

Document:-
A/CN.4/SR.1999

Compte rendu analytique de la 1999e 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:-
1987, vol. I

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

des intentions des Etats à l'égard du code. La Commission devrait voir s'ils sont disposés à se soumettre à cette épreuve et à accepter qu'une telle juridiction soit créée. Elle devrait donc s'efforcer d'obtenir de l'Assemblée générale une décision sur ce point. Faute de décision, ce qui est probable, elle ne devrait pas exclure la possibilité d'essayer d'élaborer le statut d'une juridiction pénale internationale à un stade approprié de ses travaux sur le sujet. A cet égard, les propositions de M. Beesley (1994^e séance), qui prévoient une troisième voie possible se situant entre une juridiction pénale internationale et la juridiction des tribunaux nationaux, méritent d'être examinées attentivement.

17. M. McCaffrey doute fort que l'on puisse s'en remettre exclusivement à la doctrine de la compétence universelle, laquelle, à son avis, créerait plus de chaos que d'ordre et qui, dans le passé, n'a pas été couronnée de succès. De plus, la portée de la compétence universelle dans le monde contemporain n'est pas du tout claire. M. McCaffrey n'est pas sûr non plus que la doctrine de la territorialité, invoquée par un membre de la Commission, soit la réponse. Il est évidemment possible d'envisager de saisir les tribunaux du territoire sur lequel le fait a été commis ou de l'Etat dont le défendeur est ressortissant, mais il serait absurde, dans le cas de l'*apartheid* par exemple, de juger un individu dans le pays sur le territoire duquel le fait a été commis. Cela aussi montre qu'il faut mettre l'accent sur la création d'une juridiction pénale internationale.

18. D'une façon générale, M. McCaffrey n'est pas favorable à une liste de crimes non limitative, car différentes juridictions nationales pourraient alors interpréter et appliquer le code différemment. Cependant, si un tribunal est créé et s'il constitue l'unique moyen de pouvoir mettre le code en application, une telle liste pourrait alors se concevoir, car elle ne se prêterait pas à des interprétations ou des additions diverses. Néanmoins, eu égard à l'extrême gravité des crimes qui seront inclus dans le code, M. McCaffrey préférerait que tout soit mis en œuvre pour dresser une liste limitative des crimes. Rien n'empêche les Etats qui adhéreront au code d'ajouter un protocole pour tenir compte des crimes qui pourraient apparaître après son adoption. M. McCaffrey pense donc lui aussi que le paragraphe 2 du projet d'article 8 devrait être réexaminé, car cela permettrait de rouvrir une liste de crimes qui, sinon, serait close.

19. Le projet d'article 2 lui rappelle l'éternel débat entre les monistes et les dualistes. Existe-t-il un système juridique unique englobant à la fois le droit international et le droit national ou y a-t-il deux systèmes indépendants ? Les Etats ou les auteurs ne sont pas unanimes pour reconnaître avec les monistes que, en cas de contradiction, le droit international l'emporte sur le droit interne. Ce point rejoint sa remarque antérieure concernant le fait que les travaux de la Commission relatifs au code feront autorité, même si le code n'est pas adopté. A cet égard, il partage l'avis de M. Graefrath (1995^e séance) et de M. Arangio-Ruiz (1996^e séance), touchant l'opportunité d'inclure dans le code une disposition exigeant des Etats qu'ils promulguent une législation nationale pour appliquer le code. Ainsi, il ne subsisterait plus aucun doute quant à l'applicabilité directe du code devant les tribunaux nationaux.

20. M. McCaffrey se félicite de ce que, dans le projet d'article 3, le Rapporteur spécial ait remplacé le mot « auteur » par les mots « individu auteur », et estime lui aussi qu'une modification semblable devrait être apportée à d'autres projets d'articles tels que l'article 6. Il tend à approuver l'attitude adoptée par le Rapporteur spécial à l'égard des nouvelles situations dont M. Boutros-Ghali a parlé. S'il reconnaît aussi qu'il serait regrettable que le code ne soit pas un instrument tourné vers l'avenir, il ne voit à prime abord aucune raison pour que les criminels ne puissent être traités comme des individus ou qu'on ne puisse leur appliquer des théories telles que celles de la complicité.

21. A propos des exceptions au principe de la responsabilité, énumérées dans le projet d'article 9, on a noté à juste titre que ce dont il s'agissait en réalité c'était des circonstances atténuantes. M. McCaffrey convient également qu'il serait plus indiqué de tenir compte de certaines de ces exceptions au stade de l'application de la peine.

22. A son avis, l'intention devrait être une condition expressément prévue par le code, puisque le principal objectif du code est la dissuasion. Il ne serait, dès lors, guère utile de faire d'un comportement non intentionnel un crime. Cette condition pourrait peut-être figurer dans le projet d'article 3.

23. M. McCaffrey admet qu'il y a place dans le code pour la légitime défense, mais seulement dans des circonstances très limitées. Ainsi qu'on l'a déjà noté, si, par exemple, le chef d'un Etat A ordonne une attaque armée contre un Etat B dans l'exercice du droit naturel de légitime défense au sens de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies et en réponse à un acte d'agression antérieur de l'Etat B contre l'Etat A, en pareil cas l'Etat A ne sera pas considéré comme un agresseur, et le dirigeant qui aura ordonné l'action accomplie dans l'exercice du droit de légitime défense ne pourra être jugé en vertu du code pour avoir ordonné ou commis un acte d'agression. La question est donc de savoir comment délimiter convenablement l'exception de légitime défense. Si, d'un autre côté, on décidait d'appliquer le code en mettant en place une juridiction pénale internationale, M. McCaffrey serait beaucoup mieux disposé à laisser la question de l'application de ces moyens de défense à cette juridiction.

24. S'exprimant en qualité de président et se référant au calendrier des séances consacrées au point de l'ordre du jour à l'examen, le Président dit que le Rapporteur spécial voudra peut-être résumer le débat sur le sujet dans le courant de la semaine suivante.

Après un bref débat de procédure, il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 45.

1999^e SÉANCE

Mardi 19 mai 1987, à 10 heures

Président : M. Stephen C. McCaffrey

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barsegov, M. Beesley, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Illueca, M. Koroma, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Razafindralambo, M. Roucouñas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudeda, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹ (suite) [A/CN.4/398², A/CN.4/404³, A/CN.4/407 et Add.1 et 2⁴, A/CN.4/L.410, sect. E, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.3 et Add.1]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLES 1 À 11⁵ (suite)

1. M. RAZAFINDRALAMBO dit que, prenant la parole presque au terme du débat, il se bornera à donner son avis sur certaines questions qui lui paraissent importantes, en formulant au passage quelques propositions d'ordre rédactionnel.

2. La première question est celle de la nature et des caractères juridiques du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. S'il est difficile d'inclure dans une définition générale tous les éléments caractéristiques des diverses catégories de crimes visées, la définition proposée par le Rapporteur spécial, dans le projet d'article 1^{er}, qui renvoie à la liste des crimes qui sera contenue dans le code, risque de susciter des critiques et d'être taxée de solution de facilité. Nombre d'orateurs ont d'ailleurs souligné les inconvénients du renvoi à une liste, car, compte tenu du principe *nullum crimen sine lege* et du caractère strict de la loi pénale, une telle liste devrait être limitative, alors que l'évolution du droit international pénal interdit d'en exclure la modification ultérieure. Le Rapporteur lui-même n'écarte pas l'hypothèse que d'autres crimes viennent allonger la liste, dès lors qu'ils seraient considérés comme criminels d'après les « principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » (projet d'article 8, par. 2). Par conséquent, si l'on admet que d'autres crimes puissent s'ajouter ultérieurement à ceux de la liste, il faut bien que la nature de ces crimes réponde à des critères précis et définis à l'avance dans le code, faute de quoi le législateur serait obligé de recourir à la méthode contestable qui consiste à procéder par analogie.

3. Par ailleurs, le sens et la portée de certains des principes généraux énoncés dans le chapitre I^{er} du projet, telles les exceptions au principe de la responsabilité

pénale (projet d'article 9), dépendent du fondement de la responsabilité elle-même, c'est-à-dire des éléments constitutifs du crime dont la réunion entraîne cette responsabilité. C'est pourquoi, selon M. Razafindralambo, le projet de code devrait contenir une disposition où figureraient les éléments constitutifs du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Or, la Commission dispose d'ores et déjà, à l'article 19 de la première partie du projet sur la responsabilité des Etats⁶, d'une définition du crime international que la Commission peut d'autant moins ignorer que, dans l'immense majorité des cas, la responsabilité de l'Etat se profile derrière la responsabilité de ses agents. Cette définition a le mérite de contenir l'élément moral et l'élément matériel de la responsabilité pénale, le troisième élément — l'élément légal — pouvant s'y ajouter sans difficulté, puisqu'il résulte de la violation des conventions en vigueur ou des lois et coutumes de la guerre.

4. En prenant pour point de départ l'article 19, on pourrait donc définir le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité dans les termes suivants :

« Constitue un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité le fait de violer sciemment une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de l'humanité par des actes de nature à mettre en danger la paix du monde, à porter une atteinte délibérée à la personne ou à la condition humaine, ou encore à enfreindre les lois et les coutumes de la guerre. »

Cette définition rejoindrait, dans ses grandes lignes, celle proposée par certains membres. Soulignant le caractère intentionnel du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, elle éclairerait la portée de certaines exceptions au principe de la responsabilité, fondées sur l'absence d'intention criminelle. Bien entendu, il appartiendra au Comité de rédaction de la formuler avec précision.

5. La deuxième question est celle de la compétence *ratione personae*, que la Commission a provisoirement résolue, en la limitant à la responsabilité pénale des individus⁷, jusqu'à ce que les gouvernements répondent à ses demandes de précisions au sujet de la responsabilité pénale des Etats. Dans l'attente de ces réponses, il convient d'être prudent dans les choix des termes se rapportant à la compétence *ratione personae*. Il ne faut pas en effet donner l'impression que seuls les individus peuvent être auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; à cet égard, le texte précédent de l'article 3 paraissait préférable. Par ailleurs, comme on vient de le voir, la responsabilité de l'Etat dans les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est, dans la très grande majorité des cas, engagée par des individus agissant en tant qu'agents de l'Etat. Pour s'exprimer comme en droit civil, il s'agit d'« une responsabilité pour fait d'autrui », ou encore d'une responsabilité du « commettant » — responsabilité qui est mise en cause par une action civile devant la juridiction pénale. Aussi faudrait-il se préoccuper des intérêts de la victime, en prévoyant une disposition qui compléterait la responsabilité pénale par la responsabilité civile correspondante, et qui, à côté

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

³ Reproduit dans *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ *Ibid.*

⁵ Pour le texte, voir 1992^e séance, par. 3.

⁶ Voir 1993^e séance, note 7.

⁷ *Annuaire... 1984*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 65, a.

de l'action publique, réglerait les conditions de l'action civile. Une telle disposition paraît d'autant plus s'imposer que, selon les principes généraux du droit pénal général, les faits justificatifs, s'ils suppriment la responsabilité pénale, sont sans effet sur la responsabilité civile. Reste à savoir si la Commission entend adopter une telle règle; dans l'affirmative, il faudrait la formuler dans une disposition spécialement consacrée à l'action civile.

6. La troisième question — celle de l'application du code dans le temps — présente un double aspect : d'une part, l'imprescriptibilité des crimes visés; d'autre part, la non-rétroactivité de la loi pénale. D'une façon générale, M. Razafindralambo souscrit aux positions du Rapporteur spécial sur ces points, qui font l'objet des projets d'articles 5 et 8.

7. S'agissant de l'imprescriptibilité, le Rapporteur spécial semble s'être surtout préoccupé de l'application de cette règle aux poursuites, en laissant de côté la prescription des peines. Il est vrai que cette question pourrait être traitée dans une partie ultérieure du code, consacrée à la théorie de la peine; mais on peut se demander si elle n'aurait pas mieux sa place dans les principes généraux. Par ailleurs, le droit pénal général reconnaissant le principe de la solidarité entre l'action publique et l'action civile, il serait peut-être bon de préciser que l'action civile est elle aussi imprescriptible. La consécration de ce principe présenterait une grande importance dans le cadre de l'examen de la responsabilité des Etats.

8. Quant au principe de la non-rétroactivité, son application en droit international n'est pas aussi aisée qu'en droit pénal général. Le droit international a en effet un caractère déclaratif ou récongnitif de la norme coutumière, et ne fait en principe que constater l'existence de la règle de droit : il n'est pas constitutif d'un droit conventionnel. On peut, dès lors, comprendre le souci qui a dicté au Rapporteur spécial l'énoncé du paragraphe 2 du projet d'article 8, en laissant au Comité de rédaction le soin de décider si ce principe devait faire l'objet d'un paragraphe distinct.

9. La quatrième question — celle de la juridiction compétente et de la règle *non bis in idem* — est étroitement liée à celle de la compétence *ratione personae*. Si la responsabilité pénale de l'Etat est finalement retenue, il est difficile d'imaginer que la mise en œuvre du code puisse être confiée aux tribunaux nationaux. Il est vrai que, pour le moment, la Commission doit travailler en partant de l'hypothèse de la responsabilité pénale de l'individu. Mais, pour ne pas préjuger de la solution qui sera finalement apportée à la question, c'est dès le début du projet d'article 4 qu'il faudrait indiquer que cette disposition s'entend « sans préjudice de la création d'une juridiction pénale internationale ».

10. La compétence des tribunaux nationaux à l'égard des crimes visés dans le code soulève d'ailleurs plusieurs problèmes. Le premier est de savoir si l'obligation, en vertu de l'article 4, de juger le présumé coupable ou de l'extrader exige son arrestation préalable, ou si, comme il a été proposé, on peut se contenter d'exiger que l'intéressé se trouve sur le territoire de l'Etat, qu'il s'agisse du territoire réel ou du territoire fictif (mer territoriale, navires, etc.). Le second est celui de la pluralité de com-

pétences nationales et de son corollaire, la règle *non bis in idem*. Certes, on ne peut que souscrire à l'énoncé de cette règle dans une disposition du code. Toutefois, il vaudrait mieux parler, dans le projet d'article 7, de condamnation pour « faits » que de condamnation pour « infraction », car la notion d'infraction peut recouvrir des faits qui ne sont pas forcément identiques à ceux pour lesquels l'auteur présumé du crime a déjà été poursuivi devant le tribunal d'un autre Etat.

11. La première option offerte à l'Etat étant le jugement, la seconde est l'extradition — extradition formelle, évidemment, et non pas déguisée. Etant donné cependant la diversité des systèmes judiciaires, le principe de l'extradition risque de rencontrer l'opposition de certains Etats, d'où l'intérêt du projet d'article 6 sur les garanties juridictionnelles. Le principe de ces garanties, une fois admis, l'idée de rendre l'extradition obligatoire sur la demande de l'Etat où le crime a été commis semble s'imposer. Par contre, il ne paraît pas possible de laisser à l'auteur présumé du crime le choix de son juge, car ce serait aller à l'encontre du caractère impératif des règles de compétence. Pour ce qui est des cas de demandes d'extradition multiples, un ordre de priorité semble souhaitable; mais cette question, comme les autres questions de procédure, pourrait faire l'objet d'un protocole. Il serait bon en outre, ainsi que l'ont préconisé M. Sreenivasa Rao (1994^e séance) et M. Ogiso (1997^e séance), de prévoir une disposition précisant que les crimes énumérés dans le code ne seront pas considérés comme des crimes politiques, comme il est dit à l'article VII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Il conviendrait enfin de dénier au présumé coupable le droit d'asile, conformément au paragraphe 7 de la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 3 décembre 1973, sur les principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

12. La cinquième question est celle de l'étendue de la responsabilité. C'est là une notion complexe, qui suppose que soient réunis et établis les éléments constitutifs du crime, l'absence d'un de ces éléments suffisant à supprimer la responsabilité pénale. Dans le projet d'article 9, le Rapporteur spécial propose à ce titre certaines exceptions au principe de la responsabilité. Ces exceptions peuvent, selon M. Razafindralambo, se répartir en deux groupes, selon qu'on les considère *in personam* ou *in rem*. Dans le premier groupe figurent la contrainte physique ou morale et l'erreur de droit ou de fait, auxquelles on pourrait ajouter la démence; il s'agit ici de causes de non-responsabilité, faute d'intention criminelle. Le second groupe est constitué de faits justificatifs : légitime défense, état de nécessité ou de force majeure, ordre de l'autorité légitime (gouvernement ou supérieur hiérarchique). Peut-être conviendrait-il alors de prévoir deux dispositions distinctes, intitulées, l'une « Causes de non-responsabilité » et l'autre « Faits justificatifs », ces derniers, à la différence des causes *in personam*, faisant disparaître la responsabilité civile. Sans doute, les causes de non-responsabilité et les faits justificatifs ne s'appliquent-ils pas indistinctement à toutes les catégories de crimes contre la paix et la sécurité de

l'humanité; mais il paraît difficile d'indiquer dans le projet d'article 9 à quelle catégorie de crimes s'applique telle ou telle notion influant sur la responsabilité pénale : il appartiendra au juge d'en apprécier l'application.

13. Pour certains membres de la Commission, les notions de tentative et de complicité auraient leur place parmi les principes généraux, étant donné qu'il s'agit de notions de caractère général qui affectent le degré de responsabilité pénale. L'autonomie du droit pénal international veut en effet que le juge ne soit pas tenu de se référer à cet égard aux notions du droit interne, mais qu'il dispose de règles spéciales, même si celles-ci doivent s'inspirer des principes du droit pénal général. Il serait bon cependant que, conformément aux tendances contemporaines du droit pénal, et comme le Rapporteur spécial l'a proposé, dans le projet d'article 14 présenté dans son quatrième rapport (A/CN.4/398, cinquième partie), les notions de tentative et de complicité soient considérées comme des infractions distinctes du point de vue de la peine applicable.

14. Si M. Razafindralambo n'a pas abordé certaines dispositions du projet, c'est que pour l'essentiel il n'a rien à y objecter. Evoquant, pour conclure, la question de la mise en œuvre du code, et tout en convenant que, si le code prend la forme d'une convention multilatérale, ses dispositions auront une force exécutoire immédiate et seront directement applicables par les juridictions internes, sans qu'il soit besoin de les incorporer dans les législations nationales, M. Razafindralambo se déclare malgré tout enclin à suivre la proposition tendant à ce que l'on affirme dans les clauses finales l'obligation, pour les Etats signataires de la Convention, de prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application de ses dispositions et, surtout, d'appliquer des sanctions pénales efficaces. Il ne serait pas inutile non plus de confirmer le principe de l'obligation de coopérer qui est énoncé dans la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, susmentionnée (par. 11).

15. M. BARSEGOV se propose à ce stade de formuler quelques observations sur la question de l'intention ainsi qu'au sujet des interventions faites par d'autres orateurs.

16. Il importe, pour cette catégorie particulière de crimes que sont les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, de donner une définition exacte de l'intention et des mobiles, sous peine de laisser un crime impuni. Or, il ne semble pas que la Commission se soit vraiment engagée sur cette voie. En effet, conclure, comme la Commission l'a fait dans son rapport sur sa trente-huitième session, que « le mobile était essentiel pour la qualification du fait comme crime contre l'humanité »⁹ n'est conforme ni à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ni à la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*. De même, la définition du contenu du crime contre l'humanité que le Rapporteur spécial donne dans son quatrième rapport (A/CN.4/398, par. 25) souffre d'imprécision, et assimile à tort l'intention et le mobile. Déterminer l'intention, c'est en

fait déterminer le but dans lequel un acte a été commis, déterminer si son auteur voulait atteindre consciemment un résultat criminel ou si ce résultat s'est produit contre sa volonté. Quant au mobile, il concerne les raisons, les considérations qui ont amené l'auteur du fait à commettre celui-ci. Certes, ces notions d'intention, de préméditation, de mobile, de but se recoupent partiellement et peuvent être aisément confondues. Il reste qu'elles entraînent des conséquences juridiques bien définies, et qu'il importe donc de déterminer la place de l'intention et du mobile dans l'ensemble des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

17. En droit pénal, l'intention et le mobile font partie, en tant que facteurs subjectifs, des éléments qui servent à qualifier le fait, au côté de l'objet et du sujet du fait, des conséquences criminelles et des liens de cause à effet. Est-il légitime de transposer automatiquement tous ces éléments dans la définition des crimes visés dans le code, sans tenir compte de la spécificité de chacun d'eux ? L'intention et encore plus le mobile constituent-ils des éléments nécessaires à l'établissement de la responsabilité pénale et à la détermination de ses limites ? La doctrine en droit international doute que cette transposition soit possible, et même les auteurs qui l'admettent le font avec des réserves. C'est ainsi que, dans son manuel de droit international public, M. Reuter fait observer que

La première condition de la responsabilité internationale de l'Etat est l'existence d'un fait illicite, c'est-à-dire d'un fait contraire aux obligations internationales de cet Etat⁹.

Aussi bien le contenu de l'obligation internationale violée que le fait illicite et l'ampleur de la violation sont définis par le résultat. M. Reuter indique, d'autre part, que

[...] certaines obligations se définissent par le résultat final de l'opération à laquelle elles se rapportent [...]; d'autres obligations ont pour objet un certain comportement en vue d'un résultat¹⁰.

Dans le premier cas, le non-respect de l'obligation internationale est lié au résultat; dans le second, il est lié à l'incompatibilité d'actes qui doivent être nettement définis. Mais, dans les deux cas, il s'agit d'éléments objectifs, ou susceptibles d'être objectivement constatés. Pour ce qui est des éléments subjectifs, M. Reuter fait observer que

La jurisprudence est amenée à introduire jusqu'à un certain point ces éléments dans les mécanismes de la responsabilité.

Ainsi, la jurisprudence ne peut pas, dans certains cas, faire abstraction des intentions qui ont présidé à un acte délictueux. [...]¹¹.

18. Dans la pratique du droit international, il est à noter que, de tous les crimes contre l'humanité, le génocide est le seul dans la définition duquel figure le mot « intention », à savoir l'article II de la Convention sur le génocide. Or, dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, relative au crime de génocide, l'Assemblée générale a affirmé que le génocide est un crime de droit des gens « pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, [...] doivent être punis, qu'ils agissent pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour

⁹ P. Reuter, *Droit international public*, 5^e éd. rev., Paris, Presses universitaires de France, 1976, coll. Thémis, p. 218.

¹⁰ *Ibid.*, p. 37.

¹¹ *Ibid.*, p. 220.

⁸ *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 47, par. 88.

d'autres motifs » : l'« intention » n'entre pas ici en ligne de compte. Après s'être livré à une interprétation historique des travaux préparatoires qui ont conduit à l'élaboration de la Convention sur le génocide, M. Barsegov ajoute, à ce sujet, que le mot « intention » a été incorporé dans le texte de cet instrument sous l'influence regrettable de certains Etats, désireux de limiter le champ d'application de la Convention, et qu'en outre il y est interprété comme un élément subjectif nécessaire de la définition, sans lequel il ne saurait y avoir crime. Point n'est besoin de préciser que l'efficacité de la Convention s'en trouve considérablement affaiblie.

19. Analysant la question de l'intention en tant qu'élément constitutif de la définition du crime de génocide, le Rapporteur spécial, dans son quatrième rapport (*ibid.*, par. 29), part du principe qu'on peut considérer « soit le but du génocide, soit le nombre des victimes du génocide ». Or, dans le cas du génocide — comme dans celui de l'*apartheid* — il n'est pas légitime de s'attacher à l'intention de destruction massive, systématique. En effet, le caractère massif du crime présuppose précisément que le but est de détruire un groupe de personnes, même si l'on considère le génocide dès ses premières manifestations, lorsqu'un groupe est partiellement éliminé ou que des assassinats isolés, mais systématiques, sont commis. Il est donc impossible d'admettre que le poids du génocide ne puisse être déterminé que par l'intention subjective de l'exécutant, car ce serait laisser à ce dernier une échappatoire à sa responsabilité. L'histoire du crime de génocide, dans tous les cas connus sans exception, montre d'ailleurs que les auteurs de ce crime ont toujours nié en public l'intention — exprimée de manière voilée dans des documents secrets, sous la forme, par exemple, de métaphores comme « solution finale » —, arguant, contre l'évidence même des faits, de l'intérêt de l'Etat ou de la sécurité nationale, et n'hésitant pas à éliminer les preuves de leur responsabilité. Or, ce sont les faits, en l'occurrence, qui présupposent l'intention, laquelle se manifeste par le résultat et le caractère massif et systématique du crime, c'est-à-dire par des éléments pouvant être constatés objectivement. Affirmer que l'essence du crime contre l'humanité réside dans l'intention serait priver la définition de l'essentiel, ce serait priver la norme de droit de sa fonction sociale principale, puisque le danger de génocide réside précisément dans le résultat, et non dans l'intention.

20. Il ne semble pas indispensable de poser la question de l'intention en faisant valoir la nécessité d'une définition rigoureuse, de la recherche de l'objectivité, du souci de garantir une bonne administration de la justice. Certes, la préméditation, l'intention constituent un élément normal en droit pénal ordinaire, en ce sens que l'inattention, la négligence peuvent expliquer qu'un fait qui aurait pu être considéré comme un crime a été en réalité commis sans intention de le commettre. Mais comment admettre par exemple que l'emploi d'armes nucléaires de destruction massive soit ordonné par négligence, par inattention, alors que les conséquences sont connues de tous ? Comment admettre que des millions de personnes soient assassinées par négligence ?

21. Dans le cas du génocide comme dans celui de l'*apartheid*, les faits en cause, loin d'être spontanés, sont prévus, planifiés, visent des buts précis, et ils sont, de ce fait, punissables. Bien qu'il s'agisse d'actes de destruction massive organisés par un Etat, dirigés par un gouvernement, exécutés par l'armée, la police, la gendarmerie ou des organisations criminelles, le comportement criminel de l'individu qui a commis le crime contre l'humanité ne disparaît pas pour autant, son intention ne devient pas moins évidente. Peut-il exister, à côté des intentions et des buts de l'Etat qui commet un crime contre l'humanité, des intentions, des mobiles particuliers de la part des individus qui en sont les exécutants ? Certainement. Mais les intentions propres de ceux qui exécutent la volonté de l'Etat ne peuvent que s'ajouter à l'intention générale, politique de l'Etat : elles ne s'y substituent pas. Prétendre le contraire serait absurde, si l'on pense que l'élimination massive de personnes pourrait alors être présentée comme une série d'assassinats isolés, commis par des individus à titre privé. Ce serait nier le génocide, ce qui est d'ailleurs la thèse de l'avocat qui défend présentement Klaus Barbie au procès de Lyon. Qui plus est, l'expérience montre que l'Etat ayant organisé un génocide peut, si les événements politiques tournent à son désavantage, manifester sa volonté de châtier — ou de faire semblant de châtier — tel ou tel individu en tant que criminel isolé, dans l'espoir de se soustraire aux conséquences politiques et pénales du fait et à l'accusation du génocide.

22. La définition du crime a précisément pour rôle principal de permettre d'établir une correspondance entre, d'une part, les manifestations et le contenu du fait commis, et, d'autre part, les éléments qui entrent dans la définition du crime prévue dans la norme de droit correspondante. En établissant cette correspondance entre le fait perpétré individuellement et le crime de génocide en tant que crime contre l'humanité, il importe de tenir compte de toutes les circonstances entourant le fait commis. En d'autres termes, pour définir la responsabilité d'un individu donné, il faut prendre en considération le lieu, le fait lui-même, et la façon dont il s'insère dans le crime général de génocide. Il faut donc le rapprocher des faits commis par les autres responsables du crime de génocide. En effet, établir l'existence d'assassinats pris comme des faits isolés, indépendants ne permettrait jamais de définir le crime de génocide. En revanche, si les faits sont pris en bloc, il devient alors possible de dégager un élément commun — à savoir, l'élimination des membres d'un groupe donné.

23. Il s'ensuit que la question de la complicité revêt une importance particulière en tant qu'élément essentiel des crimes contre l'humanité tels que le génocide ou l'*apartheid*. Pour ces crimes, l'existence d'un lien objectif entre le fait criminel et ses conséquences crée une base objective de responsabilité pénale, en permettant de constater que ces conséquences ne sont pas seulement dues au fait incriminé, mais aussi qu'elles sont le résultat d'une intention délibérée. Autrement dit, l'intention est établie par la constatation d'un ensemble de faits identiques, organisés, dirigés à partir d'un centre unique. Commettre un fait qualifié de crime contre l'humanité sans intention, par inadvertance, par négligence, par erreur, est, vu la nature du fait, impossible. L'inten-

tion délibérée, le mobile sont foncièrement présents dans le crime de génocide, et se manifestent de façon objective dans l'établissement des faits. Dans le cas du génocide, il suffit même d'établir le fait et ses conséquences : il est superflu d'établir l'intention. En tout état de cause, la charge de la preuve ne doit certainement pas incomber aux victimes du crime.

24. Toutes ces observations sur l'intention en tant qu'élément subjectif de la définition du crime de génocide valent également pour le crime d'*apartheid*. Dans la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*, le crime d'*apartheid* est défini, à l'article II, comme désignant des

actes inhumains commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci.

Il n'est pas question ici de l'intention. Ce n'est que dans un des éléments de la définition du crime d'*apartheid*, à l'alinéa *b* de l'article II, que le mot « délibérément » apparaît :

Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle.

Tous les autres éléments de la définition du crime d'*apartheid* consistent en la description, soit de faits concrets, soit de faits commis en vue d'aboutir à des résultats déterminés, c'est-à-dire des faits pouvant être constatés objectivement. Quant au mobile, l'article III de la Convention dispose :

Sont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et d'institutions et les représentants de l'Etat [...].

Cet article exclut donc sans ambiguïté toute possibilité d'invoquer un quelconque mobile pour nier ou limiter la responsabilité. Telle est l'optique dans laquelle doit se régler la question du mobile dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : c'est là un impératif absolu, si l'on veut lutter efficacement contre le génocide, l'*apartheid* et les autres crimes contre l'humanité.

25. Le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission se demandent, de toute évidence, s'il est possible d'étendre le critère de l'intention à tous les crimes contre l'humanité et à l'ensemble des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Non seulement cette démarche n'est pas fondée, mais encore la question de l'intention et des mobiles dans le projet de code doit être réglée et interprétée en partant des instruments internationaux qui définissent le champ d'application de ces crimes, faute de quoi la Commission serait amenée à appréhender de façon subjective certains des éléments des crimes visés.

26. Il est d'ailleurs à noter que la définition du crime de génocide correspond en partie à celle du crime d'*apartheid*, et que le lien entre ces crimes est clairement énoncé dans le préambule de la Convention internationale sur l'*apartheid*, où il est dit que

[...] dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, certains actes qui peuvent être qualifiés aussi d'actes d'*apartheid* constituent un crime au regard du droit international.

De même l'Assemblée générale a qualifié dans toute une série de résolutions la politique et la pratique d'*apartheid* de crimes contre l'humanité, allant jusqu'à se demander s'il n'existait pas un lien substantiel entre le crime d'*apartheid* et le crime de génocide. C'est ainsi qu'un groupe spécial d'experts, composé de juristes internationaux, a appliqué les Principes de Nuremberg¹² au crime d'*apartheid*, et qu'il a recommandé de revoir la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de manière à y inclure le crime d'*apartheid*.

27. M. Barsegov déduit de ces considérations un certain nombre de conclusions : non seulement il ne faut pas se référer à la définition du génocide pour introduire l'élément d'intention dans la définition de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, mais il faut, au contraire, interpréter l'élément d'intention, tel qu'on le trouve dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, non pas comme un élément indispensable pour prouver la volonté du criminel d'annihiler un peuple, mais comme un but poursuivi, qu'il est possible d'établir objectivement au vu des actes commis. M. Barsegov ajoute que, si la Commission retenait le critère de l'intention, celle-ci serait sans doute une présomption de culpabilité, mais que la charge de la preuve n'en resterait pas moins à la victime. C'est pourquoi, il faudrait inclure dans le projet de code une disposition inspirée de l'article III de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*, qui exclut toute possibilité d'invoquer un mobile quelconque pour justifier le crime d'*apartheid*.

28. Rappelant que les travaux de la Commission sur le projet de code ont leur origine dans le statut du Tribunal de Nuremberg¹³ et dans la résolution 177 (II) de l'Assemblée générale, du 21 novembre 1947, sur la formulation des principes reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour, M. Barsegov dit que ce statut reprend les idées fondamentales énoncées dans des instruments tels que les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre¹⁴, le Protocole de Genève de 1925 sur la prohibition des gaz asphyxiants et des méthodes de belligérance bactériologique¹⁵ ou encore le Pacte Briand-Kellogg de 1928¹⁶. Le statut du Tribunal de Nuremberg a donc incontestablement une assise solide, même s'il faut parfois en évaluer les bases juridiques dans une perspective historique. C'est la raison pour laquelle, dès mai 1945, les Alliés avaient déclaré que le génocide était un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité et avaient souscrit au principe selon lequel les personnes coupables de ce crime devaient être châtiées. Les procès de l'après-guerre offrent le premier exemple d'application pratique des normes et principes de droit international énoncés en la matière.

¹² Voir 1992^e séance, note 12.

¹³ *Ibid.*, note 6.

¹⁴ Voir J. B. Scott, éd., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3^e éd., New York, Oxford University Press, 1918.

¹⁵ SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, p. 65.

¹⁶ Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale, du 27 août 1928 (*ibid.*, p. 57).

29. Tout en conservant l'essentiel des dispositions du statut du Tribunal de Nuremberg sur le plan juridique, le projet de code doit donc définir de nouveaux paramètres, proposer des solutions qui soient fonction d'éléments qualitativement différents, et tenir compte des réalités du monde contemporain. Il faut aussi que la partie générale du projet reflète des principes qui soient en accord avec le développement actuel du droit international et avec l'éveil de l'humanité à ces questions, prise de conscience qui sera la meilleure garante de l'efficacité du code.

30. A propos du projet d'article 5 présenté par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/04), on a dit au cours du débat que le principe de l'imprescriptibilité ne devait pas s'appliquer à tous les crimes sans distinction, certains des actes en cause étant des crimes de caractère pénal général. D'autres ont fait valoir que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devaient être considérés comme appartenant à une catégorie de crimes à part, auxquels doivent s'appliquer des normes et des principes juridiques spéciaux, indépendamment du parallélisme entre les législations nationales. Le Rapporteur spécial a raison, à ce sujet, de souligner dans son commentaire relatif au projet d'article 2 le principe de l'autonomie du droit international pénal, élément clef pour le règlement des questions qui se posent dans les projets d'articles suivants, parmi lesquelles celle de l'imprescriptibilité. Il est vrai qu'en droit interne les délais de prescription sont fonction de la gravité des crimes. Mais, dans le cas présent, étant donné la gravité exceptionnelle des crimes qui tomberont sous le coup du code, la fonction préventive de leur imprescriptibilité prend une importance particulière; et le débat a d'ailleurs confirmé la justesse de la position adoptée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 5.

31. Aux membres de la Commission qui ont malgré tout des doutes sur la possibilité de prouver la culpabilité d'un accusé au bout d'un certain temps, M. Barsegov cite l'exemple du procès de Klaus Barbie, pour lequel les témoins ne manquent pas, et où des preuves irréfutables sont produites quarante ans après les faits. On a dit aussi que la Commission regardait ce problème en chaussant les lunettes du passé. M. Barsegov, pour sa part, voit dans cette observation un encouragement à examiner les choses de façon encore plus scrupuleuse, pour que le passé sanglant ne devienne pas plus tard cauchemar. Pierre Mertens écrit qu'il faut être aveugle pour ne pas voir que l'impact des crimes des nazis se fait sentir au-delà des frontières territoriales et temporelles¹⁷. Les normes de droit international en la matière visent précisément à prévenir que pareils crimes ne se reproduisent à l'avenir, et la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité constitue un moyen de prévention.

32. M. Barsegov fait observer, par ailleurs, que le droit international a ses propres fonctions et ses propres voies de développement progressif, et que l'on ne peut ni ne doit, dans les relations entre Etats, chercher à tout prix à établir une analogie stricte avec la pratique natio-

nale des Etats. Ulrich Scheuner disait en 1939 qu'une trop grande influence du droit national sur le droit international mettrait ce dernier en danger, et qu'il était sain et salutaire pour le droit des gens de ne pas s'enraciner trop profondément dans le droit national. Pour cet auteur, la force du droit des gens résidait dans les idées communes que les nations, si divergents que fussent leurs régimes intérieurs et leurs conceptions du droit, reconnaissaient comme nécessaires et salutaires dans le domaine de la vie internationale¹⁸.

33. Pour conclure, M. Barsegov invite la Commission à s'acquitter de son mandat de développement progressif et de codification du droit international, en confirmant les normes en vigueur, en renforçant le principe de l'imprescriptibilité de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et en prévoyant l'obligation pour les Etats d'adopter les mesures législatives de nature à prévenir les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

34. M. ROUCOUNAS dit que ses observations se limiteront aux projets d'articles 2, 4, 5, 6 et 9 présentés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/404).

35. Dans le projet d'article 2, le Rapporteur spécial a eu, semble-t-il, le souci de préserver l'autonomie du droit international et d'écartier l'éventualité que le droit interne ne fût contraire ou indifférent au code. A vrai dire, en plus de la « qualification », l'« incrimination » est aussi en cause dans ce projet d'article, car le but recherché n'est pas seulement de prendre des distances par rapport au droit interne, il est aussi de montrer que la Commission a mûrement réfléchi aux bases matérielles sur lesquelles repose l'incrimination et qu'elle veut assurer la garantie du droit par l'uniformité. Il n'appartient pas à la Commission de dire au législateur national comment procéder pour mettre le code en application, mais l'interaction entre droit international et droit interne ne peut lui échapper. Pour le moment, en cas de crime international, c'est le droit interne qui détermine le tribunal compétent et la peine applicable; d'où la nécessité de mesurer cette interaction, de la préserver, mais peut-être aussi de la rendre plus explicite par le biais d'un deuxième paragraphe, qui préciserait quel est le rapport effectif entre les dispositions du code et le droit interne.

36. Dans le projet d'article 4, le Rapporteur spécial s'est penché avec beaucoup d'attention sur le problème très délicat de l'extradition. A ce sujet, la Commission devra d'abord tenir compte du fait que certains des actes qui seront vraisemblablement visés par le code (génocide, *apartheid*, détournement d'aéronefs, par exemple) sont déjà incriminés en vertu des conventions internationales en vigueur. Elle devra ensuite se demander si certaines des solutions retenues dans ces conventions sont adaptées aux besoins du code. Enfin elle pourrait, à un stade ultérieur de ses travaux, envisager l'élaboration d'une annexe prévoyant en détail un mécanisme d'extradition. En attendant, la Commission ne doit pas perdre

¹⁷ P. Mertens, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 11.

¹⁸ U. Scheuner, « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 199.

de vue les accords internationaux déjà en vigueur dans ce domaine. Dans ces conditions, le paragraphe 2 du projet d'article 4 peut paraître superflu; il ne le serait pas si la Commission faisait savoir à l'Assemblée générale qu'elle serait disposée à se pencher sur la question de la juridiction pénale internationale si elle y était invitée. M. Roucounas serait favorable à une pareille démarche.

37. Faut-il dire dans le projet d'article 4 que les parties devront prendre les mesures nécessaires pour procéder à l'extradition ? Cela est contestable, car la Commission, en élaborant un code, doit se préoccuper tout autant de l'intérêt de l'individu poursuivi et accusé que de celui de la communauté internationale. Or, la procédure d'extradition comporte certaines garanties, surtout judiciaires, que la Commission doit essayer d'assurer à l'inculpé. Par ailleurs, une disposition aussi vague n'inciterait sans doute pas les gouvernements à prendre les mesures attendues : l'étendue de leurs obligations internationales doit être plus précise.

38. M. Roucounas ignore jusqu'à quel point les mentalités collectives et gouvernementales ont évolué au cours des dix dernières années, mais il note que, sur le plan du droit international positif, les difficultés posées par l'extradition sont énormes. A ces difficultés, une solution possible serait que la Commission inscrive dans le projet de code une disposition qui, inspirée des instruments susmentionnés, répondrait à deux fins au moins : premièrement, elle permettrait au code de servir de traité d'extradition pour les Etats qui n'acceptent l'institution de l'extradition que si elle est prévue dans un texte conventionnel; deuxièmement, elle ajouterait les crimes visés par le code aux crimes qui tombent sous le coup des conventions bilatérales ou multilatérales en vigueur. Bien entendu, le caractère contraignant ou non contraignant d'une telle disposition resterait à débattre.

39. Mais une autre solution serait de disposer que l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité doit être extradé indépendamment du motif pour lequel il a agi. Par cette méthode, déjà adoptée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et dans la Convention européenne de 1977 pour la répression du terrorisme¹⁹, la Commission ferait pièce à l'exception du délit politique, qui est régulièrement invoquée devant les juridictions appelées à se prononcer sur les cas d'extradition. Enfin, la Commission devrait examiner les rapports entre extradition, asile politique et non-discrimination.

40. M. Roucounas approuve les suggestions faites par le Rapporteur spécial au sujet du projet d'article 5, et note qu'au paragraphe 4 du commentaire il affirme que « la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité n'est pas toujours aisée ». Les embûches ne sont pas seulement d'ordre pratique, elles sont aussi d'ordre théorique et scientifique, et n'apparaissent pas uniquement dans le projet d'article 5. D'où la nécessité d'une disposition distincte sur l'imprescriptibilité des crimes visés dans le code, pour plus de cohérence et en conformité avec la résolution 3 (I) de l'Assemblée générale,

du 13 février 1946, relative à l'extradition et au châtement des criminels de guerre, et avec la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

41. S'agissant du projet d'article 6, il est bon que le code contienne de telles dispositions, car la Commission doit offrir aux gouvernements des normes uniformes quant aux garanties dont doit jouir l'accusé. Quand il existe déjà un instrument international en vigueur, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Commission devrait en reprendre les dispositions sans trop les modifier, là encore par souci de cohérence. Elle pourrait aussi expliciter dans le commentaire les garanties reconnues en se référant à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme : par son étude des communications individuelles, par son dialogue avec les Etats dont il examine les rapports périodiques, ce comité peut offrir à la Commission une interprétation pertinente des dispositions du Pacte relatives aux garanties juridictionnelles. Enfin, le projet d'article 6 devrait être complété par une disposition assurant la protection du prévenu dès le moment de son arrestation.

42. Quant au projet d'article 9, si la Commission veut y traiter des faits justificatifs, M. Roucounas préfère ne pas se prononcer catégoriquement sur ce point, car l'opinion que l'on peut se faire sur cette question dépend de l'angle sous lequel on se place et du système juridique considéré. En règle générale, les faits justificatifs sont énumérés de façon restrictive, car ils détruisent les éléments objectifs de la responsabilité pénale. Mais il est vrai aussi que, dans certains codes pénaux, ces faits s'entrecroisent, se confondent et se distinguent mal les uns des autres. Dans ces conditions, la présence, dans le projet de code, des notions, telles que de force majeure, d'état de nécessité et de contrainte, qui ne recouvriraient pas toujours les mêmes faits dans tous les pays, exigerait que l'article soit assorti d'un commentaire complet et précis, afin d'expliquer le sens qui est donné aux exceptions prévues.

43. M. Roucounas comprend les difficultés rencontrées par le Rapporteur spécial à propos de la légitime défense et note que, dans le commentaire (par. 2), le Rapporteur spécial limite la portée de cette notion à celle qui lui est donnée à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies.

44. Quant à la notion d'état de nécessité, elle renvoie aux codes pénaux internes, mais renferme aussi l'idée de nécessité militaire, qui a fait l'objet de nombreuses dispositions, depuis les instructions de Francis Lieber, en 1863²⁰ jusqu'aux Conventions de Genève de 1949²¹ et à leurs protocoles additionnels de 1977²². M. Roucounas constate cependant une évolution nettement restrictive de cette notion, et fait remarquer que les textes récents ne parlent que de nécessité militaire « impérative ». De même, l'étude de la jurisprudence des tribunaux militai-

¹⁹ Conseil de l'Europe, *Convention européenne pour la répression du terrorisme*, Série des traités européens, n° 90, Strasbourg, 1977.

²⁰ *General Orders No. 100*, Adjutant General's Office, 1863, réédités sous le titre : *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898.

²¹ Voir 1994^e séance, note 7.

²² Voir 1992^e séance, note 10.

res montre que l'état de nécessité militaire n'y est pas retenu comme fait justificatif. La Commission devra donc se prononcer sur le contenu de cette notion.

45. Dans presque tous les procès intentés aux individus accusés de crimes de guerre depuis la seconde guerre mondiale, et, plus généralement, dans les conférences internationales et dans les travaux de codification, il a été question de l'exonération de responsabilité du fait de l'ordre reçu. Dans son projet de code de 1954 (art. 4), la Commission avait repris les dispositions de l'article 8 du statut du Tribunal de Nuremberg²³, en y ajoutant une phrase tirée du jugement de ce même tribunal, qui avait trait au choix moral de l'auteur de l'acte incriminé. Sur le plan du principe, et non de l'exception, l'ordre reçu n'est pas un fait justificatif. Lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, tenue à Genève de 1974 à 1977, d'aucuns ont tenté de trouver une solution à cette très importante question, et la Conférence a été saisie d'un texte qui avait pour objectif de préciser le droit au refus d'obéir, le principe de la non-exonération de l'inculpé de sa responsabilité pénale, et l'exception à la non-exonération. Après l'échec du projet, qui coiffait l'ensemble du problème, la règle elle-même et les conditions d'admissibilité de l'exception, deux interprétations ont été avancées : pour les uns, le droit en vigueur restait applicable; pour les autres, dont M. Roucouas ne partage pas le point de vue, la voie était ouverte pour contester en droit positif la non-exonération de responsabilité. Dans ces conditions, on peut se demander s'il suffit de considérer les exceptions comme le fait le Rapporteur spécial, sans prendre le problème dans son ensemble, et il est permis de penser que la Commission devrait consacrer un article distinct à l'ordre reçu, puisque le code envisage une réglementation qui va au-delà du droit humanitaire et qui englobe tout un éventail de situations.

46. Sur le fond même de la question, M. Roucouas pense qu'il existe des cas où l'ordre illicite est sans rapport avec la situation juridique du subordonné, d'autres où il est contraire au droit interne de l'Etat dont relève le subordonné, et d'autres encore où il est contraire au droit international sans qu'il en soit question en droit interne — sans parler du cas, peu probable, où l'ordre internationalement illicite serait licite sur le plan national. M. Tomuschat (1993^e séance) a posé le problème, à la fois juridique et pratique, du rapport entre erreur et connaissance du droit. Sans doute, peut-il se produire à ce sujet des cas limites dont il faut débattre : la criminalité du personnel militaire, par exemple, dépend de la notion de proportionnalité, qui trouve progressivement sa place dans le droit des conflits armés. Mais, pour ce qui est des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, il ne semble pas que le problème de la connaissance du droit se pose en termes aussi aigus, car le caractère particulièrement odieux de ces crimes ne peut échapper à aucun être raisonnable. La doctrine et certaines décisions judiciaires parlent même d'illicéité manifeste; et un auteur va jusqu'à avancer la notion de criminalité manifeste, celle-ci étant plus flagrante que l'illicéité manifeste.

47. Ce problème a une deuxième facette : c'est le cas où l'ordre est illicite et où le subalterne, tout en le sachant, doit obéir. Il peut arriver, en effet, que l'auteur de l'acte incriminé invoque soit l'ignorance de l'illicéité et l'obligation d'obéissance, soit cette dernière obligation seulement. Il est vrai qu'il n'est pas facile de trouver une législation nationale prévoyant uniquement l'obéissance absolue, et que les législations sont généralement plus nuancées; mais c'est là une raison de plus pour que la Commission envisage la question de l'exception à la règle de la responsabilité. Sur ce point, le Rapporteur spécial introduit à l'alinéa *d* du projet d'article 9 la réserve du choix moral, concept utilisé par le Tribunal de Nuremberg et repris dans le projet de 1954 (v. *supra* par. 45). Cependant, ce concept pose de graves problèmes. Comme les ordres constituent en quelque sorte des contraintes, le choix moral n'est pas lié à l'impossibilité de désobéir à un ordre conforme au droit interne mais contraire au droit international, ni à la possibilité de décider de mourir pour ne pas avoir à exécuter un ordre illicite ou d'exécuter un ordre illicite pour ne pas mourir. Le choix moral pour un subordonné, c'est le fait de savoir qu'il participe à un crime international, alors qu'il a la possibilité de s'opposer à l'ordre reçu.

La séance est levée à 13 h 5.

2000^e SÉANCE

Mercredi 20 mai 1987, à 10 heures

Président : M. Stephen C. McCaffrey

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barsegov, M. Beesley, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Illueca, M. Koroma, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

2000^e séance de la Commission du droit international

1. Le PRÉSIDENT, déclarant ouverte la 2000^e séance de la Commission, rappelle que celle-ci s'est réunie pour la première fois, le 12 avril 1949, au siège de l'Organisation des Nations Unies, à Lake Success (New York), sous la présidence de M. Manley O. Hudson et avec la participation des membres suivants : M. Alfaro, M. Amado, M. Brierly, M. Córdova, M. François, M. Hsu, M. Koretsky, sir Benegal Rau, M. Sandström, M. Scelle, M. Spiropoulos et M. Yepes.

2. La 1000^e séance de la Commission s'est tenue le 16 juin 1969, au Palais des Nations, à Genève, sous la présidence de M. Nikolai A. Ouchakov et avec la participation des membres suivants : M. Bartos, M. Bedjaoui, M. Castañeda, M. Castrén, M. Eustathiades, M. Ignacio-Pinto, M. Kearney, M. Rosenne, M. Ruda,

²³ *Ibid.*, note 6.