

Document:-
A/CN.4/SR.1966

Compte rendu analytique de la 1966e séance

sujet:

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Partie II) - avec le Statut pour une cour criminelle internationale

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1986, vol. I

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

dans le projet de code, d'autant plus que ce projet est limité pour le moment aux crimes commis par des individus, agissant en qualité d'agent de l'Etat ou à tout autre titre. Il s'agit des exceptions relatives à l'âge des délinquants (cas des enfants ou des mineurs), aux troubles mentaux ou à la folie, aux cas d'absorption de substances contre la volonté du délinquant ou à son insu, au droit de l'individu de défendre sa vie et ses biens, et au consentement de la victime. Si ces justifications ou exceptions sont applicables à l'individu visé par le projet d'article 6, qui dispose que « toute personne accusée d'un crime a droit aux garanties reconnues à toute personne humaine », il faudra en faire état dans le commentaire.

57. En conclusion, la Commission devra réfléchir encore à la teneur et à la portée du projet d'article 8 relatif aux exceptions au principe de la responsabilité. Néanmoins, M. Jagota approuve d'une manière générale les conclusions du Rapporteur spécial au sujet des faits justificatifs (*ibid.*, par. 254).

La séance est levée à 13 heures.

1966^e SÉANCE

Vendredi 13 juin 1986, à 10 heures

Président : M. Julio BARBOZA

Présents : le chef Akinjide, M. Arangio-Ruiz, M. Balanda, M. Calero Rodrigues, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Jagota, M. Laclea Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Riphagen, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Sucharitkul, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹ (suite) [A/CN.4/387², A/CN.4/398³, A/CN.4/L.398, sect. B, ILC (XXXVIII)/Conf. Room Doc.4 et Corr.1 à 3]

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

QUATRIÈME PARTIE (Les principes généraux) et

CINQUIÈME PARTIE (Projet d'articles) [suite]

1. M. OGISO remercie le Rapporteur spécial d'avoir élaboré des principes généraux qui sont à la base du pro-

jet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et se félicite, en particulier, d'y trouver à sa juste place le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. M. Ogiso entend axer son intervention sur trois grandes questions traitées dans la quatrième partie du rapport (A/CN.4/398) : la règle *nullum crimen sine lege*, les exceptions à la responsabilité pénale et la juridiction pénale internationale.

2. Au sujet de la règle *nullum crimen sine lege*, il est dit dans le rapport que « si on entend par *lex*, non pas la loi écrite, mais le *droit* au sens du mot anglais *law*, alors le contenu de la règle sera plus large » (*ibid.*, par. 156). Or, le système juridique anglo-américain, à la différence du système inspiré du droit romain, donne un rôle essentiel au précédent judiciaire et, dans ce sens, la loi non écrite fait partie du « droit ». Cette jurisprudence, quoique n'étant pas une loi écrite au sens strict de cette expression, a force d'élément constitutif du droit positif. Dans ces conditions, ce n'est que si la *lex* est définie comme étant le droit positif que la règle *nullum crimen sine lege* pourra s'étendre, non seulement aux pays de droit civil, mais aussi aux pays de « common law ».

3. Or, dans son rapport (*ibid.*, par. 161), le Rapporteur spécial va jusqu'à dire que c'est cette idée de la justice qui avait été l'élément déterminant auprès du Tribunal de Nuremberg, citant à ce propos la remarque du juge Biddle : « La question n'était pas de savoir s'il était légal, mais s'il était juste de juger... ». M. Ogiso s'oppose à cette façon de voir; il lui paraît inadmissible que, dans la règle *nullum crimen sine lege*, la *lex* puisse désigner autre chose que le droit positif, et qui serait, par exemple, une vague et indéfinissable idée de la justice en soi.

4. Par contre, il souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 163), selon laquelle « la règle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* est applicable en droit international ». Mais il faudrait que le Rapporteur spécial précise ce qu'il entend par « la coutume et les principes généraux du droit » (*ibid.*), sinon on risque de créer une situation dangereuse en laissant des notions non juridiques s'introduire dans la règle *nullum crimen sine lege*. Il faudra, à cet égard, se pencher très attentivement sur les mots « les principes généraux du droit international », figurant au paragraphe 2 du projet d'article 7.

5. Pour M. Ogiso, l'interdiction de toute règle applicable *ex post facto* est au cœur même du droit pénal, et le critère essentiel de la responsabilité pénale est de savoir s'il existait ou non, à la date où l'acte délictueux a été commis, une règle de droit positif interdisant cet acte. La règle *nulla poena sine lege* veut en effet que l'auteur de l'acte ne puisse être puni si, à la date où l'acte a été commis, la loi ne prescrivait pas de peine qui lui fût applicable. Or, comme l'indique le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 181), « la Commission ne s'est pas encore prononcée nettement sur le point de savoir si le présent projet inclurait également l'étude des conséquences pénales de l'infraction ». C'est peut-être pour cette raison que les règles secondaires sur la question à l'examen n'ont pas encore été formulées. Pourtant, selon M. Ogiso, le projet de code doit contenir certains principes directeurs applicables aux sanctions, afin d'éviter, par

¹ Le projet de code adopté par la Commission à sa sixième session en 1954 [Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693), p. 11 et 12, par. 54] est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 8, par. 18.

² Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie).

exemple, qu'un individu ne puisse être condamné à mort pour un acte que le droit n'interdisait pas à la date où il a été commis.

6. Concernant les principes relatifs à la détermination et à l'étendue de la responsabilité, M. Ogiso approuve de façon générale la position adoptée par le Rapporteur spécial, pour qui la responsabilité pénale ne tolère pas d'exceptions, sauf contrainte, état de nécessité ou cas de force majeure. Le Rapporteur spécial précise aussi (*ibid.*, par. 199) que les distinctions entre contrainte, état de nécessité et force majeure n'existent pas dans tous les systèmes juridiques, ce qui est parfaitement vrai.

7. En ce qui concerne l'exception pour ordre reçu d'un supérieur hiérarchique, M. Ogiso approuve les formules proposées par le Rapporteur spécial, mais se demande toutefois si la menace d'un péril grave, imminent et irrémédiable découlant de l'ordre reçu ne varie pas selon le caractère plus ou moins strict de la discipline exercée dans le milieu de l'individu en cause. Dans le cas d'un officier subalterne, la liberté de choix serait extrêmement limitée. Non pas qu'un militaire doive être exonéré de toute responsabilité en raison de l'ordre donné par son supérieur hiérarchique, mais la rigidité de la discipline pourrait constituer dans ce cas une circonstance atténuante.

8. Au sujet de l'erreur, M. Ogiso est d'accord avec le Rapporteur spécial pour ce qui est de l'erreur de fait. Mais l'erreur de droit reste possible, surtout dans le droit coutumier international, qui n'est pas codifié avec précision. Il se demande donc si un individu peut être déclaré responsable pour avoir simplement ignoré la loi, comme cela découle de l'alinéa *e* du projet d'article 8 — disposition où se trouve exprimée l'idée de *jus cogens*, qui, comme M. Ogiso a eu maintes fois l'occasion de le dire, devrait être définie avec précision.

9. Le projet d'article 8 contient à l'alinéa *e*, iii, un autre principe d'équilibre, cette fois entre l'intérêt sacrifié et l'intérêt protégé. A première vue, ce principe paraît correct, mais on peut douter de son application impartiale, surtout en l'absence d'un tribunal pénal international.

10. Sur la question de la juridiction pénale, plusieurs membres de la Commission, dont M. Ogiso lui-même, ont affirmé la nécessité de créer un tribunal international pour mettre en œuvre le code. M. Ogiso se félicite de ce courant de pensée parmi ses collègues. Certes, nul n'ignore les difficultés politiques qui seraient liées à la création d'un tribunal de ce genre. Néanmoins, une telle institution sera indispensable pour assurer toute l'objectivité possible à l'interprétation et à l'application du code. M. Ogiso ne peut accepter le principe de l'universalité de juridiction que dans l'attente de la création d'un tribunal pénal international : dans le cas des crimes contre la paix et contre l'humanité, la formule d'un tribunal international est indispensable. La Commission, seul organe juridique de l'Assemblée générale, doit, selon lui, se poser ouvertement la question de la meilleure procédure possible pour la mise en œuvre du code.

11. D'après M. BALANDA, ce que le Rapporteur spécial présente sous la rubrique des « autres infractions »

relève plutôt des principes généraux que d'une catégorie de crimes distincte, car on peut concevoir la complicité ou la tentative dans le cadre de chacune des trois catégories de crimes proposées.

12. Aux membres de la Commission qui s'interrogent sur l'utilité d'une classification des crimes en trois catégories, M. Balanda répond en appelant leur attention sur le passage du quatrième rapport (A/CN.4/398, par. 254), où le Rapporteur spécial constate que la théorie des faits justificatifs a des applications nuancées et n'a pas la même portée suivant la catégorie de crimes considérée; que, vu la gravité des crimes contre l'humanité, ceux-ci ne peuvent avoir de justification; qu'en cas de crimes contre la paix, la seule justification possible est la légitime défense contre un acte d'agression; et que la théorie des faits justificatifs ne trouve d'application véritable que pour les crimes de guerre. Cette distinction entre les trois catégories de crimes s'impose aussi en ce qui concerne les sanctions. Tout en réservant encore sa position à ce sujet, M. Balanda souligne qu'il ne saurait y avoir de code des crimes en l'absence de sanctions ou de peines. Or, il existe une catégorie de crimes qui doit être réprimée avec plus de rigueur que les autres : ce sont les crimes contre l'humanité.

13. Passant à l'épineux problème de la responsabilité pénale des Etats, M. Balanda rappelle que, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale (v. A/CN.4/L.398, par. 39), plusieurs représentants se sont prononcés pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale des Etats. C'est peut-être là une idée nouvelle, mais il ne voit pas comment le projet de code pourrait passer sous silence la responsabilité des Etats. Même si l'on considère que l'Etat agit par le truchement de personnes physiques et que, une fois appréhendées, ces personnes pourront faire l'objet de poursuites, il serait erroné de les châtier en leur qualité d'individus, puisqu'elles auront agi en représentants de l'Etat. Par conséquent, la personne qui commet un acte terroriste au nom d'un Etat ne peut pas être punie en tant qu'individu : c'est l'organe, au service duquel elle se trouve, dont la responsabilité est engagée et qui doit répondre de l'acte. Il y a ainsi toute une série de sanctions visant l'individu qui se trouvent écartées d'office, et la Commission devra trouver les sanctions propres à réprimer la criminalité des Etats. Si elle rejette la responsabilité pénale de l'Etat, elle devra d'autant plus justifier sa position que certains crimes ne peuvent être commis que par les Etats.

14. S'agissant des principes généraux, M. Balanda fait sienne l'observation selon laquelle la Commission, en élaborant son projet de code, doit s'abstenir de légiférer par simple référence. Il cite à cet égard le projet d'article 6, où il est fait seulement allusion aux garanties judiciaires prévues dans la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴ ou dans le Protocole additionnel II⁵ aux Conventions de Genève de 1949; or, ces garanties devraient être clairement énoncées.

15. M. Balanda relève un élément d'autonomie du droit international concernant les principes généraux, en

⁴ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948.

⁵ Voir 1959^e séance, note 6.

faisant observer qu'en droit interne ces principes s'appliquent d'ordinaire à toutes les infractions, quelles qu'elles soient, alors que, dans le cas présent, certains des principes généraux présentés dans le rapport ne peuvent pas s'appliquer à toutes les infractions. Par exemple, la théorie des faits justificatifs ne peut pas s'appliquer aux crimes contre l'humanité, en raison de la nature de ces crimes, alors qu'elle peut être invoquée dans tous les cas en droit interne, sauf dispositions contraires de la loi.

16. M. Balanda signale, par ailleurs, deux autres principes dont il n'est pas fait mention dans le rapport. Il pense, d'une part, au principe applicable en cas de concours d'infractions et qui veut que la sanction varie selon qu'il y a cumul matériel ou cumul idéal des infractions. Cette question fondamentale devra être traitée parmi les principes généraux, car elle débouche nécessairement sur l'application des peines. M. Balanda constate, d'autre part, l'absence du principe, consacré dans le droit interne de certains Etats, selon lequel l'auteur d'un crime politique ne peut être extradé. En l'occurrence, la Commission, pour ne pas faire échec à l'obligation générale d'extradition posée par le Rapporteur spécial, devra affirmer l'obligation d'extradition, même pour les crimes politiques, puisque le mobile d'un crime contre l'humanité est lié à des considérations politiques, raciales, ethniques ou nationales. Deux autres principes devraient eux aussi être affirmés dans le projet de code : le principe de la procédure contradictoire et le principe du double degré de juridiction.

17. M. Balanda approuve les propositions du Rapporteur spécial touchant l'imprescriptibilité, étant entendu qu'il faudra, pour cela, se mettre d'accord sur les faits — l'auteur présumé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité restant passible en tout temps de poursuites, quel que soit le délai écoulé entre la perpétration de l'acte incriminé et son arrestation — et sur la peine — le délai écoulé entre l'arrestation et le jugement n'exemptant pas l'accusé d'accomplir la peine à laquelle il aura été condamné.

18. M. Balanda souscrit aussi à l'idée de la non-rétroactivité qui est énoncée dans le projet d'article 7. Toutefois, en droit interne, lorsqu'une nouvelle loi, plus favorable au prévenu, est adoptée, elle a généralement un effet rétroactif. Que se passera-t-il dans le cas présent, si l'on admet le principe de la compétence des tribunaux nationaux ? Comment le juge national, appelé à se prononcer, se comportera-t-il en présence d'une loi de ce type, compte tenu du principe de la non-rétroactivité consacré dans le code ?

19. Les autres principes proposés par le Rapporteur spécial recueillent aussi l'adhésion de M. Balanda, mais il se demande si le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi trouve son application dans le cadre du présent code.

20. La mise en œuvre du code soulève des problèmes délicats. Presque tous les membres de la Commission sont d'avis qu'un code qui ne serait pas assorti d'un mécanisme d'application serait sans utilité. Or, cette mise en œuvre exige à la fois des sanctions et un organe à même de les appliquer. Pour ce qui est des sanctions, et dans le cas d'un fait qui ne serait pas réprimé par le

droit interne d'un Etat, le juge de cet Etat qui se trouvera appelé à appliquer le code sera bien en peine de trouver la sanction applicable si celle-ci n'y est pas indiquée. Il est donc important de prévoir les peines prononçables dans le code même. Et, comme la Commission doit aussi se conformer au principe *nulla poena sine lege*, il faudra qu'elle fixe dans le code toute l'échelle de ces peines.

21. La question des sanctions amène inévitablement à s'interroger sur l'organe censé les prononcer, et c'est alors que se pose le problème de l'universalité de juridiction ou de la création d'un tribunal pénal international. Le Rapporteur spécial propose de s'en tenir, dans un premier temps, à l'universalité de juridiction, les auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité étant dans ce cas déferés devant les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel ils ont été appréhendés ou extradés. Mais les problèmes sont ici légion et incitent M. Balanda à formuler un certain nombre d'observations qui ne sont pas des critiques, mais qui pourront nourrir la réflexion de la Commission. Comment, par exemple, garantir l'impartialité des tribunaux nationaux ? Ou encore, dans l'hypothèse d'un acte commis par les plus hautes autorités d'un Etat, comment éviter que le juge de l'Etat du for ne refuse de juger ces autorités ? De son côté, l'Etat en cause ne refuserait-il pas de les extraditer, sous le poids de pressions politiques jouant au détriment de la collaboration entre Etats ? En outre, en cas d'extradition, se posera le problème des preuves à réunir pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé ; et dans le cas d'un homme politique ayant pris la décision d'une agression et traduit devant les tribunaux de l'Etat victime, celui de l'impartialité des magistrats. Si, par ailleurs, on s'en remet à la juridiction des Etats, les peines risquent de varier considérablement d'un pays à l'autre, vu la diversité des systèmes juridiques. Enfin, les législations nationales divergent sur un autre point, qui est la répression de la complicité : dans certains Etats, le complice est passible de la même peine que l'auteur de l'acte ; dans d'autres pays, il échappe au sort réservé au principal intéressé. Ces considérations montrent que le principe de l'universalité de juridiction n'est pas nécessairement une solution qui donne toute satisfaction.

22. Quant à l'idée d'une éventuelle juridiction pénale internationale, qui pourrait être la CIJ ou un autre organe, elle suscite elle aussi un certain nombre de problèmes. Le problème des preuves, par exemple, se poserait avec plus d'acuité encore que dans le cadre de la compétence universelle. A supposer que la tâche incombe à la CIJ, disposera-t-elle d'un « parquet général de l'humanité » permettant au procureur de rechercher les preuves ? Et quels seront à cet égard les pouvoirs du procureur ? Qui se lancera à la poursuite des criminels de guerre ? Les Etats se montreront-ils prêts à collaborer en extradant les criminels qui se trouvent sur leur territoire et en les déferant devant cette juridiction pénale internationale ? Une fois les criminels condamnés, où purgeront-ils leur peine ? Comment respecter le principe du double degré de juridiction sur le plan international ? Le tribunal international jugera-t-il en premier et en dernier ressort ?

23. Sur un autre point, M. Balanda dit que les projets d'articles, notamment 11 et 13, donnent l'impression

que l'infraction serait consommée, dès lors qu'un individu aurait réalisé l'acte considéré comme un crime. Or, en droit interne, l'acte en lui-même ne suffit pas; il doit s'accompagner de l'élément intentionnel, moral. Si, donc, on retient l'intention, celle-ci doit-elle entrer en ligne de compte pour toutes les infractions ? Ou bien la Commission doit-elle, pour affirmer l'autonomie du code par rapport au droit interne, aller jusqu'à considérer qu'il y a infraction dès que l'acte a été commis, alors même que l'élément moral fait défaut ?

24. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 pourrait être revu, car, au stade dont il est question dans ce paragraphe, la personne en cause n'a pas encore été déclarée coupable, puisqu'il y a présomption d'innocence; il suffirait pour cela de remplacer les mots « coupable d'une action ou d'une omission » par les mots « poursuivie pour une action ou une omission ». D'autre part, M. Balanda pense que ce qui fait l'objet du projet d'article 9 se rattache à la participation criminelle, et ne justifie pas un article à part.

25. En ce qui concerne la condamnation éventuelle de l'usage des armes de destruction massive, M. Balanda se contente de dire qu'il serait regrettable de n'en pas faire mention dans un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, même si cela est gênant pour des raisons politiques, et que le silence de la Commission paraîtrait coupable. La Commission doit naturellement retenir aussi l'*apartheid*.

26. M. ARANGIO-RUIZ, ayant constaté que ses remarques sur l'opposition entre la formule de l'universalité de juridiction et la formule du tribunal pénal international ont donné lieu à certains malentendus, dit que, si la création d'un tribunal international représente sans doute le but ultime de la communauté mondiale, il serait cependant imprudent de ne pas apprécier avec le plus grand soin les obstacles qui peuvent s'y opposer, ou, pire encore, de les minimiser. Or, c'est précisément ce que font inconsciemment les publicistes et les diplomates depuis les années 40 et 50, en acceptant trop facilement l'analogie — inexistante en fait — entre l'état de la société internationale en 1945 et son état actuel. C'est pourquoi, M. Arangio-Ruiz a parlé en détail de la nature des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, lors de son intervention précédente (1962^e séance). Invoquer les principes et le procès de Nuremberg à titre de précédent serait en effet source d'ambiguïté, car les leçons de Nuremberg, bien qu'essentiellement conformes aux exigences de l'opportunité politique et de la justice, ne peuvent servir de référence pour le tribunal pénal international qui serait créé pour la mise en œuvre du code.

27. C'est pour cela aussi qu'il faut admettre que le problème posé à la Commission n'est pas un problème de caractère international, mais supranational. Peut-être faudrait-il même dire « infranational ». A cet égard, aucun des Etats membres de la Communauté européenne, par exemple, n'a le sentiment que sa souveraineté a été réduite. Cela s'explique essentiellement par le fait que le fonctionnement des institutions communautaires vise des personnes physiques ou morales, qui, après tout, ne sont que des sujets ordinaires, des sujets privés des Etats membres. Mais le tribunal international qui serait nécessaire pour appliquer le code aurait fré-

quemment à juger des personnes qui se trouvent placées au sommet de l'organisation politique des Etats souverains. Peut-être même serait-il appelé à faire comparaître des souverains. Il n'y a donc pas de véritable comparaison possible avec la Cour de justice des Communautés européennes, ni avec les tribunaux arbitraux mixtes établis par les traités de paix qui mirent fin à la première guerre mondiale.

28. C'est en partant de ces constatations que M. Arangio-Ruiz s'est permis de prédire qu'il est fort peu probable que des Etats souverains acceptent dans un avenir suffisamment proche tout le système d'institutions supranationales que représentent un tribunal international et les institutions annexes, qui sera nécessaire pour que ce tribunal exerce ses fonctions à l'égard des « autorités », pour emprunter à titre provisoire la terminologie de 1954, critiquée par M. Ouchakov (1965^e séance).

29. Ainsi, c'est seulement face à ces réalités décourageantes que M. Arangio-Ruiz a exprimé l'avis que les modalités de mise en œuvre du code se ramèneraient inévitablement aux moyens actuellement en place. Encore a-t-il assorti l'idée de l'universalité de juridiction de certaines conditions éventuelles. Tout d'abord, la mise en place d'un tel système doit s'opérer de façon progressive, et exige que l'on fasse une distinction très rigoureuse entre les divers crimes. Il y a, certes, des crimes pour lesquels on pourrait parvenir, dans un futur relativement proche, à une coopération poussée entre les institutions nationales chargées d'administrer la justice pénale. Mais, pour d'autres crimes, les modalités d'application du code devraient sans doute se borner aux moyens dont dispose actuellement la communauté internationale organisée. Il y a manifestement des crimes contre la paix ou contre l'humanité qui ont un rôle tel dans les politiques de certains gouvernements qu'il n'y aurait guère d'espoir d'obtenir de ces gouvernements une participation quelconque aux efforts de poursuite et de répression entrepris par les tribunaux nationaux. Ce serait là évidemment une lacune extrêmement sérieuse dans le système de mise en œuvre du code. Le même problème se poserait d'ailleurs à une juridiction pénale internationale, solution plus appropriée, mais qui ne serait probablement ni mieux acceptée ni plus efficace pour les crimes de ce type.

30. En conclusion, M. Arangio-Ruiz rappelle que, il y a vingt ans, l'un des meilleurs spécialistes contemporains du droit international écrivait qu'il faudra probablement un siècle avant que les « analogies fédérales » ne deviennent valides en matière de droit international et d'organisation internationale. Il y a donc un point sur lequel les deux formules possibles se heurtent presque aux mêmes difficultés.

31. M. TOMUSCHAT dit que les principes généraux énoncés par le Rapporteur spécial peuvent être considérés comme la pierre angulaire d'un futur code pénal international, et que, sur certains points, ces principes vont au-delà des règles de fond. C'est le cas en particulier de la règle fondamentale sur la juridiction, énoncée dans le projet d'article 4, et selon laquelle tout Etat aurait le droit — et même, l'obligation — de juger ou d'extrader l'auteur présumé d'un crime contre la paix et

la sécurité de l'humanité. Sans doute cette règle de juridiction universelle convient-elle pour les crimes les plus graves, c'est-à-dire pour la plupart des crimes prévus dans le projet de code. Mais il y a des cas où le crime est loin de présenter le caractère de gravité qui justifierait une telle universalité de juridiction. Par exemple, la notion d'ingérence dans les affaires d'un Etat, notion fort vague, ne saurait être interprétée ni appliquée par les tribunaux nationaux, dont les différences d'idéologie feraient de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé une question d'arbitraire politique.

32. Déclarer que tout Etat est compétent pour juger l'auteur présumé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité conduirait au chaos. Il serait beaucoup plus sage de fonder la compétence sur un lien réel, comme le fait la CIJ dans un contexte différent, ou tout au moins sur un lien raisonnable. Sinon, on risque de voir les Etats se faire concurrence pour obtenir l'extradition des individus arrêtés par un Etat et que celui-ci préfère ne pas juger; ou encore, de voir un pays d'un continent donné réclamer l'extradition d'individus accusés d'avoir commis des atrocités sur un autre continent.

33. Par ailleurs, vouloir établir des règles déterminant la juridiction entre les Etats serait sans doute un effort inutile. La création d'un tribunal pénal international serait donc la meilleure solution. Pour sa part, cependant, M. Tomuschat se contenterait de la création d'une commission internationale d'enquête, chargée dans chaque cas d'établir les faits et de publier un rapport.

34. L'acceptation d'une juridiction internationale servira de critère pour montrer si le projet de code est pris au sérieux, ou s'il est avant tout considéré comme un outil destiné à être utilisé contre les faibles et non contre les puissants. Le droit pénal repose en effet sur le principe de l'égalité, et tout parti pris dans son application serait un déni de justice. Selon M. Tomuschat, il faut donc que le code soit accompagné d'un système permettant sa mise en œuvre, sinon, à quoi bon le formuler ?

35. Lorsqu'il s'agit de droits de l'homme, il convient d'avancer pas à pas : on commence par déterminer les règles nécessaires, puis on les rédige, et c'est après seulement que l'on envisage les moyens d'application. Mais il en va tout autrement pour le sujet à l'examen. Si, dans un sens, le droit pénal assure aux individus le respect des droits de l'homme, il porte atteinte en même temps aux droits fondamentaux des accusés. Il faut donc veiller avec un soin extrême à éviter tous effets néfastes. A cet égard, il faudrait que le projet de code soit accompagné d'un projet de statut pour un tribunal pénal international.

36. Passant aux dispositions du projet de code, M. Tomuschat approuve l'idée de base du projet d'article 2, excluant la protection offerte par les règles de droit interne. En cas d'abus grave des droits souverains de l'Etat, l'auteur d'un tel acte, ayant agi en qualité d'agent de l'Etat, ne saurait invoquer les privilèges habituels de la souveraineté étatique.

37. Par contre, le projet d'article 3 laisse beaucoup à désirer. Peut-être, lorsqu'il s'agit de la responsabilité des Etats, suffit-il d'énoncer les critères ou les éléments objectifs qui constituent l'acte internationalement illi-

cite. Mais, dans le cas présent, où c'est la responsabilité pénale de l'individu qui est en jeu, les facteurs subjectifs entrent en ligne de compte, car, pour qu'il y ait châtiement, il faut qu'il y ait culpabilité, et cet élément subjectif prend la forme de l'intention criminelle ou de la simple négligence. Pour presque tous les crimes prévus dans le code, l'intention est nécessaire : les crimes de masse ne peuvent être un acte de négligence. Il faudrait préciser cela dans le texte, pour éviter tout malentendu.

38. Ayant déjà parlé de la question de la création d'un tribunal pénal international (projet d'article 4), M. Tomuschat passe au projet d'article 5, qu'il approuve dans la mesure où ce texte vise les crimes prévus à l'article I^{er} de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Mais il doute qu'il puisse s'appliquer dans les mêmes conditions à tous des crimes contre la paix. Par exemple, le crime d'ingérence dans les affaires d'un Etat est beaucoup moins grave que le meurtre — crime pour lequel il peut y avoir prescription en droit interne. Il faut aussi se rappeler la nécessité de faciliter la réconciliation. En Uruguay, le récent rétablissement de la démocratie a été rendu possible par la promesse de ne pas poursuivre certains crimes graves commis sous le régime précédent. Quelles que puissent être les objections à l'oubli des crimes dans de tels cas, il est évident qu'une série de procès ferait obstacle à la cicatrisation des souffrances. Aussi M. Tomuschat hésiterait-il à accepter une règle trop rigide pour permettre la réconciliation dans ce genre de situation. La question se pose aussi de savoir qui, en vertu du projet de code, détiendrait le droit de grâce. Il semble malheureusement que le principe de l'universalité de la juridiction fasse obstacle aux mesures de clémence.

39. Au sujet du projet d'article 6, M. Tomuschat approuve sans réserve les remarques de M. Illueca (1964^e séance). La communauté internationale a proclamé les garanties juridictionnelles à l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁶ et à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷. Ce dernier instrument est accepté dans le monde entier, et plus de 80 Etats y sont parties. Puisque cette norme internationale existe, il faudrait la mentionner dans le projet d'article.

40. Le projet d'article 7 traite d'un problème qui se trouvait au cœur du débat juridique lors du procès de Nuremberg, celui de l'application de la loi *ex post facto*. Sur ce point, M. Tomuschat se bornera à faire observer que la rédaction du code à l'examen a précisément pour but de remédier aux insuffisances des procès de ce type, en codifiant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le fait même de l'entrée en vigueur du code fera disparaître le problème de l'application de la loi *ex post facto*.

41. Tel que l'interprète M. Tomuschat, le projet d'article 7 signifie que le châtiement d'un individu coupable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ne sera légal qu'en conformité avec les dispositions du code, sauf si les conditions expresses du paragraphe 2

⁶ Voir *supra* note 4.

⁷ Voir 1964^e séance, note 5.

sont réunies. En somme, c'est le code lui-même qui donnera une existence juridique aux crimes en question, et cela devrait être expressément dit dans le projet d'article. Par ailleurs, M. Illueca a raison de souhaiter que le texte du paragraphe 2 soit aligné sur celui du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui finit par les mots « reconnus par l'ensemble des nations ».

42. Pour ce qui est du projet d'article 8, M. Tomuschat approuve la plupart des règles qui y sont proposées. Cependant, il est indispensable de se rappeler que le projet de code traite de la responsabilité pénale de l'individu; or, le début même du projet d'article, qui comporte la mention regrettable de la « légitime défense en cas d'agression », risque de créer un malentendu. D'abord, la légitime défense contre l'agression n'est pas en soi une agression qu'il faille justifier. Ensuite, le seul acte de légitime défense, dans le contexte du projet de code, est la légitime défense individuelle. M. Ouchakov (1965^e séance) a donc raison de proposer que l'on modifie cette disposition de façon à bien préciser la distinction entre les deux formes de légitime défense.

43. Le libellé du projet d'article 8 devrait être étudié avec soin, car la forme négative, qui est utilisée tout au long, pourrait être interprétée comme signifiant qu'il n'y a pas de présomption d'innocence. Or, cette présomption est un des acquis essentiels de toute communauté civilisée, et elle doit être préservée dans le présent contexte.

44. La force majeure, visée à l'alinéa *b* du projet d'article 8, n'a pas sa place dans le projet de code, qui ne traite que des actes ou des omissions de caractère individuel. Un individu ne saurait être accusé, en droit pénal, des conséquences d'un cas de force majeure. La disposition de l'alinéa *d*, relative à l'erreur, prête également à critique. En effet, la *mens rea* étant une condition générale, et la négligence ne suffisant pas pour qu'il y ait crime, l'erreur de fait, dans bien des cas, ôte au crime sa gravité. Que l'on imagine des artilleurs tirant sur ce qu'ils croient être des soldats ennemis, et touchant en fait un objectif civil : les tiendra-t-on responsables d'avoir commis un crime de guerre ? Enfin, l'alinéa *e* de l'article a besoin d'être modifié, ne serait-ce que parce que les règles du *jus cogens* visent les relations interétatiques et qu'elles ne peuvent donc pas être invoquées en droit pénal. Il ressort, à l'évidence, que le projet d'article 8 dans son ensemble nécessite un réexamen approfondi, afin qu'il devienne conforme aux principes généralement admis de droit pénal.

45. Selon M. CALERO RODRIGUES, le Rapporteur spécial a soumis à la Commission une série de principes généraux étroitement adaptés aux crimes internationaux à l'examen, en prenant soin de s'inspirer des principes généraux des droits internes. Cependant, ces principes ne peuvent pas tous passer du droit interne au droit international, et ils ne sont pas non plus tous applicables aux crimes prévus dans le projet de code.

46. En ce qui concerne la nature juridique du crime, le projet d'article 1^{er} (Définition) représente un progrès par rapport au texte précédent, celui de la deuxième variante proposée pour l'ancien article 3 (A/CN.4/387, chap. III). La solution adoptée par le Rapporteur spé-

cial permet en effet d'éviter les inconvénients d'une définition de caractère général. Il est à remarquer, à ce sujet, qu'en droit interne les codes pénaux ne définissent généralement pas le crime en termes généraux : ils se bornent à donner, dans différents articles, la définition de chacun des crimes en cause.

47. M. Calero Rodrigues approuve aussi la règle inscrite dans le projet d'article 2 (Qualification), et l'idée que la qualification d'un fait comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité par le droit international est indépendante de l'ordre interne, comme il est dit dans la première phrase de cet article. Pour ce qui est de la seconde phrase, et du problème de l'autorité de chose jugée, *non bis in idem*, évoqué par sir Ian Sinclair (1964^e séance), il conviendrait de préciser d'une manière ou d'une autre dans le texte que ce principe établi n'est nullement remis en cause.

48. Au sujet de l'application du projet de code dans l'espace, M. Calero Rodrigues note qu'en principe le code est censé s'appliquer universellement ou, plus précisément, sur le territoire de tous les Etats parties. La question est alors de savoir quelle sera la juridiction compétente. A cet égard, c'est le principe *aut dedere aut judicare* qui est applicable, comme le prévoit la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴, lorsque les Etats conviennent de qualifier certains actes de crimes dans leurs législations nationales respectives. C'est là une application du « droit pénal international » au sens classique du terme. Mais la question à l'examen relève plutôt du « droit pénal interétatique », ou du « droit pénal supranational », ou encore du « droit pénal universel ». Le problème qui se pose n'est donc pas un problème de choix de la loi, mais un problème de délégation de pouvoir de la part des Etats.

49. Les deux orateurs précédents ont déclaré que les dispositions du projet d'article 4 avaient un caractère prématuré, en démontrant de façon convaincante l'impossibilité d'appliquer le système de l'universalité de juridiction. Théoriquement du moins, la formule du tribunal pénal international serait la seule solution acceptable.

50. Pour ce qui est de l'application du projet de code dans le temps, Kelsen, entre autres auteurs, soutient que la non-rétroactivité n'est pas un principe de droit international. On a aussi dit, au sujet du procès de Nuremberg et du principe *nullum crimen sine lege*, que le mot *lex* pouvait être pris au sens large comme englobant le droit coutumier, les principes généraux, le droit naturel, la règle morale, etc. L'explication est peut-être ingénieuse, mais elle n'est pas convaincante. Mieux vaut ne pas tenter de résoudre ce problème dans le projet de code, et se contenter de dire que le code ne s'appliquera qu'aux crimes commis après son entrée en vigueur.

51. La notion d'imprescriptibilité est acceptable, vu la gravité des crimes en question. D'ailleurs, dans la plupart des pays, le code pénal applique la prescription de façon proportionnelle à la gravité de l'infraction. De plus, l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des cri-

⁴ Résolution 39/46 de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1984, annexe.

mes contre l'humanité peut être considérée comme un principe de droit international en vigueur, malgré l'adhésion assez limitée dont la Convention de 1968 a fait l'objet.

52. Quant à l'application du projet de code *ratione personae*, M. Calero Rodrigues, après avoir rappelé que c'est à titre d'hypothèse de travail que la Commission a décidé de limiter l'application du code aux individus, estime que, à mesure que la Commission avance dans ses travaux, cette hypothèse devient plus convaincante, et qu'en conséquence il serait bon de demander à l'Assemblée générale de confirmer ce choix.

53. La notion de crimes internationaux figure à l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, et si elle y est maintenue, ce seront les dispositions de cet article qui s'appliqueront aux crimes imputables aux Etats, alors que le projet de code à l'examen vise les crimes internationaux commis par des individus.

54. Le libellé du projet d'article 3 serait à revoir. Tel qu'il est, il prévoit que toute personne ayant commis un crime contre la paix et la sécurité est responsable de son acte, alors qu'en fait ce n'est pas toujours le cas : l'auteur de l'acte peut avoir une justification à faire valoir.

55. Le principe général le plus important reste cependant celui de l'imputabilité. Pour qu'une personne soit passible de châtement, il faut en effet qu'il y ait eu crime, et que cette personne en soit responsable. En droit pénal, généralement, le problème de l'attribution de la responsabilité, ou de l'imputation du crime à une personne, se pose dans deux types de circonstances : premièrement, celles où l'auteur de l'acte ne peut pas être considéré comme responsable pour des raisons subjectives, c'est-à-dire tenant à sa personne (*in personal*); deuxièmement, celles où il existe des « faits justificatifs » de caractère objectif, tenant à l'acte (*in rem*). La première catégorie, *in personal*, comprend les cas d'incapacité mentale, de contrainte, physique ou morale, et d'erreur; la seconde, *in rem*, se rapporte à l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique, à la légitime défense et à l'état de nécessité.

56. Dans son quatrième rapport (A/CN.4/398, par. 177 et suiv.), le Rapporteur spécial aborde le sujet de façon assez différente, en parlant de « faits justificatifs », qui éliminent le caractère illicite de l'acte, et d'« excuses absolutoires », qui portent sur l'étendue de la responsabilité. Dans ce dernier cas, le fondement de la responsabilité n'est pas affecté, puisque l'acte illicite subsiste, mais l'auteur de l'acte ne peut être poursuivi.

57. La notion de circonstance atténuante est proche de la notion d'excuse absolutoire, et le Rapporteur spécial a raison de dire (*ibid.*, par. 181) que le moment n'est pas venu d'examiner la question, le problème des conséquences pénales du crime n'ayant pas encore été abordé. Cependant, M. Calero Rodrigues émet des réserves lorsque le Rapporteur spécial déclare, au sujet de l'application des sanctions :

[...] Si, comme il semble probable, ce projet se limite à une énumération des infractions, laissant aux Etats la poursuite et la sanction, alors il appartiendra à ceux-ci d'appliquer leurs propres lois internes en matière de sanction pénale. [...] (*ibid.*)

58. Le Rapporteur spécial mentionne (*ibid.*, par. 190) six faits justificatifs possibles — contrainte, état de nécessité et force majeure, erreur, ordre du supérieur hiérarchique, qualité officielle de l'auteur de l'infraction, représailles et légitime défense —, mais il exclut les représailles et la légitime défense, qui ne s'appliqueraient pas à tous les crimes prévus dans le code (*ibid.*, par. 250 et 253). Il conclut aussi que la position officielle de l'auteur de l'infraction ne peut être invoquée comme fait justificatif, conclusion qu'approuve M. Calero Rodrigues. Une disposition sur ce point paraît cependant nécessaire, compte tenu des règles générales d'immunité. Peut-être cette disposition pourrait-elle prendre la forme d'un paragraphe distinct de l'article 3, qui définit la responsabilité de l'auteur d'un crime. Restent donc quatre faits justificatifs : la contrainte, l'ordre du supérieur hiérarchique, l'état de nécessité et la force majeure, et l'erreur.

59. M. Calero Rodrigues a de sérieux doutes quant au libellé du projet d'article 8, qui, après avoir énoncé un principe général de non-exception, confirme ensuite ce principe pour chacun des cas possibles, en assortissant chaque confirmation d'une exception à l'exception. Par exemple : « la contrainte, l'état de nécessité ou la force majeure ne peuvent dégager l'auteur de sa responsabilité » — à quoi l'on ajoute « à moins... d'un péril grave, imminent et irrémédiable ». La même formule est employée dans les dispositions relatives à l'ordre reçu d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique. Dans le cas de l'erreur, la formule utilisée est que l'erreur ne peut dégager l'auteur « que si, dans les circonstances où elle a été commise, elle revêtait un caractère insurmontable pour son auteur ».

60. M. Calero Rodrigues propose à la place que chaque fait justificatif soit exprimé en termes positifs et clairement défini. Dans le cas de la contrainte, par exemple, le projet de code dirait que le fait justificatif, pour être considéré comme tel, doit être tel que l'auteur du crime se trouvait menacé par « un péril grave, imminent et irrémédiable ». On remarquera, à titre de comparaison, que, dans certains pays dont le Brésil, le code pénal précise que seule la « contrainte irrésistible » peut être considérée comme un fait justificatif. La même remarque vaut pour les ordres reçus d'un supérieur hiérarchique, qui peuvent constituer une exception recevable si, comme le dit le Rapporteur spécial, ils prennent la forme d'un acte contraignant (*ibid.*, par. 225). Les crimes envisagés dans le projet de code sont en effet trop graves pour qu'un ordre en tant que tel constitue un fait justificatif. C'est seulement lorsque l'ordre équivaut à une contrainte qu'il peut être admis comme exception à la responsabilité.

61. Au sujet de l'état de nécessité, le Rapporteur spécial estime qu'il ne doit pas y avoir « disproportion entre l'intérêt sacrifié et l'intérêt protégé » (*ibid.*, par. 196). Il semble que cela doive s'appliquer aussi à la contrainte; une personne dont la vie est menacée n'est pas légalement tenue de perdre la vie pour sauver la vie d'autrui. Le même problème pourrait d'ailleurs se poser pour les actes de génocide.

La séance est levée à 13 heures.