

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 ET DISSIDENTE DU JUGE STEPHEN

Le Bureau du Procureur :

M. Grant Niemann
M. Payam Akhavan

Le Conseil de la Défense :

M. Jovan Babic

1. Plusieurs aspects de l'appel interjeté à l'encontre de la sentence prononcée par la Chambre de première instance I du Tribunal international dans l'affaire Drazen Erdemovic (l'Appelant), dont les faits et les circonstances sont détaillés dans d'autres Opinions, requièrent un examen particulier. Tous concernent le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant que la Chambre de première instance a très attentivement examiné dans les premières sections du Jugement portant condamnation du 29 novembre 1996¹.

2. L'acte d'accusation du 29 mai 1996 (Acte d'accusation) l'inculpait d'un crime contre l'humanité ou bien d'une violation des lois ou coutumes de la guerre pour meurtre, l'acte incriminé étant la

participation de l'Appelant, le 16 juillet 1995, pendant plusieurs heures, en tant que membre d'un peloton d'exécution, à l'exécution et au massacre, par groupes de dix, de nombreux Musulmans de Bosnie sans armes.

3. L'affaire présente des aspects exceptionnels. Non seulement l'Acte d'accusation se fondait exclusivement sur les déclarations de l'Appelant aux enquêteurs du Bureau du Procureur du Tribunal international mais la Chambre de première instance ne disposait d'aucun élément de preuve relatif aux événements ayant donné lieu aux accusations, sauf le témoignage détaillé et réitéré de l'Appelant lui-même. Hormis les témoignages de moralité, les seuls éléments de preuve présentés l'ont été par l'enquêteur du Bureau du Procureur qui s'était ultérieurement rendu sur les lieux du crime, et dont les observations sur place et les interrogatoires postérieurs de deux survivants des exécutions de Musulmans de Bosnie confirmaient dans les grandes lignes le récit fait par l'Appelant du massacre auquel il avait participé, ainsi que les autres événements qui eurent lieu le 16 juillet 1995. Il n'a, cependant, pas témoigné quant aux circonstances dans lesquelles l'Appelant dit qu'il avait été forcé de devenir ce jour-là un membre actif du peloton d'exécution.

4. Le 31 mai 1996, l'Appelant a comparu devant la Chambre de première instance où on lui a lu l'acte d'accusation et demandé de plaider coupable ou non coupable des chefs d'accusation établis. En cette occasion et lors de chaque comparution ultérieure, l'Appelant était représenté par le Conseil de son choix, M. Jovan Babic du Barreau yougoslave. L'Appelant a plaidé coupable du premier des deux chefs d'accusation possibles, celui de crime contre l'humanité. Cette décision a été acceptée par le Bureau du Procureur (l'Accusation) et l'autre chef d'accusation possible, celui de violation des lois ou coutumes de la guerre, a été retiré.

5. J'ai eu l'honneur de lire l'Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald et Vohrah dans laquelle sont examinées en détail trois conditions nécessaires pour qu'un plaidoyer de culpabilité soit valable, à savoir qu'il soit fait volontairement, en toute connaissance de cause et qu'il ne soit pas ambigu. Je me joins respectueusement à eux pour conclure qu'en l'espèce, le plaidoyer était volontaire mais qu'il n'avait pas été fait en toute connaissance de cause. Mes raisons sont les mêmes que celles exprimées par les Juges McDonald et Vohrah ; je suis toutefois conscient des difficultés très réelles qu'a connues la Chambre de première instance dans cette affaire pour s'assurer que l'Appelant et son Conseil, étrangers à la procédure du plaidoyer de culpabilité et impliqués dans le domaine relativement complexe du droit international humanitaire, comprenaient clairement les conséquences de ce choix. En conséquence, j'accueillerais l'appel sur ce seul motif. Cependant, mon opinion diffère de celle de ces deux juges au sujet de la troisième condition qu'ils examinent, à savoir que le plaidoyer de culpabilité ne doit pas être ambigu. Ma divergence ne concerne pas la condition même mais le fait de savoir si elle a été remplie en l'espèce. A mon avis, ce n'est pas le cas. Je considère le plaidoyer ambigu, ce qui est un motif supplémentaire pour admettre l'appel. Cette ambiguïté vient, à mon avis, du fait qu'il aurait été possible à l'Appelant d'invoquer la contrainte pour sa défense, au vu de ses déclarations réitérées qui contenaient des circonstances pouvant fonder un tel argument.

Je vais décrire brièvement ce qui s'est passé lors de la comparution initiale de l'Appelant, puis lors de ses comparutions ultérieures devant la Chambre de première instance.

6. Après qu'il a plaidé coupable, l'Accusation a résumé les faits reprochés à l'Appelant, à la suite de quoi celui-ci a déclaré qu'il acceptait le résumé de l'Accusation dans son ensemble et qu'il voulait ajouter quelque chose :

Monsieur le Président j ai été contraint d agir de la sorte, si j avais refusé de le faire, on m aurait tué en même temps que ces hommes. Lorsque j ai refusé de travailler, on m a dit : Fais attention, si tu regrettes, mets-toi avec eux et on te tuera . Je n avais pas peur pour moi, j avais peur pour ma famille, pour mon épouse et mon fils qui avait neuf mois à l époque, et on les aurait tué également si j avais refusé d agir comme je l ai fait. C est tout ce que j avais à dire

7. L Appellant semblait troublé durant la présentation de son plaidoyer et, sans doute en conséquence de son comportement, la Chambre de première instance a ordonné une expertise psychiatrique qui fut dûment entreprise par un collège d experts réuni à cette fin. Le 24 juin 1996, celui-ci a présenté à la Chambre de première instance un rapport concluant que l Appellant, du fait de la gravité de l état de stress post-traumatique dont il souffrait, n était pas suffisamment apte pour comparaître en justice et il recommandait que l Appellant fasse l objet d une deuxième expertise dans un délai de six à neuf mois.

8. Le 4 juillet 1996, l accusé a de nouveau comparu devant la Chambre de première instance lors d une conférence de mise en état durant laquelle on lui a demandé s il souhaitait plaider non coupable ou s il persistait dans son aveu de culpabilité. Il a affirmé qu il souhaitait continuer à plaider coupable. Durant cette conférence, il a également affirmé sa volonté de témoigner dans le cadre de la procédure de l article 61 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal international (Règlement) relative à deux autres accusés, Radovan Karadzic et Ratko Mladic. Il a donc témoigné le lendemain, 5 juillet 1996, devant la Chambre de première instance I dans le cadre de cette procédure et a de nouveau décrit, dans son témoignage, sa participation au peloton d exécution le 16 juillet 1995 et dit que lorsque le commandant du peloton, Branjo Gojkovic, lui a ordonné d exécuter le premier groupe de prisonniers, il a exécuté cet ordre

mais j ai d abord résisté et Branjo Gojkovic m a dit qui si je plaignais ces gens je n avais qu à me joindre à eux. Je savais que ce n était pas une menace vaine, parce que dans notre unité la situation était devenue telle que le Commandant du groupe avait le droit d exécuter sur-le-champ toute personne menaçant la sécurité du groupe ou s opposant d une autre manière au Commandant du groupe nommé par le Commandant Milorad Pelemis³.

9. Le collège d experts, à l issue d un deuxième examen psychiatrique de l Appellant entrepris en octobre 1996, a conclu dans son rapport présenté le 17 octobre 1996 que, dans sa condition actuelle, l Appellant était apte à être jugé.

10. En conséquence, les 19 et 20 novembre 1996, la Chambre de première instance a tenu une audience préalable au prononcé de la sentence, au début de laquelle a été lue la partie pertinente du compte-rendu de la conférence de mise en état du 4 juillet 1996, dans laquelle l Appellant confirmait qu il plaidait coupable. Plus tard, le 19 novembre et, de nouveau, le 20 novembre, l Appellant a témoigné en détail sur les événements du 16 juillet 1995. Au début de son témoignage du 19 novembre, l Appellant a répété qu il ne souhaitait pas faire ce qu il avait fait mais qu il était soumis à des ordres et que, s il ne les avait pas exécutés, sa famille en aurait subi les conséquences et que cela n aurait rien changé. Il a ensuite témoigné que, confronté au fait participer à un peloton d exécution et avant l arrivée du premier bus de prisonniers,

J ai dit immédiatement que je ne voulais pas prendre part à ça et j ai dit Vous êtes normaux ? Vous savez ce que vous faites ? Mais personne ne m a écouté et ils m ont

dit, Si tu ne veux pas, si tu - tu peux tout simplement aller t aligner avec eux. Tu peux nous donner ton fusil⁴.

11. Lors de la conclusion de l'audience préalable au prononcé de la sentence le 20 novembre 1996, l'Appelant a rapporté une conversation qu'il avait eue avec son Conseil, M. Babic, expliquant pourquoi il avait persisté à plaider coupable tout au long de la procédure:

Comme l'a dit M. Babic, en République fédérale de Yougoslavie, j'ai reconnu ce que j'avais fait devant les autorités, les autorités judiciaires et les autorités du Ministère de l'intérieur, comme je l'ai fait ici. En arrivant ici, M. Babic m'a demandé Drazen, pouvez-vous changer d'idée, modifier votre décision ? Je ne sais pas ce qui peut se passer. Je ne sais pas ce qui se passera. Je lui ai dit qu'à cause de ces victimes, à cause de ma conscience, de ma vie, de mon enfant et de ma femme je ne pouvais pas modifier ce que j'avais dit à ce journaliste et ce que j'avais dit à Novi Sad pour la paix de mon esprit, de mon âme, mon honnêteté pour les victimes et la guerre et tout.

Je savais que ma famille, mes parents, mon frère, ma sœur auraient des problèmes à cause de ça mais je ne voulais rien y changer. Je regrette terriblement tout ce qui s'est passé mais je ne pouvais rien faire. Quand je pouvais faire quelque chose je l'ai fait. Merci. Je n'ai rien d'autre à ajouter⁵.

12. La question qui se pose immédiatement est la suivante : le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant, conjugué à la déclaration, qu'il a détaillée par la suite, selon laquelle il avait obéi à l'ordre de son supérieur et sous la menace d'une mort immédiate en cas de désobéissance, ne rendait-il pas le plaidoyer de culpabilité si ambigu dans ce cas que la Chambre de première instance devait refuser de l'entériner et engager un procès, au lieu d'accepter son plaidoyer de culpabilité et de prononcer une sentence ?

13. La Chambre de première instance était très consciente que les circonstances soulevaient cette question et, au début de son Jugement portant condamnation, elle a exposé les raisons pour lesquelles elle acceptait le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant. Elle s'est référée tout d'abord à l'article 7 4) du Statut du Tribunal international (Statut) qui dispose que l'ordre d'un supérieur n'exonère pas de la responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine. Elle a poursuivi en reconnaissant que, conjugués à une contrainte physique et morale, ces facteurs peuvent non seulement contribuer à la diminution de la peine, mais selon la valeur et la force probante qui peuvent leur être conférées, peuvent aussi constituer un moyen de défense en abolissant l'élément moral de l'infraction et par là même l'infraction. Dans un tel cas, a-t-elle conclu, le plaidoyer serait réduit à néant. En conséquence, elle a examiné ce qu'elle décrit comme les éléments invoqués.

Ce faisant, elle a observé que, à la différence de ce qui se passe en cas d'ordre d'un supérieur, le Statut reste muet sur la possibilité d'invoquer la contrainte comme moyen de défense. Bien sûr, cette observation est juste. Sauf dans le cas d'ordre d'un supérieur, le Statut ne fait aucune allusion aux moyens de défense disponibles. C'est au Tribunal international qu'il revient, dans les procès dont il est saisi, d'appliquer les dispositions du droit international humanitaire.

14. En conséquence, la Chambre de première instance a examiné les décisions des tribunaux militaires instaurés après la Deuxième Guerre mondiale et a remarqué que, dans plusieurs affaires, la

contrainte exonérait entièrement du crime, puisque l'impossibilité d'un choix moral due à un danger physique imminent était parfois reconnue comme une composante essentielle de la contrainte analysée sous l'angle du fait exonératoire. Ces décisions, a-t-elle observé, se fondaient sur trois conditions nécessaires pour que la contrainte soit admise comme justification, à savoir, l'existence d'un danger direct à la fois grave et irréparable, l'absence de moyens adéquats de s'y soustraire et le fait que le remède n'était pas disproportionné par rapport au mal. Deux autres conditions ont également été évoquées : la participation volontaire de l'accusé à une entreprise qui ne laisse pas de doutes quant à son aboutissement et les grades respectifs du supérieur donnant un ordre manifestement illégal et de la personne qui le reçoit.

15. La Chambre de première instance s'est ensuite penchée sur les faits de l'affaire dont elle était saisie et a conclu que l'Appelant ne contestait pas la nature manifestement illégale de l'ordre qu'il est présumé avoir reçu et que, au terme de la jurisprudence à laquelle elle s'était référée, dans le cas d'un ordre manifestement illégal le devoir d'obéissance devrait même se muer en devoir de désobéissance, devoir qui ne pourrait céder que devant la plus extrême contrainte. La procédure s'est déroulée en français et a été traduite pour l'Appelant et son Conseil. La traduction ultérieure en anglais de cette partie du Jugement portant condamnation, qui transpose la référence au manquement de l'Appelant de contester la nature illégale de l'ordre comme un manquement à contester the manifestly illegal order, est quelque peu trompeuse. D'après les seuls éléments dont disposait la Chambre de première instance, les déclarations susmentionnées de l'Appelant, il a clairement contesté l'ordre en question mais sans référence spécifique à son illégalité. C'est cette contestation et la menace brandie en réponse qui sont à la base de la question de la contrainte.

16. Suite à ces observations préliminaires, la Chambre de première instance a prononcé ses conclusions sur la question de la contrainte, citées ci-dessous *in extenso* :

Il en résulte que si la justification tirée de la contrainte morale et/ou de l'état de nécessité nés de l'ordre 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 du 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. Dans cette approche *in concreto* (approche adoptée par les Tribunaux de l'après-guerre) dans l'appréciation des éléments objectifs et subjectifs caractérisant les circonstances de la contrainte ou de l'état de nécessité, la Chambre se doit d'examiner si l'accusé en situation d'agir n'avait pas le devoir de résister, s'il disposait du choix moral de le faire ou de tenter de le faire. Selon cette approche rigoureuse et restrictive, la Chambre non seulement se réfère à des principes généraux du droit traduits dans de nombreuses législations et jurisprudences internes, mais entend marquer à travers le pouvoir souverain d'appréciation qui lui est reconnu, que son champ de compétence la place au niveau de jugement des infractions les plus graves du droit international humanitaire.

S'agissant de 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 tout entière.

Or, il résulte de l'analyse *in concreto* de l'ensemble des éléments qui ont été soumis à

la Chambre que la preuve des circonstances précises qui seraient de nature à exonérer totalement l'accusé de sa responsabilité n'a pas été rapportée. Ainsi, l'excuse de la contrainte accompagnant l'ordre du supérieur sera-t-elle, comme semble le suggérer le Secrétaire général dans son rapport, prise en considération en même temps que d'autres excuses, lors de l'examen des circonstances atténuantes.

En conclusion, la Chambre, pour l'ensemble des raisons de fait et de droit qui ont entouré le plaidoyer de culpabilité de Drazen Erdemovic en confirme la validité⁶.

17. A mon avis, la Chambre de première instance a exprimé dans cet extrait deux raisons permettant de juger le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant valide et non ambigu, malgré le rappel constant du fait qu'il a agi sous la contrainte, point dont elle reconnaît qu'il pourrait, dans certaines circonstances, constituer une justification exonératoire.

En fait ces deux raisons sont cumulatives. Elles sont, premièrement, que l'Appelant n'a pas établi la preuve de la contrainte de manière à remplir les conditions strictes de ce moyen de défense et, deuxièmement, que, puisqu'il s'agissait en l'espèce d'un crime contre l'humanité, il est impossible de satisfaire la condition de rapport proportionnel, défini antérieurement par la Chambre de première instance comme l'exigence que le remède ne soit pas disproportionné au mal.

18. Je ne peux malheureusement pas accepter ce raisonnement. Brièvement, les deux motifs pour lesquels la Chambre de première instance accepte le plaidoyer de culpabilité sont, à mes yeux, erronés pour les raisons suivantes. La question de la suffisance ou de l'insuffisance des preuves de la contrainte ne devrait pas se poser pour la Chambre de première instance. Au stade de la procédure que constituait le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant, les questions de preuve et d'éléments de preuve ne se posaient pas. L'Appelant n'avait pas prêté serment. Il n'avait ni témoigné ni eu l'occasion de présenter les éléments de preuve de sa culpabilité ou de son innocence, ce qui ne peut avoir lieu qu'au procès. En conséquence, il est évident que la preuve des circonstances précises qui seraient de nature à exonérer totalement l'accusé de sa responsabilité n'a pas été rapportée et qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'elle le soit. Cette absence ne pouvait donc constituer un motif permettant de considérer que le plaidoyer de culpabilité n'était pas ambigu. Il est vrai que, durant la procédure exagérément lente imposée à la Chambre de première instance, à la fois par l'état mental initial de l'Appelant et par son rôle de témoin dans la procédure de l'article 61 du Règlement à l'encontre d'autres accusés, celui-ci a, durant cette procédure puis durant l'audience sentencielle le concernant, témoigné sous serment (ce qui, dans les faits, équivalait à la réitération de sa déclaration initiale, avec toutefois plus de détails) mais, à ce stade, il avait depuis longtemps plaidé coupable et il ne restait qu'à décider de la sentence. Les éléments de preuve qu'il a présentés ont été donnés à la Chambre de première instance et reçus par elle, sur le fondement d'un plaidoyer de culpabilité et non intéressant que la question de la sentence.

19. S'agissant du rapport de proportion, c'est là encore une question qui ne peut être jugée que sur la base de l'ensemble des éléments de preuve lors d'un procès. Si, lors de la présentation d'éléments de preuve, ceux-ci venaient étayer les déclarations répétées de l'Appelant, à savoir que le choix qui lui était offert n'était pas la mort des victimes ou la sienne mais soit leur mort, soit leur mort plus la sienne, la question même de proportion perdrait nécessairement tout sens. Il ne serait plus question de peser la valeur d'une vie par rapport à l'autre ou aux autres. Le choix, si l'on peut parler de choix en l'occurrence, serait entre de nombreuses vies et de nombreuses vies plus une, la sienne. L'Appelant n'était que l'un des membres du peloton d'exécution et, selon ses déclarations, aucun autre membre ne l'a soutenu quand il a protesté. Rien ne permet non plus d'affirmer que les autres membres du peloton

auraient refusé l'ordre de les exécuter tous si l'Appelant, qui est d'origine croate et était membre d'une unité de l'armée des Serbes de Bosnie, avait donné son arme et rejoint le premier groupe de civils musulmans qui devaient être exécutés. Même si l'un d'eux avait refusé, comme, selon l'Appelant, certains l'ont fait plus tard quand, après quatre heures de tueries, on a ordonné au peloton de tuer 500 autres civils emprisonnés dans une salle proche, d'autres étaient volontaires pour ces exécutions et les ont effectivement perpétrées. En effet, durant le premier massacre de civils, qui a duré quatre heures, le peloton dont faisait partie l'Appelant a été rejoint par les membres d'une autre unité qui non seulement ont participé à l'exécution mais ont également battu et brutalisé les victimes avant de les exécuter. Il est assurément difficile de supposer que le sacrifice héroïque de l'Appelant croate aurait détourné l'armée serbe de Bosnie de sa tâche d'extermination des civils musulmans.

20. La Chambre de première instance, en acceptant le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant, s'est fondée sur le droit de l'accusé à choisir sa propre stratégie de défense, dont le plaidoyer de culpabilité peut être un élément. Je comprends que toute chambre de première instance, confrontée à une certaine ambiguïté entre le fait qu'un accusé plaide coupable et ce qu'il choisit d'ajouter alors concernant la perpétration des actes incriminés, ne peut simplement résoudre la situation en refusant, sans plus, le plaidoyer de culpabilité. Elle doit respecter le droit de l'accusé à choisir sa propre stratégie en décidant de son plaidoyer ; il peut conclure qu'il est plus avantageux pour lui de plaider coupable tout en insistant pour ajouter, aussi inapproprié que ce soit à ce stade de la procédure, quelque référence à des circonstances atténuantes ou ce qui pourrait équivaloir à un déni de culpabilité, dans l'espoir que la sentence en sera diminuée, et cela il doit être libre de le faire. La Cour suprême des États-Unis dans l'importante affaire *North Carolina v. Alford* a étudié de près cette question du droit de l'accusé à voir son plaidoyer de culpabilité accepté en dépit de son affirmation qu'il n'a pas commis le crime allégué. Elle a conclu à la majorité que, dans les cas où le plaidoyer de culpabilité peut être considéré comme entièrement raisonnable en raison de la solidité des arguments de l'Accusation, dont la juridiction de première instance a entendu les éléments de preuve, conjugué au fait que la condamnation suite à un plaidoyer de culpabilité serait seulement une longue peine de prison alors que celle découlant d'un procès serait nécessairement la peine capitale, le plaidoyer de culpabilité pouvait légalement être reçu malgré l'ambiguïté apparente entre le plaidoyer et la dénégation de la culpabilité.

21. L'affaire qui nous occupe est bien différente. La Chambre de première instance ne disposait d'aucun élément concernant les circonstances dans lesquelles l'Appelant avait tué les civils musulmans, hormis sa propre description de l'événement. Elle ne disposait pas non plus d'éléments jetant un doute sur ses déclarations concernant la contrainte et il n'était pas confronté, devant le Tribunal international, au choix entre l'emprisonnement et la peine capitale. Il apparaît, dans les déclarations faites par le Conseil de l'accusé devant la Chambre d'appel, que l'Appelant a plaidé coupable malgré son avis, puisqu'il avait dit à l'Appelant qu'il n'existait aucune preuve qu'il ait commis un crime mais que celui-ci avait insisté pour plaider coupable par devoir moral, puisqu'il avait effectivement participé à l'exécution des civils musulmans. Cette attitude de l'Appelant est confirmée par des passages des déclarations précitées de celui-ci. Comme l'ont affirmé l'Appelant et son Conseil, il n'a jamais été question de négociation judiciaire sur le choix du plaidoyer et rien ne laisse supposer que son plaidoyer de culpabilité ait fait partie d'une quelconque stratégie. Il semble, au contraire, avoir été l'expression de son sentiment de culpabilité morale sans tenir compte de la possibilité d'invoquer un moyen de défense fondé sur la contrainte.

22. Le Jugement portant condamnation a fourni à la Chambre de première instance l'occasion d'exposer les raisons qui l'ont conduite à accepter le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant bien qu'elle ait reconnu la possibilité d'invoquer la contrainte comme argument de défense contre les charges pour lesquelles il avait plaidé coupable. Ce faisant, elle a nécessairement examiné les seuls éléments

portés à sa connaissance, à savoir les déclarations de l'Appelant. Elle a toutefois envisagé sa tâche comme consistant non à déterminer si celles-ci permettaient une défense fondée sur l'argument de la contrainte lors d'un procès mais plutôt à décider si la preuve des circonstances spécifiques qui permettaient d'exonérer entièrement l'Appelant de sa responsabilité avait été apportée. Elle semble, ce faisant, avoir transféré à l'Appelant la charge de la preuve et l'avoir fait au stade du plaidoyer et avant que soit soulevée la question de la présentation d'éléments de preuve. A ce stade, l'Appelant ayant déjà présenté des éléments de preuve importants concernant les circonstances susceptibles, durant un procès, de former une base suffisante pour bâtir une défense sur la notion de contrainte. La Chambre de première instance aurait dû, à mon avis, clore son examen nécessairement bref des éléments disponibles et accueillir un plaidoyer de non-culpabilité. Elle aurait ensuite eu l'occasion, lors du procès, d'analyser de façon plus rigoureuse et attentive l'ensemble des éléments de preuve qui lui auraient été soumis et les points de droit impliqués. De plus, son opinion déclarée est que, dans une affaire de crime contre l'humanité, il ne peut y avoir équivalence exacte entre la vie de l'accusé et celle de la victime ce qui, conjugué à sa conclusion antérieure selon laquelle la proportion est une condition essentielle pour que la contrainte soit acceptée comme argument de défense, a certainement contribué à son acceptation du plaidoyer de culpabilité. Comme nous l'avons déjà déclaré, je considère chacune de ces approches à la solution de la question de l'ambiguïté du plaidoyer comme erronée. A mes yeux, les déclarations de l'Appelant étaient clairement ambiguës et exigeaient un plaidoyer de non-culpabilité si la contrainte exonère effectivement, en droit international, une personne accusée de crime contre l'humanité de sa responsabilité pénale.

23. Lorsqu'il y a ambiguïté, il est évident qu'elle doit être levée. Comme l'ont récemment déclaré les Juges Dawson et McHugh de la *High Court* d'Australie dans *Maxwell v. The Queen* :

Le plaidoyer de culpabilité doit cependant être univoque et ne doit pas être fait dans des circonstances suggérant qu'il ne s'agit pas de réels aveux de culpabilité. ... Si il semble au juge de première instance, pour quelque raison que ce soit, que le plaidoyer de culpabilité n'est pas sincère, il doit (et ce point n'est pas laissé à sa discrétion) obtenir un plaidoyer de culpabilité sans équivoque ou ordonner que l'accusé plaide non coupable⁸ (traduction non officielle).

Cela m'amène à traiter de l'aspect de l'appel sur lequel je suis malheureusement en désaccord avec l'Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald et Vohrah, à savoir : en droit international, la contrainte peut-elle exonérer d'une accusation de meurtre ou de toute accusation impliquant l'homicide d'innocents ? L'Accusation soutient que non et que la contrainte peut, tout au plus, être une circonstance atténuante. Elle avance que la grande majorité des éléments issus des procès pour crimes de guerre de la Deuxième Guerre mondiale établissent que l'on ne peut jamais opposer la contrainte en cas d'accusation de meurtre. Elle reconnaît que les décisions sur lesquelles elle se fonde sont en majorité le fait de tribunaux relevant de la *common law* mais soutient que, si celle-ci est à l'origine de la doctrine du refus de la contrainte comme argument de défense contre une accusation de meurtre, cela ne change rien au fait que cette doctrine est maintenant bien établie en droit international.

24. L'opinion de l'Accusation selon laquelle la plupart de ces décisions établit, de fait, qu'en droit international la contrainte ne peut exonérer d'une accusation de meurtre est, selon moi, erronée. Le Président Cassese a traité ce point en détail et je conviens avec lui que l'examen détaillé des décisions ne corrobore pas l'argumentation de l'Accusation. A mon avis, ces décisions démontrent que, concernant la contrainte, la tendance majoritaire a été d'appliquer les principes du droit pénal dérivés de règles analogues du droit interne de tribunaux saisis des affaires et ce malgré quelques exceptions, telles que l'opinion incidente du *Judge-Advocate* dans l'affaire *Einsatzgruppen*⁹ et les

observations du *Judge-Advocate* dans l'affaire *Stalag Luft III*¹⁰. S'agissant de la contrainte, les tribunaux militaires instaurés à l'issue de la Deuxième Guerre mondiale ne semblent pas avoir consciemment agi en conformité avec les directives du droit international, comme ils l'ont fait, par exemple dans leur approche de la doctrine des ordres d'un supérieur. Il me semble que l'on ne peut dire que, en appliquant un principe ou un autre à des cas particuliers, la nécessaire *opinio juris sine necessitatis* ait été présente de manière à établir une règle du droit international coutumier.

25. Je me tourne donc vers les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, auxquels se réfère l'article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice, comme autre source du droit international. Dans son article *General principles of Law and the problem of Lacunae in the Law of Nations*¹¹, Bogdan suggère qu'il n'est pas nécessaire qu'un principe particulier soit universellement accepté par chaque nation appliquant les grands systèmes juridiques pour qu'une lacune soit comblée. Il suffit qu'un nombre majoritaire de nations de chacun des grands systèmes juridiques le reconnaisse. Comme il a été dit dans l'affaire *Hostage*¹², si un principe a été accepté de manière générale comme règle fondamentale de droit interne par la plupart des nations, l'élever au rang de règle du droit international semble entièrement justifié. L'examen détaillé des codes pénaux nationaux auquel se sont livrés les Juges McDonald et Vohrah montre que la contrainte peut être invoquée en cas d'accusation de meurtre dans la grande majorité des systèmes juridiques qu'ils examinent, autres que ceux de *common law*. Dans ces systèmes, la contrainte est, de quelque manière qu'elle soit présentée, et à quelques exceptions près, considérée comme moyen de défense de portée générale que l'on peut véritablement considérer comme un principe général du droit. Il n'est pas rare que sa qualité de moyen de défense soit restreinte par des réserves qui, souvent mais pas toujours, ont trait à la question du rapport de proportion, mais sans exception particulière dans les cas de meurtre, bien qu'en certains cas son irrecevabilité s'avère être la conséquence du degré spécifique de rapport de proportion invoqué. C'est dans les systèmes relevant de la *common law* que la contrainte est dite faire l'objet d'une exception en cas de meurtre bien qu'elle soit, au moins dans les pays du Commonwealth et en raison d'évolutions qui se sont produites au XX^e siècle, généralement considérée comme exonératoire de la plupart des infractions criminelles. Toutefois, comme j'espère le montrer, cette exception limitée et fort critiquée, est fondée sur des situations dans lesquelles un accusé avait eu le choix entre sa propre vie et celle d'autrui, à la différence des affaires où l'accusé n'était pas confronté à un tel choix, et où il s'agissait de la mort soit pour l'un soit pour les deux.

26. Si ce n'était l'irrecevabilité exceptionnelle en cas de meurtre prévue en *common law* (à l'exception de certains États américains que je mentionnerai plus loin), je pense qu'il ne ferait guère de doute que par voie de conséquence la contrainte, certes entourée des conditions appropriées, doit être considérée en droit international comme un principe général de droit reconnu par les nations civilisées en tant que moyen de défense opposable à tous les crimes. La raison, qui résulte non seulement de l'approche des systèmes issus du droit romain mais également d'une simple question de justice, est peut-être mieux illustrée par un exemple, pris dans un cadre national plutôt que dans le contexte du droit international humanitaire, puisque c'est dans ce premier contexte que s'est développée l'approche de la *common law*.

Supposons qu'un civil vaquant à ses occupations légitimes soit brusquement abordé par un homme armé qui lui ordonne, sous menace de mort immédiate et autrement inévitable et sans explication, de tuer sur-le-champ un inconnu présent sur les lieux et contre lequel il ne peut avoir aucune animosité concevable. Ce serait une étrange justice que de refuser à ce civil le moyen de défense de la contrainte. Cependant, s'il obéit à l'ordre et tue cet étranger, ne s'agit-il pas, aux termes de la *common law*, d'un meurtre, pour lequel la contrainte, son seul argument de défense, n'est pas valable ?

27. On pourrait certes soutenir que ce civil ne devrait être accusé de meurtre dans aucun système juridique rationnel. Ce cas hypothétique démontre seulement les conséquences qu'entraîne le refus de recevoir la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre. L'incertitude de la discrétion de l'accusation se substitue à une décision judiciaire de culpabilité ou d'innocence. On pourrait aussi dire que, dans le cas où le système pénal en question le permettrait, dans ces circonstances et malgré sa condamnation pour meurtre, la sanction serait à tel point atténuée que l'accusé ne recevrait qu'une peine légère ou nulle. Mais cela ne serait guère mieux car il serait chargé de tous les stigmates accompagnant la condamnation pour meurtre. Il serait également possible de dire qu'il n'y avait dans le meurtre aucune intention morale et qu'il devrait donc être acquitté, mais évoquer les questions d'intention revient à réintroduire dans le débat, par des voies détournées, la contrainte, dont certains auteurs pensent qu'elle annule l'intention morale.

28. L'exemple ci-dessus diffère, bien entendu, de la situation de l'Appelant. Il remplit toutes les conditions rigoureuses censées être nécessaires pour invoquer la contrainte comme moyen de défense, alors qu'en l'espèce, il reviendrait aux juges de décider lors d'un procès si l'Appelant satisfait ces conditions. Mais l'exemple montre bien qu'il est nécessaire d'examiner en profondeur les fondements de l'exception prévue en *common law* en cas de meurtre avant d'accepter qu'elle influence le droit international.

29. Dès lors, si c'est bien l'exception de la *common law* en matière de contrainte en cas de meurtre qui suscite le doute pour ce qui est de la contrainte en droit international, une chose au moins est claire à mon avis, à savoir l'absence en *common law* de tout principe satisfaisant et raisonnable gouvernant l'exclusion de la contrainte en cas de crimes graves et notamment de meurtre. Dans *Lynch v. D.P.P. for Northern Ireland*¹³, Lord Edmund-Davies avait, de mon point de vue, entièrement raison d'observer que l'examen du droit *stricto sensu* et de l'intérêt général touchant à la contrainte vue sous l'angle d'un moyen de défense a révélé en droit anglais une situation jurisprudentielle inextricable et des plus fâcheuses¹⁴. Dans la même veine, Lord Brandon of Oakbrook, dans *R. v. Howe* a déclaré au sujet de l'attitude de la *common law* envers la contrainte : Il est illogique, et je pense qu'il est injuste, que la contrainte puisse entièrement exonérer de la responsabilité pénale pour tous les crimes moins graves que le meurtre et qu'elle n'offre même pas une exonération partielle dans ce dernier cas. De même, dans *R. v. Gotts*¹⁵, Lord Lowry mentionne que les juges et les auteurs ont fait remarquer que le droit relatif à la contrainte est vague et incertain et il cite l'ouvrage *History of the Criminal Law of England* de Stephen dans lequel, plus d'un siècle auparavant, celui-ci écrivait qu'il est peu de branches du droit anglais qui soient aussi maigres et décevantes que celle concernant ce sujet¹⁶.

30. La position du droit anglais relatif à la contrainte est particulièrement importante puisque les précédents et les textes anglais ont joué un rôle fondamental dans l'évolution de la *common law* sur le sujet de la contrainte dans tous les pays du Commonwealth. En effet, comme il est souligné dans les jugements de l'affaire *Lynch*¹⁷, un certain nombre de codes pénaux du Commonwealth ont pris forme en matière de contrainte à la suite du rapport des English Criminal Law Commissioners de 1879. Le traitement de la contrainte dans ces codes garde donc la trace d'une pensée juridique vieille de plus d'un siècle. Depuis lors, comme le fait observer Lord Wilberforce dans l'affaire *Lynch*¹⁸ et comme il le réitère, dans le jugement conjoint avec Lord Edmund-Davies, dans *Abott v. The Queen*,¹⁹ l'attitude de la *common law* sur ce point a considérablement évolué. Alors que Stephen pouvait dire en 1883 que la contrainte par des menaces ne devrait en aucun cas être admise comme excuse pour un crime bien qu'elle puisse et doive être prise en considération dans l'allègement de la sanction dans la plupart des cas mais non dans tous²⁰, la contrainte est maintenant acceptée comme moyen de défense légitime dans une grande diversité de crimes, les seules exceptions apparentes étant les meurtres et quelques cas de trahison, bien que le cas du meurtre ait donné lieu, comme je le

montrai, à de nombreuses divergences de vues.

31. C est la doctrine ancienne en droit pénal qui a établi le cadre juridique du traitement de la contrainte dans des affaires de meurtre qui s est ensuite étendu à toutes les juridictions de l Empire britannique d alors. Lord Hale, le premier, dans *Pleas of the Crown* (1800), puis ceux qui lui ont succédé, ont adopté l opinion qu une personne soumise à une contrainte de sorte qu elle 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 effective ne l acquitteront pas de son crime et ne le dispenseront pas de son châtement pour meurtre, si elle finit par commettre l acte en question. Elle aurait dû préférer mourir plutôt que de tuer un innocent²¹ et qu elle ne peut donc non seulement trouver aucun argument de défense dans la contrainte, selon Lord Hale, mais qu elle doit également être punie pour meurtre, ce qui, à l époque, signifiait la peine capitale. La contrainte n était donc même pas une circonstance atténuante. Dans l affaire *Lynch*, Lord Wilberforce observe que les auteurs du siècle dernier reconnaîtraient sans doute que la pensée et la pratique juridiques ont beaucoup évolué depuis leur époque et fait remarquer que la raison donnée par Lord Hale pour rejeter la contrainte comme défense contre des accusations y compris celle de meurtre était que, pour une personne soumise à la contrainte, le droit prévient suffisamment de telles craintes en permettant de demander aux juridictions et aux magistrats un document ou directive de *securitate pacis*²². Ce motif, si il a jamais été raisonnable pour l adoption d une règle de droit interne, ne peut fonder une règle du droit international applicable à une situation de conflit armé.

32. C est sur l autorité considérable de Lord Hale et des auteurs qui lui succédèrent que Lord Coleridge C. J. s est fondé pour juger la fameuse affaire *R. v. Dudley and Stephens*²³ et il est vrai que l opinion de Lord Hale, exprimée plus d un siècle et demi auparavant, est répercutée dans plusieurs procès pour crimes de guerre tenus devant les tribunaux militaires après la Deuxième Guerre mondiale²⁴.

33. Ce qui forme donc le fondement de l exception concernant le meurtre en *common law* est la conception d équivalence de Lord Hale, à savoir l idée qu il est mal de peser une vie contre une autre. Il ne pouvait l accepter. En conséquence, une personne soumise à la contrainte devrait préférer mourir plutôt que de tuer un innocent, quand le choix réside entre sa propre vie et celle d autrui. Cette conception imprègne les écrits ultérieurs des juristes de la *common law*, qui n ont jamais eu à examiner la situation dans laquelle le choix offert à un accusé n était pas entre une vie ou une autre mais entre une vie ou les deux, la situation même à laquelle, selon ses déclarations, le présent Appelant a été confronté.

34. L affaire de *R. v. Dudley and Stephens*²⁵, un cas de nécessité plutôt que de contrainte, est celle de marins naufragés, dérivant sur une barque au milieu de l océan, qui ont tué un garçon qui était avec eux, l ont mangé et ont bu son sang pour éviter la mort et qui ont invoqué la nécessité pour leur défense lorsqu ils ont finalement été sauvés et poursuivis pour meurtre. Malgré l étroite relation de principe entre nécessité et contrainte, cette affaire a, en fait, peu de points communs avec celle qui nous occupe. Il s agissait d un choix entre sa vie ou la mienne, à l instar du cas hypothétique souvent cité de deux hommes à l eau, risquant de se noyer et disposant d une planche ne pouvant supporter que l un d eux. Le problème qui intéressait tant Lord Coleridge, celui de la valeur comparée des vies, et qu il a résolu en adoptant l adage de Lord Hale selon lequel un homme devrait plutôt mourir que tuer un innocent, est entièrement inapplicable si l innocent doit mourir de toute façon.

35. Bien que la doctrine anglaise ait longtemps refusé de manière unanime que la contrainte puisse excuser un meurtre, il semble qu il n y a eu, jusqu à l affaire *Lynch* dans les années 1970, qu une seule

affaire connue au cours des cent cinquante dernières années qui nous intéresse directement, celle de *R. v. Tyler and Price*²⁶. L'affaire est révélatrice en elle-même puisque Denman C.J. aurait dit à son sujet : On ne peut répéter assez souvent que la peur du danger pour sa personne ne fournit aucune excuse à la participation à un acte illégal. En excluant ainsi apparemment la contrainte des moyens de défense dans le cas de tous les actes illégaux, Lord Denman ne fait qu'énoncer le droit tel qu'il s'est développé en Angleterre au cours de ce siècle, tout comme le fera Stephen, déjà cité, quelque cinquante ans plus tard.

36. C'est dans l'affaire *Lynch* que, pour la première fois au cours de ce siècle, s'est posée pour la première fois à la Chambre des Lords la question de la possibilité d'utiliser l'argument de la contrainte en cas de meurtre, bien qu'il se soit agi d'un meurtre sans circonstances aggravantes, ainsi que celle de savoir s'il était juste à ce propos de faire une distinction entre, d'une part, le meurtre et, d'autre part, les autres crimes graves. L'affaire proposait un choix entre deux vies, la situation même couverte par le dictum de Lord Hale. Et pourtant, une majorité des membres de la Chambre des Lords n'a pu trouver aucun motif dans cette affaire qui leur permette de refuser la possibilité d'invoquer la contrainte comme moyen de défense. Lord Morris a demandé s'il existait une raison pour que la contrainte qui, dans le cas de nombreux crimes, a été reconnue comme un moyen de défense possible, ne soit pas aussi valable en cas d'accusation de meurtre sans circonstances aggravantes²⁷. Il n'en a trouvé aucune et a jugé que la logique et l'intérêt de la justice²⁸ amènent à conclure que la contrainte est un moyen de défense opposable dans le cas de meurtre sans circonstances aggravantes examinés dans l'affaire *Lynch*.

37. Lord Wilberforce est parvenu à la même conclusion. Il a, en vain, cherché les raisons de principe pour faire du meurtre une exception parmi les nombreux crimes pour lesquels, ces dernières années, la contrainte avait été acceptée comme moyen de défense. La seule raison quelque peu acceptable qui vienne à l'esprit concerne l'atrocité particulière du meurtre et cependant l'atrocité est, comme il l'observe, un qualificatif de degré et ne saurait justifier l'exclusion absolue de la contrainte dans tous les cas de meurtre. Aucun principe ne saurait justifier l'exclusion totale de la contrainte comme moyen de défense. Son exclusion doit, par conséquent, conclut-il, être fondée non sur un principe mais sur une source faisant autorité ou sur une politique. Il examine tour à tour ces deux motifs. Il n'a trouvé aucune source anglaise directe excluant la contrainte en cas de meurtre, cite des arrêts de la Cour d'appel se prononçant dans le sens contraire, lorsque les accusations de meurtre visaient des personnes qui n'en étaient pas les auteurs et des affaires dans le Commonwealth, dont un passage entier du jugement de Rumpff J. dans l'affaire sud-africaine *State v. Goliath*. Rumpff y examine le droit de nombreux pays et systèmes juridiques et, en particulier, les sources anglaises et de systèmes issus du droit romain qui sont à l'origine du droit sud-africain et dit :

En exprimant l'opinion que notre droit reconnaît la contrainte comme moyen de défense dans tous les cas sauf le meurtre et que cette opinion se fonde sur l'acceptation que l'acquiescement tient à ce que la partie menacée a été privée de son libre arbitre, alors il me semble irrationnel, à la lumière de l'évolution depuis l'époque des auteurs hollandais et anglais, de ne pas accepter que la contrainte exonère entièrement du meurtre si la partie menacée est soumise à une pression telle qu'aucune personne raisonnable n'aurait agi autrement dans les mêmes circonstances. Le seul motif justifiant une telle exclusion serait alors que, malgré le fait que la personne menacée est privée de son libre arbitre, l'acte lui reste imputé parce qu'elle n'a pas agi conformément à ce qui a été décrit comme l'éthique la plus pure. Dans l'application de notre droit pénal aux affaires dans lesquelles les actes d'un Appelant sont jugés sur des critères objectifs, le principe est qu'on ne peut jamais demander d'un accusé plus que ce qui est raisonnable, ce qui, dans ce

contexte signifie ce que l'on peut attendre d'une personne moyenne, ordinaire dans les circonstances données. Même les moralistes acceptent généralement que, pour l'homme moyen, sa vie a plus de valeur que celle d'autrui. Seuls les caractères héroïques donneront sciemment leur vie pour autrui. Si le droit pénal déclare alors que la contrainte ne peut être un argument de défense opposable à une accusation de meurtre, il exigerait de l'auteur d'un meurtre commis sous la contrainte, quelles que soient les circonstances, d'obéir à des principes plus élevés que ceux requis de la personne ordinaire. Je ne pense pas qu'une telle exception à la règle générale appliquée en droit pénal soit justifiée²⁹.

Lord Wilberforce a finalement conclu que, au moins dans les affaires autres que celles de meurtre accompagné de circonstances aggravantes, la balance des sources judiciaires penchait plutôt en faveur de la recevabilité de l'argument de contrainte. Les juges ont toujours la tâche, en *common law*, de définir les normes pour les hommes de bonne volonté, dotés d'une fermeté et d'une humanité normales à un niveau que les gens peuvent accepter et respecter. Il en a conclu que la contrainte était un argument recevable dans l'affaire en instance, les affaires de meurtre accompagnées de circonstances aggravantes étant laissées à l'appréciation au cas par cas. Ce qui se présenta rapidement : il s'agit de l'affaire *Abbott v. The Queen*³⁰, exposée ci-après.

38. Lord Edmund-Davies, le troisième membre de la majorité dans l'affaire *Lynch*, mentionne la tendance moderne de la *common law* à accepter la contrainte comme moyen de défense pour divers crimes et cite les sources qui illustrent cette tendance. Il examine ensuite en détail les précédents et déclare refuser l'idée qu'on a établi un motif en droit, logique, morale ou au plan de l'intérêt général justifiant l'impossibilité de plaider la contrainte dans la présente affaire³¹.

39. Les deux membres de la minorité, Lord Simon of Glaisdale et Lord Kilbrandon, se sont rangés à l'avis contraire. Lord Simon s'est fondé sur ce qu'il considérait comme une source ayant directement trait au sujet, bien qu'il se soit plutôt agi d'un cas de nécessité que de contrainte véritable, celui de *R. v. Dudley and Stephens*³². Il a estimé qu'il n'y avait pas de distinction entre l'auteur et les complices d'un meurtre, a fait référence aux grands pénalistes du siècle dernier qui rejetaient la contrainte comme argument de défense, et a conclu que toute modification dans ce qu'il considérait comme un droit établi était l'affaire des législateurs et non des juridictions. Lord Kilbrandon s'est également fondé sur l'inopportunité de modifier par un jugement plutôt que par un acte législatif ce qu'il regardait comme du droit établi de longue date. Il a évoqué le contexte politique général et les faits de l'affaire venue, en appel, d'Irlande du Nord, où la coercition exercée contre des citoyens respectueux de la loi pouvait en faire des meurtriers malgré eux, et a conclu que les questions de politique étaient si profondément intégrées aux doctrines juridiques que nous devons examiner³³ que le jugement majoritaire était en vérité une déclaration de politique qu'il ne convenait pas à une cour de faire mais qui appelait plutôt l'adoption d'une législation.

40. Le jugement rendu à la majorité dans l'affaire *Lynch* n'avait en rien résolu ce point. Deux ans plus tard, dans l'affaire dont était saisi le Conseil privé de la Reine, *Abbott v. The Queen*³⁴, entendue en première instance à la Trinité-et-Tobago, Lord Wilberforce et Lord Edmund-Davies, maintenant en minorité, ont appliqué le raisonnement qu'ils avaient développé dans l'affaire *Lynch* à l'accusé d'un meurtre accompagné de circonstances aggravantes, concluant qu'il n'y avait aucune raison logique de différencier ce cas de celui du complice d'un meurtre. La majorité se composait alors, outre Lord Kilbrandon, de Lord Hailsham et Lord Salmon. Ce dernier, prononçant la décision de la majorité, a fortement critiqué le jugement rendu dans l'affaire *Lynch*, relevant qu'elle ne visait que le complice d'un meurtre. Il a poursuivi en se référant au *Blackstone* et aux traités de droit ultérieurs, aux codes

pénaux des pays du Commonwealth et à ce qu'ils considéraient comme l'irrecevabilité de la défense fondée sur les ordres d'un supérieur et la contrainte avancée dans les procès pour crimes de guerre après la Deuxième Guerre mondiale. Il s'est fait l'écho des craintes de Lord Simon qui déclarait dans l'affaire *Lynch* que permettre ce type de plaidoirie serait ouvrir toute grande la porte aux terroristes, aux chefs de bande et aux ravisseurs³⁵. Je suis au regret de dire que cette crainte semble ne pas tenir compte des conditions rigoureuses généralement liées à l'emploi de la contrainte comme moyen de défense, conditions qui, dans les exemples d'abus possible de l'argument de contrainte cités par ce magistrat, ne seraient pas remplies et, donc, rendraient ce moyen de défense inopérant. Il a également ignoré le fait que les systèmes issus du droit romain admettent la contrainte sans pour autant subir les conséquences désastreuses qu'il invoque.

41. Dans une opinion commune, les deux membres de la minorité, Lord Wilberforce et Lord Edmund-Davies, ont, à mon avis, contesté avec succès chacun de ces points, déjà examinés dans l'affaire *Lynch*. Ils ont également fait observer que, jusqu'en 1898, un accusé ne pouvait en Angleterre témoigner pour son propre compte et ne pouvait donc invoquer la contrainte pour sa défense en expliquant au jurés comment une contrainte dont il avait fait l'objet l'avait amené à commettre l'acte incriminé³⁶.

42. L'affaire *Abbott* fut suivie, dix ans plus tard de *R. v. Howe*³⁷, qui a infirmé la décision prise dans *Lynch* et redonné force à l'exception concernant la contrainte dans les affaires de meurtre en *common law*. Cependant, pour ce faire, les cinq membres de la Cour, unanimes, ont fondé leur décision sur des raisons quelque peu différentes. Lord Hailsham s'est fondé sur les auteurs anglais réputés du XIX^e siècle, sur les jugements minoritaires rendus dans *Lynch*, sur l'affaire *R. v. Dudley and Stevens* et sur l'article 8 du Statut régissant le Tribunal militaire de Nuremberg, qui concerne plutôt les ordres de supérieurs que les cas de contrainte, la différence étant négligeable à ses yeux étant donné la situation qui prévalait sous le régime nazi. Il a conclu que la décision rendue à la majorité dans l'affaire *Lynch* n'était pas justifiée par les précédents et que le droit devait être rétabli en son état antérieur, décrivant l'effet de l'affaire *Lynch* comme retirant la protection du droit pénal à la victime innocente et couvrant de sa protection le pleutre et le poltron³⁸.

43. Lord Bridge était d'avis qu'agir sous la contrainte ne signifie pas être dépourvu de son libre arbitre au point que l'intention criminelle nécessaire en cas de meurtre soit absente. Il préférerait l'opinion de la minorité à celle de la majorité dans l'affaire *Lynch*, et souscrivait entièrement aux déclarations de Lord Griffiths et Lord Mackay of Clashfern. Lord Brandon of Oakbrook était également d'accord avec la déclaration de Lord Mackay tout en n'en considérant pas le résultat satisfaisant. Il a fait l'observation que j'ai déjà citée concernant le manque de logique et de justice de l'approche de la notion de contrainte en *common law* mais il a néanmoins fini par être d'accord avec Lord Mackay parce qu'il était impossible à cet égard d'opérer une distinction valable entre un meurtre accompagné de circonstances aggravantes et un meurtre sans circonstances aggravantes. Au cours des siècles, la *common law* s'était en fait, selon lui, développée sur la base d'un résultat injuste et illogique et si le droit en vigueur devait être modifié ce devrait être par la voie du législateur et non par une décision judiciaire.

44. Lord Griffiths a examiné les écrits des autorités juridiques et les précédents, a traité en détail du rapport de la Law Commission de 1977, qui recommandait que la contrainte soit reconnue pour tous les crimes, meurtre compris et a noté que, cependant, le Parlement n'avait pas modifié le droit en conséquence, s'est référé au raz de marée de violence et de terrorisme contre lequel le droit doit rester ferme et, étant fermement convaincu que la contrainte ne devrait pas pouvoir être invoquée par l'auteur d'un meurtre, n'a vu aucune base de distinction équitable et sûre pour différencier les divers participants à un meurtre. Il s'est donc joint à l'infirmité du jugement rendu dans l'affaire

Lynch. Lord Mackay of Clashfern s'est référé aux écrits passés sur le sujet et a refusé, dans le prolongement logique de sa conception de l'application correcte de la doctrine du précédent, d'étendre la contrainte au meurtre accompagné de circonstances aggravantes, tout en acceptant qu'aucune distinction rationnelle n'existe entre les auteurs de meurtres qu'ils soient accompagnés ou non de circonstances aggravantes. Il a conclu que si la contrainte était retenue comme moyen de défense en cas de meurtre accompagné de circonstances aggravantes, celui-ci ne serait jamais établi en pratique. Cependant, il cite le juriste écossais Hume qui dans ses *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes* avait dit d'une affaire dans laquelle la contrainte avait été invoquée dans un cas de vol à main armée que :

En règle générale et dans les conditions ordinaires qui prévalent dans une société bien réglée, où chacun est protégé par la loi et a les moyens de recourir à sa protection, cet argument est quelque peu spécieux et ne peut guère servir dans le cadre de poursuites pour crime grave, à moins qu'il ne réponde aux conditions suivantes : danger immédiat de mort ou de violence grave ; impossibilité de résister à la violence ; une participation à titre secondaire ou accessoire à la perpétration ; des aveux ainsi que la restitution des biens à la première occasion³⁹.

Il a appliqué, par ailleurs, des arguments similaires à ceux des autres membres de la majorité. L'extrait de Hume ci-dessus est cependant intéressant en ce qu'il fournit un exemple dans lequel la loi écossaise, qui ne ressortit pas originellement de la *common law*, adopte une attitude quelque peu similaire à celle des pays de systèmes issus du droit romain.

45. Dans *R. v. Gots*, la Chambre des Lords, différemment composée, a dû une nouvelle fois examiner la question de la contrainte comme moyen de défense dans une affaire de tentative de meurtre et a conclu à son rejet par trois voix contre deux. Les déclarations des représentants de la Chambre démontrèrent plus avant, si besoin est, les problèmes que pose la conception de la contrainte en *common law*. Comme l'a exprimé Lord Keith, membre de la minorité :

Les complexités et les anomalies qu'implique la question de la contrainte en tant que moyen de défense me semblent être telles qu'il vaut mieux laisser au Parlement le soin de la traiter dans le cadre de considérations politiques plus larges⁴⁰.

Lord Templeman, membre de la majorité, a expressément souscrit à cette opinion et d'autres membres de la Chambre des Lords exprimèrent des vues similaires. De fait, Lord Lowry, de la minorité, a observé de manière très pertinente que dans le traitement de la contrainte dans une affaire de meurtre en *common law* :

La défense est refusée au motif que le crime est si atroce qu'on ne doit pas l'atténuer ; et cependant, si les circonstances sont admises comme motif de réduction de la peine, le principe invoqué pour rejeter la contrainte est vidé de tout sens⁴¹.

46. Certes, il semble illogique d'accepter la contrainte comme circonstance atténuante, mais de la refuser entièrement comme moyen de défense dans le cas de meurtre. Il n'est guère moins étrange de souligner l'innocence de la victime, comme c'est généralement le cas dans les discussions concernant la contrainte - l'expression « victime innocente » étant alors couramment utilisée - tout en ignorant le fait que, dans des crimes moins graves, où l'argument de la contrainte est admis comme défense, les victimes ne sont guère moins innocentes. L'innocence de la victime ne peut, en soi, être un motif

pour traiter le meurtre différemment des autres crimes, pas plus que la question de l'intention criminelle. Comme l'a dit Lord Keith :

Il m'est difficile d'accepter qu'une personne agissant sous la contrainte le fait intentionnellement. Elle ne désire pas effectivement la mort de la victime. Prenons le cas d'un homme obligé, en raison de menaces pesant sur sa femme et ses enfants, de lancer un véhicule chargé d'explosifs sur un barrage routier, le but étant d'en tuer le personnel. Si cet objectif échoue, il y a fort à parier que le chauffeur en sera autant soulagé que tout autre⁴².

Il ressort de la relation des événements faite par l'Appelant, qu'on pourrait en dire tout autant si l'exécution des victimes musulmanes avait échoué pour quelque raison.

47. La décision dans *Gotts* conclut, pour autant que je sache, l'examen par les juridictions anglaises du droit relatif à la contrainte. Dans toutes ces affaires, les juridictions devaient examiner des affaires auxquelles le dictum de Lord Hale pouvait facilement s'appliquer, des affaires engageant une vie contre une autre et non la vie de la victime et celle de la personne subissant la contrainte, situation à laquelle l'Appelant dit avoir été confronté. C'est au premier type d'affaires que s'applique en *common law* l'exclusion de la contrainte en tant que moyen de défense pour meurtre alors qu'elle l'accepte, sous réserve de conditions rigoureuses, pour d'autres crimes.

48. Aux États-Unis, la section 2.09 du Model Penal Code⁴³, qui prévoit la contrainte comme moyen de défense a, à ma connaissance, été adoptée par 32 États. Dans 12 de ces États, elle peut être invoquée pour les accusations de meurtre à l'égal des autres crimes et dans deux autres, elle a pour effet de transformer le meurtre en homicide involontaire. Dans les 18 autres États qui ont adopté ce Code, la contrainte ne peut être invoquée par la Défense en cas de meurtre tout comme, à ma connaissance, dans les États qui ne l'ont pas encore adopté.

49. C'est dans l'affaire *Lynch* et dans l'examen détaillé de l'évolution de la contrainte en *common law* qui y est fait par les trois membres de la majorité que l'on trouve, à mon avis, le raisonnement juridique le plus rigoureux concernant le traitement par la *common law* de la contrainte en cas de meurtre. Bien qu'il ait été par la suite infirmé dans l'affaire *Howe*, ce raisonnement continue à jeter des doutes graves sur la validité des fondements de l'exclusion de la contrainte dans les affaires de meurtre où le choix se situe entre une vie ou une autre. Le raisonnement sans doute le plus décisif par la suite pour écarter l'effet de la décision rendue dans *Howe* est celui des auteurs de *Criminal Law*, un ouvrage faisant autorité de Smith & Hogan, où sont examinées des affaires anglaises et du Commonwealth et où, après avoir analysé et réfuté une à une les raisons avancées dans l'affaire *Howe* pour infirmer *Lynch*, il est avancé qu'aucune de ces raisons n'est convaincante⁴⁴. En outre, les auteurs démontrent les distinctions techniques et absurdes, cf. *supra*, opérées entre les cas concernant l'auteur du crime et ceux concernant les complices. Un certain nombre de juges anglais qui ont, dans les diverses affaires précitées, soutenu que la contrainte ne pouvait être invoquée dans les affaires de meurtres, ont eux-mêmes souligné l'absence de toute base solide permettant de différencier le cas de l'auteur d'un crime de celui d'un complice.

50. Dans le même ordre d'idée que Smith et Hogan, Reed, dans un article récent paru dans le *Journal of Transnational Law and Policy*, examine la jurisprudence anglaise en matière de contrainte et décrit la position actuelle de la loi anglaise comme ridicule⁴⁵. Il préconise l'acceptation de l'argument de la contrainte comme défense dans le cas du meurtre, comme c'est maintenant le cas dans le Model Penal Code des États-Unis.

51. Dans sa conférence de Hamlyn en 1989 sur le thème *Justification and Excuse in common law*, l'un des deux auteurs de Smith & Hogan, Sir John Smith, examine en détail toute la question de la contrainte dans le cadre de la *common law*, critique le raisonnement dans l'affaire *Howe*, et préconise l'acceptation de la contrainte comme moyen de défense dans les cas où une personne ordinaire de force morale raisonnable aurait cédé à la menace pesant sur elle. Il remarque que c'est un modèle de sainteté ou plutôt d'héroïsme qui prévaut dans la loi anglaise relative à la contrainte⁴⁶.

52. Point extrêmement pertinent pour cet appel, il fait remarquer que les opposants à la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre ont généralement supposé qu'il y a un choix direct entre la vie de la personne soumise à la contrainte et la vie de la victime et ajoute : ce qui est loin d'être toujours le cas... Comme je l'ai dit, ce n'est pas le cas dans l'affaire dont nous sommes saisis. Il est significatif que, dans toutes les affaires rapportées, la question du choix se posait, le choix devant être fait par l'accusé entre la vie de la victime et la sienne, ce qui donne au moins un certain sens au dictum de Hale préférer mourir plutôt que de tuer un innocent, quoi qu'on en pense par ailleurs. Cette question du choix, présente dans l'élément de proportion et dans les questions de moralité qui l'entoure, joue nécessairement un rôle capital dans le raisonnement sur la contrainte. Elle occupe une place importante dans *R. v. Dudley and Stephens* et dans les affaires postérieures auxquelles je me suis référé. La situation bien différente à laquelle a été confronté l'Appelant en l'espèce, selon sa relation des événements, était une affaire dans laquelle il croyait, probablement avec raison, qu'aucun de ses choix ne changerait le sort des victimes musulmanes, que son choix était de mourir avec eux ou de vivre, une situation qui n'a pas été examinée dans les affaires analysées et qui, cependant, est manifestement à classer dans les cas de contrainte.

53. Lord Mackay of Clashfern souligne la pertinence de cet argument pour l'affaire qui nous occupe en déclarant dans l'affaire *Howe* :

Il me semble évident que la raison pour laquelle les auteurs faisant autorité ont si longtemps rejeté l'argument de la contrainte en tant que moyen de défense dans les cas de meurtre venait de l'importance capitale que le droit confère à la protection de la vie humaine et qu'il semblait répugnant que le droit reconnaisse à un individu, aussi extrêmes que soient les circonstances, le droit de choisir qu'une personne innocente soit tuée plutôt qu'une autre⁴⁷.

54. Selon ses déclarations, ce choix moral ne s'offrait pas à l'Appelant. Quel qu'ait été son choix, des innocents auraient perdu la vie et il ne disposait d'aucun pouvoir pour s'y opposer. Dans ce sens, on peut dire que l'Appelant ne disposait d'aucun choix moral. Bien sûr, il pouvait faire le choix de donner sa vie pour les principes moraux les plus élevés. Mais ce n'est pas là le genre de choix que le droit pénal devrait assurer par des sanctions. Dans les circonstances rapportées par l'Appelant, le désir de survie n'est pas seulement instinctif, il est aussi rationnel et un droit qui s'y opposerait ne serait pas compatible, selon les termes de Lord Morris, avec un système rationnel de droit qui tient entièrement compte des normes s'appliquant aux gens honnêtes et raisonnables⁴⁸.

55. Dans sa conférence de Hamlyn, Sir John donne deux exemples frappants, non pas des cas d'école mais des affaires réelles, qui illustrent sa proposition selon laquelle l'irrecevabilité de la contrainte en droit anglais dans les affaires de meurtre n'est pas fondée : l'une est un accident de ferry, l'autre une affaire concernant des alpinistes. Dans la première, les passagers du ferry qui avait coulé étaient à l'eau et risquaient de se noyer. Une échelle de corde pouvait les mettre en sécurité mais elle était bloquée par un homme pétrifié de froid ou de peur, qui se tenait immobile sur l'échelle, incapable de

grimper et bloquant l'accès aux autres. Enfin, après une dizaine de minutes, on l'a poussé à l'eau où il s'est probablement noyé, permettant aux autres de grimper sur l'échelle et de se mettre en sécurité. Le coroner a indiqué au jury qu'il s'agissait d'un acte raisonnable de survie et pas nécessairement d'un meurtre. Aucune poursuite n'a été proposée mais, comme Sir John l'indique, cet acte n'était ni justifiable ni excusable en droit aux yeux des autorités juridiques. Il conclut que le droit aurait perdu contact avec la réalité si le fait de pousser l'homme de l'échelle devait être traité comme un meurtre. Il distingue cette affaire de celle de *R. v. Dudley and Stephens* en faisant remarquer qu'il n'existait pas de choix véritable entre une vie et une autre et que tous se seraient noyés si l'homme était resté immobile, les empêchant de se mettre en sécurité.

56. Le second exemple qu'il donne est celui de deux alpinistes britanniques, Yates et Simpson, qui étaient alors encordés. Simpson tombe d'une paroi verticale. Il est suspendu dans l'espace et Yates, qui s'affaiblit, le soutient pendant une heure. Enfin, alors que celui-ci est sur le point de glisser et de tomber à son tour, il coupe la corde. Là encore, il ne s'agissait pas de choisir une vie ou l'autre ; il fallait choisir plutôt entre une vie ou deux, la chute initiale ayant effectivement délimité ce choix. En fait, l'alpiniste qui était tombé a survécu, atterrissant sur un pont de glace qu'ils n'avaient pas vu. Mais s'il était mort, Yates, étant donné l'état actuel de la *common law*, aurait commis un meurtre.

57. La similarité de ce dernier exemple avec l'espèce qui nous intéresse est particulièrement évidente, un choix entre la perte d'une vie ou de deux, et non entre une vie ou l'autre et les deux exemples illustrent bien ce que seraient les conséquences d'appliquer à des affaires où un tel choix n'existe pas les précédents dans lesquels il existe. En matière de contrainte, dans la mesure où ce thème a été traité dans des affaires relevant de la *common law*, ce choix existait et il était donc possible à la cour d'exiger d'un accusé qu'il choisisse la voie de l'héroïsme et de la mort. Quelle que soit l'opinion que l'on ait de la justice dans de tels cas, leur intérêt est nul pour les affaires où ce choix n'existe pas.

58. Bien qu'il soit plus exact de considérer les exemples de Sir John comme des cas de nécessité plutôt que de contrainte, l'effet de la menace sur l'esprit de l'accusé, qu'elle soit d'origine naturelle ou humaine, et le choix auquel est confronté l'accusé, ne diffèrent pas. En effet, comme l'ont accepté à la fois les juridictions de *common law* et les codes de divers systèmes juridiques, les principes fondant la nécessité et la contrainte sont, en substance, les mêmes. Ainsi, ces exemples sont proches, en fait et en droit, des circonstances qu'a vécues l'Appelant, menacé de mort imminente et confronté à la participation involontaire au meurtre d'innocents, sans avoir la possibilité de sauver ces vies par le sacrifice de la sienne.

59. Le changement d'opinion de l'éminent juriste Lauterpacht en ce qui concerne les ordres de supérieurs accompagnés de contrainte, est décrit par Dinstein, comme symptomatique des contradictions logiques internes à l'approche de la *common law* anglaise en matière de contrainte, dans son Étude de *The Defence of Obedience to Superior Orders in International Law*⁴⁹. En 1944, Lauterpacht avait écrit qu'une menace immédiate de mort résultant d'un refus d'obéir à un ordre suffirait à soustraire à sa responsabilité un soldat obéissant à un ordre⁵⁰. Mais en 1952, après les procès des grands criminels de guerre nazis, Lauterpacht changea d'opinion et rejeta le concept qu'un individu est justifié à sauver sa vie au prix de la vie des autres⁵¹. Dinstein, en commentant ce changement d'opinion, considérait qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si le droit international reconnaît ou non la validité de toute défense fondée sur la contrainte et, si oui, quelles en sont les limites⁵². Cependant, la Chambre d'Appel doit, dans l'affaire dont elle est saisie, trancher cette question. Dinstein poursuit en disant qu'à son avis, la proposition découlant de la doctrine de la responsabilité absolue ... est inacceptable⁵³. Il résume son point de vue de la façon

suivante :

Nous pouvons conclure que le fait d'obéir aux ordres d'un supérieur peut être un moyen de défense opposable dans des cas particuliers mais seulement dans le cadre d'autres moyens de défense, à savoir ceux de l'erreur de droit et de la contrainte, dans la mesure où cette dernière constitue réellement une défense valable en droit international⁵⁴.

Il considère que les ordres d'un supérieur ne constituent pas en eux-mêmes un moyen de défense mais qu'ils peuvent contribuer, conjugués à d'autres faits, à fonder une défense reconnue en droit international⁵⁵.

60. L'étude effectuée par Dinstein des procès intentés aux dirigeants du Troisième Reich à Nuremberg est particulièrement intéressante pour ses remarques sur la référence au choix moral faite par le Tribunal militaire international. Quand ce tribunal, analysant l'article 8 de son Statut qui exclut l'obéissance aux ordres d'un supérieur, dit que le test véritable, que l'on trouve à divers degrés dans le droit pénal de la plupart des nations, n'est pas l'existence de l'ordre mais la possibilité dans les faits d'un choix moral", il ajoute ainsi au rejet des ordres de supérieurs comme moyen de défense visé à l'article 8 ce que Dinstein qualifie de contribution propre, celle du critère du choix moral⁵⁶. Dinstein interprète ce critère, en se référant à la fois aux versions en français et en anglais du jugement du Tribunal, de sorte que si l'on n'a pas la possibilité d'exercer la liberté morale et la faculté de choisir (*moral choice*, dans la version anglaise), l'accusé devrait être relevé de sa responsabilité pénale et non bénéficier seulement d'une réduction de peine⁵⁷. Puis Dinstein examine les circonstances dans lesquelles il n'existe aucun choix moral et conclut :

Lorsqu'une personne agit véritablement sous la contrainte, c'est-à-dire, lorsqu'elle est physiquement contrainte par une force irrésistible de se comporter d'une certaine manière, elle n'a rigoureusement aucun choix. Dans tous les autres cas, il lui reste, en fait, un choix. Même si elle agit à la pointe de l'épée et par crainte d'une mort imminente, il lui reste un choix possible, commettre l'acte et vivre ou ne pas le commettre et mourir. Le choix est entre la vie et la mort mais il existe néanmoins. Cependant, dans de nombreux cas, il est impossible du point de vue moral d'attendre d'une personne qu'elle choisisse la mort. Vu sous l'angle de la morale, la personne n'a pas de choix dans ces circonstances ; nous nous résignons à l'avance à ce qu'elle choisisse l'option qui lui sauvera la vie. En conséquence, il est possible de dire qu'elle n'avait pas moralement le choix. Tous les cas de contrainte n'enlèvent pas à la personne la possibilité d'un choix moral car, par définition, c'est le point de vue moral qui détermine alors les cas où une personne n'a d'autre choix que de se soumettre à la force. Mais il est indéniable qu'au moins dans certains cas de contrainte, le choix moral est éliminé et il ne fait pas de doute que le critère établi par le Tribunal militaire international se rapporte au sujet de la contrainte⁵⁸.

Il est intéressant de remarquer que même ce passage, tout en concédant que dans certains cas de contrainte aucun choix moral ne peut être fait, se limite à évoquer le choix entre la vie de la victime et celle de la personne soumise à la contrainte. Il ne va pas jusqu'à examiner l'argument nécessairement plus fort selon lequel le sort de la victime est scellé, et où il ne reste à l'acteur qu'à déterminer s'il rejoindra ou non la victime dans la mort.

61. Dans un article de la *Columbia Law Review*, Dienstag, traitant de l'expérience des États-Unis en

matière de contrainte comme moyen de défense dans les affaires de meurtre, et après avoir évoqué le principe général de droit qui la rejetait, déclare que l'approche plus moderne du meurtre commis sous la contrainte est à la fois intellectuellement plus acceptable et plus honnête⁵⁹. Il cite le Model Penal Code, dont l'adoption aux États-Unis par un certain nombre d'États a déjà été mentionnée, comme paradigme de la nouvelle formulation de la contrainte comme moyen de défense. Ce Code ne fait aucune exception pour les homicides si la menace est telle qu'une personne d'une fermeté raisonnable aurait été incapable de résister dans cette situation. Selon celui-ci l'argument décisif permettant d'opposer la contrainte est l'argument moral, et je remarque qu'il est à la fois injuste et hypocrite de punir un accusé pour une conduite qui résulte d'une pression à laquelle ses juges mêmes auraient probablement succombé⁶⁰. Il conclut que l'approche choisie par la *common law* peut être comprise comme un héritage de la jurisprudence passée, dont on ne peut aujourd'hui accepter les impératifs dogmatiques⁶¹. Cependant, pour des raisons de politique générale, elle réserverait un traitement différent aux crimes de guerre. En remarquant les nombreux procès pour crimes de guerre dans lesquels les Cours militaires des États-Unis ont retenu la contrainte comme moyen de défense, suite à l'adoption du véritable critère du Tribunal militaire international qui fonde la recevabilité de la contrainte sur la présence ou l'absence d'un choix moral, elle remarque que, dans les procès où ce moyen a été retenu, les industriels concernés n'étaient pas impliqués dans des crimes graves⁶². Elle préconise une approche qui rejette la contrainte comme moyen de défense et il est indéniable que de nombreux arguments militent en faveur de cette opinion mais les faits de l'espèce qui nous intéresse, ou ce que nous en connaissons à ce jour d'après le témoignage de l'Appelant, démontrent, à mon avis, l'injustice qu'implique une exclusion absolue de la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre. L'exclure entièrement dans les cas de crimes de guerre revient à refuser la justice dans les cas, aussi rares soient-ils, qui remplissent les conditions strictes qui l'entourent, dont celle de proportion, et auxquelles doit se conformer l'argument de la contrainte.

62. Tout examen de la recevabilité de la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre repose en grande partie, à mon avis, sur la question du rapport de proportion, sur la comparaison entre le mal qui implique l'obéissance aux ordres de la personne qui exerce la contrainte, et le mal auquel la personne soumise à la contrainte est exposée si elle n'obéit pas à cet ordre. Quand cette comparaison est possible, il devient également possible d'évaluer et de peser les deux résultats en termes de morale. Cependant, là où résister à la contrainte ne désamorcerait pas le mal mais ne ferait qu'y ajouter, la personne subissant la contrainte en souffrant également, le rapport de proportion n'est pas en jeu. Cela, comme j'ai cherché à le démontrer ci-dessus, est exactement la situation à laquelle l'Appelant, selon ses dires, a été confronté.

63. Si je suis parvenu à décrire ici de manière quelque peu exacte ce qu'a été l'approche de la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre en *common law*, et quelles que soient les critiques que l'on puisse faire à cette approche, reste la question de savoir si, dans toutes les circonstances, la contrainte doit en conséquence être exclue comme défense dans toute affaire de meurtre en droit international, parce qu'elle ne peut être qualifiée de principe généralement reconnu par les différents systèmes juridiques mondiaux. En cherchant un principe général de droit, l'enquête doit aller plus loin que les règles appliquées et rechercher la raison de leur promulgation et la manière de leur application. Lorsqu'ils pèsent l'application de la contrainte pour un crime donné, les tribunaux des pays de *common law*, par exemple, examinent et appliquent les principes de droit relatifs à la contrainte et à la nécessité applicables à toutes les autres catégories de crimes, bien que leur conclusion se fonde sur l'autorité applicable, les considérations de politique générale ou l'intervention législative. De même, dans les systèmes juridiques issus du droit romain, qui suivent dans les grandes lignes les codes français et allemand, les dispositions concernant la contrainte, la coercition ou la nécessité se trouvent généralement dans la partie du code qui énumère les dispositions générales, et s'appliquent également à toutes les catégories de crime détaillées dans les

dispositions spécifiques qui suivent, sous réserve des exceptions particulières pouvant s'appliquer à certains crimes dans la partie spécifique du code. On trouvera donc plus probablement le principe général gouvernant la contrainte dans ces dispositions générales plutôt que dans les exceptions particulières à un crime donné.

64. S'il semble évident que les principes qui sous-tendent la contrainte et la nécessité comme moyen de défense ont été retenus comme une règle de justice fondamentale de leur droit interne par la plupart des nations⁶³, l'étendue de leur application en droit international n'est, comme je l'ai dit, remise en cause, qu'en raison de l'exception prévue par la *common law* dans les affaires d'homicide d'un innocent. Il est indéniable qu'en définissant un principe général, un tribunal international ne doit pas, comme l'a écrit un juriste, faire violence aux concepts fondamentaux d'aucun de ces systèmes⁶⁴. Cependant, l'exception de meurtre mise à part, la contrainte comme moyen de défense est maintenant devenue un concept fondamental de la *common law*, et les motifs de l'exception de meurtre ont été décrits avec justesse de la part de Lord Mackay dans l'affaire *Howe* (dans le passage que j'ai cité au paragraphe 53, *supra*) comme étant l'intérêt des juges de la *common law* envers l'importance capitale que le droit accorde à la protection de la vie humaine et leur répugnance qu'il reconnaisse à tout individu en toutes circonstances, aussi extrêmes soient-elles, le droit de choisir qu'une personne innocente soit tuée plutôt qu'une autre. Ni cette préoccupation ni cette répugnance ne peut s'appliquer dans une affaire où l'accusé ne peut rien entreprendre pour sauver la vie que le droit cherche à protéger, de telle sorte qu'il ne lui reste aucun choix concernant la vie des victimes innocentes. Dans une telle affaire, le fondement de l'exception *en common law* à son acceptation autrement bien établie de la contrainte comme défense ne se justifie plus et il ne reste à considérer que le rôle que joue la contrainte dans l'exonération de la responsabilité pénale de l'accusé, quand les conditions strictes auxquelles elle est soumise sont observées. Dans un tel cas, rien dans les principes de la *Common law* ni dans les affaires où ces principes ont été appliqués, ne permet d'exclure la contrainte comme moyen de défense. Le principe qui fonde son exclusion dans le cas d'homicide d'innocents est absent. Aucune violence n'est faite aux concepts fondamentaux de la *common law* en reconnaissant en droit international la contrainte comme moyen de défense dans des affaires de ce type. Le fait de savoir si, dans d'autres circonstances, cet argument peut être invoqué en droit international pour des crimes entraînant la mort d'innocents, est un autre problème que nous n'aborderons pas ici.

65. En concluant dans ce sens, je n'oublie pas le commentaire de Brownlie, selon lequel, en s'inspirant des principes généraux de droit, un tribunal international comme le nôtre peut se référer aux principes du raisonnement juridique et au traitement analogue de crimes similaires en droit interne lorsqu'ils peuvent servir à élaborer une jurisprudence internationale valable et raisonnable⁶⁵. Je suis, dans le même temps, conscient des préoccupations exprimées par les autres membres de la Chambre d'appel concernant la nécessité de protéger la vie des innocents dans les conflits tels que ceux de l'ex-Yougoslavie où elle est particulièrement menacée. Cependant, à mon avis, on ne parvient pas à ce but en refusant un moyen de défense juste à une personne qui n'est pas en mesure de préserver la vie d'innocents.

66. Par ces motifs, je conclus que, malgré l'exception frappant la contrainte dans les affaires de meurtre dans le cadre de la *common law* lorsque le choix se situe entre une vie et une autre, la contrainte peut être adoptée comme moyen de défense en droit international comme émanant d'un principe général de droit reconnu par les grands systèmes juridiques mondiaux, au moins dans les cas où cette exception ne s'applique pas.

67. Les conditions strictes qui entourent toujours ce moyen de défense doivent être respectées, y compris celle selon laquelle le mal commis ne doit pas être disproportionné par rapport à celui que

l on craint. Le cas d un accusé forcé de tuer des innocents qu il ne peut sauver et qui ne peut qu ajouter au nombre des victimes en sacrifiant sa propre vie, répond à cette exigence.

68. Il s ensuit que j approuve les conclusions du Président Cassese, telles qu elles sont exprimées dans la quatrième partie de son Opinion, concernant la nature ambiguë du plaider de culpabilité de l accusé et son énumération des conditions à remplir avant que la contrainte puisse être invoquée comme moyen de défense.

69. En conséquence, comme l implique mon argumentation, je rejette à la fois la demande d acquittement de l Appelant soumise à cette Chambre d appel et la demande de révision de sa condamnation. Puisque j ai conclu, comme je l ai déclaré ci-dessus, que le plaider de l Appelant n avait pas été fait en toute connaissance de cause, l affaire devrait être renvoyée devant une chambre de première instance afin qu il ait la possibilité de plaider à nouveau en pleine connaissance des conséquences de son plaider.

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

Juge Ninian Stephen

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

[Sceau du Tribunal]

1 Jugement portant condamnation, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire n· IT-96-22-T, Chambre de première instance I, 29 novembre (Jugement portant condamnation).

2 Compte-rendu d audience, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Affaire N· IT-96-22-T, 31 mai 1996, p. 9 (Compte-rendu d audience).

3 Compte-rendu d audience, *Le Procureur c/ Radovan Karadzic et Ratko Mladic*, Affaires N· IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, 5 juillet 1996, p. 46.

4 *Compte-rendu d audience, supra, n. 2*, 19 nov. 1996, p. 40.

5 *Ibid.*, 20 novembre 1996, p. 68.

6 *Jugement portant condamnation, supra n. 1*, para 19 (omission des notes de bas de page, présentes dans l original).

7 *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

8 *Maxwell v. The Queen*, [1996] Aust. Highct. Lexis, p. 26 à 48-49.

9 *Trial of Otto Ohlendorf et al.*, (affaire des *Einsatzgruppen*) 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., 1950) (Procès des criminels de guerre), Vol. IV, p. 3.

10 *Procès de Max Wielen et 17 autres* (affaire *Stalag Luft III*), Law Reports of War Criminals , U.N. War Crimes Commission (H.M. Stationery Office, London, 1949) (Law Reports), vol. XI, p. 31.

11 Michael Bogdan, *General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations*, 46 Nordic Journal of International Law, p. 37 à 46.

12 *USA v. Wilhelm List and others* (affaire *Hostage*), *Law Reports*, vol. VIII, p. 34 à 49.

- 13 *Lynch v. D.P.P. for Northern Ireland*, [1975] AC p. 653 à 704.
- 14 *R. v. Howe et al.*, [1987] AC p. 417 à 438.
- 15 *R. v. Gotts* [1992] 2 AC p. 412 à 438.
- 16 Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 2, p. 105.
- 17 *Lynch*, supra, n. 13, p. 684 (Lord Wilberforce) et 707 (Lord Edmund-Davies).
- 18 *Ibid.*, p. 680.
- 19 *Abott v. The Queen* [1977] AC p. 755 à 771.
- 20 Stephen, *op. cit.* pp 107-108.
- 21 Lord Hale, *Pleas of the Crown*, (1800) vol. 1, p. 51.
- 22 *Lynch*, supra n. 13, pp. 681-682.
- 23 *R. v. Dudley and Stephens*, [1881-5] All E.R., p. 61
- 24 Cf. *Procès de Valentin n Feurstein et Autres, Procédure de la Cour militaire sise à Hambourg* (4-24 août 1948), Public Record Office, Kew, Richmond, dossier n; 235/525 ; *Law Reports*, vol XV, p. 173 ; *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany* (25 mars -6 avr. 1946), vol. 1 p. 1 ; *Law Reports*, Vol V, p. 16.
- 25 *Dudley and Stephens*, supra n. 23.
- 26 *R. v. Tyler and Price*, (1838) 8 C&P, p. 616.
- 27 *Lynch*, supra, n. 13, p. 671.
- 28 *Ibid.*, p. 677.
- 29 *State v. Goliath*, (1972) (3) S.A.L.R. 465, p. 480.
- 30 *Abbott v. The Queen*, supra n. 19.
- 31 *Lynch*, supra n. 13, p. 715.
- 32 *Dudley and Stephens*, supra n. 23.
- 33 *Lynch*, supra, n. 13, p. 702.
- 34 *Abbott v. The Queen*, supra n. 19.
- 35 *Lynch*, supra, n. 13, p. 688.
- 36 *Abbott v. The Queen*, supra n. 19, p. 772.
- 37 *Howe*, supra n. 14, p. 417.
- 38 *Ibid.*, p. 432.
- 39 Hume, *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes* (3è édition 1829), p. 53.
- 40 *Gotts*, supra n. 15, p. 419.
- 41 *Ibid.*, p. 439.
- 42 *Ibid.*, pp. 418-19.
- 43 American Law Institute, *Model Penal Code*, (1985), s. 2.09.
- 44 Smith et Hogan, *Criminal Law*, (8è édition 1996), p. 241.
- 45 Reed, *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 6, p. 51 à 53.
- 46 Sir John Smith, *Justification and Excuse in the Common law*, Hamlyn Lectures (1989), p. 94.
- 47 *Howe*, supra n. 14, p. 456.
- 48 *Lynch*, supra n. 13, p. 670.
- 49 Yoram Dinstein, *The Defence of Obedience to Superior Orders in International Law*, (Sijthoff 1965), pp. 78-79.
- 50 Sir Hersch Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, 21 *British Yearbook of International Law*, (1944), p. 58.
- 51 *Oppenheims International Law : A Treatise* (Sir Hersch Lauterpacht, ed. Longmans, London, 7è éd., 1952), vol 2, pp. 571-572.
- 52 Dinstein, *op. cit.*, p. 80.
- 53 *Ibid.*, p.81.
- 54 *Ibid.*, p. 82.
- 55 *Ibid.*, p. 81.
- 56 *Ibid.*, pp. 147-148.
- 57 *Ibid.* p.149.
- 58 *Ibid.*, p. 152.

59 Abbe L. Dienstag, *Fedorenko v. United States : War Crimes, The Defence of Duress, and American Nationality Law*, 82 Columbia Law Review , 1982, p. 120 à 142.

60 *Ibid.*, p. 144.

61 *Ibid.*, p. 145.

62 *Ibid.*, p. 147.

63 Affaire *Hostage*, *supra n. 12*.

64 H.C. Gutteridge, *Comparative Law* (2nd éd., 1949); p. 65.

65 *Cf.*, Ian brownlie, *Principles of Public international Law* (Clarendon Press, Oxford, 4th éd., 1990), p. 16, citant *Oppenheims International Law : A Treatise* (Sir Hersch Lauterpacht, ed., Longmans, London, 8è éd., 1955), vol. 1, p. 29.