

Document:-
A/CN.4/SR.1967

Compte rendu analytique de la 1967e séance

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:-
1986, vol. I

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

1967^e SÉANCE

Lundi 16 juin 1986, à 10 heures

Président : M. Julio BARBOZA

Présents : le chef Akinjide, M. Arangio-Ruiz, M. Balanda, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Laclea Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Sucharitkul, M. Thiam.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹ ((suite) [A/CN.4/387², A/CN.4/398³, A/CN.4/L.398, sect. B, ILC(XXXVIII)/Conf. Room Doc.4 et Corr.1 à 3]

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

QUATRIÈME PARTIE (Les principes généraux) et
CINQUIÈME PARTIE (Projet d'articles) [fin]

1. M. McCaffrey se bornera à faire quelques observations générales et très préliminaires sur certains principes généraux contenus dans la quatrième partie du rapport (A/CN.4/398).

2. S'agissant des deux principes relatifs à l'application de la loi pénale dans le temps, M. McCaffrey, se référant tout d'abord à la règle *nullum crimen sine lege*, souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial, selon laquelle la Commission devrait axer ses travaux sur la défense de l'individu contre l'arbitraire (*ibid.*, par. 156), notamment si aucun tribunal pénal international n'est créé, et à la conclusion selon laquelle il faudrait donner à cette règle un contenu souple (*ibid.*, par. 157). Il souscrit aussi d'une façon générale à la déclaration — citée dans le rapport (*ibid.*, par. 161) — du juge américain Francis Biddle, qui soulève la question de savoir si le principe *nullum crimen sine lege* relève du droit naturel ou du droit positif. Cette question ne représentera toutefois pas un obstacle une fois que le code aura été établi, car les infractions seront clairement définies. Enfin, M. McCaffrey pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il faut entendre le mot « loi » dans son sens le plus large (*ibid.*, par. 163). La Commission devrait se garder d'interpréter la règle *nullum crimen sine lege* de façon trop étroite. En tout état de cause, M. McCaffrey doute que cette règle puisse être source de difficultés dans le cas du code, parce que la situation actuelle est loin d'être la même qu'en 1945, et que la communauté internationale est dans l'ensemble

plus largement d'accord sur les principes juridiques. Il en va différemment, par contre, de la règle *nulla poena sine lege*, car il faudra alors tenter de fixer des paramètres aux sanctions.

3. En ce qui concerne, par ailleurs, le principe de la prescriptibilité de la loi pénale, M. McCaffrey ne croit pas qu'il soit tout à fait exact de dire (*ibid.*, par. 165) que la notion de prescription est inconnue du droit anglo-américain. Cette notion existe bel et bien dans le droit américain actuel, par exemple. Elle pose évidemment moins de problèmes à l'égard des individus qu'à l'égard des Etats. Mais, même pour ce qui est des individus, M. McCaffrey n'est pas convaincu que les considérations de principe qui sont à la base de la prescription, comme le dépérissement des preuves et les garanties de procédure, ne puissent jamais s'appliquer au sujet considéré. Si l'on veut que l'individu soit protégé contre l'arbitraire, il faut que la Commission envisage d'introduire dans le code des dispositions en matière de délais de prescription analogues à celles que l'on trouve dans la plupart des codes pénaux. La question mérite d'être étudiée plus avant, compte tenu notamment du fait que bien peu d'Etats ont ratifié la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

4. Passant à l'application de la loi pénale dans l'espace, M. McCaffrey, se référant à la notion de compétence universelle examinée par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 174 à 176), rappelle qu'il est rare que des tribunaux nationaux ordinaires aient exercé une compétence universelle dans le passé. Les exemples cités par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 174 et 175) concernent des tribunaux qui ont été expressément constitués pour connaître de situations uniques en leur genre. Quant à conclure comme le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 176) qu'à défaut d'une juridiction internationale la compétence doit être inévitablement attribuée à des tribunaux nationaux, M. McCaffrey n'en est pas convaincu. Le problème est de définir les tribunaux, ainsi que les circonstances dans lesquelles ils sont considérés comme étant compétents. En fait, si l'on excepte les régimes commerciaux, on ne sait guère quels sont précisément le caractère, les conséquences et les modalités de la compétence universelle. Les tribunaux nationaux ont-ils compétence pour connaître des types de crimes à l'examen ? A la diligence de qui les auteurs présumés peuvent-ils être poursuivis ? A celle de particuliers ou à celle des autorités d'un Etat étranger ? Les auteurs présumés peuvent-ils être poursuivis par défaut ? Peut-on, pour ces questions, s'en remettre au droit interne dont elles relèveraient normalement ? Dans l'affirmative, ce serait le chaos.

5. Il existe plusieurs modèles de compétence universelle en droit international. Les articles 9 et 10 du projet sur la juridiction en matière pénale de la Harvard Law School⁴ délimitent étroitement les circonstances dans lesquelles un Etat peut exercer ce type de compétence. Dans le volume II de leur traité de droit pénal interna-

¹ Le projet de code adopté par la Commission à sa sixième session en 1954 [Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693), p. 11 et 12, par. 54] est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 8, par. 18.

² Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ *Research in International Law*, sect. II : « Jurisdiction with respect to crime », *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 29, 1935, p. 440 et 441.

tional, M. C. Bassiouni et V.P. Nanda⁵ mettent l'accent sur le rôle que le droit pénal national et les organes judiciaires nationaux sont nécessairement appelés à jouer pour assurer l'application du droit pénal international. Dans son projet révisé du *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, l'American Law Institute signale que le nouvel article 404 de cette loi reconnaît l'existence de certaines infractions que tout Etat peut sanctionner en vertu du droit international, bien que les auteurs de ces infractions ne lui soient unis ni par des liens territoriaux ni par la nationalité. M. Tomuschat (1966^e séance) a fait observer, à cet égard, que même la Convention sur le génocide n'a pas admis le principe de la compétence universelle. Pour sa part, M. McCaffrey pense, comme sir Ian Sinclair (1964^e séance), qu'il faut étudier le sujet avec la plus grande attention, et que la Commission doit éviter d'encourager ce qui constituerait, au mieux, un effort désordonné de mise en œuvre et, au pire, une vendetta.

6. M. McCaffrey est lui aussi d'avis que la Commission doit demander à l'Assemblée générale si elle doit entreprendre l'élaboration du statut d'un tribunal pénal international, ou même qu'elle informe l'Assemblée de son intention de le faire. Quant à la proposition de M. Balanda (1966^e séance) de ne pas admettre, aux fins du code, les délits politiques parmi les exceptions au principe de l'extradition, M. McCaffrey estime qu'elle soulèverait bien des difficultés mais mérite d'être étudiée dans le cadre de la question de l'extradition dans son ensemble.

7. En ce qui concerne la détermination et l'étendue de la responsabilité, M. McCaffrey se félicite de la rigueur intellectuelle dont le Rapporteur spécial a fait preuve en établissant une distinction entre la justification, les circonstances atténuantes et les excuses absolutoires. Après avoir donné des exemples de la manière dont, à son avis, ces définitions s'appliqueraient, M. McCaffrey indique qu'il approuve la conclusion formulée à ce sujet par le Rapporteur spécial (A/CN.4/398, par. 181), si ce n'est que la question concernant l'acceptation ou le refus des excuses absolutoires par les juges internes mérite d'être étudiée plus avant.

8. S'agissant de la contrainte, de l'état de nécessité et de la force majeure, M. McCaffrey constate que le jugement évoqué par le Rapporteur spécial, et aux termes duquel « aucun tribunal ne punira un homme que l'on a forcé, un pistolet appuyé sur la tempe, à abaisser un levier mortel » (*ibid.*, par. 192), semble contredire la conclusion selon laquelle il faut exclure du champ d'application de ces exceptions les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix, qui sont hors de proportion avec tout autre acte (*ibid.*, par. 198). Cette conclusion demande à être étudiée de plus près, car aucune disposition du code n'empêchera une personne de commettre serait-ce un crime contre l'humanité, dès lors qu'elle est soumise à la contrainte. A cet égard, M. McCaffrey rappelle l'exemple du gardien d'un camp de concentration, donné par M. Calero Rodrigues. La même observation s'applique pour le moins à la force majeure.

9. Pour ce qui est de l'erreur, M. McCaffrey souscrit d'une façon générale au point de vue exprimé par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 216), encore que, comme M. Tomuschat l'a noté, la question demande à être étudiée plus avant, notamment en ce qui concerne les erreurs de fait.

10. A propos de l'ordre du supérieur hiérarchique, M. McCaffrey se félicite de la distinction que le Rapporteur spécial a établie entre l'ordre exécuté sous la contrainte ou par erreur, d'une part, et l'invocation du seul ordre en tant que justification, d'autre part. Concernant la contrainte, le Rapporteur spécial fait une observation importante au sujet de la rigueur du statut de Nuremberg par opposition à la souplesse des Principes de Nuremberg (*ibid.*, par. 221). S'agissant de l'erreur, M. McCaffrey approuve le principe général qui est énoncé dans le rapport (*ibid.*, par. 230). Il cite, à cet égard, l'ouvrage de L. C. Green intitulé *Superior Orders in National and International Law*⁶. Le Rapporteur spécial pourrait juger intéressante cette étude comparative approfondie des systèmes juridiques de plusieurs pays. En particulier, il est dit dans la conclusion de cet ouvrage que, pour juger si l'ordre impliquait manifestement la perpétration d'un acte criminel, le tribunal doit se demander si ce fait était aussi évident pour d'autres personnes se trouvant dans une situation analogue à celle de l'accusé. M. McCaffrey approuve la conclusion générale du Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 233) aux termes de laquelle « l'ordre n'est pas, en lui-même, une justification ».

11. M. SUCHARITKUL précise, avant de passer en revue les projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial, que, dans sa version définitive, le projet de code devra comporter une liste des actes constituant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ainsi que des dispositions relatives aux principes généraux, aux sanctions et à la question de la création d'une juridiction internationale.

12. La définition qui fait l'objet du projet d'article 1^{er} est satisfaisante, mais on pourrait peut-être la compléter en indiquant que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont les crimes de droit international « les plus graves ».

13. Le projet d'article 3 traite à la fois de la responsabilité et de la sanction, deux notions qui peuvent, en effet, aller de pair. En ce qui concerne la responsabilité, c'est évidemment de la responsabilité individuelle et non de la responsabilité de l'Etat qu'il s'agit en l'occurrence. Pour ce qui est des sanctions, le Rapporteur spécial s'est abstenu, à juste titre, d'entrer dans les détails, car, si la Commission décidait d'aborder la question des peines applicables, elle serait amenée à se demander si le code doit prévoir ou non la peine de mort ou la peine de réclusion criminelle à perpétuité, ce qui la conduirait trop loin. Il est préférable de laisser au tribunal compétent le soin de déterminer, dans chaque cas, la peine qu'il convient d'appliquer. La formule utilisée par le Rapporteur spécial, à savoir « tout auteur... est... passible de châtement », paraît donc suffisante, quitte à la compléter, si besoin est, par quelques exemples de peines.

⁵ *A Treatise on International Criminal Law*, vol. II, *Jurisdiction and Cooperation*, Springfield (Ill.), Charles C. Thomas, 1973.

⁶ Leyde, Sijthoff, 1976.

14. Au paragraphe 2 du projet d'article 4, le Rapporteur spécial a eu raison de préciser que la disposition du paragraphe 1 ne préjuge pas la question de l'existence d'une juridiction pénale internationale. L'idéal serait, certes, de pouvoir créer un tribunal international, mais un tel projet sera difficile à concrétiser, d'autant plus que certains souhaitent voir le projet de code s'appliquer aux Etats en tant que personnes morales. Or, la question de la responsabilité pénale des Etats relève de la compétence d'un autre rapporteur spécial et n'a donc pas à être envisagée dans le cadre du projet de code.

15. En l'absence ou dans l'attente d'une juridiction pénale internationale, il importe que les tribunaux nationaux puissent juger les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui constituent, comme il est dit au paragraphe 1 de ce même projet d'article, des infractions universelles. M. Sucharitkul rappelle, à ce propos, que la Constitution des Etats-Unis d'Amérique (art. I^{er}, sect. 8, par. 10) autorise le Congrès à définir et à sanctionner les actes de piraterie en haute mer et tout autre crime contre le droit des gens, et que, par ailleurs, de nombreux crimes, dont ceux visés par la Convention de Tokyo de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs⁷ et par la Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁸, peuvent être réprimés, en théorie du moins, sur la base de la compétence universelle.

16. Le projet d'article 5 énonce un principe général, à savoir que le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est, par nature, imprescriptible. Une certaine circonspection est de mise à cet égard. La notion d'humanité évoluant beaucoup dans le temps — d'abord liée à la citoyenneté, elle a désormais acquis une dimension biologique —, il se peut fort bien qu'un acte qui ne constituait pas un crime au moment où il a été commis le devienne par suite de l'adoption d'une définition différente du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

17. Heureusement, ce principe, qui pourrait parfois se révéler dangereux, est tempéré par celui de la non-rétroactivité de la loi pénale, qui fait l'objet du projet d'article 7, et qui prévoit que 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. Tout comme les garanties juridictionnelles énoncées dans le projet d'article 6, la règle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* vise à protéger toute personne accusée d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Mais il faut aussi protéger les victimes de ce genre de crime. C'est pourquoi, M. Sucharitkul appuie aussi les dispositions du paragraphe 2 du projet d'article 7, qui sont parfaitement équitables, puisqu'elles visent non pas les personnes qui sont sous le coup d'une inculpation ou qui font l'objet de poursuites, mais celles qui ont déjà été jugées et condamnées.

18. M. Sucharitkul appuie aussi le projet d'article 8. Le droit à la légitime défense étant un droit naturel tant

pour l'individu que pour l'Etat, il est normal que l'exercice de ce droit constitue une exception au principe de la responsabilité. L'ordre du gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique visé à l'alinéa c ne peut effectivement dégager de sa responsabilité pénale l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité que s'il a agi sous la menace d'un péril grave, imminent et irrémédiable. Quant à l'erreur de droit ou de fait, il va de soi qu'elle ne peut constituer une exception au principe de la responsabilité que si elle revêt un caractère insurmontable pour son auteur. La mention de la contrainte est plus controversée. De l'avis de M. Sucharitkul, lorsque l'auteur d'un crime subit une contrainte corporelle, absolue (*vis absoluta*), il n'est plus vraiment l'auteur. Il devient un instrument et il ne peut donc être tenu responsable.

19. Le projet d'article 9, qui prévoit que la responsabilité pénale peut être attribuée au supérieur hiérarchique, est satisfaisant, même si l'on peut considérer qu'il s'écarte du principe selon lequel la responsabilité pénale est strictement personnelle, nul ne pouvant être responsable des actes d'autrui.

20. M. Sucharitkul estime que les dispositions relatives au partage de la responsabilité, notamment au complot et à la complicité, auraient tout à fait leur place parmi les principes généraux et pourraient, notamment, être incorporées dans le projet d'article 3.

21. Passant aux dispositions du chapitre II du projet d'articles, M. Sucharitkul dit que la distinction que le Rapporteur spécial opère dans le projet d'article 10 entre les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre est parfaitement fondée. Outre qu'elle est conforme à la pratique des Etats, cette distinction reflète les différences qui existent entre les divers crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité du point de vue des excuses absolutoires, des circonstances atténuantes, des faits justificatifs et même des peines. Les faits justificatifs, par exemple, ne peuvent être retenus que pour les crimes de guerre. Quant aux peines, elles ne sont pas les mêmes pour les trois catégories de crimes.

22. En ce qui concerne les crimes contre la paix, qui font l'objet du projet d'article 11, l'agression, la menace d'agression, l'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat, sont sans doute par nature des actes extrêmement graves. Mais il n'en va pas de même des actes terroristes. Seuls les plus graves doivent être mentionnés dans le projet de code.

23. Il n'en va pas de même non plus des infractions visées dans le projet d'article 13. Si les infractions graves aux lois et coutumes de la guerre sont toutes des crimes de guerre, tous les crimes de guerre ne constituent pas des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il serait donc préférable de supprimer la référence aux lois et coutumes de la guerre, qui varient beaucoup dans l'espace et dans le temps, et de s'en tenir au critère de la gravité. Ne peuvent être rangés parmi les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que les crimes de guerre les plus graves.

24. Enfin, pour élaborer le projet de code, la Commission ne doit pas se fonder uniquement sur le projet de

⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 704, p. 219.

⁸ *Ibid.*, vol. 860, p. 105.

code de 1954, sur la Définition de l'agression⁹, sur le Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre¹⁰, sur les Conventions de Genève de 1949¹¹ et leurs Protocoles additionnels de 1977¹². Elle doit tenir compte aussi des diverses résolutions pertinentes de l'Assemblée générale évoquées par M. Illueca (1961^e et 1964^e séances). Certains membres de la Commission se sont interrogés sur la valeur intrinsèque de ces résolutions. M. McCaffrey, par exemple, a fait valoir que, l'Assemblée générale n'étant pas un organe législatif, les textes qu'elle adoptait n'avaient pas toujours une valeur juridique et ne liaient pas nécessairement tous les Etats. Mais ce point de vue n'est pas partagé par l'ensemble de la communauté internationale. Le Groupe des Soixante-Dix-Sept, notamment, a un avis différent sur la question. En effet, si elles n'ont pas toutes force de loi comme la Déclaration universelle des droits de l'homme, les résolutions de l'Assemblée générale, qu'il s'agisse des résolutions déclaratives, affirmatives ou codificatrices, des résolutions visant à cristalliser des règles de droit ou encore des résolutions qui contribuent au développement progressif du droit international, ont une valeur indéniable, et la Commission doit en tenir compte.

25. M. MALEK se bornera à formuler quelques brèves observations sur certains points soulevés au cours du débat.

26. Selon certains membres de la Commission, divers actes, dont le terrorisme international, la traite des êtres humains, le trafic des stupéfiants, l'esclavage doivent être classés dans la catégorie des crimes contre l'humanité, catégorie dans laquelle le Rapporteur spécial propose aussi de ranger les atteintes graves à l'environnement. Mais, s'il est vrai que, sur le plan moral et humain, il serait extrêmement souhaitable que tous ces actes, qui présentent une gravité extrême, puissent être considérés comme des crimes contre l'humanité, il ne faut pas oublier que seuls pourront être retenus dans le projet de code ceux qui correspondent effectivement à la définition du crime contre l'humanité, laquelle, dans ses grandes lignes, se trouve incorporée depuis assez longtemps dans le droit international. On voit mal comment, sur le plan technique, le trafic des stupéfiants et même dans certains cas le terrorisme international pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité, lesquels ont ceci de particulier qu'ils sont commis pour des motifs précis, limitativement déterminés, d'ordre social, politique, et autre. De même l'esclavage ne pourra être incriminé, en dépit de son caractère révoltant, que s'il s'agit d'une forme d'esclavage analogue à celle visée dans le projet de code, à savoir « la réduction en esclavage... des éléments d'une population pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels » (art. 12, par. 3), où se trouvent réunis les différents éléments propres au crime contre l'humanité, qui ont été retenus dans toutes les

définitions officielles ou doctrinales, élaborées depuis le procès de Nuremberg.

27. Le principe de l'imprescriptibilité des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est énoncé dans le projet d'article 5. Sans vouloir revenir sur les fondements juridiques de ce principe, M. Malek tient simplement à appeler l'attention de la Commission sur le fait que ledit principe s'impose de lui-même et que l'on ne saurait l'ignorer ou s'y opposer valablement. L'impunité de l'un quelconque des crimes visés, qu'elle soit assurée par le jeu de la prescription ou par tout autre moyen, suscite souvent des réactions violentes de très large portée. Elle a souvent pour effet de livrer les coupables aux victimes ou à des personnes qui leur sont liées par le sang, la race, la religion, etc. Celles-ci en effet ont tendance à ne jamais pouvoir oublier et à ne reculer devant aucun obstacle de caractère juridique ou autre pour infliger aux coupables le châtement qu'ils méritent.

28. Le principe de l'imprescriptibilité semble devoir sa force moins aux sources du droit qui le justifient qu'à l'appui spontané de la conscience universelle, qui se rebelle contre l'idée qu'on puisse laisser impunis des crimes aussi graves. Il s'agit de tenir compte non seulement des conséquences persistantes d'une guerre qui a pris fin près d'un demi-siècle plus tôt, mais aussi des conséquences des nombreux conflits en cours en différents points du globe, notamment de celui qui déchire le Liban. Or, dans ce pays, les générations futures garderont le souvenir effrayant des actes de cruauté qui sont commis et de ceux qui les commettent ou qui s'en rendent complices. Il faut donc espérer que la Commission adoptera, en temps voulu et sans opposition, le projet d'article 5 tel qu'il est rédigé, sans y apporter aucune modification visant à en restreindre la portée.

29. Si le principe de la légalité des incriminations est bien énoncé dans le projet d'article 7, celui de la légalité des peines ne semble pas avoir été retenu. Certes, il s'agit là d'une question qui, dans le contexte de la justice internationale pénale, est extrêmement complexe, mais le Rapporteur spécial voudra peut-être la reprendre à un stade plus avancé des travaux. En fait, la Commission devrait réexaminer l'article 5 du projet de code, qu'elle avait adopté en première lecture à sa troisième session, en 1951. Le texte de cet article, qu'elle avait beaucoup hésité à supprimer en 1954, se lisait comme suit :

La peine pour tout crime défini dans le présent code sera déterminée par le tribunal compétent pour juger l'accusé, compte tenu de la gravité du crime¹³.

L'argument avancé pour supprimer cet article était qu'il ne tenait pas suffisamment compte du principe généralement admis *nulla poena sine lege*, puisqu'il prévoyait de laisser le tribunal compétent libre de fixer les peines à appliquer. Cette critique est peut-être partiellement fondée. Mais ce projet d'article 5 aurait au moins l'avantage de souligner le caractère réel et effectif de la disposition qui fait actuellement l'objet du projet d'article 3 et selon laquelle « tout auteur d'un crime contre la paix

⁹ Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1974, annexe.

¹⁰ Voir 1958^e séance, note 7.

¹¹ *Ibid.*, note 6.

¹² Voir 1959^e séance, note 6.

¹³ Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément n° 9 (A/1858), p. 17.

et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et passible de châtement ». Il indiquerait clairement que les crimes énumérés dans le code ne demeureraient jamais volontairement impunis.

30. Par ailleurs, il est douteux que le fait de laisser au tribunal compétent le soin de fixer la peine puisse être contraire au principe *nulla poena sine lege*. Si une juridiction nationale était reconnue compétente, elle appliquerait les peines prévues par le droit interne. Si une juridiction pénale internationale était créée et reconnue compétente pour connaître des crimes visés dans le code, elle appliquerait les peines prescrites soit par le droit international en vigueur — lequel fournit des indications utiles à cet égard et prévoit différentes peines, et même la peine de mort pour les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité —, soit par tout instrument international qui la lierait directement, tel que celui qui l'aurait créée ou qui lui aurait attribué compétence. Il est difficile de voir comment la Commission pourrait, à ce stade, tenir compte du principe de la légalité des peines autrement qu'en adoptant une disposition de caractère général du type de celle visée dans le projet d'article 5 susmentionné, surtout si elle décidait d'inclure les Etats parmi les auteurs des crimes réprimés par le code.

31. La question de la création d'une juridiction criminelle internationale a été soulevée par beaucoup de membres de la Commission, qui ont souligné, parfois avec insistance, le lien étroit entre une telle juridiction et le projet de code. En effet, pour que l'élaboration du projet de code ait une certaine utilité, il faudrait, parallèlement, déterminer l'autorité qui sera appelée à assurer l'application du code. Il s'agit là, en fait, d'une question des plus importantes. A cet égard, M. Malek estime que la Commission devrait, dans son rapport sur sa trente-huitième session, appeler l'attention de l'Assemblée générale sur sa résolution 1187 (XII) du 11 décembre 1957, par laquelle l'Assemblée a décidé d'ajourner l'examen de la question d'une juridiction criminelle internationale jusqu'au moment où elle reprendrait la question de la définition de l'agression et celle du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, en insistant sur le lien étroit qui existe entre le code et la création d'une juridiction criminelle internationale, et en formulant des observations sur la question de manière à encourager l'Assemblée générale soit à créer, comme elle l'a fait en 1950 et en 1952, un comité spécial chargé de rédiger un projet de statut d'un tribunal pénal international, soit à confier cette tâche à la Commission elle-même. Il ne faut pas perdre de vue qu'à sa deuxième session, en 1950, la Commission avait exprimé l'opinion qu'il était souhaitable et possible de créer un organe judiciaire international chargé de juger les personnes accusées de crimes relevant de la compétence de cet organe en vertu de conventions internationales¹⁴.

32. M. ROUKOUNAS indique que son intervention portera sur les projets d'articles 2 et 4. Aux termes du projet d'article 2, la qualification d'un fait comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est indé-

pendante de l'ordre interne, c'est-à-dire que le droit interne ne saurait être opposable au droit international, ni avoir pour effet de « décriminaliser » un fait qualifié de crime par le code. Il en découle que les individus ont des obligations internationales qui prévalent sur les obligations qui leur incombent au plan national, même si, dans les années 50, ni le Rapporteur spécial, ni la Commission n'ont parlé explicitement de la primauté du droit international. La formule proposée est donc un moyen de traiter indirectement des rapports entre droit international et droit interne.

33. Sur ce point, M. Roukounas a deux observations à faire. D'une part, dans le projet de 1951, il était question de l'indépendance du droit international par rapport aux sanctions, et l'on peut comprendre qu'à l'époque la sanction, imposée par des tribunaux internationaux, devait être en quelque sorte légalisée. Par conséquent, un tribunal international pourrait prononcer une peine indépendamment de l'existence de peines analogues en droit interne. Si le Rapporteur spécial emploie, au lieu du terme « sanctions », le terme « qualification », c'est parce que, pour le moment, la Commission a retenu comme hypothèse de travail la qualification du crime. D'autre part, la question se pose de savoir si, par cette formulation, la Commission règle aussi les différentes questions relatives aux rapports entre le droit international et le droit interne vus sous l'angle du droit interne, car, hormis la question de l'inopposabilité, et tout en en tenant compte, la Commission doit aussi veiller à ce que le droit international concorde avec le droit interne. Un bon nombre, sinon la plupart des crimes visés par le projet de code, tombent déjà sous le coup du droit international, et les Etats savent qu'ils doivent satisfaire à leurs obligations internationales en la matière.

34. Il serait donc utile d'examiner la situation au regard du droit interne. Une étude comparative montrerait à la Commission que trois possibilités sont actuellement offertes aux Etats : a) reprendre les termes mêmes du texte international — qui n'est pas nécessairement une convention — dans leur code pénal, en y ajoutant éventuellement des sanctions; b) reprendre en partie seulement le texte international dans leur code pénal pour combler un *vacuum legis*; ou c) renvoyer de façon générale aux lois et coutumes de la guerre dans leur code pénal.

35. Même si tous les systèmes constitutionnels ne requièrent pas l'introduction formelle du texte international dans le droit interne, dans la pratique, le droit interne — en l'occurrence, le droit pénal —, devrait comprendre des règles identiques ou parallèles à celles énoncées dans le texte international. Cela s'explique d'abord par le fait que la répression nationale des crimes internationaux — si répression il y a — est la règle, la répression par un organe judiciaire international étant l'exception, du moins jusqu'à présent. Même après la seconde guerre mondiale, un certain nombre de crimes ont été jugés par des juridictions internes. Ensuite, parce que, pour assurer l'imprescriptibilité, il faut que l'instrument international s'accompagne de dispositions pénales de droit interne définissant le crime et instituant la sanction. Il en va de même pour l'extradition, aussi

¹⁴ *Ibid.*, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316), p. 18, par. 140.

bien pour l'Etat qui en fait la demande que pour l'Etat requis.

36. C'est pourquoi, il semble nécessaire à M. Roukounas de compléter ou de remplacer le projet d'article 2 par une disposition qui ferait obligation aux Etats de prendre toutes les mesures voulues sur le plan interne pour rendre opérationnelles la qualification et, éventuellement, la sanction prévues par le code. Ainsi, la Commission contournerait-elle la question de l'inopposabilité du droit interne au droit international. M. Roukounas se demande même s'il n'y aurait pas lieu d'étudier aussi la question de l'« auto-exonération » ou de l'exonération par réciprocité, dont il est question dans les articles 51, 52, 131 et 148, respectivement, des quatre Conventions de Genève de 1949.

37. S'agissant du projet d'article 4, M. Roukounas se dit favorable à l'idée d'établir une juridiction pénale internationale destinée à connaître des infractions universelles et à en assurer la répression. Entre-temps, ces infractions seraient jugées par les tribunaux nationaux, dotés en quelque sorte d'une fonction internationale. M. Roukounas se demande, à propos de la deuxième phrase du paragraphe 1, si la formule « s'il est arrêté » y a un sens spécifique. Quant à la compétence universelle, qui, on le sait, n'est pas la règle dans les relations internationales contemporaines, M. Roukounas rappelle que, lors de l'élaboration du Protocole additionnel I¹⁵ aux Conventions de Genève de 1949, l'extradition et, de façon générale, la question de l'universalité de la compétence avaient fait l'objet de longues et pénibles négociations qui avaient abouti à la mise au point de l'article 88, qui traite en termes assez vagues de la coopération entre Etats. Cet exemple montre bien que, dans certains cas, il y a universalité de la compétence et dans d'autres incitation à une collaboration entre Etats en vue de réprimer le crime international.

38. Il ne faut pas toujours confondre nécessairement la compétence universelle avec le principe *aut dedere aut judicare*. Il suffit de comparer l'article V de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid* aux articles VI et VII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pour constater les différences d'interprétation auxquelles cet adage peut donner lieu. La Commission pourrait donc réserver la compétence universelle aux domaines où elle existe déjà, le génocide et l'*apartheid* par exemple, puis se demander si, dans le cas d'autres crimes — tels ceux visés par les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977 —, elle peut envisager soit une compétence universelle, soit une coopération entre Etats aussi étendue que possible, en attendant d'en avoir terminé avec la définition de chaque crime et avec la liste des crimes à dresser dans le code.

39. M. EL RASHEED MOHAMED AHMED approuve l'approche générale que le Rapporteur spécial a adoptée en ce qui concerne les principes généraux. Il se propose d'introduire un élément de spiritualité évoquant une fois de plus les principes de la Loi islamique.

40. En Islam, la guerre a essentiellement un caractère défensif. Au regard de Dieu, la guerre d'agression est haïssable. Le Coran dit : « Combattez dans le chemin de Dieu ceux qui luttent contre vous. Ne soyez pas transgresseurs; Dieu n'aime pas les transgresseurs¹⁶. »

41. Le droit international a interdit la guerre d'agression. Le conflit armé demeure néanmoins un phénomène permanent, dépourvu de l'élément chevaleresque de la déclaration de guerre. Si l'on admet que la guerre est illicite, ce sont ceux qui la font qui devraient en subir les conséquences. C'est pourquoi, le droit islamique appuie les principes de Nuremberg.

42. Par ailleurs, en droit islamique, la responsabilité est rigoureusement personnelle. La notion de responsabilité collective est inconnue, si ce n'est dans le cas isolé où, une personne ayant été tuée en un certain lieu, il est prouvé que les habitants du lieu connaissaient ou auraient dû connaître son assassin et ne l'ont ni identifié ni remis à la justice.

43. M. El Rasheed Mohamed Ahmed a déjà indiqué (1963^e séance) qu'il approuvait la définition que le rapport donne des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ainsi que leur répartition en trois catégories. La paix n'a toutefois pas été définie. Certes, les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes internationaux, définis par le droit international, mais la terminologie employée est inévitablement empruntée au droit interne. Des difficultés d'interprétation se poseront donc nécessairement, sauf dans le cas peu probable où une instance pénale internationale serait créée. Pour le cas où l'on se mettrait d'accord sur le principe de la compétence universelle, il ne serait que naturel que les juges soient influencés par leur éducation et leur formation propres. Le droit international n'est pas né du vide. Le Statut de la CIJ lui-même fait référence à l'Article 38, par. 1, al. c, à l'application, par la Cour, des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

44. A défaut d'interprétation faisant foi, un lexique général semble s'imposer. Il ne suffira pas de signaler dans le commentaire que tel ou tel terme ou expression n'a pas le même sens qu'en droit interne. Etant donné que le projet de code ne consiste qu'en une énumération d'infractions, il ne contient pas de règles de procédure; or, c'est le droit procédural qui prévoit les garanties constitutionnelles dont bénéficie le délinquant. Aussi, M. El Rasheed Mohamed Ahmed pense-t-il, comme M. Illueca (1964^e séance), que le projet de code lui-même devrait énoncer des garanties.

45. En ce qui concerne la non-rétroactivité, la position du droit islamique n'est guère éloignée de celle du droit anglais. Il existe, à cet égard, une différence entre les crimes punis en vertu des dispositions du Coran ou de la Sunna et les infractions qu'il appartient au pouvoir temporel de sanctionner selon les exigences de la situation. La loi qui prévoit ce dernier type d'infraction doit être publiée avant d'être appliquée. A cet égard, la situation est analogue à ce qu'elle est dans les systèmes juridiques continentaux.

¹⁵ Voir 1959^e séance, note 6.

¹⁶ Le Coran, Sourate II, verset 190 [traduction de D. Masson, *op. cit.* (1963^e séance, note 9), t. I, p. 36].

46. Toutefois, la notion de justice qui a été appliquée à Nuremberg ne correspond pas exactement à la notion de justice en droit islamique. Encore que la procédure soit pénale de par sa nature, la sentence doit être circonscrite. Elle doit prendre en considération le droit de la victime tout en maintenant un équilibre équitable entre le droit de la communauté de traduire le délinquant en justice et le droit de ce dernier d'être protégé contre l'arbitraire.

47. Hans Kelsen a dit que, « dans l'hypothèse où deux postulats de justice sont en conflit, le postulat supérieur prévaut »¹⁷, mais la solution islamique, que M. El Rasheed Mohamed Ahmed vient de mentionner, est bien plus logique. C'est une formule axée sur l'équité, qui indique le critère à appliquer pour évaluer les deux postulats qui sont en conflit. La conclusion à laquelle le Rapporteur spécial est parvenu sur ce point constitue, en l'espèce, le meilleur compromis, sauf à adopter la suggestion de M. Jagota (1965^e séance, par. 50) tendant à remplacer au paragraphe 2 de l'article 7 les mots « les principes généraux du droit international » par « les principes et les règles de droit international généralement reconnus ».

48. Quant à la prescription, la plupart des écoles de droit islamique ne l'admettent pas, si ce n'est dans des limites très étroites. Celles qui acceptent le jeu de la règle de prescription le font dans les cas (par exemple, la consommation d'alcool) où le fait incriminé est en soi difficile à établir après un certain temps. Elles estiment aussi que les poursuites tardives risquent d'être motivées par la malveillance ou quelque autre mobile inavoué. Toutefois, en ce qui concerne les crimes comme l'assassinat, aucune prescription n'est admise.

49. Pour ce qui est de la compétence, le droit islamique est, d'une façon générale et pour des raisons pratiques, favorable au principe de la territorialité.

50. Il sera extrêmement difficile de créer un tribunal pénal international, et M. Balanda (1966^e séance) a parfaitement exposé ces difficultés. Dans l'intervalle, il faut se contenter du système de la compétence universelle, que, du reste, plusieurs conventions prévoient, comme celles relatives à la piraterie. M. El Rasheed Mohamed Ahmed ne croit pas que le code sera sans objet si une instance internationale n'est pas créée, mais il sera inopérant s'il n'est pas appliqué d'une manière ou d'une autre. Dans ces conditions, la solution proposée par le Rapporteur spécial est la seule possible.

51. Reste à parachever le code en spécifiant des sanctions. La Commission devra s'atteler à cette tâche. Plus que l'absence d'une instance internationale, c'est celle de sanctions qui priverait le code de son efficacité.

52. En ce qui concerne les moyens de défense, l'ordre du supérieur hiérarchique appelle certaines observations. En droit islamique, la responsabilité est rigoureusement personnelle. Le moyen de défense qui consiste à invoquer l'ordre du supérieur hiérarchique n'est pas admissible car le Prophète a dit : « En vérité je vous le dis, il n'y a pas à obéir à l'ordre de quiconque désobéit à Dieu. » Dans son discours inaugural, le calife Abou

Bakr a déclaré : « Obéissez-moi aussi longtemps que j'obéirai à Dieu. Si je désobéis à Dieu, je n'exige aucune soumission de votre part. » Quel que soit l'ordre reçu d'un supérieur, il doit être examiné à la lumière de cette loi suprême — qu'on la dénomme loi de Dieu ou loi naturelle, sa valeur nominative n'est pas entièrement déterminée par l'homme.

53. Par ailleurs, en Islam, tout dirigeant est responsable de ses subordonnés. Cependant, sa responsabilité pénale n'est engagée que s'il est établi qu'il a eu ou aurait dû avoir connaissance de l'acte reproché, et qu'il avait la possibilité d'empêcher qu'il soit commis. En conséquence, M. El Rasheed Mohamed Ahmed estime, comme M. Ouchakov (1965^e séance) et M. Sucharitkul, que la responsabilité doit être personnelle, mais un supérieur qui a gardé le silence, alors qu'il savait que des atrocités étaient commises et qu'il avait le pouvoir d'y mettre fin, est pénalement responsable.

54. Passant aux projets d'articles, M. El Rasheed Mohamed Ahmed souligne la nécessité de définir la paix et la sécurité à l'article 3. En ce qui concerne l'article 7, il rappelle qu'il appuie la suggestion de M. Jagota relative au paragraphe 2. A l'article 11, la définition de l'agression semble incompatible avec le thème général du rapport à l'examen (A/CN.4/398) ainsi qu'avec la décision de la Commission d'adopter le principe de la responsabilité individuelle plutôt que celui de la responsabilité des Etats. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 12, M. El Rasheed Mohamed Ahmed préfère la deuxième variante. Quant à l'article 13, il préfère la deuxième variante qui est plus détaillée.

55. Le chef AKINJIDE rappelle que, dans sa précédente intervention (1964^e séance), il a souligné que toute référence aux « coutumes de la guerre » soulèverait des difficultés, alors que ce ne serait pas le cas avec les « règles de la guerre », expression plus précise. Les coutumes de la guerre varient d'une période à l'autre de l'histoire. Au Moyen Age, elles étaient très différentes de ce qu'elles sont à l'époque contemporaine, et nul ne peut dire ce qu'elles seront dans cinquante ou cent ans.

56. Les Etats de constitution écrite pourront difficilement ratifier un texte qui ferait référence aux coutumes de la guerre. Qui plus est, dans la plupart des pays, l'application de la convention sur laquelle le projet à l'examen devrait déboucher sera subordonnée à l'adoption d'une loi. Tout crime prévu par cet instrument devra faire l'objet d'une disposition expresse. Une vague référence aux coutumes de la guerre ne suffit pas.

57. Quant au principe *nullum crimen sine lege*, le chef Akinjide note que de nombreux pays en développement violent ce principe plus qu'ils ne l'observent. Les gouvernements militaires, en particulier, créent fréquemment des crimes et des sanctions par voie de décret, souvent avec effet rétroactif.

58. En ce qui concerne la question de la responsabilité, le chef Akinjide souligne la nécessité de définir des degrés de responsabilité. De toute évidence, le chef militaire qui donne l'ordre de commettre un acte criminel et la recrue qui se borne à obéir à cet ordre ne sauraient être tenus pour responsables au même degré. Le crime aussi bien que le châtement doivent exprimer cette diffé-

¹⁷ Voir 1962^e séance, note 11.

rence. Le projet de convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires¹⁸, dont l'Assemblée générale est présentement saisie, distingue ainsi divers degrés de responsabilité. Il en est de même de la Convention de l'OUA de 1977 pour l'élimination du mercenariat en Afrique¹⁹. Lors des procès de mercenaires en Angola, cette différenciation a été faite dans la pratique.

59. Pour ce qui est de la compétence, le chef Akinjide partage les appréhensions de sir Ian Sinclair (1964^e séance) et de M. McCaffrey à l'égard du système de la compétence universelle. L'adoption de ce système entraînerait des difficultés énormes. On notera avec intérêt que, dans l'article 14 du projet de convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, c'est le principe de la territorialité qui a été retenu.

60. S'agissant de la prescription, le chef Akinjide fait observer que cette règle doit être maintenue dans certains cas. Sur le plan interne, on juge parfois souhaitable, dans l'intérêt public, de ne pas engager de poursuites contre un individu. Les cas de ce type sont fonction de la gravité du délit, des circonstances de l'espèce et du climat général.

61. Dans le projet d'article 11, le paragraphe 8, qui définit le mercenariat, s'inspire de la définition donnée à l'article 47, par. 2, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949²⁰. Il faudrait toutefois revoir les dispositions du paragraphe 8, qui sont désormais dépassées, à la lumière de l'expérience acquise de nos jours par les pays en développement. Il faudrait notamment modifier, à l'alinéa iii, l'élément de motivation du mercenaire, qui est « d'obtenir un avantage personnel », car il ferait peser une charge intolérable sur l'accusation, d'autant que l'on a pu constater que les mercenaires n'étaient pas tous motivés par des considérations d'avantage personnel.

62. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, tient à faire tout d'abord observer que ses commentaires porteront sur l'ensemble du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/398). Il appelle d'emblée l'attention sur la distinction qu'il convient de faire entre les Etats et les individus. En effet, certains crimes ne peuvent être commis que par un Etat : c'est le cas de l'agression et, en général, de tous les crimes contre la paix, y compris le terrorisme et le mercenariat, tels qu'ils sont envisagés par le Rapporteur spécial, crimes dans la perpétration desquels l'Etat joue un rôle prépondérant. D'autres crimes, comme les crimes de guerre, peuvent être imputés à des individus. Il faut tenir compte de cette différenciation qui amènera M. Barboza à suggérer éventuellement quelques modifications au projet d'articles.

63. A qui imputer un acte et la responsabilité de cet acte dans le cas d'un crime qui ne peut être commis que par un Etat ? Prenant l'exemple de l'agression, M. Barboza fait observer qu'il ne saurait y avoir d'individus agresseurs. L'agression est donc imputable à l'Etat, qui

a agi par le truchement de ses organes, lesquels sont des individus. Un même comportement est, par conséquent, imputé à l'Etat et à l'individu. Les individus ne sont pas responsables du crime d'agression en tant que personnes, mais ils sont responsables d'avoir fait commettre à l'Etat le crime en question. Un même comportement donne donc lieu à la perpétration d'un crime de droit international et à l'attribution de conséquences à l'Etat, d'une part, et à des individus, organes de l'Etat, d'autre part. Ces conséquences sont, dans le premier cas, celles qui sont visées dans les projets d'articles 1, 6, 14 ou 15, selon les cas, de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats²¹, et, dans le second, les peines dont les individus seront éventuellement passibles, question sur laquelle la Commission n'a pas encore pris de décision. Dans cette optique, plusieurs articles du projet de code devront être modifiés. Ainsi, à propos du projet d'article 3, M. Barboza se demande si la Commission a déjà décidé de sanctionner les Etats qui se rendraient coupables de crimes tels que l'agression. Comment pourrait-on faire jouer leur responsabilité ? Peut-être conviendrait-il d'ajouter à la fin de l'article en question une phrase libellée comme suit : « Seront aussi responsables les individus dont le comportement imputé à l'Etat a entraîné ce dernier à commettre le crime en question. »

64. Pour ce qui est de la répartition des crimes en trois catégories, M. Barboza pense que le projet d'article 10 est inutile, même si la Commission décide de conserver cette division tripartite, d'autant que celle-ci peut susciter des objections quant à sa cohérence avec d'autres concepts. M. Barboza a déjà constaté²² qu'il était malaisé de donner un contenu homogène au sujet sous le titre « paix et sécurité ». Chacun sait qu'une plus grande sécurité n'est pas synonyme de paix. En somme, l'expression « paix et sécurité » correspond à une notion indivisible qui vise une réalité dont on ignore quel élément correspond à la paix et quel autre à la sécurité. Or, on distingue les crimes contre la paix — lesquels portent nécessairement atteinte à la sécurité —, les crimes contre l'humanité — dont on suppose qu'ils affectent sa paix et sa sécurité — et les crimes de guerre — qui sont eux aussi préjudiciables à la paix et à la sécurité, encore que l'élément « paix » puisse être totalement absent, puisqu'il s'agit de crimes commis en temps de guerre. La faute en revient à l'histoire, qui a légué à la Commission une formule tirée d'un rapport adressé par le juge Francis Biddle au président Truman (v. A/CN.4/387, par. 21) et répondant peut-être davantage à un état d'esprit propre à l'époque qu'à un raisonnement logique. M. Barboza se demande donc si la Commission ne devrait pas rechercher un autre titre pour le projet de code et parler par exemple de code des crimes contre la sécurité de l'humanité, formule qui justifierait la classification tripartite en crimes contre la paix, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, qui tous mettent la sécurité de l'humanité en danger.

65. Se référant aux projets d'articles, présentés par le Rapporteur spécial, M. Barboza note, tout d'abord, que le projet d'article 1^{er} antérieur se retrouve englobé dans

¹⁸ Voir 1960^e séance, note 8.

¹⁹ OUA, doc. CM/817 (XXIX). Voir aussi A/CN.4/368, p. 78.

²⁰ Voir 1959^e séance, note 6.

²¹ *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 106 (art. 1^{er}), et note 66 (art. 6, 14 et 15).

²² Voir *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 48, 1885^e séance, par. 19.

l'actuel projet d'article 1^{er}, complété par le projet d'article 2, dispositions qu'il juge acceptables.

66. Pour ce qui est des crimes contre l'humanité, il partage l'idée que l'élément de masse n'est pas indispensable à la définition du génocide, à partir du moment où le fait de porter atteinte à un seul de ses membres revient à porter atteinte à l'humanité. Ce qui compte, en réalité, c'est l'intention. Si l'on découvre la preuve digne de foi d'un plan d'extermination d'un groupe déterminé, il suffirait de peu de cas pour qu'il y ait crime de génocide. En l'absence de pareilles preuves, l'intention devra apparaître à travers une certaine trame, se manifester de manière constante et systématique; M. McCaffrey (1962^e séance) a d'ailleurs parlé à ce propos de *systematic pattern*.

67. En ce qui concerne l'*apartheid*, M. Barboza préfère la deuxième variante proposée par le Rapporteur spécial, au paragraphe 2 du projet d'article 12, parce que le code doit se suffire à lui-même et ne pas faire appel à d'autres instruments. Il juge utile l'opération qui consiste à qualifier objectivement de criminelle l'activité de certains Etats et qui permettra de stigmatiser la conduite de l'Afrique du Sud.

68. M. Barboza juge aussi nécessaire que le code vise les atteintes graves à l'environnement, encore que le paragraphe 4 du projet d'article 12 mérite d'être remanié à la lumière des conventions qui font obligation aux Etats parties de préserver l'environnement.

69. La deuxième variante du projet d'article 13 relatif aux crimes de guerre lui semble préférable, et la proposition faite par M. Malek à ce sujet (1958^e séance, par. 6) est digne d'être prise en considération. Par ailleurs, M. Barboza n'a pas d'objection au maintien de l'expression « crimes de guerre ». Quant aux armes nucléaires, il reconnaît que leur utilisation se présente sous un jour différent, selon qu'il s'agit d'une agression ou d'un contexte défensif, mais il n'en reste pas moins que ce type d'armes possède la caractéristique de pouvoir endommager de façon irréversible l'environnement, non seulement des belligérants, mais de l'humanité tout entière, ce qui lui paraît être une considération de premier plan.

70. M. Barboza note ensuite que les dispositions du projet d'article 14, consacrées aux autres infractions, visent l'individu responsable, à l'exclusion de l'Etat. Il souscrit à l'idée de rechercher des formes souples de responsabilité, vu la gravité particulière des crimes envisagés, mais ne pense pas que la Commission doive aller jusqu'à admettre la notion de *conspiracy*. S'agissant de la tentative, il ne faudrait pas oublier le cas du désistement, car l'*iter criminis* peut prendre fin soit par l'effet de circonstances étrangères à la volonté du délinquant, soit par l'effet de sa volonté, c'est-à-dire par son désistement. Nombreux sont les codes pénaux qui encouragent le désistement, en réduisant ou en supprimant la peine applicable à l'auteur d'une tentative.

71. M. Barboza a déjà évoqué les principes généraux visés dans le projet d'article 3. Le projet d'article 4 renvoie à la juridiction universelle et laisse la porte ouverte à la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale. La Commission s'est déjà prononcée, lors de sa

deuxième session²³, en faveur de la création d'un organe judiciaire international appelé à juger du génocide et d'autres crimes. Cette solution suscite des problèmes, mais qui ne seraient peut-être pas insurmontables. En créant une instance judiciaire internationale, on risquerait de créer en effet un organe qui resterait oisif. On peut douter, en effet, que les individus responsables de crimes d'Etat ou de crimes qui leur sont directement imputables lui soient remis par les Etats à la tête desquels ils se trouvent, à moins d'autoriser les jugements par contumace, auquel cas l'instance en question se livrerait à une activité fébrile, jugeant des chefs d'Etat et autres autorités mis en accusation pour des raisons plus ou moins politiques. Ainsi, dans un premier temps, la compétence universelle se présente comme la meilleure solution, malgré les inconvénients signalés par plusieurs membres de la Commission. C'est à cette solution que la Commission doit travailler plutôt qu'à une autre. En effet, qui sait si la coopération internationale donnera des résultats satisfaisants ?

72. M. Barboza approuve le projet d'article 5, vu la gravité particulière des crimes visés, de même que le projet d'article 6 et le paragraphe 1 du projet d'article 7. Le défaut des procès de Nuremberg et de Tokyo tient à la non-application du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*. On a dit que la justice a prévalu à cette époque sur le principe. Or, ce principe est une conquête du droit pénal libéral, il a pour objet de fixer des règles objectives, de protéger l'individu contre les excès du pouvoir. Les sources de droit aussi vagues que le droit naturel ou même les principes généraux du droit international ne satisfont pas à cette obligation. C'est pourquoi, le paragraphe 2 du projet d'article 7 préoccupe M. Barboza, qui ne comprend pas bien comment l'on pourrait appliquer un principe d'ordre très général à un comportement criminel. L'allusion aux principes généraux ne semble donc pas adaptée au principe *nulla poena sine lege*. De plus, il faudrait prévoir des sanctions sous peine d'aller à l'encontre de ce même principe. La Commission doit tracer à ce sujet de grandes orientations à l'intention des législations nationales. Elle n'est pas soumise aux mêmes contraintes que le Tribunal militaire international de Nuremberg. Elle élabore un code détaillé, conformément à la technique juridique actuelle, sans crainte qu'un crime inconnu ne reste impuni faute de répondre aux principes généraux du droit international.

73. Concernant les exceptions visées dans le projet d'article 8, qui ne semble devoir s'appliquer qu'aux individus responsables des crimes de l'Etat et qui n'en sont pas les auteurs — terme qu'il convient de remplacer par celui de « responsables » —, l'objection formulée par M. Ouchakov (1965^e séance) paraît justifiée, attendu que l'argument de la légitime défense peut être avancé par l'Etat. Cependant, les individus ne seraient pas exonérés pour autant de toute responsabilité en cas de crimes de guerre, même si l'Etat dont ils relèvent exerce sa légitime défense. M. Barboza ajoute que, s'agissant des crimes de l'Etat dont les individus sont responsables, la qualité officielle des individus en cas de crimes d'Etat semble être plus qu'une exception : elle est

²³ Voir *supra* note 14.

la condition essentielle pour qu'il y ait crime d'Etat. L'alinéa *a* est donc acceptable. Par contre, il ne voit pas très bien pourquoi la force majeure est visée à l'alinéa *b*, puisqu'elle s'oppose à la volonté de l'auteur, et qu'en l'absence d'intention il ne saurait y avoir de crime. Il se réfère à cet égard à l'article 31 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, relatif à la force majeure. La mention de l'état de nécessité semble répétitive, parce que l'état de nécessité consiste précisément dans l'existence d'un péril grave, imminent et irrémédiable. En ce qui concerne l'imminence du péril, il vaudrait mieux indiquer que la situation est telle que l'intérêt ne peut être sauvegardé que par une violation de l'obligation, car il peut se produire des cas où l'obligation sera inévitablement violée, sans que le danger soit pour autant imminent. L'exigence du péril grave et imminent ne s'accorde pas bien non plus avec la force majeure, qui implique une force irrésistible. La notion même de péril paraît inséparable de celle d'option, plus caractéristique de l'état de nécessité que de la force majeure. En outre, M. Barboza se demande quel rôle joue la contrainte proprement dite aux côtés de l'état de nécessité, qui implique une contrainte morale, et de la force majeure, qui implique une contrainte physique.

74. Il approuve les alinéas *c* et *d*, sous réserve de son observation concernant l'imminence du péril. Enfin, il signale que le texte espagnol de l'alinéa *e*, *i*, dit le contraire de ce qu'a voulu exprimer le Rapporteur spécial dans une disposition qui suscite malgré tout certains doutes dans son esprit. Si la solution retenue au chapitre V de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats s'explique, l'on peut se demander, s'agissant d'êtres humains, s'il faut exiger d'eux de l'héroïsme, voire le sacrifice de leur propre vie dans l'intérêt du respect d'une obligation relevant du *jus cogens*. Comment mesurer l'ampleur des intérêts en jeu ? Sans avoir un avis bien arrêté sur la question, M. Barboza suggère aux membres de la Commission de continuer d'y réfléchir.

75. Enfin, la solution proposée dans le projet d'article 9 lui semble satisfaisante.

La séance est levée à 13 h 10.

1968^e SÉANCE

Mardi 17 juin 1986, à 10 heures

Président : M. Doudou THIAM

Présents : le chef Akinjide, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Laclata Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Riphagen, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Sucharitkul, M. Tomuschat.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (suite*) [A/CN.4/396¹, A/CN.4/L.399, ILC (XXXVIII)/Conf.Room Doc.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PROJETS D'ARTICLES
PRÉSENTÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION

ARTICLES 2 À 6 ET 20 À 28

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le rapport du Comité (A/CN.4/L.399), ainsi que les textes des articles 2 à 6 et 20 à 28 adoptés par cet organe.

2. M. RIPHAGEN (Président du Comité de rédaction) dit que le rapport énonce le texte complet du projet d'articles en vue de son adoption en première lecture. Il contient les articles adoptés précédemment — qui ont fait l'objet de quelques modifications de forme —, ainsi que les articles que le Comité de rédaction a adoptés à la présente session. Certains articles ont dû être renumérotés; les numéros qui leur avaient été attribués initialement figurent entre crochets.

3. Avant de passer aux articles que le Comité a adoptés à la présente session, le Président du Comité de rédaction appelle l'attention sur certaines modifications de forme qui ont été apportées à des articles adoptés précédemment, afin de mieux en harmoniser la terminologie. Ainsi, le membre de phrase liminaire de nombreux articles de la troisième partie, « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement », a été ajouté au début de l'article 14 [15]. Aux articles 13 [14] et 17 [18], le texte qui suit ce membre de phrase liminaire a été aligné sur le texte d'autres articles de la troisième partie et se lit maintenant comme suit : « l'immunité d'un Etat ne peut être invoquée devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à... ». Le texte de l'article 16 [17] a été complété par la formule habituelle « compétent en l'espèce ». Les modifications dont certains articles déjà adoptés ont fait l'objet consécutivement à l'adoption de nouveaux articles seront indiquées au cours du débat sur ces nouveaux articles.

4. Vu le temps limité dont la Commission dispose, le Président du Comité de rédaction ne fera pas expressément état des titres des articles recommandés par le Comité, encore que certaines modifications aient été apportées aux titres initialement proposés.

ARTICLE 2 (Expressions employées)

5. Le Président du Comité de rédaction présente le texte que le Comité propose pour l'article 2, ainsi conçu :

Article 2. — Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

a) Le terme « tribunal » s'entend de tout organe d'un Etat, quelle que soit sa dénomination, habilité à exercer des fonctions judiciaires;

* Reprise des débats de la 1947^e séance.

¹ Reproduit dans *Annuaire...* 1986, vol. II (1^{re} partie).