d'injustice violant les lois de la guerre et de l'humanité²².

4) Cette participation présentait deux aspects : application de lois injustes ou application injuste de lois.

¹³ Dénommé ci-après « Tribunal de Tokyo », voir *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (juillet 1945-décembre 1946), p. 354 et suiv.

¹⁴ Voir *supra* note 4.

¹⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221).

¹⁶ Dénommée « Pacte de San José de Costa Rica », signée le 22 novembre 1969 (*ibid.*, vol. 1144, p. 123).

¹⁷ Adoptée à Nairobi le 26 juin 1981, voir OUA, doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5.

¹⁸ Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75).

¹⁹ *Ibid.*, vol. 1125, p. 3 et 609 respectivement.

²⁰ *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

²¹ Les comptes rendus des procès conduits par les tribunaux militaires américains sont publiés dans *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949)* [série de 15 volumes, dénommée ci-après « American Military Tribunals »], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1949-1953.

²² *The Justice Case*, American Military Tribunals, affaire n° 3, vol. III, p. 985; cité dans H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 252 et 253.

5) Une loi peut faire partie du droit positif d'un Etat et constituer en même temps une loi injuste si elle viole les principes d'humanité. La Cour suprême de la zone britannique avait constaté un « contraste évident, éclatant » entre les principes d'humanité et le droit interne nazi²³. La doctrine allemande avait fait largement écho à cette jurisprudence. Selon Gustav Radbruch, si on doit admettre, en principe, la primauté de la loi positive, il ne faut pas que l'antinomie entre la loi positive et la justice atteigne un degré si intolérable que la loi, étant du droit injuste, doive céder le pas à la justice. Selon lui, « des parties entières du droit national-socialiste ne sont jamais parvenues à la dignité de droit obligatoire²⁴ ». Herbert Kraus, qui fut pourtant un des avocats de la défense au procès de Nuremberg, disait que le juge qui applique un pseudo-droit criminel se rend coupable de crime contre l'humanité. Hellmuth von Weber disait, de son côté, qu'un juge se rend coupable en appliquant une loi « nulle en raison de l'opposition avec l'idée de droit²⁵ ».

6) Il semble donc qu'il existe des principes non formulés liés à l'idée de justice et d'humanité et dont la violation par un juge entraîne sa responsabilité pénale. Et ces principes peuvent être violés même lorsque le juge applique la loi positive. Cette théorie va au-delà de la violation des règles relatives aux garanties judiciaires. Elle touche à l'essence des lois. On demande au juge d'examiner si la loi est conforme à des principes élevés de justice, à une éthique supérieure. La non-conformité, lorsqu'elle est flagrante et choquante, constitue, pour le juge, un motif suffisant pour ne pas appliquer la loi. Le juge aurait, en quelque sorte, un pouvoir de contrôle qui évoquerait le contrôle de la constitutionnalité des lois. Mais il s'agirait, en l'occurrence, de lois non formulées, qui sont dans la conscience.

7) Il faut admettre que ce pouvoir ne peut être reconnu aux juges que dans des circonstances exceptionnelles, autrement il se retournerait contre son but. Cette notion de conformité de la loi positive au droit est une notion tellurique, susceptible de produire des secousses aux conséquences incalculables. La responsabilité pénale du juge a ici pour contrepartie nécessaire son droit à l'objection de conscience, se traduisant concrètement par un droit de veto.

8) Sans s'aventurer à ce niveau de spéculation, il n'est pas absurde de se demander si la violation des garanties judiciaires, en raison précisément de ce que ces garanties constituent le contenu minimal auquel tout être humain a droit, ne constituerait une violation du *jus cogens*. Dans l'affirmative, le projet d'article 6 ne constituerait qu'une simple affirmation d'un principe préexistant, et on peut se demander s'il est nécessaire. De toute manière, selon un adage bien connu, ce qui va sans dire va encore mieux en le disant.

Article 7. — Non bis in idem [article nouveau]

Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou con-

²³ Jugement du 15 novembre 1949, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (O.G.H. br. Z.)*, vol. 2, p. 273; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 338.

²⁴ Cité dans Meyrowitz, p. 338.

²⁵ *Ibid.*, p. 339.

damné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale d'un Etat.

Commentaires

1) Cet article est nouveau. Il est consacré à la règle *non bis in idem*.

2) Cette règle est d'abord une règle de droit pénal interne. Nul, à l'intérieur du territoire d'un Etat, ne peut être poursuivi deux fois pour le même fait.

3) Or, une même infraction peut aussi intéresser plusieurs Etats : celui sur le territoire duquel elle a été commise; celui de la nationalité de l'auteur; et celui dont les intérêts ont été lésés par l'infraction. Le délinquant court ainsi le risque d'être poursuivi autant de fois qu'il y a d'Etats en cause. Tel est l'intérêt de la règle *non bis in idem*, dans les relations entre Etats. Il peut y être remédié par voie de conventions.

4) Cependant, l'application, aux fins du code, de la règle *non bis in idem* intervient dans une hypothèse différente. On est ici dans la sphère du droit international pénal, et les crimes en cause sont des crimes de droit international. Il ne s'agit pas de situations où deux ou trois Etats sont lésés dans leurs intérêts directs. C'est la communauté internationale elle-même qui est concernée.

5) Pour la répression d'un crime de droit international, deux systèmes sont envisageables.

6) On peut faire obligation à tout Etat qui détient l'auteur de punir ou d'extrader celui-ci; dans cette hypothèse, une fois la sanction prononcée, un autre Etat ne devrait pas pouvoir exercer des poursuites pour les mêmes faits.

7) On peut aussi instituer une juridiction pénale internationale compétente pour ces infractions; dans cette hypothèse, il semble que force serait d'admettre que la règle *non bis in idem* ne pourrait pas faire obstacle à la compétence de cette juridiction, à moins de vider de toute substance l'idée de crime de droit international. Cela n'empêcherait pas, bien sûr, d'envisager des solutions de procédure, notamment au niveau de l'application de la peine, comme il a été dit dans les commentaires de l'article 2. Ces solutions ne peuvent cependant pas remettre en cause la compétence de la juridiction internationale.

Article 8. — Non-rétroactivité

TEXTE PRÉCÉDENT (ancien article 7) :

1. Nul ne sera condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

2. La disposition ci-dessus ne porte toutefois pas atteinte au jugement ou à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux du droit international.

NOUVEAU TEXTE :

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne

constituait pas un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu, en raison d'actes ou d'omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Commentaires

1) La règle de la non-rétroactivité de la loi pénale formulée ou non dans les systèmes judiciaires internes fait partie aujourd'hui des garanties fondamentales. Elle fait l'objet de l'article 11, par. 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁶; de l'article 15, par. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁷; de l'article 7, par. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme²⁸; de l'article 9 de la Convention américaine des droits de l'homme²⁹; et de l'article 7, par. 2, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³⁰. Elle avait été déjà consacrée par le jugement de Nuremberg³¹.

2) Aujourd'hui, les controverses suscitées par le jugement de Nuremberg se sont apaisées. Les instruments internationaux postérieurs ont consacré les principes généraux comme source du droit international à côté de la coutume et des conventions.

3) L'article 8 pourrait faire l'objet d'un simple paragraphe de l'article 6, relatif aux garanties juridictionnelles. Mais, comme celles-ci touchent aussi les règles de fond, il a paru préférable d'en faire une disposition séparée.

Article 9. — Exceptions au principe de la responsabilité

TEXTE PRÉCÉDENT (ancien article 8) :

Hormis la légitime défense en cas d'agression, aucune exception ne peut, en principe, être invoquée par l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il en résulte que :

a) La qualité officielle de l'auteur, et notamment le fait qu'il est chef d'Etat ou de gouvernement, ne peut décharger celui-ci de sa responsabilité pénale;

b) La contrainte, l'état de nécessité ou la force majeure ne peuvent dégager l'auteur de sa responsabilité pénale, à moins qu'il n'ait agi sous la menace d'un péril grave, imminent et irrémédiable;

c) L'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne peut dégager l'auteur de sa responsabilité

pénale, à moins qu'il n'ait agi sous la menace d'un péril grave, imminent et irrémédiable;

d) L'erreur de droit ou de fait ne peut dégager l'auteur de sa responsabilité pénale que si, dans les circonstances où elle a été commise, elle revêtait un caractère insurmontable pour son auteur;

e) En tout état de cause, aucune des exceptions prévues aux paragraphes b, c et d ne fait disparaître l'infraction si :

- i) le fait invoqué à sa décharge par son auteur viole une règle impérative du droit international;
- ii) le fait invoqué à sa décharge par son auteur est lié à une faute de celui-ci;
- iii) l'intérêt sacrifié est supérieur à l'intérêt protégé.

NOUVEAU TEXTE :

Constituent des exceptions à la responsabilité pénale :

- a) la légitime défense;
- b) la contrainte, l'état de nécessité ou la force majeure;
- c) l'erreur de droit ou de fait si, dans les circonstances où elle a été commise, elle revêtait un caractère insurmontable pour son auteur;
- d) l'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique si l'auteur n'avait pas moralement la faculté de choisir.

Commentaires

a) *La légitime défense*

1) Il s'agit ici de la légitime défense individuelle invoquée par les personnes physiques, gouvernant un Etat, pour les actes qu'ils ont ordonnés ou entrepris en réponse à une agression dont leur Etat est l'objet.

2) La légitime défense, dans cette hypothèse, exclut aussi bien la responsabilité internationale de l'Etat qui l'invoque que la responsabilité pénale individuelle des dirigeants de cet Etat. Mais ici il ne s'agit que de la responsabilité pénale de ces derniers.

b) *La contrainte, l'état de nécessité, la force majeure*

3) Malgré les nuances qui les séparent dans certains systèmes de droit, ces notions ne sont pas nettement différenciées dans d'autres. Les juges y emploient indifféremment l'une ou l'autre notion pour désigner l'existence d'un péril imminent et grave et auquel il était impossible de se soustraire autrement qu'en commettant l'acte incriminé.

4) La doctrine s'est penchée sur les distinctions entre les notions de contrainte, d'état de nécessité et de force majeure. Selon Henri Meyrowitz,

[...] pour rationnelles que soient ces distinctions, il est délicat de les employer dans une matière touchant au droit international. Elles couvrent en effet des notions qui n'ont pas, en droit comparé, un contenu identique. A peine différenciées dans le droit anglo-américain, elles sont définies de façon différente dans le droit français et dans le droit allemand³².

Dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des Etats, le Rapporteur spécial, M. Ago, a consacré

²⁶ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948.

²⁷ Voir *supra* note 4.

²⁸ Voir *supra* note 15.

²⁹ Voir *supra* note 16.

³⁰ Voir *supra* note 17.

³¹ Voir H. Donnedieu de Vabres, « Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, 27^e année, 1946-1947, p. 813; et C. Lombois, *Droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 49, par. 45.

³² *Op. cit.* (*supra* n. 22), p. 401.

des développements importants à la distinction entre force majeure et état de nécessité³³.

5) Pour certains internationalistes, signale M. Ago, l'état de nécessité et la force majeure correspondent à des notions différentes. D'autres, toutefois, emploient exclusivement l'une des deux expressions. En réalité, certains de ceux qui utilisent l'expression « état de nécessité » y incluent les cas de force majeure.

6) Selon M. Ago, dans le courant de ce processus — et il ne pourrait en être autrement —, la distinction entre force majeure et état de nécessité s'est, dans de nombreux cas, estompée. Certaines imprécisions de rédaction dans la jurisprudence, la politique des Etats et les décisions judiciaires internationales n'ont pas, non plus, aidé la doctrine à rendre plus claire cette distinction entre les notions. On voit, par ailleurs, dans la jurisprudence des tribunaux criminels, des expressions telles que « l'excuse de contrainte ou de nécessité », confondant ainsi l'une et l'autre notion.

7) Ces considérations d'ordre terminologique étant faites, il convient maintenant d'examiner les conditions de fond de ces exceptions à la responsabilité.

8) Lors du procès du feldmaréchal von Leeb et autres, le tribunal militaire américain avait formulé ces conditions dans les termes suivants :

[...] Pour établir l'excuse de contrainte ou de nécessité en face d'un péril, il faut prouver l'existence de circonstances qui sont de nature à inspirer à un homme raisonnable la crainte d'un péril corporel imminent tel qu'il se trouve privé de sa liberté de choisir ce qui est juste ou de s'abstenir de ce qui est illicite. [...] ³⁴.

9) Mais l'application de ce principe général est adaptée aux circonstances propres à chaque espèce. Il est tenu compte d'éléments comme la *faute* de celui qui invoque l'exception ou la *proportionnalité* entre le bien sacrifié et le bien sauvegardé. Ainsi, le moyen tiré de ces exceptions ne saurait être admis « quand l'accusé qui l'invoque a été lui-même responsable de l'existence ou de l'exécution d'un tel ordre ou décret, ou quand sa participation a été au-delà de ce qui était exigé ou était le résultat de sa propre initiative³⁵ », ou encore lorsque la volonté de l'agent qui a accompli l'acte illicite a « coïncidé avec la volonté de ceux dont émanait la prétendue contrainte³⁶ ». De même, lorsque les auteurs ont « fait un choix favorable pour eux-mêmes, à l'encontre de victimes infortunées » ou bien encore, ce qui revient au même, lorsque la « disproportion entre le nombre des victimes effectives et celui des victimes éventuelles » est choquante³⁷.

10) La jurisprudence allemande et la doctrine avaient dégagé avant la seconde guerre mondiale (arrêt du Reichsgericht du 11 mai 1927³⁸) une théorie dite de l'état

de nécessité *supralégal*, fondée sur l'évaluation comparative des biens juridiques. La comparaison se fait d'abord sur la base de la loi positive en fonction des peines encourues; à défaut, en fonction « de considérations supralégales tirées des conceptions générales de la culture et, en fin de compte, de l'idée de droit elle-même³⁹ ». Dans certaines situations, également, il est exigé de l'agent qui invoque ces exceptions un comportement surhumain « qui consiste à dépasser l'instinct de conservation ». Ainsi, la Cour suprême de la zone britannique avait jugé qu'un agent clandestin, qui avait accepté en toute connaissance de cause ce rôle exceptionnellement dangereux, était mal fondé à invoquer la contrainte⁴⁰. De même, un militaire ne saurait invoquer l'état de nécessité s'il commet un crime de guerre sous la pression de dangers qui sont ordinairement attachés à l'action militaire.

11) Si ces exceptions peuvent être recevables dans les hypothèses de crime de guerre, elles sont beaucoup plus difficiles à faire admettre en cas de crime contre l'humanité, en raison de la nature de ces crimes.

c) L'erreur

12) Il existe l'erreur de droit et l'erreur de fait.

13) En ce qui concerne l'erreur de droit, deux situations différentes sont à envisager selon que le caractère illicite d'un fait est ou non manifeste.

14) Si le caractère illicite d'un fait est manifeste, l'agent qui l'exécute sans contrainte commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

15) Mais le caractère illicite d'un fait n'est pas toujours manifeste. Cela peut se produire de deux façons : soit que les lois et coutumes de la guerre présentent des points controversés ou des lacunes ou des obscurités; soit qu'il s'agisse de points de droit, et notamment de droit international dont la connaissance ne peut être raisonnablement exigée de tout militaire. Dans cette dernière hypothèse, l'erreur peut être admise comme excuse.

16) Cependant, dans le cas d'un crime contre l'humanité, ces situations sont difficilement imaginables, car il s'agit d'infractions qui interrogent la conscience indépendamment de toute question de droit positif.

17) La Cour suprême de la zone britannique a posé le principe d'un devoir absolu de reconnaître le caractère criminel d'un acte lorsque celui-ci était évident, ce qui est le cas des crimes contre l'humanité. Elle a déclaré notamment que « quand une inhumanité a été commise, personne ne peut se disculper en plaçant qu'il n'a pas discerné cela, qu'il a été aveugle à cela. Il a à répondre de cette cécité-là⁴¹ ».

18) La Cour fédérale allemande, dans un arrêt de la grande chambre criminelle du 18 mars 1952, a dégagé la notion de l'erreur *insurmontable*. Il est demandé à l'agent une « tension de la conscience ». Si, malgré cette tension de la conscience, il ne pouvait pas discerner,

³³ *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 13, doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7.

³⁴ *Affaire du Haut Commandement*, American Military Tribunals, affaire n° 12, vol. XI, p. 509. Concernant ce jugement et ceux cités dans les paragraphes qui suivent, voir Meyrowitz, *op. cit.*, p. 404 à 406 et *passim*.

³⁵ *Affaire de la I.G. Farben*, American Military Tribunals, affaire n° 6, vol. VIII, p. 1179.

³⁶ *Affaire Krupp*, *ibid.*, affaire n° 10, vol. IX, p. 1439.

³⁷ *Ibid.*, p. 1445 et 1446.

³⁸ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, 1928, vol. 61, p. 242, et notamment p. 254.

³⁹ E. Mezger, *Strafrecht* (Lehrbuch), 3^e éd., Berlin, 1949, p. 241; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁰ *O.G.H. br. Z.* (v. *supra* n. 23), vol. 3, p. 129.

⁴¹ *Ibid.*, vol. 1, p. 225.

d'après les circonstances de l'espèce, le caractère illicite d'un ordre, il est excusable. Si, par contre, en se soumettant à cette tension, il aurait dû reconnaître le caractère illicite d'un acte, alors sa culpabilité doit être retenue⁴². Or, en matière de crimes comme les crimes nazis, le caractère illicite était évident.

d) *L'ordre du supérieur hiérarchique*

19) On peut se demander si l'exception tirée de l'obéissance à l'ordre du supérieur hiérarchique constitue un concept autonome. En effet, l'obéissance trouve sa raison tantôt dans la *contrainte*, tantôt dans l'*erreur* sur la licéité de l'ordre. Si l'agent obéit par contrainte, c'est la contrainte qui sera évoquée à titre d'exception; si l'agent obéit par erreur sur le caractère licite ou illicite de l'ordre, c'est l'erreur qui sera, par contre, évoquée.

20) La Commission aura donc à se prononcer sur la nécessité de maintenir une disposition distincte consacrée à l'ordre.

21) Dans la jurisprudence des tribunaux militaires américains, l'exception de l'ordre du supérieur hiérarchique a été évoquée dans l'*Affaire des otages*, à propos de la responsabilité du feldmaréchal List :

Un officier n'est tenu d'exécuter que les ordres légaux qu'il reçoit. Celui qui transmet, donne ou exécute un ordre criminel devient un criminel s'il avait connaissance ou devait avoir connaissance du caractère criminel de l'ordre. Il est bien certain qu'un feldmaréchal de l'armée allemande, ayant plus de quarante ans d'expérience comme officier de carrière, avait ou aurait dû avoir connaissance du caractère criminel de cet ordre⁴³.

Dans l'*Affaire du Haut Commandement* déjà citée, le tribunal avait déclaré :

Avant de se prononcer sur la responsabilité des accusés à ce procès, il est nécessaire de déterminer non seulement si l'ordre était en soi criminel, mais encore si le caractère criminel en était évident⁴⁴.

22) Il résulte de ces éléments que l'obéissance par erreur à un ordre illicite peut constituer une exception recevable. Mais ici, comme dans l'ordre exécuté par contrainte, ce qui est à retenir ce n'est pas l'ordre, c'est l'*erreur*. Celle-ci doit revêtir les caractères définis dans les paragraphes consacrés à cette notion. Mais, dès l'instant que l'erreur présente ces caractères, elle peut disculper celui qui a exécuté l'ordre.

Article 10. — Responsabilité du supérieur hiérarchique
[ancien article 9]

Le fait qu'une infraction a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale s'ils savaient, ou possédaient des informations leur permettant de conclure dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction.

Commentaires

1) Il s'agit ici de l'application à un cas précis de la théorie de la complicité. La complicité n'est pas le seul

fait de partenaires égaux et indépendants, l'un aidant ou assistant l'autre ou lui fournissant des moyens. Elle peut résulter aussi d'un ordre donné par une personne qui détient un pouvoir de commandement, ou d'une abstention volontaire de cette dernière, alors qu'elle avait le pouvoir d'empêcher. Elle peut aussi résulter d'une négligence car, en principe, tout chef militaire est tenu de s'informer de la situation des unités placés sous son commandement et des actes qui y sont commis ou projetés. Il y a, à ce sujet, une jurisprudence dont on peut citer l'*Affaire Yamashita* et l'*Affaire des otages*.

2) Dans l'*Affaire Yamashita* la Cour suprême des Etats-Unis avait posé la question de savoir si les lois de la guerre imposent à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre des mesures appropriées qui sont en son pouvoir pour contrôler les troupes sous ses ordres afin d'empêcher les actes qui constituent des violations des lois de la guerre par des militaires non contrôlés, et s'il peut être tenu pour responsable d'avoir omis de prendre de telles mesures. La réponse de la Cour avait été affirmative⁴⁵.

3) Dans l'*Affaire des otages*, le tribunal militaire américain avait déclaré qu'« un commandant de corps d'armée doit être tenu responsable des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses ordres et des actes dont il a eu connaissance ou dont il aurait dû avoir connaissance⁴⁶ »?

4) Le problème qui se pose à propos du projet d'article 10 n'est pas un problème de fonds, mais un problème de méthode. Faut-il consacrer à cette jurisprudence un article spécifique ? Faut-il laisser à la théorie générale de la complicité le soin de couvrir les cas prévus par cette hypothèse ?

5) Il convient de se souvenir que le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève⁴⁷ a consacré deux articles aux devoirs des commandants : l'article 86, qui vise les omissions, et l'article 87, qui vise des obligations spécifiques. Le projet d'article 10 n'est que la reproduction du paragraphe 2 de l'article 86.

6) Il apparaît au Rapporteur spécial qu'il est peut-être préférable de consacrer une disposition à ces cas précis, d'une part, parce qu'il existe une jurisprudence constante et des dispositions conventionnelles en la matière et, d'autre part, parce que les infractions considérées se commettent dans le cadre d'une hiérarchie où intervient presque toujours le pouvoir de commandement et où il peut être utile de donner à la responsabilité un fondement distinct, au lieu de renvoyer à la théorie générale de la complicité.

Article 11. — Qualité officielle de l'auteur
[alinéa a de l'ancien article 8]

La qualité officielle de l'auteur, et notamment le fait qu'il est chef d'Etat ou de gouvernement, ne peut décharger celui-ci de sa responsabilité pénale.

⁴² *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 1953, vol. 3, p. 365 et 366; *Juristenzeitung*, Tubingen, 8^e année, 1953, p. 377 et 378; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 298.

⁴³ American Military Tribunals, affaire n° 7, vol. XI, p. 1271.

⁴⁴ *Ibid.*, affaire n° 12, vol. XI, p. 512.

⁴⁵ *United States Reports*, Washington (D.C.), 1947, vol. 327, p. 14 et 15.

⁴⁶ American Military Tribunals, affaire n° 7, vol. XI, p. 1303.

⁴⁷ Voir *supra* note 19.

Commentaires

1) Le statut du Tribunal de Nuremberg⁴⁸ avait, à l'article 7, écarté l'exception tirée de la qualité officielle de l'auteur, en ces termes :

La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de la peine.

2) Le statut du Tribunal de Tokyo⁴⁹ avait écarté seulement l'exception de responsabilité, mais avait admis les circonstances atténuantes. Selon l'article 6 :

Ni la position officielle d'un accusé, à aucun moment, ni le fait qu'un accusé a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira en soi à dégager la responsabilité de cet accusé dans tout crime dont il est inculpé, mais ces circonstances peuvent être considérées comme atténuantes dans le verdict si le Tribunal décide que la justice l'exige.

3) On observera que l'article 6 du statut de Tokyo, qui traite en même temps de l'obéissance aux ordres d'un supérieur hiérarchique, retient la possibilité de circonstances atténuantes pour les deux situations.

⁴⁸ Voir *supra* note 12.

⁴⁹ Voir *supra* note 13.

4) Dans les Principes de Nuremberg⁵⁰, la Commission avait séparé les deux problèmes. Le principe III, consacré à la responsabilité des chefs d'Etat ou de gouvernement, écarte toute exception à cette responsabilité. Le principe IV, qui vise l'obéissance à l'ordre du supérieur hiérarchique, ne retient la responsabilité que si l'auteur avait moralement la faculté de choisir.

5) Dans le cadre de l'article 11, il n'est évidemment question que de la responsabilité des chefs d'Etats ou de gouvernement. La question de l'ordre du supérieur hiérarchique est déjà traitée dans le cadre des exceptions au principe de la responsabilité (art. 9, par. *d*).

6) Quant à la question de savoir si cette responsabilité laisse place à des circonstances atténuantes, il semble plutôt que la qualité officielle de l'auteur devrait être considérée comme une circonstance aggravante, car une des préoccupations essentielles du code est de réprimer les abus de pouvoir. Mais la question des circonstances atténuantes ou aggravantes n'est pas encore étudiée et ne peut, de toute façon, trouver sa place dans une partie qui traite exclusivement des exceptions au principe de la responsabilité.

⁵⁰ Voir *supra* note 5.