

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit :

M. le Juge Antonio Cassese, Président
Mme le Juge Gabrielle Kirk McDonald
M. le Juge Haopei Li
M. le Juge Ninian Stephen
M. le Juge Lal Chand Vohrah

Assistée de :

Mme Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, Greffier

Arrêt rendu le: 7 octobre 1997

LE PROCUREUR

C/

DRAZEN ERDEMOVIC

**OPINION INDIVIDUELLE PRESENTEE CONJOINTEMENT PAR
MADAME LE JUGE MCDONALD ET MONSIEUR LE JUGE VOHRAH**

Le Bureau du Procureur :

M. Grant Niemann
M. Payam Akhavan

Le Conseil de l'Appelant :

M. Jovan Babic

I. INTRODUCTION

1. Les questions examinées dans le cadre de cet Appel ont été exposées dans l'Arrêt de la Chambre d'appel. A nos yeux, pour statuer à bon droit sur le présent Appel, il faut commencer par analyser le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant.

II. LE PLAIDOYER DE CULPABILITE

A. L'interprétation correcte de la notion de plaidoyer de culpabilité telle qu'elle apparaît dans le Statut et dans le Règlement de procédure et de preuve

2. Il convient peut-être d'éclaircir quelque peu notre position par rapport au plaidoyer de l'Appelant puisque la Chambre de première instance a analysé ce plaidoyer en détail dans le Jugement portant condamnation du 29 novembre 1996 (ci-après *Jugement portant condamnation*) et a conclu qu'il était valide. Le concept du plaidoyer de culpabilité est en soi un produit spécifique au système contradictoire de la *common law* qui reconnaît l'avantage qu'il présente pour la communauté. Il réduit en effet les frais, il fait gagner du temps à la cour et il permet d'éviter des désagréments à de nombreuses personnes, en particulier aux témoins. Selon nous, cette institution de la *common law* qui est le plaidoyer de culpabilité devrait trouver sa place dans une instance pénale internationale comme le Tribunal international qui connaît d'affaires par nature très complexes et qui exigent nécessairement, lorsqu'un procès a lieu, des audiences très longues dans des conditions financières difficiles. Ces contraintes financières tiennent à ce que les ressources du Tribunal lui sont allouées par l'Organisation des Nations Unies dont les moyens dépendent à leur tour des contributions des États.

1. L'interprétation correcte du Statut et du Règlement de procédure et de preuve

3. Il incombe à la Chambre d'appel d'interpréter le sens du plaidoyer de culpabilité tel qu'il existe dans le Statut et dans le Règlement de procédure et de preuve (le Règlement). Nous aimerions saisir cette occasion pour définir la façon dont, à nos yeux, il convient d'interpréter le Statut et le Règlement. Pour commencer, il nous semble que la première chose à faire pour interpréter correctement ces textes doit toujours être d'examiner leurs dispositions proprement dites. Les termes qui y sont utilisés doivent être interprétés selon leur sens propre et ordinaire. Notre approche est conforme à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹ qui stipule que [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

Ajoutons qu'il convient aussi éventuellement de prendre en considération les travaux préparatoires à la rédaction du Statut et du Règlement aux fins d'interprétation statutaire à la lumière de l'article 32 de la Convention de Vienne, qui dispose :

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

4. La deuxième étape d'une interprétation correcte du Statut et du Règlement consiste à consulter les sources du droit international qui peuvent préciser plus avant le sens des termes utilisés dans ces textes. Nous devons cependant, faire remarquer qu'aucun crédit n'a à être accordé aux sources de droit international qui ne sont pas compatibles avec l'esprit, l'objet et le but du Statut et du Règlement tels qu'ils sont compris d'après le sens propre des termes utilisés dans ces textes.

5. Au cas où les sources de droit international sont insuffisantes ou totalement inexistantes, il peut être recouru au droit interne pour aider à interpréter les termes et concepts utilisés dans le Statut et le Règlement. Une fois encore, nous aimerions souligner qu'aucun crédit ne doit nécessairement être accordé aux sources de droit interne qui ne s'accordent pas avec l'esprit, l'objet et le but de ces textes de référence. C'est la troisième étape dans l'interprétation correcte de ces textes et des termes et concepts qui y sont utilisés. D'après nos observations, il n'existe en droit international aucune restriction nous empêchant de faire référence au droit interne pour éclaircir le vrai sens des concepts et des termes employés dans le Statut et dans le Règlement. La Cour permanente internationale de justice, dans l'affaire de *l'échange des populations grecques et turques*², et la Commission de conciliation franco-italienne³, dans une décision rendue le 25 juin 1952, ont affirmé le principe suivant : il est justifié de se fonder sur des concepts juridiques utilisés en droit interne lorsque les règles internationales font référence de façon explicite à des législations internes ou lorsque cette référence est nécessairement prévue de façon implicite par le contenu et la nature mêmes de ce concept. En outre, la Cour de Justice des Communautés européennes a soutenu, dans l'affaire *Assider c/ Haute autorité*⁴, que lorsque des traités ont recours à des termes juridiques techniques tirés de la législation d'États membres, la Cour peut évidemment examiner les législations de ces États membres pour comprendre ce que ces termes signifient.

2. L'interprétation du plaidoyer de culpabilité tel qu'il apparaît dans le Statut et le Règlement

6. Il est fait référence de manière assez ambiguë à la procédure du plaidoyer de culpabilité à l'article 20, 3) du Statut, qui dispose que la Chambre de première instance donne lecture de l'acte d'accusation, s'assure que les droits de l'accusé sont respectés, confirme que l'accusé a compris le contenu de l'acte d'accusation et lui ordonne de plaider coupable ou non coupable. La Chambre de première instance fixe alors la date du procès.

De prime abord, le libellé vague et imprécis de l'article 20, 3) peut laisser entendre qu'un procès aura lieu même si l'accusé plaide coupable. Cependant, l'article 15 du Statut enjoint aux juges du Tribunal international de rédiger un règlement de procédure et de preuve pour le déroulement d'instances devant le Tribunal international. L'article 62 du Règlement incorpore explicitement le principe de la procédure contradictoire tiré de la *common law*. Il stipule en effet ce qui suit :

Après son transfert au siège du Tribunal, l'accusé comparait sans délai devant une Chambre de première instance et est officiellement mis en accusation. La Chambre de première instance :

- i) s'assure que le droit de l'accusé à l'assistance d'un conseil est respecté ;
- ii) donne lecture ou fait donner lecture de l'acte d'accusation à l'accusé dans une langue qu'il parle et comprend et s'assure que l'intéressé comprend l'acte d'accusation ;
- iii) invite l'accusé à plaider coupable ou non coupable pour chaque chef d'accusation et, à défaut pour l'accusé de plaider, inscrit en son nom au dossier qu'il a plaidé non coupable ;
- iv) au cas où l'accusé plaide non coupable, donne instruction au Greffier de fixer la date du procès ;
- v) au cas où l'accusé plaide coupable, donne instruction au Greffier de fixer la date de l'audience préalable au prononcé de la sentence ;
- vi) donne instruction au Greffier de fixer toute autre date appropriée. (Non souligné dans l'original)

Puisqu'il ne semble exister aucune jurisprudence internationale ou aucune source de droit international nous permettant d'interpréter le plaidoyer de culpabilité tel qu'il existe dans le Statut et dans le Règlement, nous estimons dès lors que nous pouvons prendre en considération les sources des systèmes internes de *common law* pour en clarifier le sens véritable et connaître les garanties nécessaires à son acceptation. Selon nous, l'expression plaider coupable ou non coupable, qui figure dans le Statut et dans le Règlement, textes qui constituent l'infrastructure de nos procès pénaux internationaux, implique inévitablement une référence aux juridictions nationales d'où la notion du plaidoyer de culpabilité est tirée. De surcroît, l'examen des travaux préparatoires relatifs à la rédaction du Règlement révèle l'origine de l'expression plaider coupable ou non coupable à l'article 62 du Règlement. Pour l'essentiel, l'article 62 reflète l'article 15 des *Suggestions du Gouvernement des États-Unis d'Amérique. Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*⁵.

En conséquence, il ne nous semble pas déplacé de nous tourner vers la *common law* pour éclaircir le sens exact qu'il convient de donner au plaidoyer de culpabilité et pour clarifier les garanties nécessaires à son acceptation.

B. Le plaidoyer de culpabilité dans le cadre des procédures devant le Tribunal

7. L'institution du plaidoyer de culpabilité, bien qu'elle assure une efficacité administrative, ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits de l'Appelant prévus à l'article 20, 1) du Statut :

La Chambre de première instance veille à ce que le procès soit équitable et rapide et à ce que l'instance se déroule conformément aux règles de procédure et de preuve, les droits de l'accusé étant pleinement respectés et la protection des victimes et des témoins dûment assurée.

Bien que, dans une large mesure, le Statut et le Règlement soient essentiellement muets sur la nature et l'importance de ces droits, nous ne proposons pas une énumération exhaustive et définitive des droits qui ne sont pas strictement nécessaires pour statuer en l'espèce. Les droits de l'accusé sont prévus à l'article 21 du Statut, qui se fonde presque textuellement sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶. Les extraits pertinents de l'article 21 sont les suivants :

1.

2. Toute personne contre laquelle des accusations sont portées a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, sous réserve des dispositions de l'article 22 du statut [protection des témoins].

3. Toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie conformément aux dispositions du présent statut.

4. Toute personne contre laquelle une accusation est portée en vertu du présent statut a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes :

a) - d)

- e) À interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- f)
- g) À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.

8. Dès lors, les conséquences immédiates pour un accusé qui plaide coupable sont les suivantes : il perd son droit à être jugé, à être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie, à vérifier le bien-fondé de la cause de l'accusation en procédant au contre-interrogatoire des témoins à charge et à défendre sa propre cause. Il en résulte, par conséquent, que certaines conditions préalables doivent être remplies avant qu'un accusé puisse plaider coupable. Nous estimons que ces conditions préalables minimales sont les suivantes :

- a) Le plaidoyer de culpabilité doit être volontaire. Il doit être fait par un accusé dont l'état mental lui permet d'en comprendre les conséquences ; l'accusé ne doit être influencé par aucune menace, incitation ou promesse.
- b) Le plaidoyer de culpabilité doit être fait en toute connaissance de cause, c'est-à-dire que l'accusé doit comprendre la nature des accusations portées contre lui et les conséquences de son plaidoyer de culpabilité au titre de ces accusations. L'accusé doit connaître les chefs d'accusation pour lesquels il plaide coupable.
- c) Le plaidoyer de culpabilité ne doit pas être équivoque. Il ne doit pas s'accompagner d'une déclaration constituant une défense qui contredirait une reconnaissance de responsabilité pénale.

9. Nous avons trouvé, dans de nombreuses sources de droit cohérentes et reconnues depuis longtemps dans les juridictions de la *common law* à travers le monde, suffisamment d'éléments qui corroborent notre opinion selon laquelle les trois conditions susmentionnées doivent être remplies. Nous tenons, cependant, à répéter que nous n'estimons en aucune façon que nous sommes liés par les sources de droit de la *common law*. Nous les considérons simplement comme des éléments pertinents qui mettent en lumière l'interprétation correcte qu'il convient de donner au plaidoyer de culpabilité tel qu'il est utilisé dans la procédure devant le Tribunal international. De plus, ces sources de droit confirment les conclusions auxquelles nous sommes parvenus quant aux conditions nécessaires à l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité afin de garantir la protection des droits de l'accusé prévus explicitement dans le Statut et dans le Règlement.

C. Le plaidoyer de culpabilité était-il volontaire ?

10. Dans toutes les juridictions de la *common law*, un plaidoyer de culpabilité doit être volontaire⁷. Le fait qu'il soit volontaire implique deux éléments. Premièrement, un accusé doit être dans un état mental lui permettant de comprendre les conséquences de ses actes lorsqu'il plaide coupable. Ainsi, dans l'affaire canadienne *R. v. Hansen*⁸, la cour a estimé que l'accusé pouvait rétracter son plaidoyer de culpabilité pour un meurtre au second degré (meurtre). Un nouveau procès a été ordonné parce que l'accusé était perturbé mentalement au moment où il a plaidé coupable et avait la fausse impression que s'il ne plaidait pas coupable, la Couronne le poursuivrait pour meurtre au premier degré (assassinat).

Deuxièmement, le plaidoyer ne doit pas être la conséquence d'une menace ou d'une incitation autre que l'attente d'un traitement de faveur suite au plaidoyer de culpabilité sous la forme d'une réduction quelconque de peine. Ainsi, dans *Brady c/ États-Unis*, la Cour suprême des États-Unis a déclaré ce qui suit :

[U]n plaidoyer de culpabilité fait par une personne entièrement au fait des conséquences directes, notamment de la valeur réelle d'un engagement pris vis-à-vis de cette personne par la Cour, le procureur ou son propre conseil, doit être accepté à moins qu'il n'ait été motivé par la menace (ou la promesse de cesser un harcèlement irrégulier), la présentation erronée des faits (y compris les promesses non tenues ou impossibles à tenir) ou, peut-être, par des promesses qui, par leur nature, sont abusives car elles n'ont aucun rapport avec l'activité du procureur (pots-de-vin, par exemple)⁹. [Traduction non officielle]

Dans cette affaire, la Cour a également déclaré que les plaidoyers de culpabilité ne pouvaient pas être considérés comme involontaires simplement parce qu'ils étaient

motivés par le souhait du défendeur d'accepter la certitude ... d'une peine plus légère plutôt que ... [un procès qui pourrait avoir pour conséquence] la condamnation et une peine plus lourde¹⁰. [Traduction non officielle]

11. Dans le *Jugement portant condamnation*, la Chambre de première instance a analysé comme suit le caractère volontaire du plaidoyer de culpabilité sous l'intitulé Validité formelle. Elle a fait remarquer qu'elle avait désigné un collège d'experts psychiatriques afin qu'il soit procédé à une expertise mentale de l'Appelant, probablement en raison de son état perturbé lors de la comparution initiale. Il est important de noter que c'est au cours de cette première comparution que l'Appelant a plaidé coupable.

La question pertinente que la Chambre de première instance a posée au collège d'experts était la suivante :

L'examen du sujet révèle-t-il qu'il souffre actuellement de troubles psychiatriques ou neuro-psychiatriques ou de troubles émotionnels qui influent sur son jugement ou sa volonté ? En cas de réponse positive, veuillez en donner une description et indiquer précisément à quelles affections il se rapporte. (*Rapport psychiatrique, 24 juin 1996, p. 1*)

Dans son rapport du 24 juin 1996, le collège d'experts a conclu que l'Appelant, vu son état actuel, n'était pas en mesure de comparaître en justice parce qu'il souffrait d'un

choc post-traumatique se manifestant par des états dépressifs, accompagné d'un sentiment de culpabilité relatif à son comportement durant la guerre dans l'ex-Yougoslavie¹¹.

La Chambre de première instance a alors conclu que le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant était volontaire pour les deux raisons exposées au paragraphe 12 du *Jugement portant condamnation*. Premièrement, la Chambre de première instance a expliqué que le deuxième rapport psychiatrique déposé le 17 octobre 1996 indiquait que la conscience [de l'Appelant] était claire et qu'il ne présentait aucune perturbation dans sa compréhension. Deuxièmement, la Chambre de première instance a souligné le fait que l'Appelant a réitéré son plaidoyer de culpabilité à plusieurs reprises, la dernière fois lors des audiences préalables au prononcé de la sentence les 19 et 20 novembre 1996, c'est-à-dire après que le second rapport psychiatrique a déclaré que l'Appelant était mentalement apte à

comparaître en justice.

12. Nous avons quelques difficultés avec l'argument selon lequel le fait que le deuxième rapport psychiatrique ait indiqué que la conscience de l'Appelant était claire et qu'il ne souffrait d'aucune perte de mémoire réglerait la question de son aptitude mentale à plaider coupable, comme la Chambre de première instance semble l'affirmer au paragraphe 12 du *Jugement portant condamnation*. Nous estimons en effet convaincante la thèse de l'Accusation en réponse à la troisième question préliminaire, selon laquelle le rapport psychiatrique se concentre principalement sur la capacité de l'Appelant à faire face aux rigueurs d'un procès et que ce rapport ne devrait pas constituer le seul élément permettant de conclure que l'Appelant était également inapte à plaider coupable. Cependant, si les conclusions de ce rapport laissent planer des doutes sur la capacité mentale de l'Appelant à plaider, ces doutes peuvent être levés du fait que l'Appelant a régulièrement réitéré son plaidoyer de culpabilité, en particulier après que le deuxième rapport psychiatrique a conclu qu'il était apte à être jugé. Invalider le plaidoyer de l'Appelant au motif de son incapacité mentale lors de sa comparution initiale, où il a clairement plaidé après avoir été déclaré mentalement apte, défierait le bon sens et imposerait à l'Appelant l'épreuve d'une autre série de longues procédures au cours desquelles il ne changerait pas son plaidoyer, comme le prouvent clairement ses affirmations ultérieures.

13. Apparemment, la Chambre de première instance était aussi convaincue, à la suite du dialogue suivant lors de la comparution initiale, que le plaidoyer n'était pas motivé par une menace ou par une incitation :

LE PRÉSIDENT : Monsieur Erdemovic, voulez-vous vous lever à nouveau? Je voudrais au nom de mes collègues et au nom du Tribunal vous demander si avant de vous déterminer pour plaider coupable ou non coupable, vous avez eu des menaces ou vous avez reçu des promesses qui vous auraient été adressées pour vous déterminer dans votre conduite ? Est-ce qu'on vous a dit : il faut plaider coupable, il faut faire ceci ou il faut faire cela ? Voilà, je voudrais vous poser bien cette question.

M. ERDEMOVIC : Non, personne ne m'a menacé¹².

Bien qu'il semble que l'Appelant n'ait pas répondu à la question de savoir si on lui avait promis quelque chose en échange de son plaidoyer, en l'absence d'éléments indiquant que celui-ci a été suscité irrégulièrement, nous concluons que l'Appelant a plaidé coupable volontairement alors qu'il était mentalement apte à comprendre les conséquences de son plaidoyer.

D. Le plaidoyer a-t-il été fait en toute connaissance de cause ?

14. Le fait que l'Appelant était mentalement apte à comprendre les conséquences de son plaidoyer de culpabilité ne signifie pas nécessairement que le plaidoyer ait été fait en toute connaissance de cause. Toutes les juridictions de la *common law* insistent, en effet, sur le fait qu'un accusé qui plaide coupable doit comprendre la nature et les conséquences de son plaidoyer ainsi que les chefs d'accusation précis pour lesquels il plaide coupable¹³. Une déclaration, dans une source de droit malaise, expose ce problème avec précision et concision. Dans *Huang Chin Shin v. Rex*, le Juge Spenser Wilkinson a dit ce qui suit :

Selon moi, il est essentiel pour la validité du plaidoyer de culpabilité que l'accusé

comprene totalement ce sur quoi il plaide¹⁴. [Traduction non officielle]

En l espèce, un plaidoyer fait en toute connaissance de cause nécessiterait que l Appellant comprenne

- a) la nature des accusations portées contre lui et les conséquences d un plaidoyer de culpabilité en général ; et
- b) la nature des différents chefs d accusation, la distinction entre eux ainsi que les conséquences d un plaidoyer de culpabilité pour l un des chefs d accusation plutôt que pour l autre.

1. L Appellant a-t-il compris la nature et les conséquences d un plaidoyer de culpabilité en général ?

15. Avant de demander à l Appellant de plaider coupable ou non coupable, le Président de la Chambre a expliqué dans les termes suivants les conséquences d un plaidoyer de culpabilité :

LE PRÉSIDENT : Est-ce que vous êtes prêt à plaider étant entendu, et le Tribunal tient à vous le rappeler, que vous pouvez plaider ou bien coupable ou bien non coupable - c est la procédure qui a été retenue dans ce Tribunal international - étant entendu évidemment que les conséquences sont tout à fait différentes. Je vous les explique :

si vous plaidez non coupable vous avez droit à un procès dans lequel évidemment, avec votre avocat, vous contesterez les charges, vous contesterez les allégations et les incriminations présentées par le Procureur, qui sont, je vous le rappelle, alternatives, c est-à-dire qu il y a l une ou l autre des infractions, celle de crimes contre l humanité ou celles de crimes de guerre... Violations des lois ou coutumes de guerre.

Si vous plaidez coupable, le procès continuera, mais d une manière tout à fait différente - ce que je crois vous devez bien saisir - mais que je dois vous expliquer, c est-à-dire à ce moment-là vous aurez l occasion dans une autre audience que nous fixerons, à ce moment-là évidemment en accord avec tout le monde, et vous plaidez d une manière différente, c est-à-dire que vous aurez plaidé coupable, mais vous plaidez sur d autres circonstances, qu elles soient des circonstances atténuantes ; le Procureur plaidera éventuellement sur des circonstances éventuellement aggravantes ou atténuantes. Il y aura donc un dialogue entre votre défenseur, vous et le Procureur qui sera d une nature différente.

Alors ceci étant expliqué, le Tribunal doit vous demander maintenant : est-ce que vous êtes prêt à plaider et est-ce que vous plaidez coupable ou non coupable ?

M. ERDEMOVIC : Monsieur le Président, j ai dit à mon conseil déjà que j avais l intention de plaider coupable¹⁵.

Nous ne nous estimons pas en mesure de conclure avec certitude que l Appellant a été dûment informé des conséquences d un plaidoyer de culpabilité par les explications qui lui ont été fournies durant la comparution initiale. L Appellant n a pas été clairement averti qu en plaidant coupable, il perdrait son droit à un procès, son droit à être présumé innocent jusqu à la preuve de sa culpabilité et

son droit à proclamer son innocence et son absence totale de responsabilité pénale pour les crimes imputés. Il a été expliqué à l'Appelant que, s'il plaidait non coupable, il aurait à contester les accusations portées contre lui tandis que, s'il plaidait coupable, il aurait l'occasion d'expliquer les circonstances dans lesquelles le crime a été commis.

16. En outre, il nous semble que le Conseil de la défense a constamment avancé des arguments contredisant la reconnaissance de culpabilité et de responsabilité pénale implicite dans un plaidoyer de culpabilité. Si la Défense avait vraiment compris la nature d'un plaidoyer de culpabilité, elle n'aurait pas persisté dans ses arguments qui, de toute évidence, ne cadraient pas avec un plaidoyer de ce type. Dans sa plaidoirie finale au cours de l'audience sentencielle, le Conseil de la défense a insisté sur le fait que les éléments de preuve non corroborés donnés par l'Appelant étaient à eux seuls insuffisants pour fonder une déclaration de culpabilité. Il a soutenu ce qui suit :

L'acceptation de sa responsabilité par Erdemovic et les explications fournies par son Conseil doivent confirmer que le Tribunal est en situation de porter un jugement au-delà de tout doute raisonnable. Mon intention n'était pas bien entendue hier, lorsque j'ai pris la parole, de mettre en cause la façon dont Erdemovic plaide devant ce Tribunal. Je n'aurais pas la possibilité de le faire d'ailleurs. Mais en vertu du principe *in dubio pro reo*, certaines questions ont été posées hier S'il n'y a pas [?] l'ombre d'un doute dans la réponse à apporter à cette question, la décision du Tribunal devrait être favorable à l'accusé Erdemovic. En effet, indépendamment du fait qu'il plaide coupable, si sa déclaration n'est pas corroborée, le crime allégué ne peut pas être prouvé et la responsabilité criminelle ne peut pas être établie¹⁶.

Il ressort de cette déclaration que le Conseil de la défense ne semble pas s'être rendu compte que le plaidoyer de culpabilité avait tranché la question de la condamnation ou de l'acquittement. Apparemment, le Conseil de la défense avançait des arguments affirmant l'absence d'éléments de preuve suffisants pour condamner l'Appelant et il demandait que l'acquittement soit prononcé lors de l'audience sentencielle après que l'Appelant a plaidé coupable. En effet, la Chambre de première instance n'a rien fait pour dissuader le Conseil de la défense d'adopter une telle ligne de conduite puisqu'elle lui a simplement dit que si l'Appelant plaidait coupable, le procès continuera[it], mais d'une manière tout à fait différente et qu'il aurait la possibilité d'expliquer les circonstances atténuantes. La question, délicate, de savoir si la Défense a avancé des arguments contredisant un plaidoyer de culpabilité est abordée plus loin, lorsque nous examinons le caractère équivoque ou non du plaidoyer de l'Appelant. Cependant, il nous paraît clair jusqu'à présent que l'Appelant n'a pas compris la vraie nature et les conséquences réelles d'un plaidoyer de culpabilité.

2. L'Appelant a-t-il compris la nature des accusations portées contre lui ?

17. Au cours de la comparution initiale de l'Appelant, le Président de la Chambre a interrogé le Conseil de la défense sur l'acte d'accusation :

LE PRÉSIDENT : Alors je voudrais d'abord me tourner vers Maître Babic.

Maître, avez-vous d'abord reçu une copie de l'acte d'accusation dans une langue que vous comprenez et que, bien entendu, l'accusé comprend ?

LA DÉFENSE : Nous avons reçu le texte de l'acte d'accusation en serbo-croate, nous l'avons, l'accusé et moi-même, bien compris.

LE PRÉSIDENT : Est-ce que vous avez longuement débattu de ce contenu de l'acte d'accusation avec l'accusé et vous lui avez exposé aussi les moyens de défense

qui étaient les vôtres, et ce sont les siens, bien entendu.

LA DÉFENSE : J ai passé plusieurs heures avec mon client pour examiner l acte d accusation ainsi que ses droits conformément au Statut et au Règlement du Tribunal. Je crois qu il a eu le temps suffisant pour comprendre ce dont l acte d accusation l incrimine et quels sont ses droits dans le cadre de cet acte d accusation¹⁷.

Le Président de la Chambre a alors interrogé directement l Appellant sur l acte d accusation :

LE PRÉSIDENT : Vous avez entendu ce que vient de dire votre avocat. Je voudrais, au nom de mes collègues et au nom du Tribunal pénal international, vous poser la question également - à la suite de celle que j ai posée à votre défenseur - est-ce que vous avez lu l acte d accusation, est-ce que vous avez eu l occasion, vous avez eu le temps d en discuter avec Maître Babic et est-ce que les éléments qui vous ont été fournis l ont bien été dans une langue qui est la vôtre, le serbo-croate ?

M. ERDEMOVIC : Oui¹⁸.

Le Greffier a ensuite lu l acte d accusation et le Président de la Chambre a continué à interroger l Appellant :

LE PRÉSIDENT : M. Erdemovic D après ce que vous nous avez dit tout à l heure, vous avez compris ce que contenait cet acte d accusation et les charges pesant contre vous, les charges que le Procureur a réunies contre vous. Alors ces charges, vous en avez débattu avec votre Conseil Maître Babic. C est une question que je vous pose.

M. ERDEMOVIC : Oui¹⁹.

18. En posant ces questions, la Chambre de première instance n a rien établi de plus que les éléments suivants : l Appellant a été informé, avant de plaider, du contenu de l acte d accusation par son avocat, il disposait de l acte d accusation dans une langue qu il comprenait et il comprenait que l acte d accusation lui reprochait deux crimes. Rien n indique que l Appellant ait compris la nature de ces accusations. En effet, tout montre que l Appellant n avait aucune idée de ce que sont les éléments juridiques d un crime de guerre ou d un crime contre l humanité. Notre conclusion est étayée par ce qui semble avoir été une erreur, en quelque sorte, de la part du Conseil de la défense lui-même, quant à la nature des accusations. Lorsque ce dernier a été interrogé par le Président du Tribunal international au cours de l audience du 26 mai 1997 sur les éléments d un crime de guerre, on a assisté au dialogue suivant :

M. BABIC : Nous n avons pas d option crime de guerre , si j ose dire, étant donné que tous les éléments constitutifs de l infraction de crime de guerre n étaient pas présents. Nous en avons dès lors discuté.

LE PRÉSIDENT : Peut-être ne vous ai-je pas bien compris. Vous avez dit que certains éléments constituent des éléments de crime de guerre ou de crime contre l humanité. Lesquels n étaient pas présents ?

M. BABIC : La présence de civils, par exemple, n est pas un élément constitutif de crime de guerre, mais bien de crimes contre l humanité.

LE PRÉSIDENT : Vous voulez dire que dans un conflit armé, qu il soit qualifié de conflit national ou international, le fait de tuer des civils ne peut pas être considéré comme un crime de guerre ? Or, si vous examinez la jurisprudence...

M. BABIC : Au cours d'opérations de combat, ça peut être considéré comme élément constitutif de crimes de guerre.

LE PRÉSIDENT : Fort bien, je vous remercie²⁰.

Les déclarations du Conseil de la défense montrent un manque de compréhension de l'infraction de crime de guerre. Nous estimons, en conséquence, que l'Appelant n'a compris ni la nature des accusations portées contre lui ni le chef d'accusation pour lequel il a plaidé coupable. Bien que l'Appelant ait réitéré son plaidoyer de culpabilité à plusieurs reprises, il ignorait, à chacune de ces occasions et il ignore probablement encore aujourd'hui la véritable nature de chacun des deux chefs d'accusation contre lui, puisque ceux-ci ne lui ont jamais été expliqués correctement, que ce soit par la Chambre de première instance ou par le Conseil de la défense.

3. L'Appelant percevait-il la distinction entre les deux chefs d'accusation et comprenait-il les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité pour l'un de ces chefs plutôt que pour l'autre ?

19. À nos yeux la réponse à cette question permet de trancher de façon décisive la question de la validité du plaidoyer de culpabilité de l'Appelant. Quand l'Appelant a plaidé coupable lors de la comparution initiale, le Président de la Chambre de première instance lui a demandé de préciser le chef d'accusation pour lequel il plaiderait coupable :

LE PRÉSIDENT : Alors si vous plaidez coupable, je dois également vous poser une autre question : vous avez entendu dans l'acte d'accusation préparé par le Procureur à votre encontre qu'il prévoit une incrimination alternative, c'est-à-dire ou bien un crime contre l'humanité, ou bien une violation des lois ou coutumes de la guerre. Alors le texte de notre Statut me fait l'obligation de vous demander si vous plaidez coupable sur l'un des chefs d'accusation ; le chef d'accusation, voyez-vous c'est l'incrimination, et il y a des faits qu'on vous a lus, le Tribunal retient que vous reconnaissez les faits et ces faits sont qualifiés par le Procureur d'une manière juridique.

Ceci c'est du droit pénal - c'est un peu compliqué pour vous - mais je vais essayer de vous l'expliquer de façon plus simple. C'est-à-dire qu'il y a des faits, ce sont ces faits que vous venez de reconnaître, c'est-à-dire vous étiez à Srebrenica à tel moment... Enfin ça je crois que je vais demander au Procureur de bien préciser les choses pour que le débat soit clair, et puis ces faits, le Procureur les qualifie, c'est-à-dire qu'il détermine un certain nombre de conditions à partir desquelles une infraction pénale vous est reprochée. Et le Procureur - au stade où nous en sommes de cette procédure - qui est au début - de cette procédure contre vous, Monsieur Erdemovic a estimé qu'en l'état actuel des faits, c'est-à-dire votre présence à Srebrenica, votre reconnaissance de votre présence, de ce qui s'est passé, etc., les actes si vous voulez, pouvaient être soit un crime contre l'humanité, soit ce qu'on appelle les violations des lois ou coutumes de la guerre.

Alors ceci étant, évidemment s'il y avait eu un procès, c'est le Tribunal qui aurait - à l'issue du procès - déterminé de quoi en fin de compte vous étiez coupable ou pas coupable. Ici, du fait que vous venez de dire je plaide coupable, je me dois de vous demander si vous plaidez coupable sur le crime contre l'humanité, c'est-à-dire une violation des lois ou coutumes de la guerre. Je suppose que vous en avez parlé avec votre avocat.

Alors, Monsieur Erdemovic, est-ce que vous pouvez nous répondre sur ce point-là

qui est important ?

M. ERDEMOVIC : Je me sens coupable du chef d'inculpation numéro 1, crimes contre l'humanité²¹.

Malgré tout le respect que nous lui devons, la Chambre de première instance n'a pas expliqué correctement à l'Appelant, lors de sa comparution initiale, la différence entre un crime contre l'humanité et un crime de guerre et aucun effort n'a été fait pour la lui expliquer lorsque, par la suite, l'Appelant a réaffirmé son plaidoyer. Le Président de la Chambre semble supposer que l'Appelant avait été informé par son Conseil de la distinction entre les deux chefs d'accusation et que l'Accusation [allait] bien préciser les choses pour que le débat soit clair. En se fondant sur le passage précité du compte rendu, il est manifeste que le Conseil de la défense lui-même ne comprenait ni la nature véritable des crimes en droit international ni la distinction juridique exacte entre ces crimes. Il ressort aussi clairement de ce compte rendu que ni l'Accusation ni le Président de la Chambre n'ont jamais explicité la différence entre ces chefs d'accusation.

C'est pourquoi nous ne doutons pas un instant que le malentendu portant sur la distinction exacte entre les deux chefs d'accusation a conduit l'Appelant à plaider coupable pour le plus grave d'entre eux, à savoir celui invoquant le crime contre l'humanité.

a) Crimes contre l'humanité intrinsèquement plus graves que les crimes de guerre

20. Il convient d'expliquer pourquoi, *mutatis mutandis*, une infraction répréhensible, si elle est alléguée et prouvée comme un crime contre l'humanité, est plus grave et devrait normalement entraîner une peine plus lourde que si elle était considérée comme un crime de guerre.

21. De par leur nature même, les crimes contre l'humanité diffèrent en principe des crimes de guerre. Tandis que les règles proscrivant les crimes de guerre concernent le comportement criminel de l'auteur d'un crime directement envers un sujet protégé, les règles proscrivant les crimes contre l'humanité concernent le comportement d'un criminel non seulement envers la victime immédiate mais aussi envers l'humanité toute entière. La Chambre de première instance a fait remarquer ce point de la façon suivante dans le *Jugement portant condamnation* :

S'agissant du crime contre l'humanité, la Chambre prend en considération qu'il n'y a pas totale équivalence entre la vie de l'accusé et celle de la victime. A la différence du droit commun l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité toute entière.

....

Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité²².

Les crimes contre l'humanité sont des crimes particulièrement haïssables et, de surcroît, font partie d'une pratique ou d'une politique systématique et généralisée. En raison de leur ampleur et de leur caractère odieux, ils constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité. Ils touchent, ou devraient toucher, par conséquent tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité, de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent. À ce titre, la notion de crimes contre l'humanité énoncée dans la législation internationale actuelle est la traduction moderne en droit du concept développé en 1795 par Emmanuel Kant, en vertu duquel une violation du droit en un endroit [de la terre] est ressentie dans *tous* les autres endroits²³. [Non

souligné dans l original]

Le fait que les crimes contre l humanité portent atteinte à un intérêt plus large que celui de la victime directe et qu ils sont, dès lors, d une nature plus grave que les crimes de guerre se manifeste dans les éléments intrinsèques constitutifs d un crime contre l humanité. Les éléments constitutifs d un crime contre l humanité sont examinés de façon assez détaillée dans le Jugement du 7 mai 1997 rendu dans l affaire *Le Procureur c/ Tadic* (*Jugement de l affaire Tadic* ²⁴. L un des éléments pertinents, comme le stipule l article 5 du Statut, est qu un crime contre l humanité doit être dirigé contre une population civile quelle qu elle soit . Les deux éléments de cette assertion distinguent clairement un crime contre l humanité d un crime de guerre. Ces éléments imposent à l Accusation la charge de prouver que les agissements d une personne accusée de crime contre l humanité : a) doivent avoir été commis dans le cadre d actes perpétrés de façon systématique et généralisée, pas nécessairement par la personne accusée elle-même ; mais certainement b) en sachant que ces actes sont ou ont été commis en application d une politique organisée ou dans le cadre d une pratique systématique et généralisée contre un groupe particulier de civils.

22. Ces éléments renforcent la gravité des crimes contre l humanité par rapport à celle des crimes de guerre. Ils montrent que les crimes contre l humanité ne sont pas des actes isolés et commis au hasard mais des actes qui auront, ce dont leur auteur est conscient, des conséquences beaucoup plus graves en raison de leur contribution supplémentaire à un schéma généralisé de violence contre un groupe particulier de civils ciblé de façon systématique. Comme la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre l a constaté :

Les crimes isolés n étaient pas couverts par la notion de crimes contre l humanité. En principe, une action de masse systématique, en particulier si elle était autorisée, était nécessaire pour transformer un crime ordinaire ... en un crime contre l humanité ... Seuls les crimes qui, soit en raison de leur ampleur et de leur brutalité, soit en raison de leur nombre important, soit du fait qu un schéma identique était appliqué à différents moments et à différents endroits, mettaient en danger la communauté internationale ou choquaient la conscience de l humanité..²⁵
[Traduction non officielle]

23. L affaire *Albrecht*, examinée par la Cour d appel néerlandaise, montre à l évidence au plan judiciaire que les crimes contre l humanité sont plus graves que les crimes de guerre. Dans cette affaire, l Appelant avait été condamné à la peine capitale par une Cour pénale spéciale à Arnhem, aux Pays-Bas, le 22 septembre 1948 au motif qu il avait commis des crimes de guerre ou crimes contre l humanité tels qu ils sont définis à l article 6 b) ou c) du Statut du Tribunal militaire international annexé à l Accord de Londres du 8 août 1945 [Traduction non officielle]. La Cour d appel a fait remarquer qu une distinction existait entre les crimes de guerre et les crimes contre l humanité et a approuvé la description susmentionnée des crimes contre l humanité donnée par la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre. Elle a décrit comme suit les éléments nécessaires pour alléguer un crime contre l humanité :

Les crimes de cette catégorie sont caractérisés soit par leur gravité et leur cruauté, soit par leur ampleur, soit par le fait qu ils font partie d un système d actes terroristes, soit par le fait qu ils constituent un chaînon d une politique menée délibérément contre des groupes particuliers de la population.²⁶ [Traduction non officielle]

La Cour d appel estimant que les éléments constitutifs requis d un crime contre l humanité n étaient

pas présents dans le cas de l'Appelant qui était coupable seulement d'un crime de guerre, a considéré que la nature criminelle du comportement de l'Appelant n'était pas suffisamment importante pour requérir la peine capitale et, par conséquent, elle a réduit sa peine à la réclusion à vie²⁷.

24. Les déclarations faites dans le cadre des procès internationaux portant sur des crimes de guerre tendent également à montrer que les crimes contre l'humanité sont plus graves que les crimes de guerre. Le *Judge Advocate* au Procès de Max Wielin et 17 autres personnes (Affaire *Stalag Luft III*) a eu la prudence de souligner que

le chef d'accusation, dans cette affaire, ne demande pas de punir un crime contre l'humanité mais seulement - et c'est déjà assez - une violation des lois ou coutumes de la guerre, à savoir l'exécution de prisonniers de guerre²⁸. [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

Au cours du Procès d'Otto Ohlendorf et consorts (Affaire *Einsatzgruppen*), l'accusation a longuement expliqué la différence entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, comme le montre l'extrait suivant :

Les accusations mises à la charge des accusés portent sur la perpétration de crimes contre l'humanité. Les actes que nous considérons sous le premier chef d'accusation comme des crimes contre l'humanité sont allégués sous le deuxième chef d'accusation comme crimes de guerre. Les mêmes actes sont dès lors imputés comme des crimes séparés et distincts. Cette affirmation ne contient aucun élément neuf. Un acte de violence répréhensible en lui-même peut faire partie de l'infraction plus grave qu'est le vol qualifié et il convient d'inculper l'accusé des deux crimes. En l'espèce, le massacre de civils sans défense au cours d'une guerre peut être un crime de guerre mais les mêmes massacres font partie d'un autre crime, un crime plus grave, si vous voulez, un génocide - ou un crime contre l'humanité. C'est la distinction que nous opérons dans nos conclusions. Elle est réelle et de la plus haute importance. Afin d'éviter d'entrée de jeu tout malentendu possible, nous allons mettre en évidence les différences entre ces deux crimes.

Les crimes de guerre sont des actes et des omissions en violation des lois ou coutumes de la guerre. Par leur nature même, ils ne peuvent concerner que les ressortissants des pays belligérants et ils ne peuvent être commis en temps de paix. Le crime contre l'humanité ne connaît pas ces restrictions. Il est fondamentalement différent du simple crime de guerre en ce qu'il inclut des violations systématiques des droits fondamentaux de la personne commises à tout moment contre les ressortissants d'une nation. Ces violations peuvent avoir lieu en temps de paix ou en temps de guerre. L'*animus* ou intention délictueuse est dirigée contre les droits de tous les hommes et non simplement contre le droit de personnes au sein d'un territoire en guerre.

Une série d'événements, s'ils surviennent au cours d'hostilités, peuvent violer les droits fondamentaux de la personne et, simultanément, transgresser les lois de la guerre. Telle est la nature intrinsèque des crimes allégués ici. Les appeler crimes de guerre uniquement revient à ignorer leur inspiration et leur caractère véritable²⁹. [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

25. Le Jugement portant condamnation, rendu le 14 juillet 1997 dans l'affaire *Le Procureur c/ Tadic*, corrobore aussi la proposition selon laquelle une personne reconnue coupable d'une infraction principale constituant un crime contre l'humanité mérite une peine plus sévère qu'une personne reconnue coupable d'une infraction principale constituant simplement un crime de guerre. Après avoir fait remarquer, au paragraphe 73 que

[un] acte prohibé commis en tant que crime contre l'humanité, c'est-à-dire en pleine connaissance de cause que l'acte fait partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile est, toutes choses égales par ailleurs, une infraction plus grave qu'un crime de guerre ordinaire³⁰,

la Chambre de première instance a, en toute logique, condamné Duško Tadić à une année de plus lorsque les actes répréhensibles qui lui étaient imputés étaient définis comme des crimes contre l'humanité que lorsqu'ils l'étaient comme des crimes de guerre et ce, pour chacun des chefs d'accusation retenus contre lui. Ainsi, pour les chefs d'accusation 10 et 11, se rapportant au même comportement criminel, la Chambre de première instance a conclu :

Pour traitements inhumains en tant que crime contre l'humanité, la Chambre de première instance condamne Duško Tadić à dix ans d'emprisonnement ;

Pour traitements cruels en tant que violation des lois ou coutumes de la guerre, la Chambre de première instance condamne Duško Tadić à neuf ans d'emprisonnement³¹.

26. C'est le fait que l'Appelant a plaidé coupable au titre du chef d'accusation le plus grave qui, selon nous, prouve la faiblesse de l'argument de l'Accusation selon lequel il serait inconséquent et injuste vis-à-vis de l'Appelant d'invalider son plaidoyer de culpabilité alors qu'il a réaffirmé à de nombreuses reprises et de façon constante qu'il est coupable d'avoir commis un crime contre l'humanité. Comme nous l'avons fait remarquer, rien dans le dossier n'indique que quiconque, que ce soit le Conseil de la défense ou la Chambre de première instance, ait expliqué à l'Accusé qu'un crime contre l'humanité était un crime plus grave et que s'il avait plaidé coupable d'un crime de guerre, il pouvait espérer une peine proportionnellement plus légère. Nous ne serions, dès lors, pas surpris que l'Appelant ne sache toujours pas, à l'heure actuelle, qu'il aurait pu plaider coupable au titre d'un crime de guerre en application de l'article 3 du Statut, qu'un crime de guerre, contrairement à l'avis de son avocat, peut être commis contre un civil et que, par conséquent, il aurait pu espérer être condamné à une peine plus légère pour ce crime. Il nous semble que l'Appelant a réaffirmé son plaidoyer uniquement parce qu'il souhaitait éviter toute la procédure d'un procès. S'il avait été informé correctement du fait qu'un des chefs d'accusation était moins grave et qu'il avait le droit de plaider coupable de ce chef, nous doutons fortement qu'il aurait continué à plaider coupable du chef le plus grave.

27. Nous concluons, dès lors, que le plaidoyer de l'Appelant ne procède pas d'un choix éclairé. Il ne comprenait ni la nature des chefs d'accusation, ni la différence entre ces deux chefs, ni les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité pour l'un de ces chefs plutôt que pour l'autre. Il s'ensuit ainsi que l'Appelant doit se voir offrir la possibilité de plaider une nouvelle fois pour ces chefs d'accusation en toute connaissance de cause.

E. Le plaidoyer était-il équivoque ?

28. La question de savoir si le plaidoyer était équivoque a été examinée par la Chambre de première

instance dans le *Jugement portant condamnation* et a été abordée dans les deux premières des trois questions préliminaires posées aux parties par la Chambre d appel dans son Ordonnance portant calendrier du 5 mai 1997. Par souci de commodité, ces deux questions étroitement liées sont exposées ci-dessous :

1) En droit, quand l'accusation invoque le crime contre l'humanité et/ou le crime de guerre et que la Défense fonde tout son plaidoyer sur la contrainte, l'accusé peut-il être acquitté si les arguments de la Défense sont établis à l'instance ?

2) Dans l'affirmative, existe-t-il une ambiguïté du fait que l'accusé a plaidé coupable lors de sa comparution initiale tout en invoquant la contrainte ?

La formulation de ces deux questions préliminaires indique donc à l'évidence que la réponse à la question de savoir si, en l'espèce, le plaidoyer était équivoque, dépend de celle apportée à la question de savoir si la contrainte est un moyen de défense totalement exonératoire. Cependant, nous nous pencherons tout d'abord sur le sens à donner à un plaidoyer équivoque .

29. Afin de respecter la présomption d'innocence et de protéger l'accusé de la perte de son droit à un procès, il est essentiel de respecter la condition exigeant qu'un plaidoyer ne soit pas équivoque, dans les cas où il apparaît qu'il n'a peut-être pas conscience d'un moyen de défense à sa disposition. Dans un cas où l'accusé plaide coupable mais s'obstine à justifier ses actes, ce qui en droit équivaut à une défense, cette condition contraint la Cour à rejeter le plaidoyer et à éprouver les moyens de défense de l'accusé au cours d'un procès. Les juridictions de la *common law* du monde entier, à l'exception des États-Unis, ont toujours déclaré qu'un plaidoyer de culpabilité doit être univoque. Il semblerait qu'aux États-Unis, le droit constitutionnel de plaider comme on l'entend prime sur la condition requérant qu'un moyen de défense soit examiné au fond au cours d'un procès³². La validité d'un plaidoyer de culpabilité vise principalement le caractère volontaire du plaidoyer, c'est-à-dire le fait qu'il ait été fait en toute connaissance de cause et qu'il se fonde sur des faits³³. Si une juridiction des États-Unis estime que ces conditions sont respectées, elle sera apparemment plus encline que les autres juridictions de la *common law* à accepter un plaidoyer équivoque de prime abord en raison de considérations pragmatiques liées aux aspects pratiques et à la réalité du marchandage judiciaire au cours duquel le plaidoyer de culpabilité est porté au crédit de l'accusé sous forme d'une réduction de peine.

30. Il convient, à ce stade, d'envisager certaines restrictions, apportées par d'autres systèmes de la *common law*, à l'exigence d'un plaidoyer de culpabilité sans équivoque. Le Juge Chang Min Tat a déclaré dans l'affaire *PP v. Cheah Chooi Chuan*³⁴ que tout plaidoyer de culpabilité doit être fait sans réserve aucune et de façon inconditionnelle et univoque ; il s'agit là d'un principe fondamental [Traduction non officielle]. Dans l'affaire *Lee Weng Tuck & Anor v. PP*, la Cour suprême de Malaisie a fait observer que : [L] usage veut que, lorsqu'un plaidoyer de culpabilité est équivoque, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas clair ou lorsqu'il est discutable ou conditionnel, ce plaidoyer soit considéré en droit comme un plaidoyer de non-culpabilité et la cour poursuit avec le jugement de l'affaire.³⁵ [Traduction non officielle]

De plus, en Angleterre, le *Blackstones Criminal Practice* stipule que

[s]i un accusé laisse entendre qu'il va plaider coupable mais qu'au moment de son plaidoyer ou qu'après celui-ci, il l'atténue et évoque son crime en des termes qui font penser qu'il peut avoir un moyen de défense la cour ne doit pas passer à la phase

sentencielle en se fondant sur son plaidoyer mais devrait lui expliquer le droit applicable et chercher à vérifier s'il entend réellement plaider coupable. Si l'ambiguïté du plaidoyer ne peut être levée, la cour devrait ordonner qu'un plaidoyer de non-culpabilité soit présenté au nom de l'accusé³⁶. [traduction non officielle]

31. L'aspect équivoque éventuel d'un plaidoyer de culpabilité dépend de l'examen *in limine* de la question de savoir si le plaidoyer de culpabilité était accompagné ou nuancé par des propos décrivant des faits qui constituent un moyen de défense en droit. L'Appelant a plaidé coupable mais a affirmé qu'il avait agi sous la contrainte. Il en résulte, dès lors, que nous devons à présent nous pencher sur la question de savoir si la contrainte peut constituer un moyen de défense exonérant totalement l'auteur du meurtre de personnes innocentes de sa responsabilité pénale.

III. EN DROIT INTERNATIONAL, LA CONTRAINTE PERMET-ELLE D'EXONÉRER TOTALEMENT LA PERSONNE ACCUSÉE D'AVOIR TUÉ DES INNOCENTS ?

32. S'agissant de la première question préliminaire posée aux Parties à cet Appel, à savoir si [e]n droit, quand l'Accusation invoque le crime contre l'humanité et/ou le crime de guerre et que la Défense fonde tout son plaidoyer sur la contrainte, l'accusé peut-il être acquitté si les arguments de la Défense sont établis à l'instance, trois facteurs intéressent cette formulation générale du problème. Premièrement, le crime de guerre ou crime contre l'humanité particulier commis par l'Appelant comprend le meurtre d'êtres humains innocents. Deuxièmement, comme nous le verrons plus loin, la pratique dans les principaux systèmes juridiques du monde révèle une dichotomie claire entre ceux pour qui la contrainte est un moyen de défense exonératoire du meurtre d'une victime innocente et ceux qui rejettent cette excuse. Troisièmement, l'Appelant en l'espèce était un soldat de l'armée serbe de Bosnie menant des opérations de combat en République de Bosnie-Herzégovine au moment des faits. Partant, le débat pourrait être cerné de manière plus précise comme suit : en droit, la contrainte permet-elle d'exonérer totalement un soldat accusé de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre lorsqu'il a tué des personnes innocentes ?

33. Notre point de vue rejoint celui exprimé par notre distingué collègue, M. le Juge Stephen, dans son Opinion individuelle, en ce qui concerne la manière dont la Chambre de première instance a traité les questions des ordres supérieurs et de la contrainte dans le *Jugement portant condamnation*. Nous souhaitons néanmoins ajouter les remarques suivantes. Si elles recourent les observations de M. le Juge Stephen, c'est qu'elles nous semblent mériter d'être soulignées.

1. Le rapport entre les ordres d'un supérieur et la contrainte

34. Les ordres supérieurs et la contrainte sont des concepts distincts et séparés et, souvent, les mêmes circonstances factuelles font intervenir ces deux notions conjointement, particulièrement dans les conflits armés. Nous souscrivons à l'idée que l'obéissance aux ordres supérieurs n'est pas un moyen de défense *en soi* mais constitue plutôt un élément matériel qui peut être pris en compte, en conjonction avec d'autres circonstances de l'affaire, pour évaluer si les moyens de défense invoquant la contrainte ou l'erreur matérielle sont ou non fondés.

35. Cependant, la Chambre de première instance déclare au paragraphe 19 du *Jugement portant condamnation*:

Il en résulte que si la justification tirée de la contrainte morale et/ou de l'état de nécessité nés de l'ordre du supérieur, n'est pas absolument exclue, ses conditions d'application sont particulièrement strictes. Elles doivent être recherchées non seulement dans le fait même de l'ordre supérieur - dont il convient au préalable de prouver l'existence - mais également et surtout dans les circonstances ayant marqué la manière dont l'ordre a été donné et celles dans lesquelles il a été reçu. [Non souligné dans l'original].

Ce passage n'est pas très clair. Si la Chambre de première instance rejette l'idée que la contrainte et les ordres d'un supérieur sont des notions distinctes et si elle entend les confondre en un seul moyen de défense hybride, nous devons respectueusement exprimer des réserves. Si les ordres supérieurs peuvent être simplement considérés comme un élément matériel à prendre en compte pour déterminer si la contrainte est établie dans les faits, l'absence d'ordre ne signifie pas que la contrainte comme moyen de défense est vouée à l'échec.

36. La nature de la relation entre ordres d'un supérieur et contrainte a également été évoquée par l'Accusation à l'audience du 26 mai 1997. Lorsqu'il lui a été demandé si le Tribunal international devrait accorder un traitement différent à un plaidoyer invoquant la contrainte dans une affaire portant sur le meurtre d'êtres humains innocents perpétré en l'absence d'ordre d'un supérieur, elle a répondu :

Nous disons qu'étant donné que ces ordres supérieurs constituent un moyen de défense à rejeter résolument en droit international et pratiquement aucun doute n'est permis sur ce point, quand cet élément s'allie au moyen de la contrainte, somme toute, il est préférable de ne pas l'utiliser comme moyen de défense.[...] même quand il n'y a pas meurtre, j'estime que la contrainte accompagnant l'ordre du supérieur ne devrait que rarement être retenue, encore plus rarement que lorsque seule la contrainte est invoquée³⁷.

L'Accusation argue que le fait que la contrainte soit accompagnée de l'ordre d'un supérieur constitue un motif de rejet du moyen de défense car la soumission à ces ordres, *en soi*, est une excuse spécifiquement rejetée aux termes du Statut. À cet égard, nous souhaitons rappeler que, selon nous, cette obéissance aux ordres d'un supérieur n'est qu'un élément matériel devant être pris en compte pour décider si l'excuse de la contrainte est recevable au fond. Le fait que l'Appelant ait obéi aux ordres d'un supérieur ne répond pas à la question juridique précédente consistant à établir si la contrainte est admissible comme moyen de défense.

2. Crimes contre l'humanité et proportionnalité

37. La Chambre de première instance adopte comme composante nécessaire de l'excuse fondée sur la contrainte la condition que le remède [ne soit] pas disproportionné par rapport au mal³⁸. Cependant, la Chambre de première instance, considérant que, par leur extrême gravité, les crimes contre l'humanité nuisent à l'humanité toute entière, fait observer :

S'agissant du crime contre l'humanité, la Chambre prend en considération qu'il n'y a pas totale équivalence entre la vie de l'accusé et celle de la victime. À la différence du droit commun l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité toute entière³⁹.

Avec tout le respect dû à la Chambre, nous ne pouvons concevoir un remède, invoqué par un accusé, qui puisse être considéré comme proportionnel à un crime commis contre l'humanité toute entière. En faisant observer ce qui précède, la Chambre de première instance semble écarter la possibilité de plaider la contrainte comme moyen de défense lorsque des crimes contre l'humanité sont en cause, mais cette observation contredit le sens général de son *Jugement portant condamnation*, qui semble accepter que la contrainte peut exonérer l'accusé convaincu d'un crime contre l'humanité faisant intervenir le meurtre de personnes innocentes.

3. Traitement incorrect de la question des plaidoyers équivoques

38. Au vu du traitement accordé à la question de savoir si le plaidoyer de l'Appelant était ou non équivoque, il semblerait que la Chambre de première instance n'ait pas différencié deux questions distinctes. La première question consiste à se demander si, en droit international, un plaidoyer fondé sur la contrainte exonère totalement la personne accusée de crime contre l'humanité. Dans l'affirmative, le plaidoyer de l'Appelant était équivoque et la Chambre de première instance aurait dû lui accorder la possibilité de plaider de nouveau, après lui avoir expliqué la nature du plaidoyer de culpabilité et de l'excuse qu'il avait invoqué. Si par la suite, son plaidoyer était demeuré équivoque, la Chambre aurait dû recevoir un plaidoyer de non-culpabilité. Cette question se distingue nettement de celle de savoir si l'excuse est effectivement fondée. Elle aurait dû être examinée et débattue dans le cadre d'un procès et non dans celui d'une audience sentencielle.

39. Nous venons de voir comment la Chambre de première instance a traité la question de la contrainte dans le *Jugement portant condamnation*. Examinons maintenant le droit à appliquer pour déterminer si la contrainte peut être invoquée comme moyen de défense par un soldat accusé d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre pour meurtre de personnes innocentes.

A. Droit applicable

40. Il est généralement admis que les sources de droit international sont énumérées de manière exhaustive à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (Statut de la C.I.J.), libellé comme suit:

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*⁴⁰.

B. Le droit international coutumier (Article 38 1)b) du Statut de la C.I.J.)

41. L'Accusation avance que en droit international, la contrainte ne permet pas d'exonérer totalement la personne accusée de crimes contre l'humanité lorsque l'infraction sous-tendant l'accusation est le meurtre d'êtres humains innocents⁴¹. Elle soutient que la jurisprudence pertinente des tribunaux militaires créés à l'issue de la Deuxième Guerre mondiale ne reconnaît pas la contrainte comme moyen de défense en cas d'accusation portant sur le meurtre de personnes innocentes. Considérant, en outre, qu'il n'existe pas de droit international conventionnel permettant de résoudre la question de la contrainte comme excuse du meurtre, l'Accusation soutient que le droit international coutumier, tel que formulé dans les décisions des tribunaux militaires de l'après-guerre, exclut que la contrainte puisse être ainsi invoquée. Nous démarquant de l'approche adoptée par l'Accusation, nous limiterons notre examen dans cet appel à la question spécifique de savoir si la contrainte exonère totalement le soldat accusé en vertu du droit international du meurtre de personnes innocentes.

42. Aux termes du *Jugement portant condamnation*, la Chambre de première instance déclare que [l] examen de la jurisprudence de l'après-guerre entrepris par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, discuté dans le rapport de 1996 de la Commission du droit international (Supplément n.10 (A/51/10) p. 93) révèle que les tribunaux militaires de l'après-guerre de neuf pays se sont penchés sur la question d'une contrainte exonératoire du crime lui-même⁴². Cette interprétation des conclusions de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre ne résiste pas à un examen approfondi. Au volume XV des Recueils juridiques relatifs aux procès des criminels de guerre de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, 1949, il est seulement déclaré ce qui suit :

L'opinion générale semble donc être que la contrainte peut constituer un moyen de défense si a) l'acte incriminé a été commis pour éviter un danger immédiat, à la fois grave et irréversible ; b) il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de s'y soustraire ; c) le remède n'était pas disproportionné par rapport au mal⁴³. [Traduction non officielle]

La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre ne se penchait pas spécifiquement sur la question de la contrainte en tant que moyen de défense pour des crimes faisant intervenir le meurtre de personnes innocentes lorsqu'elle a exprimé cette opinion générale. Au demeurant, les sources examinées par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre étayaient la thèse selon laquelle, en général, la contrainte ne peut être invoquée comme moyen de défense d'un crime de guerre comprenant le meurtre de personnes innocentes, que l'accusé soit ou non un soldat. Des déclarations spécifiques que la contrainte n'est pas un moyen de défense dans le cas d'un tel crime se trouvent dans les opinions des *Judge-Advocate-Generals* dans les affaires *Stalag Luft III*⁴⁴ et *Feurstein*⁴⁵, toutes deux jugées par des tribunaux militaires britanniques. Ces affaires, en tant que *lex posterior*, annulent la décision antérieure rendue en 1946 par le Tribunal militaire britannique dans l'affaire *Jepser*⁴⁶, dans laquelle une position diamétralement opposée était adoptée, sans citer de source. Nous observons encore que la contrainte comme moyen de défense dans le cas du meurtre de personnes innocentes est expressément rejetée par le *Judge-Advocate-General* dans l'affaire *Hölze*⁴⁷, jugée en 1946 par un tribunal militaire canadien.

43. Nous concluons que la seule affirmation expresse par les tribunaux militaires de l'après-guerre de la possibilité de faire valoir la contrainte comme moyen de défense dans des affaires faisant intervenir le meurtre de personnes innocentes apparaît dans l'affaire *Einsatzgruppen*, jugée par un

tribunal militaire des États-Unis. Le Tribunal a déclaré :

Il faut souligner clairement qu'aucune loi n'exige qu'un innocent doive payer de sa vie ou souffrir de graves violences afin d'éviter de commettre un crime qu'il réprouve. La menace doit cependant être imminente, réelle et inévitable. Aucune cour ne punira un homme qui, menacé par un pistolet chargé braqué sur sa tempe, est forcé d'appuyer sur un bouton fatal⁴⁸. [Traduction non officielle]

Selon nous, cependant, la valeur de cette source est sérieusement sujette à caution, puisque dans l'affaire *Einsatzgruppen*, le Tribunal militaire des États-Unis n'a cité aucune source pour étayer de son opinion selon laquelle la contrainte peut entièrement exonérer du meurtre d'un innocent. Le Tribunal militaire ne pouvait certainement pas se référer à la *common law* des États-Unis, puisqu'il y est établi, depuis les années 1890, que la contrainte n'est pas opposable en cas de meurtre assorti de circonstances aggravantes⁴⁹. Qui plus est, si le point de vue du Tribunal à ce sujet était défendable à l'époque, de nos jours, vu l'évolution du droit, il ne constitue plus une source autorisée. L'article 916 h) du Manuel à l'usage des cours martiales des États-Unis de 1984 (édition 1994) stipule aujourd'hui clairement que la contrainte est exonératoire de toute infraction, à l'exception du meurtre d'une personne innocente [Traduction non officielle]. Dans ce pays, les législations de la quasi-totalité des États rejettent absolument la contrainte comme moyen de défense pour l'auteur d'un meurtre avec circonstances aggravantes. Les commentaires des publicistes les plus qualifiés, reconnus comme une source auxiliaire de droit international par l'article 38 1) d) du Statut de la C.I.J., sont également instructifs. Deux ans après la parution de la décision *Einsatzgruppen* dans l'opus *classicum* du droit international, le professeur Hersch Lauterpacht écrivait : [a]ucun principe de justice et, dans la plupart des communautés civilisées, aucun principe de droit, ne permet qu'une personne se soustraie à la souffrance, voire sauve sa vie aux dépens de la vie d'une ou, comme de nombreux procès de criminels de guerre l'ont montré, aux dépens d'une multitude de vies ou au prix de souffrances infligées à très grande échelle [Traduction non officielle] ; il déclarait en particulier que, dans l'affaire *Einsatzgruppen*, le raisonnement [à l'effet du contraire] du tribunal est fortement contestable⁵⁰. [Traduction non officielle]

44. En conséquence, nous concluons que la décision rendue dans l'affaire *Einsatzgruppen* s'écarte de l'opinion dominante exprimée dans les sources internationales. Il n'existe pas d'autre précédent dans la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux de l'après-guerre qui puisse être cité comme source validant l'idée selon laquelle, en droit international, la contrainte est un moyen de défense exonératoire du meurtre de personnes innocentes.

45. Par souci d'exhaustivité, nous devons renvoyer à la remarque suivante du Tribunal militaire international de Nuremberg :

L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de peine. Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché⁵¹.

Selon nous, cette déclaration peu élaborée ne contribue pas de manière significative à la jurisprudence en la matière. Elle n'était pas vraiment l'affirmation selon laquelle les tribunaux

militaires internationaux de l'après-guerre auraient établi une règle claire, reconnaissant la contrainte comme excuse opposable à l'accusation de meurtre de personnes innocentes et qui serait maintenant consacrée par le droit international coutumier. Ce fait est reconnu par la Commission du droit international lorsqu'elle traite de la contrainte dans son commentaire sur le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, dans lequel elle cite cette remarque du Tribunal de Nuremberg puis ajoute :

Les vues divergent sur la question de savoir si même la plus extrême contrainte peut jamais valablement constituer un fait justificatif ou une circonstance atténuante dans le cas d'un crime particulièrement odieux comme le meurtre d'un être innocent⁵².

1. Aucune règle de droit international coutumier n'existe sur la question de la contrainte en tant qu'excuse du meurtre de personnes innocentes

46. L'Accusation soutient fermement que les opinions des tribunaux militaires de l'après-guerre relatives à la contrainte en tant qu'excuse du meurtre sont devenues parties du droit international coutumier. Peu importe, selon elle si, à l'origine, cette coutume se fondait sur des sources provenant de la *common law*. Cette affirmation mérite d'être citée *in extenso* :

Je tiens simplement à souligner que le fait qu'en la matière, le droit international soit marqué du sceau de la *common law* ne devrait en aucune façon mettre en cause la position du droit international sur la recevabilité de la contrainte comme moyen de défense. La Cour s'entend dire qu'il faut rejeter ce précédent, pourtant investi d'une autorité incontestable, simplement parce qu'il provient de la *common law*. Ceci négligerait la nature essentiellement éclectique du droit international, qui glane des éléments dans les différents systèmes juridiques, souvent au hasard [...] Pour ne citer qu'un exemple, le droit relatif au complot ou plan concerté, examiné en 1944 lors des travaux préparatoires au Statut de Nuremberg, était considéré par la délégation française, je cite Bradley Smith, un important commentateur, comme un concept barbare qui ne devrait pas exister en droit moderne. La délégation russe était tout à fait choquée par la notion de complot. Ceci n'empêche qu'elle a été retenue dans le Statut et développée par la jurisprudence, tant par le Tribunal militaire international que par d'autres Cours instituées au titre de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. On ne saurait arguer aujourd'hui que la notion de complot, parce qu'elle provient de la *common law*, ne devrait pas être considérée comme un concept de droit pénal international.

Nous avançons, M. le Président, que ceci vaut aussi clairement pour le moyen de défense de la contrainte. Le fait que la position du droit international en la matière rejoint celle de la *common law*, pour des raisons historiques ou autres, le fait que, manifestement, en droit international, la contrainte ne peut être invoquée pour excuser d'un meurtre, ne peut en aucun cas être mis en doute du fait des origines de ce concept⁵³. [Traduction non officielle]

47. Un certain nombre d'affaires de crimes de guerre nous ont été présentées à l'appui de la position selon laquelle, en droit international, la contrainte exonère totalement l'auteur du meurtre de personnes innocentes : les affaires *Llandovery Castle*⁵⁴, jugée par la Cour suprême d'Allemagne à Leipzig ; *Mueller et consorts*⁵⁵, portée devant le tribunal militaire belge à Bruxelles et la Cour de

cassation belge ; *Eichmann*⁵⁶, devant la Cour suprême d Israël ; *Papon*⁵⁷, devant la Cour de cassation française ; *Retzlaff et consorts*⁵⁸, portée devant le Tribunal militaire soviétique de Kharkov ; *Sablic et consorts*⁵⁹, jugée par le Tribunal militaire de Belgrade ; les affaires *Bernardi et Randazzo*⁶⁰, *Srà et consort*⁶¹ et *Masetti*⁶², jugées par les Cours d assise et de cassation italiennes; les affaires allemandes *S et K*⁶³, jugées par le Landersgericht de Ravensburg ; du *ghetto de Varsovie*⁶⁴, par la Cour d assise relevant du ressort de la cour de Dortmund et enfin *Wetzling et consort*⁶⁵, par la Cour d assise d Arnsberg.

a) Pertinence et autorité contestables d un certain nombre de ces affaires

48. Les affaires citées au paragraphe 62 intéressent, à divers degrés, la question de la contrainte. Selon nous, cependant, elles ne suffisent pas à étayer la conclusion selon laquelle il existerait une règle de droit coutumier qui autoriserait à invoquer la contrainte comme défense en cas de meurtre de personnes innocentes. Un certain nombre de ces affaires sont d une pertinence et d une autorité contestables. Premièrement, dans l affaire *Papon*, le justiciable n était pas accusé d être l auteur d un meurtre avec circonstances aggravantes mais de complicité d extermination des Juifs pendant la Deuxième Guerre mondiale, en raison de ses activités de fonctionnaire de police ayant procédé à la rafle et à la déportation de Juifs français vers l Allemagne. Deuxièmement, dans les affaires *Retzlaff* et *Sablic*, l excuse de la contrainte a été rejetée et les tribunaux n ont pas indiqué clairement les motifs de ce rejet. Troisièmement, la décision rendue dans l affaire *S.et K.* a en fait été cassée par l instance supérieure en zone française pour violation de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et, par conséquent, son autorité est douteuse. Enfin, dans l affaire du *Ghetto de Varsovie*, les justiciables étaient seulement accusés de complicité de meurtre et il s ensuit que le recours à l argument de la contrainte dans cette affaire ne vaut que pour la complicité de meurtre et non pour le meurtre assorti de circonstances aggravantes.

b) Absence de pratique cohérente et uniforme étayée par *lopinio juris*

49. Si certaines des affaires susmentionnées reflètent clairement les positions de juridictions internes sur la possibilité d invoquer la contrainte pour exonérer totalement l auteur du meurtre d innocents, ni ces positions, ni les principes énoncés sur ce point dans les décisions des tribunaux militaires de l après-guerre ne méritent, selon nous, le statut de droit international coutumier. La Cour internationale de justice a réitéré, de bonne source, dans l affaire du *Plateau continental*, que pour qu une règle entre dans le domaine du droit international coutumier, il faut que la pratique des États ait été fréquente et uniforme, étayée par l *opinio juris sive necessitati*⁶⁶. Dans la mesure où les décisions rendues par les juridictions nationales et le droit interne des États relatifs à la contrainte comme excuse du meurtre peuvent être qualifiées de pratique étatique, il est évident que cette pratique n est absolument pas uniforme. Dans son Acte d appel, la Défense passe en revue les codes pénaux et la législation de 14 juridictions de droit romain dans lesquelles l état de nécessité ou la contrainte sont retenus, comme un principe exonératoire général applicable à tous les crimes. Parmi les juridictions examinées figurent l Autriche, la Belgique, le Brésil, la Grèce, l Italie, la Finlande, les Pays-Bas, la France, l Allemagne, le Pérou, l Espagne, la Suisse, la Suède et l ex-Yougoslavie. Effectivement, les décisions relatives à des crimes de guerre citées dans l Opinion individuelle de M. le Juge Cassese se fondent sur l acceptation de la contrainte comme moyen de défense général applicable à tous les crimes dans les codes pénaux de France, d Italie, d Allemagne, des Pays-Bas et de Belgique. La position claire adoptée dans les divers pays du monde appliquant la *common law* se démarque très nettement de cette acceptation de la contrainte comme excuse du meurtre d innocents. Ces systèmes issus de la *common law* rejettent catégoriquement que l on puisse invoquer la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre. La seule exception vient des États-Unis, où quelques États ont repris à leur compte la Section 2.09 du Code pénal des États-Unis qui prévoit,

dans sa version actuelle, que la contrainte est un moyen de défense général pour tous les crimes. En fait, le rejet de la contrainte comme moyen de défense face au meurtre d êtres humains innocents dans les affaires *Stalag Luft III*⁶⁷ et *Feurstein*⁶⁸, toutes deux jugées par des tribunaux militaires britanniques et dans l affaire *Hölzer*⁶⁹, devant un tribunal militaire canadien, reflète fondamentalement l approche de la *common law*.

50. Non seulement la pratique des États quant à la possibilité pour l accusé de se défendre d une accusation de meurtre en invoquant la contrainte est loin d être uniforme mais, selon nous, cette pratique n est pas étayée par l *opinio juris*. Ici encore, dans la mesure où la pratique des États sur la question de la contrainte comme excuse du meurtre peut être indiquée par les opinions sur ce sujet exprimées dans les décisions des tribunaux militaires nationaux et les législations internes, nous estimons parfaitement inacceptable tout argument selon lequel les États adoptent cette pratique parce qu ils [...] ont le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique à l échelon international⁷⁰.

51. Pour répondre à l argument de l Accusation sur la notion de plan concerté ou complot, présentée au cours des exposés, nous estimons qu elle doit son statut de règle de droit international coutumier au fait qu elle a été incorporée dans le Statut de Nuremberg et que ce dernier a ensuite reçu valeur de coutume, et non pas au fait que les objections du système de droit romain ont été rejetées en chemin. Au demeurant, le complot a clairement été érigé en principe dans le Statut de Nuremberg. En ce qui nous concerne, la contrainte, en tant que notion générale ou, spécifiquement, s appliquant au meurtre, ne figure dans aucun traité ou instrument international ayant par la suite acquis caractère de coutume.

c) Nature internationale contestable des tribunaux

52. Notons encore que dans les affaires susmentionnées, les décisions ont été rendues par des tribunaux militaires nationaux ou des juridictions nationales en vertu de leur droit interne et non du droit international. Les affaires *Bernardi et Randazzo*, *Srà et consorts* et *Massetti* relèvent de cette catégorie de décisions rendues par des juridictions nationales.

53. Des doutes subsistent quant à la nature véritablement internationale des tribunaux militaires de l après-guerre créés en vertu de l Accord de Londres ou de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle. Ceci est corroboré par des déclarations contradictoires concernant le statut international de ces tribunaux. Ainsi, d une part, le Tribunal militaire des États-Unis affirmait, dans l affaire *Flick* :

Le Tribunal n est pas une Cour des États-Unis au sens utilisé dans la Constitution des États-Unis. Il ne s agit ni d une Cour martiale, ni d une commission militaire. Il s agit d un tribunal international créé par le Conseil de contrôle international, l instance législative supérieure des quatre Puissances alliées qui contrôlent actuellement l Allemagne. (Loi n° 10 du Conseil de contrôle international, 20 décembre 1945)... Le Tribunal applique le droit international. Il n est pas lié par la législation des États-Unis...⁷¹ [Traduction non officielle]

La Cour d appel du District of Columbia aux États-Unis a confirmé cette opinion exprimée dans le cadre de l affaire *Flick* en ces termes :

Si la cour ayant jugé Flick n était pas un tribunal des États-Unis, ses décisions ne pourraient être examinées par aucune cour de ce pays... S il s agissait d un tribunal

international, l'affaire est close. Nous estimons qu'il s'agissait, pour l'essentiel, d'un tribunal international. Ses pouvoirs et sa compétence étaient issus de la souveraineté conjointe des quatre puissances victorieuses....⁷² [Traduction non officielle]

Mais, d'autre part, dans l'affaire *Milch*, le Tribunal militaire des États-Unis, déclarait : nous devons constamment garder à l'esprit que ceci est une Cour de justice américaine, appliquant les concepts anciens et fondamentaux de la jurisprudence anglo-saxonne⁷³. [Traduction non officielle]

Puis, dans l'affaire *Justice*, le Tribunal militaire des États-Unis déclarait, sur la question du bien-fondé de l'application du droit allemand :

Le fait que les quatre Puissances exercent le pouvoir législatif suprême dans le gouvernement de l'Allemagne et dans la répression des criminels allemands ne signifie pas que la compétence de ce tribunal dépende de quelque manière que ce soit du droit ou de la souveraineté de l'État allemand. Ce Tribunal tient son pouvoir et sa compétence exclusivement de la volonté et du commandement des Quatre puissances occupantes.⁷⁴[Traduction non officielle]

L'Accusation argue que les tribunaux militaires appliquaient le droit international. Elle a déclaré, durant ses exposés :

Je pense que ces affaires [celles faisant l'objet du volume 15 du rapport de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre] doivent se voir accorder beaucoup plus de poids que n'importe quelle autre décision rendue par une juridiction nationale, dans la mesure où ces affaires tombaient sous le coup du droit international, même si certaines étaient jugées par des tribunaux nationaux des Puissances occupantes. La Loi n° 10 du Conseil de contrôle a été adoptée par les quatre Puissances alliées et dix-neuf autres signataires additionnels, de sorte que l'on peut considérer que cela fait partie du *corpus* du droit international⁷⁵.

54. Ces opinions appellent plusieurs commentaires. Premièrement, si les tribunaux militaires de l'après-guerre créés en vertu de l'Accord de Londres ou de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle ont pu être considérés comme des juridictions internationales, c'est uniquement par référence à leur constitution, leur nature et leur compétence. En effet, la Cour d'appel du District of Columbia aux États-Unis, en concluant que le tribunal ayant jugé Flick était de caractère international, s'intéressait exclusivement à la question de savoir si elle disposait du pouvoir de contrôle juridictionnel nécessaire pour accorder l'*habeas corpus*. Il n'est dit nulle part que les tribunaux appliquaient un droit purement international. Il est vrai que l'Accord de Londres et les parties de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle qui indiquent quel droit devra être appliqué par les tribunaux militaires sont déclaratoires de principes de droit international dans la mesure où ils sont reconnus comme tels par l'Assemblée générale des Nations Unies⁷⁶ [Traduction non officielle]. Cependant, aucune disposition ne traitait de la question de la contrainte en termes généraux ou en tant qu'excuse du meurtre de personnes innocentes, ni dans l'Accord de Londres, ni dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. Par conséquent, lorsque ces tribunaux ont eu à se pencher sur cette question précise, ils ont invariablement eu recours à la jurisprudence de leurs propres instances nationales. Ce point est confirmé par le fait que les tribunaux militaires britanniques ont suivi le droit britannique tandis que ceux des États-Unis ont appliqué le droit des États-Unis.

55. Au vu de ce qui précède, nous estimons qu'aucune règle de droit international coutumier ne traite de la possibilité ou de l'impossibilité d'invoquer la contrainte comme moyen de défense face à une accusation de meurtre d'êtres humains innocents. Les tribunaux militaires de l'après-guerre n'ont pas défini une telle règle. Nous ne pensons pas que les décisions rendues par ces tribunaux ou celles émanant d'autres instances et tribunaux militaires nationaux constituent une pratique étatique cohérente et uniforme étayée par l'*opinio juris sive necessitatis*.

C. Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (Article 38 1) c) du Statut de la C.I.J.)

56. Il convient à présent d'examiner si les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, érigés en source de droit international par l'article 38 1) c) du Statut de la C.I.J., permettent de clarifier quelque peu cette notion fort complexe de contrainte. Le paragraphe 58 du Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies du 3 mai 1993 aiguille expressément le Tribunal international vers cette source de droit :

Il appartiendra au Tribunal international de se prononcer, en se fondant sur les principes généraux du droit reconnus par toutes les nations, sur diverses excuses, telles que l'âge minimum ou l'incapacité mentale, de nature à dégager la responsabilité pénale individuelle d'une personne⁷⁷.

Par ailleurs, l'article 14 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité stipule :

Le tribunal compétent apprécie l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime⁷⁸.

57. Un certain nombre de considérations sont à prendre en compte dans notre analyse de l'application des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées en tant que source de droit international. Premièrement, si les principes généraux de droit doivent être tirés des systèmes juridiques existants, et en particulier des systèmes de droit interne⁷⁹, il est généralement admis que l'élaboration d'un principe[] généra[l] de droit reconnu[] par les nations civilisées ne requiert pas l'examen exhaustif de tous les systèmes juridiques de la planète. Ce serait pratiquement impossible et la Cour internationale de justice, à l'instar des autres tribunaux internationaux qui ont eu recours à l'article 38 1) c) du Statut de la C.I.J., n'a jamais adopté une telle pratique. Deuxièmement, de l'avis d'éminents juristes, dont le Baron Descamps, Président du Comité consultatif de juristes, l'un des objectifs de l'article 38 1) c) est d'éviter les situations *denon-liquet*, c'est-à-dire des situations dans lesquelles les travaux d'un tribunal international se heurtent à l'absence de règles de droit applicables⁸⁰. Troisièmement, il ne faut pas confondre principe général et manifestation concrète de ce principe dans des règles spécifiques. Comme l'a établi la Commission d'arbitrage Italo-Vénézuelienne dans l'affaire *Gentini* :

Une règle est essentiellement pratique et, surtout, contraignante ; il existe des règles de l'art comme il existe des règles de gouvernement, tandis qu'un principe exprime une vérité générale à même de guider notre action, sert de base théorique aux différents actes de notre vie et dont l'application dans la réalité produit une conséquence donnée⁸¹. [Traduction non officielle]

Étant donné ces considérations, notre approche, par nécessité, ne comportera pas de comparaison

directe des règles spécifiques de chacun des systèmes juridiques mondiaux. Nous procéderons plutôt à l'examen des juridictions dont la jurisprudence est disponible en pratique, afin de tenter de dégager une tendance générale, une doctrine ou un principe sous-tendant les règles concrètes de la juridiction en question qui soit compatible avec l'objectif et la mission du Tribunal international.

Comme Sir Arnold McNair le faisait observer dans son Opinion individuelle dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*⁸²

Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé en bloc, toutes faites et complètement équipées d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application des principes généraux de droit. À mon avis, la juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions. [Non souligné dans l'original]

Ainsi, la pratique des tribunaux internationaux consiste généralement à employer le principe général dans sa formulation d'une règle de droit applicable aux faits de l'affaire spécifique dont il est saisi. Cette pratique ressort particulièrement du traitement du principe général de la bonne foi et de l'équité dans les affaires jugées par la Cour internationale de justice et la Cour permanente de justice internationale. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental en mer du Nord*, la Cour internationale de justice a pris en considération les principes d'équité pour formuler la règle régissant la détermination des limites des plateaux continentaux. Dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c/ Belgique)*, jugée par la Cour permanente de justice internationale, M. le Juge Hudson, dans son opinion individuelle, déclare, après avoir admis que l'équité constitue un principe [] général [] de droit reconnu [] par les nations civilisées :

Un important principe d'équité semblerait être que, quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque, une partie qui, de manière continue, n'exécute pas cette obligation, ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie⁸³.

Dans l'affaire relative à *Lusine de Chorzów (Fond)*, la Cour permanente de justice internationale a observé que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer⁸⁴.

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Fond)*, la Cour internationale de justice a établi que

l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale⁸⁵.

58. Pour parvenir à un principe général relatif à la contrainte, nous avons mené un examen limité du traitement de la contrainte dans les systèmes juridiques mondiaux. Cet examen est, par nécessité,

d'une portée limitée et ne constitue pas une analyse comparative exhaustive. Son objectif est, dans la mesure du possible, d'en retirer un principe général de droit qui serve de source de droit international.

1. La contrainte en tant que moyen de défense exonératoire

a) Systèmes de droit romain

59. Les codes pénaux des systèmes issus du droit romain, à quelques exceptions près, considèrent que la contrainte excuse totalement tout crime. Les codes pénaux des pays de droit romain stipulent qu'un accusé agissant sous l'empire de la contrainte ne commet pas de crime, ou n'est pas pénalement responsable, ou n'est pas sanctionné. Notons que certains systèmes de droit romain distinguent la notion de force majeure de celle de contrainte. La force majeure s'entend en l'espèce des situations d'urgence dues à des forces naturelles, cependant que la contrainte se comprend comme faisant référence à l'obligation sous la menace d'un tiers. Lorsqu'un système de droit romain établit une telle distinction, nous nous référons exclusivement aux dispositions relatives à la contrainte.

France

L'article 122-2 du Code pénal français, promulgué le 22 juillet 1992 stipule :

N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister⁸⁶.

Cet article fait clairement ressortir le fait qu'en droit français, la contrainte est reconnue comme une ligne de défense menant à l'acquiescement⁸⁷. En termes figurés, nous dirons que le recours à cette disposition a pour effet de détruire la volonté de la personne agissant sous l'empire de la coercition⁸⁸.

Belgique

L'article 71 du Code pénal belge de 1867 stipule :

Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a agi sous l'empire d'une force irrésistible⁸⁹.

Cette règle s'applique à toute infraction⁹⁰. La Cour de cassation a considéré que pour que la contrainte morale soit recevable, le libre arbitre de la personne en cause ne doit pas être simplement affaibli mais annihilé⁹¹. De même qu'en droit français, la contrainte ne peut être valablement invoquée lorsque la personne agit sous l'empire d'une contrainte qu'elle s'est imposée à elle-même⁹².

Pays-Bas

L'article 40 du Code pénal néerlandais de 1881 est libellé comme suit :

N'est pas punissable celui qui commet un acte auquel il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister [*overmacht*](93).

Le terme *overmacht* signifie force supérieure ; il est parfois traduit par l'expression *force majeure* [en français dans le texte]. Cet article s'applique aux accusations de meurtre⁹⁴. En droit néerlandais, l'article 40 semble recouvrir les notions de contrainte morale⁹⁵ (menaces qui terrassent la volonté) et de force majeure⁹⁶.

Espagne

L'article 20 du Code pénal espagnol de 1995 stipule que n'est pas pénalement responsable l'accusé qui agit sous l'empire d'une peur insurmontable⁹⁷.

Allemagne

La section 35 1) du Code pénal allemand de 1975 (modifié le 15 mai 1987) stipule :

Est réputée non coupable la personne qui commet une infraction afin d'échapper à un danger imminent et irrésistible menaçant sa vie, son intégrité physique, sa liberté ou celles de ses proches ou des personnes à sa charge. Cette disposition ne s'applique pas si, dans les circonstances, l'auteur peut être tenu de supporter ce risque, notamment lorsqu'il a lui-même provoqué le danger ou lorsqu'il a un rapport juridique particulier vis-à-vis du danger. Dans ce deuxième cas, sa peine peut être atténuée en application de la section 49 1)⁹⁸ [Traduction non officielle].

Italie

L'article 54 du Code pénal italien de 1930 (modifié en 1987) stipule :

1) Nul ne peut être puni pour avoir commis des actes sous l'empire de la nécessité de se protéger ou de protéger autrui de la menace imminente d'un préjudice personnel grave, qui n'est pas provoqué volontairement et qui n'est pas évitable, et pourvu que les actes commis soient proportionnels au préjudice issu de la menace.

2) Cette disposition ne s'applique pas à celui qui a un devoir juridique particulier de s'exposer au danger.

3) La disposition du premier alinéa du présent article s'applique même si l'état de nécessité a pour cause la menace d'autrui. Mais, en ce cas, celui qui l'a contrainte à commettre le fait, répond du fait commis par la personne menacée⁹⁹. [Traduction non officielle]

L'article 54 2) est compris comme faisant référence à une obligation morale issue des conditions extérieures (*contrainte morale*). L'article 46 du même code pénal stipule par ailleurs :

N'est pas punissable celui qui a commis le fait, auquel il a été contraint par autrui, à l'aide d'une violence physique à laquelle il ne pouvait résister ou se soustraire d'aucune manière. En pareil cas, l'auteur de la violence répond du fait commis par la personne contrainte. [Traduction non officielle]

L'article 46 relève de la catégorie des facteurs niant l'élément subjectif de la responsabilité pénale (*mens rea*)¹⁰⁰, par opposition à l'article 54 2) qui justifie *actus reus* et partant, nie l'élément objectif de la responsabilité pénale. Aucune infraction n'est exceptée de l'application de ces deux dispositions.

Norvège

Le paragraphe 47 du Code pénal général civil norvégien¹⁰¹ (modifié le premier juillet 1994) stipule :

Nul ne peut être puni pour avoir commis un acte visant à sauver une personne ou des biens d'un danger par ailleurs inévitable lorsque les circonstances lui donnent raison d'avoir considéré ce danger comme particulièrement sérieux par rapport aux dommages pouvant résulter de son acte. [Traduction non officielle]

Il semblerait que ce paragraphe permette d'invoquer la contrainte aussi bien que la force majeure¹⁰².

Suède

La section 4 du Chapitre 24 du Code pénal suédois prévoit la possibilité d'invoquer la nécessité (*nöd*). La notion de *nöd* recouvre aussi bien les forces naturelles que les menaces par la force humaine¹⁰³. La Section 4 est libellée comme suit :

Sauf stipulation expresse parmi les cas énoncés ci-dessus dans le présent Chapitre, quiconque agit sous l'empire de la force majeure, pour éviter un danger menaçant la vie ou la santé, sauver des biens de valeur ou pour d'autres motifs, sera également exempté de toute sanction si l'acte en cause doit être considéré comme défendable au vu de la nature du danger, du préjudice causé à autrui et des circonstances en général. [Traduction non officielle]

Finlande

Le paragraphe 10 du Chapitre III du Code pénal finlandais stipule¹⁰⁴:

Si un individu, pour sauver sa personne ou ses biens ou pour sauver la personne ou les biens d'un tiers d'un danger imminent, a commis un acte punissable, alors d'ailleurs que le salut n'était pas possible, le tribunal examinera, selon l'espèce et les circonstances, si cet individu doit subir une peine à raison de cet acte, ou bien s'il doit encourir la peine entière, ou seulement la peine réduite de la manière indiquée par l'alinéa 1 du § 2.

Venezuela

L'article 65 4) du Code pénal vénézuélien de 1964¹⁰⁵ absout de sa responsabilité pénale l'accusé agissant sous l'empire de la force majeure (*constreñido*) afin de se sauver ou de sauver autrui d'un danger grave et imminent qui n'est pas causé volontairement et ne peut être évité¹⁰⁶.

Nicaragua

L'article 28 5) du Code pénal du Nicaragua de 1974 (modifié en juillet 1994)¹⁰⁷ aboli la responsabilité criminelle de quiconque agit sous l'empire d'une contrainte physique irrésistible ou est contraint, sous la menace d'un danger grave et imminent [Traduction non officielle]. L'article 28 6) exonère celui qui agit sous l'empire de la nécessité de se préserver d'un danger imminent auquel il n'aurait pu autrement se soustraire, si les circonstances étaient telles qu'il ne pouvait pas légitimement être tenu de sacrifier les intérêts menacés [Traduction non officielle]. L'article 28 7) pose en condition que pour être lavé de la responsabilité d'un acte commis pour éviter un mal, au détriment des droits d'autrui, le mal en cause doit être réel, imminent et plus grave que le préjudice causé par ledit acte.

Chili

L'article 10 9) du Code pénal chilien de 1874 (modifié en 1994)¹⁰⁸, stipule que quiconque commet une infraction sous l'empire d'une force irrésistible ou sous la contrainte d'une peur irrépressible est dégagé de sa responsabilité pénale. [Traduction non officielle]

Panama

L'article 37 du Code pénal panaméen de 1982¹⁰⁹ dispose :

Quiconque agit sous la contrainte ou la menace d'un danger réel et grave, que celui-ci résulte ou non des actes d'un tiers, n'est pas coupable, s'il ne pouvait raisonnablement être tenu d'agir autrement. [Traduction non officielle]

Mexique

L'article 15 du Code pénal mexicain de 1931 (modifié en 1994)¹¹⁰ énonce plusieurs motifs d'exonération de la responsabilité. L'article 15 9) déclare que nul crime n'est commis lorsque,

au vu des circonstances d'une infraction, l'auteur de cette infraction ne peut pas raisonnablement être tenu d'agir différemment, parce que la décision d'agir légalement ne lui appartenait pas... [Traduction non officielle]

Ex-Yougoslavie

Le Code pénal de la République socialiste fédérative de Yougoslavie¹¹¹ définissait les principes généraux du droit pénal, y compris les éléments constitutifs de la responsabilité pénale et était appliqué par les Républiques membres de la Fédération ainsi que par les Provinces autonomes de l'ex-Yougoslavie, complété par leur propre législation spécifique. L'Article 10¹¹² du Code modifié de 1990¹¹³, traite de l'excuse fondée sur la force majeure. Il stipule :

- 1) N'est pas réputé infraction l'acte commis en cas de force majeure.
- 2) Un acte est commis sous l'empire de la force majeure, si l'auteur l'a commis pour détourner de lui-même ou d'une autre personne un danger immédiat ne pouvant être imputé à la faute de l'auteur et qui ne pouvait être autrement évité, pourvu que le mal ainsi causé n'excède pas celui qui menaçait.

3) Si l'auteur a lui-même créé le danger par négligence, ou s'il a excédé les limites de la force majeure, le tribunal pourra atténuer sa peine, et s'il a excédé ces limites dans des circonstances particulièrement atténuantes, il pourra même l'exempter de toute peine.

4) Il n'y a pas force majeure quand l'auteur est tenu de s'exposer au danger.
[Traduction non officielle]

b) Les systèmes issus de la *common law*

Angleterre

60. En Angleterre, la contrainte exonère entièrement l'auteur de toute infraction, à l'exception du meurtre, de la tentative de meurtre et, semble-t-il, de la trahison¹¹⁴. Bien qu'aucune source directe ne traite de la possibilité d'invoquer la contrainte comme excuse en cas de tentative de meurtre, l'opinion qui prévaut est qu'il n'y a aucune raison logique, morale ou juridique pour que la contrainte puisse excuser l'auteur d'une tentative de meurtre si cette excuse est refusée à l'auteur d'un meurtre¹¹⁵.

États-Unis et Australie

La position adoptée en Angleterre, à savoir que, d'une manière générale, la contrainte exonère totalement l'auteur d'une infraction pénale, prévaut aux États-Unis et en Australie, avec des variations dans les juridictions des différents États quant à la définition exacte de l'excuse et du type d'infraction pour lesquelles la contrainte ne peut être invoquée¹¹⁶.

Canada

L'article 17 du Code criminel canadien, la contrainte exercée par des menaces dispose :

Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte.

Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infliction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une personne jeune).

Afrique du Sud

Il est établi, aux termes d'un traité de droit pénal sud-africain¹¹⁷ faisant autorité, que :

Ne peut être sanctionnée la conduite criminelle de celui qui, pendant toute la période en cause, était contraint d agir par des menaces produisant la peur, fondée et profonde, que lui-même ou des personnes à sa charge seraient exposées à une mort immédiate ou des lésions corporelles graves s il refusait de s exécuter [Traduction non officielle].

La loi sud-africaine ne tranche pas la question de savoir si la contrainte exonère totalement l auteur d un meurtre au premier degré¹¹⁸.

Inde

La section 94 du Code pénal indien de 1960, modifié en mars 1991¹¹⁹, dispose que :

À l exception du meurtre ou des infractions contre l État passibles de la peine capitale, n est pas réputé être une infraction tout acte commis par une personne qui a agi sous la menace qui, au moment où l acte a été commis, causait la crainte raisonnable qu elle entraînerait la mort immédiate de cette personne, sous réserve que la personne agissant contre son gré ou par crainte raisonnable de subir des conséquences nuisibles autre que la mort immédiate, ne se soit pas placée elle-même sous l empire de cette contrainte. [Traduction non officielle]

Malaisie

Le Code pénal des États Malais Fédérés, qui s inspire du Code pénal indien, dispose dans sa section 94 que :

À l exception du meurtre ou des infractions contre l État passibles de la peine capitale, n est pas réputé être une infraction tout acte commis par une personne qui a agi sous la menace qui, au moment où l acte a été commis, causait la crainte raisonnable qu elle entraînerait inévitablement la mort immédiate de cette personne, sous réserve que la personne agissant contre son gré ou par crainte raisonnable de subir des conséquences nuisibles autre que la mort immédiate, ne se soit pas placée elle-même sous l empire de cette contrainte. [Traduction non officielle]

D après cette section, la peur d une mort immédiate constitue, à la différence de l emprisonnement, la torture ou d un autre châtement, une condition permettant d opposer la contrainte devant les tribunaux¹²⁰.

Nigéria

La section 32 du Code pénal nigérian de 1916 (modifié en 1990)¹²¹ dispose que :

N est pas pénalement responsable la personne qui a agi ou omis d agir en vertu de l une des circonstances suivantes :

.....

4) lorsqu'elle a agi ou omis d'agir afin de se soustraire à une mort immédiate ou à une grave atteinte à son intégrité physique qu'une personne présente menaçait de lui faire subir et était en mesure de lui faire subir, et lorsqu'elle croyait que c'était le seul moyen d'éviter que la menace ne soit mise à exécution. Cette exception ne s'applique pas aux actes ou omissions passibles de la peine capitale, susceptibles de causer une grave atteinte à autrui ou entachés d'une telle intention de nuire ni aux actes ou omissions de personnes qui, s'étant engagées dans une association de malfaiteurs ou une entente illicite, se sont mises elles-mêmes dans la position d'être menacées de telle manière. [Traduction non officielle]

c) Droit pénal d'autres États

Japon

61. Dans le Code pénal japonais de 1907 (modifié en 1968), l'article 37 1) dispose que :

N'est pas passible de sanctions un acte commis par une personne uniquement dans le but de se soustraire à un danger menaçant sa vie, son intégrité, sa liberté, sa propriété ou celles d'autrui, lorsque le mal causé par un tel acte n'exède pas celui qu'elle cherchait à éviter. Cependant, on pourra, à la lumière des circonstances, alléger ou surseoir au châtement d'un acte causant un mal excessif²². [Traduction non officielle]

Chine

Le Code pénal chinois de 1979 dispose dans son article 13 que :

Si un acte qui génère des conséquences objectivement nuisibles ne résulte ni d'une intention de nuire ni d'une négligence mais plutôt de causes auxquelles on ne peut résister et qu'on ne peut anticiper, il ne sera pas considéré comme un crime²³. (Traduction non officielle)

L'article 18 dispose que :

Il n'y a pas de responsabilité pénale pour un acte de prévention d'un danger imminent, qui devait nécessairement être commis pour éviter que ledit danger n'affecte l'intérêt général, les droits de la personne qui a commis l'acte ou ceux d'autrui. Il y a responsabilité pénale lorsque la prévention d'un danger imminent excède les limites nécessaires et cause un mal indu. Cependant, la peine prononcée pour un acte causant un préjudice excessif peut être réduite ou assortie d'un sursis selon les circonstances²⁴. [Traduction non officielle]

Maroc

L'article 142 du Code pénal marocain de 1962 dispose que :

Il n'y a ni crime, délit ni contravention :

.....

2) lorsque l'auteur a été matériellement forcé d'accomplir ou a été matériellement placé dans l'impossibilité d'éviter l'infraction, par un événement provenant d'une cause étrangère auquel il n'a pu résister¹²⁵ ;

Somalie

L'article 27 du Code pénal somalien de 1962 dispose que :

1. Nul ne sera puni pour avoir agi sous l'empire de la contrainte exercée par une autre personne au moyen d'une violence physique à laquelle il ne pouvait ni résister ni se soustraire.

2. La responsabilité d'un tel acte doit être imputée à la personne qui a exercé la contrainte. [Traduction non officielle]

Éthiopie

Il semblerait que les dispositions pénales s'appliquant actuellement en Éthiopie restent celles du Code pénal promulgué par l'Empereur Hailé Sélassié¹²⁶. L'article 67 de ce code traite de la contrainte absolue et dispose que :

Quiconque commet une infraction sous l'empire d'une contrainte physique absolue à laquelle il ne pouvait résister n'est pas passible de sanctions. C'est la personne qui a exercé la contrainte qui répondra de l'infraction. Lorsque la contrainte est de type moral, la Cour aura toute latitude de réduire la peine ou d'y surseoir. [Traduction non officielle]

L'article 68 traite, lui, de la contrainte relative et dispose que :

Si la contrainte n'était pas irrésistible et que la personne concernée était en mesure d'y résister ou d'éviter de commettre l'acte, cette personne sera, en règle générale, passible de sanctions. La Cour a, cependant, toute latitude de réduire la peine, en tenant compte des circonstances de l'affaire, en particulier du degré et de la nature de la contrainte, ainsi que des circonstances personnelles et des rapports de force, d'âge ou de dépendance existant entre la

personne menacée et celle qui la menace. [Traduction non officielle]

2. La contrainte en tant que circonstance atténuante

62. Les législations pénales polonaise et norvégienne relatives au châtement des criminels de guerre rejettent explicitement la contrainte comme moyen de défense exonératoire de la responsabilité dans les crimes de guerre en général et disposent que la contrainte sera, tout au plus, prise en considération pour atténuer la peine. L'article 5 de la Loi polonaise du 11 décembre 1946 relative au

châtiment des criminels de guerre dispose que :

Le fait qu'un acte ou une omission résulte d'une menace, d'un ordre ou d'un commandement n'exempte pas son auteur de sa responsabilité pénale.

Dans de tels cas, la cour peut atténuer la peine en tenant compte des circonstances de l'auteur et du fait¹²⁷. [Traduction non officielle]

L'article 5 de la Loi norvégienne du 15 décembre 1946 relative au châtiment des criminels de guerre étrangers dispose que :

La nécessité et l'ordre d'un supérieur ne peuvent être invoqués pour innocenter un accusé de l'un des crimes visés à l'article premier de la présente Loi. La Cour peut, cependant, tenir compte des circonstances et imposer une peine inférieure au minimum prévu pour le crime en question ou imposer une forme moins sévère de châtiment. Dans le cas de circonstances particulièrement atténuantes, la Cour peut surseoir à la peine¹²⁸. [Traduction non officielle].

a) Exceptions à la règle dans certains systèmes nationaux

63. Dans de nombreuses juridictions internes, certaines infractions ne relèvent pas du domaine d'application de la contrainte comme moyen de défense. La *common law* traditionnelle rejette l'argument de la contrainte pour le meurtre et la trahison¹²⁹. Cependant, de nombreuses législations issues de la *common law* prévoient souvent une liste d'exceptions plus longue¹³⁰.

64. Même si ces infractions sont exclues du domaine d'application de la contrainte comme moyen de défense, la pratique des tribunaux de ces juridictions consiste néanmoins à alléger le châtiment des personnes commettant les infractions figurant dans la liste des exceptions, sauf dans les cas où la peine de mort ou d'emprisonnement à vie est obligatoirement prescrite pour l'infraction. Au Royaume-Uni, la section 3 3) a) du *Criminal Justice Act* de 1991 dispose qu'une cour prend en considération toutes les informations disponibles sur les circonstances entourant la perpétration de l'infraction (y compris les circonstances aggravantes ou atténuantes). [Traduction non officielle]

Les circonstances atténuantes peuvent concerner la gravité de l'infraction et, en particulier, peuvent refléter la culpabilité de l'accusé. Il est clairement établi, aussi bien dans le principe que dans la pratique, que lorsque l'auteur de l'infraction dispose presque d'un moyen de défense excusant sa responsabilité pénale, ceci tendra à réduire la gravité de son infraction. Dans l'affaire *R v. Beaumont*¹³¹, la Cour d'appel a réduit la peine de l'accusé car il avait été incité à commettre l'infraction, alors même que le fait de céder à une telle incitation ne constitue pas en droit anglais un moyen de défense opposable.

De même, la pratique et la jurisprudence australiennes en matière de détermination des peines tiennent compte de la culpabilité de l'auteur de l'infraction. La section 9 2) d) du *Penalties and Sentences Act* de 1992 (Queensland) exige qu'une cour prenne en considération l'étendue de la responsabilité de l'auteur dans l'infraction [Traduction non officielle]. La section 5 2) d) du *Penalties and Sentences Act* de 1991 (Victoria) se réfère à la culpabilité de l'auteur de l'infraction et à son degré de responsabilité dans ladite infraction [Traduction non officielle]. Dans l'affaire *R. v. Okutgen*¹³², la Cour d'appel de l'État de Victoria a considéré que la provocation constitue une circonstance

atténuante pour les crimes violents¹³³. Dans l'affaire *R. v. Evans*¹³⁴, a été retenu le principe qui veut que la peine reflète le degré de participation de l'accusé à l'infraction. On considère alors que le degré de participation reflète le degré de culpabilité de l'auteur de l'infraction.

Aux États-Unis, la contrainte constitue une catégorie spéciale des cas d'allègement de peine, prévus dans les directives fédérales relatives à la détermination des peines (*Federal Sentencing Guidelines and Policy Statements*) prises en application de la section 944 a) du titre 28 du Code des États-Unis (*United States Code*), entré en vigueur le 1er novembre 1987. La directive 5K2.12, intitulée *contrainte et coercition* dispose que :

Si le défendeur a commis l'infraction du fait d'une coercition, d'un chantage ou d'une contrainte graves, dans des circonstances qui ne l'exonèrent pas totalement de sa responsabilité pénale, la cour peut réduire la peine en dessous du minimum prescrit par les directives. L'importance de la réduction doit habituellement dépendre du caractère raisonnable des actions du défendeur et de la gravité éventuelle de sa conduite dans les circonstances telles qu'il les percevait. En général, la coercition ne sera considérée comme suffisamment grave pour justifier une dérogation que lorsqu'elle implique une menace ou une violence corporelle, des dommages importants à la propriété ou un préjudice similaire résultant de l'acte illégitime d'un tiers ou d'un cas de force majeure¹³⁵. [Traduction non officielle]

En Malaisie, la section 176 du Code de procédure pénale se réfère aux informations devant être enregistrées au dossier par les juridictions du premier degré lors des procès sommaires et parmi celles-ci figure, au titre du paragraphe 176 ii) r), le fait que la cour prend note d'éventuelles condamnations, enquêtes de personnalité ou circonstances atténuantes invoquées. [Traduction non officielle]

En Malaisie, la pratique de la Haute Cour a, jusqu'à présent, consisté, sans que cela figure dans les textes, à donner à la défense l'occasion de plaider les circonstances atténuantes bien que ce plaidoyer ne soit pas recevable dans les affaires où la peine capitale est obligatoire¹³⁶.

65. Les tribunaux des systèmes juridiques de tradition civiliste peuvent également réduire le châtiement de l'auteur d'une infraction en se fondant sur la contrainte, lorsque celle-ci n'est pas retenue comme moyen de défense exonératoire. Dans certains systèmes, le pouvoir de réduire la peine sur la base de la contrainte est expressément prévu dans les dispositions traitant de celle-ci¹³⁷. Dans d'autres juridictions où le droit pénal est codifié, la possibilité d'atténuer la peine peut figurer dans les dispositions générales relatives à l'allègement des peines¹³⁸.

3. Le principe général

66. Il ressort de cet examen de la contrainte dans les différents systèmes juridiques que, de façon générale, les nations civilisées retiennent pour principe général du droit qu'un accusé mérite moins le blâme et la peine maximale lorsqu'il a commis l'acte répréhensible sous l'empire de la contrainte. Nous utiliserons le terme de *contrainte (duress)* dans ce contexte pour désigner des menaces imminentes à la vie d'un accusé s'il refuse de commettre un crime et ne ferons pas référence à la terminologie juridique consacrée que chacun des systèmes de tradition civiliste retient comme équivalent du terme anglais de *duress*. Cette atténuation du blâme ressort à l'évidence des différentes règles, de teneur variée, des principaux systèmes juridiques du monde, comme le révèle l'examen auquel nous venons de procéder. D'un côté, nombre de juridictions reconnaissent la contrainte

comme un moyen de défense absolvant totalement l'accusé de toute responsabilité pénale. D'un autre côté, dans d'autres systèmes juridiques, la contrainte ne constitue pas en général un moyen de défense totalement exonérateur mais n'intervient que comme un facteur d'atténuation de la peine imposée à un condamné. L'allègement de peine est aussi pertinent à deux autres égards. En premier lieu, le châtement peut être allégé pour des infractions que les législations de certains pays ont spécifiquement exclues du champ d'application de la contrainte comme moyen de défense. En second lieu, les tribunaux ont le pouvoir d'alléger les peines lorsque les éléments stricts d'une stratégie de défense fondée sur la contrainte n'ont pu être démontrés par les faits.

C'est dans le seul cas où les législations internes ont prévu une peine d'emprisonnement à vie ou une peine de mort obligatoires pour certaines infractions qu'elles ne prennent aucunement en considération le principe général selon lequel une personne qui a commis un crime sous la contrainte est moins blâmable et mérite moins le châtement maximal prévu pour l'infraction en question.

4. La règle applicable

67. Cependant, les règles des divers systèmes juridiques qui prévalent dans le monde ne s'accordent pas sur la question de savoir si la contrainte peut constituer un moyen de défense totalement exonérateur à un combattant accusé d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité ayant causé la mort de personnes innocentes. Comme le montrent les dispositions générales des codes pénaux précitées, les systèmes de tradition civiliste admettent en général, théoriquement, la contrainte comme un moyen de défense totalement exonérateur pour tous les crimes, y compris le meurtre et l'homicide illégal. Par contre, les textes de certains autres systèmes juridiques rejettent catégoriquement la contrainte comme moyen de défense opposable pour un meurtre. En premier lieu, en Norvège et en Pologne, les lois spécifiques relatives aux crimes de guerre n'admettent pas la contrainte comme moyen de défense totalement exonérateur mais permettent qu'elle ne soit prise en considération que pour l'allègement de la peine. En deuxième lieu, le Code pénal éthiopien de 1957, dans son article 67, dispose que seule la contrainte physique absolue peut constituer un moyen de défense totalement exonérateur pour les crimes en général. Lorsque la contrainte est de type moral, ce que nous interprétons comme un cas de contrainte sous l'empire de la menace, l'accusé n'a droit qu'à un allègement de sa peine. Cette réduction de peine peut même, lorsque cela semble approprié, prendre la forme d'une exemption de châtement. En troisième lieu, à l'exception d'une petite minorité de juridictions des États-Unis qui ont adopté sans réserves la section 2.09 du *United States Model Penal Code*, les systèmes issus de la *common law* rejettent la contrainte comme moyen de défense recevable pour le meurtre de personnes innocentes.

a) La jurisprudence de certaines juridictions de tradition civiliste

68. Il convient d'ajouter que même si les codes pénaux de la plupart des juridictions de tradition civiliste n'excluent pas expressément la contrainte comme moyen de défense pour les infractions impliquant la mort de personnes innocentes, les codes pénaux d'Italie¹³⁹, de Norvège¹⁴⁰, de Suède¹⁴¹, du Nicaragua¹⁴², du Japon¹⁴³ et de l'ex-Yougoslavie¹⁴⁴ exigent un élément de proportionnalité entre le mal infligé par l'acte de l'accusé et le mal dont il a été menacé. Cette exigence a pour effet de laisser à la jurisprudence de ces juridictions de tradition civiliste le soin de trancher la question de savoir si le meurtre de personnes innocentes peut éventuellement être proportionnel à la menace pesant sur la vie d'un accusé. La réponse à cette question n'est pas essentielle en l'espèce et il suffit de dire que les tribunaux de certaines juridictions de tradition civiliste peuvent très bien rejeter systématiquement la contrainte comme moyen de défense

recevable dans le cas du meurtre de personnes innocentes, au motif que l'exigence de proportionnalité prévue dans les textes régissant la notion de contrainte n'est pas satisfaite¹⁴⁵. Par exemple, la jurisprudence norvégienne ne retient pas la contrainte comme moyen de défense recevable pour un meurtre. Durant les derniers mois de la Deuxième Guerre mondiale, trois policiers norvégiens ont été forcés de participer à l'exécution d'un compatriote condamné à mort par un tribunal nazi. Après la guerre, ils furent poursuivis au titre des dispositions du Code pénal général civil norvégien relatives à la trahison (paragraphe 86) et au meurtre (paragraphe 233) et ils invoquèrent la contrainte (paragraphe 47) comme moyen de défense. Il a été exposé à la cour que s'ils avaient refusé d'obéir à l'ordre, ils auraient été exécutés en même temps que la personne qui avait été condamnée. Tout en acceptant la version des faits présentée par les accusés, la cour a cependant refusé de qualifier leur acte de légitime et a affirmé :

Et lorsqu'il en est ainsi, le Code pénal ne permet pas que les accusés soient exemptés de châtimement uniquement parce qu'ils ont agi sous la contrainte, même si elle était d'une nature aussi grave qu'en l'espèce, puisque d'après la décision de la cour d'assises, il est clair que l'usage de la force n'a pas empêché le comportement des accusés d'être intentionnel¹⁴⁶. [Traduction non officielle]

En d'autres termes, la cour norvégienne a conclu que la condition de proportionnalité requise au paragraphe 47 entre le mal infligé par l'acte des accusés et le mal dont ils étaient menacés n'était pas remplie. Ainsi, malgré l'applicabilité générale à tous les crimes du paragraphe 47 tel qu'il est formulé dans le code, il semble qu'une cour norvégienne, interprétant cette disposition générale, refusa à l'accusé d'un meurtre la contrainte comme moyen de défense parce que le paragraphe 47 exige que les circonstances justifient l'acte de l'accusé en termes d'un danger particulièrement significatif par rapport au dommage qui pourrait découler de son acte. [Traduction non officielle]

69. De plus, les dispositions régissant la contrainte dans les codes pénaux d'Allemagne et d'ex-Yougoslavie suggèrent la possibilité que des soldats, à l'inverse des civils, puissent être, lors d'un conflit armé, privés du recours à la contrainte comme moyen de défense totalement exonératoire, du fait de la nature particulière de leur profession. La section 35 1) du Code pénal allemand dispose que la contrainte n'est pas opposable si, en vertu des circonstances, (l'auteur de l'acte) pouvait raisonnablement être tenu de supporter ce risque, notamment lorsqu'il relève d'un statut juridique particulier vis-à-vis du danger. Dans ce deuxième cas, sa peine pourra être allégée en application de la section 49 1). L'article 10 4) du Code pénal de la République socialiste fédérative de Yougoslavie dispose que [i]l n'y a pas force majeure quand l'auteur est tenu de s'exposer au danger. [Traduction non officielle]

b. Fondement du rejet par la *common law* de la contrainte en tant que moyen de défense

70. Le meurtre figure systématiquement dans toutes les listes d'infractions pour lesquelles les législations des systèmes issus de la *common law* n'admettent pas une défense basée sur la contrainte. Dans la *common law* anglaise, la règle est que la contrainte ne constitue pas un moyen de défense pour le meurtre, que ce soit pour l'auteur ou le complice du crime. La Chambre des Lords, dans l'affaire *R v. Howe and Others*¹⁴⁷ est allée à l'encontre de la décision prise précédemment par une Chambre des Lords différemment composée pour l'affaire *Lynch v. DPP for Northern Ireland*¹⁴⁸, qui avait conclu que la contrainte pouvait constituer un moyen de défense pour le coauteur d'un meurtre. L'affaire *R v. Howe and Others* a donc rétabli la position de la *common law* anglaise dans son courant traditionnel, à savoir que la contrainte n'est généralement pas un moyen de défense recevable dans les affaires de meurtre. Deux aspects caractérisent cette position. Le premier

est le rejet ferme de la conception en droit anglais de la contrainte comme affectant généralement le caractère volontaire de l' *actus reus* ou du *mens rea*¹⁴⁹. Dans l'affaire *R v. Howe and Others* Lord Hailsham affirme en page 777 :

le second point de vue inacceptable consiste à dire que, en raison peut-être d'un malentendu intervenu à la lecture de certains jugements, la contrainte en tant que moyen de défense n'affecte que l'existence ou l'absence du *mens rea*. Le point de vue correct est à trouver dans l'affaire *Lynch* [1975] 1 AC 653 en p. 703, exprimé par Lord Kilbrandon (de la minorité) et Lord Edmund-Davies (de la majorité) dans leur analyse. Lord Kilbrandon a affirmé :

.... la décision de l'homme menacé dont la volonté succombe à la menace est une décision calculée de faire ce qu'il sait être mal, si bien que c'est la décision d'un homme dont l'esprit, peut-être dans une mesure exceptionnellement limitée, est un 'esprit coupable' [Traduction non officielle]

Dans son allocution dans l'affaire *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, Lord Wilberforce souligne que :

un résultat analogue est obtenu dans un contexte juridique de tradition civiliste : la contrainte ne détruit pas la volonté, par exemple, de contracter, mais empêche la loi d'accepter la validité du contrat qui en résulte¹⁵⁰. [Traduction non officielle]

Il est intéressant de noter que cette conception de la contrainte est partagée par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Bernardi et Randazzo*, à l'occasion de laquelle elle a affirmé que :

(la contrainte) laisse intacts tous les éléments d'imputabilité pénale. La personne en question agit avec un libre arbitre diminué, mais agit volontairement afin de se soustraire à un danger imminent et inévitable menaçant gravement son intégrité physique.¹⁵¹ [Traduction non officielle]

71. Étant donné que la *common law* considère que la contrainte n'annihile pas le *mens rea*, la question de la recevabilité de ce moyen de défense équivaut à celle de savoir si la conduite du défendeur doit être justifiée ou excusée, en dépit de la stricte détermination des éléments de l'infraction. Le second aspect qui caractérise la position de la *common law* consistant à rejeter la contrainte comme moyen de défense est celui de l'affirmation en droit d'un absolu moral. Ce caractère moral a été systématiquement souligné par une longue série d'autorités du droit anglais et il est accepté, par les cours d'autres juridictions issues de la *common law*, comme fondement du rejet de la contrainte en tant que moyen de défense pour un meurtre¹⁵². C'est également sur la base de ce principe moral que les Tribunaux militaires britanniques saisis des affaires *Stalag Luft III* et *Feurstein* ont rejeté la contrainte comme moyen de défense pour un meurtre.

Dans son ouvrage *Pleas of the Crown*, Lord Hale affirme :

.... si un homme est attaqué avec acharnement, se retrouve en danger de mort et ne peut s'y soustraire sans satisfaire à l'exigence de son assaillant, à savoir tuer une personne innocente présente au même moment, la peur et la contrainte réelle ne l'acquitteront pas de son crime et ne le dispenseront pas de son châtement pour meurtre, s'il finit par commettre l'acte en question ; car il aurait dû préférer mourir

lui-même plutôt que de tuer un innocent [153](#) [Traduction non officielle]

Blackstone estimait qu'un homme soumis à la contrainte

devrait préférer mourir lui-même que se soustraire à la mort par le meurtre d'un innocent¹⁵⁴. [Traduction non officielle]

Dans l'affaire *R v. Howe*¹⁵⁵, Lord Griffiths formulait ainsi le principe :

Il [le rejet de la contrainte comme moyen de défense pour un meurtre] est basé sur le caractère particulièrement sacré que le droit attache à la vie humaine et qui nie à un homme le droit de prendre une vie innocente même au prix de sa propre vie ou de celle d'une autre personne. [Traduction non officielle]

Dans la même affaire, Lord Mackay de Clashfern affirmait :

Il me semble évident que la raison pour laquelle les auteurs faisant autorité ont si longtemps maintenu que la contrainte n'était pas un moyen de défense recevable dans les affaires de meurtre était l'importance suprême que le droit accordait à la protection de la vie humaine et le fait qu'il semblait répugnant que le droit puisse permettre à quelque individu, dans quelques circonstances que ce soit, même les plus extrêmes, de choisir qu'une personne innocente soit tuée plutôt qu'une autre¹⁵⁶. [Traduction non officielle]

Voici comment Lord Jauncey de Tullichettle exprimait son point de vue dans l'affaire *R v. Gotts* :

La raison pour laquelle la contrainte a si longtemps été considérée comme un moyen de défense irrecevable dans les affaires de meurtre est que le droit accorde à la vie humaine et à sa protection une importance capitale... Je suis d'accord avec Lord Griffiths (*Reg. v. Howe* [1987] AC 417, 444A) lorsqu'il affirme que rien ne devrait être accompli qui puisse amoindrir d'une quelconque manière le devoir le plus sacré du droit qui est de protéger la vie et la liberté de ceux qui en relèvent [157](#). [Traduction non officielle]

c) Aucune règle générale ne se dégage de l'examen des principaux systèmes juridiques du monde

72. Il ressort à l'évidence des différentes positions des principaux systèmes juridiques du monde qu'il ne se dégage aucune règle générale concrète répondant à la question de savoir si la contrainte constitue ou non un moyen de défense pour le meurtre de personnes innocentes. Il est impossible de réconcilier les points de vue opposés et nous pensons, en fait, que cette question ne devrait pas faire l'objet d'une concurrence entre *common law* et droit de tradition civiliste.

Nous aborderons donc ce problème en tenant compte du contexte spécifique dans lequel le Tribunal international a été établi, des crimes pour lesquels il est compétent et du fait que son Statut dispose que son mandat est afférent à des violations graves du droit international humanitaire .

D. La règle applicable en l'espèce

1. Un mandat normatif en matière de droit pénal international

73. Nous acceptons l'argument exposé par l'Accusation lors de l'audience du 26 mai 1997 :

Je dirai effectivement même dans un tel scénario où le fait de prendre une seule vie peut permettre d'en sauver dix, il peut y avoir des raisons de droit qui ne suffiraient pas à assurer toute la défense, mais qui compenseraient l'absence de choix moral par d'autres moyens, par exemple par la sentence. Je crois que c'est là le raisonnement qui caractérise la *common law* il n'y avait pas de raison catégorique impérative disant qu'il faut, de toute façon, appliquer la contrainte. Il se peut que ce soit basé sur ce que l'on attend raisonnablement au vu des circonstances et lorsque l'on s'attend au mal, au détriment qu'une telle décision pourrait signifier pour l'ensemble de la société¹⁵⁸.

Il est certain que le souci du mal que l'acceptation de la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre pourrait infliger à la société a été un élément déterminant de la position anglaise. Nous citerons à cet égard Lord Simon qui affirmait, à l'occasion de l'affaire *Lynch v. DPP for Northern Ireland* :

J'ai parlé des maux sociaux qui pourraient découler de la reconnaissance de la contrainte comme moyen de défense général. Cela ne permettrait-il pas à un chef de bande, notoirement violent, de conférer à son organisation, par l'exercice de la terreur en son sein, une immunité par rapport au droit pénal ? Chaque membre de la bande pourrait alors dire sincèrement : le prix de ma désobéissance, c'était ma vie . Or n'est-ce pas là en substance le plaidoyer de l'Appellante ? Nous ne permettons pas en général à un supérieur de conférer une telle immunité à ses subordonnés au motif de l'obéissance à un ordre émanant d'en haut : pourquoi devrions-nous l'admettre pour des terroristes ? Il ne semblerait pas non plus suffisant de stipuler qu'aucune personne ne peut plaider la contrainte si elle s'est elle-même mise dans la position où la contrainte pouvait être exercée contre elle. Est-ce que son engagement premier et son adhésion à la bande n'étaient pas eux-mêmes induits par la terreur ? Serait-il juste d'exclure toute défense basée sur la contrainte au motif que la personne qui la subit aurait dû rechercher la protection de la police, si la police n'aurait pu lui garantir d'immunité ou si la coopération de la police était raisonnablement susceptible d'être elle-même une garantie de représailles physiques ? Je suggère respectueusement que Vos Seigneuries y réfléchissent longuement, afin de ne pas entériner une charte pour terroristes, chefs de bandes et ravisseurs¹⁵⁹. [Traduction non officielle]

74. La majorité du Conseil privé dans l'affaire *Abbott v. The Queen* a observé :

Il semble incroyablement à leurs Seigneuries que dans une société civilisée, des actes tels que ceux de l'Appellante, sous quelque menace qu'ils aient été commis, puissent être considérés comme excusables ou légaux. Nous ne vivons pas dans un monde utopique où la vague montante de violence et de terrorisme pourrait être contenue seulement par la seule vertu d'une logique stricte et de subtilités intellectuelles. Le bon sens révèle à coup sûr les dangers supplémentaires auquel le public serait exposé dans ce monde moderne si [la contrainte était acceptée comme moyen de défense pour le meurtre] [et ceci] pourrait avoir des conséquences profondes et

désastreuses sur la sécurité publique, sans parler des importantes répercussions sociales, éthiques et peut-être politiques¹⁶⁰. [Traduction non officielle]

Dans son *opus classicum* sur le droit pénal en Angleterre, Stephen faisait la démonstration suivante :

C est sûrement en cette époque où la tentation du crime est la plus forte que le droit devrait se prononcer le plus clairement et le plus emphatiquement contre. Il est, bien sûr, malheureux qu'un homme soit pris entre deux feux [c'est-à-dire être tué par celui qui le menace s'il désobéit ou être reconnu coupable par la loi s'il obéit], mais ce serait un bien plus grand malheur pour la société dans son ensemble si les criminels pouvaient conférer l'impunité à leurs agents en les menaçant de mort ou de violences en cas de refus d'obéir. Si l'impunité pouvait être ainsi assurée, cela reviendrait à ouvrir grand la porte à la collusion et à encourager la constitution d'associations de malfaiteurs, qu'elles soient secrètes ou non. Il est indéniable que la culpabilité morale d'une personne qui a commis un crime sous l'empire de la menace est inférieure à celle de la personne qui le commet librement, mais cette circonstance devrait être, le cas échéant, prise en considération par un allègement proportionnel du châtement de l'auteur du crime¹⁶¹. [Traduction non officielle]

La préférence pour une approche pragmatique qui tiendrait compte du but normatif du droit pénal par rapport à une approche basée sur des raisonnements généraux excessivement abstraits a été exprimée d'une manière non conventionnelle mais efficace par le Juge Jardin à l'occasion de l'affaire *Devji Govindiji* à Bombay :

Toute notre formation de juges, toutes les grandes décisions portent à rejeter les théories qui facilitent le crime et excusent les actes atroces Nos Cours n'ont pas pour vocation de discuter les diverses motivations du crime au plan métaphysique, ni de s'asseoir, à l'instar des anges déchus, pour discuter abstraitement de

Providence, prescience, volonté et destinée
Sort scellé, libre arbitre absolue prescience,
et se perdre à jamais dans des labyrinthes enchevêtrés¹⁶².
[Traduction non officielle]

75. Le point qui ressort de ces passages éloquentes est que le droit ne doit pas être le produit ou l'esclave d'une logique excessive ou de l'ergotage intellectuel mais doit servir des buts normatifs plus larges au vu de son rôle social, politique et économique. Il convient de noter que les autorités que nous venons de citer ont formulé leurs avertissements de prudence pour leurs sociétés et par rapport à un éventail d'infractions ordinaires, dont l'enlèvement, l'agression, le vol et le meurtre. Tout en réservant nos commentaires sur la règle appropriée dans un contexte interne, nous ne pouvons que souligner que nous ne connaissons pas, au Tribunal international, des crimes ordinaires commis dans un contexte national. Le domaine d'intervention du Tribunal international concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis dans le cadre de conflits armés d'une extrême violence et à grande échelle. Nous ne connaissons pas des activités des terroristes, chefs de bandes et ravisseurs sévissant dans les limites des frontières des États. Notre souci est qu'en ce qui concerne les crimes les plus atroces aux yeux de l'humanité, les principes du droit auxquels nous ajoutons foi aient l'effet normatif adéquat sur les soldats portant des armes de destruction et sur les commandants qui les contrôlent lors des situations de conflits armés. Par exemple, les faits de l'espèce qui nous intéressent concernent le massacre de sang-froid de 1 200 hommes et garçons par des soldats utilisant des armes automatiques. Nous devons garder à l'esprit que nous travaillons dans le cadre du droit

international humanitaire dont l'un des objectifs premiers est la protection des personnes faibles et vulnérables dans une situation comme celle-ci où leur vie et leur sécurité sont menacées. Les inquiétudes soulevées par le mal que pourrait causer le fait de considérer la contrainte comme un moyen de défense opposable en cas de meurtre ont suffi à persuader une majorité des membres de la Chambre des Lords et du Conseil privé de rejeter catégoriquement ce moyen de défense dans le contexte national, afin de prévenir la croissance de la criminalité interne et l'impunité des malfaiteurs. Sont-elles à présent insuffisantes pour nous persuader de rejeter de même la contrainte comme moyen de défense totalement exonératoire dans notre application d'un droit conçu pour tenir compte des soucis humanitaires dans le contexte de guerres cruelles, pour punir les auteurs de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre et pour empêcher que de tels crimes soient commis à l'avenir ? Si les droits internes rejettent la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre de personnes innocentes, le droit pénal international ne peut faire moins que de s'aligner sur cette politique puisqu'il connaît de meurtres d'une bien plus grande importance. Si le droit interne rejette la contrainte comme moyen de défense même dans une affaire dans laquelle une seule vie innocente a été prise du fait d'un acte commis sous la contrainte, le droit international ne peut, à notre avis, admettre l'argument de la contrainte dans des affaires impliquant le massacre à grande échelle de personnes innocentes. Nous devons nous soucier particulièrement de faciliter le développement et l'efficacité du droit international humanitaire et de promouvoir ses objectifs et son application en reconnaissant l'effet normatif que le droit pénal devrait avoir sur ceux qui en relèvent. En effet, la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité établit expressément le Tribunal international en tant que mesure propre à faire cesser ces violations [flagrantes et généralisées] du droit humanitaire international [sur le territoire de l'ex-Yougoslavie] et à en réparer effectivement les effets et à contribuer ainsi à rétablir et à maintenir la paix.

76. D'aucuns avancent que même si les juridictions de tradition civiliste admettent la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre, rien ne prouve que des crimes tels que le meurtre ou le terrorisme soient plus fréquents dans ces sociétés que dans les juridictions de *common law*. Nous ne sommes pas convaincus par cet argument. Nous nous intéressons d'abord aux conflits armés durant lesquels les vies des civils, c'est-à-dire les vies des plus vulnérables, courent de grands risques. Les annales de l'histoire des conflits armés, passés et récents, donnent d'innombrables exemples de menaces proférées par des supérieurs à l'encontre des combattants sous leurs ordres lorsque ces derniers hésitaient ou refusaient d'exécuter des ordres qui constituaient clairement des infractions au droit international humanitaire. On ne peut nier que lors d'un conflit armé, les situations où des personnes sont forcées, sous la contrainte, de commettre des crimes, deviennent beaucoup plus fréquentes et que ces crimes deviennent bien plus importants que ceux commis en période de paix dans un contexte national.

77. Des considérations politiques pratiques obligent les organes législatifs de la plupart des juridictions de la *common law* à rejeter la contrainte comme moyen de défense non seulement pour les affaires de meurtre mais aussi pour de nombreuses infractions, car le contraire les forcerait à s'engager dans de complexes et tortueuses explorations des rapports entre le droit et la morale. Comme le révèle l'examen des positions en matière de contrainte de divers systèmes juridiques, la *common law* en Angleterre considère que la contrainte est un moyen de défense irrecevable non seulement pour le meurtre mais également pour certaines formes graves de trahison. En Malaisie, on ne peut exciper de la contrainte pour les affaires de meurtre mais aussi pour nombre d'infractions contre l'État passibles de la peine capitale⁶³. Dans les États d'Australie dotés d'un code pénal, les dispositions réglementaires contiennent une liste d'infractions faisant exception à la règle de la contrainte comme moyen de défense. C'est l'État de Tasmanie qui a prévu la plus longue liste d'exceptions, puisqu'il considère que la contrainte n'est pas un moyen de défense recevable pour le meurtre, la tentative de meurtre, la trahison, la piraterie, les infractions relevant de la piraterie, le fait

d infliger de graves lésions physiques, le viol, le rapt, l attaque à main armée, le vol qualifié et l incendie volontaire¹⁶⁴.

Les organes législatifs qui ont rejeté la contrainte comme moyen de défense pour certains crimes précis se contentent donc de satisfaire l intérêt de la justice par l intermédiaire de l allègement de peine.

78. Nous ne pensons pas que cette incursion dans des considérations de politique générale soit injustifiée. Il serait naïf de croire que le droit international s applique et se développe en vase clos, sans être influencé par des considérations de politique économique et sociale. D aucun pensent que le droit international devrait prendre ses distances par rapport à la politique sociale et ce point de vue a été explicité par la Cour internationale de justice à l occasion des affaires du *Sud-Ouest africain*¹⁶⁵ où elle affirmait que : [l]e droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c est précisément pour cette raison qu il ne peut y répondre que dans le cadre et à l intérieur de la discipline qu il constitue . Nous sommes d avis que cette séparation entre droit et politique sociale n est pas pertinente au regard de l application du droit international humanitaire à des crimes intervenant en temps de guerre. Il nous semble évident que, quelle que soit la distinction opérée entre l ordre juridique international et les ordres juridiques internes en général, cette distinction n est pas parfaite en matière de droit pénal qui, aussi bien au plan international qu au plan interne, vise des buts similaires. À l échelon national, droit pénal et politique pénale sont intimement liés. Il n y a pas de raison pour qu il n en soit pas de même en droit pénal international. Nous nous rangeons à l avis de Mme Rosalyn Higgins (à l époque professeur de droit) lorsqu elle soutient que :

Le fait de se référer au point de vue juridique correct ou aux règles ne peut éviter l élément de choix (même s il cherche à le travestir), de même qu il ne peut orienter vers la décision préférable. En opérant ce choix, on doit systématiquement prendre en considération les buts humanitaires, moraux et sociaux du droit... Dès qu il y a ambiguïté ou incertitude, il peut être approprié d opérer le choix à la lumière de considérations politiques¹⁶⁶. [Traduction non officielle]

Il apparaît que l esprit de cette thèse ne consiste pas à dire que les considérations politiques dominent le droit mais plutôt qu elles doivent être prises en compte pour trancher une espèce lorsque cela semble approprié. C est précisément l approche que nous avons adoptée pour aborder, dans le cadre du droit international, la notion de contrainte en tant qu élément exonérateur pour le meurtre de personnes innocentes. Même si l on néglige totalement les considérations politiques, le droit n en verra pas moins s écrouler son ambition de neutralité car même un tel refus [de reconnaître les facteurs politiques et sociaux] n est pas sans entraîner ses propres conséquences politiques et sociales. Il n y a aucun moyen d éviter la relation essentielle entre droit et politique¹⁶⁷. [Traduction non officielle]

2. Le cas où les victimes mourront de toute façon, même si l accusé ne participe pas à l exécution, constitue-t-il une exception ?

79. Lors de l audience du 26 mai 1997, il a été suggéré que ni les précédents anglais ni les décisions des tribunaux militaires d après-guerre n avaient spécifiquement traité des situations dans lesquelles l accusé devait choisir entre mourir lui-même s il n obéissait pas à l ordre de tuer ou participer à une tuerie qui allait de toute façon se produire, même s il n y participait pas. Il a été avancé que dans une telle situation où le sort de la victime était déjà scellé, la contrainte devrait être admise comme moyen de défense totalement exonérateur, ceci parce que l accusé ne choisit pas alors qu un être

humain innocent meure plutôt qu'un autre¹⁶⁸. Dans une situation où la victime ou les victimes auraient de toute façon péri, comme en l'occurrence dans l'espèce qui nous intéresse puisqu'elles devaient être exécutées par un peloton, l'accusé n'aurait eu aucune raison de sacrifier sa vie. L'accusé n'aurait pas pu sauver la vie de la victime en faisant le sacrifice de la sienne et donc, d'après cet argument, il serait injuste et illogique que le droit attende d'un accusé qu'il sacrifie sa vie tout en sachant que la/les victimes mourront de toute façon. Cet argument, dit-on, est validé dans l'affaire italienne *Masetti*¹⁶⁹ qui s'est tenue devant la Cour d'assises de L'Aquila. Dans cette affaire, l'accusé a excipé de la contrainte pour répondre de l'incrimination d'avoir organisé l'exécution de deux partisans après en avoir reçu l'ordre par le chef du bataillon. La Cour d'assises l'a acquitté au motif de la contrainte et a affirmé :

.... l'éventuel sacrifice [de leur propre vie] par Masetti et ses hommes [les membres du peloton d'exécution] aurait de toute façon été vain et sans effet sur la situation désespérée des personnes qui devaient être exécutées et qui l'auraient été dans tous les cas, avec ou sans lui [l'accusé]¹⁷⁰. [Traduction non officielle]

Nous estimons avoir dûment examiné cette approche, que pour des raisons pratiques nous appellerons l'approche *Masetti*. Nous rejetons l'approche *Masetti* pour les raisons exposées ci-dessous.

3. Rejet de l'utilitarisme et du principe de proportionnalité lorsqu'il s'agit de déterminer le poids de la vie humaine.

80. L'approche *Masetti* a pour point de départ une logique strictement utilitariste basée sur le fait que si la victime doit mourir de toute façon, l'accusé ne peut en aucune manière encourir de blâme moral pour avoir participé à son exécution. Comme il serait injuste que le droit attende de l'accusé qu'il meure pour rien, il n'y a absolument aucune raison pour qu'il meure. Il devrait être immédiatement flagrant que l'affirmation que l'accusé n'encourt pas de blâme moral dans les cas où la victime aurait péri de toute façon dépend, de nouveau, entièrement du point de vue d'une morale utilitariste. À notre avis, ceci ne contre pas notre véritable argument pour le rejet de la contrainte comme motif exonérateur pour le meurtre de personnes innocentes. Notre approche n'implique pas de comparer le mal infligé si l'on tue ou pas mais repose sur l'application, dans le contexte du droit international humanitaire, de la règle selon laquelle la contrainte ne justifie ni n'excuse le meurtre d'une personne innocente. Notre opinion s'appuie sur la reconnaissance du principe que le droit international humanitaire devrait guider la conduite des combattants et de leurs chefs. Il doit y avoir des limites légales à la conduite des combattants et de leurs chefs dans les conflits armés. Dans l'esprit du droit international humanitaire, nous refusons la recevabilité de la contrainte en tant que moyen de défense totalement exonérateur pour des combattants qui ont tué des personnes innocentes. Notre choix annonce sans équivoque que ceux qui tuent des personnes innocentes ne pourront pas se prévaloir de la contrainte en tant que moyen de défense et se soustraire ainsi en toute impunité à leur responsabilité pénale dans la mort d'innocents.

a) Proportionnalité ?

81. La notion de proportionnalité est fréquemment soulevée dans la maigre jurisprudence relative à la contrainte. De fait, un élément central de la question de la contrainte dans la décision *Masetti* était de savoir si l'exigence de proportionnalité prescrite à l'article 54 du Code pénal italien était satisfaite lorsque des vies innocentes étaient prises. Dans l'approche *Masetti*, si les victimes devaient de toute façon mourir, le meurtre des victimes par l'accusé est apparemment proportionnel au sort réservé à l'accusé.

La proportionnalité n'est qu'un autre moyen de se référer à l'approche utilitariste qui consiste à comparer le mal infligé par chacune des deux branches de l'alternative. Elle n'ajoute rien au débat lorsqu'il s'agit de peser des vies humaines et lorsque le droit doit déterminer, parce qu'il s'en suivra une certaine conséquence juridique, qu'une vie ou une série de vies a plus de valeur qu'une autre. L'Accusation attire notre attention sur la grande difficulté de juger la proportionnalité en matière de vies humaines dont les poids seraient à comparer :

[Pourquoi ne peut-on pas retenir la contrainte comme moyen de défense ?] Parce qu'on le voit tout de suite sous l'angle de la philosophie. L'acte d'équilibrage est des plus périlleux. Il serait très difficile, vu les circonstances. C'est pratiquement un jeu de roulette ou une équation mathématique. Est-il préférable de sauver dix vies ou plutôt de sauver la vie d'un petit enfant ? Est-il préférable de lui sauver la vie que de sauver la vie de deux personnes âgées ? Est-il préférable de sauver la vie d'un juriste plutôt que celle d'un comptable ? Là, on s'engagerait dans des discussions philosophiques des plus problématiques¹⁷¹.

Ces difficultés sont manifestes lorsque la cour doit rendre sa décision sous la forme d'un oui ou d'un non à la question de savoir si la contrainte constitue un moyen de défense. Cependant, la cour esquive quelque peu ces difficultés lorsqu'on ne lui demande pas de décider si l'accusé peut exciper de ce motif exonératoire mais plutôt de prendre les circonstances en considération dans le cadre souple mais efficace du dispositif d'allègement des peines.

4. L'allègement des peines, une approche claire, simple et uniforme

82. Un argument souvent avancé par les partisans, au sein même de la *common law*, de la recevabilité de la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre consiste à dire que le droit ne peut attendre d'une personne plus qu'il n'est raisonnable, c'est-à-dire plus que ce qu'on pourrait espérer d'une personne ordinaire confrontée aux mêmes circonstances. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, Lord Wilberforce et Lord Edmund-Davies citent en l'approuvant un passage de la décision de la Chambre d'appel de la Cour suprême (*Appellate division of the Supreme Court*) d'Afrique du Sud dans l'affaire *State v. Goliath*¹⁷² où le Juge Rumpff, après une étude comparée de nombreux systèmes juridiques, argumente longuement :

Lorsque l'on exprime l'opinion selon laquelle notre droit reconnaît la contrainte comme un moyen de défense dans toutes les affaires sauf celles de meurtre et lorsque cette opinion est fondée sur le principe que l'acquiescement en découle car la partie menacée est privée de sa liberté de choix, il semble irrationnel à la lumière des progrès accomplis depuis le temps des anciens auteurs anglais et hollandais, d'exclure la contrainte comme moyen de défense totalement exonératoire pour le meurtre, si la partie menacée était sous l'empire d'une contrainte si forte qu'une personne raisonnable n'aurait pas agi différemment sous la même contrainte. Le seul motif raisonnable d'une telle exclusion serait donc que, nonobstant le fait que la personne menacée est privée de son libre arbitre, l'acte lui resterait imputable du fait de son incapacité à se conformer à ce que l'on a appelé le plus haut idéal éthique. Dans l'application de notre droit pénal aux affaires où les actes d'un accusé sont jugés au travers de normes objectives, le principe applicable est celui selon lequel personne ne peut attendre d'un accusé plus que ce qui est raisonnable, raisonnable dans ce contexte signifiant ce qu'on peut espérer d'un individu moyen, ordinaire,

dans les mêmes circonstances. Il est généralement accepté, également par les tenants de l'éthique, que l'individu ordinaire accorde en général plus de prix à sa vie qu'à celle d'autrui. Seul ceux qui sont dotés d'un caractère héroïque offriront intentionnellement leur vie pour sauver celle d'autrui. Si le droit pénal affirmait alors que la contrainte ne peut en aucun cas constituer un moyen de défense pour un meurtre, il exigerait qu'une personne qui en a tué une autre sous la contrainte, dans quelques circonstances que ce soit, se conforme à une norme supérieure à celle admise pour l'individu ordinaire. Je ne pense pas qu'une telle exception à la règle générale appliquée en droit pénal soit justifiée¹⁷³. [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

Aux États-Unis, le commentaire relatif au *Model Penal Code* affirme que :

le droit est inefficace au sens le plus profond du terme et même hypocrite, s'il impose à l'individu qui a l'infortune d'être confronté à un dilemme de se conformer à une norme que ses propres juges ne seraient ni prêts ni capables de respecter eux-mêmes s'ils étaient confrontés au même problème. La condamnation dans de telles affaires n'est forcément qu'une menace inefficace ; ce qui est en revanche plus significatif, c'est qu'elle est dépourvue de tout fondement moral et qu'elle est injuste¹⁷⁴. [Traduction non officielle]

83. Un certain nombre de commentaires doivent être formulés à ce stade. Tout d'abord, l'approche *Masetti*, si elle reste limitée à un contexte factuel où l'accusé participe simplement au meurtre de victimes dont la vie était de toute façon perdue, ne constitue pas une réponse à la critique élevée contre notre approche, critique selon laquelle le droit attend des personnes qui en relèvent ce qu'aucune personne raisonnable n'est capable de faire. Ceci parce qu'il est aussi irréaliste d'espérer qu'une personne ordinaire sacrifie sa propre vie ou celle des personnes qu'elle aime plutôt que de céder à la contrainte, même lorsque ce sacrifice permet de sauver la vie des victimes. Il faut soit admettre la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre de personnes innocentes sur le fondement d'une comparaison objective avec la réaction d'une personne ordinaire dans les mêmes circonstances, soit totalement l'exclure du champ de la défense dans le cas des affaires de meurtres. À notre avis, l'approche *Masetti* constitue un compromis qui ne contribue en rien à clarifier le droit international humanitaire. Cette approche, par la stricte application d'une logique utilitariste, rejette la contrainte comme défense en cas de meurtre, à la seule exception du cas où les victimes auraient de toute façon péri et préconisera ainsi la sévérité vis-à-vis d'un accusé qui, face à une menace contre la vie de son enfant, agit raisonnablement en décidant d'obéir à l'ordre de tirer sur des personnes innocentes afin de sauver la vie de son enfant. C'est pourquoi notre rejet de la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre d'êtres humains innocents ne repose pas sur ce que l'on est en droit d'attendre de la personne raisonnable. Nous sommes en faveur d'un postulat moral absolu, clair et sans équivoque, pour l'application du droit international humanitaire.

84. Deuxièmement, comme nous avons limité notre champ de réflexion à la question de savoir si la contrainte constitue un moyen de défense totalement exonératoire pour un soldat poursuivi pour avoir tué des personnes innocentes, nous sommes d'avis que les soldats ou les combattants doivent faire preuve de plus de force d'âme et de plus de résistance face à la menace que des civils, au moins lorsque la menace concerne leur propre vie. Les soldats, du fait de la nature même de leur profession, doivent avoir envisagé la possibilité d'une mort violente dans la lutte pour leur cause. La question pertinente doit donc être formulée en termes de ce que l'on est en droit d'attendre d'un soldat ordinaire confronté à la même situation que l'Appelant. À travers notre approche, ce que l'on est en droit d'attendre d'un tel soldat ordinaire ne s'analyse pas en termes de logique utilitariste impliquant la

comparaison des préjudices respectifs. Cela repose plutôt sur la proposition qu'il est inacceptable de permettre à un combattant entraîné, dont le métier implique nécessairement le risque professionnel de mort, de se prévaloir d'un moyen de défense totalement exonérateur pour un crime dans lequel il a tué une ou plusieurs personnes innocentes.

85. En troisième et dernier lieu, nous soutenons respectueusement qu'il est erroné de dire qu'en rejetant la contrainte comme moyen de défense au meurtre d'innocent, le droit attend d'une personne qui sait que les victimes mourront de toute façon qu'elle sacrifie quand même sa vie en vain. Si nous étions tenus d'imposer une peine obligatoire d'emprisonnement à vie à une personne convaincue de meurtre, avec comme seul recours possible la grâce du pouvoir exécutif au nom de la justice pour l'accusé, on pourrait dire que le droit attend un comportement héroïque de la part de ceux qui en relèvent. En fait, une telle peine obligatoire d'emprisonnement à vie était prescrite en Angleterre en cas de meurtre à l'époque où les affaires anglaises pertinentes¹⁷⁵ étaient devant les tribunaux et elle a figuré abondamment dans les considérations des juges. Nous ne sommes tenus d'imposer aucune peine obligatoire de ce type. On ne peut superficiellement évaluer ce que le droit attend en ne considérant qu'une alternative : verdict de culpabilité ou acquittement. En réalité, le droit use de l'allègement des peines comme d'un moyen bien plus souple et sophistiqué de rendre la justice dans chaque affaire. À notre avis, le droit n'attend pas d'une personne dont la vie est menacée qu'elle se comporte en héros et qu'elle sacrifie sa vie en refusant de commettre l'acte criminel qu'on lui a ordonné de commettre. Le droit n'attend pas d'une personne qu'elle se comporte héroïquement car il sait, par l'intermédiaire de l'allègement de sa peine, prendre en compte la fragilité humaine et la menace que cette personne subissait. Dans les affaires où cela se justifie, l'auteur de l'acte peut même être totalement exempté de châtement. Nous nous référons de nouveau à l'opinion exprimée par Lord Simon dans l'affaire *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, où il a affirmé :

Tout système de justice pénale qui se targue d'être humain et équilibré doit être en mesure de prendre en compte toutes les situations du type de la suivante et pas seulement certaines d'entre elles. Une personne qui pense honnêtement et raisonnablement qu'un pistolet chargé pointé sur son dos sera, selon toute probabilité, utilisé si elle désobéit, reçoit l'ordre d'agir à première vue comme un criminel. De même, une personne dont l'enfant a été enlevé et qui, à la suite de menaces, croit honnêtement et raisonnablement qu'il sera en danger de mort ou de mutilation si elle ne commet pas un acte à première vue criminel. Ou le cas où l'enfant de son voisin est dans une telle situation. Ou n'importe quel enfant. Ou n'importe quel être humain ? Ou sa maison, un monument historique, menacée par une explosion ? Ou la destruction d'un tableau de maître volé. Ou la ruine financière de son fils ? Ou les économies de son ménage menacées ? En d'autres termes, un système de justice pénale se targuant d'être équilibré et humain a besoin d'une certaine souplesse générale et non pas simplement de quelques concessions anecdotiques à certaines faiblesses humaines particulières arbitrairement définies. En fait, notre propre système de justice pénale jouit d'une telle souplesse, à partir du moment où l'on réalise qu'elle ne réside pas seulement dans les interdictions et injonctions expresses du droit pénal mais qu'elle s'étend également aux sanctions pénales. L'infinie variété des circonstances dans lesquelles le souhait légitime de l'auteur de l'infraction est dépassé ne serait-elle pas intégrée avec beaucoup plus de souplesse, beaucoup moins d'anomalies et sans risque d'entraîner les maux sociaux qui découleraient de l'acceptation de l'argument de l'Appelant (à savoir que la contrainte est un moyen de défense totalement exonérateur) si la cour tenait compte de ces circonstances dans la sentence qu'elle prononce ? Est-ce que toute la logique qui sous-tend l'acceptation de la contrainte comme moyen de défense au

pénal ne consiste pas à dire qu'un acte prohibé par le droit pénal peut être moralement innocent ? Une dispense de peine inconditionnelle ne constitue-t-elle justement pas une reconnaissance d'innocence morale ¹⁷⁶[Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

86. En d'autres termes, le fait que justice puisse être rendue autrement qu'en accueillant la contrainte comme motif totalement exonératoire a toujours été évident pour les juges d'Angleterre pour qui la contrainte n'était pas opposable en cas de meurtre. Ils ont systématiquement soutenu que dans les affaires de meurtre, la contrainte pouvait, dans les cas appropriés, être prise en compte en vue de l'allègement de la peine, de l'obtention d'une grâce du pouvoir exécutif ou d'un avis favorable à l'intention du Comité des libérations conditionnelles : cf. Lord Hailsham de Marylebone LC dans l'affaire *R v. Howe*¹⁷⁷.

87. Il convient d'ailleurs de noter que Stephen, dans son ouvrage classique, a soutenu que la contrainte ne devrait jamais constituer un moyen de défense pour quelque crime que ce soit mais qu'elle devrait être simplement considérée comme un motif d'allègement de la peine¹⁷⁸. Dans l'affaire *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, Lord Morris de Borth-y-Gest reconnaissait le bien-fondé de cette position de la façon suivante :

Une thèse défendable consisterait à dire que la contrainte ne devrait jamais être considérée comme susceptible de fournir une exonération de culpabilité mais devrait seulement être considérée, dans les cas où elle est avérée, comme un motif pour lequel la cour, après avoir jugé l'accusé coupable, peut alléger les conséquences de ce verdict voire prononcer une exonération de peine. Certains auteurs, dont Stephen, défendaient une telle thèse¹⁷⁹.

E. Nos conclusions

88. Après cet examen des sources dans les différents systèmes juridiques et cette exploration des diverses considérations de politique générale qui doivent être gardées à l'esprit, nous concluons que la contrainte ne peut constituer, en droit international, un moyen de défense totalement exonératoire pour un soldat poursuivi pour crimes contre l'humanité ou pour crimes de guerre impliquant la mort de personnes innocentes. Notre position tient compte de l'obligation que nous impose le Statut de nous assurer que le droit international humanitaire, qui s'attache à la protection de l'espèce humaine, ne se trouve en aucune manière affaibli.

89. En conséquence, nous ne considérons pas que le plaidoyer de culpabilité de l'Appellant était équivoque, puisqu'en droit international, la contrainte ne constitue pas un moyen de défense totalement exonératoire pour un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ayant impliqué la mort d'êtres humains innocents.

90. Notre discussion des questions relatives au plaidoyer de culpabilité de l'Appellant est suffisante pour trancher le présent appel. Il ne nous paraît pas nécessaire d'examiner les autres questions soulevées par les parties. Nous observerons, toutefois, qu'en rejetant les éléments fournis par l'Appellant prouvant qu'il avait agi sous une menace de mort émanant de son supérieur et, par suite, en refusant de tenir compte de la situation de contrainte dans la condamnation prononcée à l'encontre de l'Appellant, la Chambre de première instance a semblé exiger que le témoignage de l'Appellant soit corroboré de plein droit. Avec tout le respect dû, rien dans le Statut ni dans le Règlement de procédure et de preuve n'exige la corroboration d'éléments de preuve à décharge d'un accusé afin que

ces éléments de preuve soient pris en compte dans l'allégement de la peine¹⁸⁰.

91. Nous considérons l'appel recevable au motif que le plaidoyer n'a pas été fait en connaissance de cause. L'affaire est donc renvoyée devant une autre Chambre de première instance qui donnera à l'Appelant l'occasion de plaider de nouveau en toute connaissance des conséquences propres du fait de plaider coupable et de la différence inhérente qui existe entre les deux chefs d'accusation qui constituent l'alternative.

Fait en anglais et en français, la version en anglais faisant foi.

Gabrielle Kirk McDonald

Lal Chand Vohrah

Fait le sept octobre 1997
La Haye (Pays-Bas)

[Sceau du tribunal]

-
- 1 - Convention de Vienne sur le droit des Traités, 23 mai 1969, 1155 U.N.T.S. 331
 - 2 - Affaire de *L'échange des populations grecques et turques*, Avis consultatif (1925), Publications de la C.P. I.J., Série B, No. 10, p. 19-20 [version en anglais]
 - 3 - Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIII, p. 398-399 [version en anglais]
 - 4 - *Assiderc/ Haute Autorité* [1954-6], E.C.R. 63, p. 74.
 - 5 - Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insiders Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. (Transnational Publishers, New York, 1995), vol. 2, p. 531-532.
 - 6 - Cf. Arrêt relatif à l'Appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Le Procureur c/ Tadic*, Affaire No. IT-94-1-A, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, para. 46.
 - 7 - Cf., par exemple, *Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice* (Sweet & Maxwell, London, 1995), para. 4-91 (ci-après *Archbold*) ; *Adgey v. The Queen* (1973) 13 CCC (2d.) 177, 23 CRNS 298 (SCC).
 - 8 - *R. v. Hansen* (1977) 37 CCC (2d.) 371 (Man CA).
 - 9 - *Brady v. United States*, 90 S. Ct. 1463 (1970).
 - 10 - *Ibid.*
 - 11 - Jugement portant condamnation, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire No IT-96-22-T, Chambre de première instance I, 29 novembre 1996 (ci-après *Jugement portant condamnation*), para. 98.
 - 12 - Compte rendu d'audience, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire No IT-96-22-T, Chambre de première instance I, 31 mai 1996 (ci-après *Compte rendu d'audience*), p. 11 [version en français]
 - 13 - L'article 11 c) 1) du Code de procédure pénale des États-Unis (*United States Federal Rules of Criminal Procedure*) stipule que la cour doit "s'adresser au défendeur en personne au cours d'une audience publique, l'informer de la nature des accusations pour lesquelles le plaidoyer est proposé et déterminer s'il la comprend" [Traduction non officielle] et informer le défendeur en personne des conséquences éventuelles de ce plaidoyer, comme la peine maximale prévue par la loi. Cf. également *Halsbury's Laws of England*, (Butterworths, London, 4ème éd., 1990), vol. 11 2), p. 823. ; Code malais de procédure pénale, Chap. XIX, section 173 b) : "Si l'accusé plaide coupable pour un chef d'accusation le plaidoyer sera constaté et l'accusé pourra être condamné en vertu de celui-ci à condition qu'avant la constatation du plaidoyer de culpabilité la Cour vérifie que l'accusé comprend la nature et les conséquences de son plaidoyer et a l'intention de reconnaître sans réserve les crimes qui lui sont imputés". [Traduction non officielle]

- 14 - *Huang Chin Shin v. Rex* [1952] M.L.J. 7.
- 15 - Compte rendu d'audience, 31 mai 1996, p. 7 [version en français].
- 16 - *Ibid.*, 20 novembre 1996, p. 72-73 [version en français].
- 17 - *Ibid.*, 31 mai 1996, p. 3 [version en français].
- 18 - *Ibid.*
- 19 - *Ibid.*, p. 6.
- 20 - Compte rendu d'audience d'appel, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire No IT-96-22-A, Chambre d'appel, 26 mai 1997 (ci-après *Compte rendu d'audience d'appel*), p. 20 [version en français].
- 21 - Compte rendu d'audience, 31 mai 1996, p. 7-8 [version française].
- 22 - *Jugement portant condamnation*, para. 19 et 28.
- 23 - Immanuel Kant, "*Paix perpétuelle*", cité in C.J. Friedrich (éd.), *The Philosophy of Kant : Immanuel Kant's Moral and Political Writings* (The Modern Library, New York, 1949), p. 448.
- 24 - Jugement, *Le Procureur c/ Tadic*, Affaire No IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 7 mai 1997, para. 624-659.
- 25 - *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (H.M. Stationery Office, London, 1948), p. 179.
- 26 - Affaire *Albrecht*, Cour de cassation spéciale des Pays-Bas, 11 avril 1949, *Jurisprudence néerlandaise (Nederlandse Jurisprudentie)* (1949), No. 425, p. 747. [Traduction non officielle]
- 27 - *Ibid.*
- 28 - Cité par le Conseil de la défense, M. Adler, dans sa plaidoirie finale reproduite in *Proceedings of a Military Court held at Hamburg* (1er juillet 1947- 1er septembre 1947) (Files WO 235/424-432 in Public Record Office, Kew, Richmond).
- 29 - Déclaration liminaire du Procureur, *Procès des Criminels de guerre devant les Tribunaux militaires de Nuremberg en application de la Loi n- 10 du Conseil de contrôle* (U.S. Govt. Printing Office, Washington D. C.), octobre 1946 - avril 1949, (ci-après "*Procès des criminels de guerre*"), vol. IV, p. 48-49.
- 30 - Jugement relatif à la sentence, *Le Procureur c/ Tadic*, Affaire No IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 14 juillet 1997.
- 31 - *Ibid.*, para. 74.
- 32 - *Cf. North Carolina v. Alford*, 400 US 25 (1970).
- 33 - Code de procédure pénale des États-Unis (*United States Federal Rules of Criminal Procedure*), art. 11.
- 34 - *PP v. Cheah Chooi Chuan* [1972] 1 M.L.J 215.
- 35 - *Lee Weng Tuck & Anor v. PP* [1989] 2 M.L.J. 143.
- 36 - *Blackstone's Criminal Practice* (Blackstone Press Ltd., London, 1995), para. D9.23.
- 37 - Compte rendu d audience en appel du 26 mai 1997, p. 82 [version en anglais]
- 38 - *Jugement portant condamnation*, para. 17.
- 39 - *Id.* para. 19.
- 40 - Statut de la Cour internationale de justice, Actes et documents de la C.I.J., n- 5 (Statut de la C.I.J.). L article 59 stipule: La décision de la Cour n est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé .
- 41 - Mémoire de l Accusation relatif aux questions préliminaires, *le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire IT-96-22-A, A.C. (*Mémoire de Accusation relatif aux questions préliminaires*), 20 mai 1997, para. 1 [Traduction non officielle]
- 42 - *Jugement portant condamnation*, para. 17.
- 43 - Recueils juridiques relatifs aux procès des criminels de guerre, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre (H.M. Stationary Office, London, 1949) (Recueils juridiques), vol. XV, p. 174.
- 44 - *Trial of Max Wielen and 17 Others* (Affaire *Stalag Luft III*), *Law Reports*, vol. XI, p.33
- 45 - *Trial of Valentine Feurstein and Others* (Affaire *Feurstein*), *Proceedings of a Military Court held at Hamburg* (4-24 Aug 1948), *Public Record Office, Kew, Richmond, file n-235/525; Law Reports*, vol. XV, p. 173
- 46 - *Trial of Gustav Alfred Jepsen and Others* (Affaire *Jepsen*), *Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg* (13th - 23rd Aug 1946), judgement of 24 Aug. 1946 (*original transcripts in Public Record Office, Kew, Richmond*), *Law Reports*, vol. XV, p. 172.
- 47 - *Trial of Robert Hölzer and Two Others* (Affaire *Hölzer*), *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany*, 25 Mar. - 6 Apr. 1946, vol. 1.
- 48 - *Trial of Otto Ohlendorf et al. (Affaire Einsatzgruppen)*, *Trials of War Criminals*, vol. IV, p.480.
- 49 - *Cf. Arp. v. State*, 97 Ala. 5, 12 So. 201 (1893) ; *State v. Nargashian*, 26 R.I. 299, 58 A. 953 (1904)

- 50 - *Oppenheims International Law: A Treatise* (Sir Hersch Lauterpacht ed., Longmans, London, 7th ed., 1952), vol. II, p. 571-572.
- 51 - Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946. Édité à Nuremberg, Allemagne, 1947, p. 235-236
- 52 - Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, 6 mai - 26 juillet 1996 ; Assemblée générale, Documents Officiels 51ème session, supplément n° 10, Document Nations Unies A/51/10, p. 97
- 53 - Compte rendu d audience en appel, 26 mai 1997, p. 8 et 9 [version en anglais]
- 54 - Affaire *Llandovery Castle*, texte original dans *Verhandlungen des Reichstages, I Wahlperiode 1920, Band 368. Anlagen zu den Stenographischen Berichten* Nr 2254 bis 2628, Berlin, p. 2586; traduction en anglais dans *AJIL*, vol. 16 (1922), p. 708.
- 55 - *Mueller et al.* 31 jan. 1949, 4 juil. 1949; cf. *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, p. 400-403.
- 56 - *Eichmann v. Attorney-General of the Government of Israel*, 36 ILR 277 (1962), p. 318
- 57 - Affaire *Papon*, compte rendu du jugement du 18 sept. 1996 non publiés, *Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation, Arrêt du 18 septembre 1996*, n° 806 [Traduit en anglais par M. le Juge Cassese].
- 58 - *Retzlaff et al., The Peoples Verdict, A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov German Atrocity Trials* (London-New York, without date), p. 65.
- 59 - *Sablic et al.*, décision du 26 juin 1992.
- 60 - *Bernardi and Randazzo*, texte non publié de la décision de la Cour italienne de cassation, 14 juillet 1947, aimablement fourni par le Bureau central des archives publiques de Rome [Traduction en anglais de M. le Juge Cassese].
- 61 - *Srà et al.*, décision du 6 nov. 1947, *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. pen.*, 1947, n° 2557, p. 414.
- 62 - Affaire *Masetti*, décision du 17 nov. 1947, *Massimario della Seconda Sezione della Cassazione*, 1947, n° 2569, p. 414.
- 63 - *S. und K.*, décision du 21 mai 1948, *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. II, 1969, p. 521ff., p. 526-527.
- 64 - Affaire du *Ghetto de Varsovie*, Décision de la Cour d Assise de Dortmund, 31 mars 1954, *ibid.*, vol. XII, 1974, p. 340-341
- 65 - Affaire *Wetzling et consort*, Décision de la Cour d assise d Arnsberg, 12 fév. 1958, *ibid.*, vol. XIV, 1976, p. 563 et suivantes, p. 616-623.
- 66 - Affaire du *Plateau continental*, Arrêt : C.I.J. Recueil 1969, p. 44, para. 73-81.
- 67 - Affaire *Stalag Luft III*, Recueils juridiques, vol. XI, p. 33
- 68 - Affaire *Feurstein*, Recueils juridiques, vol. XV, p. 173.
- 69 - Affaire *Hölzer*, supra note 47.
- 70 - Affaire du *Plateau continental*, supra note 66, para. 77.
- 71 - *Trial of Frederick Flick and Five Others* (Affaire *Flick*), *Trials of War Criminals*, vol. VI, p.1188.
- 72 - *Flick v. Johnson*, 174 F. 2d 983, 984-986 ; cert. den 338 U.S. 879 (1949).
- 73 - *Trial of Erhard Milch* (Affaire *Milch*), *Trials of War Criminals*, vol. II, p. 778.
- 74 - *Trial of Joseph Alsötter and Others* (Affaire *Justice*), *Trials of War Criminals*, vol. III, p. 964.
- 75 - Compte rendu d audience d appel, 26 mai 1997, [version en anglais], p.28
- 76 - Affaire *Justice*, supra note 74, vol. III, p. 968.
- 77 - Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 88 (1993) du Conseil de sécurité, Document des Nations Unies S/25704.
- 78 - Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai - 26 juillet 1996, Assemblée générale, Documents officiels, cinquante et unième session, supplément n° 10 (A/51/10) p. 73
- 79 - Cf. Cour permanente de justice internationale, Comité consultatif de juristes, procès-verbaux des débats du comité (16 juin - 24 juillet 1920, L.N. publication, 1920), p.335 (par Lord Phillimore et de La Pradelle).
- 80 - *Ibid.*, p. 336.
- 81 - Affaire *Gentini*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol X, p. 551
- 82 - Affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain*, Arrêt : C.I.J. Recueil. 1950, p. 148
- 83 - Affaire des *Prises de eau à la Meuse (Pays-Bas c/ Belgique)* (1937), Publications de la C.P.J.I., Série A./ B. n° 70, p.77
- 84 - Affaire relative à *Lusine de Chorzów (Demande en indemnité) (Fond)*, (1928), Publications de la C.P.J. I., Série A, n° 17, Recueil des arrêts, n° 13, 13 septembre 1928, p. 29
- 85 - Affaire du *Détroit de Corfou (Fond)*, C.I.J. Recueil, 1949, 4, p. 18.

- 86 - *Code Pénal* (94ème édition, Dalloz, Paris, 1996-97).
- 87 - F. Desportes et F. le Gunehec, *Le nouveau droit pénal* (Economica, Paris, 3ème éd. 1996), vol. I, p. 502-508, p. 564.
- 88 - G. Stafani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général* (Dalloz, Paris, 16ème éd. 1997), p. 331.
- 89 - Article cité en français, accompagné d'une traduction en anglais.
- 90 - *Pasicrisie, Cour de Cassation*, 24 juin 1957, p. 1272
- 91 - *Ibid.*, *Cour de Cassation*, 29 septembre 1982, p. 140
- 92 - *Ibid.*, *Cour de Cassation*, 10 avril 1979, vol. 1, p. 950
- 93 - Code pénal des Pays-Bas (Traduction en français de W.J. Wintgens, 1883 éd. Imprimerie nationale, Paris), p. 12.
- 94 - *Ibid.*, p. 24. Cf D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht* (J. Rummelink éd., Gouda Quint bv, Arnhem, 14ème éd., 1995), p. 295-299.
- 95 - *Psychische overmacht*, en anglais *mental duress*
- 96 - *Overmacht zijnde noodtoestand*, en anglais *necessity*.
- 97 - En anglais, *overwhelming fear*, traduction approximative de l'expression *miedo insuperable* figurant dans le code et désignant le trouble de l'esprit menacé par un danger imminent : C.A. Landecho Velasco, S.J. et C. Molina Blázquez, *Derecho Penal Español* (Parte General) (5ème éd. Tecnos, 1996), p. 382-383.
- 98 - Traduit en anglais par George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1978), p. 833
- 99 - Giovanni Conso (éd.), *Codice penale* (5ème éd., Giuffrè, Milan, 1987), p. 33.
- 100 - A. Pecoraro-Albani, *Costringimento Fisico, Enciclopedia del Diritto* (F. Calasso et al. éd., Giuffrè, Varese, 1962), vol. XI, p. 242.
- 101 - Loi n° 10 du 22 mai 1902, Ministère de la justice de Norvège (1995).
- 102 - Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (Traduction en anglais par Thomas P. Ogle), (Sweet & Maxwell, London, 1965) p. 165 à 170.
- 103 - Cf. Suzanne Wennberg, *Criminal Law, Swedish Law: a Survey* (H. Tiberg, P. Sterzel, F. Cronhult eds., Juristförlaget, Stockholm, 1994), p. 481.
- 104 - Code pénal de Finlande de 1889 (Traduction française de L. Beauchet, éd. Coopérative de l'Est, Nancy 1890) p. 16.
- 105 - *Código penal venezolana* (*Copia de la Gaceta Oficial n° 915, Extraordinario*, 30 juin 1964) (Panapo, 1986).
- 106 - Des dispositions semblables apparaissent dans le Code pénal brésilien de 1969: Cf. l'étude annexée au mémoire de la défense relatif aux questions préliminaires, *le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire No IT-96-22-A, Chambre d'Appel, 16 mai 1997.
- 107 - *Ley de Código Penal de la República de Nicaragua* (BITECSA, 1995)
- 108 - *Código penal* (*edición oficial*, approuvée par le Décret n° 531 du 24 mars 1994 du Ministère de la justice) (*Edición jurídica de Chile*, Santiago, 1995)
- 109 - *Código Penal* (Ministère de l'éducation, Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., Bogotá, 7ème éd. 1994).
- 110 - *Código Penal para El Distrito Federal* (Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 56ème éd. 1996).
- 111 - Promulgué le 29 septembre et entré en vigueur le 1er juillet 1977.
- 112 - Publié au Journal Officiel du 28 juin 1990.
- 113 - Identique à l'article 10 du Code pénal yougoslave de 1993 (République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)).
- 114 - *R. v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771 (*House of Lords*).
- 115 - Archbold, *Criminal Pleadings, Evidence and Practice* (Sweet & Maxwell, London, 1994) para. 17-154.
- 116 - Aux États-Unis, la contrainte n'exonère pas entièrement l'auteur d'un meurtre en *common law* : *Rumble v. Smith*, 905 F. 2d. 176, 180 (8th Cir. 1990) ; cf. *Model Penal Code*, Section 2.09. En Australie, la définition principale de la contrainte est celle donnée par le Juge Smith dans *R. v. Hurley* [1967] VR 526. En *common law* australienne, les infractions pour lesquels la contrainte ne peut être valablement invoquée sont le meurtre, la tentative de meurtre et certaines formes de la trahison : *R. v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (CCA) ; *R v. Harding* [1976] VR 129 (FC). Dans les États australiens dotés d'un code pénal, un grand nombre d'infractions sont exclues de l'excuse fondée sur la contrainte. C'est en Tasmanie que les exceptions sont les plus nombreuses. Dans cet État, ce moyen de défense est refusé aux personnes accusées de meurtre, de tentative de meurtre, de trahison, de piraterie, d'infractions relevant de la piraterie, d'avoir infligé des lésions corporelles graves, de viol, de rapt, de vol à main armée, de vol qualifié ou d'incendie volontaire :

Criminal Code (Tas), section 20 1).

117 - F.G. Gardiner et C. W. H. Lansdown, *South African Criminal Law and Procedure* (C.W.H. Lansdown and A.V. Lansdown eds, Juta and Co., Ltd, Cape Town, 5th ed., 1946), p. 84.

118 - La célèbre Affaire *State v. Goliath S.A.R.L. (1972) (3) 465* concerne le coauteur d'un meurtre. Certains affirment que bien que le droit n'accepte pas aisément le plaidoyer fondé sur la contrainte dans les cas faisant intervenir le meurtre ou d'autres crimes odieux [Traduction non-officielle] ce moyen de défense n'en est pas moins disponible en théorie en cas de meurtre de personnes innocentes, pourvu que la menace soit imminente et continue, qu'il n'y ait aucune possibilité de s'échapper au plus tôt et qu'aucune faute n'ait été commise par l'accusé dans l'émergence de la contrainte : Gardiner & Lansdown, *ibid.*, p. 85.

119 - Justice V. Raghavan, *Law of Crimes (A Single Volume Commentary on Indian Penal Code 1860, [Act No. 45 of 1860])* (Orient Law House, New Delhi, 1991), p. 161.

120 - C.M.U. Clarkson, N.A. Morgan, *Criminal Law in Singapore and Malaysia* (Malayan Law Journal Pte, Singapore/Kuala-Lumpur, 1989), p. 197-199, citant *Mohamed Yusof b Haji Ahmad v. PP* (1983) 2 MLJ 167 (per HC, Kedah, Malaysia).

121 - *The Law Revision Committee, Federal Ministry of Justice of Nigeria, The Laws of the Federation of Nigeria* (in force as of 31 Jan. 1990) (Grosvenor Press (Portsmouth) Ltd, Portsmouth, 1990 (appointed by the Nigerian Government)), vol. 5.

122 - The Japanese Ministry of Justice, *Criminal Statutes* [traduction du japonais vers l'anglais] (Tokyo, sans date de publication).

123 - R.H. Folsom, and J.H. Minan (éds.), *Law in the Peoples Republic of China* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989), Appendix C, p. 997.

124 - *Ibid.*, p. 998.

125 - F.-P. Blanc, *Recueil de textes juridiques. Code pénal* (Librairie-Papeterie des Écoles, Casablanca, 1977), vol. 1.

126 - *Negarit Gazeta*, (Addis Abeba, 1957), Proclamation n- 158 de 1957.

127 - Version en anglais de cet article citée dans *les Recueils juridiques, supra note 43*, vol. XV, p. 174

128 - *Ibid.*

129 - Pour le Royaume-Uni, cf. *R v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771 (HL), *R v. Gotts* [1992] 2 AC 412. Pour l'Australie, cf. *R v. Brown* [1968] SASR 467 (FC) ; *R v. Harding* [1976] VR 129 (FC) ; *R v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (Court of Criminal Appeal). Pour les États-Unis, cf. *Rumble v. Smith*, 905 F.2d. 176, 180 (8th Cir. 1990).

130 - Au Canada, la contrainte n'est pas un moyen de défense opposable dans les cas de haute trahison ou trahison, meurtre, piraterie, tentative de meurtre, agression sexuelle, agression sexuelle armée, menace à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, agression sexuelle grave, rapt, prise d'otage, vol qualifié, agression armée ou infliction de lésions corporelles, voies de fait graves, infliction illégale de lésions corporelles, incendie volontaire ou une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne) : article 17 du Code criminel canadien. Parmi les juridictions d'Australie dotées d'un code pénal, c'est la Tasmanie qui prévoit la plus longue liste d'infractions pour lesquelles la contrainte n'est pas opposable : meurtre, tentative de meurtre, trahison, piraterie, infractions relevant de la piraterie, agression causant des lésions corporelles graves, viol, rapt, vol à main armée, vol qualifié et incendie volontaire : *Criminal Code (Tas)*, section 20 (1) [Traduction non officielle]. Dans le Queensland et en Australie occidentale, la liste des exceptions est la même avec ces différences qu'elle inclut également les crimes constitués par l'intention d'infliger des lésions corporelles graves et qu'elle exclut le viol, le rapt, le vol qualifié et l'incendie volontaire : *Criminal Code (Qld)*, section 31 4) ; *Criminal Code (WA)*, section 31 4) [Traduction non officielle]. Dans le code pénal du Territoire-du-Nord, les infractions pour lesquelles la contrainte n'est pas un moyen de défense opposables sont le meurtre, l'assassinat, les crimes dont l'intention d'infliger des lésions corporelles graves ou le fait d'infliger de telles lésions constituent un élément : *Criminal Code (NT)*, section 40 [Traduction non officielle]. En Inde et en Malaisie les infractions pour lesquelles la contrainte n'est pas opposable sont le meurtre et les infractions contre l'État passibles de la peine capitale : section 94 du Code pénal indien et section 94 du Code pénal des États Malais Fédérés. Au Nigéria, la contrainte n'est pas opposable pour les infractions passibles de la peine capitale et celles comportant un élément d'intention d'infliger des lésions corporelles graves ou le fait d'infliger de telles lésions : *Code pénal nigérian*, section 32.

131 - *R v. Beaumont* (1987) 9 Cr App R (s) 342.

132 - *R v. Okutgen* (1982) 8 A Crim R 262.

133 - Cf. également *R v. Pearce* (1983) 9 A Crim R 146 (CCA Vic).

- 134 - *R v. Evans* (1973) 5 SASR 183.
- 135 - United States Sentencing Commission, 1995 Guidelines Manual.
- 136 - M.K. Majid, *Criminal Procedure in Malaysia*, 1987.
- 137 - Norvège, art. 56 1) b) du Code pénal général civil ; Finlande, chap. 3, section 10 du Code pénal de Finlande ; Allemagne, section 35 1) du Code pénal allemand ; ex-Yougoslavie, art. 12 3) du Code pénal de la République socialiste fédérale de Yougoslavie ; Japon, art. 37 1) du Code pénal japonais ; Chine, art. 18 du Code pénal chinois ; Éthiopie, art. 67 et 68 du Code pénal éthiopien.
- 138 - *Cf., par exemple*, Suède, chap. 29, section 3 5) du Code pénal suédois ; Italie, section 62-bis du Code pénal italien ; Belgique, art. 79 du Code pénal belge.
- 139 - Art. 54, Code pénal italien
- 140 - Para. 47, Code pénal général civil norvégien
- 141 - Section 4, chap. 24, Code pénal suédois
- 142 - Art. 28 6), Code pénal nicaraguayen
- 143 - Art. 37 1), Code pénal japonais
- 144 - Art. 10 2), Code pénal de la République socialiste fédérale de Yougoslavie.
- 145 - *Cf., par exemple, Italie c. Erich Priebeke*, Tribunal Militaire de Rome, 13 septembre 1997. Le Tribunal n a pas exclu la possibilité d une défense au moyen de l argument de la contrainte mais l a rejetée après examen des faits. Il a noté que : un obstacle insurmontable à l invocation à juste titre de la contrainte comme moyen de défense réside dans le manque évident de proportionnalité entre un présumé danger que l accusé craignait et les faits que l accusé aurait été obligé de commettre du fait d une telle crainte , p. 57 du Jugement du Tribunal militaire de Rome. [Traduction non officielle réalisée à partir de la traduction du Juge Cassese de l italien vers l anglais].
- 146 - Rt 1950, p. 377 ; in Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (Sweet & Maxwell, London, 1965), p. 170.
- 147 - *R v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771.
- 148 - *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653
- 149 - En Australie, la Cour d appel d Australie Méridionale a affirmé, à l occasion de l affaire *Palazoff v. R* (1986) 23 A Crim R 86 en page 88 : La loi parle d un homme agissant sous l empire de la contrainte lorsque sa volonté est dépassée par une autre mais cela ne signifie pas que son acte est involontaire ou qu il l a commis contre son gré... [Traduction non officielle] *Cf. également Tan Hoi Hung v. Public Prosecutor* [1966] 1 M.L.J. 288, para. 289-290 par Thomson L.P. devant la Cour fédérale à Johore Bahru en Malaisie.
- 150 - *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653 en page 680.
- 151 - Cour italienne de cassation, 14 juillet 1947, résumé de la décision paru dans *Rivista penale* (1947), p. 921-922. [Traduction de l italien vers l anglais réalisée par le Juge Cassese]
- 152 - Aux États-Unis, l approche traditionnelle de la *common law* suit généralement les autorités anglaises et rejette catégoriquement la contrainte comme moyen de défense pour un assassinat : *Rumble v. Smith*, 905 F.3d 176. 180 (8th Cir. 1990) ; *R.I. Recreation Center Inc. v. Aetna Acasualty & Sur. Co.*, 177 F.2d 603, 605 (1st Cir. 1949), à l occasion de laquelle la Cour a affirmé : (i)l paraît établi que si la contrainte ou la nécessité n excuseront jamais le fait de prendre la vie d une personne innocente, elles excuseront des infractions moins graves [Traduction non officielle].; *Thomas v. State*, 246 Ga. 484, 486, 272 S.E.2d.68, 70 (1980) où il était affirmé que : (l) approche de la *common law* (est qu) il faudrait mourir soi-même plutôt que tuer une victime innocente [Traduction non officielle]. La conception qui prédomine aux États-Unis est celle qui considère que la contrainte n est pas un moyen de défense recevable pour les assassinats, la meilleure preuve de cette domination étant qu une écrasante majorité d États ont rejeté la section 2.09 du Model Penal Code qui admet la contrainte comme moyen de défense exonératoire pour toutes les infractions, y compris le meurtre. Quant au droit s appliquant dans les États australiens dépourvus de code pénal, *cf. R v. Brown* [1968] SASR 467 (FC) ; *R v. Harding* [1976] VR 129 (FC) ; *R v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (CCA).
- 153 - Lord Hale, *Pleas of the Crown*, (1800) vol. 1, p. 51
- 154 - *Blackstones Commentaries on the Laws of England* (4 BI Com (1857 ed) 28).
- 155 - *R v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771, p.785.
- 156 - *Ibid.*, p. 798.
- 157 - *R v. Gotts* [1992] WLR 284, p. 292-293
- 158 - Affaire No IT-96-22-PA, Compte rendu de l audience d Appel du 26 mai 1997, p. 36.
- 159 - *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653, p. 687-88.
- 160 - *Abbott v. The Queen* [1977] AC 755, p. 766-67.
- 161 - Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 2, p. 107-108 ; cité in *Abbott v.*

- The Queen* [1977] AC 755, p. 768.
- 162 - *Devji Govindiji* (1895) 20 Bom 215, 222, 223.
- 163 - Section 94, chap. 45, Code pénal des États malais fédérés, *The Laws of the Federated Malay States*, vol. II, p. 935.
- 164 - Criminal Code (Tas), section 20 1).
- 165 - Affaire du *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, Arrêt, C.I.J. Recueil, 1966, p. 6, para. 49.
- 166 - Rosalyn Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (Clarendon Press, Oxford, 1994), p. 5-7.
- 167 - Rosalyn Higgins, Integrations of Authority and Control p. 85, cité in Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (Clarendon Press, Oxford, 1994), p. 5.
- 168 - Cf. la façon dont Lord MacKay formule le principe sur lequel se fonde le rejet, en droit anglais, de la contrainte comme moyen de défense pour le meurtre, à l'occasion de l'affaire *Howe* [1987] 1 All ER 771, p. 798.
- 169 - Décision de la Cour d'assises de L'Aquila, 15 juin 1948 [non publiée ; traduction de l'italien en anglais par le Président Cassesse à partir d'une copie du manuscrit original gracieusement communiquée par le Greffe de la Cour d'appel de L'Aquila].
- 170 - *Ibid.*, p. 8.
- 171 - Affaire No IT-96-22-A, Compte rendu de l'audience d'Appel du 26 mai 1997, p. 45.
- 172 - *State v. Goliath*, SALR (1972) (3) 465.
- 173 - Cf. *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, [1975] AC 653, p. 683 et 711.
- 174 - *American Law Institute, Model Penal Code*, section 2.09, commt. 2 (1985).
- 175 - *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653 ; *R v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771 ; *R v. Abbott* [1977] AC 755.
- 176 - *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653, p. 687.
- 177 - *R v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771, p. 781.
- 178 - Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England*, *supra* note 161, p. 107-108.
- 179 - *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653, p. 670 ; cf. également Lord Wilberforce et Lord Simon [dans la même affaire], p. 681 et 694.
- 180 - Cf. *Le Procureur c/ Duko Tadic alias Dule*, *supra* note 24, para. 535-539.