

LA CHAMBRE D APPEL

Composée comme suit :

M. le Juge Antonio Cassese, Président

Mme le Juge Gabrielle Kirk McDonald

M. le Juge Haopei Li

M. le Juge Ninian Stephen

M. le Juge Lal Chand Vohrah

Assistée de :

Mme Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, Greffier

Arrêt rendu le : 7 octobre 1997

LE PROCUREUR

C/

DRAZEN ERDEMOVIC

OPINION INDIVIDUELLE ET DISSIDENTE DU JUGE LI

Le Bureau du Procureur :

M. Grant Niemann

M. Payam Akhavan

Le Conseil de l Appelant :

M. Jovan Babic

1. S agissant de l appel interjeté par Drazen Erdemovic, (l Appelant), mon opinion diffère de celle de certains de mes éminents collègues à deux égards ; premièrement, sur la question de savoir si la contrainte ou l obéissance à un ordre accompagné de menace de mort émanant d un supérieur, peut constituer un moyen de défense qui exonère complètement l auteur d un massacre de civils innocents et deuxièmement, sur la question de savoir si cette affaire devrait être renvoyée devant la Chambre de première instance. Comme ces deux questions sont importantes au point de vue du droit, cette Opinion individuelle et dissidente se propose d exposer les raisons de ma position.

I. LA CONTRAINTE CONSTITUE-T-ELLE UN MOYEN DE DEFENCE QUI PEUT EXONERER COMPLETEMENT L'AUTEUR D'UN MASSACRE DE CIVILS INNOCENTS DE SA RESPONSABILITE PENALE?

2. Il n'existe pas, ni en droit coutumier international ni en droit conventionnel, de moyens permettant de répondre à cette question.

3. Les lois et les pratiques juridiques internes des états divergent elles aussi sur cette question, si bien qu'on ne peut en déduire aucun principe général du droit qui soit reconnu par les nations civilisées. Ainsi, certains systèmes juridiques assimilent la contrainte à un moyen de défense totalement exonératoire, alors que d'autres ne la retiennent que comme circonstance atténuante. Par exemple, les lois et les pratiques juridiques en France et en Allemagne relèvent de la première catégorie, tandis que la Pologne et la Norvège ont choisi la deuxième option.

A. France

L'article 122-2 du Code Pénal de 1992 dispose que :

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

B. Allemagne

La section 35 1) du Code Pénal allemand de 1975 (tel qu'amendé le 15 mai 1987) dispose que :

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

C. Pologne

L'article 5 de la Loi polonaise relative au châtement des criminels de guerre du 11 décembre 1946 dispose que :

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

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

D. Norvège

L'article 5 de la Loi norvégienne relative au châtement des criminels de guerre étrangers du 15

décembre 1946 est formulé comme suit :

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

4. Comme il n'existe pas de principe général de droit traitant cette question, il faut recourir aux décisions des tribunaux militaires, aussi bien internationaux que nationaux, qui appliquent le droit international. À cet égard, le Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg en 1946 doit être cité au premier chef. Dans la discussion relative à l'article 8 du Statut du Tribunal militaire international, le Jugement dit :

Les dispositions de cet article sont conformes au droit commun des états. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine. Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché².

Cependant, le critère de la liberté morale de choisir, même s'il a été avancé par le Tribunal militaire international, n'a jamais été appliqué par ce dernier et comme il est un peu vague, il a été interprété de diverses manières par différents auteurs. C'est pourquoi on ne peut s'appuyer entièrement sur ce critère pour trouver une réponse à notre question. Nous nous devons donc de consulter également aussi bien les décisions des tribunaux militaires des états-Unis à Nuremberg lors des procès suivants conduits au titre de la Loi No. 10 du Conseil de contrôle, que celles des tribunaux ou cours militaires organisés dans le même but par les autres puissances alliées.

5. Une étude de ces décisions permet de dégager les principes suivants : en règle générale, la contrainte peut être un moyen de défense exonérant complètement l'auteur de l'acte de sa responsabilité pénale si les conditions ci-après sont réunies : a) l'acte incriminé a été commis pour éviter un danger direct à la fois grave et irréparable, b) il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de s'y soustraire et c) le remède n'était pas disproportionné par rapport au mal. On notera une importante exception à cette règle générale : si l'acte en question est un crime atroce, par exemple le massacre de civils innocents ou de prisonniers de guerre, la contrainte ne peut être invoquée comme moyen de défense exonérant totalement l'auteur du crime de sa responsabilité pénale. Elle ne peut alors être qu'un motif d'allègement de la peine si l'intérêt de la justice le commande.

6. La règle générale est déduite des affaires *Flick*³, *I. G. Farben*⁴ et *Krupp*⁵. Dans ces affaires, les accusés étaient des industriels allemands à qui l'on reprochait, entre autres, d'avoir eu recours au travail forcé. Ces accusés ont invoqué la contrainte, avançant qu'ils étaient tenus de remplir les quotas de production industrielle imposés par le gouvernement allemand et que, pour ce faire, il était nécessaire d'utiliser la main-d'œuvre fournie par ce gouvernement dans le cadre de son programme de travail forcé car elle était la seule disponible. Ils ont également soutenu que s'ils n'avaient pas obtempéré, ils auraient subi des conséquences horribles, nuisibles et irrésistibles. Les jugements des Tribunaux militaires des états-Unis ont considéré que de telles circonstances exonéraient totalement

les accusés de leur responsabilité pénale du fait que le recours au travail forcé n'était pas un crime atroce.

7. Notons, à contrario, les exceptions à cette règle que constituent les affaires *Hölzer*⁶, *Feurstein*⁷ et *Jepsen*⁸.

Lors du procès de Robert Hölzer devant une Cour militaire canadienne à Aurich, Allemagne, en 1946, l'accusé a invoqué le fait qu'il avait agi sur l'ordre d'un supérieur, assimilable à la coercition ou à la contrainte. Le *Judge-Advocate* a fait à la cour les recommandations suivantes :

La Cour pourrait conclure que Hölzer a tiré sur l'aviateur sous une très forte contrainte émanant de Schaefer, en fait sous la menace d'un pistolet Sont considérées comme un moyen de défense les menaces proférées par une personne présente sur le lieu du crime et impliquant une mort immédiate ou des atteintes graves à l'intégrité physique de la personne menacée mais un tel moyen de défense ne saurait être invoqué pour des crimes relevant de l'atrocité. . . . S'agissant des dispositions applicables à la question de la contrainte par la menace, je recommande à la Cour de considérer qu'un homme a indéniablement le droit de préserver sa vie et son intégrité physique mais qu'en invoquant ce motif il peut justifier beaucoup d'actes qui autrement seraient passibles de sanctions. . . . Il est incontestable pour les autorités que la contrainte est un moyen de défense opposable lorsque le crime ne revêt aucun caractère atroce. Mais le meurtre d'un innocent ne peut jamais être justifié.

Lord Hale a énoncé ainsi la règle stricte :

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

Ainsi, même si la Cour conclut effectivement que Hölzer a tiré après que sa vie ait fait l'objet de terribles menaces, cela ne l'excuse pas, au nom des principes fondamentaux susmentionnés, mais ne peut qu'aller dans le sens d'un allègement de sa peine⁹. [Traduction non officielle]

L'accusé a été condamné à la peine capitale.

Le même principe a été appliqué dans les jugements rendus par des Cours militaires britanniques dans les affaires *Jepsen* et *Feurstein*, respectivement à Luneberg en 1946 et à Hambourg en 1948.

8. A mon avis, aussi bien la règle que l'exception peuvent être qualifiées d'arguments solides et de bon sens et devraient être appliquées par ce Tribunal international. Cependant, comme ce recours traite de la recevabilité de l'exception, il convient d'ajouter quelques précisions supplémentaires.

En premier lieu, l'objectif primordial du droit international humanitaire est la protection des civils

innocents, des prisonniers de guerre et d'autres personnes *hors de combat* [en français dans le texte]. Comme la vie des êtres humains innocents est la condition *sine qua non* de leur existence, le droit international humanitaire doit s'efforcer d'assurer sa protection et d'empêcher sa destruction. Assimiler la contrainte à un moyen de défense permettant d'être totalement exonéré de sa responsabilité pénale ou de justifier le massacre de personnes innocentes revient à la fois à encourager le subordonné menacé à tuer de telles personnes en toute impunité au lieu de l'empêcher de commettre un crime aussi horrible et, également, à aider le supérieur dans sa tentative de meurtre de ces innocents. Une approche aussi inhumaine du droit ne peut être tolérée par la communauté internationale et ne saurait être adoptée par ce Tribunal international.

En second lieu, il convient de noter les divergences entre les différents droits internes actuellement en vigueur dans divers pays pour ce qui est de la possibilité ou de la nécessité de reconnaître l'exception à la règle, telle qu'exposée ci-dessus. D'un côté, les systèmes juridiques du Commonwealth britannique et certains systèmes issus du droit romain admettent une telle exception. À l'opposé, d'autres systèmes juridiques issus également du droit romain ne la prévoient pas. Dans de telles circonstances, ce Tribunal international ne peut qu'opter pour la solution la mieux adaptée à la protection des innocents.

9. Pour certains, l'affaire *Einsatzgruppen*¹⁰ viendrait à l'appui de l'argument selon lequel la contrainte peut être invoquée comme moyen de défense exonérant complètement l'accusé de sa responsabilité pénale. L'accusé Ohlendorf et 23 autres personnes étaient commandants ou officiers subalternes dans des unités SS spéciales appelées *Einsatzgruppen*, qui avaient accompagné l'Armée allemande dans son invasion de la Russie soviétique durant la Deuxième Guerre mondiale et y avaient exterminé des juifs, des gitans, des aliénés, des fonctionnaires communistes et autres soi-disant inférieurs et asociaux asiatiques, tous civils ou prisonniers de guerre. Ces unités SS ont causé la mort d'environ un million de personnes dans les territoires russes occupés par l'armée allemande. Le principal chef d'accusation dans cette affaire était celui de meurtre, pour lequel les accusés ont invoqué la contrainte.

10. Dans son jugement, le Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg affirme ce qui suit :

Mais il est avéré qu'en droit militaire, même si le subordonné réalise que l'acte qu'on lui ordonne de commettre est un crime, il ne peut refuser de l'exécuter sans encourir de graves conséquences, ce qui constitue donc un cas de contrainte. Il faut souligner clairement qu'aucune loi n'exige qu'un innocent doive payer de sa vie ou souffrir de graves violences afin d'éviter de commettre un crime qu'il réprouve. La menace doit cependant être imminente, réelle et inévitable. Aucune cour ne punira un homme qui, menacé par un pistolet chargé braqué sur sa tempe, est forcé d'appuyer sur le bouton fatal. Le péril ne doit pas non plus être aussi imminent afin d'éviter le châtement¹¹. [Traduction non officielle]

Cependant, l'opinion ci-dessus n'est qu'un dictum. De surcroît, l'argument de la contrainte a été rejeté au motif que si le supérieur et le subordonné associent leurs capacités mentales et morales dans la planification et l'exécution d'un acte illégal, le subordonné ne peut ensuite arguer qu'il a été forcé de s'engager dans une entreprise illégale¹² [Traduction non officielle]. C'est pour cette raison que tous les accusés ont été reconnus coupables. Ohlendorf et de nombreux autres ont été condamnés à la pendaison, alors que d'autres ont été condamnés à la prison à perpétuité ou à des peines d'emprisonnement allant de 10 à 20 ans. Cette affaire ne règle pas non plus la question du droit à appliquer en matière de contrainte dans les affaires de crimes atroces.

11. De plus, on a avancé dans l affaire qui nous intéresse que si l Appellant avait refusé d exécuter l ordre assorti de menaces de mort, tous les Musulmans innocents auraient été de toute façon exterminés par tous les autres membres de son unité, si bien que son acte s en trouvait justifié. L absurdité de cet argument est manifeste parce qu il permettrait de justifier l action de chaque membre du groupe criminel ayant participé au massacre collectif d innocents. De surcroît, cet argument n a absolument aucun fondement en droit.

12. Des considérations ci-dessus, je tire la conclusion suivante : la contrainte ne peut être invoquée que comme circonstance atténuante et ne constitue en aucun cas un moyen de défense exonérant l accusé de sa responsabilité dans le massacre de personnes innocentes. Mon opinion vient à l appui de celle exprimée par les Juges McDonald et Vohrah dans l opinion individuelle qu ils ont conjointement rédigée (Opinion individuelle conjointe) et s accorde avec elle.

II. CETTE AFFAIRE DEVRAIT-ELLE ÊTRE RENVOYEE DEVANT UNE CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE ?

13. Je suis d avis que le renvoi de cette affaire devant une Chambre de première instance est erroné en droit parce qu il est clair que l Appellant, en plaidant la contrainte, ne recherchait qu un allégement de sa peine et non pas un moyen de défense justifiant totalement ses actes, de sorte que son plaidoyer de culpabilité n a rien d ambigu. J en veux pour preuve les faits suivants :

14. Peu de temps après son transfert à La Haye, l Appellant a accordé un entretien à un journaliste, M. Janukovic, qui lui a demandé s il était conscient qu il allait peut-être devoir assumer la responsabilité du meurtre de certains civils musulmans s il avouait ce crime devant le Tribunal international. L Appellant a répondu par l affirmative et a déclaré qu il acceptait pleinement la responsabilité de ce qu il avait fait¹³. Au vu de cette déclaration, il apparaît clairement que l Appellant n avait aucune intention d invoquer la contrainte comme moyen de justifier son crime.

15. Après que l Appellant ait plaidé coupable, le Juge présidant la Chambre de première instance lui a expliqué très clairement les conséquences juridiques de son plaidoyer de culpabilité :

Si vous plaidez non coupable, vous avez droit à un procès dans lequel évidemment, avec votre avocat, vous contesterez les charges, les allégations et les incriminations présentées par le Procureur(...); [mais dès lors que vous avez plaidé coupable] vous renoncez désormais au droit d avoir un procès sur la culpabilité¹⁴

À la suite de cette explication, l Appellant a confirmé qu il plaidait coupable, démontrant de nouveau qu il entendait invoquer la contrainte comme circonstance atténuante pour obtenir un allégement de sa peine.

16. Dans le cadre de cet appel, le conseil de l Appellant a soumis à la Chambre les demandes suivantes :

a) déclarer l accusé coupable du crime mais réduire sa peine au motif de l extrême nécessité ; ou

b) lui infliger une peine plus légère que celle retenue par la Chambre de première instance

Ces demandes montrent clairement que l'Appelant a invoqué la contrainte dans le but d'obtenir un allègement de sa peine et, par conséquent, qu'elle n'entache pas d'ambiguïté son plaidoyer de culpabilité.

17. Enfin, lors de l'audience de cette Chambre d'appel du 26 mai 1997, le conseil de l'Appelant a fait les déclarations suivantes :

Mon client m'a demandé . . . de prier la Chambre (d'appel) de ne pas renvoyer l'affaire en première instance et de ne pas rouvrir un procès. Il pense que la présente Chambre devrait encore une fois considérer tous les éléments que j'ai présentés et réévaluer les circonstances atténuantes. À notre avis, il est possible de prendre cet appel en considération et de réduire la peine prononcée¹⁵.

(S)il j'accepte la position de mon client, je devrais demander à la Chambre d'accepter la contrainte comme circonstance atténuante et de réduire en conséquence la peine.¹⁶

Je parle maintenant de la sentence minimale imposable en vertu du code yougoslave, cinq ans d'emprisonnement.¹⁷

Rien ne peut être plus clair que ces déclarations. Elles montrent que la véritable intention de l'Appelant était d'invoquer la contrainte uniquement en tant que moyen d'obtenir une réduction de peine et non en temps que moyen de défense totalement exonératoire. Si le conseil avait choisi la stratégie de traiter ce plaidoyer de culpabilité également comme moyen de défense totalement exonératoire, la Chambre d'appel aurait été tenue, en droit, de le rejeter, puisque le conseil lui-même a admis qu'il devait accepter la position de son client. Il n'y a donc absolument aucune raison de juger que le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant est ambigu ou non valable et de renvoyer l'affaire à une Chambre de première instance.

18. D'aucuns soutiennent, cependant, qu'un acte relevant de la catégorie des crimes contre l'humanité doit être plus sévèrement puni qu'un acte relevant de celle des crimes de guerre, car un crime contre l'humanité ne concerne pas seulement les victimes mais touche également l'humanité dans son ensemble. On avance que la même conclusion peut être tirée d'une interprétation de l'article 5 du Statut de ce Tribunal international. Comme l'Appelant a plaidé coupable du crime le plus grave, il est probable qu'il n'a pas été informé de la différence entre ces deux crimes et a ainsi été placé dans une position désavantageuse. Il est donc nécessaire de renvoyer l'affaire devant une Chambre de première instance.

19. S'agissant de ces arguments, je soutiens d'abord que la gravité d'un acte criminel et, par conséquent, l'importance de son châtement, sont déterminées par la nature intrinsèque de l'acte lui-même et non par sa classification dans une catégorie ou une autre. Prenons l'espèce qui nous intéresse : l'Appelant a tué soixante dix à cent civils musulmans innocents. Que ce crime soit rangé dans la catégorie des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, le mal infligé aux individus et à la société est rigoureusement le même, sans un iota de plus ou de moins. Pourquoi donc devrait-on punir plus sévèrement parce que son acte est assimilé à la catégorie des crimes contre

l'humanité plutôt qu'à celle des crimes de guerre ?

20. Deuxièmement, l'affirmation qu'un crime contre l'humanité est nécessairement plus grave qu'un crime de guerre est sans fondement. Comparons le crime contre l'humanité commis par l'Appelant avec un crime de guerre, dont est accusée une autre personne au titre de l'article 3 c) du Statut du Tribunal international, à savoir le bombardement d'une ville non défendue ayant causé la mort d'un million de personnes. Pouvons-nous dire que le crime contre l'humanité commis par l'Appelant est plus grave que ce crime de guerre ?

Cela tient à ce que tous les crimes de guerres énumérés à l'article 3 du Statut du Tribunal international ne sont pas des infractions moins graves mais sont des infractions particulièrement graves aux lois de la guerre. De fait, Dinstein a souligné l'erreur courante consistant à croire que toute violation des lois de la guerre est nécessairement un crime de guerre¹⁸. Du fait de leur caractère particulièrement grave, les crimes de guerre ne peuvent manifestement pas être des infractions mineures par rapport aux crimes contre l'humanité. Bien sûr, les crimes contre l'humanité ont pour caractéristique d'être commis de manière systématique ou sur une grande échelle. Cependant, les crimes de guerre peuvent également être commis de la même manière. Par exemple, les prisonniers de guerre peuvent être tués systématiquement ou sur une grande échelle, à l'instar des exécutions atroces habituellement menées par le régime nazi lors de la Deuxième Guerre mondiale.

21. Troisièmement, le concept de crime contre l'humanité trouve son origine dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, en annexe de l'Accord de Londres du 8 août 1945, conclu entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, le Gouvernement provisoire de la République française, le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe. Les articles 6 a), 6 b) et 6 c) contiennent les célèbres dispositions relatives à la compétence du Tribunal militaire international en matière de crimes contre la Paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'Humanité.

Avant la Deuxième Guerre mondiale, il n'existait pas en droit international de crimes contre l'humanité mais seulement des crimes de guerre. Les crimes de guerre sont commis en temps de guerre et principalement contre des combattants et des prisonniers de guerre de l'autre nation belligérante et des civils dans les territoires occupés. Mais, avant et pendant cette Guerre, le régime nazi et ses agents, en plus de commettre des crimes de guerre traditionnels, à grande échelle et monstrueux, ont perpétré de nombreuses atrocités vis-à-vis de leurs propres concitoyens, particulièrement les Juifs allemands ainsi que les hommes politiques et les membres de l'intelligentsia allemands antinazis. Le droit international antérieur à cette guerre ne qualifiait pas ces atrocités de crimes de guerre et elles ne pouvaient donc pas relever de la compétence du Tribunal militaire international de Nuremberg. Cependant, elles choquaient tant la conscience de l'humanité que les gouvernements alliés étaient résolus à en punir les auteurs. C'est l'unique raison pour laquelle le Statut prévoit, en plus des crimes de guerre, une catégorie particulière de crimes contre l'humanité et confère au Tribunal militaire international compétence sur ces crimes. Ainsi, l'article 6 c) du Statut dispose expressément que constituent des crimes contre l'humanité l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes les populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime¹⁹.

Il faut néanmoins souligner que le Statut du Tribunal militaire international, en prévoyant des crimes contre l'humanité, n'a pas créé un crime plus grave que le crime de guerre. En effet, ces mêmes actes d'extermination, réduction en esclavage, déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes les populations civiles, qui constituent des crimes contre l'humanité aux termes de l'article 6 c) du Statut, constituent également des crimes de guerre s'ils sont commis en temps de guerre par les forces belligérantes d'un état contre les citoyens d'un autre état. De manière similaire, les mêmes persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, qui constituent des crimes contre l'humanité d'après le même article du Statut, sont réputées être également des crimes de guerre si elles sont commises en temps de guerre contre la population civile d'un pays ennemi. Ces crimes de guerre figurent déjà dans le Code Lieber de 1863, dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et dans les Conventions de Genève de 1864 et 1929, soit bien avant l'adoption du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg²⁰. Il convient de souligner que les actes criminels relevant de ces deux catégories de crimes étant rigoureusement identiques dans le Statut, leur gravité ne peut qu'être exactement la même.

C'est la raison pour laquelle le Jugement rendu par le Tribunal militaire international de Nuremberg souligne, d'une part, que (d)éclencher une guerre d'agression n'est donc pas seulement un crime d'ordre international ; c'est le crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous et, d'autre part, se garde soigneusement d'affirmer que les crimes contre l'humanité sont d'une nature plus grave que les crimes de guerre, même si en l'espèce de nombreux accusés ont été condamnés pour ces deux crimes. Ceci démontre que le Tribunal militaire international de Nuremberg traitait les deux crimes sur un pied d'égalité.

22. Quatrièmement, peu de temps après l'adoption du Statut du Tribunal à Londres, le Conseil de contrôle adopta sa Loi No. 10 du 20 décembre 1945, dont l'article II c) dispose que les crimes de guerre, les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité peuvent entraîner pour leurs auteurs la condamnation à la peine capitale. Ceci montre une fois de plus que les crimes de guerre ne sont pas moins graves que les crimes contre l'humanité. De plus, l'application de cette disposition dans la pratique du Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg montre que les 24 accusés condamnés à mort ont tous été reconnus coupables de crimes de guerre ainsi que, pour certains d'entre eux, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité. Mais aucun accusé n'a été condamné à mort pour avoir commis des crimes contre l'humanité sans avoir été également reconnu coupable de crimes de guerre. Dans le *Procès Justice*²¹ devant le Tribunal militaire des États-Unis, l'accusé Oswald Rothaug a été jugé coupable de crimes contre l'humanité et, en dépit du fait que le Tribunal ne lui a reconnu aucune circonstance atténuante, il a été condamné à la prison à perpétuité plutôt qu'à la peine de mort. C'est la preuve irréfutable que le Tribunal militaire a considéré que les crimes contre l'humanité commis par l'accusé étaient moins graves que des crimes de guerre.

23. Cinquièmement, le fait que la récente Loi relative aux crimes de guerre des États-Unis (1996)²² dispose que le responsable d'une infraction grave aux Conventions de Genève de 1949²³ ayant causé la mort de la victime pourra être condamné à la peine capitale démontre également qu'un crime de guerre n'est pas moins grave qu'un crime contre l'humanité.

24. Sixièmement, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité²⁴, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 26 novembre 1968 et entrée en vigueur le 11 novembre 1970, ne considère pas que les crimes contre l'humanité sont plus graves que les crimes de guerre.

Le préambule de cette Convention souligne, entre autres, que les crimes de guerre et les crimes

contre l'humanité comptent au nombre des crimes de droit international les plus graves et que la répression effective des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité est un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propre à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales.²⁵

L'article premier de cette Convention dispose que :

Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

a) Les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 I) et 95 I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, notamment les infractions graves énumérées par les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre ;

b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 I) et 95 I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis.²⁶

25. Septièmement, le Code pénal yougoslave²⁷ vient également à l'appui de la thèse selon laquelle la gravité des crimes contre l'humanité équivaut à celle des crimes de guerre. Aux termes des articles 141 à 143 de ce code, relatifs au crime de génocide et aux crimes de guerre contre la population civile, les blessés et les malades, les peines encourues sont les mêmes : de cinq à vingt années d'emprisonnement.

26. Huitièmement, il est inexact de dire qu'un crime contre l'humanité est un crime contre l'ensemble de l'espèce humaine. Ce point a été expliqué de façon très convaincante par Schwelb dans les termes suivants :

Le terme humanité a au moins deux significations différentes, l'une renvoyant à la race humaine ou l'espèce humaine dans son ensemble et l'autre connotant le caractère humain, une certaine qualité au plan du comportement. Selon nous, dans le Statut du Tribunal militaire international et autres documents de référence qui font l'objet de cet article, le terme humanité est utilisé dans le deuxième sens. Il n'est donc pas nécessaire pour qu'un acte soit qualifié de crime contre l'humanité qu'il constitue une attaque contre l'humanité dans son ensemble. Un crime contre l'humanité est une infraction à certains principes généraux du droit dont la communauté internationale se saisit dans certaines circonstances, à savoir s'il a des répercussions transnationales ou s'il dépasse en importance ou en sauvagerie toute limite que les civilisations modernes jugent tolérable(28). [Traduction non

officielle]

27. Je déduis des arguments qui précèdent ma conclusion finale à savoir que le plaidoyer de culpabilité de l'Appelant n'est pas ambigu et il est valide du fait que la contrainte invoquée du début de l'affaire jusqu'à présent a constamment visé à obtenir un simple allègement de la sentence. Puisque dans son Jugement portant condamnation la Chambre de première instance a reconnu à l'Appelant des circonstances atténuantes, la Chambre d'appel devrait faire droit à sa requête et réévaluer son cas afin de déterminer si le jugement de la Chambre de première instance était juste et équitable. En conséquence, la décision de renvoyer l'affaire devant la Chambre de première instance est erronée en ce sens qu'elle ne sert à rien et ne fait que prolonger la procédure. Il convient de faire observer que ce retard dans la procédure est contraire à l'exigence d'un procès sans retard excessif prescrite à l'article 21, paragraphe 4 c) du Statut de notre Tribunal international, dans un but de protection des droits de l'accusé.

La futilité du renvoi à une Chambre de première instance est on ne peut plus claire si l'on pense au résultat du nouveau procès, même dans le cas de figure où l'Appelant plaide non coupable au lieu de plaider de nouveau coupable. Comme la Chambre de première instance doit suivre la décision prise par la majorité des Juges de la Chambre d'appel à savoir que la contrainte ne peut être retenue que comme circonstance atténuante dans le cas d'un massacre de civils innocents, qu'y a-t-il d'autre à espérer d'un renvoi et d'un procès ?

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

Juge Haopei Li

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

[Sceau du Tribunal]

1 Article cité en français par le Juge LI, accompagné d'une traduction en anglais.

2 Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg. 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946. édité à Nuremberg, Allemagne 1947. p. 235-236.

3 *Trial of Frederick Flick and Five Others*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (U.S. Govt. Printing Office, Washington D.C., 1950) (*Trials of War Criminals*) vol. VI, pp. 1200 - 02.

4 *United States v. Carl Krauch*, *ibid.*, vol. VIII, pp. 1176 -79

5 *United States v. Alfred Krupp*, *ibid.*, vol. IX, pp. 1345 - 48

6 *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany*, (25 Mar - 6 Apr. 1946), vol. 1, p. 1.

7 *Trial of Valentin Feurstein and Others, Proceedings of a Military Court held at Hambourg* (4 - 24 Aug. 1948), Public Record Office, Kew, Richmond, file n. 235/525 ; *Law Reports of trials of War Criminals*, U.N. War Crimes Commission, (H.M. Stationery Office, London, 1949), (*Law Reports*), vol. XV, p. 173.

8 *Trial of Gustav Alfred Jepsen and Others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneburg* (13 - 23 aug. 1946), judgement of 24 Aug. 1946, (Public Record Office, Kew, Richmond) ; *Law Reports*, vol. XV, p. 172.

- 9 *Hölzer, supra n. 6*, p. 345 -346.
- 10 *Trial of Otto Ohlendorf et al.*, (*Affaire Einsatzgruppen*), *Trials of War criminals*, vol. IV, p. 3.
- 11 *Ibid.*, p. 480
- 12 *Ibid.*
- 13 Mémoire du Procureur relatif aux circonstances aggravantes et atténuantes, *Le Procureur c./ Dra`en Erdemovi*, Affaire No. IT-96-22-T, 11 novembre 1996, p. 5, note 24.
- 14 Compte-rendu d audience , *Le Procureur c./ Dra`en Erdemovi*, Affaire No. IT-96-22-T, 31 mai 1996, p.7
- 15 *Ibid.*, 26 mai 1997, p. 66
- 16 *Ibid.*, p. 68.
- 17 *Ibid.*, p. 65
- 18 Yoram Dinstein, *International Criminal Law*, 20 *Israeli Law Review* (1985) p. 206, n. 9.
- 19 Annexe à l Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l Axe (Accord de Londres), Londres, 8 août 1945, pp. 12-13
- 20 Cf. M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992), page 7 para. 178.
- 21 *Trial of Joseph Alstötter and Others, Trials of War Criminals*, vol. III, pp. 1143 - 56.
- 22 Codifiée sous 18 U.S.C. para. 2401.
- 23 Convention de Genève pour l amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 970 ; Convention de Genève pour l amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 971 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 972 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 973.
- 24 Convention sur l imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l humanité, 26 novembre 1968, Recueil d instruments internationaux Volume I (deuxième partie) p. 694, Instruments universels, Nations Unies, 1994.
- 25 *Ibid.*
- 26 *Ibid.*
- 27 République Fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) 1993.
- 28 Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, 23 *British Yearbook Of International Law* (1946), p. 195