

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
DE M. LE JUGE CASSESE**

Le Bureau du Procureur :

M. Grant Niemann
M. Payam Akhavan

Le Conseil de la Défense :

M. Jovan Babic

TABLE DES MATIÈRES

I. LA NOTION DE PLAIDOYER DE CULPABILITÉ (OU : DANS QUELLE MESURE UN TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL PEUT-IL S APPUYER SUR LE DROIT NATIONAL POUR INTERPRÉTER DES DISPOSITIONS INTERNATIONALES)

A. Remarques générales

B. La notion de plaidoyer de culpabilité à la lumière du Statut du Tribunal

II. LA CONTRAINTE (OU : LA QUESTION DE SAVOIR SI LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL RETIENT L APPROCHE DE LA NOTION DE CONTRAINTE EXISTANT DANS LA *COMMON LAW* EN CAS DE MEURTRE)

A. Introduction

B. Notion et critères de la contrainte

C. La question de savoir si la contrainte peut être invoquée comme argument de défense dans les cas de violations du droit international humanitaire impliquant le meurtre

1. Le point de vue de l Accusation
2. Examen critique des arguments de l Accusation fondés sur la jurisprudence.
3. Affaires dans lesquelles les tribunaux n'ont exclu certaines violations de droit international humanitaire ni du cadre ni du champ de la contrainte.
4. Affaires dans lesquelles les tribunaux ont reconnu la contrainte comme argument exonérateur pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité impliquant le meurtre.
5. Conclusions à tirer de la jurisprudence sur la contrainte, dans des cas de crimes de guerre et crimes contre l'humanité impliquant le meurtre de personnes innocentes.
6. Considérations finales

D. Application au Jugement contesté en appel

* NdT : Les traductions en anglais de l'auteur de cette opinion ont fait l'objet d'une traduction non officielle

En dépit du fait que j'ai voté en faveur des points 1, 2, 3 et 5 du Dispositif, j'ai le regret d'être en désaccord à la fois avec les opinions et le raisonnement de la majorité de la Chambre d'appel. Étant donné que je ne peux pas faire état de mon désaccord *in extenso*, je me limiterai à aborder deux questions qui me semblent revêtir une importance particulière :

i) dans quelle mesure notre Tribunal International peut-il s'appuyer sur le droit interne ou national pour éclaircir la notion de "plaidoyer de culpabilité". C'est là une question au sujet de laquelle je sens encore le besoin de donner mon avis, comme j'ai toujours souhaité le faire et ce, malgré le fait que les opinions de la majorité et les miennes sont allées en se rapprochant (évolution tout à fait normale dans le cadre du fonctionnement d'un organe collégial) ;

ii) la question de savoir si la contrainte** peut être invoquée et reçue comme argument de défense dans une affaire de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, qui impliquent le meurtre de personnes innocentes. C'est là une question sur laquelle je suis en complet désaccord avec la majorité et je dois, par conséquent, faire part de mon opinion individuelle et dissidente.

** NdT : Le terme " Duress" a été traduit par "contrainte" au sens de contrainte morale, sauf indication contraire.

I. LA NOTION DE PLAIDOYER DE CULPABILITE (OU : DANS QUELLE MESURE UN TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL PEUT-IL S'APPUYER SUR LE DROIT NATIONAL POUR INTERPRETER DES DISPOSITIONS INTERNATIONALES)

A. Remarques générales

1. Je suis d'avis que les dispositions du Statut du Tribunal International ("le Statut") et du Règlement de procédure et de preuve ("le Règlement") - énoncées respectivement aux articles 20, 3) du Statut et 62 du Règlement - qui traitent de la possibilité de plaider coupable ou non coupable, n'impliquent pas nécessairement une référence à la législation et à la jurisprudence des pays relevant de la *common law* .

Cette référence au droit national n'est pas indispensable car la notion de "plaidoyer de culpabilité" peut être établie relativement facilement sur la base du Statut. Une référence au droit national, si elle est vraiment nécessaire, ne peut avoir pour but que de prendre en compte, avec toute la prudence nécessaire, les innombrables distinctions établies par les juridictions nationales. Cette référence au droit national peut permettre d'élucider les implications et les ramifications possibles de cette notion mais, à terme, ladite notion doit être interprétée de façon indépendante , sur la base des dispositions internationales du Statut.

2. Je m'attarderai sur ce point parce que son importance transcende largement la question spécifique qui est au centre du débat. Il s'agit ici de savoir dans quelle mesure un tribunal pénal international peut ou doit s'inspirer de concepts de droit national et les transposer dans la procédure pénale internationale.

Selon moi, les notions, les interprétations juridiques et les termes consacrés utilisés dans le droit national ne devraient pas être automatiquement appliqués à l'échelon international. Ils ne peuvent être mécaniquement transposés dans les procédures pénales internationales. Le Tribunal International, en tant qu'instance internationale fondée sur le droit de la communauté des États, doit d'abord se pencher sur l'objet et le but des dispositions pertinentes de son Statut et de son Règlement.

3. Cette approche est dictée par trois considérations fondamentales. Tout d'abord , l'attitude traditionnelle des tribunaux internationaux à l'égard des notions de droit national tend à suggérer qu'il faudrait commencer par passer en revue tous les instruments disponibles au plan international avant de se tourner vers le droit national.

Notons à ce propos que les tribunaux internationaux ont toujours soutenu que, même dans les cas où les règles internationales intègrent des notions de droit national , il faut s'efforcer de les interpréter à la lumière de l'objet et du but ou de l'esprit des règles internationales. On ne peut justifier le fait de s'appuyer sur des notions ou des concepts juridiques, tels qu'ils apparaissent dans un système juridique national, que si les règles internationales font explicitement référence au droit national ou si le contenu et la nature mêmes du concept impliquent nécessairement une telle référence.

La règle coutumière internationale selon laquelle un État peut exercer le droit de protection diplomatique, ou engager des poursuites judiciaires internationales au nom de ses ressortissants est un exemple de référence implicite au droit national ¹. Pour appliquer cette règle internationale , c'est-à-dire pour déterminer si un individu particulier a ou non la nationalité d'un État, le juge

international doit forcément se pencher sur la législation nationale de l'État concerné et l'appliquer².

Dès lors que la référence au droit national n'est pas expressément requise ou qu'elle ne découle pas d'une nécessaire référence implicite, le recours à la législation nationale n'est pas justifié. À cet égard, il suffit de se référer à deux affaires. La Cour permanente de justice internationale, dans son avis consultatif relatif à *l'échange des populations grecques et turques*, s'est demandée si elle devait se référer à la législation nationale dans le but d'interpréter le terme "établis" utilisé par la Convention VI de Lausanne du 30 janvier 1923 pour décrire une partie des habitants Grecs de Constantinople. Elle a conclu par la négative, notant qu'une telle référence "ne serait pas non plus conforme à l'esprit de la Convention"; la Cour poursuit en déclarant que "la Convention se suffi [sai]t à elle-même" et que, par conséquent, afin de décider ce qu'était un "habitant établi" on "doit [le] déterminer ... d'après le sens naturel des mots"³. La Commission de conciliation franco-italienne a adopté la même attitude dans une décision du 25 juin 1952. La Commission devait interpréter les termes "autorisé à résider" figurant à l'article 79, para. 1. Litt. c du Traité de Paix du 10 février 1947 signé par les Puissances Alliées et Associées et l'Italie. Très clairement, le terme "résidence" est un terme juridique consacré dans la plupart des systèmes nationaux et on aurait pu s'attendre à ce que la Commission applique le droit national de l'État pertinent. De fait, le Gouvernement français déclara que le verbe "résider" impliquait une référence à la législation nationale de l'État de résidence ou de résidence présumée. La Commission rejeta cet argument en déclarant que :

Le Traité de Paix ne définissant pas expressément ce qu'il entend par "résidence", il y a lieu, pour l'interprète, de tirer cette définition du but que les Puissances Alliées et Associées se sont proposées par l'article 79, para. 6. litt. c.⁴

On pourrait se demander pourquoi les tribunaux internationaux font preuve d'autant de prudence lorsqu'ils s'inspirent du droit national, au moment de décider du sens des concepts et des termes de ce droit. Une telle prudence pourrait, en effet, sembler incompatible avec le fait que l'ensemble du droit international doit énormément aux règles nationales ou internes. C'est un fait bien connu, au fil des ans, les normes internationales ont beaucoup emprunté au droit interne des États souverains, notamment au droit national privé. Cependant, ce "déversement historique" d'un ensemble de systèmes juridiques dans le droit des nations ne change rien au fait que ces systèmes juridiques (ceux des États d'une part et le droit international d'autre part) sont radicalement différents de par leur structure, de par leurs sujets et de par leurs sources et leurs mécanismes d'application. Il s'ensuit que normalement il serait incongru et inapproprié d'appliquer un concept de droit national en tant que tel, c'est-à-dire avec son champ et son objectif originels, à un cadre juridique inter-étatique. Le corpus de droit auquel on pourrait être tenté de greffer une notion de droit national ne pourrait que rejeter la greffe, car la notion est ressentie comme étrangère à tout l'ensemble d'idées, d'interprétations et de mécanismes juridiques qui prévalent dans le contexte international. Par conséquent, l'attitude normale des tribunaux internationaux est d'essayer d'assimiler ou de transformer la notion de droit national de telle sorte qu'elle puisse être adaptée aux exigences et aux principes fondamentaux du droit international.

4. La deuxième raison qui pousse à faire preuve d'une grande prudence avant de transposer des notions de droit national dans le droit international est étroitement liée au sujet même de ce débat. Des juges internationaux aussi éminents que MM. McNair⁵ et Fitzmaurice⁶ ont lancé des avertissements relatifs à l'importation "brute" de concepts nationaux dans le cadre international. Ces deux juges se référaient à des concepts de droit privé. Leur opinion devrait s'appliquer *a fortiori* au droit pénal. La procédure pénale internationale est le produit de la décantation progressive des concepts et des règles pénaux internes dans le réceptacle international. La procédure pénale internationale ne découle cependant pas d'un corpus de droit uniforme. Dans une large mesure, elle découle de la fusion de deux systèmes juridiques différents, celui des pays relevant de la *common*

law et celui des pays de droit romain (même si, pour des raisons historiques, on observe à l'heure actuelle au plan international un déséquilibre très net en faveur du système de *common law*.) Il est donc tout naturel que les procédures pénales internationales ne privilégient pas la philosophie sous-tendant l'un des deux systèmes pénaux internes au détriment de l'autre ; elles n'entraînent pas non plus la juxtaposition d'éléments appartenant aux deux systèmes. Elles opèrent plutôt la combinaison et la fusion, généralement de façon assez satisfaisante, entre le système contradictoire ou accusatoire (qui prévaut dans les pays de *common law*) et un certain nombre de caractéristiques importantes du système inquisitoire (repris surtout dans les États de l'Europe continentale et dans d'autres pays relevant de la tradition de droit romain). Cette combinaison ou cet amalgame est unique et génère une logique juridique qui est sensiblement différente de celle de chacun des deux systèmes pénaux internes : la philosophie qui sous-tend les procès internationaux est toute autre que celle existant dans chacun de ces systèmes nationaux. Aussi le Statut et le Règlement du Tribunal International, en esquissant les procédures pénales utilisées devant les Chambres de première instance et la Chambre d'appel, ne se réfèrent-ils pas à une approche pénale nationale en particulier mais partent du système accusatoire (ou contradictoire) et l'adaptent aux procédures internationales, tout en retenant certains éléments du système inquisitoire.

Il s'ensuit que - sauf si les dispositions mêmes du droit pénal international le prévoient expressément ou implicitement - il serait inapproprié d'incorporer mécaniquement aux procédures pénales internationales des idées, des interprétations juridiques, des concepts ou des termes juridiques consacrés qui ne relèvent que d'un groupe spécifique de systèmes juridiques nationaux en particulier, par exemple les systèmes de *common law* ou ceux issus du droit romain. Le fait de s'appuyer sur un système en particulier ne peut se justifier que lorsque cela est indiscutablement imposé par les termes mêmes d'une règle internationale ou lorsqu'aucune notion indépendante ne peut être déduite de l'ensemble du contexte et de l'esprit des règles internationales.

5. La troisième raison pouvant être invoquée contre une importation mécanique de notions tirées du droit national dans les procédures pénales internationales est qu'une telle démarche peut altérer ou fausser la spécificité de ces procédures. Un certain nombre de caractéristiques distinguent les procès internationaux des procédures pénales nationales. Toutes ces caractéristiques sont liées au fait que la justice pénale internationale est rendue dans un cadre général qui est bien différent de celui des tribunaux nationaux : les tribunaux pénaux internationaux ne font pas partie d'un appareil d'État opérant sur un territoire donné et exerçant une autorité à laquelle les tribunaux prennent part. Les tribunaux pénaux internationaux opèrent au plan inter-étatique. Ils exercent leurs fonctions au sein d'une communauté constituée d'États souverains. Les individus qui relèvent de la compétence de ces tribunaux sont sous le pouvoir et le contrôle des États souverains. De cette réalité découlent plusieurs conséquences importantes. Je me limiterai à souligner la plus frappante d'entre elles : un tribunal pénal international ne dispose d'aucun moyen direct de faire exécuter ses ordonnances, ses citations à comparaître et autres décisions. Pour obliger des individus placés sous la souveraineté d'un État à se plier à ses injonctions, il doit s'en remettre à la coopération de cet État. Perdre de vue cette condition fondamentale et ainsi greffer directement des notions tirées des systèmes juridiques nationaux sur le droit international, pourrait être la source d'une grande confusion et de nombreux malentendus. La philosophie qui sous-tend toutes les procédures pénales nationales, qu'elles soient fondées sur la *common law* ou sur le droit romain, est spécifique à ces procédures et vient du fait que les tribunaux nationaux opèrent dans un contexte où les trois pouvoirs fondamentaux (législatif, judiciaire et exécutif) sont exercés par des organes centraux qui participent à l'autorité directe de l'État sur les individus. On ne peut pas tout simplement transposer cette logique au plan international : à cet échelon là, une logique différente imposée par la position et le rôle différents des tribunaux doit forcément être à la source des procédures pénales internationales et les régir.

6. Les arguments avancés justifient, à mon avis, les propositions suivantes. Dès lors que des dispositions internationales incluent des notions et des termes juridiques consacrés tirés du droit

pénal national, l'interprète doit d'abord essayer de savoir si ces notions ou ces termes prennent un sens totalelement indépendant dans le contexte international, c'est-à-dire si, une fois transposés au plan international, elles acquièrent une nouvelle dimension, absolument indépendante de leur signification originelle. S'il apparaît que tel n'est pas le cas, le juge international doit tenter d'évaluer si la transposition dans la procédure internationale suppose que la notion ou le terme doivent être adaptés ou ajustés pour satisfaire aux caractéristiques des procédures internationales. Pour ce faire, il faut déterminer si le contexte général des procédures internationales et l'objet des dispositions qui les régissent délimitent avec suffisamment de précision le champ et l'objectif de la notion ainsi que son rôle dans le cadre international. Ce n'est que si cet examen aboutit à des conclusions négatives que l'on est en droit de prendre dans la législation et la jurisprudence nationales des théories ou des termes juridiques nationaux tels qu'ils sont conçus et interprétés dans le contexte national et de les appliquer.

En règle générale, on peut dire que, normalement, ni la première ni la troisième situation hypothétique ne se posent. Il est plus plausible et plus cohérent avec l'objectif et l'esprit des procédures internationales que ce soit la deuxième qui prévale.

Un bon exemple est celui de la notion de "plaider de culpabilité", comme j'entends maintenant le démontrer.

B. La notion de plaider de culpabilité à la lumière du Statut du Tribunal

7. Le système permettant de plaider coupable ou non coupable des charges énoncées dans l'acte d'accusation délivré à l'encontre d'un accusé, énoncé à l'article 20 3) du Statut et à l'article 62 du Règlement, s'inspire clairement de la procédure pénale des pays de *common law*. Cette pratique n'a pas d'équivalent direct dans la tradition de droit romain, où l'aveu de culpabilité fait simplement partie des éléments de preuve que le tribunal devra examiner et évaluer. Cependant, quelque soit son origine dans un contexte national donné, il est possible d'apprécier l'importance et le champ réels de cette notion sans se référer nécessairement à la législation et à la jurisprudence des pays relevant de la *common law*.

8. Il ressort de l'esprit du Statut et du Règlement que, en prévoyant la possibilité de plaider coupable, les rédacteurs avaient l'intention de permettre à l'accusé (ainsi qu'au Procureur) d'éviter un procès trop long et toutes les difficultés concomitantes. Celles-ci - cela mérite d'être mentionné - sont d'autant plus évidentes dans le cadre des procédures internationales. Il y est souvent très difficile et très long de recueillir des éléments de preuve. En outre, il est impératif que les autorités pertinentes d'un tribunal international remplissent la tâche essentielle bien qu'ardue de protéger les victimes et les témoins. De plus, les procédures pénales internationales sont onéreuses, car il faut fournir tout un éventail de prestations aux diverses parties concernées (interprétation simultanée dans plusieurs langues ; établissements des comptes rendus des débats, là aussi en plusieurs langues ; transport des victimes et des témoins en provenance de pays lointains ; prise en charge et accompagnement de ces témoins au cours du procès, etc.). Ainsi, en plaidant coupable, l'accusé sert indubitablement l'intérêt public. En même temps, l'accusé en plaidant coupable sert son propre intérêt. En premier lieu, cela peut l'aider à soulager sa conscience et à racheter ses erreurs. En deuxième lieu, il s'épargnera le sentiment d'indignité qui accompagne la tenue d'un procès et n'aura pas à vivre cette expérience potentiellement démoralisante. Il évitera aussi l'épreuve psychologique que constitue le fait d'avoir à assister à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire des témoins (il se peut aussi qu'il soit lui-même témoin). Il évitera également l'exposition au public que suppose tout procès et les conséquences préjudiciables que cela entraînerait pour son statut social ainsi que pour la vie de sa famille et de ses proches. En troisième lieu, l'accusé peut espérer que le tribunal tiendra compte de son attitude coopérante et réduira la peine qui lui aurait été infligée s'il n'avait pas plaidé coupable. En d'autres termes, l'accusé peut espérer que le tribunal fera preuve de plus de

mansuétude en raison de son aveu de culpabilité.

9. Ce “raccourci” procédural ne doit pas, cependant, conduire à une limitation des droits de l’accusé ou, plus généralement, ne doit pas se faire aux dépens du principe général d’un procès équitable. C’est ce qu’interdit l’article 20 1) du Statut qui stipule que :

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.

En d’autres termes, selon le Statut, l’exigence de rapidité et d’efficacité ne doit pas porter préjudice aux exigences de la justice ou avoir des conséquences néfastes pour celle-ci. Il faut, notamment, attirer l’attention sur les dispositions de l’article 21, en particulier les paragraphes 2, 3 et 4 g)⁷. Ces dispositions énoncent les droits fondamentaux de l’accusé qui constituent des garanties minimales. Si l’accusé, en plaidant coupable, décide de renoncer à son droit à un procès, cette renonciation à ses droits ne sera admise que sous des conditions extrêmement strictes.

10. Il s’ensuit que le plaidoyer de culpabilité doit être fait de plein gré , c’est-à-dire qu’il ne doit pas être obtenu par des menaces, des pressions ou des promesses. Un plaidoyer de culpabilité implique que l’accusé renonce à son droit à un véritable procès, c’est-à-dire aux procédures en vertu desquelles il est présumé innocent jusqu’à ce que sa culpabilité soit établie au-delà de tout doute raisonnable et qui lui donnent droit à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire des témoins ainsi qu’à toutes les garanties judiciaires énoncées à l’article 21 du Statut. Une telle renonciation aux droits fondamentaux doit, par conséquent et nécessairement , être faite librement et volontairement. Cette conclusion est corroborée par un fait important : le Statut et le Règlement de procédure et de preuve, à dessein, ne prévoient pas de compromis quant aux chefs d’accusation - ou, du moins, l’approbation et la reconnaissance par les Chambres de tout accord obtenu hors-prétoire entre l’accusation et la défense. Cela signifie, entre autres, que les rédacteurs du Statut et du Règlement avaient pour but d’éviter les altérations du libre arbitre de l’accusé qui peuvent découler d’un tel marchandage judiciaire.

En outre, le plaidoyer doit être fait par un accusé qui est *compos sui*, c’est -à-dire qui est indubitablement en pleine possession de ses moyens mentaux. Le plaidoyer ne doit pas être le résultat de la réflexion d’un esprit dérangé. Dans un tel cas l’accusé s’accuse lui-même de crimes imaginaires afin de satisfaire sa propension psychologique à l’autopunition illusoire. Il est évident qu’accepter un tel plaidoyer constituerait une erreur judiciaire. Pour éviter de tels dangers, le tribunal doit être convaincu que l’accusation a recueilli suffisamment d’éléments de preuve pour prouver le bien-fondé du plaidoyer de culpabilité ou le corroborer. En d’autres termes, le tribunal doit s’assurer que l’accusation a démontré un fondement factuel suffisant pour le plaidoyer.

De surcroît, le plaidoyer de culpabilité doit être fait en toute connaissance de cause quant à ses implications juridiques. Recevoir un plaidoyer qui n’aurait pas été fait en toute connaissance de cause fausserait la justice. Plus précisément , cela signifierait que le droit de l’accusé énoncé à l’article 21 3) du Statut, selon lequel il “est présum[é] inno[cent] jusqu’à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie conformément aux dispositions du présent statut” est menacé ou vicié .

Une autre conséquence découlant des principes établis ci-dessus est que le plaidoyer de culpabilité ne doit être ni ambigu ni équivoque. On ne peut pas permettre à l’accusé d’admettre sa culpabilité d’une part et, dans le même temps, annuler ce plaidoyer en déclarant qu’il a agi dans le cadre de la légitime défense ou à cause d’une erreur de fait ou pour quelque autre raison qui le disculperait.

Dans ce cas l'accusé, tout en affirmant qu'il a commis un crime, nierait simultanément sa responsabilité. Le rejet d'un tel plaidoyer de culpabilité comme nul et non avenu devient nécessaire non seulement au nom de la logique juridique (un tribunal ne peut recevoir un plaidoyer qui est intrinsèquement contradictoire). Il existe aussi une autre raison plus impérative encore de rejeter un plaidoyer ainsi faussé. Dès lors que les critères susmentionnés de validation d'un plaidoyer sont respectés, un tribunal, dans le but de pouvoir alors décider de la sanction, peut accepter ce plaidoyer selon lequel la personne a, de fait, commis un crime. Pour des raisons d'intérêt public, le tribunal peut décider que "l'auto-accusation" est recevable et passer à la phase de la détermination de la sanction. On ne peut, cependant, sauter l'étape du procès pour ce qui est de l'existence ou de l'inexistence d'un moyen de défense impliquant l'absence d'intention délictueuse ou, du moins, constituant une excuse ou une justification. C'est devant le tribunal, au travers d'un procès, qu'il faudra déterminer si un tel moyen de défense peut être invoqué en l'espèce car si le recours au moyen de défense spécifique est justifié devant le tribunal, il s'ensuit que l'accusé est innocent et doit être acquitté.

Voici mes conclusions pour ce qui est des critères qui doivent être satisfaits pour qu'un plaidoyer de culpabilité soit accepté par une Chambre de première instance. Ces critères sont atteints grâce à la prise en compte de la mission spécifique d'un tribunal pénal international et des contraintes dont il est l'objet et non par la référence à des tribunaux pénaux internes et à leur jurisprudence. Je soutiens que la première approche peut démontrer que la seconde est inutile et même inadaptée.

II. LA CONTRAINTE (OU : LA QUESTION DE SAVOIR SI LE DROIT PENAL INTERNATIONAL RETIEN L'APPROCHE DE LA NOTION DE CONTRAINTE EXISTANT DANS LA *COMMON LAW* EN CAS DE MEURTRE)

A. Introduction

11. Je signale aussi respectueusement que je suis en désaccord avec les conclusions de la majorité de la Chambre d'appel relatives à la contrainte, énoncées dans l'Opinion individuelle présentée conjointement par Mme le Juge McDonald et M. le Juge Vohrah et ce, pour les raisons suivantes :

i) après avoir établi qu'aucune règle internationale spécifique n'a été élaborée quant à la question de savoir si la contrainte est totalement exonératoire du meurtre d'êtres humains innocents, la majorité aurait dû arriver à la seule conclusion possible en vertu du droit et de la logique, à savoir que la règle générale relative à la contrainte doit être appliquée - sous réserve, bien entendu, des conditions requises. En toute logique, dès lors que l'on ne peut établir l'existence d'une exception à la règle générale, ladite règle générale prévaut. Ainsi en droit, si l'on recherche une règle spéciale régissant un point précis d'une question et si l'on conclut à son inexistence, la seule inférence possible est que ce point précis est régi par la règle gouvernant la question générale ;

ii) au lieu d'arriver à cette conclusion simple, la majorité de la Chambre d'appel s'est lancée dans l'examen détaillé de "considérations pratiques" et a conclu en retenant des "considérations pratiques" fondées dans une large mesure sur le droit anglais. Je suis d'avis que cet examen est sans aucun rapport avec la mission de notre Tribunal. Ce Tribunal international a pour mission d'appliquer le droit international et notamment notre Statut, ainsi que les principes et les règles du droit international humanitaire et du droit pénal international. Notre Tribunal international est une Cour de justice ; il n'est tenu que par le droit international. Il devrait, par conséquent, éviter de s'engager dans des analyses méta-légales. En outre, il ne devrait pas s'appuyer exclusivement sur les notions, les considérations pratiques ou les fondements philosophiques des pays de *common law*, en faisant abstraction des pays de droit romain ou de ceux relevant d'autres systèmes juridiques. Ce qui est plus important encore, c'est qu'une approche fondée sur des considérations pratiques dans le

domaine du droit pénal va à l'encontre du principe coutumier fondamental *nullum crimen sine lege*. Sur la base des principes et des règles internationaux, mes conclusions sur la notion de contrainte diffèrent considérablement de celles de la majorité de la Chambre d'appel. Je vais à présent détailler les arguments juridiques qui justifient mon désaccord.

12. En bref, je pense que : 1) en droit pénal international la contrainte peut généralement être invoquée comme argument de défense, dès lors que certains critères stricts sont satisfaits ; lorsqu'elle ne peut être admise comme argument de défense, elle peut néanmoins être retenue à titre de circonstance atténuante ; 2) pour ce qui est des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité qui impliquent l'acte de meurtre ou, plus généralement, le fait de supprimer des vies humaines⁸, aucune règle du droit coutumier international ne s'est dégagée. Par conséquent, même en ce qui concerne ces crimes, la règle générale relative à la contrainte s'applique. Il s'ensuit que la contrainte peut être considérée comme moyen de défense dès lors que ses stricts critères sont respectés. Cependant, pour les crimes impliquant un meurtre, il est vrai que l'un des critères (que j'aborde au paragraphe 42 ci-dessous) - celui de la proportionnalité - ne serait, la plupart du temps, pas respecté. Néanmoins, ce critère pourrait être respecté dans des circonstances exceptionnelles, par exemple, dans les cas où le meurtre serait de toute façon perpétré par des personnes autres que celles agissant sous la contrainte (puisque'il ne s'agit plus en l'occurrence de sauver sa propre vie en tuant quelqu'un d'autre mais simplement de sauver sa propre vie alors que l'autre personne mourra inévitablement, ce qui alors n'est pas forcément un acte "disproportionné") ; 3) la Chambre d'appel devrait, par conséquent, renvoyer l'affaire devant une Chambre de première instance sur la question de la contrainte (ainsi que sur le fait que le plaidoyer n'a pas été fait en connaissance de cause), en lui enjoignant de recevoir un plaidoyer de non-culpabilité au nom de Dra' en Erdemovi } (l'Appelant) et de décider, grâce à la tenue d'un procès, si oui ou non l'Appelant a agi sous la contrainte et, par conséquent, s'il doit être exonéré ou non.

13. Avant de m'étendre sur la question spécifique de la contrainte dans le cadre de crimes impliquant le meurtre de personnes innocentes, je pense qu'il est utile et même nécessaire de s'arrêter un instant sur le concept général de la contrainte et sur les conditions de son application en droit pénal international.

B. Notion et critères de la contrainte

14. La contrainte, à savoir le fait d'agir sous la menace, exercée par un tiers, de violences graves et irréparables ou de mort, a pour effet de dégager de toute responsabilité pénale la personne agissant sous l'empire d'une telle menace. La contrainte est souvent baptisée "état de nécessité", à la fois dans les législations nationales et dans les affaires relatives aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité. J'aurais moi aussi l'occasion d'utiliser indifféremment ces deux termes. Cependant, ainsi que l'indique à juste titre le Manuel Britannique de Droit militaire, d'un point de vue technique l'expression "état de nécessité" seule recouvre également des situations autres que celles où une personne est confrontée à des menaces émanant d'un tiers, par exemple la situation dans laquelle se trouve une personne "qui souffre tant de la faim qu'elle tue (une autre personne) pour s'en nourrir"⁹. Ce qui signifie que l'expression "état de nécessité" a une acception plus large que le terme de contrainte, recouvrant les menaces à la vie ou à l'intégrité physique de façon générale et non pas seulement les cas où ces menaces émanent d'un tiers.

15. Il est également important de mentionner que, en jurisprudence, la question de la contrainte est souvent soulevée en relation avec celle des ordres donnés par un supérieur. Cependant, il n'existe pas forcément de lien entre les deux. Les ordres émis par un supérieur peuvent l'être sans être accompagnés d'aucune sorte de menace sur la vie ou sur l'intégrité physique. Dans ces circonstances, si l'ordre d'un supérieur enfreint manifestement le droit international, le subordonné a

le devoir de refuser d'y obéir. Si, suite à un tel refus, l'ordre est réitéré et assorti de menaces à la vie et à l'intégrité physique alors l'argument de la contrainte peut être soulevé dans le cadre de la défense, et les ordres émis par un supérieur perdent toute pertinence juridique. De même, la question de la contrainte peut être soulevée tout à fait indépendamment de celle des ordres donnés par un supérieur, par exemple dans les cas où la menace émane d'un autre soldat de même rang. Ainsi, lorsque la question de la contrainte est soulevée en relation avec celle d'ordres manifestement illégaux donnés par un supérieur, l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense que s'il a, en premier lieu, refusé d'obéir à l'ordre illégal et qu'alors seulement il s'y est plié sous menaces d'atteintes à sa vie ou à son intégrité physique.

16. Venons en à présent aux conditions s'appliquant à l'argument de contrainte soulevé dans le cadre de la défense. La jurisprudence pertinente est presque unanime en la matière et exige que quatre critères stricts soient remplis avant que la contrainte puisse être retenue comme argument de défense, à savoir :

- i) l'acte incriminé a été commis sous la menace immédiate de violences graves et irréparables ou de mort ;
- ii) il n'y avait aucun moyen approprié d'éviter de tels maux ;
- iii) la gravité du crime commis était proportionnelle aux menaces (ce serait, par exemple, le cas si un meurtre était commis pour échapper à des sévices). En d'autres termes, afin d'être proportionnel, le crime commis sous la contrainte doit constituer le moindre de deux maux ;
- iv) la situation aboutissant à l'exercice de la contrainte n'est pas le résultat des actes volontaires de la personne qui subit cette contrainte¹⁰.

En outre, la législation nationale pertinente étaye le principe selon lequel l'existence en droit de tout devoir particulier d'un accusé envers la victime peut exclure la possibilité d'invoquer la contrainte comme argument de défense¹¹.

17. Il est bon d'insister sur le quatrième critère susmentionné afin de souligner sa pertinence particulière dans des situations apparentées à la guerre. D'après la jurisprudence du droit international humanitaire, la contrainte ou l'état de nécessité ne peuvent exonérer de la responsabilité pénale la personne qui prétend invoquer cet argument de défense si elle a volontairement et librement choisi de devenir membre d'une unité, d'une organisation ou d'un groupe qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire¹².

C. La question de savoir si la contrainte peut être invoquée comme argument de défense dans les cas de violations du droit international humanitaire impliquant le meurtre

18. À des fins de clarté, j'ai décrit ci-dessus les critères généraux que la jurisprudence établit selon moi pour que la contrainte soit invoquée avec succès comme argument de défense. En temps utile, je m'étendrai sur certains de ces critères.

Avant que j'énonce les raisons de mon désaccord, je souhaite brièvement rappeler que le Bureau du Procureur ("l'Accusation") et la majorité de la Chambre d'appel adoptent un point de vue différent sur la réglementation juridique internationale de la question relative à la contrainte dans les affaires impliquant le meurtre de personnes innocentes. Selon l'Accusation, une règle ou une exception coutumière s'est progressivement dégagée en droit international, excluant spécifiquement la recevabilité de la contrainte comme excuse de tels crimes. À l'inverse, la majorité de la Chambre d'appel estime qu'aucune règle spéciale de ce type n'existe. Elle reconnaît, en revanche, qu'en l'absence d'une telle règle, il faut appliquer des considérations de politique générale. Le résultat de

cette démarche est le même que celui obtenu par l'Accusation par un chemin différent : pour la majorité de la Chambre d'appel non plus, la contrainte ne peut être admise comme étant exonératoire de crimes impliquant des meurtres, elle peut seulement être invoquée aux fins d'application de circonstances atténuantes.

Je suis en désaccord avec ces deux points de vue. Pour que tout soit clair, je vais commencer par les arguments avancés par l'Accusation.

1. Le point de vue de l'Accusation

19. L'Accusation a déclaré qu'il existe une "règle suffisamment claire" de droit international coutumier qui exclut spécifiquement la contrainte en tant qu'argument de défense dans les cas de violations du droit humanitaire impliquant le meurtre de personnes innocentes¹³. L'Accusation a fondé ses conclusions sur le raisonnement suivant :

i) la source de référence dont on peut s'inspirer pour décider si une règle internationale s'est dégagée sur la question est la jurisprudence des tribunaux militaires des Puissances occupantes qui siégèrent après la Deuxième Guerre mondiale. En terme de précédents, cette jurisprudence a une plus grande valeur que la jurisprudence nationale étant donné que ces tribunaux militaires ont été établis en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle du 20 décembre 1945, qui est devenue une composante du droit international coutumier ;

ii) trois affaires portées devant ces tribunaux ont un poids décisif, parce que la question de la contrainte n'a pas été tranchée à titre d'opinion incidente (*obiter dictum*) mais à titre d'argument invoqué par le plaideur (*ratio decidendi*) et en outre, la décision de ces tribunaux était étayée par des sources juridiques. Ces affaires sont *Stalag Luft III*¹⁴ et *Feurstein*¹⁵, toutes deux jugées par des tribunaux britanniques en Allemagne et l'affaire *Hölzer et consorts*¹⁶, jugée par un tribunal canadien en Allemagne.

D'après l'Accusation, deux autres affaires dans le cadre desquelles une autre position a été adoptée, à savoir l'affaire *Jepsen*¹⁷, portée devant un tribunal britannique siégeant en Allemagne et l'affaire *Einsatzgruppen*¹⁸, portée devant un tribunal américain siégeant à Nuremberg, ne devraient pas être prises en compte. La première, parce que la jurisprudence qu'elle a établi n'a pas valeur de référence et qu'elle a précédé les deux affaires britanniques précitées ; la jurisprudence a, par conséquent, été remplacée par celle établie dans le cadre de ces affaires en tant que *lex posterior*. La seconde, parce que le tribunal américain n'a pas pris en compte les affaires canadienne et britannique précédentes, n'a pas motivé le jugement et, par conséquent, a clairement rendu une "décision arbitraire" de droit.

iii) Les trois affaires précitées reflètent le droit international coutumier ainsi que des principes généraux de droit ; par conséquent, il est justifié de conclure qu'il existe une règle coutumière de droit international qui exclut la contrainte comme argument de défense dans les cas de meurtre.

Avec tout le respect qui lui est dû, j'estime cependant que l'argument de l'Accusation est totalement dénué de fondement.

2. Examen critique des arguments de l'Accusation fondés sur la jurisprudence.

20. Mes objections aux arguments de l'Accusation se fondent i) sur la jurisprudence à laquelle elle

fait référence et ii) sur la jurisprudence à laquelle elle ne fait pas référence.

21. S'agissant de la jurisprudence sur laquelle l'Accusation s'appuie, je commencerai par élever une objection mineure. Il est tout simplement faux d'avancer que les tribunaux militaires des Puissances occupantes auxquels le Procureur fait référence "étaient des juridictions d'égale autorité" constituées en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, qui a acquis le statut de composante du droit international coutumier. Par conséquent, il est également faux de dire que leurs décisions avaient plus de poids que celles prises par les juridictions nationales sur la question qui nous occupe¹⁹. Contrairement à ce qu'avance l'Accusation, les trois tribunaux militaires britanniques ont été établis en vertu du Décret royal du 14 juin 1945 et du Règlement pour le procès des criminels de guerre qui se trouve en annexe de ce texte²⁰. Il en découle qu'ils avaient le statut de juridiction nationale. De même, le tribunal militaire canadien qui a jugé l'affaire *Hölzer et consorts*. a été établi en vertu des *War Crimes Regulations (Canada)*²¹ et relevait également, par conséquent, de la juridiction nationale. Les tribunaux britanniques et canadien ont appliqué leur propre droit interne aux questions qui n'étaient pas abordées par le droit pénal international, telle que celle de la contrainte²². À l'inverse, le Tribunal militaire II des États-Unis, qui siégeait à Nuremberg - qui a entendu l'affaire *Einsatzgruppen* - a été créé en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle . Ainsi, parmi les Tribunaux cités, c'est celui-là seul qui peut être considéré comme ayant un caractère international - du moins pour ce qui est de ses origines . De plus, pour ce qui est des questions qui ne sont pas couvertes par cette Loi , ce tribunal a appliqué le droit allemand (le droit des accusés) en plus de se référer au droit soviétique (le droit couvrant le territoire où la plupart des crimes avaient été commis, ou *lex loci delicti commissi*).

22. Cependant, mon objection principale est qu'un examen attentif des affaires en question (j'ai consulté les documents originaux au British Public Record Office à Kew, Richmond) révèle qu'elles ont été interprétées de façon erronée par l'Accusation .

Pour les affaires militaires britanniques, l'Accusation avance que la jurisprudence établie dans l'affaire *Jepsen* - qui, en principe, acceptait la notion de contrainte dans les cas de violations du droit humanitaire impliquant le meurtre - a, par la suite, été remplacée par la jurisprudence établie dans les affaires *Stalag Luft III* et *Feurstein et consorts*. Ainsi que je vais le démontrer , ce n'est absolument pas le cas. L'affaire *Stalag Luft III* permettait également d'invoquer la contrainte comme argument de défense dans le cas de meurtre. Pour ce qui est de *Feurstein et consorts*, l'opinion du *Judge-Advocate* sur la contrainte était une opinion incidente puisqu'aucun des accusés ne l'a invoquée comme argument de défense.

23. Ainsi que le Procureur l'a reconnu, l'affaire *Jepsen*²³ illustre l'argument selon lequel la contrainte peut être invoquée comme argument de défense même dans les cas qui impliquent le meurtre d'innocents. Cette affaire avait trait au meurtre de six prisonniers par Jepsen, un danois qui travaillait comme garde dans un camp de concentration allemand. En avril 1945, alors que les troupes Alliées approchaient, les autorités allemandes ordonnèrent que les prisonniers soient transférés dans un autre camp. Les prisonniers qui en avaient la force devaient se déplacer à pied, ceux qui étaient malades en train. Jepsen était l'un des gardes qui escortaient le train. Au cours du transfert, il y eut plusieurs raids aériens et de nombreux prisonniers moururent, souvent de maladie ou de faim. À un certain moment, l'ordre fut donné d'abattre 52 prisonniers qui étaient toujours en vie pour "éviter le typhus". Jepsen pris part à cet acte en abattant six prisonniers. En dépit du fait que, dans sa déclaration sous serment, il n'ait pas parlé de contrainte²⁴, au cours du procès puis avant que la sentence ne soit rendue il déclara que l'*Obermaat* allemand Engelmann , qui avait donné l'ordre de tuer tous les prisonniers, l'avait forcé à tirer sur les prisonniers en le menaçant de son arme²⁵. Son Conseil de la défense invoqua entre autres dans sa plaidoirie l'état de nécessité (*Notstand*) tel que prévu à la Section 54 du Code pénal allemand²⁶. Le *Judge-Advocate*, dans son

résumé, déclara que la contrainte pouvait être invoquée en l'espèce, dès lors que les conditions requises étaient remplies²⁷. Le Tribunal déclara Jepsen coupable mais, ainsi que le déclara le *Judge-Advocate*, étant donné qu'il y avait un "élément de doute quant à savoir s'[il] avait ou non agi sous un certain degré de menace", il fut condamné à la prison à vie et non à mort²⁸. Ainsi que je le soulignerai plus tard (cf. para. 43), il semble que les éléments les plus pertinents dans cette affaire soient les circonstances factuelles spécifiques dans le cadre desquelles la contrainte présumée a été exercée, à savoir le caractère inéluctable de la mort des victimes.

24. Venons en à présent à l'affaire *Stalag Luft III*, jugée par un tribunal militaire britannique, siégeant à Hambourg, en Allemagne²⁹. Les 18 accusés, tous membres des SS, avaient séparément participé au meurtre de 50 membres de la R.A.F. qui, après s'être évadés d'un camp de prisonniers de guerre (*Stalag Luft III*) avaient été repris par la Police criminelle allemande (*Kripo*). Certains des accusés déclarèrent, entre autres, qu'ils avaient agi sous la contrainte : s'ils n'avaient pas obéi à l'ordre secret d'Himmler de tuer tous les évadés, ils auraient été mis à mort et soumis à ce qui était appelé le *Sippenhaft* (responsabilité de toute une famille pour le crime commis par l'un de ses membres)³⁰. Le *Judge-Advocate*, dans son résumé, mentionna ce plaidoyer de la contrainte et, à titre de référence, commença par citer "notre Bible juridique", c'est-à-dire *Archbold's Criminal Law*, d'après laquelle, en cas de meurtre, la contrainte ne constitue pas une excuse juridique. Cependant, il examina ensuite des sources "plus utiles" du droit international, citant le juriste international, Sir Hersch Lauterpacht, qui a déclaré que : "Un tel degré de contrainte qui doit être considéré comme existant dans le cas où un soldat ou un officier s'expose à un danger de mort immédiat suite à un refus d'obéir à un ordre *exclut pro tanto* la responsabilité de l'accusé" [non souligné dans l'original]. Il nuança ce propos en déclarant :

[À] moins que nous n'adoptions l'approche, qui ne peut être ignorée à la légère, selon laquelle la personne menacée d'une telle punition sommaire n'est pas en droit de sauver sa propre vie aux dépens de la victime ou, surtout, de nombreuses victimes ³¹. [Traduction non officielle]

Ainsi, Lauterpacht avance le principe selon lequel la contrainte est exclue dans les cas où il s'agit de sauver sa propre vie aux dépens de celle d'autrui, mais il ne s'est pas prononcé sur le fond de ce principe, sauf pour dire qu'il ne devrait pas être "ignor[é] à la légère". Il semble plutôt, comme l'indiquent d'autres extraits tirés de Lauterpacht cités et approuvés par le *Judge-Advocate*, que Lauterpacht laissait ouverte la possibilité du recours à la contrainte comme argument de défense dans les cas où l'accusé "agissait sous l'empire immédiat de la peur de conséquences drastiques"³². Ainsi le *Judge-Advocate* n'a pas intégralement exclu la contrainte comme argument de défense dans des cas de meurtre. En fait, il a interprété à la fois le droit britannique pertinent et la position assez ambivalente du droit international, tel qu'exposé par Lauterpacht³³. Ce qui est donc fondamental - et contrairement aux arguments du Procureur - c'est que l'affaire *Stalag Luft III* ne vient pas étayer l'argument selon lequel la contrainte ne peut être invoquée comme excuse pour le meurtre de personnes innocentes. En conséquence, sur ce point, la jurisprudence établie dans cette affaire n'a pas remplacé celle établie dans l'affaire *Jepsen*.

Pour avoir un aperçu complet des motivations du tribunal, il faut également souligner que le *Judge-Advocate* a insisté sur le point que, dans les faits, le conseil de la défense n'avait fourni aucun exemple de contrainte suivie par la mort ou de "punition familiale collective" en dépit de la demande du Procureur. En outre, le *Judge-Advocate* montra que, dans nombre des affaires en question, il était fort peu probable que les accusés aient été réellement soumis à la contrainte³⁴. Le Procureur soutint avec vigueur le même argument dans son réquisitoire final³⁵. La quasi-totalité des accusés, y compris ceux qui avaient invoqué la contrainte comme argument de défense, furent condamnés à mort, ce qui démontre bien que le tribunal n'avait pas été convaincu du fait que les

accusés avaient agi sous quelque forme de menace que ce soit. En effet, dans le cas contraire, ceux-ci auraient eu droit à des circonstances atténuantes.

25. Dans l'affaire *Feurstein et consorts*³⁶, cinq officiers supérieurs allemands étaient accusés par le Procureur d'avoir abattu des soldats britanniques désarmés qui avaient été faits prisonniers. Plus précisément, ils étaient tous accusés d'avoir participé à l'exécution de deux prisonniers de guerre à Ponzano, près de La Spezia, en Italie. En outre, deux des officiers étaient accusés d'avoir pris part au meurtre de deux prisonniers de guerre britanniques au Col de la Cisa, en Italie. Dans son exposé introductif, le Procureur indiqua que les accusés ne pouvaient pas plaider en invoquant la contrainte, du fait de l'existence de l'Ordre du Führer, étant donné qu'ils étaient des officiers et non de simples soldats choisis pour former un peloton d'exécution. Néanmoins, le Procureur laissa clairement aux accusés la possibilité d'invoquer la contrainte. Il déclara :

“La question qui se pose maintenant est que - inévitablement, je pense - certains des officiers qui se trouvent au banc des accusés, voire tous, vont invoquer le fait qu'ils étaient autant sous la contrainte que les simples soldats qui formaient le peloton d'exécution. C'est, bien sûr, à vous et à vous seuls de trancher cette question et, bien évidemment, si vous pensez qu'en effet ils l'étaient, alors vous les acquitterez”.
[Non souligné dans l'original.] [Traduction non officielle]

Le procureur poursuivit :

[I]l existait à cette époque un ordre spécial dit... Ordre du Commando ou Ordre du Führer, qui imposait des obligations spéciales à tous officiers lorsqu'ils étaient opposés à des catégories de troupes particulières... [I]l est bien évidemment possible que les accusés - certains d'entre eux ou tous - invoquent pour leur défense le fait qu'ils agissaient en accord avec des ordres émis par des supérieurs. Je pense pouvoir dire les choses simplement et correctement de la façon suivante : les ordres donnés par un supérieur n'ont jamais en eux-mêmes constitué une excuse à une accusation . On ne peut pas, que ce soit devant ces tribunaux... et moins encore devant les instances pénales d'Angleterre, comparaître au banc des accusés et dire pour se défendre “Untel m'a dit de le faire”. Un homme est personnellement responsable de ses propres actes. Ce qui constitue bien évidemment un moyen de défense, c'est l'exercice d'une contrainte si forte qu'il ne vous reste aucun libre arbitre . Et une fois encore, pour ce qui est de ces hommes et de cet Ordre du Commando, vous devez décider si, de fait, l'existence de cet Ordre exerçait sur eux une telle contrainte qu'ils n'avaient plus d'autre choix que de faire ce qu'ils ont fait³⁷. [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

En dépit du fait qu'à l'ouverture du procès le Procureur s'attendait à ce que la contrainte physique ou morale soient peut être invoquées comme excuse, aucun des accusés ne le fit³⁸. Donc lorsque, dans sa synthèse, le *Judge-Advocate* exclut la possibilité d'invoquer la contrainte comme moyen de défense dans les cas de meurtre, il formulait un *obiter dictum* ³⁹. L'approche du *Judge-Advocate* était également très étroite car elle se fondait sur une décision unique d'un tribunal britannique - l'affaire *Dudley et Stephens*⁴⁰. Au bout du compte, le tribunal déclara trois des accusés non-coupables tandis que les deux autres furent condamnés à six mois de prison⁴¹.

En conclusion, ni l'affaire *Stalag Luft III* ni l'affaire *Feurstein et consorts* n'étaient l'argument selon lequel une personne accusée de meurtre ne peut invoquer la contrainte ; par conséquent elles ne constituent pas, contrairement à ce que l'Accusation et la majorité de la Chambre d'appel maintiennent, une *lex posterior* réfutant la jurisprudence établie dans l'affaire *Jepsen* .

26. L'affaire suivante à prendre en compte, puisqu'elle apparaît dans l'argumentation de l'Accusation, est l'affaire *Hölzer et consorts*, jugée le 6 avril 1946 par un Tribunal Militaire canadien siégeant à Aurich, en Allemagne et appliquant le droit canadien⁴². En mars 1945 trois pilotes canadiens abandonnèrent leurs avions endommagés près de Opladen, en Allemagne et furent capturés par des soldats allemands. L'un des canadiens, qui était blessé, fut par la suite abattu par les trois accusés allemands. Ces derniers invoquèrent comme moyens de défense les ordres donnés par un supérieur et la contrainte, déclarant que le Lieutenant Schaefer (qui n'était pas parmi les accusés) les avait forcés, sous la menace d'une arme, à tuer le pilote blessé⁴³. Le conseil de la défense de Hölzer insista sur ce plaidoyer de la contrainte, à la fois dans son exposé introductif et dans sa plaidoirie finale. Il s'appuya surtout sur le droit international⁴⁴ mais, sur la question de la contrainte, il s'appuya sur la législation allemande et, notamment, sur les articles 52 et 54 du Code pénal allemand⁴⁵. Le conseil de la défense des deux autres accusés insista lui-aussi sur cet argument ⁴⁶.

Cependant, le Procureur s'attaqua à cet argument dans son réquisitoire final : citant le droit anglais, il exclut la possibilité d'invoquer la contrainte comme argument de défense dans les cas de meurtre de personnes innocentes⁴⁷. En exposant le droit aux membres du tribunal, le *Judge-Advocate* adopta la même position que le Procureur : lui aussi s'appuya sur le droit anglais pour étayer son argument selon lequel la contrainte ne peut jamais excuser le meurtre d'innocents ⁴⁸. Le tribunal condamna Hölzer et un autre accusé (Weigel) à mort, alors que le troisième accusé (Ossenbach) fut condamné à 15 ans de prison⁴⁹.

En bref, il s'agit là de la seule affaire où le procureur et le *Judge-Advocate* ont clairement retenu - indubitablement à titre de *ratio decidendi* - la position selon laquelle la contrainte ne peut jamais excuser des violations du droit humanitaire impliquant le meurtre de personnes innocentes. Ce faisant, le procureur et le *Judge-Advocate* ont appliqué l'approche traditionnelle de la *common law* qui exclut la contrainte dans le cas d'accusation de meurtre de personnes innocentes. Cependant, le poids de cette décision est amoindri par le fait que, dans son résumé, le *Judge-Advocate* précisa explicitement que le tribunal devait appliquer le Règlement canadien sur les crimes de guerre et le droit canadien et non le droit international. En déclarant que le Règlement canadien était la référence juridique pour l'affaire, il déclara que ledit Règlement

[N]e cré[ait] ni n'ajout[ait] quoi que ce soit au droit international mais qu'il régi [ssait] plutôt des questions de procédure et de preuve que le droit international n'aborde pas et tout État est en droit de prendre toutes les dispositions qu'il juge nécessaires et efficaces.⁵⁰ [Traduction non officielle]

Parmi ces questions de procédure et de preuve le *Juge-Advocate* releva celle des ordres donnés par un supérieur, régie par l'article 15 du Règlement. Puis, lorsqu'il en arriva à la question de la contrainte, il mentionna les affaires britanniques comme étant des précédents valables pour le droit canadien et déclara qu'il s'agissait là du droit applicable⁵¹. Il est donc clair qu'il était lui-même conscient du fait que le tribunal n'appliquait pas le droit international à la question de la contrainte.

27. Le Tribunal Militaire II des États-Unis, siégeant à Nuremberg, adopta le point de vue opposé dans l'affaire *Einsatzgruppen*⁵². Comme je l'ai déjà indiqué, ce Tribunal, contrairement à tous ceux cités jusqu'à présent, a agi en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et, par conséquent, ses décisions ont plus de poids que celles prises par les tribunaux nationaux agissant en vertu de la législation interne. De fait, étant donné que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle peut être considérée comme un accord international conclu entre les quatre Puissances occupantes (transformé par la

suite, dans une large mesure, en droit coutumier), l'action des tribunaux établis ou agissant en vertu de cette Loi acquiert une dimension internationale que ne peuvent avoir les tribunaux nationaux qui se prononcent seulement en se fondant sur le droit interne. Cependant, étant donné que certaines questions telles que celle de la contrainte n'étaient pas couvertes par la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, la question se pose de savoir quel était le droit applicable. Dans l'affaire *Einsatzgruppen*, le conseil de la défense du principal accusé Ohlendorf déclara dans son exposé introductif que la question de la contrainte (ou de l'état de nécessité, ainsi qu'il l'a appelé) devait être abordée en se fondant sur trois systèmes juridiques : le droit des États-Unis (en tant que droit de l'État administrant la justice dans cette affaire), le droit allemand (en tant que droit de l'accusé) et le droit soviétique (en tant que droit du territoire où les crimes présumés ont été commis)⁵³. Il appliqua ensuite les trois systèmes juridiques et en conclut que l'état de nécessité pouvait s'appliquer⁵⁴. Le Tribunal militaire, en traitant de la contrainte comme argument de défense, cita à la fois le droit soviétique et le droit allemand⁵⁵ et conclut que la contrainte pouvait être invoquée même dans un cas de meurtre illégal, dès lors que certaines conditions étaient respectées. Il est utile de citer le passage le plus important de la décision :

[I]l est dit qu'en droit militaire, même si le subordonné est conscient du fait que l'acte qu'on lui demande de commettre est un crime, il ne peut refuser de l'exécuter sans encourir des conséquences graves, et que c'est cela par conséquent qui constitue la contrainte. Précisons immédiatement qu'aucune loi exige qu'un homme innocent donne sa vie ou souffre un préjudice grave dans le but d'éviter de commettre un crime qu'il condamne. Ceci étant, la menace doit être imminente, réelle et irrésistible. Aucun tribunal ne punira un homme qui, un revolver chargé appuyé contre la tempe, est forcé de pousser un levier mortel. Le péril n'a pas non plus à être si imminent pour éviter la sanction. Mais est-ce que l'un quelconque des accusés a été forcé de tuer des Juifs sous la menace d'être lui-même abattu s'il faillissait à sa mission meurtrière ? La question à poser est de savoir si le subordonné a agi sous la menace ou s'il approuvait lui-même le principe sous-tendant l'ordre donné." ⁵⁶. [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

Devant notre Chambre d'appel, l'Accusation a soutenu que cette déclaration ne doit pas être prise en compte puisque le Tribunal Militaire n'a cité aucune source pour l'étayer. Avec tout le respect dû, je ne partage pas cet avis. Au vu de l'ensemble de la décision, il apparaît que le Tribunal n'avait pas besoin de citer quelque jurisprudence que ce soit car, comme il est dit ci-dessus⁵⁷, il s'est largement fondé sur le droit allemand, qui admet la contrainte comme excuse pour toute accusation⁵⁸. Ajoutons qu'en l'espèce le Tribunal militaire n'a pas retenu la contrainte et a condamné la plupart des accusés à la peine capitale.

28. Il ressort de cet examen de la jurisprudence citée par l'Accusation qu'on ne saurait soutenir l'apparition d'une exception à la règle coutumière selon laquelle la contrainte peut constituer un argument de défense pour une accusation de crime, exception qui excluerait les infractions impliquant l'homicide illégal du domaine de la contrainte. Cette prétendue exception ne pourrait être vérifiée que dans une affaire, l'affaire *Hölzer et consorts*, et elle serait infirmée par une affaire de plus de poids, l'affaire *Einsatzgruppen*.

29. Certes, l'approche retenue dans l'affaire *Hölzer et consorts*, l'a également été dans les dispositions de deux manuels militaires. L'un est le Manuel militaire britannique, qui stipule au paragraphe 629 :

Une personne ayant commis un acte sous l'empire d'une peur immédiate et fondée

pour sa propre vie, et dès lors que l'acte n'implique pas le meurtre d'une personne innocente, est exonérée de la responsabilité pénale. Dans les autres cas, les menaces n'offrent aucun argument de défense à une personne accusée de crimes de guerre mais peuvent être prises en compte comme circonstances atténuantes. [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

L'autre manuel militaire est le Manuel des États-Unis pour les cours martiales, de 1984, qui stipule que la contrainte est un argument de défense pouvant être invoqué "pour tout crime sauf le meurtre d'une personne innocente"⁵⁹. L'approche retenue dans la jurisprudence et dans les manuels militaires précités est nettement influencée par le droit pénal anglais, qui a traditionnellement rejeté la notion selon laquelle la contrainte peut, en quelque situation que ce soit, excuser le meurtre d'une personne innocente⁶⁰, en se fondant dans une large mesure sur les anciennes sources que sont *Hale*, *Blackstone* et *Stephen*⁶¹. Cependant, des tendances récentes suggèrent qu'une certaine évolution s'opère dans ce domaine du droit anglais⁶². De plus, ainsi que l'a pertinemment souligné M. le Juge Stephen dans son Opinion individuelle et dissidente, la jurisprudence des pays de *common law* n'envisage que des situations où l'accusé a le choix entre sa propre vie et la vie d'autrui, contrairement aux cas où l'accusé a le choix entre la mort d'autrui ou sa mort propre et celle d'autrui. C'est peut être parce que cette dernière situation, qui se présente dans sa forme caractéristique lorsque l'accusé fait partie contre son gré d'un peloton participant à une exécution de masse, ne se présente presque jamais dans un pays en temps de paix mais seulement en temps de guerre. Quoi qu'il en soit, il serait manifestement injustifié de conclure, sur la base d'une affaire jugée en application du droit canadien (*Hölzer et consorts*) et des règlements militaires nationaux de deux États, qu'une règle coutumière excluant les crimes impliquant des meurtres du domaine de la contrainte s'est dégagée dans le droit pénal international.

30. Outre la rareté des documents probants étayant les arguments de l'Accusation, il y a une raison plus décisive encore de ne pas en tenir compte. L'Accusation a omis de mentionner nombre d'autres affaires de violations du droit international impliquant le meurtre, dans le cadre desquelles l'argument de la contrainte a été invoqué par l'accusé et qui viennent à l'appui de la conclusion inverse. Selon ces affaires, qui sont en totale cohérence avec le droit pénal des États pertinents⁶³, si certaines conditions fondamentales sont respectées (correspondant à celles que j'ai énoncées ci-dessus, aux paragraphes 16-17), la contrainte peut être considérée comme un argument de défense même dans les cas impliquant le meurtre de personnes innocentes.

Je m'attacherai tout d'abord aux affaires dans lesquelles l'argument de contrainte, tout en étant admis en droit par les tribunaux, a été rejeté dans les faits. Je passerai ensuite en revue les affaires où le recours à l'argument de la contrainte a été spécifiquement admis *in casu*.

3. Affaires dans lesquelles les tribunaux n'ont exclu certaines violations de droit international humanitaire ni du cadre ni du champ de la contrainte.

31. Avant d'examiner brièvement les affaires dans lesquelles l'excuse de la contrainte n'a été rejetée que dans les faits, je souhaiterais souligner deux points. Tout d'abord, toutes ces affaires portent sur des meurtres. D'autre part, tous les tribunaux auxquels je vais faire référence se sont indubitablement fondés sur l'hypothèse selon laquelle la contrainte pouvait être invoquée dans des affaires de meurtres. Ils n'ont pas eu besoin de l'exprimer aussi explicitement pour la bonne et simple raison qu'ils ne faisaient qu'appliquer la disposition pertinente de leur code pénal qui établit que la contrainte est un moyen de défense général, sans exclure le meurtre de personnes innocentes. Débattre de la pertinence de l'argument de la contrainte dans un cas de meurtre de personnes innocentes aurait donc été superflu. Ces tribunaux ont appliqué leur droit national et ont estimé *in casu* que les critères en matière de contrainte n'étaient pas remplis.

32. La contrainte a été invoquée dès 1921 devant la Cour suprême de Leipzig dans l'affaire *Llandovery Castle*. La Cour a estimé que les deux accusés étaient coupables du meurtre de naufragés, sur ordre de leur supérieur. La Cour, entre autres, a examiné un argument avancé par la Défense, selon lequel les accusés "avaient sans doute estimé que Patzig (le commandant qui avait donné l'ordre de tirer) aurait fait appliquer ses ordres, l'arme au poing, s'ils ne lui avaient pas obéi". La Cour rejeta d'emblée cet argument, en déclarant :

Cette possibilité est exclue. Si Patzig s'était vu opposer un refus par ses subordonnés, il aurait été obligé de renoncer à son dessein car il lui aurait été impossible d'atteindre son objectif, c'est-à-dire de dissimuler le torpillage du *Llandovery Castle*. Les accusés le savaient également fort bien, eux qui avaient été témoins de l'opération. Du point de vue de la coercition (*Nötigung*) (Section 52 du Code pénal), il ne peuvent donc pas prétendre à la non-application de sanctions⁶⁴. [Traduction non officielle]

Ainsi, la Cour a considéré que la contrainte pouvait s'appliquer en principe, bien qu'elle l'ait exclue sur la base des faits en l'espèce.

33. Dans une autre affaire, la Cour n'a pas rejeté l'argument de la contrainte dans le meurtre d'innocents, même si elle a estimé que les circonstances particulières à l'affaire en question ne justifiaient pas un tel plaidoyer. Il s'agit de l'affaire *Müller et consorts*, tout d'abord portée devant le Tribunal militaire belge de Bruxelles⁶⁵, puis devant la Cour de cassation belge⁶⁶. Les défendeurs étaient accusés, *inter alia*, de crimes de guerres liés à l'exécution d'otages. Ayant été condamné, un Appelant, Mehden, s'est pourvu devant la Cour de cassation en arguant du fait que le tribunal de première instance n'avait pas tenu compte de son plaidoyer fondé sur la coercition. La Cour rejeta ce motif d'appel, estimant que "[L]a décision du Tribunal de première instance établit sans ambiguïté que tous les accusés ont agi librement".

De même, la Cour suprême d'Israël dans l'affaire Eichmann, dans le contexte du débat portant sur le droit applicable aux ordres de supérieurs, n'a pas exclu la contrainte ou l'état de nécessité en tant que moyen de défense vis-à-vis des chefs d'accusation reprochés à Eichmann (incluant celui de crimes contre l'humanité), suite à sa participation, entre autres, au massacre de Juifs, bien que Eichmann n'ait pas expressément invoqué la contrainte comme excuse. La Cour suprême a exclu la recevabilité de la nécessité pour Eichmann car, loin d'agir sous la coercition en organisant l'extermination des Juifs, il y avait participé avec enthousiasme. La Cour a statué comme suit :

Nous disons que la recevabilité de ces moyens de défense [contrainte ou état de nécessité] en tant qu'arguments exonérateurs de la responsabilité vis-à-vis des crimes traités par la loi [israélienne] de 1950 [sur les Nazis et leurs collaborateurs (Sanctions)] a été exclue par la Section II de celle-ci. Mais même si cette Loi permettait à l'accusé d'utiliser le moyen de défense selon lequel, en obéissant à l'ordre de commettre un crime, il agissait dans des circonstances de "contrainte" ou de "nécessité", il ne pourrait s'en prévaloir que si les deux faits suivants étaient prouvés: 1) que le danger pesant sur sa vie était imminent; (2) qu'il a exécuté cet acte criminel pour pouvoir sauver sa propre vie et qu'il n'avait pas d'autre moyen de le faire. Le Tribunal américain II A, qui a appliqué la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, a également insisté sur ces deux conditions [dans l'affaire *Einsatzgruppen*]... Aucune de ces deux conditions n'a été remplie en l'espèce. Mais nous tenons à souligner, en particulier, le non-respect de la seconde parce que chacun des deux moyens de défense cités porte sur le *motif* qui a poussé l'accusé à

perpétrer l'acte criminel - le motif de sauver sa propre vie - et également parce que le Tribunal d'instance s'est appuyé principalement sur sa conclusion selon laquelle l'appelant a exécuté l'ordre d'extermination durant toute la période concernée *con amore*, c'est-à-dire, avec un zèle et un dévouement total... Il n'était pas sous la menace de coercition lorsqu'il a perpétré ses actes et sa vie n'était pas menacée, puisque, comme nous l'avons vu précédemment, il a fait bien plus que ce qui lui était demandé par ses supérieurs hiérarchiques dans la chaîne de commandement ou que ce qu'ils attendaient de lui ⁶⁷. [Traduction non officielle]

L'importance de cette conclusion de la Cour suprême d'Israël doit être reconnue et soulignée puisqu'elle émane d'un système de *common law*, inspiré du droit anglais, à savoir le droit israélien adopté après le mandat britannique en Palestine . De plus, bien qu'on puisse soutenir que le passage précité constitue un *obiter dictum*, il est important dans le sens où il reflète l'opinion de la Cour suprême d'Israël sur la règle de droit international applicable : en droit international , comme il est statué dans l'affaire *Einsatzgruppen*, la contrainte peut également être invoquée dans les crimes et délits impliquant le meurtre.

34. Il existe d'autres affaires dans lesquelles la possibilité d'utiliser la contrainte comme excuse contre un chef d'accusation de meurtre de personnes innocentes a été reconnue, bien que ce moyen de défense ait échoué dans ces affaires sur les faits . Il s'agit, entre autres, de *Touvier et Papon*, devant des tribunaux français⁶⁸, *Priebke*, devant un tribunal italien⁶⁹, *Retzlaff et consorts* devant un tribunal soviétique⁷⁰, ainsi qu'un ensemble d'affaires en Allemagne⁷¹ et une affaire récemment portée devant un tribunal militaire de Belgrade⁷².

4. Affaires dans lesquelles les tribunaux ont reconnu la contrainte comme argument exonérateur pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité impliquant le meurtre .

35. Je souhaiterais maintenant me pencher sur certaines affaires au cours desquelles le tribunal saisi a retenu la contrainte comme excuse dans des cas de meurtre.

Je commencerais par citer quelques affaires italiennes, toutes impliquant l'exécution de partisans pendant la Deuxième Guerre mondiale, par des milices ou des soldats de la "*Repubblica Sociale Italiana*" (République Sociale Italienne ou "RSI "), un organe constitué en 1943 dans le nord et le centre de l'Italie par des ultra -fascistes et recevant l'appui et l'assistance décisifs de l'Allemagne nazie, qui les contrôlait également⁷³. Dans toutes ces affaires, des milices ou des soldats de la RSI exécutèrent des groupes de partisans sur ordre de leurs autorités supérieures et sous menace de mort.

La première affaire est *Bernardi et Randozzo*, dont ont été saisies deux Cours d'assises et, à deux reprises, la Cour de cassation (la décision qui nous intéresse est celle du 14 juillet 1947)⁷⁴. Deux officiers de police, un capitaine et un lieutenant, avaient reçu l'ordre de leurs supérieurs (le *prefetto*, c'est-à-dire le représentant des autorités centrales de l'unité administrative, et le *questore*, c'est-à-dire le chef de la police) d'organiser l'exécution de 3 partisans arrêtés. Lorsque le secrétaire du parti fasciste de la province signifia l'ordre du *prefetto* au capitaine Bernardi , celui-ci refusa d'obéir et fut convoqué par le *questore* qui, en compagnie du *prefetto*, le réprimandèrent vivement. Une violente altercation s'en suivit , au cours de laquelle le *prefetto*, selon un témoin, dit à Bernardi : "Si tu refuses, je te ferai exécuter... et je ferai aussi exécuter les trois partisans ".[Non souligné dans l'original].

Bernardi obtempéra et exécuta les partisans. La Cour d'assises spéciale de Turin déclara Bernardi et Randozzo coupables et les condamna à 16 ans de prison⁷⁵. Cependant, la Cour de cassation cassa le

jugement, estimant que les accusés avaient bien agi sous la contrainte⁷⁶.

La Cour de cassation a adopté la même position dans deux autres affaires, toutes les deux concernant des officiers de l'armée qui, après avoir refusé de diriger un peloton d'exécution, avaient été eux-mêmes menacés d'exécution. Dans les deux cas, la Cour a estimé qu'une telle situation tombait dans la sphère de la contrainte⁷⁷. Dans *Srà et consorts.*, Srà avait dirigé un peloton d'exécution chargé de tuer un partisan arrêté et les deux autres accusés étaient des membres du peloton. Pour ce qui est de Srà, la Cour cassa le jugement de la Cour d'assises spéciale de Como qui avait déclaré les accusés coupables de meurtre parce que, tout en établissant les faits qui pouvaient justifier le recours à la contrainte, elle n'avait pas motivé son refus⁷⁸. Dans ce cadre, la Cour de cassation mit l'accent sur le fait que, d'après les éléments de preuve examinés par le Tribunal de première instance, il était clair que, en réponse au refus de Srà d'obéir à l'ordre de son colonel, celui-ci l'avait menacé de le faire exécuter. Cette menace fut ultérieurement confirmée par le capitaine (supérieur direct de Srà), à qui Srà avait fait un rapport. En conséquence, la Cour de cassation, estimant que les critères factuels de contrainte étaient peut-être respectés, renvoya l'affaire devant un autre Tribunal d'instance, la Cour d'assises de Milan. Ce Tribunal jugea que tous les accusés avaient agi sous la contrainte et les acquitta⁷⁹.

La Cour de cassation prit une décision similaire dans l'affaire *Masetti*⁸⁰. Il faut noter que, là encore, le Tribunal d'instance devant laquelle l'affaire fut renvoyée par la Cour de cassation estima que l'accusé avait agi sous la contrainte lorsqu'il dut diriger le peloton d'exécution et l'acquitta donc⁸¹. Le Tribunal d'instance, entre autre, remarqua que :

l'éventuel sacrifice [de leur propre vie] par Masetti [l'accusé] et ses hommes [les membres du peloton d'exécution] aurait de toute façon été vain et sans effet (*vano ed inoperoso*) sur la situation désespérée des [deux] personnes qui devaient être exécutées et qui l'auraient été dans tous les cas, avec ou sans lui⁸². [Non souligné dans l'original]

36. Quelques jugements rendus par des tribunaux allemands méritent également d'être mentionnés et il convient notamment de souligner les quatre grandes constantes qui les caractérisent.

Premièrement, les tribunaux allemands se prononçant sur l'argument de la contrainte après la Deuxième Guerre mondiale rejetaient normalement un tel plaidoyer, jugeant que les conditions minimales nécessaires à l'existence de la contrainte n'étaient pas remplies *in casu* (Cf. *supra* note 71). Les affaires que je vais mentionner plus loin constituent une exception à cette règle générale - et cela, bien entendu, les rend d'autant plus significatives. D'autre part, il convient de souligner que dans nombres des affaires que je m'appête à examiner ou à mentionner, l'argument de la contrainte n'a pas été retenu systématiquement, disons, mais seulement pour certains des accusés, alors qu'elle a été écartée pour d'autres. En d'autres termes, la question a été traitée au cas par cas.

Deuxièmement, dans le premier groupe d'affaires en question, c'est-à-dire celles traitées de 1946 à 1950, les tribunaux allemands ont rendu la justice en s'appuyant sur la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (bien que la Loi ait officiellement été abrogée en 1956, dès 1951 les Puissances occupantes britannique et française avaient déjà abrogé leurs règlements autorisant les tribunaux allemands à se prononcer en vertu de l'article III de la Loi)⁸³. En d'autre termes, ces tribunaux ont agi en vertu d'un accord international et, dans une large mesure, ont appliqué le droit international.

Troisièmement, la quasi-majorité de ces affaires impliquent des pelotons d'exécutions et la contrainte a été retenue pour les simples exécutants, alors qu'elle a été rejetée pour ceux qui avaient

donné les ordres ou pour les officiers supérieurs qui, répondant aux ordres émanant des plus hautes sphères d'autorité, avaient à leur tour ordonné l'exécution de personnes innocentes.

Quatrièmement, l'argument de la contrainte a été admis par les différents tribunaux soit sous la forme d'un état de nécessité naissant d'un péril imminent et inévitable menaçant la vie ou l'intégrité physique (*Notstand*) soit sous la forme d'un état de nécessité naissant de la coercition exercée par un tiers (*Nötigung*) soit sous la forme d'une coercition putative (*Putative Nötigung*).

37. Dans la première affaire qui mérite d'être mentionnée, *Wülfing et K.*, les deux accusés, étaient respectivement officier et sergent dans l'armée allemande, servant dans les Services Spéciaux de l'armée (*Truppenonderdienst*). Ils furent accusés de crime contre l'humanité car, le 13 avril 1945, alors que les troupes américaines approchaient de la ville allemande où ils étaient stationnés, ils avaient tué un civil allemand opposé au national-socialisme, qu'ils considéraient coupable d'incitation à la désertion. L'officier avait ordonné à l'autre accusé (K.) et à un sous-officier d'exécuter le civil allemand ; l'officier l'acheva alors avec son pistolet. Dans une décision du 4 août 1947, le Tribunal d'instance de Hagen, agissant en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, jugea que l'assassinat (*Mord*) était un crime contre l'humanité et condamna par conséquent Wülfing à la prison à vie. Au contraire, il jugea que K., qui aurait pu, quoi qu'il en soit, être tenu pour responsable d'homicide volontaire (*Totschlag*)⁸⁴ seulement, n'était en fait pas coupable parce qu'il avait cru, à tort, qu'il participait à l'exécution d'une condamnation à mort prononcée par un tribunal officiel et parce qu'il avait agi sous la contrainte (*Notstand*) (il avait craint qu'en n'obéissant pas à l'ordre de tirer, il serait lui-même tué par l'officier qui se tenait près de lui, son pistolet à la main)⁸⁵.

Dans une autre affaire, également, (*S. et K.*), dont le *Landgericht* de Ravensburg fut saisi, le tribunal exerça son pouvoir en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. Dans cette affaire, l'un des accusés, S., membre de la Gestapo, avait participé en avril 1945 à l'exécution de trois allemands détenus dans une prison de la Gestapo. Le directeur de la prison, un *Hauptscharführer SS*, avait donné l'ordre à S. et deux autres gardiens de la prison de faire sortir les trois prisonniers de la prison, de les emmener dans la forêt et de les y abattre par derrière. Chaque gardien de prison avait reçu l'ordre de tuer un prisonnier. Le directeur de la prison les suivait de près afin de vérifier si les ordres étaient bien suivis. Le tribunal considéra que bien que l'acte de S. ne puisse être qualifié de *Mord* mais seulement de *Totschlag* (homicide volontaire), il avait agi sous la contrainte (*Notstand*). S. avait reçu l'ordre à deux reprises de participer à l'exécution et l'ordre avait été assorti de la menace suivante : tout refus d'obéir entraînerait la mort. Selon le tribunal, l'accusé était donc confronté à une menace grave inévitable contre sa vie ou son intégrité physique et, par conséquent, son libre arbitre était aboli et une "volonté extérieure" lui avait été imposée. Le tribunal mit également l'accent, d'une part, sur le fait que le directeur de la prison était une "brute violente" et, d'autre part, que S. n'avait pas d'autre solution que d'exécuter l'ordre et que, notamment, il ne pouvait s'enfuir. S. fut par conséquent acquitté⁸⁶.

Dans une troisième affaire également (*K. et L.*), le tribunal (la Cour d'assises d'Aix-la-Chapelle) se prononça en se fondant sur la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. Cette affaire est particulièrement importante parce qu'avant de débattre de la contrainte, la Cour examina le droit applicable pertinent et se pencha particulièrement sur le droit international (à l'inverse, les autres tribunaux avaient appliqué le droit allemand existant sur la contrainte sans se demander d'emblée si cela était justifié dans le cadre de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle). Les faits de cette affaire sont les suivants : en septembre 1944 à Aix-la-Chapelle, un responsable de la Gestapo (nommé Ba.), lors d'enquêtes portant sur des pillages et séjours non autorisés de personnes dans la zone de la commune, avait rencontré un civil allemand (Salvini, entrepreneur de pompes funèbres) qui lui avait paru suspect. Ayant refusé de donner son nom et son adresse, Salvini fut passé à tabac par un groupe de membres de la Gestapo. Par la suite, Ba., son pistolet au poing, avait ordonné à deux membres de la Police des frontières agissant sous le contrôle de la Gestapo (K. et une autre personne) d'abattre Salvini. K.

avait été accusé par le Procureur de crime contre l'humanité pour l'homicide volontaire (*Totschlag*) de Salvini. Comme le Conseil de la défense avait plaidé la contrainte, la Cour décida de vérifier quel droit était applicable. Elle exclut tout d'abord la possibilité d'appliquer simplement le droit pénal allemand. Puisque la Cour agissait en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et que cette Loi constituait en substance un élément de droit international, la Cour souligna que la solution résidait dans ce texte de loi en particulier. Elle élaborait alors un raisonnement complexe et tortueux qui peut être résumé comme suit. Premièrement, le Statut et le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg ainsi que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, tout en excluant les ordres émanant de supérieurs comme moyen de défense, n'excluaient pas l'argument de l'état de nécessité. Deuxièmement, puisque, cependant, aucune réglementation portant sur la contrainte ne figurait dans ce droit, il fallait avoir recours aux principes généraux du droit pénal des quatre Puissances alliées qui avaient adopté la Loi. Leur examen montra que le droit appliqué en Europe et dans les pays anglo-saxons n'excluait pas la contrainte comme excuse pour les subordonnés répondant à des ordres de leurs supérieurs. Cependant, le droit anglo-saxon excluait la contrainte en tant que cause exonératoire dans le cas de crimes très graves et exigeait dans de tels cas l'"auto-sacrifice". Troisièmement, néanmoins, ni la lettre ni l'esprit de la Loi ne reprenaient les orientations anglo-américaines. Ce point fut confirmé par les travaux préparatoires (*Entstehungsgeschichte*) de la Loi. Il apparaissait clairement que "l'attitude restrictive" (*einschränkende Stellungnahme*) du droit anglo-américain n'était ni reconnue, ni retenue par le droit international. Quatrièmement, ne disposant d'aucune indication en droit international sur les principes juridiques régissant la contrainte, à l'exception du fait que la position anglo-américaine n'était pas retenue, un tribunal ne pouvait appliquer que les "règles généralement reconnues de droit pénal". En partant du principe que les limites restrictives du droit anglo-américain, n'étant généralement pas reconnues, devaient être écartées, ces règles généralement reconnues prévoyaient que la contrainte était recevable chaque fois qu'il existait une menace grave, imminente et inévitable d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. Cinquièmement, cette règle était conforme aux dispositions pénales pertinentes du droit allemand (sections 52 et 54 du Code pénal allemand)⁸⁷. La Cour appliqua alors le concept de contrainte à l'affaire dont elle était saisie et conclut que K. avait agi sous une menace de mort. Il fut donc acquitté⁸⁸.

Une autre affaire jugée en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle portait sur des crimes contre l'humanité ayant revêtu la forme d'euthanasie réalisée sur des Allemands (affaire *M. et consorts*). Un certain nombre de personnes avaient été accusées d'avoir participé à la mise en place du programme dit "d'euthanasie" appliqué en 1939-1940 dans certaines régions de l'Allemagne. La plupart des accusés furent déclarés coupables. Cinq d'entre eux avaient plaidé la contrainte. La Cour d'assises de Tübingen, saisie de cette affaire, remarqua tout d'abord dans sa décision du 5 juillet 1949 que "selon l'opinion dominante, dont il n'y a aucune raison de s'écarter, également dans le cas de crimes qui violent la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, on peut s'appuyer sur les causes générales d'exclusion de la culpabilité prévues aux Sections 52 et 54 du Code pénal allemand"⁸⁹. La Cour acquitta alors deux des accusés (*W. et H.*) parce qu'ils avaient agi sous la coercition (*Nötigung*)⁹⁰. Le jugement fut confirmé par la Cour suprême de Tübingen le 14 mars 1950⁹¹.

38. Après que les Puissances occupantes ont retiré aux autorités allemandes l'autorisation de se prononcer en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, les tribunaux allemands ont eu tendance à se prononcer sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité en se fondant sur le droit allemand. Ils ont continué à retenir la contrainte ou la coercition dans de nombreuses affaires portant sur des crimes de guerre. Ces affaires peuvent être classées selon le type de crime de guerre perpétré.

Certaines affaires concernent le meurtre en Allemagne de civils étrangers ou de prisonniers de guerre par des membres des SS ou de la Gestapo ou au moins des membres de la police allemande ou d'unités militaires contrôlées par la Gestapo. En guise d'exemple, je mentionnerai l'affaire *Z. et consorts*. Le 31 mars 1945 à Cassel, le chef d'un groupe de policiers membres d'un

Volkssturmkommando , reçut l'ordre d'un *Sturmbannführer* des SS d'exécuter 78 employés civils italiens qui avaient été arrêtés pour avoir pillé un train transportant des vivres destinés à l'armée. Le chef des policiers transmit l'ordre d'exécution à ses hommes , qui obéirent. La Cour d'assises de Cassel estima que, bien que l'ordre fût illégal , six des sept accusés devaient être déclarés non-coupables d'homicide volontaire (*Totschlag*) à la fois parce qu'ils n'avaient pas conscience du caractère illégal de l'ordre (ils croyaient qu'un procès équitable avait eu lieu et avait abouti à l'ordre d'exécution) et parce qu'ils avaient au moins agi sous la coercition (*Nötigung*), car ils avaient craint d'être eux-mêmes abattus s'ils n'exécutaient pas l'ordre⁹². Cette conclusion fut confirmée par l'*Oberlandesgericht* de la Hesse, dans une décision du 4 mai 1950⁹³. Dans un certain nombre d'autres affaires, les tribunaux adoptèrent une position similaire⁹⁴.

D'autres affaires concernent le meurtre de prisonniers dans des camps de concentration ou d'extermination⁹⁵. Le meurtre de civils étrangers ou de prisonniers de guerre en territoires occupés constituent une autre catégorie. Par exemple, dans l'affaire du *Ghetto de Varsovie*, les 19 accusés faisaient partie d'une compagnie de la police allemande qui, en juin- juillet 1942, sur ordre des dirigeants SS en Pologne, avaient exécuté 110 juifs, retirés du Ghetto et emmenés dans une forêt toute proche. La Cour d'assises liée au Tribunal d'instance de Dortmund, dans une décision du 31 mars 1954, estima tout d'abord que les accusés ne devaient être considérés que complices (*Gehilfen*) de meurtre⁹⁶, puis étudia ensuite longuement la question de la contrainte. La Cour jugea que tous les accusés, sauf un, devaient par conséquent être acquittés⁹⁷.

Dans l'affaire *Wetzling et consorts*, les six accusés, tous officiers d'une division de l'armée, avaient été accusés de trois exécutions de masse, le 21 mars 1945, de 208 citoyens russes et polonais déportés en Allemagne et utilisés comme ouvriers. Les accusés étaient tous tenus responsables de meurtre ou de complicité de meurtre. Quatre accusés invoquèrent la contrainte. La Cour d'assises de Arnsberg , dans une décision du 12 février 1958, retint la contrainte pour trois d'entre eux seulement (A., G. et Z.)⁹⁸. Il convient de remarquer que la Cour souligna que, pour parvenir à sa conclusion, elle avait pris en compte les principes toujours mis en exergue dans la jurisprudence allemande selon lesquels la contrainte ne peut être admise que dans les conditions les plus extrêmes,

parce que ce n'est que dans les cas réels impliquant la contrainte la plus grave qu'une décision juridique (*Rechtsordnung*) peut accepter qu'une entorse soit faite à l'une des valeurs protégées par le droit, notamment - comme c'est le cas ici - lorsqu'il s'agit de la plus importante de ces valeurs juridiques (*das höchste Rechtsgut*), à savoir le droit à la vie. Se fondant sur les éléments de preuve qu'elle a examinés, la Cour d'assises est convaincue que de telles circonstances exceptionnelles existaient pour les accusés A., G. et Z.⁹⁹.

L'argument de la contrainte fut aussi pris en compte dans de nombreuses autres affaires de meurtres de civils ou prisonniers de guerre en territoires occupés par l'Allemagne ¹⁰⁰.

39. Il me faut ajouter une remarque générale sur la jurisprudence allemande que j'ai passé en revue. Cette jurisprudence montre, sans aucun doute, qu'un certain nombre de tribunaux ont effectivement retenu la contrainte comme argument exonératoire dans des affaires de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité perpétrés sous la forme d'exécution ou de participation à l'exécution de personnes innocentes. Cependant, tenir compte de l'importance que représente d'un point de vue juridique cette jurisprudence n'exclut pas d'en percevoir les failles d'un point de vue historique. En d'autres termes, si l'on est justifié à tenir compte du poids juridique de ces affaires, on peut, tout aussi légitimement, émettre des doutes certains sur la véracité des présuppositions ou des fondements factuels de la plupart de ces affaires¹⁰¹.

5. Conclusions à tirer de la jurisprudence sur la contrainte, dans des cas de crimes de guerre et crimes contre l'humanité impliquant le meurtre de personnes innocentes.

40. J'ai mentionné l'argument de l'Accusation selon lequel une exception s'était progressivement dégagée dans le droit coutumier international excluant la contrainte comme excuse recevable pour des crimes impliquant le meurtre de personnes innocentes . Cet argument ne peut se fonder que sur une affaire canadienne (*Hölzer et consorts* , mentionnée au paragraphe 26, *supra*) ainsi que sur les règlements militaires du Royaume-Uni et des Etats-Unis (para. 29, *supra*). Mais on doit mettre ces éléments de coutume en contraste avec des éléments opposés, à savoir la jurisprudence fournie que je viens juste d'examiner ainsi que la législation opposée que l'on trouve dans tant de pays de droit romain (*cf.* note 63, *supra*)¹⁰². Selon moi, cette contradiction flagrante entre les pratiques des différents Etats mène au rejet de l'argument de l'Accusation : aucune règle coutumière particulière ne s'est dégagée en droit international sur la question de savoir si la contrainte peut, oui ou non, être admise en tant qu'argument exonératoire dans des affaires de crimes impliquant l'exécution de personnes innocentes.

41. Comme je l'ai fait remarquer, la majorité des membres de la Chambre d'appel est parvenue à cette même conclusion, bien qu'en utilisant des arguments distincts . Cependant - et là, je ne souscris pas à l'opinion de la majorité - la majorité des membres de la Chambre d'appel ne tire pas de l'absence d'une règle générale la seule conclusion logique, à savoir que l'on doit appliquer, au cas par cas, la règle générale sur la contrainte à toutes les catégories de crimes , qu'il y ait eu ou non meurtre. J'étudierai plus en détail ce que je considère être - avec respect - des failles dans l'opinion de la majorité. Pour l'instant, je voudrais approfondir la conclusion logique que je viens de formuler. Cette conclusion est la suivante : même en cas de crimes de guerre et crimes contre l'humanité impliquant un meurtre, un tribunal pénal international confronté à la question de la contrainte , doit appliquer, au moins, les quatre critères définis ci-dessus (*Cf.* para . 16, *supra*), à savoir 1) une menace grave de mort ou d'atteinte à l'intégrité physique ; 2) pas de moyens appropriés permettant d'échapper à cette menace; 3) proportionnalité des moyens utilisés pour échapper à la menace ; 4) la situation de contrainte ne doit pas avoir été provoquée par la personne-même qui la subit.

42. Le troisième critère - la proportionnalité (en d'autres termes, la solution choisie ne doit pas être disproportionnée par rapport au mal ou si l'on préfère, le moindre de deux maux doit être choisi) - sera, en pratique le plus difficile à remplir lorsque le crime reproché implique le meurtre d'innocents. Peut-être, bien que cela relève de la décision d'une Chambre de première instance ou d'un juge , ce critère ne sera-t-il jamais rempli chaque fois que l'accusé sauvera sa vie aux dépens de celle de sa victime, puisque les difficultés philosophiques , morales et juridiques qui découlent du fait de mettre ainsi en balance une vie contre celle d'autrui sont énormes, voire insurmontables. Comment un juge peut-il se convaincre que la vie d'une personne valait moins que celle d'une autre ? Réciproquement , cependant, lorsque il n'y a pas de choix direct entre la vie de la personne agissant sous la contrainte et la vie de la victime - en d'autres termes, dans des situations où il est très probable que la personne subissant la contrainte ne pourra pas sauver la vie des victimes, quoiqu'elle fasse - la contrainte pourrait peut-être être utilisée avec succès comme moyen de défense. Une fois de plus, ce sera au juge ou au tribunal saisi de l'affaire de statuer à la lumière des éléments de preuves disponibles. Le tribunal jugera peut-être, dans une affaire donnée, que l'accusé n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour sauver les victimes avant de céder à la contrainte ou que l'hypothèse selon laquelle elles seraient mortes de toute façon n'est pas suffisamment corroborée. Cependant, ce qui est important ici - et c'est là la principale pomme de discorde entre la majorité et moi-même -, c'est que cette question devrait être examinée par la Chambre de première instance avec tous les faits la sous-tendant. La Défense ne devrait pas se voir empêchée totalement et *a priori* d'invoquer l'excuse de la contrainte par une décision de ce Tribunal international stipulant que, en droit, le fait d'agir sous la contrainte ne peut jamais constituer un argument de défense lorsque des innocents ont été tués. C'est une approche totalement dogmatique qui, de plus, ne trouve

pas de fondement dans le droit international, dans lequel il n'existe pas de règle à cet effet. Il n'existe en droit international qu'une règle générale établissant que la contrainte peut constituer un moyen de défense dès lors que certaines conditions sont réunies.

43. Ces inférences, que j'ai tirées de la jurisprudence, sont corroborées par les considérations suivantes :

Premièrement, il est extrêmement difficile de remplir les critères de la contrainte lorsque le crime implique le meurtre d'êtres humains innocents. Je déduis cela du fait que les tribunaux n'ont que très rarement retenu l'argument de la contrainte dans des affaires impliquant le meurtre même lorsque ils en avaient, en principe, admis la recevabilité. Mais dans les affaires italiennes et allemandes susmentionnées (paragraphe 35-39, *supra*), qui font figure d'exceptions, les seules pour lesquelles des tribunaux nationaux ont retenu le plaidoyer de la contrainte dans des cas de violations du droit international humanitaire sont des affaires impliquant des crimes et délits autres que le meurtre. A cet égard, on peut mentionner les affaires bien connues portées devant les Tribunaux militaires des Etats-Unis siégeant à Nuremberg, *Flick et Farben*¹⁰³, ainsi que quelques affaires allemandes. Je pense que cela témoigne de la grande réticence dont font preuve les tribunaux nationaux à recevoir l'argument de la contrainte dans des cas de crimes impliquant le meurtre.

La raison justifiant cette démarche restrictive trouve indubitablement ses racines dans l'importance fondamentale qu'accordent à la vie humaine le droit et la société. Comme la Cour d'assises allemande de Arnberg l'a souligné, à raison, dans l'affaire *Wetzling et consorts* (*Cf.* para. 38, *supra*), ce droit à la vie est l'un des droits de l'homme des plus fondamentaux et les plus précieux et tout système juridique tient à le préserver à tout prix. Il s'ensuit que toute acceptation au plan juridique d'attaques ou d'interférences visant ce droit doit être interprétée le plus étroitement possible et ne doit être admise qu'à titre exceptionnel.

Deuxièmement, il convient de tenir compte du fait que le crime aurait été commis de toute façon par une personne autre que celle ayant agi sous la contrainte. Cet argument est corroboré par la comparaison de deux types d'affaires distincts. Dans des affaires telles que *Hölzer et consorts*, où l'accusé n'invoqua pas le fait que les victimes seraient mortes de toute façon et où, par conséquent, il présenta la contrainte simplement comme un choix entre sa vie et celle de sa victime, ce moyen de défense fut refusé en principe, en appliquant la formule traditionnelle selon laquelle on ne peut sauver sa propre vie au dépens de celle d'autrui (*Cf.* para. 26, *supra*). Cependant, lorsqu'une personne a été accusée d'avoir participé à une exécution de masse qui se serait déroulée avec ou sans elle, le moyen de défense a, en principe, été accepté. Dans ces dernières affaires, si l'excuse de la contrainte échouait, la raison en était que les tribunaux n'étaient pas convaincus qu'une contrainte avait été véritablement exercée sur l'accusé et non parce que la solution choisie était disproportionnée par rapport au préjudice à éviter. En ce qui concerne le critère de la proportionnalité, dans toutes les affaires, le préjudice occasionné par le non-respect de l'ordre illégal n'aurait pas été beaucoup plus grave que celui résultant de l'exécution de l'ordre. Cette idée sous-tendait manifestement toutes les affaires au cours desquelles la contrainte a été retenue par les tribunaux italiens et allemands après la Deuxième Guerre mondiale (*Cf.* para. 35-39, *supra*)¹⁰⁴. On peut dire que ce même raisonnement a été adopté également par le *Judge-advocate* dans l'affaire *Jepsen* lorsqu'il a accepté le fait qu'en principe, la contrainte peut être un argument exonérateur lorsque le crime imputé est un meurtre, parce que, selon la version des faits proposée par l'accusé, il ne pouvait rien faire pour sauver la vie des victimes et en refusant d'obéir à l'ordre, il n'aurait fait qu'ajouter sa mort à la leur. Cependant, le tribunal, c'est-à-dire le jury, ne crut manifestement pas au récit de Jepsen et le condamna (*Cf.* para. 23, *supra*).

44. Il semble donc que la jurisprudence fasse une exception pour ces cas où, dans les faits, il est très

probable, voire certain, que si la personne agissant sous la contrainte avait refusé de commettre son crime, celui-ci aurait été de toute façon perpétré par des personnes autres que l'accusé. L'exemple le plus courant d'un tel cas est celui d'un peloton d'exécution qui est formé pour tuer les victimes et auquel les accusés participent d'une manière ou d'une autre, soit en tant que membre actif¹⁰⁵, soit en tant qu'organisateur ¹⁰⁶, mais seulement sous menace de mort. Dans ce cas, si une personne membre du peloton d'exécution refuse tout d'abord d'obéir mais doit finalement exécuter l'ordre, sous la contrainte, elle peut être excusée de son acte. En effet, qu'elle ait ou non été tuée, qu'elle ait ou non participé à l'exécution, les civils, prisonniers de guerre, etc... auraient été tués dans tous les cas. Si elle avait choisi de respecter son obligation juridique de ne pas tuer des personnes innocentes, elle aurait elle-même perdu la vie, ce qui n'aurait servi à personne ni à rien, à part créer un exemple d'héroïsme pour l'humanité (ce que le droit ne peut en aucun cas exiger d'elle). Le sacrifice de sa propre vie aurait été vain. Dans ce cas, les maux potentiels (la menace proférée à l'encontre de sa vie et la mort en découlant) seraient plus grands que les remèdes (sa décision de ne pas commettre le crime, c'est-à-dire, de ne pas participer à l'exécution).

En somme, la règle coutumière de droit international sur la contrainte, qui s'est dégagée sur la base de la jurisprudence et des règlements militaires de certains États, n'exclut pas la recevabilité de la contrainte dans des affaires de crimes de guerre et crimes contre l'humanité, dont le crime ou délit central est l'assassinat ou le meurtre illégal. Cependant, étant donné que le droit à la vie est le droit de l'Homme le plus fondamental, la règle exige que les critères généraux d'existence de la contrainte soient appliqués de façon particulièrement rigoureuse dans le cas d'exécution de personnes innocentes.

45. D'après une tendance qui semble se dégager de la jurisprudence, il faudra peut-être faire une distinction entre les différents échelons hiérarchiques militaires ou civils lors de l'évaluation des circonstances factuelles qui pourraient établir la contrainte. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Finta*, plus le rang hiérarchique de la personne recevant l'ordre assorti de contrainte est bas, plus la probabilité de l'existence d'un choix moral réel est mince¹⁰⁷. Cela, comme le souligna le Procureur dans l'affaire *Feurstein et consorts*, pourrait être d'autant plus vrai dans le cas de soldats ordinaires formant un peloton d'exécution. Il soutint qu'en règle générale, ils ne devraient pas être tenus responsables d'un crime qu'ils peuvent avoir reçu l'ordre de commettre¹⁰⁸.

46. De plus, un tribunal d'instance statuant sur un plaidoyer fondé sur la contrainte prendra peut-être en compte un autre facteur, à savoir si oui ou non, et dans quelle mesure, la personne dont il a été prouvé qu'elle avait agi sous la contrainte avait le désir de commettre le crime ou le délit. Pour ce faire, le tribunal pourra tenter de savoir si la personne qui aurait agi sous la contrainte a avoué à la première occasion qui s'est présentée le crime qu'elle a commis et l'a signalé aux autorités compétentes. Si la personne mise en cause ne l'a pas fait, alors on pourrait en déduire qu'elle a consenti à, et donc, souhaité l'acte qu'elle a commis sous la contrainte¹⁰⁹.

6. Considérations finales

47. Je soutiens que les règles juridiques internationales régissant la contrainte en cas de meurtre, comme j'ai tenté de le déduire de la jurisprudence et de la pratique, sont à la fois réalistes et flexibles. Elles tiennent également davantage compte des aspirations sociales que la règle suggérée par l'Accusation et celle mise en avant par la majorité.

Le droit se fonde sur ce que la société peut raisonnablement attendre de ses membres. Il ne devrait pas établir des critères de comportement intenables qui exigent de l'humanité que ses membres deviennent des martyrs et taxer de criminel tout acte ne respectant pas de tels critères.

Considérez l'exemple suivant. Un chauffeur de camion transportant sans le savoir des victimes à leur lieu d'exécution, s'entend dire à l'arrivée par les exécuteurs qu'il doit lui-même abattre une victime et qu'il sera abattu, s'il refuse. Cela, bien entendu, a pour but de s'assurer qu'il gardera le silence puisqu'il sera lui-même impliqué dans une affaire de meurtre. Les victimes qui sont sur le lieu de l'exécution seront sans doute tuées de toute façon. La société peut-elle raisonnablement attendre du chauffeur, dans de telles circonstances, qu'il sacrifie sa vie ? Dans de telles situations, ce serait sans doute trop demander à une personne soumise à la contrainte de ne pas perpétrer le crime. Je souhaiterais ajouter à cela que la guerre en ex-Yougoslavie nous fournit tant d'exemples de telles atrocités que ce Tribunal international ne devrait qualifier d'emblée aucun cas de figure de fantaisiste ou de tiré par les cheveux.

Considérons une autre possibilité, une variante d'un exemple tiré des débats qui ont eu lieu devant ce Tribunal international. Un prisonnier d'un camp de concentration, affamé et frappé pendant des mois, est alors informé, après un passage à tabac particulièrement violent, que s'il ne tue pas un autre prisonnier, qui a déjà été frappé à l'aide de barres de métal et sera sans doute frappé à mort dans peu de temps, alors on lui arrachera les yeux sur-le-champ. Il tue, par conséquent, l'autre prisonnier. Peut-être qu'un héros accepterait de recevoir une balle dans la tête pour éviter d'avoir à tuer mais accepter que ses yeux soient arrachés demanderait un acte de courage extraordinaire - et peut-être impossible. Peut-on vraiment affirmer que l'homme de cet exemple aurait dû se laisser arracher les yeux et que c'est un criminel parce qu'il ne l'a pas laissé faire ? Cet exemple et l'on peut imaginer pire, est l'un des rares cas, à mon avis, dans lesquels la contrainte peut être admise comme moyen de défense totalement exonératoire. Toute réponse à la question de la contrainte doit pouvoir tenir devant les exemples que la guerre en Yougoslavie et des guerres aux quatre coins du monde, nous ont fournis et, malheureusement, continueront à nous fournir¹¹⁰.

48. Une autre remarque me paraît pertinente. Je ne vois pas l'intérêt de dire que, puisque la contrainte peut être invoquée en tant que circonstance atténuante, un tribunal pourrait prendre en compte les situations que je viens de mentionner en condamnant la personne ayant agi sous la contrainte à une peine minimum ou symbolique. Une telle proposition négligerait un point crucial et incontournable, à savoir, l'objectif du droit pénal, qui est de punir un comportement criminel, c'est-à-dire, moralement répréhensible ou nuisible pour la société et non condamner un comportement qui est "le résultat d'une coercition véritablement irrésistible"¹¹¹ ou le choix du moindre mal. Quel que soit le degré de circonstance atténuante qu'un tribunal accorde à un accusé, l'élément fondamental reste que s'il le condamne, il estime que son comportement est criminel et considère qu'il aurait dû agir autrement. J'ai tenté de démontrer que cela pourrait être injuste et déraisonnable lorsque l'accusé ne pouvait sauver les victimes en sacrifiant sa propre vie.

Il n'est pas non plus acceptable, selon moi, de recourir à l'expédient à mon avis extrêmement douteux que constitue une certaine forme de dispense de peine. On pourrait suggérer qu'une telle dispense peut être poussée si loin qu'une condamnation n'est même pas enregistrée. Mais c'est là le point de fuite du droit pénal. Si une condamnation n'est pas enregistrée, ne s'agit-il pas alors tout simplement d'un acquittement ? De plus, cela laisserait de côté la question cruciale : l'accusé de mon exemple aurait-il dû choisir de se laisser arracher les yeux ? Est-il un criminel parce qu'il ne l'a pas fait ? Tout jugement raisonnable sur ce point doit, je crois, aborder cette question.

49. Les arguments que j'ai présentés jusqu'ici m'amènent à conclure que le droit pénal international portant sur la contrainte n'est ni ambigu, ni indéterminé. C'est d'ailleurs la principale source de désaccord entre la majorité de la Chambre d'appel et moi-même. Certes, lorsque la contrainte est invoquée comme excuse pour un crime de guerre ou un crime contre l'humanité dont le crime ou délit objet de l'accusation est l'exécution de personnes innocentes, il est particulièrement difficile pour un juge de droit international d'établir si les faits pertinents existent bien et si les critères

rigoureux et nécessaires établis en droit sont remplis. Mais c'est une question qu'il revient au juge d'examiner. Même si son enquête judiciaire est difficile et semée d'embûches, le droit ne le laisse pas sans ressources. Au contraire, il peut trouver dans le droit international des orientations relativement précises, explicitées dans un certain nombre d'affaires dans différents États portant sur des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (comme je l'ai montré aux paragraphes 27 et 36-37 *supra*, certaines de ces affaires ont été jugées en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et sont, par conséquent, dotées d'une plus grande autorité).

Il n'est donc pas surprenant que je ne partage pas l'opinion de la majorité de la Chambre d'appel selon laquelle, puisque le droit pénal international est ambigu et indéterminé sur ce point, il est justifié de faire un choix basé sur des aspects de politique générale et de se fonder, par conséquent, sur des "considérations de politique sociale et économique". Je ne partage pas cette opinion non seulement parce que, comme je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, à mon avis, le droit international n'est ni ambigu ni indéterminé mais également parce que retenir dans ce domaine du droit pénal le concept de recours à un choix axé sur une politique générale reviendrait à fouler au pied le principe coutumier de *nullum crimen sine lege*. Un tribunal international doit appliquer la *lex lata*, c'est-à-dire les règles existantes de droit international telles qu'elles ont été créées par les sources du système juridique international. S'il a, au lieu de cela, recours à des considérations de politique générale ou à des principes moraux, il agit *ultra vires*.

De toutes les façons, même en supposant que le droit international ne contienne pas de règles claires sur la question, on est justifié à penser que la majorité de la Chambre d'appel aurait dû s'inspirer du droit applicable en ex-Yougoslavie. En ex-Yougoslavie et dans les États actuels de cette région, le droit pénal pertinent prévoit que la contrainte (dite "extrême nécessité") peut être un moyen de défense totalement exonératoire pour tout crime, qu'il y ait ou non meurtre de personnes ¹¹². Un ressortissant de l'un des États de cette région combattant dans un conflit armé était tenu de connaître les dispositions pénales nationales et de fonder ses attentes sur leurs contenus. Si *ex hypothesi* le droit pénal international était vraiment ambigu sur la question de la contrainte ou s'il contenait un vide, il serait alors pertinent et judicieux de se fonder - en dernier ressort - sur la législation nationale de l'accusé, plutôt que sur des considérations morales ou des principes de politique générale. En l'espèce, alors que l'État concerné est un État d'ex-Yougoslavie, cette démarche serait étayée par la maxime générale *in dubio pro reo* (qui devrait devenir en l'occurrence *in dubio pro accusato*).

D. Application au Jugement contesté en appel

50. A la lumière de ma conclusion, selon laquelle la contrainte peut être invoquée comme moyen de défense pour un chef d'accusation de crime contre l'humanité ou crime de guerre, il s'ensuit que le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant était équivoque¹¹³. Ainsi, la Chambre de première instance aurait dû accueillir un plaidoyer de non-culpabilité et tenir un procès. En conséquence, j'accéderais à l'appel et renverrais l'affaire devant une Chambre de première instance afin que l'accusé plaide non coupable et qu'il soit décidé si, oui ou non, l'Appelant agissait sous la contrainte lorsqu'il a commis son crime, auquel cas il ne serait pas pénalement responsable en application de l'article 7 du Statut du Tribunal¹¹⁴.

Plus particulièrement, en appliquant les conclusions de droit auxquelles je suis parvenu plus haut, la Chambre de première instance devant laquelle est renvoyée l'affaire devra tout d'abord, selon moi, décider si la situation à l'origine de la contrainte a été volontairement provoquée par l'Appelant. La chambre devra notamment déterminer si l'unité militaire à laquelle il appartenait et dans laquelle il s'était engagé volontairement (la 10ème unité de sabotage) avait été formée à dessein pour perpétrer des actes contraires au droit humanitaire international et si l'Appelant en était conscient ou aurait dû

l'être lorsqu'il s'engagea dans cette unité ou, s'il ne l'a appris que plus tard, s'il a omis de quitter son unité ou de se désengager de tels actes. Si c'est le cas, l'Appelant ne pourra pas plaider la contrainte. De même, il ne pourra pas utiliser cette excuse si lui-même, d'une manière ou d'une autre, s'est placé volontairement dans une situation dont il savait qu'elle allait entraîner l'exécution illégale de civils.

Si, en revanche, on peut répondre à la question précédente par la négative et que l'Appelant peut donc invoquer la contrainte, alors la Chambre de première instance doit être convaincue que les autres critères stricts imposés par le droit pénal international nécessaires à l'établissement de la contrainte sont remplis en l'espèce, à savoir :

- i) que l'Appelant a agi sous le coup d'une menace constituant une atteinte potentielle imminente, à la fois grave et irréparable, à sa vie ou à son intégrité physique ou à la vie et à l'intégrité physique de sa famille, lorsqu'il a exécuté environ 70 civils musulmans non armés à la ferme de Branjevo près de Pilica en Bosnie le 16 juillet 1995 ;
- ii) si l'Appelant n'avait pas d'autres moyens adaptés d'éviter ce préjudice potentiel que celui d'exécuter lesdits civils ;
- iii) si l'exécution de ces civils était proportionnée au préjudice dont l'Appelant cherchait à se protéger. Comme je l'ai dit plus haut, cette condition ne peut être normalement remplie dans des cas de crimes impliquant l'exécution de personnes innocentes, puisqu'il est impossible de mettre en balance une vie contre une autre. Cependant, la Chambre de première instance devra déterminer, au vu des différents éléments de preuve, si le choix offert à l'Appelant était entre le refus de participer à l'exécution de civils musulmans et sa propre exécution ou bien de participer au massacre de civils musulmans qui seraient tués de toute façon par les autres soldats et, grâce à cela, avoir la vie sauve. Si la Chambre de première instance conclut que c'est cette dernière proposition qui est valable, alors la contrainte invoquée par l'appelant en tant que moyen de défense aura porté ses fruits.

51. De plus, en ayant clairement à l'esprit le fait que, comme je l'ai souligné précédemment, plus le rang hiérarchique d'un membre de l'armée est bas, plus grande est sa vulnérabilité à la contrainte, la Chambre de première instance devra également tenir compte du grade de l'Appelant lorsqu'elle déterminera si, oui ou non, celui-ci a agi sous la contrainte. J'ajoute que la Chambre de première instance devra décider si l'Appelant a avoué à la première occasion possible le crime qu'il avait commis et l'a signalé aux autorités compétentes. Si c'est le cas, cela pourrait contribuer à renforcer la crédibilité de son plaidoyer de contrainte.

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

(Signé)

Antonio Cassese

Fait le sept octobre 1997

La Haye (Pays-Bas)

[Sceau du Tribunal]

1 - Cf., par exemple, affaire *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, Publications de la C.P.J.I., Série A/B, n° 76, p. 16 ; affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J. Recueil 1970, p. 34, para. 36.

2 - Cf., par exemple, l'affaire *Nottebohm*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 13 et suivantes.

3 - Publications de la C.P.J.I., Séries B., n° 10, p. 20 La Cour avait commencé par se demander "si la Convention contient une référence implicite ou expresse à la législation nationale, dans le but de déterminer quelles sont les personnes devant être considérées comme "établies"" (*ibid.*, p. 19). Après avoir noté qu'on ne pouvait trouver aucune référence expresse, la Cour se demanda si la Convention faisait une référence implicite à la législation nationale. Sur ce point la Cour remarqua que "(I)l ne s'ensuit pas nécessairement que, du fait de la nature de la situation évoquée dans la Convention, il doit y avoir une référence implicite à la législation nationale. Alors que le statut national d'une personne appartenant à un État ne peut être fondé que sur le droit de cet État, et alors, par conséquent, que toute convention relative à ce statut doit se référer implicitement à la législation nationale, il n'y a aucune raison pour laquelle le lien local indiqué par le terme "établis" devrait être déterminé par l'application d'un droit particulier. Il se peut fort bien que la Convention ait simplement envisagé une simple situation de fait, suffisamment définie par la Convention elle-même sans aucune référence à la législation nationale. La Cour est d'avis que c'est précisément le cas pour ce qui est de la situation impliquée par le terme "établis" qui figure à l'article 2 de la Convention. ... Il est fort peu probable que l'objectif était d'établir le critère par le moyen d'une référence à la "législation nationale"." (*Ibid.*, p. 19-20.)

4 - *Recueil des sentences arbitrales, vol. XIII, Nations Unies, New York, 1964, p. 398.*

5 - Cf. son opinion individuelle dans l'affaire *Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1950, p. 148-149.

6 - Cf. son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *supra* note 1, p. 66-67.

7 - Art. 21 (Les droits de l'accusé) : "... 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. 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)-f) ... g) À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable."

8 - Un point de terminologie : l'élément essentiel à prendre en compte ici est de savoir si, dans le cadre du droit international, la contrainte peut être un argument de défense suffisant pour exonérer totalement d'une accusation de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre lorsque ces crimes impliquent le meurtre de victimes qui étaient sans défense et innocentes de tout méfait . Voici ce que dit le Procureur dans le Mémoire de l'intimé du 28 avril 1997 et cela reflète le crime dont l'Appelant est accusé. Cependant, il est bon de préciser que l'acte d'accusation émis contre l'Appelant l'accuse de crime contre l'humanité (meurtre) et, alternativement, de violation des lois et coutumes de la guerre (meurtre). Le terme "meurtre" n'est pas défini dans le Statut, ni dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 qui prohibe le "meurtre". La définition de "meurtre" varie également d'une juridiction nationale à l'autre. Certaines juridictions, par exemple celle de l'État de Pennsylvanie des États-Unis d'Amérique, reconnaissent même trois degrés de meurtre différents.

Aux fins de cette Opinion, la question est de savoir si la contrainte est totalement exonératoire du meurtre de personnes innocentes. Je ne crois pas que, pour ce qui est de cette question, il importe beaucoup de se référer à un crime tel que "l'homicide", "l'assassinat" ou le "meurtre", dès lors qu'il est entendu qu'il s'agit ici du meurtre de personnes innocentes sans excuse légale ou sans justification (sauf peut-être, l'argument de la contrainte). De même, pour cette affaire, il est peu pertinent de savoir si une personne est accusée de meurtre, d'homicide involontaire, etc., en tant qu'auteur ou en tant que complice.

9 - *The Law of War on Land*, 1958, para. 630, note 1.

10 - La position adoptée sur la contrainte est résumée dans le vol. XV *des Law Reports of Trials of War Criminals*, U.N. War Crimes Commission (H.M. Stationery Office, Londres, 1949) ("Law Reports"), p. 174. Pour la jurisprudence pertinente, cf. notamment, *Le Procès de Otto Ohlendorf et consorts*, (affaire "Einsatzgruppen"), dans les Procès des Criminels de guerre devant les Tribunaux militaires de Nuremberg en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, (U.S. Government Printing Office, Washington D.C., 1950) ("*Trials of War Criminals*"), vol. IV, p. 471 et 480-481; l'affaire "*Haut Commandement*", *ibid.*, vol. XI, p. 509 ; *le Procès de Gustav Alfred Jepsen et consorts, Proceedings of a War Crimes Trial Held at Lüneburg, Germany* (13-23 août 1946), jugement du 24 août 1946 ("l'affaire *Jepsen*"), (Comptes rendus originaux conservés au Public Record Office, Kew, Richmond) (J'ai déposé à la bibliothèque du Tribunal international toutes les parties des procès auxquelles je fais référence dans mon Opinion individuelle) à 357 ; l'affaire *Fullriede*, Décision du 10 janvier 1949 de la Cour de Cassation spéciale néerlandaise, dans *Nederlandse Jurisprudentie* 1949, n° 541, p. 987, et dans *Annual Digest*, 1949, p. 549 ; *Eichmann c/ le*

Procureur-Général du Gouvernement d'Israël ("l'affaire *Eichmann*"), décision de la Cour suprême d'Israël, 36 I.L.R. 277 (1962), p. 318 ; *R. c/ Finta*, Décision du 24 mars 1994, dans [1994] I.R.C.S., p. 837.

11 - *Cf., par exemple*, le Code pénal italien, art. 54 2), le Code pénal de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie, art. 10 4), le Code pénal de la République Fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) même article 10 4), le Code pénal allemand, art. 35 1).

12 - Outre l'affaire *Einsatzgruppen*, *supra* note 10, et *Le procès de Erhard Milch* ("l'affaire *Milch*"), *Procès des criminels de guerre*, vol. III, p. 964 (respectivement dans *Law Reports*, vol. VIII, p. 91 et vol. VII, p.40), tous deux jugés par des tribunaux américains à Nuremberg, certaines affaires portées après la Deuxième Guerre mondiale devant des tribunaux allemands sont particulièrement importantes en la matière car ces tribunaux ont également fonctionné sur la base de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle - un instrument international qui, dans une large mesure, fait depuis partie du droit coutumier. Ainsi, dans une affaire jugée par la Cour suprême allemande dans la zone britannique, les deux accusés avaient été membres du parti national-socialiste, l'un deux étant Colonel (*Standartenführer*) de la SA et l'autre membre du comité du NSDAP (parti Nazi). Ils avaient pris part à des attaques de synagogues le 10 Novembre 1938 (*Kristallnacht*) et à des incendies criminels. Ils déclaraient avoir agi en obéissance à des ordres émis par un supérieur et en outre avoir agi sous la contrainte (*Notstand*). Le Tribunal rejeta ces arguments en déclarant : " En tant qu'ancien membre du Parti (National Socialiste) T. savait quels étaient le programme et les méthodes de combat du NSDAP. Si néanmoins il s'est proposé au poste de *Standartenführer*, il devait s'attendre dès le début à avoir à commettre de tels crimes. Dans cet état de nécessité dont il était lui-même responsable, il ne pouvait pas non plus bénéficier d'une erreur d'interprétation des circonstances qui aurait pu le tromper quant à l'état de nécessité ou de contrainte (*Cf. Entscheidungen des Oberstens Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, vol. 1, 1949, p. 201 [Traduction du Juge Cassese]. *Cf. aussi* les affaires allemandes suivantes : Décision du 17 février 1949 sur la *Oberlandesgericht* de Freiburg s/ Brisgau (texte dans *Höchstichterliche Entscheidungen. Sammlung der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen*, vol. II, p. 200-203) ainsi que la décision du 5 Septembre 1950 par la Cour Suprême allemande dans la zone occupée britannique. (*ibid.*, vol. 1, p. 129-130). On peut également citer un certain nombre d'affaires portées devant la Cour de Cassation italienne : *cf., par exemple*, la décision du 24 Septembre 1945 dans l'affaire *Spadini* (dans *Rivista penale*, 1946, p. 354), la décision du 10 mai 1947 dans l'affaire *Toller* (*ibid.*, 1947, p. 920), la décision du 24 février 1950 dans l'affaire *Fumi* (*ibid.*, 1950, vol. II, p. 380). Récemment, la même position a été adoptée par la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire *Touvier* (arrêt du 2 juin 1993). La Cour a estimé que : "Aucun fait justificatif fondé sur la nécessité ou la légitime défense d'autrui, ne peut être ... invoqué par un responsable de la Milice tel que Txxxx [Touvier] dont les fonctions le mettaient naturellement dans l'obligation de satisfaire aux exigences des autorités nazies ; ... Il avait le libre choix d'appartenir à la Milice et d'exercer une activité qui impliquait une coopération régulière avec des opérations telles que la Sicherheitsdienst ou la Gestapo." [texte non publié]

13 - *Cf. Respondent's Brief on Preliminary Questions as Required by the Scheduling Orders* [Mémoire non traduit en français] déposé dans le cadre de l'affaire n° IT-96-22-A, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, le 20 mai 1997, p. 2-8; *Compte rendu, Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, affaire n° IT-96-22-A, ("Compte rendu de l'audience d'appel") 26 mai 1997, p. 16-23. [version en anglais]

14 - *Cf. Trial of Max Wielen and 17 others, Proceedings of a military court held at Hamburg* (affaire "*Stalag Luft III*") (1er juillet 1947 - 1er septembre 1947), décision des 2-3 Septembre 1947 (dossiers WO 235/424-32 dans Public Record Office, Kew, Richmond), (j'ai déposé à de la bibliothèque du Tribunal International les parties de ces Débats que je cite dans cette Opinion) ; *Law Reports*, vol. XI, p. 31.

15 - *Cf. Trial of Valentin Feurstein et al., Proceedings of a Military Court held at Hamburg* (4-21 août 1948), Public Record Office, Kew, Richmond, dossier n° WO 235/525. ("*Feurstein et consorts*") (j'ai déposé à la bibliothèque du Tribunal International les parties de ces Débats que je cite dans cette Opinion) ; *Law Reports*, vol. XV, p. 173.

16 - *Cf. Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany*, ("*Hölzer et al.*") 25 mars-6 avril 1946, vol. 1. (Je remercie le Département de la défense nationale canadien - Bureau du *Judge-Advocate-General* - qui m'a fourni un exemplaire de ces documents, maintenant classés à la bibliothèque du Tribunal International.)

17 - *Cf. affaire Jepsen, supra*, note 10.

18 - *Cf. affaire Einsatzgruppen, supra* note 10.

19 - *Compte rendu de l'audience d'Appel, supra*, note 13, p. 53. [version en anglais]

20 - Texte dans *Final Report of the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council N° 10*, Telford Taylor, Washington, 1949, p. 254 et suivantes.

21 - P.C. 5831 du 10 Septembre 1945.

- 22 - Cependant *Stalag Luft III* relevait également du droit international ainsi que l'a expliqué H. Lauterpacht : cf. *infra*, para. 24.
- 23 - Affaire *Jepsen*, *supra*, note 10.
- 24 - *Ibid.*, dossier WO 235/229, p. 222-224.
- 25 - Notons que les deux versions qu'il a données de l'incident étaient très différentes. Au cours du procès, l'avocat de l'accusé lui demanda ce qui s'était passé lorsqu'il avait refusé d'obéir à l'ordre donné par l'*Obermaat* Engelmann de tuer les prisonniers. Il répondit que l'*Obermaat* avait dit "Vous êtes un SS... et les SS sont toujours rudes et brutaux". Selon Jepsen, il déclara aussi "Cet ordre est valable pour vous au même titre qu'il l'est pour tous les autres" et "Si vous n'y prenez pas part (au massacre) vous serez vous aussi abattu sur le champ" (*ibid.*, p. 233-251, para. 250). En revanche, après avoir été déclaré coupable et avant le prononcé de la sentence, Jepsen fit la déclaration suivante : "Je n'ai rien à voir avec ce transfert et Engelmann a pointé son arme sur ma poitrine, a dit qu'il allait compter jusqu'à trois et que si à trois je n'allais pas aider à abattre les prisonniers, il me tuerait" (*ibid.*, p. 363.)
- 26 - *Ibid.*, p.338-341. La Section 54 du Code pénal allemand correspondait dans une large mesure à la Section 35 1) du Code pénal allemand aujourd'hui en vigueur. La Section 54 du Code pénal allemand de 1871 stipulait que : "Outre un cas de légitime défense, un acte ne constitue pas un crime s'il a été commis dans un état de nécessité dont le perpétreur n'est pas responsable et qui ne pouvait être évité afin d'échapper au danger présent pesant sur sa vie ou sur son intégrité physique ou sur celles de ses proches" [traduction du Juge Cassese].
- 27 - "La contrainte ne peut que rarement être invoquée comme argument de défense. Ce ne peut jamais être le cas à moins que la menace qui est proférée et à cause de laquelle l'acte criminel est commis est une menace entraînant un préjudice immédiat et d'un degré nettement plus élevé que celui du préjudice qui serait porté si l'ordre était obéi... Si vous pensez que cette menace de mort peut constituer un argument de défense alors je vous demande de ne pas l'accueillir à moins que vous pensiez qu'il (c'est-à-dire l'accusé) était réellement en danger de mort imminente et que le préjudice dont on le menaçait était plus grave que celui qu'on lui demandait de perpétrer" (*ibid.*, p. 357-359).
- 28 - *Ibid.*, p. 363.
- 29 - Affaire *Stalag Luft III*, *supra*, note 14.
- 30 - *Ibid.*, dossier 235/429, p. 22.
- 31 - *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, Sir Hersch Lauterpacht, 21 British Yearbook of International Law, (1994).
- 32 - "[L'] existence d'ordres émis par un supérieur...n'excusera pas des actes commis en réponse à des ordres qui violaient si manifestement les conceptions fondamentales du droit et de l'humanité qu'ils étaient exclus de la sphère de toute justification possible, même celle d'un danger immédiat pour la personne chargée d'exécuter les ordres. Cela n'excusera pas des crimes commis en obéissance à des ordres illicites dans des circonstances où la personne commettant le crime n'agissait pas sous l'effet immédiat de la peur de conséquences drastiques ou d'une sanction martiale sommaire appliquée suite à un refus d'obéir" [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle] : cf. compte rendu des quarante-huit jours de procès, affaire *Stalag Luft III*, *supra*, note 14, p. 4-5.
- 33 - À ce sujet, le rapport de l'affaire *Stalag Luft III* qui figure dans le vol. XV des *Law Reports* est trompeur dans la mesure où il mentionne la citation du *Judge-Advocate* tirée de Archbold comme si elle constituait l'opinion incidente de l'affaire, sans préciser qu'il s'agissait simplement d'une citation, et que le *Judge-Advocate* continua à citer, en l'approuvant, une autre source qui adoptait une approche différente.
- 34 - Affaire *Stalag Luft III*, *supra*, note 14, synthèse du *Judge-Advocate*, p. 12 et suivantes.
- 35 - Dans l'affaire en question, le Procureur, dans son réquisitoire final, évoqua la contrainte et cita "le droit de l'Angleterre" ; cependant, il n'exclut pas la possibilité de l'appliquer à l'affaire en question parce qu'elle impliquait un meurtre ; il exclut la contrainte plutôt parce que, selon lui, aucune contrainte n'avait réellement été exercée sur les accusés et, en outre, presque aucun d'entre eux n'avait joué un "rôle subordonné" dans le meurtre des évadés. (*Ibid.*, procès-verbal des quarante-sept jours de procès, p. 40-42.) Il était également révélateur que tous les accusés sauf un soient membres des SS ; ainsi, l'exception d'appartenance volontaire à une organisation criminelle, à laquelle il est fait référence plus haut, aurait joué. (cf. *ibid.*, réquisitoire final du Procureur, p. 40.)
- 36 - *Feurstein et consorts*, *supra*, note 15.
- 37 - Cf. *ibid.*, compte rendu du premier jour de procès, p. 4
- 38 - Deux des accusés (Knesebeck et von Menges) invoquèrent l'argument des ordres donnés par un supérieur en rapport avec l'Ordre du Führer. (Cf. *ibid.*, pièce n° 38 et pièce n° 39.)
- 39 - Le *Judge-Advocate* déclara : "[L'] invocation de la contrainte ou de la menace n'est pas un argument de défense en droit. Vous n'avez pas le droit, même si vous souhaitiez sauver votre propre vie, de prendre la vie

d'un autre. Permettez moi de vous rappeler une affaire dite affaire Mignonette [l'affaire *Dudley et Stephens*], au cours de laquelle un certain nombre de marins naufragés, n'ayant aucun espoir de gagner la terre ferme, décidèrent de tuer l'un de leurs compagnons et de s'en nourrir. Ils tirèrent au sort et, à la fin, l'acte fut commis et l'un des marins mourut ainsi. Heureusement ou malheureusement pour ces marins, ils furent sauvés et dûment traduits devant les tribunaux... et ils invoquèrent précisément ce moyen de défense. Ils déclarèrent : "Si nous n'avions pas tué notre compagnon, et ne l'avions pas mangé, nous aurions tous été affamés et aujourd'hui nous serions tous morts". Messieurs, le Tribunal rejeta cet argument et il fut dit que l'on ne peut prendre la vie d'un autre pour sauver la sienne." (*ibid.*, dossier WO 235/525, p. 6).

40 - *R.v. Dudley et Stephens*, (1884) 14 QBD 273, également connu sous le nom d'affaire *Mignonette*. En outre, même si l'affaire est souvent tenue comme exemple du fait que l'état de nécessité n'est pas un moyen de défense pour un meurtre, le tribunal décida dans cette affaire que le meurtre de la victime n'était pas, en fait, nécessaire. Ainsi que le déclara Lord Coleridge, C.J. : "Ils auraient pu être retrouvés le lendemain par un bateau de passage ; ils auraient pu ne pas être retrouvés du tout ; dans un cas comme dans l'autre, il est évident que le meurtre du jeune garçon aurait été un acte inutile et sans profit" [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]. En d'autres termes, le fait de décider qu'il était nécessaire de tuer la victime était, à ce moment-là, pure spéculation de la part des accusés. Il est intéressant de noter qu'un événement assez similaire, au cours duquel 15 survivants naufragés tuèrent et mangèrent leurs compagnons sur le radeau de la Méduse en 1816, eut un dénouement judiciaire différent en France. Aucune poursuite ne fut engagée pour ce meurtre et cet acte de cannibalisme, mais, en 1817, des poursuites furent engagées contre le capitaine du navire pour avoir provoqué le naufrage de ce dernier et pour l'avoir abandonné. Cf. P.Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, 1889, p. 9-10 ; E. Sermet, *L'état de nécessité en matière criminelle*, 1903, p. 23 ; H. de Hoon, "De l'état de nécessité en droit pénal et civil", *Revue de droit belge*, 1911, p. 30-31 ; Ph. Masson, *L'affaire de la Méduse - le naufrage et le procès*, 1972, notamment p. 111 ff. Cf. aussi Schadewaldt, *L'odyssée du "Radeau de la Méduse" : Un exemple classique de "l'état de nécessité"*, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1969, no. 2, p. 119 et suivantes ; J. Graven, "L'état de nécessité" justificatif des naufragés. À propos du Radeau de La Méduse, *ibid.*, p.135 et suivantes.

41 - *Feurstein.*, *supra*, note 15, p. 26-28.

42 - Cf. *Hölzer et consorts*, *supra*, note 16.

43 - Hölzer affirma dans sa déclaration sous serment que Schaefer avait "sorti son revolver, l'avait tenu contre [lui] et avait déclaré "tu veux le faire ou non?" ; lorsque Hölzer prétendit que son revolver s'était enrayé, le lieutenant le "menaça avec son revolver" une nouvelle fois (Cf. *ibid.*, vol. II, p. 26). Son Conseil de la défense déclara devant le Tribunal que Hölzer avait été forcé de tirer après que Schaefer eût menacé de le tuer (*ibid.*, vol. I. p. 289-299).

44 - *Ibid.*, p. 295

45 - Cf. *ibid.*, Exposé introduction, vol. II, p. 1-4 ; Plaidoirie Finale, vol. I, p. 289-290, 291-292, 304.

46 - Le Conseil de la défense de Weigel et Ossenbach se référa à la contrainte en termes moins forts et ne s'étendit pas sur ce point (Cf. *ibid.*, vol. I, p. 304 ; cf. aussi p. 312).

47 - *Ibid.*, vol. I, p. 315

48 - Le *Judge-Advocate* déclara : "Les menaces considérées comme permettant d'invoquer ce moyen de défense sont celles de mort immédiate ou d'atteintes graves à l'intégrité physique émanant d'une personne bien présente[,] mais un tel moyen de défense ne prévaut pas dans le cas de crimes de caractère odieux ou si la personne menacée est membre d'une association ou d'un complot tels que ceux dont le Tribunal pourrait conclure à l'existence dans cette affaire. Pour ce qui est de la loi s'appliquant à la question de la contrainte par l'utilisation de menace, je dirais au Tribunal qu'il est évident qu'un homme a le droit de préserver sa vie et son intégrité physique et sur cette base il peut justifier bien des actes qui seraient passibles de sanctions dans d'autres circonstances. Cette situation où une personne fonde sa défense sur le fait qu'elle a été obligée de commettre un crime est une situation qui se pose quotidiennement. Les autorités n'ont aucun doute quant au fait que la contrainte est un moyen de défense lorsque le crime n'est pas de type odieux. Mais le meurtre de personnes innocentes ne peut jamais être justifié En conséquence, si le Tribunal estime que Hölzer a tiré après avoir été soumis à des menaces sévères pour sa propre vie, point sur lequel les témoignages ne concordent pas, même dans ce cas il n'est pas exonéré des principes fondamentaux susmentionnés mais cela va plus dans le sens de l'application de circonstances atténuantes" [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle], *ibid.*, vol. I, p. 345-346. Le *Judge-Advocate* s'est appuyé sur des précédents britanniques pour étayer son argumentation. (Cf. *ibid.*, p. 346).

49 - Cf. *ibid.*, vol. I, p. 354. Notons que Ossenbach n'avait pas pris part au meurtre du pilote canadien proprement dit.

50 - *Ibid.*, p. 338

51 - *Ibid.*, p. 345-346. Notons que le Règlement, tout en abordant la question des ordres émis par un supérieur, ne disait rien sur la contrainte ; le *Judge-Advocate* déclara, par conséquent, avec raison que cette question devait être tranchée en conformité avec le droit canadien. Notons également que le *Judge-Advocate* fit preuve de manque de sincérité lorsqu'il déclara que les questions touchant aux arguments de défense étaient liées à la procédure ou à la preuve, points sur lesquels le droit international ne se prononce pas. La question des arguments de défense pouvant être invoqués - qui se trouve au coeur même de l'idée d'innocence ou de culpabilité - est clairement une question de droit substantiel, au sujet de laquelle le droit international est peut être ambivalent mais certainement pas "muet".

52 - Cf. l'affaire *Einsatzgruppen, Trials of War Criminals*, *supra*, note 10.

53 - *Ibid.*, p. 56-59.

54 - *Ibid.*, p. 61-82.

55 - *Ibid.*, p. 462-63, p. 471-72.

56 - *Ibid.*, p. 480

57 - Cf. *supra*, para. 21.

58 - Même si le Tribunal n'a pas cité de disposition spécifique du droit allemand en traitant la question de la contrainte, il a évoqué à plusieurs reprises des dispositions juridiques allemandes en traitant de la question plus générale des ordres donnés par un supérieur (qui est parfois associée à celle de la contrainte) ; cf. *Law Reports*, *supra*, note 10, p. 471-473. 483-488.

59 - Cf. l'article 916 h) du Règlement pour la cour martiale : "h) menace ou contrainte : il s'agit d'un argument de défense pouvant être invoqué pour tout crime sauf le meurtre d'une personne innocente, cas dans lequel la participation de l'accusé au crime a été causée par une peur raisonnable que l'accusé ou une autre personne innocente serait immédiatement abattue ou serait immédiatement victime de violences physiques graves si l'accusé ne commettait pas l'acte. Cette appréhension doit raisonnablement rester une réalité pendant toute la réalisation de l'acte. Si l'accusé a la moindre occasion raisonnable d'éviter de commettre l'acte sans se soumettre ou sans soumettre une autre personne innocente au préjudice dont il est menacé, cet argument de défense ne pourra être invoqué". [Traduction non officielle]

60 - Cf., par exemple, *R. v. Howe and others* [1987], 1 AC 417, (Chambre des Lords).

61 - *Pleas of the Crown*, de Lord Hale (1800), vol. 1, p. 51 ; *Blackstone's Commentaries on the Laws of England* (4 B1 Com (1857 edn)28). *History of the Criminal Law of England* (1883), de Sir J. Stephen. Cf. le commentaire de A. Dienstag, "L'approche de la *common law* peut être considérée comme l'héritage d'une jurisprudence ancienne, mais l'on ne peut aujourd'hui accepter ses impératifs dogmatiques" [Traduction non officielle] (*Fedorenko v. United States : War Crimes, the Defence of Duress, and American Nationality Law*, *Columbia Law Review*, vol. 82, p. 120-183, p. 145).

62 - En outre, même dans les juridictions de *common law*, "l'abolition de l'exception d'homicide à l'excuse de la contrainte est préconisée par la masse des commentaires des spécialistes" (Dienstag, *loc. cit.*, note 72) [Traduction non officielle]

63 - Pour des exemples de dispositions pénales nationales envisageant le recours à la contrainte comme excuse pour tous les crimes, y compris le meurtre, cf. art. 10 du Code pénal autrichien de 1975 ; art. 71 du Code pénal belge de 1867 ; art. 25 du Code pénal brésilien de 1969 ; art. 25 et 32 du Code pénal grec de 1950 ; art. 54 du Code pénal italien de 1930 ; art. 40 du Code pénal des Pays-Bas de 1881 ; art. 122-2 du Code pénal français ; section 34 et art. 35 du Code pénal allemand de 1975 ; art. 85 du Code pénal péruvien de 1924 ; art. 8 du Code pénal espagnol de 1944 ; art. 34 du Code pénal suisse de 1937 ; art. 4, Chap. XXIV du Code pénal suédois ; art. 10 du Code pénal de la République Socialiste Fédérative de l'[ex]-Yougoslavie prévoyant le recours à l'argument de "l'extrême nécessité" pour la défense de tout crime. Cet article a été intégré tel quel au Code pénal de la République Fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), au Code pénal de la République de Croatie et au Code pénal de Bosnie.

Cf. aussi art. 17 du Code pénal de Tanzanie et l'affaire *Josia v. Republic*, décision de la Cour d'Appel de Dar Es Salaam, du 27 octobre 1971, parue en 1972 (EA) dans *East Africa Law Reports*, p. 157-158.

64 - Texte original dans *Verhandlungen des Reichstages. I Wahlperiode 1920, Band 368. Anlagen zu den Stenographischen Berichten Nr 2254 bis 2628*, Berlin, p. 2586 ; Traduction anglaise (que j'ai quelque peu révisée) dans 16 A.J.I.L. 1922, p. 722-723. La Section 52 1) du Code pénal allemand de 1871 (qui a été remplacée par les Sections 34 et 35 du Code pénal actuellement en vigueur) stipulait: "Un acte ne constitue pas un crime si l'auteur est forcé de commettre ledit acte parce que soumis à une force irrésistible ou à une menace impliquant un danger immédiat pour sa vie ou son intégrité physique, ou pour ceux de l'un de ses proches, danger qui ne pourrait être évité de toute autre manière." [Traduction non officielle]

65 - 31 janvier 1949. Cf. *Annual Digest and Reports of Public International Cases*, 1949, p. 400-403.

66 - 4 juillet 1949. *Ibid.*

67 - 36 I.L.R., 318, p. 340.

68 - Pour *Touvier*, cf. extrait de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 2 juin 1993, cité *supra*, note 12. Il faut noter que la Cour d'appel a résumé comme suit l'argument de l'accusé selon lequel il avait agi dans "un état de nécessité : ...Touvier s'appuie sans hésiter sur les pressions exercées par les Allemands pour déclarer un état de nécessité susceptible de constituer une justification..." L'arrêt de la Cour d'appel a été confirmé par la Cour de cassation (décision du 21 oct. 1993) (Cf. *Bulletin Criminel* (1993), n° 307, p. 770-774).

En ce qui concerne l'affaire *Papon* (Papon était accusé, entre autres, de complicité dans l'extermination des Juifs), dans un jugement du 18 septembre 1996, La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bordeaux a déclaré que: "Maurice Papon ne saurait invoquer l'état de contrainte dans lequel il se serait trouvé. En effet, si l'on peut tenir pour acquis que les exigences allemandes ont été exprimées avec énergie et détermination, et dans certains cas, qu'elles ont été accompagnées de menaces de représailles contre les fonctionnaires de police français, il ne ressort pas de l'instruction que les pressions ainsi faites ont été d'une telle intensité qu'elles aient pu constituer une contrainte ayant aboli le libre arbitre de Maurice PAPON". (p. 151 du procès-verbal non-publié, *Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation, Arrêt du 18 septembre 1996*, n° 806).

69 - C'est le Tribunal militaire de Rome qui a statué dans l'affaire *Priebke* le 1er août 1996 (le jugement a été déposé le 30 septembre 1996). *Priebke* était accusé d'avoir participé à l'exécution de 335 civils en 1944.

Devant le Tribunal de Rome, il a déclaré qu'il n'avait pas pu refuser d'obéir parce que, entre autres, le capitaine qui était à la tête de l'opération avait dit aux autres officiers subalternes "que ceux qui ne voulaient pas participer à l'exécution n'auraient pas d'autre choix que de rejoindre les prisonniers et mourir avec eux" Texte dactylographié non-publié, p. 21, traduit et déposé par le Juge Cassese à la bibliothèque du Tribunal international). Le Tribunal a rejeté cette version des faits, tout en reconnaissant que cela pourrait néanmoins exonérer totalement l'accusé des charges énoncées contre lui, si ces faits étaient avérés. En faisant remarquer que, si l'accusé avait en fait été l'objet d'une menace aussi imminente, il n'aurait plus eu le devoir de refuser d'obéir à l'ordre car il aurait alors agi dans un état de nécessité, le Tribunal continue : "Dans ce cas de figure [de menace imminente de mort], il n'aurait pu refuser d'obéir à l'ordre et de participer aux exécutions que pour sauver sa vie, en se fondant sur l'état de nécessité, qui est prévu dans tous les systèmes juridiques, y compris dans le droit allemand : bien sûr, dans ce cas, personne n'aurait attendu de *Priebke* qu'il agisse en héros ni qu'il sacrifie sa propre vie pour éviter de participer à cette exécution inhumaine. Par conséquent, parmi toutes les possibilités que nous avons examinées, *Priebke* avait un recours pour s'en sortir. Cependant, ce recours ne consistait certainement pas à obéir à un ordre manifestement illicite, sauf en cas de menace imminente pour sa vie. Étant donné qu'une telle menace n'a jamais été véritablement déterminée dans cette affaire, il s'ensuit qu'il est totalement responsable du massacre tout entier, en tant que complice, avec les autres exécuteurs [a titolo di concorso con gli altri esecutori]" [non souligné dans l'original] [Traduction réalisé à partir de la traduction de l'italien en anglais du Juge Cassese, *ibid.*, p. 80-81).

Par une décision du 6 novembre 1996, la Cour de cassation a cassé le jugement du Tribunal militaire de Rome pour des motifs de procédure (la Cour a donné suite à la requête de récusation du Président du Tribunal).

Le Tribunal militaire de Rome, devant lequel l'affaire a été renvoyée, l'a jointe à une autre affaire impliquant un autre officier allemand accusé d'avoir participé à l'exécution, *K. Hass*. Dans son jugement du 22 juillet 1997, déposé le 15 septembre 1997 (*Hass et Priebke*), le Tribunal a rejeté sur les faits le moyen de défense de la contrainte (*stato di necessità*). Après avoir pris note du fait que les accusés prétendaient "[avoir] tué seulement pour échapper au danger de comparaître devant les tribunaux SS", le Tribunal a déclaré que, contrairement aux allégations des accusés, en fait, ni le Colonel *Kapler*, ni le Capitaine *Schutz* n'avaient menacé les accusés de les tuer en cas de désobéissance aux ordres. Le Tribunal poursuit: "il serait extrêmement déraisonnable de dire que les accusés étaient menacés, pour ainsi dire, par la structure-même des SS, auxquelles ils avaient volontairement adhéré et au sein desquelles ils étaient parvenus à occuper des postes d'autorité supérieure". Le Tribunal conclut : "Enfin, pour être totalement complet, nous devons rappeler que, quoi qu'il en soit, il subsiste un obstacle insurmontable à la recevabilité de la contrainte comme moyen de défense, à savoir la disproportion évidente entre le danger *ex hypothesi* menaçant les accusés et le crime qu'ils prétendaient avoir été forcés de perpétrer", p. 55-57 du texte dactylographié, aimablement communiqué par le Président du Tribunal de Rome, traduit par le Juge Cassese, et déposé à la bibliothèque du Tribunal international). Le sens de cette dernière partie (manifestement un *obiter dictum*) n'est pas clair. On ne sait notamment pas très bien à quoi se réfère ce "manque de proportionnalité" : concerne-t-il uniquement l'éventualité de la mort (par meurtre) des accusés d'un côté et leur participation à l'exécution de l'autre ? Ou fait-il plutôt référence à la crainte des accusés de passer en cour martiale SS, d'une part et leur participation à l'exécution, d'autre part ?

70 - Cf. l'affaire *Retzlaff et consorts*, sur laquelle a statué un Tribunal militaire soviétique, le 18 décembre

1943, à Kharkov. Les accusés, trois officiers allemands et un chauffeur soviétique, avaient été accusés d'atrocités dans la ville de Kharkov pendant l'occupation militaire allemande de cette ville. Dans leurs déclarations finales, tous les accusés déclarèrent qu'ils avaient été obligés de commettre ces atrocités à cause de la nature générale dictatoriale du régime nazi. S'ils avaient désobéi aux ordres, ils auraient été condamnés à mort (*The People's Verdict. A full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov Atrocity Trials*, Londres-New York, sans date, p. 118-120). Cependant, bien que le Conseil de la défense ait demandé que la vie des accusés soit épargnée, dans son jugement, le Tribunal militaire a condamné tous les accusés à la peine de mort par pendaison (*ibid.*, p. 124).

71 - Cf., par exemple, l'affaire *Wernicke et Wieczorek*, décision de la Cour suprême de Berlin (*Kammergericht*) du 24 août 1946, dans *Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung Deutscher Strafurteile wegen National-sozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, vol. I, 1968, p. 42 ; l'affaire appelée *Euthanasie*, décision du Tribunal d'instance de Francfort s/Main du 21 déc. 1946, *ibid.*, p. 158-159, confirmée par la Cour d'appel de Francfort s/Main par un arrêt du 17 août 1947, *ibid.*, p. 179-180 ; l'affaire *Kaufman G. et consorts*, décision du Tribunal d'instance de Francfort s/Main du 30 janvier 1947, *ibid.*, p. 255-257, confirmée par l'arrêt de l'*Oberlandesgericht* (Cour d'appel) du 16 avril 1948, *ibid.*, p. 15 ; décision du Tribunal d'instance de Francfort s/Main du 21 mars 1947 dans l'affaire *Adolf Wahlmann et consorts*, *ibid.*, p. 352-355, confirmée par la Cour d'appel dans son arrêt du 20 octobre 1947, *ibid.*, p. 373-374 ; décision du 5 avril 1950 du Tribunal d'instance de Francfort s/Main dans l'affaire *Heinrich Baab*, *ibid.*, vol. VI, p. 396 ; décision du 27 mai 1955 du Tribunal d'instance de Francfort s/Main dans l'affaire *Dr Gerhard P.*, *ibid.*, vol. XIII, p. 187 ; décision du 14 nov. 1955 du Tribunal d'instance de Weiden/Opf. dans l'affaire *Nies Adolf*, *ibid.*, p. 429 ; décision du Tribunal d'instance de Weiden du 29 mai 1956 dans l'affaire *Dr Fischer Hermann*, *ibid.*, p. 754-758 ; décision du Tribunal d'instance de Ulm du 29 août 1958 dans l'affaire *Bernhard Fischer-Schweder et consorts*, *ibid.*, vol. XV, p. 246-251 ; décision du Tribunal d'instance de Berlin du 9 mars 1960, dans l'affaire *Fritz Franz Hermann Knop et consorts*, *ibid.*, vol. XVI, p. 369-370 ; décision du 10 mai 1961 du Tribunal d'instance de Tübingen dans l'affaire *Hans Richard Wiechert et consorts*, *ibid.*, vol. XVII, p. 395 ; décision du 22 décembre 1965 du Tribunal d'instance de Detmold dans l'affaire *Karl Dietrich*, *ibid.*, vol. XXII, p. 482-483.

72 - Cf. l'affaire *Sablic et consorts*, dans laquelle le Tribunal militaire de Belgrade a statué le 26 juin 1992. L'un des accusés, Cibaric, avait été accusé de crime de guerre perpétré à l'encontre de civils, en vertu de l'article 142, para. 1, du Code pénal yougoslave, au cours duquel il aurait tué quatre civils sur ordre d'un autre accusé, Sablic. Devant le Tribunal, le Conseil de la défense de Cibaric déclara: "[Cibaric] a exécuté le couple marié et deux femmes sur ordre de l'accusé Sablic et d'un policier militaire, qui l'avait menacé en lui disant qu'il devait obéir à tous les ordres qui lui avaient été donnés ou "tu vas te faire couper la tête" [texte non-publié ; traduction non officielle, p. 37]. Le Tribunal, cependant, a, à la fois, rejeté le plaidoyer de contrainte et condamné Cibari} à mort (*ibid.*, p. 126, 130-131).

73 - La *Repubblica Sociale Italiana* (RSI) a été créée le 1er décembre 1943 dans le nord et le centre de l'Italie mais s'est progressivement réduite à la suite de l'élan victorieux des Alliés et du mouvement de résistance italien. La *Repubblica* a fini par ne conserver son autorité que dans le nord de l'Italie. Elle a pris fin le 25 avril 1945. En droit international, la RSI peut être considérée comme un *gouvernement de facto* luttant contre le Gouvernement royal italien et le "Comité pour la libération nationale de l'Italie du Nord" (CLNAI), qui rassemblait plusieurs groupes de partisans italiens et avait été reconnu par le Gouvernement royal italien comme son représentant pour le nord de l'Italie. Ou bien, la RSI pourrait être considéré comme un gouvernement fantoche sous un contrôle militaire allemand tellement strict que ces organes pouvaient apparaître comme agissant au nom de l'Allemagne. De même, on pourrait qualifier le conflit armé entre le mouvement résistant et le Gouvernement royal, d'une part, et la RSI, d'autre part, de guerre civile, ou on pourrait lui préférer la qualification de conflit international entre le Gouvernement italien (rassemblant les différents groupes de partisans) et les Alliés, d'une part, et l'Allemagne et la RSI, de l'autre. Quoi qu'il en soit, ce qui nous importe ici (et cela est exposé par un éminent spécialiste, M.S. Giannini, dans *Repubblica sociale italiana, Enciclopedia del dirritto*, vol. XXXIX, (1988) p. 901) est que les autorités militaires en conflit ont procédé à un échange de notes afin que chacune des parties considère les unités militaires de l'autre comme des combattants tombant sous les lois de la guerre et appliquent en conséquence ces lois entre elles.

74 - C'est la Cour d'assises de Vercelli qui fut d'abord saisie de l'affaire et elle condamna les deux accusés à une peine de prison de 20 ans. En appel, la Cour de cassation cassa le jugement le 18 décembre 1946 pour vice de procédure ainsi que, dans le cas du Capitaine Bernardi, parce que la décision ne fournissait aucun élément sur la question de la contrainte (*stato di necessità*). L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'assises de Turin qui, le 25 mars 1947, condamna les deux accusés à 16 ans de prison. Les accusés se pourvurent devant la Cour de cassation, en avançant que, en se fondant sur les faits prouvés par la Chambre d'instance, la Cour

de cassation devrait retenir la contrainte comme moyen de défense.

75 - Cf. le texte du jugement manuscrit non publié de la Cour d'assises de Turin, p. 3-12 (ce texte nous a été aimablement transmis par les Archives publiques de Turin et a été déposé à la bibliothèque du Tribunal international). Le tribunal examina méticuleusement les faits et parvint à la conclusion que, en fait, les accusés ne pouvaient pas invoquer la contrainte (*stato di necessità*).

76 - La contrainte est prévue comme un moyen de défense totalement exonératoire de tout chef d'accusation dans l'article 54 1) du Code pénal italien. Il y est dit: "Nul ne peut être sanctionné pour avoir commis des actes dans un état de nécessité de se protéger ou de protéger autrui d'un danger imminent ou 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". [Traduction non officielle] La Cour estima que le préjudice que les autorités supérieures menaçaient de faire subir devait être considéré comme grave. Dans ce cadre, après avoir passé en revue les menaces précitées du *prefetto*, la Cour souligna que i) le *prefetto* était connu pour être "un personnage violent et cruel et un persécuteur d'antifascistes", ii) les deux accusés étaient en fait en contact avec des membres du mouvement résistant auquel ils avaient fourni des informations et des armes, ce qui expliquait leur réticence prononcée à exécuter les trois partisans; iii) étant donné qu'à l'époque, les tribunaux militaires se trouvaient sous la forte influence et l'autorité des *prefetti*, les paroles du *prefetto* adressées au capitaine Bernardi ne pouvaient que constituer une menace grave; iv) dans ces circonstances, il était impossible aux deux accusés d'essayer de se soustraire ou de désobéir à l'ordre. La Cour estima que la contrainte "ne requiert pas qu'il y ait obligation absolue au point de provoquer une incapacité à comprendre et à vouloir, comme si la personne subissant la contrainte avait perdu le contrôle d'elle-même et devenait l'instrument de la volonté d'autrui... ["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."] [Traduction du Juge Cassese]. Résumé de la décision paru dans *Rivista penale*, 1947, p. 921-922. J'ai principalement utilisé le texte manuscrit non publié de la décision de la Cour de cassation du 14 juillet 1947, aimablement transmis par les Archives publiques centrales de Rome ; un exemplaire de ce texte a été déposé à la bibliothèque du Tribunal international).

77 - Cf. décision du 6 nov. 1947, affaire *Srà et consorts*, dans *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. pen.*, 1947, n° 2557, p. 414 ; décision du 17 nov. 1947, affaire *Masetti*, dans *Massimario della Seconda Sezione della Cassazione*, 1947, p. 416, n° 2569. Dans les deux affaires, seuls les résumés ont été publiés. J'ai utilisé le texte manuscrit original des deux décisions, aimablement transmises par les Archives publiques centrales de Rome (un exemplaire a été déposé à la bibliothèque du Tribunal international).

78 - Il faut ajouter que la Cour de cassation cassa la décision de la Cour d'assises spéciale également parce que celle-ci n'avait pas prouvé que les trois accusés avaient eu connaissance de l'exécution d'un partisan et qu'ils avaient l'intention d'y participer.

79 - Cf. le texte manuscrit non publié du jugement du 28 septembre 1948 (ce texte nous a été aimablement communiqué par la Cour d'assises de Milan rejugeant l'affaire et a été déposé à la bibliothèque du Tribunal international). La Cour de cassation renvoya l'affaire pour deux motifs, le premier concernant les trois accusés (le Tribunal d'instance précédent n'avait pas exposé de raisonnement juridique sur la question de savoir si les accusés savaient que la personne qu'ils avaient exécutée était un partisan), le deuxième ne concernant que Srà (portant sur l'absence de raisonnement juridique sur la question de la contrainte). La Cour d'assises de Milan considéra que ce deuxième motif précédait le premier et que son examen pouvait apporter une réponse à la question, puisqu'en réalité, ce motif était valable pour les trois accusés. Elle se prononça donc sur ce motif et conclut que l'argument de la contrainte pouvait être invoqué par les trois accusés.

80 - Le 11 octobre 1946, la Cour d'assises spéciale de Forlì avait condamné Masetti à une peine de prison de 30 ans pour avoir dirigé le peloton d'exécution responsable de la mort de deux partisans. La Cour de cassation jugea que le Tribunal d'instance avait confondu la question de l'ordre émanant d'un supérieur et celle de la contrainte. Elle estima ensuite que le Tribunal d'instance n'avait pas été cohérent parce qu'il avait d'abord établi et déterminé tous les critères factuels nécessaires à l'existence d'une contrainte et avait ensuite déclaré l'accusé coupable. La Cour renvoya donc l'affaire devant la Cour d'assises de L'Aquila. Quant à la contrainte, la Cour remarqua que le Tribunal d'instance avait établi les faits suivants : lorsque Masetti reçut l'ordre d'exécuter les partisans, il refusa d'obtempérer. Suite à ce refus, "une dispute éclata, ponctuée de cris et de menaces, entre le commandant du bataillon et Masetti". La menace proférée contre Masetti et l'état de nécessité dans lequel celui-ci se trouva par la suite, étaient d'autant plus grave qu'il avait été sélectionné par les autorités militaires allemandes (qui, en fait, avaient imposé au commandant du bataillon italien l'ordre

d'exécuter les partisans) parce qu'il était le plus jeune officier du bataillon et par conséquent, le plus vulnérable" (p. 3-4 du texte manuscrit).

81 - Cf. décision de la Cour d'assises de L'Aquila du 15 juin 1948 (non-publiée; exemplaire du texte original manuscrit aimablement communiqué par le Greffe de la Cour d'appel de L'Aquila et déposé à la bibliothèque du Tribunal international). Après avoir méticuleusement examiné les éléments de preuve, le Tribunal souligna, entre autres, que l'accusé avait été forcé de diriger le peloton d'exécution également à cause d'une contrainte physique lui étant imposée par un officier allemand qui, avec son unité, l'empêcha de se soustraire à l'ordre de fusiller deux partisans, et le força en fait à participer à l'exécution.

82 - *Ibid.*, p. 8 du texte non-publié [Traduction non officielle réalisée à partir de l'italien vers l'anglais par le Juge Cassese]

83 - Sur les vicissitudes de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, Cf., *entre autres*, H. Ostendorf, "*Die-widersprüchlichen - Auswirkungen des Nürnberger Prozesse auf die westdeutsche Justiz*", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen - Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, G. Hankel et G. Stuby (éds.), Hambourg 1995, p. 75. Cf. également H. Meyrowitz, *La Répression par les Tribunaux Allemands des Crimes contre l'Humanité et de l'Appartenance à une Organisation Criminelle*, 1960, p. 114 et 118.

84 - En droit pénal allemand, *Totschlag* signifie homicide volontaire, alors que *Mord* signifie homicide volontaire caractérisé soit par des motifs abjects, soit par certaines circonstances aggravantes (par exemple, la cruauté).

85 - Texte dans *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. I, 1968, p. 605-621 ; la partie portant sur la contrainte se trouve aux pages 620-621. La décision a été confirmée par *Oberlandesgericht* de Hamm le 15 avril 1948 (*ibid.*, p. 622-628).

86 - Décision du 21 mai 1948, *ibid.*, vol. II, 1969, p. 521 et suivantes, p. 526-527. La décision fut confirmée par le *Oberlandesgericht* de Tübingen, le 30 nov. 1948 (*ibid.*, p. 528 et suivantes) qui a plus particulièrement retenu la conclusion sur la contrainte, bien qu'il ait fait remarquer que cette conclusion était superflue, puisque le Tribunal d'instance avait déjà estimé que S. ne jouissait pas d'une "connaissance suffisante de l'illégalité (*das erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*) de son acte" (p. 533-534). Il faut souligner que le Tribunal supérieur des autorités militaires françaises cassa les deux décisions le 6 décembre 1950, pour violation de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (Il semble que les raisons ayant poussé le Tribunal à casser ces décisions étaient que les deux tribunaux allemands avaient déterminé si les faits pertinents constituaient des crimes en se fondant sur le droit pénal allemand et non sur les dispositions de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle portant sur les crimes contre l'humanité). Le *Tribunal supérieur* renvoya donc l'affaire devant le *Landgericht* de Rottweil pour qu'elle y soit rejugée. Ce tribunal, cependant, décida d'interrompre les débats parce qu'entre temps, le Règlement n° 154 du Haut-Commissaire français du 1er juin 1950, investissant le Tribunal supérieur de cette autorité, avait été abrogé par le Règlement n° 171 du 31 août 1951 (Cf. le texte de la décision du 18 février 1952 du *Landgericht* de Rottweil, *ibid.*, p. 535).

87 - Décision du 6 janvier 1949, *ibid.*, vol. III, 1969, p. 721-723. L'intégralité du texte figure aux pages 713-724.

88 - *Ibid.*, p. 723.

89 - *Ibid.*, vol. V, 1970, p. 103.

90 - Cf. *ibid.*, vol. V, 1970, p. 89 et suivantes, les parties pertinentes figurent aux pages 103-105 et 123.

91 - Cf. *ibid.*, p. 123.

92 - Cf., *ibid.*, vol. V, 1970, p. 507-511 (la partie consacrée à la coercition figure p. 510).

93 - Cf., *ibid.*, p. 512-516, et plus particulièrement la page 515.

94 - Cf., *par exemple*, la décision du Tribunal d'instance de Cassel du 8 février 1950, *ibid.*, vol. VI, p. 129, confirmée le 10 août 1950 par la Cour suprême de la Hesse, *ibid.*, p. 132-139. Cf. également la décision du Tribunal d'instance de Bochum du 4 décembre 1950, *ibid.*, vol. VII, p. 742-746; la décision de la Cour d'assises de Mönchen-Gladbach du 20 novembre 1951, *ibid.*, vol. IX, p. 99 et suivantes ; la décision de la Cour d'assises de Dortmund du 4 avril 1952, *ibid.*, vol. IX, p. 517, 525, 529-539 ; la décision de la même Cour du 29 avril 1952, *ibid.*, p. 589 et suivantes ; la décision de la Cour d'assises de Osnabrück du 7 octobre 1959, *ibid.*, vol. XVI, p. 57 et suivantes.

95 - Cf., *par exemple*, la décision du Tribunal d'instance de Francfort s/Main du 25 août 1950, *ibid.*, vol. VII, p. 285-287 (Parmi les deux accusés, qui avaient présumément participé au programme d'extermination du camp de Sobibor, l'un fut condamné à la prison à vie, l'autre fut acquitté parce qu'il pensait se trouver dans une situation de danger inévitable qui menaçait sa vie). Cf. également la décision du Tribunal d'instance de Mönchen-Gladbach du 15 novembre 1951, *ibid.*, vol. IX, p. 70-71 ; la décision du 5 juillet 1952 de la Cour d'assises de Stuttgart sur/Buchenwald, confirmée par le *Bundesgerichtshof* le 19 février 1952, *ibid.*, vol. IX, p. 780 et 782 respectivement ; la décision du 18 juillet 1952 de la Cour d'assises de Hagen, confirmée par le

Bundesgerichtshof le 3 décembre 1953, *ibid.*, vol. X, p. 40-44 ; la décision de la Cour d'assises de Düsseldorf du 3 sept. 1965 sur Treblinka, *ibid.*, vol. XXII, p. 210-212.

96 - Cf. affaire *Ghetto de Varsovie*, la décision de la Cour d'assises de Dortmund du 31 mars 1954, *ibid.*, vol. XII, 1974, p. 340-341.

97 - Cf., *ibid.*, p. 346-348. La Cour souligna plus particulièrement qu'à l'époque, les accusés se trouvaient sous l'autorité spéciale des tribunaux SS et de police et savaient que de tels tribunaux imposaient les peines les plus graves en cas de désobéissance ; De plus, au tout début de son déploiement à Varsovie, l'unité avait été obligée d'assister à la condamnation à mort et à l'exécution de deux membres du bataillon de police qu'ils avaient remplacé. D'autre part, certains des accusés avaient dû assister aux débats d'un tribunal d'exception des SS et de la police, visiblement avec l'intention de leur faire peur et de leur donner un avertissement. La Cour souligna également que les accusés n'avaient pas eu le choix. Ils ne pouvaient fuir pour se soustraire à l'ordre, ils ne pouvaient désobéir en se faisant porter malades et ils n'avaient aucun autre moyen d'éviter de participer à l'exécution. Il convient de remarquer que la décision fut confirmée par le *Bundesgerichtshof*, décision du 21 septembre 1955 (4 StR 225/55), cité *ibid.*, p. 351, note 1.

98 - Cf. *ibid.*, vol. XIV, 1976, p. 563 et suivantes. La partie portant sur la contrainte (*Notstand*) figure aux pages 616-623. La décision fut confirmée, au moins pour les trois accusés A., G. et Z., par le *Bundersgerichtshof*, par sa décision du 13 mars 1959 (4 StR 438/58, Lfd n° 486), cité *ibid.* p. 625, note 1.

99 - *Ibid.*, p. 623 [Traduction non officielle réalisée à partir de la traduction vers l'anglais du Juge Cassese]

100 - Cf., par exemple, la décision de la Cour d'assises de Giessen du 27 avril 1959, *ibid.*, vol. XV, p. 742-746 ; la décision de la Cour d'assises de Munich du 21 juillet 1961, *ibid.*, vol. XVII, p. 704-705 ; la décision de la Cour d'assises de Fribourg-en-Brigau du 12 juillet 1963, *ibid.*, vol. XIX, p. 467-469 ; décision de la Cour d'assises de Kempten du 27 février 1964, *ibid.*, vol. XIX, p. 752-754.

101 - On le sait aujourd'hui, on peut émettre de sérieux doutes sur la version selon laquelle des membres allemands de la police ou de l'armée auraient été effectivement menacés de mort par leurs supérieurs hiérarchiques et non simplement, dans la plupart des cas, de transfert au front de l'est ou de sanctions disciplinaires. Des récits de témoins oculaires tendent à montrer que c'est cette dernière version qu'il faut croire. Cf., par exemple, P. Levi, *The Drowned and the Saved*, 1988, p. 13-17, 42-43, 50-51 ; cf. également D. Rousset, *L'univers concentrationnaire*, 1965, p. 149-150. Des études historiques récentes tendent à corroborer ces témoignages. Cf. par exemple, D.J. Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners - Ordinary Germans and the Holocaust*, 1996, p. 239-280, 375-415.

De surcroît, il faut plus généralement avoir à l'esprit l'évaluation critique de la jurisprudence allemande réalisée par un éminent auteur allemand, H. Ostendorf, "*Die - widersprüchlichen - Auswirkungen der Nürnberger Prozesse auf die westdeutsche Justiz*", op. cit, p. 73-95.

102 - Cette jurisprudence prouve également que Lord Salmon avait tort lorsqu'il déclara, dans l'avis du Conseil Privé dans l'affaire *Abbot vs The Queen*, que la contrainte invoquée dans des cas de crimes de guerre impliquant le meurtre d'innocents "a toujours été universellement rejetée" (*Abbot v. The Queen* [1976] 3 All E.R. at 146).

103 - Dans les deux affaires, il était question de plusieurs industriels allemands qui, dans le cadre du "programme de travail forcé" mis en place par les autorités allemandes, avaient utilisé des dizaines de milliers de prisonniers des camps de concentration et prisonniers de guerre. Ils avaient été accusés (en tant qu'auteur ou complice) d'avoir participé à la réduction à l'esclavage et à la déportation de civils étrangers sur une échelle immense. Ils avaient, notamment, été accusés d'avoir exploité cette main-d'oeuvre dans des conditions inhumaines. Les Tribunaux des Etats-Unis estimèrent que certains des accusés avaient agi sous la contrainte et les déclara non-coupables de ce chef d'accusation (pour l'affaire *Flick*, cf. *Trial of Friedrich Flick and Five Others, Trials of War Criminals*, vol. VI, p. 1197 et 1201 ; pour l'affaire *Farben*, cf. *United States v. Carl Krauch*, *ibid.*, vol. VIII, p. 1175). Un autre tribunal américain, dans l'affaire *Krupp*, parvint à la conclusion inverse mais seulement en raison des faits (cf. *United States v. Alfred Krupp*, *ibid.*, vol. IX, p. 1439-1448).

104 - Dans l'affaire *Priebke* (jugement du 1er août 1996), également, dans laquelle la contrainte, une fois de plus, fut admise en principe mais pas in casu, son acceptation se fondait sur la théorie selon laquelle les victimes de l'exécution auraient été tuées dans tous les cas, même si Priebke avait refusé d'y participer (cf. jugement du 1er août 1996, *supra*, note 69).

105 - Cf., par exemple, l'affaire *Stalag Luft III*, *supra*, note 14, et deux affaires allemandes citées *supra*, para. 37-38, à savoir S. et K. et *Ghetto de Varsovie*.

106 - Cf. les trois affaires italiennes citées *supra*, para. 35, et *Wetzling et consorts*, citée *supra*, para. 38.

107 - Comme l'a exprimé le Juge Cory pour la majorité : "plus le rang hiérarchique du récipiendaire de l'ordre est bas, plus le sentiment de l'obligation en résultant est fort, plus la probabilité d'un choix moral réel

pour cette personne est faible. On ne peut oublier que le concept même de l'armée est, dans une certaine mesure, coercitif. On doit obéir aux ordres. La question de choix moral se posera beaucoup moins dans le cas d'un soldat de deuxième classe accusé de crime de guerre ou de crime contre l'humanité que dans le cas d'un général ou de tout autre officier de haut-rang". *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R, p. 838. [Traduction non officielle]

108 - Le Procureur fit remarquer que les cinq accusés étaient des officiers de grades différents, qui avaient simplement mis en marche le mécanisme aboutissant à l'exécution de quatre prisonniers de guerre, même s'ils n'avaient pas eux-mêmes fait partie des pelotons d'exécution. Il ajouta que, puisque les soldats formant un peloton d'exécution ne peuvent pas être tenus pour responsables, la question était donc de savoir si les officiers pouvaient être également pénalement non-responsables. (Déclaration liminaire du Procureur, dans *Feurstein et consorts*, *supra*, note 15, dossier WO 235/525, p. 4).

Cf. également "Report to the President of June 6, 1945", dans Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, où il dit, à propos des ordres émanant de supérieurs : "Il existe sans aucun doute une sphère dans laquelle le moyen de défense de l'obéissance à des ordres émanant de supérieurs devrait prévaloir. Si un conscrit ou un soldat professionnel est affecté à un peloton d'exécution, il ne devrait pas être tenu pour responsable de la validité de la sentence qu'il exécute... Mais l'argument doit être largement reconsidéré lorsqu'un individu a un pouvoir discrétionnaire tenant à son rang ou à la latitude des ordres reçus". [Non souligné dans l'original] [Traduction non officielle]

109 - *Cf. l'affaire Einsatzgruppen, supra*, note 10, p. 481.

110 - On ne peut pas non plus affirmer que le prisonnier dans cet exemple ne serait jamais traduit en justice. Il est vrai que, dans les pays de *common law* où existe une doctrine de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, un procureur décidera généralement de ne pas entamer de poursuites si les éléments de preuve dont il dispose suggèrent fortement qu'il y a eu contrainte. Par conséquent, de nombreux cas dans lesquels ce moyen de défense aurait été retenu n'atteignent pas le stade du procès. Mais ce point confirme, plutôt qu'il n'infirme, la proposition selon laquelle un individu se trouvant dans cette situation et agissant sous la contrainte n'est pas un criminel dont la société exige qu'il soit poursuivi et puni.

111 - *American Law Institute, Model Penal Code* (1985), commentaire 2.

112 - *Cf. art. 10 du Code pénal de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie, tel qu'amendé en 1990 et art. 10 identique du Code pénal de 1993 de la République Fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).*

113 - Lors de sa comparution initiale, l'Appelant a ajouté à son plaidoyer de culpabilité la déclaration suivante : "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, on m'a dit : "Fais attention, si tu regrettes, mets-toi avec eux et on te tuera"... Je ne pouvais pas refuser parce qu'ils m'auraient tué". *Cf. compte rendu d'audience, Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, affaire n° IT-96-22-T, 31 mai 1996, p. 9.

114 - La situation s'est compliquée du fait que la Chambre de première instance saisie de cette affaire a procédé, après avoir entendu le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant, à une sorte de procès, c'est-à-dire un ensemble d'audiences au cours desquelles des témoins, et l'Appelant, ont témoigné et qui ont débouché sur le prononcé d'un jugement par la Chambre. Mais on ne peut considérer que ces audiences ont constitué un procès en bonne et due forme et ce pour deux raisons : 1) elles ont eu lieu alors que l'Appelant avait plaidé coupable, ce qui signifie, en application du Règlement de procédure et de preuve, qu'il n'y a pas de procès ; 2) La Chambre de première instance n'a pas essayé d'obtenir des preuves de culpabilité " au-delà de tout doute raisonnable", ce à quoi l'accusé a droit s'il y a une possibilité qu'il ne soit pas coupable.