

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LES MOYENS DE DÉFENSE DE NÉCESSITÉ ET DE CONTRAINTE
EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
AYMERI DELASSALLE

JANVIER 2007

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	IV
RÉSUMÉ.....	V
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE	
OBSERVATION DE L'ÉLABORATION DES MOYENS DE DÉFENSE EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL.....	12
Chapitre I Analyse des conditions d'ouverture des moyens de défense de nécessité et de contrainte.....	13
1.1 Nature et intensité de la menace.....	14
1.2 Réaction nécessaire et raisonnable et intention d'éviter un dommage plus grand : utilité de l'infraction.....	18
Chapitre II Choix d'une politique pénale : exonération ou circonstance atténuante ?.....	24
Chapitre III Les sources du Droit pénal international : Compétences des juges recours incontournable aux droits nationaux	30
DEUXIÈME PARTIE	
OBSERVATION DE L'ÉLABORATION DES MOYENS DE DÉFENSE EN DROIT PÉNAL CANADIEN ET FRANÇAIS.....	37
Chapitre I Analyse des conditions d'ouverture des moyens de défense de nécessité et de contrainte en droit pénal français.....	38
1.1 Nature et intensité de la menace.....	38
1.2 Réaction nécessaire et raisonnable et intention d'éviter un dommage plus grand : utilité de l'infraction.....	42
1.3 Conséquences de la réalisation des conditions.....	44

Chapitre II	Analyse des conditions d'ouverture des moyens de défense de nécessité et de contrainte en droit criminel canadien.....	46
2.1	Nature et intensité de la menace.....	46
2.1.1	Common Law : Application de l'article 8(3) du Code Criminel	
2.1.2	Application de l'article 17 du Code Criminel	
2.2	Réaction nécessaire et raisonnable et intention d'éviter un dommage plus grand : utilité de l'infraction.....	53
2.3	Conséquences de la réalisation des conditions.....	55
TROISIÈME PARTIE		
DE L'IMPORTANCE DE LA THÉORIE PÉNALE.....		59
Chapitre I	Distinctions et Rapports entre contrainte et nécessité.....	60
1.1	Définitions et conséquences de la distinction.....	61
1.2	Etat du problème en droit pénal international.....	62
1.3	Etat du problème dans les droits nationaux.....	64
Chapitre II	Distinctions et Rapports entre contrainte, nécessité et autres moyens de défense.....	68
2.1	La défense d'ordres supérieurs.....	68
2.2	Autres moyens de défense.....	73
Chapitre III	Pertinence de la distinction Justification/Excuse dans la détermination de la nature des moyens de défense de contrainte et de nécessité.....	77
3.1	Définitions et conséquences de la distinction.....	78
3.2	Etat du problème en droit pénal international.....	80
3.3	Etat du problème dans les droits nationaux.....	82
CONCLUSION.....		86
BIBLIOGRAPHIE.....		91

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

C.P.I. :	Cour pénale internationale
D.P.I. :	Droit pénal International
T.M.I. :	Tribunal militaire international (de Nuremberg ou de Tokyo)
T.P.I. :	Tribunal pénal international
T.P.I.Y. :	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
T.P.I.R. :	Tribunal pénal international pour le Rwanda

RÉSUMÉ

Notre recherche propose l'examen critique du phénomène de réception des défenses de nécessité et de contrainte (morale ou physique) en droit pénal international. Ce champ disciplinaire assez récent est en constante évolution depuis la reconnaissance en droit international de la responsabilité pénale individuelle pour la commission de crimes internationaux. Dans ce domaine, le D.P.I. a dû, par nécessité, emprunter largement aux concepts du droit pénal classique tel qu'il s'est développé essentiellement dans les droits nationaux. Toutefois le D.P.I. affirme son autonomie; la norme internationale, même en matière de responsabilité pénale individuelle et de défense, doit faire l'objet d'une certaine acceptation internationale de la part de Etats. Compte tenu de la spécificité du D.P.I. et de l'importance de la hiérarchie des sources en droit international, l'élaboration et la reconnaissance des normes se présente comme un exercice délicat qui se doit de dépasser les clivages et rivalités nationales pour tenter de dégager une norme internationale acceptable par tous les Etats. Notre travail nous a donc conduit à observer ce processus d'élaboration de la norme internationale en ce qui concerne les défenses de contrainte et de nécessité pouvant être opposées à une accusation de crime de guerre, de crime contre l'humanité et de crime de génocide. Aux fins de cette observation, nous nous sommes particulièrement appliqués à l'examen critique de la cohérence des normes internationales par rapport aux sources et aux fondements des concepts de la nécessité et de la contrainte en droit pénal. Notre hypothèse étant que les règles internationales doivent faire l'objet d'une large reconnaissance, sinon de l'unanimité des Etats, ce qui nécessite qu'elles aient un pendant dans les fondements de chaque système de droit.

D'emblée on peut affirmer que les deux défenses à l'étude se retrouvent dans les modèles juridiques les plus répandus dans le monde, soit le modèle de la *common law* et le modèle de la *civil law* ou de tradition romano-germanique. Ces modèles ont été la source matérielle des normes internationales relatives aux défenses de nécessité et de contrainte en D.P.I.. Toutefois, un examen attentif de droit comparé, nous révèle que leurs portées et leurs conditions d'application, voire leurs définitions, diffèrent significativement d'un modèle juridique à l'autre et, a fortiori, d'un droit national à un autre. Notons au passage qu'au plan des sources matérielles des normes internationales, en ce qui concerne ces moyens de défense comme d'ailleurs l'ensemble des principes en droit pénal, l'influence des systèmes autres que la *common law* et la *civil law* est à peu près nul en D.P.I. (d'où le choix de ne pas inclure l'étude comparative de ces systèmes dits traditionnels dans notre démonstration). A l'identique on retrouve des différences de conception d'un même moyen de défense au niveau international, entre la Cour pénale internationale et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie par exemple. L'unicité et la cohérence du D.P.I. ne sont pas encore acquises.

Dans la perspective de ces constats généraux, notre mémoire poursuit divers objectifs.

Nous aborderons tout d'abord l'analyse du phénomène de réception des moyens de défense reliés à la contrainte et à la nécessité en D.P.I. Une attention particulière doit être ici accordée à l'évolution des normes retenues et appliquées au niveau international. Depuis Leipzig et surtout avec la jurisprudence post-seconde guerre mondiale les notions à l'étude ont connu diverses évolutions importantes qu'il importe de décrire et d'analyser. Notons que ce mouvement n'a pas cessé à l'heure actuelle et que des transformations déterminantes se dessinent encore aujourd'hui. Par la suite cela permettra de s'interroger sur la cohérence du D.P.I. à l'égard de la théorie de la responsabilité pénale ou encore à l'égard des diverses conceptions théoriques de ces moyens de défense. Il s'agira d'identifier, si possible, certaines règles ou notions présidant à l'élaboration de la norme ou au contraire de conclure à leur absence.

Au plan de la structure de notre travail, nous avons identifié spécifiquement certains objets d'étude qui nous aideront à atteindre nos objectifs.

Le premier et le plus important est sans aucun doute l'article 31 (1) d) du Statut de la Cour pénale internationale¹ qui aujourd'hui représente l'évolution la plus aboutie des moyens de défense de nécessité et de contrainte en D.P.I. Il s'agit cependant d'une formulation conventionnelle de la norme internationale en la matière qui sera appliquée par la C.P.I. et éventuellement interprétée par la jurisprudence internationale. Mais les précédents à cette règle feront également l'objet de toute notre attention, le but étant de trouver une certaine logique dans l'évolution juridique des notions. Ainsi le procès de Dražen Erdemović² devant le T.P.I.Y., la jurisprudence du tribunal de Nuremberg et les procès post-Nuremberg constituent également d'importants objets d'étude dans l'analyse critique de l'évolution de la réception de ces moyens de défense en D.P.I.

Dans une seconde séquence de notre analyse, l'observation de droits nationaux de pays de tradition *romano-germanique* (la France) et de *common law* (le Canada et l'Angleterre) permettra d'identifier les fondements théoriques des moyens de défense de nécessité et de contrainte. Cette étude permettra un approfondissement de la conception et de l'articulation de ces moyens de défense aux principes de responsabilité pénale et à la théorie de l'infraction. Elle justifiera aussi une certaine critique de la pensée pénale contemporaine.

Il semble bien, en fin de compte, que les tribunaux internationaux n'empruntent pas forcément le meilleur aux deux mondes afin d'établir la règle internationale. Le processus d'élaboration de la norme internationale, qu'il s'agisse d'un processus

¹ Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, art. 31, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9 [Statut de Rome].

² *Procureur c. Drazen Erdemovic* (1998), Affaire n° IT-96-22-Tbis (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance II), à la p. 18 [*Drazen Erdemovic, Chambre de 1^{re} instance II*].

conventionnel (C.P.I.) ou jurisprudentiel (T.M.I. ou T.P.I.) semble plutôt chercher à réaliser une synthèse qui convienne à chacun des deux systèmes, qui n'en froisse aucun. Il en ressort qu'il est assez difficile de dégager de grandes règles. Afin de clarifier la situation nous proposons a) une étude critique de l'évolution de la norme internationale en matière de défense de nécessité et de contrainte – ce qui va révéler des solutions contradictoires selon les juridictions internationales, une absence de cohérence peut-être attribuable à l'incertitude des concepts au plan des principes de responsabilité en D.P.I. ; b) l'examen de l'opposition stérile entre les définitions des moyens de défense en common law et dans les droits ou systèmes romano-germaniques ; c) une étude de droit comparé pour saisir les fondements de ces défenses (excuse /justification) et leur articulation théorique par rapport à la théorie de l'infraction et aux principes de responsabilité (intelligence/volonté, culpabilité/imputabilité, négation de l'actus reus et/ou de la mens rea).

Mots clés : Moyens de défense; défense d'état de nécessité; défense de contrainte physique et/ou morale; théorie de l'infraction; principes de responsabilité pénale.

INTRODUCTION

"La personne à qui peuvent être imputés les éléments moral et matériel d'un crime peut néanmoins échapper à la responsabilité pénale en raison de circonstances particulières excusant ou justifiant sa conduite"³.

La presque totalité des systèmes juridiques pénaux nationaux dans le monde admettent l'existence de causes d'irresponsabilité, permettant ainsi à un accusé, en soulevant un moyen de défense comme la contrainte ou l'état de nécessité, de tenter de nier sa responsabilité pénale.

Dans la conception classique et morale du droit pénal, seul l'acte volontaire est blâmable et condamnable. Le juriste anglais William Blackstone l'affirmait déjà au milieu du XVIII^e siècle: "An involuntary act, as it has no claim to merit, so neither can it induce any guilt : the concurrence of the will, when it has its choice either to do or to avoid the fact in question, being the only thing that renders human actions either praiseworthy or culpable"⁴. La reconnaissance d'excuses ou de faits justificatifs considérés comme moyens de défense devant les juridictions criminelles vise à assurer le respect de ce principe. Parmi ces moyens, les situations de nécessité et de contrainte qui affectent le libre choix de l'acte délictueux posé par l'agent pour échapper à une menace, mettent à l'avant-scène le concept de l'acte involontaire et le problème de son articulation aux principes de la responsabilité pénale.

Comme le souligne Hughes Parent "en rattachant la responsabilité pénale aux deux facultés que sont l'intelligence et la volonté, l'homme proclame son altérité ontologique et revendique sa souveraineté sur un monde qu'il a lui-même façonné. Impossible donc de déclarer quelqu'un à la fois incapable et responsable ; l'absence

³ Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n° 31, édition révisée et augmentée, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, à la p. 37.

⁴ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, New York & London, Garland Publishing, 1978, aux pp. 20 et 21.

d'intelligence ou de liberté, une fois constatée, empêchait l'individu d'accéder au royaume de la responsabilité"⁵. La pensée juridique dominante à l'époque classique reconnaissait naturellement l'importance de l'acte volontaire comme préalable ou implicite à l'imputation de toute responsabilité. L'absence d'intelligence, constatée ou présumée (folie, minorité) comme l'absence de volonté (la contrainte physique, puis par extension la nécessité et la contrainte morale) empêchaient la réalisation complète de l'acte humain autonome : c'est-à-dire un acte relevant pleinement de la conduite d'un être humain, doté d'intelligence et de libre-arbitre. Dans cette perspective, l'imputabilité apparaît comme une composante autonome de la responsabilité au même titre que la culpabilité (la faute). En effet, selon cette conception morale, la responsabilité pénale n'est admise que sur le constat d'un acte volontaire auquel se greffait par la suite l'élément de faute et de connaissance propre à chaque infraction.

Ces fondements moraux de la conception de l'acte volontaire ont été oblitérés ou occultés par la pensée positiviste du XIX^{ème} siècle qui a souvent placé la question de l'acte volontaire (sauf pour la contrainte physique) exclusivement au niveau de l'appréciation de la culpabilité (négation de la faute ou de la *mens rea*).

*Necessitas est lex temporis*⁶, *Necessitas reducit ad moerum jus naturae*⁷, *Non agit, sed agi*⁸, ces adages anciens restent d'actualité ; ainsi lorsque les états de nécessité et/ou de contrainte sont avérés, prouvés, et que leurs conditions sont dûment remplies, ils peuvent entraîner une diminution ou une exemption de peine, voire même un constat de non-responsabilité, selon le système juridique dans lequel on se place. Les conséquences de l'admission de telles défenses devant les juridictions sont de la plus haute portée, soulignons-le encore une fois, puisque la responsabilité pour un crime prévu, codifié et sanctionné peut être niée purement et simplement.

⁵ Hughes Parent, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, Montréal, Thémis, 2003, aux pp. XXIII et XXIV [Hughes Parent].

⁶ Jean Paul Doucet, "Adages classiques", en ligne: le droit criminel <ledroitcriminel.free.fr>. La nécessité fait la loi du moment.

⁷ Ibid. L'état de nécessité réduit le droit aux instincts de la nature

⁸ Ibid. Lorsqu'une personne est contrainte de commettre une infraction par quelqu'un qui la tient totalement sous sa coupe, on dit qu'elle n'est pas auteur actif mais auteur passif de cette infraction.

Selon la définition très large du professeur Jean Pradel, "l'état de nécessité est la situation dans laquelle se trouve une personne qui ne peut raisonnablement sauver un bien, un intérêt ou un droit que par la commission d'un acte qui, s'il était détaché des circonstances qui l'entourent, serait délictueux"⁹ tandis que la contrainte oblige l'agent à opérer "dans des circonstances telles que sa volonté était annihilée par l'effet d'une force majeure ou par la menace d'un mal considérable visant lui-même ou sa famille"¹⁰. Dans le cas de la contrainte l'individu n'a d'autre choix, sous la pression extrême à laquelle il est soumis, que de commettre une infraction ; sa liberté de choisir est abolie. A l'inverse, la nécessité semble en apparence laisser à l'individu sa liberté de choisir (en apparence seulement car la nécessité lui dicte son choix). Violenter la loi pénale semble être la meilleure solution à la situation devant laquelle il se trouve.

Un légère digression philosophique semble ici appropriée pour préciser l'existence d'une conception large (philosophique) de la nécessité et d'une conception étroite (juridique). La conception large justifie le mal accompli par la recherche d'un plus grand bien (on retrouve cette idée chez Aristote). Le point focal de l'analyse est donc le mobile. Sauf quelques cas jugés en équité, cette conception est rejetée par le droit pénal qui lui préfère une approche plus étroite basée sur l'excuse. Le droit pénal excuse un mal commis dans le but d'éviter un plus grand mal (l'accent est mis ici sur le mal évité, d'où l'importance dans les droits positifs de la qualification d'une situation de nécessité, d'un danger, et peut-être aussi de la confusion subséquente de la nécessité et de la contrainte...).

Si les définitions varient peu d'un système à l'autre, ou d'un Etat à l'autre, les concepts qu'elles recouvrent peuvent quant à eux différer grandement. Sans les multiplier inutilement c'est en énumérant quelques exemples que nous comprendrons le mieux. L'état de nécessité, indéniablement admis comme fait justificatif dans les

⁹ Jean Pradel, *Droit Pénal Comparé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, à la p. 329 [Jean Pradel].

¹⁰ Ibid. à la p. 343.

droits du système romano-germanique¹¹, voit sa classification en common law encore incertaine¹² (l'existence d'une défense générale de nécessité n'est pas avérée dans tous les droits nationaux de cette tradition). La contrainte, qui dégage toute personne de sa responsabilité pénale en droit français¹³, quelque soit le délit ou le crime, ne saurait entraîner l'impunité en common law si l'infraction est un meurtre ou une infraction d'une gravité comparable. En droit pénal Canadien, le législateur a retenu cette même délimitation pour l'auteur principal du délit comme le démontrent les exceptions à la défense énumérées à l'article 17 du Code criminel¹⁴.

Cette différence fondamentale a été soulignée au niveau international par les juges McDonald et Vohrah qui discernent, dans l'affaire Erdemovic, deux approches de la défense de contrainte : "The civil law viewpoint that regards duress as a complete defence, relieving the accused of all criminal responsibility, and the common law approach, that also accepts duress in general but does not accept it as a full defence in specified offences, mostly murder and other grave crimes"¹⁵.

Le Droit pénal international a dû, au cours de son évolution, se constituer un corpus de règles unificateur, notamment en ce qui a trait aux moyens de défense, en empruntant à ces mêmes systèmes nationaux par le biais des phénomènes de réception, d'harmonisation et d'hybridation. On fait ici particulièrement référence à *l'activité* des TPI, ce terme indiquant "une compétence des tribunaux non seulement

¹¹ Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2003, à la p. 339.

¹² Jean Pradel, supra note 9 à la p. 330.

¹³ Art. 122-2 C. pén. : "N'est pas pénalement responsable la personne qui a agit sous l'emprise d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister".

¹⁴ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 17 : "Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infraction de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne)". La jurisprudence canadienne a cependant atténué la rigueur de cette règle en réintroduisant la défense de la common law élargie.

¹⁵ Sander Janssen, "Mental Condition Defences in Supranational Criminal Law" (2004) 4 Int'l Crim. L. Rev. 83, à la p. 91 [*Mental Condition Defences*].

pour appliquer le droit international, mais aussi, dans une certaine mesure, pour le définir (indirectement par l'interprétation de textes imprécis, mais aussi directement par l'élaboration du règlement de procédure et de ses multiples amendements)¹⁶. On peut à nouveau citer ici, à titre d'exemple, les juges McDonald et Vohrah qui, se basant sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énumérant les sources du droit international, ont tenté de dégager des droits nationaux un principe général concernant la contrainte, en l'absence de toute donnée internationale communément admise.

Force est cependant de noter que l'influence des diverses traditions juridiques sur cette *activité* d'élaboration des normes internationales est limitée puisque "les juges eux-mêmes considèrent que leur règlement de procédure et de preuve réalise une synthèse des deux grandes traditions juridiques, à savoir la *common law* et la tradition civiliste. Au risque de négliger les autres traditions juridiques (...)"¹⁷.

Ce constat soulève une importante question en matière de droit pénal international : Quelle conception a été retenue devant les juridictions pénales internationales pour les crimes relevant de leur compétence? A-t-on croisé les deux systèmes pour réaliser une hybridation ou les a-t-on mis en accord afin d'aboutir à une harmonisation? N'a-t-on retenu que les normes minimales communes ou a-t-on emprunté le meilleur des deux mondes ?

Il apparaît que les réponses à apporter soient multiples. D'abord parce que les conceptions retenues par les divers tribunaux ne semblent pas aller vers l'unification; ainsi pour les juges du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie la contrainte avérée ne peut être prise en compte que dans le cadre des circonstances atténuantes¹⁸ alors que le Statut de la Cour Pénale Internationale¹⁹ semble, sous réserve de la jurisprudence future, en faire un motif pur et simple d'exonération de la

¹⁶ Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir., *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, à la p. 97.

¹⁷ Ibid. à la p. 98.

¹⁸ *Drazen Erdemovic, Chambre de 1^{re} instance II*, supra note 2 à la p.18.

¹⁹ *Statut de Rome*, supra note 1.

responsabilité pénale. Ensuite, parce que la distinction maintenant établie dans les droits nationaux entre défense de contrainte et défense de nécessité n'est pas aussi claire en droit international comme le démontre la rédaction de l'article 31 (1) d) du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale qui combine les conditions d'ouverture des deux moyens de défense : "une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause : Le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter. Cette menace peut être :

- i) Soit exercée par d'autres personnes;
- ii) Soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté." ²⁰

Notre travail vise à vérifier l'incidence des conceptions et des fondements théoriques des défenses de nécessité et de contrainte dans l'évolution comparative de différents ordres juridiques (nationaux et internationaux) afin de dégager des éléments de normativité internationale. En d'autres termes notre objectif consiste, grâce l'observation de l'évolution de ces différents systèmes juridiques, à distinguer les règles de droit pénal international qui se dégagent véritablement de principes généraux du droit ou qui, plus prosaïquement, relèvent simplement d'un emprunt technique au droit national.

Au plan méthodologique, nous nous proposons tout d'abord de déterminer et de décrire le droit pénal international qui institue une règle de droit "pour résoudre la situation comportant un élément d'extranéité : en effet à côté des règles qui s'appliquent aux situations entièrement nationales (droit pénal interne), il y a des

²⁰ Ibid., art. 31 au para. d.

règles destinées à résoudre une situation dont les divers aspects éclatent dans l'espace, par-delà les frontières (droit pénal international)[...] L'élément d'extranéité donne donc lieu à l'apparition de règles nouvelles"²¹. En d'autres termes, nous nous demanderons si les règles du D.P.I. en matière de contrainte et de nécessité ont une spécificité qui leur est propre.

Dans un deuxième temps nous porterons notre attention sur le droit pénal de divers pays (France, Canada, et Angleterre dans une moindre mesure) à l'aide d'ouvrages de droit pénal interne, de philosophie du droit ou de théorie du droit. Cela afin de dégager les concepts propres aux systèmes de tradition romano-germanique et aux systèmes de common law puis de les confronter et de dégager d'éventuels principes généraux.

Ainsi, nous allons devoir recourir au droit pénal comparé qui, selon Jean Pradel, "apparaît comme *l'étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux*"²². Cette discipline permettra, après avoir analysé le droit relatif aux pays évoqués, de comparer les modèles en question, cela afin de mettre en évidence les différences et ainsi d'apprécier les éléments retenus par la norme internationale.

L'importance de cette méthode comparative aux fins de notre recherche trouve écho dans les dispositions de l'article 21, alinéa 1, paragraphe c, du Statut de la C.P.I. qui invite la Cour à appliquer "à défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde (...), si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international (...)"²³. Pour dégager des principes généraux des divers systèmes juridiques nationaux il faut obligatoirement les mettre en relation, ce qui pose l'importance du droit comparé dans l'élaboration du D.P.I., cet article en faisant indirectement une source.

²¹ Jean Pradel, supra note 9 à la page 5.

²² Ibid. à la p. 3.

²³ Statut de Rome, supra note 1, art. 21, al. 1, para. 1.

Cela devrait nous permettre de critiquer le processus de formation des règles internationales, dépassant le cadre des ordres juridiques étatiques, afin de mieux le comprendre.

Notre approche comparative nécessitera d'abord une analyse historique ou diachronique. Pour mettre en lumière les différences actuelles entre les deux grands systèmes juridiques occidentaux, il va nous falloir remonter à l'origine des moyens de défense de nécessité et de contrainte puis suivre leur évolution dans le temps. La règle du *Stare decisis* en common law rend cette approche indispensable : Les jugements ayant modifié les notions devront être soulevés et approfondis puis mis en relation les uns avec les autres. Notons également qu'en droit pénal français la notion de nécessité n'a été codifiée que récemment, son développement étant en grande partie l'œuvre de la jurisprudence, ce qui renforce encore l'utilité de cette méthode pour nous. Le domaine du droit pénal international est également concerné bien que sur une plus courte période. Il nous faudra revenir sur l'évolution des moyens de défense qui nous intéressent depuis les jugements rendus au lendemain de la seconde guerre mondiale jusqu'au Statut de la Cour Pénale Internationale, en passant par la conception du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie.

Puis une analyse exégétique sera utile, l'examen du droit positif nous permettant d'aborder avec tous les instruments nécessaires les plus récents (Statuts, codes, jurisprudence, doctrine) la question de l'élaboration des normes au niveau international.

Le but de cette recherche étant de se prononcer sur l'élaboration des moyens de défense de contrainte et de nécessité en droit pénal international, le commencement logique est l'étude de ces concepts sur la scène pénale internationale. Celle-ci commencera par l'évocation des décisions rendues lors des procès de Leipzig²⁴, perçus comme un prélude à Nuremberg avant, justement, d'étudier la jurisprudence

²⁴ James F. Willis, *Prologue to Nuremberg: the Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport et Londres, Greenwood Press, 1982, 292 p.

post-seconde guerre mondiale qui a spécifié les conditions d'ouverture devant être réunies pour pouvoir soulever chaque moyen de défense.

Enfin nous aborderons les deux documents au cœur de notre problème : Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et l'affaire Erdemovic. Dans Erdemovic²⁵, la majorité des juges a établi une approche selon laquelle la contrainte ne peut pas mener à l'exclusion de la responsabilité criminelle individuelle, mais peut servir à la diminution de la peine, ou servir de circonstance atténuante. Contrairement à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Statut de la Cour pénale internationale reconnaît que la contrainte peut constituer une défense complète excluant par là même la responsabilité criminelle, pourvu que certaines conditions soient réunies. La différence est de taille et nous espérons comprendre le pourquoi de cette différence en menant notre recherche.

Dans un deuxième temps nous évoluerons au sein du système juridique d'Etats représentatifs des deux grandes traditions dominantes à la source du D.P.I.. A cette fin, nous examinerons le droit pénal français de tradition romaniste et le droit pénal canadien, représentatif de la tradition de common law. Le choix du Canada, qui peut, au premier abord, sembler moins pertinent comme terrain d'étude que l'Angleterre au premier abord, se justifie par quelques spécificités qu'il me semble intéressant d'approfondir. Citons, à titre d'exemple, le fait que, pour certains commentateurs²⁶, c'est en partie à la délégation canadienne que l'on doit la confusion entre les deux moyens de défense dans l'article 31, paragraphe d., du Statut de la Cour pénale internationale (la délégation s'étant fortement inspirée du précédent de l'affaire Finta²⁷ qui mettait l'accent sur les similitudes entre les deux défenses notamment au

²⁵ *Drazen Erdemovic, Chambre de 1^{re} instance II*, supra note 2.

²⁶ Kai Ambos, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility" dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, éd., *The Rome Statute of the International Criminal Court : a Commentary*, 3 vol., Oxford (Tor.), Oxford University Press, 2002, à la p. 1036 [*Other Grounds*]

²⁷ *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

niveau des conditions d'ouverture). Du reste, selon l'article 8(3)²⁸ du Code criminel Canadien "les règles et principes relatifs aux excuses, justifications et moyens de défense continuent à s'appliquer à moins qu'ils ne soient incompatibles avec la loi canadienne"²⁹, ce qui confère à la common law un rôle supplétif en Droit Pénal canadien. "L'article 8(3) du Code criminel maintient aussi le droit criminel des pays de common law dans certains cas lorsque les moyens de défense, de justification ou d'excuse ne sont pas prévus dans le Code ou ne sont pas incompatibles avec celui-ci"³⁰ ce qui nous obligera à examiner les règles générales de common law applicables dans ces situations et donc à nous référer aux jugements rendus par la chambre des Lords d'Angleterre. Les décisions de cette dernière en la matière feront donc partie, indirectement, de notre champ d'investigation.

Mais c'est la jurisprudence canadienne et en particulier l'affaire *Ruzic*³¹ qui légitime le plus notre choix. En effet, dans son jugement la Cour Suprême a eu recours à la common law en lieu et place d'une législation canadienne par trop restrictive. Ainsi, l'article 17 du code criminel qui traite de la contrainte a été déclaré contraire à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés et par là-même inconstitutionnel (les conditions d'immédiateté et de présence étant jugées trop restrictives puisque permettant de déclarer criminellement responsables des individus ayant agi involontairement). Cette jurisprudence canadienne, se fonde sur la considération des principes de justice fondamentale et de présomption d'innocence. Le moyen de défense de common law s'accordant d'avantage avec les valeurs de la Charte, la Cour a statué que ce moyen pouvait toujours être soulevé par un participant à l'infraction.

²⁸ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 8(3) : "Chaque règle et chaque principe de la common law qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles".

²⁹ Gisèle Côté-Harper, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de Droit Pénal Canadien*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, à la p. 44 [*Côté-Harper*].

³⁰ *Ibid.*, à la p. 45.

³¹ *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687 [*R. c. Ruzic*].

Afin de bien délimiter nos deux moyens de défense il faudra présenter leurs caractéristiques respectives et l'application jurisprudentielle faite de leurs conditions d'ouverture au sein de chaque système. A cette occasion, il sera nécessaire de les distinguer d'autres moyens de défense semblables. Ainsi pour certains auteurs³², la légitime défense constituerait en réalité une forme particulière de l'état de nécessité (les conditions d'ouverture étant très proches), une sorte d'hybridation entre état de nécessité et de contrainte. De même, il sera intéressant de distinguer dès à présent la défense d'ordres supérieurs de celle de contrainte, les deux pouvant parfois se recouper, essentiellement au niveau du droit pénal international.

La documentation internationale, mise en relation avec les enseignements issus de la partie traitant des droits nationaux de notre travail, devrait permettre d'évaluer le "phénomène" de la formation du Droit international.

Pour plus de clarté notre exposé sera divisé en trois parties. La première sera consacrée à l'analyse du Droit pénal international ; l'analyse du droit conventionnel, du droit jurisprudentiel ainsi que des sources devrait nous permettre la description et la critique de l'élaboration des moyens de défense de nécessité et de contrainte. Dans la deuxième partie un travail similaire sera effectué avec pour objectif, cette fois, de distinguer les préceptes qui se dégagent de la common law et de la civil law. Enfin la troisième partie, plus théorique, donnera lieu à un débat autour de plusieurs concepts dont la pertinence doit être examinée : rapprochement des défenses de contrainte et de nécessité avec d'autres moyens de défense ou encore distinction justification/excuse.

Globalement le cheminement suivi donnera lieu à l'exposé de la règle et de son évolution sur la scène internationale (Partie I) puis à la présentation et à la comparaison des règles nationales (Partie II) en vue d'ouvrir de nouvelles pistes de recherche (Partie III) et d'esquisser quelques solutions pratiques dans ce qui semble être aujourd'hui une construction aléatoire de la règle de droit international dans notre domaine.

³² Frédéric Desportes, et Francis Le Gunehec, 8^e éd., *Droit Pénal Général*, Paris, Economica, 2001, à la p. 656.

PREMIÈRE PARTIE

OBSERVATION DE L'ÉLABORATION DES MOYENS DE DÉFENSE EN
DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

CHAPITRE I

ANALYSE DES CONDITIONS D'OUVERTURE DES MOYENS DE DÉFENSE DE NÉCESSITÉ ET DE CONTRAINTE

Avant d'aller plus avant il convient de préciser, ce sur quoi nous reviendrons a posteriori, qu'il règne une confusion des moyens de défense de nécessité et de contrainte. Trois constats nous permettent d'étayer cette affirmation : a) Le D.P.I. conventionnel postule la similitude ou la confusion des défenses de nécessité et de contrainte en les regroupant sous le même article 31 (1) d) du Statut de la C.P.I. ; b) Le seul élément de distinction subsistant semble être le nature des menaces (le paragraphe 31(1) d) in fine précisant que la menace peut-être soit exercée par d'autres personnes, situation de contrainte morale par menaces, soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté, situation de nécessité, c) Cette confusion est antérieure au D.P.I., elle était observable dans les droits nationaux. La jurisprudence française en donne de nombreux exemples (que nous développerons en partie II), et savoir que la confusion entre les deux moyens de défense dans le Statut proviendrait en partie de la rédaction proposée par la délégation canadienne lors des conférences préparatoires amène à conclure à une constance du D.P.I. sur la question.

Cette confusion que nous traitons va à l'encontre de la pensée pénale moderne. On peut considérer que le D.P.I. est à ce sujet en retard sur les droits nationaux qui ont tendance maintenant à bien individualiser les deux moyens de défense ; comme le démontre la codification de la nécessité et de la contrainte sous deux articles différents lors de l'adoption du nouveau Code pénal français de 1994. Ce n'est qu'à l'épreuve des faits, et donc grâce à la jurisprudence de la C.P.I. que l'on pourra se prononcer sur d'éventuels problèmes que soulèverait cette confusion. Cependant on peut postuler que la confusion de la nécessité et de la contrainte provient peut-être du

rejet implicite de la nécessité au sens large (la nécessité étant considérée comme une justification très subjective) au profit d'une objectivisation de la menace qui se traduit par une conception plus étroite de la nécessité (excuse plus objective et encadrée par des conditions d'ouverture identiques à celles de la contrainte).

Les conditions d'ouverture sont au nombre de trois, on les dégage facilement à la lecture de l'article 31 (1) d) du Statut de Rome : 1/ menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui ; 2/ l'agent a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace ; 3/ l'agent n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter.

Cependant pour des raisons pratiques nous allons regrouper notre analyse de deux de ces conditions dans une même section. En effet, l'intention d'éviter un dommage plus grand et l'exigence d'une réaction nécessaire et raisonnable sont deux conditions inextricablement liées à la conduite ou l'attitude de l'agent. On constate que les juges ont tendance à les regrouper pour analyser l'utilité de l'acte illégal. Pour être utile l'action doit être la seule option qui reste à l'accusé (nécessaire et raisonnable) et doit permettre de sauvegarder un bien de valeur supérieure, ou au moins égal au bien sacrifié. Nous retrouverons d'ailleurs le même découpage pour l'étude des conditions d'ouverture des moyens de défense dans les droits nationaux du Canada et de la France pour la même raison.

1.1 Nature et intensité de la menace

Cette première condition consiste dans l'identification et l'évaluation d'un facteur externe qui a contraint l'agent à commettre l'infraction. Il s'agit du facteur externe qui a créé la situation de contrainte ou l'état de nécessité qui a entraîné la conduite criminelle de l'agent. Cette première condition concerne d'abord la nature de la menace à laquelle il doit faire face. On distingue deux données à évaluer, d'abord l'origine de la menace et ensuite son intensité. L'origine de la menace peut être

constituée par un élément humain (c'est généralement le cas pour la situation de contrainte) ou par la nature ou la mécanique (on trouve surtout ce schéma dans le cadre de l'application de l'état de nécessité). L'intensité de la menace doit cependant atteindre un seuil qui annihile le caractère volontaire de l'acte commis par l'agent. Les juristes positivistes analysent souvent l'effet de cette intensité de la menace ou du danger comme un facteur niant directement une des conditions essentielles à la perfection de l'infraction comme la mens rea de l'agent.

Dans l'affaire Erdemovic soumise au T.P.I.Y., l'inculpé a soulevé une défense de contrainte ; les ordres illégaux à exécuter ayant été assortis d'une menace pour sa vie et celles des membres de sa famille. Il a plaidé que la menace directe qui pesait sur lui avait annihilé toute possibilité d'effectuer librement un choix moral. Par conséquent, il ne pouvait former la mens rea nécessaire à la perfection du crime. Pour compléter sa démonstration il clame d'ailleurs que n'importe quelle personne raisonnable et sensée à sa place aurait perdu toute possibilité d'effectuer un choix moral face à l'imminence de l'exécution de la menace. On retrouve une dichotomie bien connue en droit canadien entre analyse subjective et objective de la situation. Une analyse ou une norme subjective consiste à évaluer la perception psychologique réelle de l'agent tandis qu'une norme objective consiste à évaluer la perception que l'homme raisonnable (fiction juridique de l'être humain abstrait) aurait eu de la menace ou du danger. L'analyse juridique peut également combiner la norme objective et la norme subjective, on tient compte alors, dans l'évaluation de la perception qu'aurait eu un homme raisonnable de l'intensité et du caractère irrésistible de la menace, de certains facteurs propres à l'accusé (prise en compte des caractéristiques personnelles de l'accusé qui réintroduit ainsi un élément subjectif dans l'évaluation de l'intensité de la menace). Pour Erdemovic, la réalité de la menace était telle que n'importe quel individu aurait réagit comme lui, dans l'absolu.

L'article 31 du Statut de la C.P.I. prévoit également une scission. Il introduit directement ici comme condition supplémentaire l'absence d'intention (nécessairement subjective) de causer un dommage plus grand. Le critère de proportionnalité qui est traditionnellement appliqué objectivement se voit substituer (en partie) un élément subjectif, l'absence d'intention. L'individu ayant agi sous la contrainte ne doit pas avoir l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'il cherche à éviter. Quelle que soit l'intensité de la menace à laquelle il est soumis il pose l'acte pour la faire disparaître. Mais cela ne peut se faire à n'importe quel prix, l'agent ne doit pas commettre un crime dont les conséquences prévisibles seraient pires que celles envisagées quant à la réalisation de la menace. Cela se juge subjectivement selon le Statut. Une critique est ici nécessaire, critique que l'on retrouve dans la doctrine de nombreux pays observant cette distinction entre une évaluation objective et une évaluation subjective. L'être raisonnable dont on se sert subjectivement n'existe pas. Ses réactions imaginaires seront toujours réfléchies, pondérées. L'imagination a ses limites et se mettre réellement dans les conditions qui ont amené l'accusé à agir est tout bonnement impossible dans une salle d'audience, loin des réalités de l'affaire. Il est difficile de comprendre réellement ce à quoi l'individu a fait face.

C'est pourquoi si les intentions de l'individu sont analysées subjectivement, les circonstances de l'affaire doivent être analysées objectivement. Cela permet de faire entrer en ligne de compte quelques éléments propres au crime et à l'agent.

Les juges internationaux estiment généralement que la menace doit être dirigée directement contre la personne commettant l'infraction ou contre une autre personne, quelle qu'elle soit. Le terme autrui utilisé dans la rédaction de l'article 31 n'impose aucune relation entre les acteurs de la scène. Cependant, cette sous-condition restreint par ailleurs le danger à une menace pour la vie, ce qui limite passablement les cas de figure de situation de contrainte ou de nécessité en D.P.I.. Les menaces de dégâts matériels ne suffisent pas à permettre la mise en jeu des défenses de nécessité et de

contrainte. C'est exclusivement l'intégrité d'un être humain qui doit être la cible des menaces.

Pour que la menace soit jugée suffisante la première des obligations est que l'acteur sache qu'il agit effectivement sous l'effet de la menace. L'individu cherche à éviter la réalisation de la menace en posant son acte illégal (les termes de l'article 31 sont : si elle a agi...pour éviter cette menace). Si ce n'est pas le cas c'est que la menace n'aura pas atteint l'intensité requise pour expliquer la conduite de l'agent voire même ou que l'accusé souhaitait de toute façon la réalisation du crime. Il ne saurait donc voir sa responsabilité amoindrie ou supprimée. Cette sous-condition peut aussi signifier l'existence d'un lien causal entre la menace et le mal commis qui implique effectivement que l'agent a agi à cause et bien entendu en connaissances de la menace. La commission de l'infraction sous la contrainte ou la nécessité est une réaction à la menace ou au danger.

De même l'influence de la faute antérieure de l'agent doit être évaluée. Quand la menace provient ou est le résultat d'une faute antérieure de l'individu, celui-ci ne pourra pas soulever les moyens de défense de nécessité et/ou de contrainte. L'explication est logique : la faute antérieure rendait la situation prévisible, les circonstances sont le fait de l'agent. Or l'accusé ne doit avoir aucun contrôle sur les événements pour que les défenses trouvent à s'appliquer. La menace doit être irrésistible et imprévisible.

La jurisprudence internationale, dès Nuremberg, avait déjà précisé ces caractéristiques de la nature de la menace : "A clear and present danger must had threatened the accused at the time of the alleged offences"³³.

"Necessity is a defence when the act charged was done to avoid an evil, severe and irreparable; that there was no other adequate means of escape; and that the remedy was not disproportionate to the evil"³⁴.

³³ *US v. Flick et al.* (case 5) (1949), in TWC IX, à la p. 20.

³⁴ *US v. Krupp et al.*(case 10) (1948), in TWC IX, à la p. 147.

Le danger qui s'exerce sur l'agent doit être présent et actuel, il ne peut commettre son crime sous la crainte d'une menace passée, dépassées même serait plus juste. Et bien entendu, aucune autre solution légale ne doit être envisageable, c'est une question de logique.

On retiendra pour l'instant que le danger auquel fait face l'agent doit être réel (objectivement et subjectivement) ; imprévisible, irrésistible et avoir un lien causal avec l'acte criminel posé par l'agent. Cette première condition passée, il nous en reste deux autres à étudier conjointement.

1.2 Réaction nécessaire et raisonnable et intention d'éviter un dommage plus grand : utilité de l'infraction.

Ces conditions d'ouverture ont d'abord été précisées dans quelques jugements rendus par les tribunaux militaires post-Nuremberg. On note cependant déjà quelques contradictions et quelques désaccords entre ces décisions : "Duress never excuse killing innocent" postule t-on dans *US v. Holzer*".³⁵ Alors que dans *US v. Jepsen*, en cas d'homicide, "for the judge-avocate, duress could be invoked, provided that the requisite conditions were met, including that the evil that threatened the accused was on balance greater than the evil which he was called upon to perpetrate"³⁶. Ainsi, pour de nombreux juges la contrainte peut trouver à s'appliquer en cas de meurtre ou de massacre de personnes innocentes pourvu que les conditions, et particulièrement la condition de sauvegarde d'un intérêt plus grand, soient remplies. "duress could be urged as a defence even in case of unlawful killing, provided that certain requirements were met. The test to be applied was whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle involved in the order"³⁷. "Duress is fully an available defence even to murder, provided that the threat

³⁵ *US v. Holzer et al.* (Holzer case) (1946), in TWC XV.

³⁶ *US v. Jepsen et al.* (Jepsen case) (1946), in TWC XV, à la p. 172.

³⁷ *US v. Olendorf et al.* (Einsatzgruppen case) (1950), in TWC VIII, à la p. 91.

is fully an available defence even to murder, provided that the threat is imminent, real and inevitable"³⁸.

Intéressons-nous maintenant à la jurisprudence du TPIY, qui a précisé les conditions d'ouverture de ce moyen de défense dans Erdemovic. Selon les faits de l'affaire, si le soldat avait refusé de fusiller les civils musulmans comme il se l'était vu ordonné, d'autres soldats auraient pris sa place et il aurait perdu la vie en prime. La réaction d'Erdemovic semble raisonnable au premier abord, plutôt que de rajouter son nom et celui des membres de sa famille à la liste des victimes, il a choisi d'exécuter l'ordre sous la menace. De la même façon, le dommage évité semble supérieur d'une vie au mal évité. Cependant ce n'est pas ainsi que la majorité a décidé de trancher. En condamnant Erdemovic, bien que sa peine fut singulièrement réduite, la Cour fait savoir à l'humanité que devant un tel choix un être humain doit préférer se sacrifier que de sacrifier un innocent (vision anglo-saxonne). Il s'agit d'une sanction juridique pour un choix qui semble plus d'ordre moral. Cette vision anglo-saxonne semble cependant en contradiction avec les décisions des T.M.I. post-Nuremberg citées à la page précédente.

Puisque aucune jurisprudence n'a encore été dégagée par la CPI, seul le Statut de Rome peut éclairer la question. Or il semble qu'il ne suive pas la règle établie dans Erdemovic mais se rallie plutôt à l'opinion minoritaire en précisant que les critères d'admission sont déjà tellement contraignants qu'il n'est pas nécessaire d'interdire purement et simplement une défense générale de nécessité et/ou de contrainte pour limiter à la portion congrue les cas où ces défenses trouveront effectivement à s'appliquer. Surtout au vu de la gravité des crimes qui peuvent être soumis aux tribunaux internationaux. Les critères énoncés restreignent naturellement l'application de la défense même si "there is no need to punish the behaviour of the accused which was not merely reprehensible or injurious to society and, which was

³⁸ *US v. List et al.* (The Hostages Trial) (1948), in TWC VIII, à la p.91.

the product of a truly irresistible coercion"³⁹. On s'assure ainsi de l'intention réelle de l'agent qui, s'il a posé une réaction nécessaire et raisonnable ne devrait pas pouvoir être inquiété puisque la société n'a aucun intérêt à sanctionner sa conduite. En ce sens son acte a été utile.

"L'effet paralysant exercé par certains événements extérieurs sur la "faculté de choisir" de l'agent, l'impossibilité dans laquelle il a pu se trouver d'éviter un comportement même *manifestement criminel*, doit s'apprécier individuellement non seulement par rapport à la force de l'évènement, mais aussi au regard de la capacité de résistance du sujet *hic et nunc*"⁴⁰. L'analyse prescrite est celle d'un critère objectif modifié.

L'article 30 du Statut de Rome édicte que "sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime s'accompagne d'intention et de connaissance". Cet article rend indispensable l'élément psychologique qu'est la *mens rea* pour qu'un crime puisse être reproché à son auteur. Pour cela l'agent doit avoir eu intention de commettre l'acte illégal et connaissance des conséquences prévisibles. La contrainte a une influence extérieure sur la course ordinaire des évènements. L'agent doit avoir conscience de poser un acte illégal et doit avoir conscience des conséquences que cet acte va engendrer.

"It is clear (...) that the harm should be limited to that absolutely necessary to avoid the threat and that, most importantly, the reaction should not cause a greater harm than the one sought to be avoided"⁴¹. C'est la condition de proportionnalité. Le mal provoqué doit avoir des effets moindres que ceux que provoquerait la réalisation de la menace. C'est essentiel et sur ce point l'article 31 du Statut de Rome fait une

³⁹ *Other Grounds*, supra note 26, à la p. 1013.

⁴⁰ Jacques Verhaegen, *Le Droit International Pénal de Nuremberg : Acquis et Régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, à la p. 14 [*Droit International Pénal de Nuremberg*].

⁴¹ *Other Grounds*, supra note 26, à la p. 1040.

hybridation intéressante entre contrainte et nécessité : "different from classical "necessity" on the one hand, which would require a balancing of conflicting interests and offer justification if the person objectively rescued the greater good at the cost of the minor, and different from classical "duress" on the other hand, providing an excuse regardless of the greater or lesser harm, if the person could not be fairly expected to withstand the threat, this provision attempts to find a line in-between: in objective terms, it is not required that the person concerned in fact avoids the greater harm by his criminal conduct, but in subjective terms he must intend to do so"⁴². La conception du dommage plus grand est l'exemple même de l'hybridation entre nécessité et contrainte qui ressort de la rédaction de l'article 31.

Prouver l'utilité de l'infraction revient à prouver que l'agent a bien eu conscience que plusieurs intérêts étaient en conflit et qu'il a choisi la voie laissant présager le moindre mal. Signalons que contrairement au droit français, on ne peut invoquer la contrainte ou la nécessité si l'intérêt sauvegardé est un objet. Seules les mises en danger de mort ou de blessures graves sont concernées par l'article 31.

Pour les juges et les juristes il est difficile d'imaginer une situation, relevant de la compétence de la Cour, et qui pourrait permettre de soulever efficacement la défense. Les conditions imposées étant trop restrictives, notamment le standard de proportionnalité : comment un homme, qu'il soit soldat ou civil, pourrait-il justifier d'un crime de guerre ? Que mettre dans la balance pour respecter le critère de proportionnalité ? Cependant ne serait-ce que théoriquement je trouve intéressant de laisser ces moyens de défense ouverts pour toute sorte de crime. Ne sait-on jamais, pourquoi les juges ne seraient-ils pas confrontés à une situation où l'inculpé a répondu à toutes les conditions ? Dans ce cas, nous pensons qu'il a répondu à toutes les attentes de la société et a réussi à prouver son absence de mens rea, sa non-responsabilité devant dans ce cas être prononcée selon les principes les plus

⁴² Otto Triffterer, éd., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, à la p. 552 [*Commentary on the Rome Statute*].

fondamentaux de justice. L'avenir que dessine le Statut de Rome pour ce qui est de la responsabilité criminelle me paraît sous cet angle plus intéressant que celui dessiné par la jurisprudence Erdemovic. Toutefois, il ne me semble pas exclu que, dans les cas où l'article 31(1)d) serait jugé inapplicable par la C.P.I., ses juges trouvent néanmoins pertinent de considérer la situation relative de nécessité ou de contrainte dans laquelle se trouvait l'accusé au plan de l'imposition de la peine. Cela est d'autant plus plausible que la condition de proportionnalité exigée pour qu'il y ait exonération de responsabilité pénale restreindra vraisemblablement le champ d'application de ce moyen de défense, comme nous le verrons au prochain chapitre.

"One of the essential elements in a successful plea of duress is that of proportionality. In practical terms this will be the hardest to satisfy, the burden of proof being on the accused, it may never be satisfied where the accused is saving his own life at the expense of his victim"⁴³. En effet comment justifier qu'on aura préféré sauver sa vie en sacrifiant celle d'un innocent. Le dommage évité (sauver sa vie) dans le meilleur des cas peut sembler équivalent au dommage créé (la mort d'un innocent) mais quand vient le moment de le prouver et de le justifier éthiquement ou moralement, l'agent va rencontrer des difficultés. Vers quels critères va-t-il se tourner pour prouver que sa vie vaut plus chère qu'une autre ?

Le critère de proportionnalité est très difficile à remplir. Pour les juges dissidents dans l'arrêt Erdemovic, il n'est pas nécessaire de s'opposer à l'existence d'une défense pleine et entière de nécessité et/ou de contrainte car dans la très grande majorité des affaires soumises à la Cour cette condition suffira à mettre en échec la défense. Il semble que ce soit la position adoptée par les rédacteurs du Statut de Rome.

⁴³ Ilias Batekas et Susan Nash, 2^e éd., *International Criminal Law*, Londres, Cavendish, 2003, à la p. 137.

Maintenant que ces conditions sont connues de tous, il nous reste à étudier l'effet d'une défense de nécessité ou de contrainte lorsqu'elle est soulevée avec succès ; c'est-à-dire lorsque le tribunal estime que toutes les conditions précédentes sont remplies. Là encore plusieurs voies sont envisageables et deux points de vue s'affrontent.

CHAPITRE II

CHOIX D'UNE POLITIQUE PÉNALE : EXONÉRATION OU CIRCONSTANCE ATTÉNUANTE ?

Lorsque les conditions d'ouverture des moyens de défense d'état de nécessité et de contraintes sont remplies, les conséquences peuvent être l'exonération pure et simple de toute responsabilité criminelle ou la diminution de la peine par le jeu des circonstances atténuantes. Sur la scène internationale on retrouve encore une fois l'opposition des courants de pensée propres aux deux grands systèmes juridiques que sont la common law et la civil law (opposition qui s'exerce uniquement sur le terrain de la notion d'homicide). Cette opposition peut être symbolisée par deux questions ? Un moyen de défense de nécessité et/ou de contrainte peut-il être soulevé dans les cas les plus graves ou des vies ont été supprimées ? Quelles conséquences accorder à ces défenses si on décide de les reconnaître ?

Les tribunaux post-Nuremberg ont le plus souvent rejeté la défense de contrainte et/ou de nécessité comme exonération pour les crimes graves qui leur étaient soumis. La défense était bien reconnue et son existence avérée mais la gravité des crimes soumis à l'appréciation des juges les conduisait le plus souvent à rejeter la défense suite au manquement constaté de la réalisation d'une des conditions. En effet le plus souvent c'est au niveau de la condition de proportionnalité que le crime commis apparaissait aux juges plus important que le danger évité ou la menace exercée. En cas de génocide par exemple, il est difficile de trouver une équivalence morale qui pourrait venir justifier le meurtre d'innocents. On pourrait cependant imaginer un cas de figure faisant ressortir le dilemme : le responsable d'un barrage qui, face à une catastrophe naturelle et afin d'éviter l'inondation de villages en amont, ouvre les

vannes inondant ainsi un camp de concentration en aval exterminant du coup des milliers de prisonniers.

En matière de crimes contre l'humanité, l'allégation de la nécessité ou de la contrainte était vue avec suspicion puisque la menace invoquée découlait souvent du seul contexte du régime totalitaire ou oppressif dans lequel les accusés avaient commis leurs crimes. Cette « situation de contrainte » au sens large ne peut généralement constituer une justification ou une excuse en droit. Ce constat a été repris par plusieurs auteurs : "On ne s'étonnera pas moins de constater qu'en dépit du critère de la "libre faculté de choisir" rappelé dans le jugement de Nuremberg, l'argument de la contrainte – contrainte disciplinaire ou contraintes plus diffuses, inhérentes au système ou aux circonstances particulières de la lutte – fut fréquemment déclaré inapplicable aux accusés, soit en raison de leur appartenance à une organisation déclarée criminelle, soit en raison de leur simple appartenance aux forces de l'agression"⁴⁴. L'appartenance à une organisation criminelle ou aux forces d'agression suffisait à faire échec à la mise en jeu de la défense. On peut rapprocher cette idée de la condition d'absence de faute antérieure de l'agent. En rentrant dans une organisation dont le but est avéré criminel, l'agent devait s'attendre à ce qu'on lui demande de perpétrer des exactions, la situation à laquelle il se retrouve confronté par la suite découle de son adhésion et n'est donc plus imprévisible.

De la même manière il est assez improbable d'être confronté à une situation dans laquelle un crime contre l'humanité ou des crimes de guerre pourraient être excusés ou, plus inimaginable encore, justifiés par une telle défense. Comment justifier ou excuser d'avoir pris plusieurs vies ? Que peut-on mettre en balance contre une vie ? Comment juger de la valeur d'une vie sur une autre ? Ces questions ne sont pas d'ordre juridique mais plutôt éthique ou moral, pourtant les juges doivent y répondre.

On constate que dans la pratique, si les défenses existent, elles ne trouvent que peu de cas où elles peuvent trouver à s'appliquer. C'est que, comme nous l'avons

⁴⁴ *Droit International Pénal de Nuremberg*, supra note 40, à la p. 60.

précisé, les conséquences théoriques à leur reconnaissance sont importantes. Les conditions d'ouverture très restrictives garantissent que leur utilisation restera très limitée. Dès lors ce n'est peut-être pas la peine d'interdire leur mise en jeu pour certains crimes, estimés plus grave, puisque l'agent a peu de chances de passer à travers l'étude des conditions d'ouverture à son avantage. "Whereas judges are charged with the "*ultimate decision over life, freedoms, rights, duties and property of citizens,*" legal policy should not act as a primary test on defenses to the detriment of the factual and actual circumstances of each case within the overall system of international criminal law. In this view, no absolute exception is appropriate for a duress defense to crimes against humanity"⁴⁵.

Cette ambivalence entre la reconnaissance ou le rejet de ces défenses comme moyens d'exonération de responsabilité est perceptible au niveau de l'évolution du D.P.I.. On retrouve au niveau international cette même ambivalence qui distingue d'ailleurs les règles de common law et de civil law. L'opposition s'est traduite entre les conceptions retenues par le T.P.I.Y. et la C.P.I. : atténuation ou exonération. L'affaire Erdemovic⁴⁶ est le cadre de l'analyse la plus poussée par le T.P.I.Y. sur les défenses de nécessité et de contrainte. A la majorité (c'est-à-dire à une voix près), la Cour a estimé que la contrainte ne pouvait jamais fournir une cause d'exonération de responsabilité valable à une accusation de crime contre l'humanité. Plus précisément la majorité a affirmé que lorsque des vies innocentes sont en jeu, la contrainte ne peut offrir une défense complète. Le terme important à retenir est complète. Nécessité et contrainte ne peuvent venir que diminuer la peine ou atténuer la responsabilité de l'accusé, en aucun cas ces défenses ne sauraient nier dans son intégralité la responsabilité.

Il faut cependant relativiser cette position prise par le T.P.I.Y. ne serait-ce que parce que cette interprétation ne tient qu'à une voix près. Dans une autre affaire,

⁴⁵ Geert-Jan Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 2001, à la p. 65 [*Defenses in CICL*].

⁴⁶ *Procureur c. Drazen Erdemovic* (1997) (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

faisant intervenir d'autres juges, il est possible que la solution soit différente. Ensuite cette jurisprudence ne vaut pas pour l'ensemble du droit pénal international puisque la rédaction du Statut de Rome est venue contredire cette assertion. Sous réserve de la jurisprudence future, il semble bien que contrainte et nécessité puissent fournir une défense complète aux crimes qui seront déférés à la Cour pénale internationale. On peut en déduire une opposition entre droit coutumier et droit conventionnel qui n'est pas encore tranchée.

Mais revenons-en à Erdemovic car les opinions des juges minoritaires nous fournissent toutes les critiques à adresser à cette décision et il est important de les relever. L'accusé a été condamné à dix années d'emprisonnement pour avoir assassiné un grand nombre de civils musulmans après la chute de la ville de Srebrenica. Sa défense selon laquelle il ne pouvait refuser d'obéir à l'ordre émis sous peine d'être exécuté, lui et sa famille, avec les civils ne lui a donc pas permis de se défaire de sa responsabilité.

Pour le juge Antonio Cassese, minoritaire, la décision d'écarter toute défense pleine et entière de contrainte n'est pas justifiée. Après examen de la jurisprudence internationale il constate que la règle communément admise est de reconnaître une défense générale de contrainte même dans les cas de meurtre. Il n'y a donc aucune raison de venir contester la possibilité de remettre en cause sa responsabilité pour ses actes devant le T.P.I.Y. par la mise en jeu de ces défenses. L'important est l'analyse des conditions d'ouverture qui, pour ce juge, sont au nombre de quatre, " The four requirements, set out in paragraph 16 of Judge Cassese's dissent, were that:

- (i) the act charged was done under an immediate threat of severe and irreparable harm to life or limb ;
- (ii) there was no adequate means of averting such evil;
- (iii) the crime committed was not disproportionate to the evil threatened;

(iv) the situation creating the duress must not have been voluntarily brought about by the person coerced"⁴⁷.

Entre majorité et minorité, deux conceptions s'affrontent. Pour la minorité, l'acte d'Erdemovic n'est ni bon ni mauvais pour la société. En refusant d'exécuter l'ordre illégal il a marqué son désaccord, prouvant par là-même qu'il n'avait aucune intention de commettre le crime. C'est la menace réelle et actuelle à laquelle il s'est retrouvé confronté qui a provoqué, contraint son obéissance. Tout refus de sa part n'aurait pas empêché l'exécution des civils musulmans mais aurait ajouté sa propre mort en plus ainsi que celle de toute sa famille. Le crime aurait de toute façon eu lieu, avec ou sans sa participation.

Pour la majorité, cette approche est inacceptable. Suivant en cela la règle tracée par la common law, le meurtre d'innocents est formellement prohibé, aucune proportionnalité ne peut exister venant justifier ou excuser un tel forfait. Dans ces cas la défense de contrainte ou de nécessité ne peut trouver à s'appliquer et fournir une défense générale à l'agent. "These judges seems to accept the assumption, referring to the case law regarding duress as a defense to murder in the common law, that duress does not destroy the will or would not affect the voluntatiness of the *actus reus* or the *mens rea*. From both legal and neurobiological point of view this is not correst. The rationale of the defense of duress is ultimately based in the disabling of the accused from achieving a culpable state of mind"⁴⁸.

Toute cette controverse entre les juges majoritaires et dissidents s'explique en partie par l'influence de la culture juridique des juges dont la sensibilité et les conceptions juridiques dictent les raisonnements. Ceux-ci vont-ils naturellement faire appel aux conceptions des systèmes juridiques dans lesquels ils ont été formés et se tourner vers la version romano-germanique de la solution ou vers la solution de common law. En l'absence de règles spécifiques internationales seuls les droits

⁴⁷ John R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2^e éd., Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 2000, à la p. 145.

⁴⁸ *Defenses in CICL*, supra note 45, à la p. 63.

nationaux peuvent permettre de régler le litige mais ceux-ci s'opposant sur la question (voire deuxième partie) il faut bien retenir l'un au détriment de l'autre. Ici à une voie près c'est la solution de common law qui a été retenue. Une défense pleine et entière de contrainte ne peut exister en cas de meurtre, ce n'est même pas la peine d'examiner la réalisation ou non des conditions d'ouverture.

Nous avons vu dans ces deux premiers chapitres que les juges disposent d'un pouvoir assez important d'interprétation du droit. Il est temps de préciser les tenants et aboutissants de cette liberté mise à leur profit. Abordons donc l'étude de l'origine du pouvoir discrétionnaire des juges et voyons comment ils s'en servent pour desservir notre étude, à savoir le recours aux droits nationaux et au droit comparé.

CHAPITRE III

LES SOURCES DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : COMPÉTENCES DES Juges ET RECOURS INCONTOURNABLE AUX DROITS NATIONAUX

Les moyens de défenses constituent une catégorie de normes particulière. Ils sont généralement formulés dans des termes assez larges autorisant une adéquation possible avec de nombreuses situations. Ils ne peuvent trouver à s'appliquer dans l'absolu mais doivent être affinés lors de chaque procès pour répondre à la situation spécifique soumise. Le rôle dévolu aux juges est d'adapter des principes, parfois antiques (on retrouve la notion de nécessité dans le droit romain et le droit de la république d'Athènes), à des données actuelles et relativement nouvelles comme le génocide ou les crimes contre l'humanité. Dans ces conditions le fait de dire le droit, de l'appliquer prends une toute autres importance. Les prérogatives et latitudes laissées aux juges dans ce domaine en font des réformateurs, dans des limites restreintes.

Cette importance du juge préexiste au droit international puisque l'on en retrouve des illustrations dans les systèmes de common law et de tradition romano-germanique. Dans les systèmes de common law on sait toute l'importance donnée au précédent, au *Stare decisis*. Les décisions rendues antérieurement par des cours supérieures doivent trouver à s'appliquer dans des affaires nouvelles dont les faits sont identiques. A moins de vouloir provoquer une réforme du droit, la jurisprudence permet de connaître le droit applicable. Dans les systèmes de tradition romano-germanique ou de civil law, le rôle du juge est largement en retrait, il doit dire le droit tel qu'il a été édicté par le législateur. La jurisprudence ne lie aucun juge dans ces décisions. Cependant on trouve des exceptions à ce principe et l'une d'entre elles concerne notre analyse. Il est ainsi surprenant de constater que dans un pays comme

la France la défense d'état de nécessité n'ait été codifiée que lors de la rédaction du nouveau code pénal adopté en 1994. Le moyen de défense a été précisé dans son entier par la jurisprudence avant que le législateur n'intervienne. Les juges ont construit la notion que le législateur s'est contenté de codifier en respectant la manière dont elle était comprise et appliquée par les tribunaux.

Ce pouvoir d'interprétation confié aux juges se retrouve au niveau international, comme l'attestent les articles 21 et 31 (2) et (3) du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. L'article 21 (1) c) précise que "La Cour applique: À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues". Des principes nationaux peuvent donc à avoir vocation de normes internationales, pour peu qu'ils soient reconnus comme principes généraux communs aux grands systèmes de pensée juridique. Les paragraphes (2) et (3) de l'article 31, plus spécifiques, fixent les limites que doivent respecter les juges lorsqu'ils ont à se prononcer sur la validité d'un principe d'exonération. Les juges peuvent recourir à des principes qui ne seraient pas retenus par le Statut (Lors du procès, la Cour peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1, si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21) ou bien ne refuser de considérer qu'un principe s'applique en l'espèce (La Cour se prononce sur la question de savoir si les motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus dans le présent Statut sont applicables au cas dont elle est saisie).

Nous allons donc nous pencher sur les compétences accordées aux juges pour appliquer la loi et voire dans quelle mesure ces compétences influent sur les données de chaque défense internationale par l'utilisation du droit comparé appliqué aux droits nationaux.

Commençons par donner quelques exemples de jurisprudence post-Seconde Guerre Mondiale pour démontrer que le rôle d'interprétation des juges existe depuis quelques temps au niveau international. "*Mens Rea* is negated where there is duress unless the duress accorded with, or merely reinforced the criminal intent of the accused. For exemple, in *re Krupp and Ten Others*, the Tribunal held that the defence of duress is not supportable where the accused had no intention or will contrary to those who supposedly exerted the compulsion"⁴⁹. La règle établie était floue, découlait d'un principe général que le tribunal est venu compléter et rendre concret. La contrainte s'exerçant contre l'accusé ne doit pas s'accorder avec, ou renforcer, la mens rea de ce dernier. Il ne doit pas avoir l'intention de commettre le crime qu'on lui impose par contrainte. Dans la pratique, et selon la Cour, cela signifie que l'accusé ne doit démontrer aucune intention, voire même s'opposer à la voie imposée par la contrainte. Ce dernier point est un ajout à la lettre de la loi.

"In *Einsatzgruppen*, the Tribunal held that the defence of duress could only be supported if the seriousness of the injury that would have been suffered from refusing to carry out the order to act was close to the seriousness of the act committed in obedience to the order"⁵⁰. La Cour ici est venue éclaircir un point de droit concernant le rapport entre contrainte et défense d'ordres supérieurs. La distinction entre une défense d'ordres supérieurs et une défense de contrainte se fait sur l'intensité de la menace sérieuse qui pèse sur l'agent. Si le refus d'exécuter les ordres s'accompagne d'une menace suffisamment importante et crédible pour caractériser une contrainte, c'est la contrainte qui sera retenue et qui trouvera à s'appliquer.

Les juges internationaux ont, dès le début du D.P.I., participé à son élaboration, à son évolution par le biais des compétences qui leur sont accordées. Ce n'est pas une situation nouvelle. Passé ces deux démonstrations historiques, intéressons-nous aux données actuelles du droit international en étudiant T.P.I.Y. et C.P.I..

⁴⁹ *Lyal S. Sunga, Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations, Boston, Norwell, 1992, à la p. 58 [Individual Responsibility].*

⁵⁰ *Ibid* à la p. 58.

La jurisprudence du TPIY est particulièrement intéressante en ce qu'elle nous permet, à travers l'affaire Erdemovic, de suivre le travail de réflexion des juges. L'accusé a été obligé de mettre à exécution un ordre illégal sous peine de perdre la vie et de voir sa famille subir de sévères représailles. La question posée aux juges est de savoir si la menace qui pèse sur les épaules d'Erdemovic satisfait à la définition de la contrainte. Mais le Statut du TPIY ou les précédents jurisprudentiels ne permettent pas de répondre à cette question, il manque des données. Les juges vont donc devoir trouver une solution et surtout délimiter le seuil à partir duquel la contrainte est caractérisée. Pour cela ils vont se tourner vers une analyse des droits nationaux et vont tenter d'en extraire des principes généraux que l'on pourra taxer de supranationaux de par leur présence simultanée dans divers droits. Cependant il arrive que les juges estiment la conception d'un Etat leur convienne mieux auquel cas ils retiennent des considérations moins universelles, comme en l'espèce où c'est l'exemple de la common law qui fut suivi. Ainsi pour le tribunal la contrainte ne peut s'appliquer que dans les cas où le devoir de désobéissance ne cède que devant une *extrême* contrainte.

Les juges, à la majorité, ont donc estimé que la règle de droit international devait calquer la règle de common law. En ce sens ils ont influencé la formation du droit pénal international pour cette défense. Notons que certains juges minoritaires n'étaient pas consentants à l'avènement de cette conception, ils l'ont fait ressortir au cours de la rédaction de leurs opinions divergentes. Ainsi le juge Antonio Cassese a dénoncé cette domination de la common law sur la question, contestant l'abandon de la Cour qui aurait pu définir elle-même ses propres critères. Il y voit un mépris des autres traditions juridiques.

Concernant le Statut de Rome, nous allons revenir sur les articles 21 et 31 précédemment exposés. Le Statut prévoit différents terrains pour exclure la responsabilité criminelle de l'auteur d'un crime. Certains sont énumérés et définis

comme nous l'avons vu, mais la capacité des hommes à créer de nouvelles situations imprévues dépassant leur imagination, toutes les circonstances ne peuvent être codifiées. L'expérience des droits nationaux étant plus longue que celle du droit émergeant qu'est le droit pénal international, l'article 21 permet aux juges de se tourner vers eux pour résoudre certains cas particuliers pour lesquels ils ne possèdent pas de données. La liste de moyens de défense dressée par le Statut n'est donc pas exhaustive. Plus spécifique est l'article 31 qui traite de notre sujet, à savoir les moyens de défense, le paragraphe 3 autorisant l'utilisation et la reconnaissance de moyens nationaux, du moment que la lettre de l'article 21 est respectée. Ainsi nous pourrions voir une défense de consentement de la victime être soulevée devant une instance comme la C.P.I. Le Statut semble donc fournir aux Juges un terreau fertile à la mise en jeu de leur pouvoir d'interprétation. Dans les domaines que nous venons d'évoquer leur pouvoir s'exerce non seulement dans le cadre du Statut mais par quelques aspects le dépassent largement et en sortent.

Si le paragraphe 3 prévoit l'applicabilité de moyens de défense non codifiés, le paragraphe 2 pour sa part informe de la possible non applicabilité d'un moyen de défense prévu et codifié. La Cour dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain sur l'admissibilité d'une défense. Les juges décident souverainement qu'un motif d'exclusion de la responsabilité est applicable ou non au cas qui leur est soumis. Ils permettent ou interdisent à un accusé de soulever certaines défenses, en fonction des conditions et des faits de l'affaire.

"In principle, the power given to the Court to "determine the applicability" of exclusionary grounds must mean more than simply to apply the law, as this function would not need to be proclaimed expressly"⁵¹. Ainsi que le reconnaît Lyal S. Sunga, il ne s'agit plus uniquement d'appliquer la loi. Les juges peuvent créer ou du moins modifier grandement la loi en édictant par exemple certaines conditions sous

⁵¹ *Individual Responsibility*, supra note 49, à la p. 554.

lesquelles ils appliqueront ou non un moyen de défense. Ils ont pour rôle d'adapter le Statut aux réalités quotidiennes.

Certaines limites viennent tempérer ce pouvoir, le juge n'a pas non plus vocation à tenir le rôle du législateur. Nous l'avons effleuré ce pouvoir œuvre tout de même à l'intérieur de certaines limites, des garde-fous destinés à cercler ces possibilités dans certaines limites. Le juge n'a pas non plus pour vocation d'édicter le droit. Celles-ci sont fixées par l'article 21. Ainsi un certain ordre est à respecter, toute solution doit d'abord être recherchée dans le statut, puis dans les principes dégagés en droit international et ce n'est que lorsque ces deux premières tentatives ont échoué que les juges peuvent se mettre à l'étude des droits nationaux pour en dégager des principes généraux. Pas question donc de substituer une règle issue du droit comparé à une donnée du Statut, celui-ci continue à rester la référence principale. Ensuite les juges doivent justifier de l'existence de principes généraux ce qui n'est pas une mince affaire. Enfin et quoi qu'il arrive, aller à l'encontre du droit international n'est pas autorisé. Quelle que soit les similitudes entre les droits nationaux sur une question de droit, les juges doivent leur préférer la règle internationale. Celle-ci doit rester leur priorité envers et contre tout.

Le pouvoir confié au Juge n'est cependant pas simple à porter. Il est difficile d'être juste sans prendre en compte sa formation juridique en compte, d'étudier les différents droits nationaux afin d'en extraire certains principes généraux. Si la conciliation des traditions juridiques est impossible, il faut bien trancher les dilemmes dans un sens ou dans un autre.

C'est le problème auxquels ont été confrontés les juges lorsqu'ils ont eu à traiter de la notion d'ordres supérieurs. Il est impossible d'appréhender tous les tenants et aboutissants de ce moyen à travers la rédaction concise d'un paragraphe de Statut. Encore une fois, il va s'agir de compléter les données de les actualiser peut-être ou de les apprécier en l'espèce grâce à l'apport et au concours des droits nationaux. Le

premier travail à faire est un devoir de synthèse et d'exégèse, les grandes tendances qui se dégagent doivent être synthétisées. Puis il va falloir les rapprocher, les comparer pour identifier les points de convergence. En l'absence de ceux-ci il faudra préférer une règle et donc un système qui conviendra mieux aux exigences et à la vision du droit international. La diversité des systèmes est telle qu'il est bien entendu difficile d'en arriver à une solution parfaite synthétisant toutes les idées. On aura alors plutôt tendance à trouver des harmonisations des diverses normes ne prenant plus que le meilleur commun aux deux mondes, mais plutôt diverses idées dans divers systèmes. Les juges en dégagant les principes généraux, conformément à l'article 21, créent ainsi parfois une nouvelle norme qui n'est ni celle de common law, ni celle de civil law, mais est toute autre.

Après cette évaluation du droit pénal international, cette présentation de ses divers aspects pratiques comme théoriques, la deuxième partie va nous permettre de rentrer de plein pied dans le domaine du droit comparé. Nous allons analyser deux systèmes représentatifs de la common law et de la civil law afin d'effectuer les rapprochements adéquats avec la règle internationale. Il s'agira de mettre en pratique les idées développées jusque là et d'en justifier l'existence et la valeur.

DEUXIÈME PARTIE

OBSERVATION DE L'ÉLABORATION DES MOYENS DE DÉFENSE EN
DROIT PÉNAL CANADIEN ET FRANÇAIS

CHAPITRE I

ANALYSE DES CONDITIONS D'OUVERTURE DES MOYENS DE DÉFENSE DE NÉCESSITÉ ET DE CONTRAINTE EN DROIT PÉNAL FRANÇAIS

Nous allons étudier les trois conditions d'ouverture de l'état de nécessité et de la défense de contrainte en France. Après quoi nous évoquerons les conséquences de cette défense. Ce découpage très scolaire devrait nous permettre de mettre efficacement en lumière les rapprochements et dissemblances avec les règles de droit pénal international. Le choix de la France, représentatif des systèmes de tradition romano-germanique est de ce point de vue fort instructif.

1.1 Nature et intensité de la menace

Dans les droits romano-germaniques, on considère que la contrainte s'applique lorsqu'une force physique ou morale oblige l'action de l'agent.

Le danger "doit être actuel ou imminent, caractère apprécié de façon assez drastique par la jurisprudence pour éviter tout abus"⁵². La réalisation du danger doit être certaine de se concrétiser, l'agent ne doit pas simplement avoir peur de la menace. L'exécution doit être quasi-certaine d'intervenir, et serait intervenue si l'agent n'avait pas posé son acte ; c'est ce dont il doit convaincre le tribunal.

De plus le danger doit revêtir une apparence d'injustice. Ainsi lorsque l'agent a l'obligation de subir le péril il ne peut invoquer l'état de nécessité. On peut imaginer un individu qui résiste aux forces de l'ordre lors de son arrestation pour un délit commis antérieurement. Il a l'obligation de subir l'arrestation et les restrictions de

⁵² Wilfrid Jeandidier, *Droit Pénal Général*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, à la pg. 295 [Wilfrid Jeandidier].

liberté qui s'en suivent, il ne peut et c'est logique commettre un crime pour échapper à l'arrestation et en appeler à l'état de nécessité pour se défendre devant la loi.

L'apparence d'injustice rend également l'absence de faute antérieure primordiale au succès de la défense⁵³. La faute antérieure de l'agent est la cause de la situation qui a amené à la contrainte ou à la nécessité. Le danger était prévisible dans ce cas très précis. L'arrêt de référence est l'arrêt Trémintin⁵⁴ qui date de 1921. Un marin, lors d'une permission a terre, s'est mis en état d'ivresse et a été arrêté par la police pour ivresse sur la voie publique. A cause de son maintien en détention le militaire n'a pu rejoindre son navire à temps et a été accusé de désertion. La cause première de sa désertion lui est entièrement imputable : son ivresse. Le marin aurait dû prévoir les conséquences de son ébriété d'après la Cour, c'est pourquoi il ne peut profiter du motif d'exonération qu'est la défense d'état de nécessité. Cette solution est également celle retenue en common law où la faute antérieure de l'agent fait échec à la défense de nécessité.

La doctrine critique cette importance judiciaire donnée à la faute antérieure de l'agent. On est face à une situation objective en cas de contrainte ou de nécessité, elle s'apprécie sur l'instant et en fonctions des circonstances présentes. La faute antérieure de l'agent ne peut avoir que des effets limités puisque l'utilité de l'infraction demeure.

"La jurisprudence ne confond pas imputabilité et culpabilité. En recherchant une faute antérieure, elle s'attache en effet à vérifier si l'intéressé n'a pas été le protagoniste des circonstances constitutives de la contrainte"⁵⁵.

Le danger peut menacer l'agent, un tiers ou un bien. C'est assez particulier et ce n'est pas accepté dans tous les droits. Ainsi non seulement c'est une personne étrangère à l'agent qui peut être menacée (on imagine assez bien un proche) mais également un objet, une possession, de l'agent. Bien entendu dans ce dernier cadre, il

⁵³ Cass. Crim., 28 juin 1958, D. 1958, à la p. 693.

⁵⁴ Cass. Crim. 29 janvier 1921, S. 1922.1.185.

⁵⁵ Wilfrid Jeandidier, supra note 52, à la pg. 2396.

semble à peu près impossible qu'un meurtre puisse passer le test du critère de proportionnalité face à la menace d'un objet.

Le danger quand à lui peut recouvrir plusieurs formes, il peut être physique, moral ou bien même matériel. Le danger a toujours un potentiel concret (physique) que ce soit dans la contrainte morale (menace exercée sur une vie chère à l'agent par exemple) ou dans la situation de nécessité. La nature de la menace, elle, est soit physique (éléments, force physique provoquée par une personne et qui échappe à son contrôle, catastrophe, défaut mécanique, détresse d'autrui...cette grande variété étant typique des cas de nécessité et de contrainte physique), soit morale (une personne crée un danger potentiel en menaçant une autre personne, la poussant à faire quelque chose-le danger potentiel est soit la menace de mort proférée, soit même la menace de commettre un autre méfait, si la personne ainsi menacée n'obéit pas à la volonté de l'auteur de la menace). Le propre de la défense de contrainte (morale) est ce chantage où l'agent se voit confronté au danger du fait d'autrui. Sauf la contrainte physique et l'impossibilité, où l'agent n'a pas le loisir de contrôler son action physiquement, l'agent en matière de nécessité ou de contrainte morale est confronté au choix moral suivant : agir ou ne pas agir. Les défenses s'appliquent lorsque ce choix est en réalité inexistant et son choix est en réalité inexistant et subjugué par la menace d'un danger...il n'a plus alors l'exercice de son libre-arbitre et son choix peut-être moralement excusable. Une grande question théorique est l'articulation de cette conception psycho-morale à la théorie de l'infraction ou de la responsabilité pénale. Est-ce que l'absence avérée du libre-arbitre permet de soutenir que l'agent n'avait pas la mens rea (intention, insouciance, connaissance) ? Selon l'infraction cette question peut ne pas avoir de grande signification puisque certaines infractions comportent une exigence de faute assez minimaliste. Mais nous développerons en troisième partie.

Les tribunaux distinguent contrainte morale interne et contrainte morale externe. La contrainte morale interne est constamment rejetée par les tribunaux...elle est beaucoup trop théorique (et subjective, elle évoque alors le mobile). Elle serait

engendrée par les passions et les émotions du délinquant. On se retrouve un peu dans la situation de la défense d'ordres supérieurs en relation avec la contrainte ou de l'obéissance à la pression sociale. Seule, la contrainte morale interne ne peut aboutir à exempter l'individu de sa responsabilité criminelle, par contre lorsqu'elle découle d'une maladie ou d'un problème mental, elle peut servir à les caractériser. Les pulsions d'un homme ou d'une femme ne peuvent permettre de justifier un crime sauf si elles découlent d'une atteinte mentale constituant un motif d'exonération de la responsabilité selon le droit pénal en vigueur.

La contrainte morale externe joue sur la crainte de l'agent, il est terrifié par la possible réalisation de la menace. Sa liberté d'esprit doit être abolie.

En France, la menace peut donc provenir d'un individu, d'une cause naturelle, mais pas de l'agent lui-même. Quelque forme que recouvre la contrainte, physique ou morale externe, la jurisprudence et la doctrine se déchirent ici aussi quand à l'appréciation qui doit en être faite. On retrouve cette idée au Canada sous la forme des appréciations objective ou subjective des faits. Dans les droits romano-germaniques on parle d'appréciation *in abstracto* et *in concreto*. La première consiste à référer à un individu imaginaire normalement raisonnable placé dans les mêmes circonstances. La deuxième autorise l'examen du prévenu, avec ses caractéristiques propres, dans la situation. Il n'est plus question de modèle.

Le système judiciaire français donne sa préférence à l'appréciation *in abstracto*, mais modifiée. Au Canada on parlerait de critère objectif modifié. Le modèle de référence normalement raisonnable endosse certaines des caractéristiques de l'accusé, permettant théoriquement d'évaluer quelle solution aurait légitimement du être retenue par tout un chacun dans la situation de l'accusé.

La contrainte doit être irrésistible. L'agent ne doit pas avoir eu la possibilité de s'en dégager, de la faire cesser. Précisons tout de suite un cas d'école. Si la contrainte

cesse un moment donnée, l'agent ne doit pas commettre de crime. C'est logique puisque les critères d'actualité et d'imminence ne sont plus présents.

L'irrésistibilité de la contrainte est également appréciée in abstracto malgré le silence des textes de loi. L'annihilation de la volonté de l'agent se juge donc en comparaison avec un individu raisonnable imaginaire qui ne recouvre aucune de ses caractéristiques propres. Si cette solution est la seule acceptable pratiquement, il est impossible de connaître avec précision l'état de pensée de l'agent au moment où il a posé son acte et il est donc plus simple pour les jurés de se forger une idée à partir d'un homme quelconque, juridiquement elle est contestable. La question sous-jacente pour le droit est ici le choix de normes objectives et/ou subjectives pour évaluer l'irrésistibilité du danger par rapport à l'obligation de stoïcisme de l'agent. Il est certain que l'état d'esprit de l'agent ne peut pleinement s'apprécier qu'à la lumière de ses possibilités propres pourquoi ne pas faire apparaître juridiquement l'importance de ces possibilités ? En appliquant un critère objectif modifié par exemple. On touche au domaine de la psychologie et non plus du droit mais il nous semble important de le signaler.

Abordons maintenant la deuxième condition d'ouverture, elle traite de la réaction à adopter face à la menace.

1.2 Réaction nécessaire et raisonnable et intention d'éviter un dommage plus grand : utilité de l'infraction.

L'infraction commise par l'agent doit être utile. Il ne peut poser n'importe quel acte criminel, suivant les faits de l'affaire et les conditions qui l'entourent l'individu qui n'a pas le choix doit poser l'acte illégal « le plus adapté ». La commission de l'infraction est la réponse suprême, désespérée, mais utile à une menace grave et imminent.

Pour que l'utilité de l'infraction soit démontrée, il faut non seulement que la réaction du sujet soit nécessaire et raisonnable mais également que l'intérêt sauvegardé soit supérieur, ou à tout le moins égal, à l'intérêt sacrifié. On rencontre également le terme d'infraction nécessaire. "L'infraction nécessaire n'est justifiée que dans la mesure où elle a permis de sauvegarder un bien ou un intérêt de valeur supérieure ou équivalente à celle du bien ou de l'intérêt sacrifié⁵⁶". Quelques décisions ont tempéré cette exigence et ont admis la justification lorsque l'infraction constituait le meilleur moyen de parvenir au but⁵⁷, mais cette jurisprudence reste minoritaire et fait l'objet de nombreuses critiques ; car elle sous-tend que d'autres moyens existaient.

Contrainte et nécessité ne sont pas incompatibles avec la conscience. En effet, l'individu qui agit sous la nécessité ou la contrainte a conscience de ce qu'il fait, il peut mesurer ses actes. Dans le cas de la perpétration d'un meurtre l'individu sait pertinemment qu'il pose un acte illégal. La volonté est au centre du problème. Dans un cas de contrainte l'individu va devoir démontrer que sa volonté n'allait pas dans le sens de la commission du crime. Sous l'emprise de la nécessité l'agent va devoir démontrer qu'il a posé volontairement son action, celle-ci étant le seul remède au péril redouté. Si la volonté ou plutôt son absence est à la base de l'utilité de l'infraction, ce n'est donc pas selon le même fondement.

Lorsque la loi pénale est incompatible avec les circonstances et que le délinquant choisit de sauvegarder un bien dont la valeur est supérieure à celle du bien sacrifié en accomplissant un acte illégal, il faut corriger les règles de droit pour l'espèce. Permettre ainsi à l'individu de se dégager de sa responsabilité pénale.

Même si cela n'est pas explicitement exclu dans le code pénal, la mise en balance de deux vies humaines ne semble pas possible, ou du moins ne saurait satisfaire le

⁵⁶ T. corr. Nantes, 12 nov. 1956, D. 1957, à la p.30.

⁵⁷ Paris, 6 oct. 1944, S. 1945.2, à la p.81.

critère de proportionnalité. "The *Cour de cassation* dismissed these arguments (Paul Touvier⁵⁸) for various reasons. First, a balancing of life against a life is not possible since all lives are of equal value and no life prevails over another. Second, in general, a member of the militia cannot be justified in invoking necessity since his or her membership in the militia was voluntary and it was known that it implied a submission to the wishes of the Nazi occupation power"⁵⁹.

Ce constat est à préciser. Soulever l'état de nécessité est possible selon la lettre du droit, en cas de mise en balance de vies humaines, mais les juges vont appliquer le critère de proportionnalité avec une très haute exigence. L'utilité de l'infraction ne devra faire aucun doute et être constituée dans tous ses aspects.

1.3 Conséquences de la réalisation des conditions

Au XIXe siècle l'individu ayant agi par nécessité était relaxé pour cause de non-culpabilité. N'ayant pas d'intention délictueuse selon les tribunaux il ne pouvait encourir de peine. Or nous savons aujourd'hui que l'accusé a une intention, celui de perpétrer un acte pour se défaire de la menace qui pèse sur ses épaules. Cette interprétation des tribunaux était donc erronée. Ce point est intéressant au plan théorique puisqu'il oppose une conception classique de la faute fondée sur la morale et incluant le libre-arbitre dans la notion de mens rea et de culpabilité et, d'autre part, la conception positiviste et plus technique de mens rea où le statut de la volonté par rapport à la responsabilité n'est pas très clair à moins de faire intervenir deux composantes dans la responsabilité : la culpabilité et l'imputabilité.

Aujourd'hui la contrainte et la nécessité avérées permettent à l'agent de s'exonérer de sa responsabilité morale, et sans responsabilité morale, sans mens rea, le crime ne saurait être parfait. Un élément caractéristique faisant défaut, seule l'impunité totale de l'auteur peut être prononcée. L'infraction disparaît purement et

⁵⁸ Cass. Crim., 27 novembre 1992, Bull. crim. 1992.394. 1082.

⁵⁹ *Other Grounds*, supra note 26, à la p. 1009.

simplement : L'agent n'a pas voulu commettre d'infraction mais il n'a pas pu faire autrement.

Dernière précision sur ce point, l'absence de responsabilité pénale fait échec à toute possibilité de soulever une réparation civile. Les conséquences de la réussite de ce moyen de défense sont encore renforcées. La victime ou ses proches ne pourront demander de dommages et intérêts au civil puisque l'infraction disparaît.

Le sommaire des conclusions sur les caractéristiques des défenses en droit français sera présenté sous forme du tableau des caractères et des effets des différentes causes d'irresponsabilité pénale⁶⁰ :

	Article du Code pénal	Caractères	Irresponsabilité des coauteurs ou complices	Irresponsabilité des personnes morales	Disparition de la responsabilité civile
Contrainte	122-2	Subjectif	Oui sauf exceptions	Oui	Oui si Force majeure
Etat de Nécessité	122-7	Objectif	Oui sauf exceptions	Oui	Non sauf exceptions

Après cette découverte du droit français sur le sujet, il est temps d'aborder le problème sous l'angle de la common law. Nous verrons que si les différences d'appréciation ne sont pas nombreuses, elles sont de grande importance ; influant notamment sur le nombre de situations et d'infractions pour lesquelles les moyens de défense de nécessité et/ou de contrainte trouvent à s'appliquer.

⁶⁰ Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, 8^e éd., *Droit Pénal Général*, Paris, Economica, 2001, à la p. 597.

CHAPITRE II

ANALYSE DES CONDITIONS D'OUVERTURE DES MOYENS DE DÉFENSE DE NÉCESSITÉ ET DE CONTRAINTE EN DROIT CRIMINEL CANADIEN

Le découpage suivi va correspondre à celui du chapitre précédent pour clarifier au maximum les idées. Les renvois et correspondances entre ces deux parties en seront grandement simplifiés. Même exercice donc mais cette fois avec pour objet d'analyse l'étude des conditions d'ouverture dans le droit criminel canadien, représentatif de la common law.

2.1 Nature et intensité de la menace

Le droit canadien est assez particulier sur ce point. Le régime applicable à la contrainte étant partagé en deux parties qui ont chacune leur conception précise du moyen de défense. Ainsi nous avons la version législative codifiée que l'on retrouve à l'article 17 du Code Criminel canadien : " Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne)". Et l'excuse de common law dont la légalité

en droit canadien provient de la rédaction de l'article 8(3) du code criminel qui permet de soulever un moyen de défense issu de la common law : "Chaque règle et chaque principe de la common law qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles".

Si la contrainte de common law devait à l'origine s'effacer devant la contrainte codifiée, la passation ne s'est pas fait sans heurts et finalement les deux conceptions du même moyen de défense coexistent pour régler des situations propres. Le champ d'action de chaque conception dépend de la qualité de l'agent. S'il a agi en tant qu'auteur principal du crime il devra recourir à l'art.17 du code criminel, en revanche s'il n'est qu'un participant il devra faire appel à la conception de la common law. "Une personne qui accomplit un acte criminel sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles peut aussi être capable d'invoquer un moyen de défense fondé sur une excuse (soit le moyen de défense exposé à l'art. 17 du Code criminel, soit celui de common law fondé sur la contrainte, selon que l'accusé est inculpé comme auteur principal ou comme participant). Il en est ainsi peu importe qu'il s'agisse ou non d'une infraction où l'existence de contrainte a une incidence sur l'existence de la mens rea"⁶¹.

La qualité de l'acteur va influencer ses possibilités de défense.

2.1.1 Common Law : Application de l'article 8(3) du Code Criminel.

La contrainte de common law est plus « souple » que la contrainte prévue à l'article 17. Les conditions d'ouverture prévues sont moins exigeantes, ce qui n'a pas manqué de heurter certains juges estimant, comme nous le verrons, que la contrainte de l'article 17 était anti-constitutionnelle sur certains points. Les différences sont

⁶¹ *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973 [*R. c. Hibbert*].

aujourd'hui en train de se résorber, la défense de common law ayant servi à modeler l'interprétation actuelle de l'article 17.

Pour que l'exonération de responsabilité puisse avoir lieu, il est d'abord nécessaire qu'un lien temporel suffisamment étroit réunisse menaces et perpétration de l'infraction. Cette conception n'exige pas la réalisation immédiate des menaces mais pousse plutôt l'analyse du côté de l'incitation à agir. L'ampleur du danger doit être telle que la volonté de l'agent doit être poussée immédiatement dans le sens de l'action criminelle. "La situation doit être à ce point urgente et le danger à ce point pressant qu'un être humain normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable"⁶². "Même si la menace porte sur la vie ou l'intégrité physique, les juges anglais ajoutent une précision importante: pour sauver le prévenu, cette menace doit obéir à un double critère. Le premier est subjectif et traite du point de savoir si le défenseur a agi parce qu'il avait de bonnes raisons de croire que s'il ne le faisait pas, le tiers auteur de la menace le tuerait ou le blesserait. Et en cas de réponse affirmative, apparaît un second critère, objectif celui-là, traitant du point de savoir si un tiers partageant les caractéristiques du prévenu aurait agi pareillement"⁶³.

L'agent a l'obligation "d'épuiser tous les moyens disponibles et raisonnables de s'en sortir sans danger"⁶⁴. C'est une condition logique, la menace doit rendre toute solution légale de s'en sortir impraticable. Si pour toute personne placée dans les mêmes circonstances les menaces laissent ouverte une brèche dans la légalité, l'agent n'aurait pas du commettre de crime. Cela signifierait qu'il a préféré commettre un acte délictueux plutôt que de se conformer à la loi, démontrant ainsi qu'il a formulé la *mens rea* nécessaire à la perfection de l'infraction qui lui est reprochée. Ce constat l'empêche bien évidemment alors de soulever un tel moyen de défense. "Pour

⁶² *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S., 251 [*Perka c. La Reine*].

⁶³ *Jean Pradel*, supra note 9, à la p. 344.

⁶⁴ *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q., 689.

supprimer la liberté de choix, la nécessité doit revêtir une intensité de nature à rendre l'obéissance à la loi démonstrativement impossible"⁶⁵.

Si jamais l'infraction commise sous la menace est un meurtre, ou une infraction d'une gravité comparable, l'agent ne pourra soulever efficacement le moyen de défense de contrainte. Il doit donc d'abord chercher une solution légale de se sortir de la situation, et par la suite rejeter toute solution ayant pour conséquence la mort d'un innocent. Aucune menace ne peut, en common law, justifier la mise en jeu d'une vie humaine.

"Il faut se demander si l'auteur de l'acte avait réellement le choix : pouvait-il faire autrement ? S'il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, alors la décision de contrevenir à la loi est un acte volontaire, mu par quelque considération autre que les impératifs de la nécessité et de l'instinct humain"⁶⁶.

Encore cette fois on utilise un critère objectif modifié. "Même si l'on admet que l'omission d'une personne de prendre des mesures pour acquérir une connaissance raisonnable de toutes les possibilités qui s'offrent à elle peut constituer en soit une forme de choix, on peut encore soutenir que cela n'est vrai que si cette personne est capable d'acquérir et d'analyser des renseignements additionnels. Autrement dit, une personne ne choisit pas de s'abstenir d'agir lorsqu'au départ elle est incapable d'agir ou de savoir quand agir. En conséquence, on peut avancer l'argument qu'il convient de prendre en compte les capacités et aptitudes particulières de l'acteur en formulant la norme objective qui sert à déterminer l'existence d'autres solutions possibles, comme le moyen de s'en sortir sans danger"⁶⁷.

Finalement, concernant l'absence de faute antérieure de l'agent, comme en droit français, l'accusé qui peut prévoir ou aurait dû prévoir les conséquences de ses actes ne peut profiter de la protection offerte par les défenses d'état de nécessité et/ou de

⁶⁵ *Hughes Parent*, supra note 5, à la p. 403.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 403.

⁶⁷ *R. c. Hibbert*, supra note 61, à la p. 344..

contrainte : "Si l'état de nécessité était clairement prévisible par un observateur raisonnable, si l'auteur a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, alors je doute que ce soit ce à quoi l'accusé a fait face ait été une situation d'urgence au sens pertinent. Sa réaction n'a pas, dans ce sens, été involontaire. Une faute contributive de cette nature, mais de cette nature seulement, est une considération pertinente quant à la possibilité d'invoquer le moyen de défense. Si la faute de l'accusé consiste en des actes dont les conséquences manifestes étaient de le placer en situation de contrainte, alors l'accusé n'a pas réellement fait face à une situation d'urgence qui l'a obligé à commettre l'acte illégal qu'il demande maintenant d'excuser"⁶⁸.

La faute antérieure ne fait pas automatiquement obstacle au jeu des moyens de défense. Il faut que l'application du critère objectif modifié démontre que 1/ la contrainte soit un effet directe de la faute de l'agent, 2/ que la situation de contrainte ait été prévisible pour une personne raisonnable revêtue de certaines des caractéristiques de l'agent évoluant dans des conditions proches.

2.1.2. Application de l'article 17 du Code Criminel.

L'article 17 exige la présence de l'auteur des menaces sur la scène du crime, et la réalisation immédiate des menaces en cas de refus de l'agent de commettre le crime demandé. On va bien au-delà de la condition de lien temporel étroit posée par la conception de common law. L'auteur des menaces ne doit pas forcément se trouver à l'endroit exact où se trouve l'agent pas même à proximité, ce n'est pas tellement une condition géographique. La proximité signifie que les menaces proférées peuvent être immédiatement mises à exécution si l'individu contraint tente de résister ou refuser d'agir comme exigé.

⁶⁸ *Perka c. La Reine*, supra note 62, 256 et 257.

"Les menaces doivent être exécutoires sur le champ, d'après l'article 17 C.cr. L'infliction de la mort ou des lésions corporelles doit survenir immédiatement après le refus de l'inculpé d'obéir. Cette condition d'ouverture est scrupuleusement observée par la jurisprudence"⁶⁹.

C'est cette restriction qui pose sérieusement problème au niveau de la Charte canadienne des droits et libertés et en particulier au niveau des articles 7 et 11⁷⁰. L'article 7 dispose que "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale". L'article 11(d) énonce que "Tout inculpé a le droit : d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable". Rappelons la force des principes énoncés dans la Charte canadienne selon l'article 1 : "*La Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique".

Pour être en accord avec la constitution les critères d'immédiateté et de présence doivent respecter certains critères élaborés par la jurisprudence dans l'arrêt *Oakes*⁷¹. On peut les résumer comme suit :

1/ l'objectif visé par la mesure doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté.

2/ les moyens choisis pour ce faire doivent être raisonnables si l'on applique un test de proportionnalité, cela signifie que :

a/ Les mesures doivent être conçues pour atteindre l'objectif fixé,

b/ l'atteinte portée à la liberté ou au droit doit être la plus minime possible,

⁶⁹ *Côté-Harper*, supra note 29, à la p. 1233.

⁷⁰ *R. c. Ruzic*, supra note 31, 719.

⁷¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

c/ il doit y avoir proportionnalité entre les mesures de restriction et l'objectif suffisamment important qui est poursuivi.

Or on peut atteindre l'objectif fixé en remplaçant les conditions d'immédiateté et de présence par la condition d'un lien temporel étroit comme le fait la common law. L'atteinte à la liberté en sera bien moindre et surtout cela empêchera de déclarer pénalement responsables des personnes qui n'avaient pas formé l'intention de commettre un crime, qui n'avaient pas la mens rea nécessaire à la caractérisation de l'infraction.

La situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire et revêtant certaines des caractéristiques spécifiques à l'accusé. Encore une fois on se retrouve confronté à un critère objectif modifié. La capacité de l'accusé à prendre en compte l'ensemble des choix qui sont à sa disposition sera évaluée devant le tribunal à l'occasion de l'application de ce critère.

Pour le Juge Lamer "En général, la personne qui accomplit un acte à la suite d'une menace sait ce qu'elle fait et connaît les conséquences probables de son acte. Ce sont les circonstances qui permettent de déterminer si elle désire ou non que ces conséquences se produisent. Par exemple, la personne qui est forcée par des voyous armés de les conduire à une banque sait habituellement que le résultat probable de son acte sera une tentative de dévaliser une banque, mais elle ne désire peut-être pas ce résultat – en réalité, elle peut souhaiter vivement que les plans des voleurs soient déjoués, si cela est possible sans que sa sécurité ne soit compromise. Par contre, il est presque certain que la personne qui se fait dire que son enfant est gardé en otage dans un autre endroit, et qu'il sera tué si le vol à main armée échoue, désirera subjectivement qu'il réussisse. Bien que l'existence des menaces ait nettement un effet sur le mobile qui pousse respectivement chaque acteur à aider à perpétrer le vol qualifié, on peut dire seulement du premier acteur qu'il ne désire pas que le vol ait

lieu, et on ne peut dire d'aucun de ces acteurs qu'il ne connaît pas les conséquences de son acte"⁷². Ce sont les circonstances qui le plus souvent permettront de déterminer si l'inculpé avait formé la mens rea nécessaire à la perfection de l'infraction.

La faute contributive de l'agent, cela n'est plus surprenant au vu des développements déjà effectués, entraîne la pleine et entière responsabilité de ce dernier. Il ne pourra échapper à la sanction pénale si la situation délicate dans laquelle il s'est retrouvé est une conséquence d'une faute antérieure.

Le Canada revient peu à peu sur la distinction entre auteur principal et participant à l'infraction, où du moins les juges en effacent de plus en plus les divergences. Le régime de l'article 17 étant jugé inconstitutionnel à certains égards. Pour l'instant il semble impossible à l'auteur principal d'un meurtre de soulever une telle défense, alors que ceci est possible en France, voie qui semble également suivie par le Statut de la CPI.

2.2 Réaction nécessaire et raisonnable et intention d'éviter un dommage plus grand : utilité de l'infraction.

Dans le cas où l'acte illicite commis sous la contrainte ou en état de nécessité est le meurtre, le droit anglo-saxon postule qu'il n'y a pas de réelle nécessité à préserver une vie par rapport à une autre. En Angleterre donc le meurtre d'un innocent ne peut constituer une réaction nécessaire et raisonnable quelque soit l'angle sous lequel on aborde la question. En effet comment laisser à un être humain le pouvoir de décider qui doit vivre et qui doit mourir ? La loi se doit de défendre les victimes.

Comme en droit français, le dommage évité doit être d'une gravité supérieure ou au moins égale au mal infligé en droit canadien. C'est-à-dire qu'au minimum les

⁷² R. c. *Hibbert*, supra note 61, 991 et 992.

deux dommages causés doivent être comparables, il ne doit y avoir aucun indice permettant de croire que le mal infligé soit supérieur au mal que l'on encourait ; cela ferait immédiatement obstacle à l'application du moyen de défense.

On évalue le critère de proportionnalité de manière purement objective. "Si l'écart entre le mal causé et l'avantage tiré devient trop considérable, l'acte sera plus susceptible d'être considéré comme volontaire et donc inexcusable. Par exemple, si la personne doit détruire une ville afin d'éviter de se briser un doigt, on s'attendrait à juste titre qu'elle subisse le mal elle-même. Céder à la menace dans un tel cas ne correspond pas à la résistance normale à laquelle on s'attendrait. Néanmoins, à mesure que diminue le mal fait aux autres et qu'augmente la menace du mal pour la personne soumise à la contrainte, on en vient à un seuil où, selon les termes du Model Penal Code, une personne ayant une force de caractère raisonnable serait incapable de résister. La détermination de ce seuil se relève manifestement d'une appréciation morale de ce à quoi on s'attend qu'une personne puisse résister dans des situations difficiles. Un moyen utile d'effectuer cette appréciation consiste à comparer les intérêts opposés qui sont en jeu et à évaluer la mesure dans laquelle le mal causé par une personne dépasse l'avantage qui découle de son acte"⁷³.

Le danger redouté doit être immédiat et faire craindre un mal pour l'intégrité physique ou la vie. Si la vie de la personne n'est pas mise en péril le critère de proportionnalité ne saurait être respecté. Cette question a été débattue dans une affaire de meurtre par compassion au Canada : "On pensait que Tracy était souffrante avant l'intervention chirurgicale et on s'attendait à ce que cette douleur persiste ou augmente après l'intervention. Cette douleur constante ne constituait toutefois pas une situation d'urgence en l'espèce. Pour reprendre les mots du lord Juge Edmund Davies dans l'affaire *Southwark London Borough Council*, nous ne sommes pas en présence d'une situation d'urgence en l'espèce mais bien d'une situation persistante qui existe depuis longtemps. Ni la maladie ni l'opération ne mettaient la vie de Tracy

⁷³ *Perka c. La Reine*, supra note 62, à la p. 252.

immédiatement en danger. En fait, la santé de Tracy aurait pu s'améliorer si les Latimer n'avaient pas refusé le recours à une sonde d'alimentation⁷⁴. La réaction des parents de Tracy n'était ni nécessaire, ni raisonnable en l'espèce.

"Le jury doit se demander si, compte tenu des circonstances et des caractéristiques de l'accusé, sa croyance en un danger imminent était raisonnable"⁷⁵. "Au moment où il accomplit l'acte en cause, l'accusé doit croire sincèrement et pour des motifs raisonnables qu'il fait face à un danger immédiat"⁷⁶.

Nous l'avons vu, le critère de proportionnalité, que ce soit en droit pénal international ou dans les droits nationaux est celui qui fait le plus souvent obstacle à l'application d'une défense de nécessité et/ou de contrainte. En droit international, il empêche la défense de s'appliquer lorsque les crimes reprochés sont des crimes contre l'humanité ou des crimes de génocide. En droit Anglais, il empêche un inculpé de soulever la défense lorsque le crime commis est un meurtre. Malgré tout il arrive que ce critère, et les deux autres soient remplis en droit canadien, pour quelles conséquences ?

2.3 Conséquences de la réalisation des conditions

"Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire – le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne *qui a la maîtrise de son corps*, en l'absence de toute contrainte extérieure – entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation"⁷⁷. C'est ce qui a valu à l'article 17 d'être en partie déclaré inconstitutionnel, certaines de ses conditions permettant de déclarer responsables des personnes ayant eu une conduite involontaire.

Ainsi les défenses de nécessité et de contrainte lorsqu'elles sont caractérisées empêchent l'imputabilité de la responsabilité pénale. Cette affirmation reste

⁷⁴ *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 24 [*R. c. Latimer*].

⁷⁵ *Ibid.* aux pp. 21 et 22.

⁷⁶ *Hughes Parent*, supra note 5, à la p. 399.

⁷⁷ *R. c. Ruzic*, supra note 31, à la p. 716.

cependant limitée à certains types de crimes car nous le savons déjà la common law exclut le jeu de ces moyens de défense en cas de meurtre ou d'homicide volontaire.

En Common Law, deux jurisprudences font obstacle à la possibilité de soulever avec succès une défense de contrainte et/ou de nécessité lorsque le crime commis est un meurtre. On ne peut mettre en balance deux vies humaines dans un test de proportionnalité.

"In two landmark cases, *U.S. v. Holmes*⁷⁸, and *Regina v. Dudley and Stevens*⁷⁹, the common law rule was stated respectively by an American and English court that held it unlawful to preserve one life at the expense of another"⁸⁰.

Dans *Holmes*, un navire américain a connu le même destin que le *titanic*, il s'est abîmé en mer après avoir heurté un iceberg. Des survivants ont pu rallier un canot de sauvetage mais celui-ci a vite été submergé par le nombre, faisant peser un risque couler sur tous ses passagers. Après quelques heures, quatorze hommes furent jetés à la mer pour éviter la catastrophe ; les naufragés seront secourus le lendemain. L'homme d'équipage responsable de cette idée et l'ayant exécuté à l'aide d'autres membres d'équipage, si sa peine fut réduite, n'en fut pas moins déclaré coupable de meurtre.

Dans *Dudley et Stevens*, suite à la disparition de leur navire, trois hommes se retrouvent obligés de partager un radeau de survie. A bout de force et affamés au bout de quelques jours sur le frêle esquif, deux des protagonistes ont assassiné le troisième, plus jeune, pour se nourrir. Encore une fois les punitions seront assez légères au vue des conditions entourant l'acte, mais les deux hommes feront tout de même face à une condamnation pour meurtre.

Au Canada, la nécessité peut-elle être soulevée à l'encontre d'une accusation d'homicide ? La question est toujours ouverte, même s'il est "difficile d'imaginer une

⁷⁸ *United States v. Holmes*, 27 F. Cas. 360 (1842) (C.C.E.D. Pa 1842) (n° 15 383).

⁷⁹ *R. v. Dudley and Stephens*, (1984) 14 Q.B.D. 273; [1881-85] All E.R. (reprint) 61.

⁸⁰ Chérif M. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd., La Hague (Pays-Bas), Kluwer International Law, 1999, à la p. 489 [*Crimes against humanity*].

situation dans où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide"⁸¹. La contrainte quand à elle, selon l'article 17 du code criminel, ne peut trouver à s'appliquer dans un grand nombre de cas énuméré par l'article. Encore un manque de proportionnalité soulevé par les juges dans l'arrêt Ruzic entre la notion de common law et celle législative. Ces limitations ne se retrouvent pas dans le concept de common law. "Bien que l'article 17 du Code criminel reconnaisse l'effet exonératoire de la contrainte sur la responsabilité pénale de l'agent, sa portée est considérablement diminuée en raison de l'exclusion de certaines infractions spécifiques (meurtre, tentative de meurtre, agression sexuelle, vol qualifié,...). Cette exclusion, il va sans dire, pose de sérieux problèmes au point de vue constitutionnel"⁸².

Pour résumer, "la défense de nécessité exige la présence de trois éléments :

- a) un danger imminent ;
- b) l'absence d'alternative légale et raisonnable au comportement reproché ;
- c) une relation proportionnelle entre le mal infligé et le mal évité.

Les deux premiers éléments sont évalués selon un critère objectif modifié qui tient compte des particularités de l'accusé alors que le troisième élément est évalué selon un critère objectif"⁸³.

Concernant la contrainte, "La portée trop limitative de l'article 17 du Code criminel, causée par les critères d'immédiateté et de présence, viole l'article 7 de la Charte puisqu'elle permet de déclarer criminellement responsable des individus qui ont agi involontairement. Toutefois, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte eut toujours être invoqué et il échappe désormais aux restrictions d'immédiateté et de présence prévues à l'article 17 du Code criminel. Ce moyen de défense comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir et celle-ci sera évaluée en fonction de la norme à la fois

⁸¹ *R. c. Latimer*, supra note 74, à la p. 25.

⁸² *Hughes Parent*, supra note 5, à la p. 457.

⁸³ *R. c. Latimer*, supra note 74, à la p. 3

objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. Il doit y avoir un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer"⁸⁴.

Il s'en suit qu'en droit canadien, les moyens de défense de contrainte et de nécessité reposent sur l'absence de volonté.

Dans la dernière partie de ce devoir vont être évoquées des questions purement théoriques qui se posent dans le cadre de notre étude, comme l'utilité des distinctions entre nécessité et /ou contrainte et excuse/justification, ou encore l'étude du rapport qu'entretiennent les moyens de défense à l'étude avec les autres moyens de défense existant.

⁸⁴ *R. c. Ruzic*, supra note 31, à la p. 687.

TROISIÈME PARTIE

DE L'IMPORTANCE DE LA THÉORIE PÉNALE

CHAPITRE I

DISTINCTIONS ET RAPPORTS ENTRE CONTRAINTE ET NÉCESSITÉ

Nous l'avons évoqué dans l'introduction, tous les systèmes juridiques ne sont pas équitablement représentés devant les juridictions internationales lorsqu'il s'agit de rédiger leurs Statuts, de préciser les règles de procédure applicables ou encore de pallier à des manques et insuffisances dans les textes. Deux systèmes omniprésents se distinguent grandement des autres, voire les supplante, lorsqu'il s'agit d'élaborer la norme de droit pénal international ; il s'agit du système de common law et du système de tradition Romano-germanique (civil law). Tous les pays se revendiquant de l'un ou l'autre système reconnaissent l'existence de moyens de défense classés dans l'une ou l'autre catégorie des justifications et des excuses (classement que nous développerons dans la dernière partie de ce travail). "Even though national legal systems differ as to the legal nature of these categories of defences, their doctrinal basis, legal significance, and the scope of their application, the world's major criminal justice systems recognize the following defenses: insanity; self-defense; mistake of law or fact; compulsion (coercion and duress); necessity; and in a limited way "obedience to superior orders""⁸⁵.

Nous allons présenter cette classification, étudier sa pertinence et justifier de son utilité sur la scène internationale.

⁸⁵ *Crimes Against Humanity*, supra note 80, à la p. 448.

1.1 Définitions et conséquences de la distinction

A l'instar du Statut de Rome, de nombreux systèmes juridiques nationaux réfèrent indifféremment à l'état de nécessité et/ou à la contrainte, hybridant ces deux notions ou considérant l'un de ces moyens de défense comme une modalité d'application de l'autre. C'est mettre en avant l'origine commune qui réside en une menace pesant sur l'agent, lui imposant de suivre une conduite qui serait, en temps normal, jugée criminelle. Pourtant il existe de différences entre les deux défenses et elles ne sont pas à négliger.

La première différence, la plus essentielle, réside dans la provenance de la menace. Dans le cas de la contrainte, un deuxième participant entre en jeu, celui qui amène la menace, qui la représente. Au cœur de l'état de nécessité, ce sont les causes naturelles qui portent le danger. Cette distinction est celle que les auteurs font le plus volontiers, en fonction de l'origine humaine ou naturelle du danger que l'agent redoute. "Thus, where A destroyed a dike because B threatened to kill him if he did not, A would argue that he acted under duress whereas if A destroyed the dike in order to protect more valuable property from flooding, A could claim a defense of necessity"⁸⁶.

Cependant, il y a une autre distinction à faire, qui se rapproche un peu de la distinction entre excuse et justification. Elle concerne l'effet de la menace. En cas de contrainte l'agent ne dirige plus sa conduite, il est sous le contrôle d'une tierce partie, alors qu'en cas de nécessité, l'agent contrôle sa conduite et cherche les effets de l'action illégale qu'il commet. "The factual basis of duress originates in the impairment of the actor's ability to control his conduct or free will, and its judicial, doctrinal basis is the presumption that the alternative to committing the crime may have been so exceedingly unattractive that no reasonable person would have chosen

⁸⁶ *US v. Bailey*, 444 U.S. 394, 409/410 (1978).

it, even if there had been a choice. Moreover, it should impose a mental compulsion on the defendant, caused by an irresistible exterior force".⁸⁷ "In the case of necessity the agent intend to cause an unlawful harmful effect; he does entertain the *criminal intent* required by the criminal rule"⁸⁸.

Cette opinion d' Antonio Cassese reflète bien la théorie positiviste dominante ou traditionnelle qui place la culpabilité au centre de la justification des moyens de défense (négation de l'actus reus ou de la mens rea). Dans la jurisprudence canadienne on a progressivement remis en question cette approche, notamment dans l'arrêt Hibbert où la Cour suprême du Canada constate que l'état d'esprit envisagé à l'art.21 (1) criminel (traitant des participants à une infraction) n'est pas susceptible d'annulation.

Deux conceptions s'opposent ainsi lorsqu'on envisage la nécessité : sous l'angle de la culpabilité (notion de faute) et sous l'angle de l'imputabilité (notion d'acte volontaire). L'acte involontaire peut nier ou non actus reus ou mens rea, mais en l'absence d'un acte libre et volontaire, l'infraction peut difficilement être imputée à son auteur en toute justice.

1.2 Etat du problème en droit pénal international

Le droit international s'est penché sur la question dès les procès de Nuremberg. "The Nuremberg case law did not interpret the defence of necessity as requiring a general balancing of legal interests or goods; instead it considered the defence to be applicable in situations in which the actor's freedom of will and decision were limited to such an extent that the attribution of certain criminal results appeared unjust. Further, it did not clearly distinguish necessity from coercion and duress, as the main defences involving freedom of decision. From this it is apparent that the case law conflated the two concepts and that, in fact, the decisions were made on the basis of

⁸⁷ *Defenses in CICL*, supra note 45, à la p. 56.

⁸⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford (N.Y.), Oxford University Press, 2003, à la p. 242.

duress, not necessity"⁸⁹. La jurisprudence post-Nuremberg a effectivement traité de la nécessité sous l'angle ou selon la défense de contrainte. En fait la reconnaissance de la défense de nécessité était incertaine en common law (conclusions intermédiaires précédentes) et puisque la défense de contrainte de common law excluait son application en cas de meurtre, il semble que les T.M.I. aient créé une sorte d'hybridation dès l'origine. A l'appui de cette affirmation Kai Ambos cite les jugements *US v. Krupp et al.* (qui traite de la distinction entre légitime défense et nécessité), *US v. Olendorf* (rejette les présomptions de légitime défense et de nécessité), et al. et *US v. Krauch et al.* Déjà la distinction était opaque et les juges peu précis lorsqu'ils devaient faire la distinction entre les deux moyens de défense. Le Statut de la Cour Pénale Internationale entretient cette confusion.

Au niveau des comités préparatoires du Statut de la C.P.I. les juristes ont appuyé sur les convergences plutôt que sur les divergences entre les deux moyens de défense : le vingtième rapport rendu par le comité préparatoire mettait en évidence la similarité des conditions d'ouverture des deux moyens de défense. Il ne restait plus qu'un pas à franchir pour que les deux défenses se retrouvent essentiellement caractérisées par leurs conditions d'ouverture et soient rassemblées dans un même paragraphe : "In fact, the wording goes back to a proposal of the Canadian delegation apparently based on *Finta* precedent in which both defences were characterized primarily by the "imminent, real and inevitable threats" required"⁹⁰.

Le sous-paragraphe d) du paragraphe 1) de l'article 31 du Statut de Rome combine donc nécessité et défense. Le sous-paragraphe (a) traite de la maladie et de la déficience mentale, le (b) de l'intoxication alimentaire et le (c) de l'autodéfense, de la défense des personnes et des biens. Notons à ce sujet de la défense des biens que nécessité et contrainte ne peuvent être soulevées que pour des menaces de mort ou des atteintes graves à l'intégrité physique. La vie de l'agent doit être mise en danger

⁸⁹ *Other Grounds*, supra note 26, à la p. 1005.

⁹⁰ *Ibid*, à la p. 1036.

pour compter satisfaire au test de proportionnalité. On note également qu'aucune référence n'est faite à la possibilité de soulever une des deux défenses en cas de mort. On sait que la common law est opposée à ce genre de considération mais le Statut restant silencieux, il nous faudra attendre la jurisprudence avant de pouvoir confirmer que dans un tel cas l'accusé aura la possibilité d'invoquer ces défenses bien que le droit de Nuremberg semble pencher pour ne pas exclure l'homicide. Mais nous reviendrons ultérieurement sur ce point.

Si l'on regarde la construction du paragraphe 1, décomposé en 4 sous-paragraphe, il n'y avait aucune difficulté à séparer contrainte et nécessité et à rajouter un autre paragraphe pour distinguer l'une de l'autre. Ce travail de concision a donc été voulu et souhaité, contrairement à ce préconisaient toutes les conférences préparatoires. Ainsi, les deux moyens de défense se retrouvent imbriqués l'un et l'autre dans le Statut de Rome donnant naissance à un moyen de défense hybride empruntant à la fois à l'excuse, à la justification, à la nécessité et à la contrainte.

1.3 Etat du problème dans les droits nationaux

Ici le droit français constitue le meilleur exemple de similarité avec ce qui s'est produit au niveau international. Effectivement, avant d'identifier distinctement les deux moyens de défense, ceux-ci furent longtemps confondus, que ce soit au niveau des conditions d'ouverture ou des effets produits par leur ouverture.

Plusieurs raisons ont œuvré à la confusion des deux moyens de défense. Tout d'abord l'état de nécessité a été rapproché d'une sorte de contrainte, celle qui joue sur le moral, qui influence l'agent. L'origine de la menace imprévisible et irrésistible n'entre alors pas en cause, ou alors comme une donnée secondaire. Le manque de volonté de commettre un crime faisait échec à la responsabilité pénale de l'agent. Si la volonté manque par contre le choix est toujours possible pour l'accusé au moment où il pose son acte. L'article 64 du Code Pénal impliquant une abolition de la volonté sous l'influence d'un *évènement*, sans pousser plus loin, on retrouve dans cette

définition les caractères de l'état de nécessité, pas étonnant dès lors que les juges en soient arrivés à imbriquer étroitement les deux notions puisque déjà le législateur ne distinguait pas clairement. Le meilleur exemple de cette confusion date un peu puisqu'il s'agit de l'affaire du "bon juge Magnaud"⁹¹ qui devant un vol commis dans le but de nourrir un enfant a qualifié la défense à utiliser de contrainte.

Par la suite, le rapprochement s'est fait sur une base doctrinaire dont les juges se sont servis pour faire évoluer le droit. Les juristes ont prétendu que ces deux moyens de défense étaient similaires car ils intervenaient sur la même donnée : l'intention coupable⁹². C'est une donnée que l'on retrouve dans la doctrine canadienne et internationale. Or cette idée est discutable, en cas de nécessité le choix demeure et lorsque le temps de faire ce choix arrive, l'agent sait que le comportement qu'il adopte est répréhensible. Le droit pénal sanctionne cette conduite mais elle sera jugée adaptée aux circonstances si la défense est soulevée avec réussite.

Et puis c'est enfin la valeur du bien sacrifié qui est évalué et qui rapproche les deux défenses. "Si l'acte doit être justifié par l'état de nécessité, c'est parce qu'il est socialement utile lorsque le bien sacrifié est de valeur moindre que celui sauvé, ou socialement indifférent en cas d'équivalence des valeurs"⁹³. La société n'aurait rien à gagner à punir le crime en cas d'équivalence, c'est un bien sacrifié de toute façon contre un autre. Bien évidemment cette réflexion ne tient pas l'analyse, que prévoir lorsque des vies sont en jeu ? Il n'est pas possible de juger objectivement, juridiquement de la mise en balance d'une vie contre une autre. Et puis quand bien même, cela ne justifierais pas le rapprochement entre les deux défenses.

Le constat est évident, à son époque les juges français ont commis les erreurs de confusion que l'on retrouve aujourd'hui devant les juridictions pénales internationales. Lesquelles doivent en plus contenir plusieurs systèmes juridiques et

⁹¹ Trib. Corr. Château Thierry, 4 mars 1898, affaire Ménard, D. 1899, 2, pg. 329.

⁹² CA Amiens, 22 avr. 1898, D. 1899, 2, à la p.329.

⁹³ Wilfrid Jeandidier, supra note 52, à la pg. 296.

pour cela ne pas léser l'un par rapport à l'autre lors des emprunts qu'elles leur font. Maintenant le droit est clair.

Plus largement même, les magistrats français hybridèrent plusieurs défenses, outre celles que nous étudions, dans la confusion la plus totale. Ainsi, de même qu'on l'a comparée à la contrainte morale, la nécessité a été comparée à la force majeure. La force majeure est pourtant une notion qui n'appartient pas au même registre juridique ; elle continue encore aujourd'hui d'exister dans le domaine civil. L'origine de cette confusion est évidente. A l'époque ce qui pesait sur les épaules de l'agent n'était ni une menace, ni un risque quelconque mais une force irrésistible⁹⁴. Le cas de force majeure était inclus dans une situation de nécessité. On prend ici toute l'ampleur de l'importance de la clarté et de la précision requises par le droit.

De la même manière le bien fondé d'une distinction entre état de nécessité et légitime défense a été contesté. Jusqu'à ce que l'on se rende compte que dans la légitime défense une tierce personne était nécessaire sans que ce soit le cas dans l'état de nécessité où un facteur naturel peut entrer en compte.

Aujourd'hui les confusions sont plus rares. L'entrée en vigueur du nouveau code pénal français en 1994 a confirmé l'exonération de l'agent qui agit sous la force d'une contrainte. L'article 64 du C.P.A. posait en principe qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu (...) a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. L'article 122-2 C.P.N. dispose à peu près dans les mêmes termes que "n'est pas pénalement responsable la personne qui a agit sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister". Dans le même temps, l'état de nécessité est codifié dans le nouveau code pénal à l'article 122-7 (qui distingue bien entre les deux défenses puisqu'elles font chacune l'objet d'une codification propre) : "N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de

⁹⁴ Cass. Crim., 15 novembre 1856, B. 358.

la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace".

On remarque que les conditions d'ouverture restent les mêmes pour les deux moyens de défense. Cette similitude n'est plus considérée dès lors comme primordiale par les juges français qui distinguent maintenant bien les deux moyens de défense.

Avec le même schéma d'analyse étendons maintenant notre étude aux autres moyens de défense. Ceux-ci, dans les droits nationaux notamment, ont influencé le développement des notions de nécessité et de contrainte pour venir les enrichir (l'exemple de la force majeure en droit français est à ce titre très révélateur).

CHAPITRE II

DISTINCTIONS ET RAPPORTS ENTRE CONTRAINTE, NÉCESSITÉ ET AUTRES MOYENS DE DÉFENSE

Précédemment nous avons vu que les moyens de nécessité et de contrainte ont été longtemps des notions confondues au niveau des droits nationaux. Nous savons aussi que loin de cesser la confusion, voire l'hybridation de ces défenses se répercute aujourd'hui au niveau international à travers la rédaction de l'article 31 du Statut de Rome. Il convient dès maintenant de se tourner vers les autres moyens de défense pour se livrer à une analyse semblable. Le but de cette opération n'est cependant cette fois pas le même. Si nous avons cherché à mettre en exergue les différences jusque là, le but en était la mise en lumière les deux notions au centre de l'étude, leurs ressemblances, leurs différences. Maintenant il s'agit de comprendre la formation de la nécessité et de la contrainte, de ce qu'ils ont pu emprunter à d'autres moyens de défense pour se forger et s'élaborer. Avant d'aborder brièvement quelques moyens plus secondaires, nous traiterons de la défense d'ordres supérieurs qui ne manque pas de faire couler beaucoup d'encre.

2.1 La défense d'ordres supérieurs

Il y a plusieurs raisons à l'existence d'une telle défense. "The essential reasons for the defense of "obedience to superior orders" are (1) the hierarchical nature of the command military structure; (2) the need to maintain discipline in the military structure; and (3) the fact that a commanding officer is responsible for the acts of his subordinate"⁹⁵. Une structure militaire demande le respect du commandement et

⁹⁵ *Crimes Against Humanity*, supra note 80, à la p. 450.

l'obéissance aveugle aux ordres légaux, cela est nécessaire au maintien de la discipline et permet de faire rejaillir la responsabilité du donneur d'ordre au premier plan en cas de problème. L'examen de cette défense est motivé par le rapprochement des ordres supérieurs à une forme de contrainte que le droit international a spécifiquement exclue avant même d'élaborer sur les défenses classiques de nécessité et de contrainte.

Toutes les juridictions internationales, que ce soit le TPIY à travers son article 7, le TPIR, à travers son article 6, ou la CPI, rejettent la défense d'ordres supérieurs en tant que défense pleine et entière faisant obstacle à la responsabilité de l'agent. On peut retrouver des applications de cette règle dès Leipzig et la fin de la première Guerre Mondiale.

Dans l'affaire *Dover Castle*⁹⁶, un commandant de sous-marin a torpillé un navire hôpital de l'armée britannique. Il a mis à exécution l'ordre de ses supérieurs qui pensaient, comme la majeure partie de l'armée allemande, que les bateaux hôpitaux anglais desservaient des buts militaires et non seulement humanitaires. L'accusé a été déchargé de toute responsabilité mais uniquement parce qu'il était fermement convaincu de la mission militaire du navire et qu'aucune preuve n'était le contraire. L'ordre n'était pas assez manifestement illégal pour lui incomber la responsabilité de son acte.

On se retrouve face à une situation de départ identique dans l'affaire *Llandoverly Castle*⁹⁷. Encore une fois un navire hôpital de l'armée de sa majesté est torpillé par un sous-marin allemand. Mais cette fois, un deuxième crime est commis : les survivants du bateau sont exécutés par les sous-marinières. Le commandant ayant mis l'ordre à exécution n'a pu soulever avec succès la défense d'ordres supérieurs cette fois-ci. Selon la Cour personne ne pouvait douter que l'ordre d'abattre les survivants était

⁹⁶ *Empire c. Neumann* (Hospital ship "Dover Castle"), 16 *AJIL* 704.

⁹⁷ *Empire c. Dithmar and Boldt* (Hospital ship "Llandoverly Castle") (1921), 2 *ILR* 437, 16 *AJIL* 708.

manifestement et sans aucun doute illégal. Refuser d'obéir à un tel ordre était la seule conduite à tenir dans ces circonstances.

Ces décisions restent encore minoritaires après la première guerre mondiale et la règle générale reste qu'un subordonné ne peut voir sa responsabilité engagée du fait de son obéissance à un ordre supérieur, manifestement illégal ou non.

Puis on retrouve le moyen de défense dans l'article 8 de la Charte du tribunal de Nuremberg selon lequel, "le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige"⁹⁸.

Cette disposition, qui aujourd'hui fait figure de règle, est venue modifier *l'opinio juris ante* selon laquelle un soldat ayant obéi aux ordres, quels qu'ils soient, ne risquait aucunement de voir sa responsabilité engagée. La légalité ou l'illégalité manifeste des ordres en question ne rentrait pas en ligne de compte. Puis la seconde guerre mondiale est venue changer la donne et ce reliquat des manuels de guerre alliés disparut. La règle à la suite de la seconde guerre mondiale est donc que cette défense ne fournit pas une défense pleine et entière à l'agent sauf si elle s'assimile à une contrainte ; elle ne peut servir que de circonstance atténuante sauf dans certains cas prévus. L'autorité hiérarchique au militaire ne constitue dès lors plus une contrainte suffisante pour excuser ou justifier la commission d'un crime.

Clairement cette vision des choses est la bonne, il serait ridicule de ne pas sanctionner quiconque a exécuté l'ordre s'il a également partagé la *mens rea* du crime. Cela aboutirait à une situation où tout officier inférieur pourrait se dégager de sa responsabilité en accusant son supérieur pour l'ordre manifestement illégal transmis. Seuls les plus hauts responsables pourraient alors avoir à rendre des comptes, laissant les autres participants en dehors du royaume de la responsabilité.

⁹⁸ Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279, Statut du tribunal militaire international, art. 8.

Les ordres supérieurs, en dehors des cas où intervient un constat de contrainte, ne peuvent plus constituer une défense pleine et entière. Seuls les cas où un soldat ayant reconnu l'illégalité de l'ordre donné, et refusant par là-même de l'exécuter, peut trouver une défense si par la suite la contrainte a été utilisée à son égard dans le but de forcer sa décision. "In the *Einsatzgruppen* case, the American military Tribunal applied the *dictum* of the International Military Tribunal, rejecting the defence of superior orders because of the absence of compulsion or duress"⁹⁹.

La seconde guerre mondiale a modifié l'état du droit face à un ordre illégal. La défense d'ordre supérieur ne peut servir que de circonstance atténuante et cela sous une condition : que le subordonné n'ait pas connaissance de l'illégalité de l'acte ou à tout le moins ne puisse réaliser que l'acte est manifestement illégal,

Après que l'ordre ait été donné et que le soldat ait reconnu son illégalité quels choix lui sont envisageables pour lui ? Il peut choisir d'exécuter l'ordre en connaissance de cause ou bien il peut refuser d'appliquer l'ordre. En cas de contrainte il devra satisfaire au test de proportionnalité pour que sa défense soit reconnue. Il devra prouver que le mal qu'il tente d'éviter est plus grand que celui qu'il a provoqué. On retrouve le rapprochement de la défense de contrainte et de celle des ordres supérieurs. "If the subordinate is coerced or compelled to carry out the order, the norms for the defense of coercion (compulsion) should apply. In such cases, the issue is not justification, but excuse or mitigation of punishment"¹⁰⁰. Le lien entre les deux n'est cependant pas évident. Les soldats ont le devoir de suivre les ordres légaux donnés par un supérieur sous peine de sanctions, c'est la base de la discipline militaire. L'important à souligner est l'obligation de légalité apparente qui pèse sur l'ordre s'il veut être obéi. La résistance à l'ordre injuste ou à l'ordre manifestement illégal est devoir et est à distinguer de la contrainte qui peut venir appuyer la demande d'exécution. La défense d'ordres supérieurs ne vaut que si l'ordre donné était

⁹⁹ William A. Schabas, *Genocide in International Law : the Crime of Crimes*, Cambridge (Ang.), Cambridge University Press, 2000, à la p. 331.

¹⁰⁰ *Crimes Against Humanity*, supra note 80, à la p. 483.

manifestement légal. La contrainte ne trouve à s'appliquer que dès lors que la vie ou l'intégrité physique de la personne est mise en jeu ; dans un deuxième temps donc. Il semble que ces deux circonstances souvent mises en relation soient en fin de compte bien indépendantes. La preuve en est que les deux défenses ont été prévues séparément et que l'on peut très bien imaginer un scénario dans lequel défense d'ordres supérieures et contrainte pourraient trouver à s'appliquer séparément et sur des personnes différentes: l'ordre est répercuté par un officier d'un rang inférieur qui lui menace le soldat en cas d'inexécution.

La défense d'ordres supérieurs vient parfois également complexifier les données et ajouter à la confusion entre les différents moyens de défenses.

Si l'on se penche sur la pratique internationale, on constate effectivement une disparition de la défense pleine et entière d'ordres supérieurs, confirmant ainsi nos propos. Les Statuts des tribunaux ad hoc (pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda) nient l'existence d'une telle défense. Pour ces tribunaux, les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne peuvent intervenir que comme circonstance atténuante. Et encore, cela est laissé à l'appréciation souveraine des juges dans chaque affaire qui leur est soumise. Ils ne sont pas obligés de donner un quelconque effet sur ces circonstances (tout dépend des faits de l'affaire) et s'ils le font ils déterminent eux-mêmes dans quelles limites.

"In *Erdemovic*, the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia reflected the views of the International Military Tribunal and the International Law Commission's Nuremberg Principles, recognizing the distinction between duress and superior orders and noting that "the complete defence based on moral duress and/or a state of necessity stemming from superior orders is not ruled out"¹⁰¹. La défense d'ordre supérieur ne peut lever la responsabilité de l'agent que mise en relation avec la défense de contrainte et seulement si les conditions de cette dernière sont remplies.

¹⁰¹ Ibid. à la p. 331.

Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, rédigé par la Commission du droit international sur demande de l'Assemblée Générale des Nations Unies précise que : "Le fait qu'une personne accusée d'un des crimes définis dans le présent code a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international si elle avait la possibilité, dans les circonstances existantes, de ne pas se conformer à cet ordre"¹⁰². C'est désormais une règle figée qui ne risque plus d'évoluer.

Comme nous avons pu le constater à de nombreuses reprises jusqu'ici, il est difficile de délimiter les moyens de défense. Ceux-ci doivent en effet rester assez généraux pour pouvoir s'appliquer aux diverses situations rencontrées mais être assez précis pour ne pas empiéter le territoire et la zone d'application d'un autre. L'erreur étant humaine et les éventualités ne pouvant toutes être imaginées, c'est aux juges, en dernier ressort, de lever les imprécisions et de donner leur interprétation face au cas qui leur est soumis.

2.2 Autres moyens de défense

Nous allons à présent survoler quelques moyens de défense divers. Trois pour être exact : la force majeure, la légitime défense et le commandement de l'autorité légitime. Ceux-ci ont influencé d'une façon ou d'une autre la formation des règles que nous connaissons aujourd'hui sur la contrainte et l'état de nécessité.

La force majeure consiste en une circonstance imprévisible, irrésistible et extérieure à un justiciable, qui interdit de lui imputer, à faute, l'action ou l'omission qu'elle a provoquée.

Dans le droit français, lorsqu'elle est la cause génératrice du dommage subi par une victime, la force majeure fait obstacle à la qualification pénale des faits

¹⁰² *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II (Part Two), para. 43 et 44.

reprochés. La notion de force majeure est encore utilisée dans le droit pénal français, les juges de la Chambre criminelle de la Cour de cassation utilisant indifféremment les expressions de contrainte et de force majeure.

Réminiscence civiliste dont la contrainte a utilisé les conditions, elle sert maintenant à caractériser l'irrésistibilité de la menace. Appliquée plus strictement que la contrainte (en droit civil les droits inaliénables de l'agent sont moins menacés, il ne risque de subir qu'une demande de réparation), l'utilisation de ce principe a d'abord amené les juges à se montrer abusivement restrictifs quant à son admission.

Selon le principe de la légitime défense, est justifié l'individu qui, pour assurer sa défense, riposte à l'agression, à condition qu'il agisse immédiatement et de façon proportionnée.

Dans *R. c. Hibbert*¹⁰³, au paragraphe 49, une analyse intéressante est faite du rapport entre nécessité, contrainte et légitime défense : "Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la nécessité et la contrainte entrent tous en jeu dans des circonstances où une personne est exposée à un danger extérieur et qui, pour éviter le danger qui la menace, accomplit un acte qui serait par ailleurs criminel. Dans le cas de la légitime défense et de la contrainte, ce sont les menaces intentionnelles d'autrui qui sont sources du danger, tandis que, dans le cas de la nécessité, le danger résulte d'autres causes, telles que les forces de la nature, le comportement humain autre que des menaces intentionnelles de lésions corporelles". Pour les juges les trois défenses nécessitent un danger extérieur. Selon l'origine et la provenance du danger on peut distinguer légitime défense et contrainte qui demandent l'action d'un autre participant et la nécessité qui peut faire entrer en compte des forces telles que celles de la nature. Un rapprochement est donc opéré entre légitime défense et contrainte. Pourtant la distinction ne peut manquer d'être faite : en cas de légitime défense l'agent se retourne contre la personne à l'origine de la menace, il tente de se

¹⁰³ *R. c. Hibbert*, supra note 61, à la p. 973.

débarrasser du poids qu'on lui inflige en mettant à mal son tortionnaire (qui a commis le premier crime sur lequel viendra se greffer celui de l'agent). Ce qui n'est pas forcément le cas en présence d'une contrainte, l'agent pouvant se évacuer la menace en commettant le crime demandé par le tortionnaire. La démarche n'est pas du tout la même.

Quoi qu'il en soit autonomie de la volonté et libre-choix (respect de l'intelligence) sont les deux pierres angulaires du droit criminel que ces trois moyens de défense ont pour objectif de défendre et de faire respecter. Un individu qui ne dispose d'aucun autre choix raisonnable que de perpétrer le crime ou qui n'a pas la volonté de le perpétrer ne peut en être tenu responsable.

Relativement au commandement de l'Autorité Légitime, La loi (généralement Loi Pénale Spéciale) ordonne ou permet ce qu'une autre interdit à titre général et sous sanction pénale. Est pénalement irresponsable la personne qui accomplit un acte « commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal. Il n'y a pas grand-chose de plus à préciser une fois que l'on a constaté que cette défense répond aux mêmes attentes que celle développée antérieurement des ordres supérieurs.

Reprenons les notions afin de bien les caractériser. Les défenses de commandement de l'autorité légitime et d'ordres supérieurs se rencontrent lorsqu'un individu a accompli un acte sur ordre d'un supérieur auquel il doit obéissance. Ces moyens de défense ne pourront être soulevés si l'acte ordonné est manifestement illégal, si l'autorité qui l'a donné est manifestement incompétente ou si l'agent a abusé de son pouvoir.

La force majeure, notion civiliste de droit français à la base, consiste en une circonstance imprévisible, irrésistible et extérieure à l'agent. La force majeure peut constituer une modalité de l'état de nécessité et c'est pourquoi les juristes français utilisent indifféremment les deux notions en droit pénal.

Enfin la légitime défense permet, face à une attaque imminente et illégale, de poser une riposte nécessaire et mesurée. Un agresseur viole le droit en attaquant un individu alors le droit permet à cet individu de répliquer.

Après cette première distinction théorique entre moyens de défense, abordons la question des justifications et des excuses. Question qui soulève l'intérêt des doctrines nationales mais qui n'a pas encore été réellement posée au niveau international. D'ailleurs est-il envisageable de la soulever sur la scène internationale ? Une transposition est-elle souhaitable et pour quelles avancées ?

CHAPITRE III

PERTINENCE DE LA DISTINCTION JUSTIFICATION/EXCUSE DANS LA DÉTERMINATION DE LA NATURE DES MOYENS DE DÉFENSE DE CONTRAINTE ET DE NÉCESSITÉ

Les moyens de défense ont beau couvrir chacun des domaines hétérogènes, certains points communs permettent de les regrouper en diverses catégories. Ainsi, par le biais de leurs conditions d'ouverture, de leurs effets ou encore de leurs fondements, des rapprochements peuvent être effectués amenant la répartition de ces moyens en plusieurs "familles". Hughes Parent¹⁰⁴ distingue de cette façon les causes qui affectent la capacité d'orienter intelligemment son action des causes qui affectent la capacité d'orienter librement son action. En l'espèce on voit bien que tout le débat pour cet auteur tourne autour de la notion de capacité. Une division plus fréquente consiste à distinguer selon que le moyen de défense nie l'actus reus la mens rea ou encore la capacité de l'accusé.

Plus théorique sur la scène internationale, et c'est le point qui nous intéresse, est la classification bipartite singularisant les excuses des justifications. Issue de la common law cette division est omniprésente dans les ouvrages de doctrine canadienne (Traité de Droit Pénal canadien¹⁰⁵, Recueil du barreau¹⁰⁶,...) prouvant par-là même la réalité nationale de cette scission. La doctrine reste cependant très mitigée sur l'importance à accorder à cette dissociation, les droits de tradition romano-germanique ne lui accordant même que peu d'attention. Dans cette optique il est logique que nous nous intéressions à ces données pour entrevoir si, sur la scène

¹⁰⁴ Hughes Parent, supra note 5.

¹⁰⁵ Côté-Harper, supra note 29.

¹⁰⁶ Sophie Bourque, "Les Moyens de Défense" dans Collection de Droit de l'École du Barreau du Québec 2003-2004, Vol. 11, *Droit Pénal : Infractions, Moyens de Défense et Sentence*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2004, 278 p.

internationale, un bénéfice quelconque pourrait ressortir de l'emploi de la classification des moyens de défense entre justification et excuse.

3.1 Définitions et conséquences de la distinction

Distinguer justification et excuse n'est pas compliqué en soi, cependant définir correctement les excuses se révèle être un travail ardu. Précisons que les éléments de l'infraction sont tous caractérisés dans un cas comme dans l'autre, l'infraction est réelle mais l'accusé tente de nier l'imputabilité du crime pour lequel il est jugé.

Une justification consiste à légitimer une action qui normalement est classée dans le domaine de l'illégalité. L'accusé a violé la loi criminelle, a commis un crime prévu et sanctionné par le droit pénal, mais les circonstances spéciales dans lesquelles il a posé son geste rendent ce dernier justifiable. En d'autres termes, dans le cas d'une telle justification, l'acte commis en légitime défense est socialement acceptable et déclaré légitime. Le caractère répréhensif de l'acte s'efface. Le plus souvent la légitime défense est citée par les auteurs à l'appui de la démonstration. L'action criminelle qui intervient en état de légitime défense, si elle répond au critère de la proportionnalité bien entendu, ne peut être retenue à l'encontre de l'agent. La première faute n'est pas de son fait et il ne fait qu'essayer de se dégager d'une situation périlleuse posée par un autre agent. On remet en cause l'illicéité admise et codifiée de l'acte.

A l'inverse une excuse ne revient pas sur le caractère illégal de l'acte, celui-ci est admis mais encore une fois les circonstances rendaient la conduite en cause pardonnable, excusable. Le contexte permet de comprendre pourquoi l'agent a estimé devoir agir comme il l'a fait, soit que les circonstances rendaient la solution retenue raisonnable, soit qu'elles rendaient tout autre choix impossible à mettre en application ou irréaliste. Bien que coupable, l'agent est mis hors de cause, il est excusé. L'acte qu'il a posé ne doit pas porter sur ses épaules.

La distinction est simple. La justification supprime toute responsabilité, puisque l'acte cesse d'être illégal, tandis que l'excuse reconnaît la responsabilité criminelle de l'agent mais la lui pardonne.

Comme signalé en introduction de ce chapitre cette catégorisation est le lieu d'un renouveau des débats doctrinaux. La question des conséquences de cette distinction ressort comme étant un des points d'achoppement majeur entre les auteurs (comme le prouvent les écrits de John Cyril Smith¹⁰⁷, George P. Fletcher¹⁰⁸, Eugene R. Milhizer, Peter Westen¹⁰⁹, et James Mangiafico qui ont abordé et analysé le sujet).

Ces deux derniers auteurs, dans un périodique, distinguent trois conséquences importantes selon que les moyens de défense font partie de la catégorie des excuses ou de celle des justifications. "Notwithstanding the fact that justification and excuse both result simply in acquittal, it is said that the distinction has two, and, by some three, important consequences. It may, it is said, affect the liability of others in two ways:

1. Excusable conduct may be resisted by a person who is threatened by it; but justifiable conduct may not be resisted.
2. Excusable conduct may not lawfully be assisted by another but justifiable conduct may be.

Some, but not all, of the commentators would add:

3. Where the facts provide a justification for the defendant's conduct, he is justified even if he is unaware of those facts; and where the facts are capable only of excusing, the defendant is not excused unless he is aware of those facts"¹¹⁰.

Si les conséquences juridiques sont les mêmes au final, les conséquences théoriques sont beaucoup moins anodines surtout si on se place dans le domaine

¹⁰⁷ John Cyril Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, Londres, Stevens, 1989, 133 p [John Cyril Smith].

¹⁰⁸ George P. Fletcher, "Domination in the Theory of Justification and Excuse" (1996) 57 U. Pitt. L. Rev. 553.

¹⁰⁹ Peter Westen, et James Mangiafico, "The Criminal Defense of Duress : a Justification, not an Excuse – and why it Matters" (2003) 6 Buff. Crim. L. Rev. 833.

¹¹⁰ John Cyril Smith, supra note 107, à la p. 8.

international où les crimes reprochés sont d'une importance tout autre. En effet, dans l'absolu, il nous semble que justifier un crime comme un génocide est déjà à la limite du plausible, bien qu'envisageable, alors que l'excuser semble tout simplement irréaliste.

3.2 Etat du problème en droit pénal international.

Le droit pénal international n'est pas très étoffé sur le domaine. Deux documents semblent pouvoir nous apporter quelques éclaircissements : le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et les jugements rendus dans l'affaire Erdemovic.

Les rédacteurs du Statut de Rome semblent n'avoir déployé que peu d'intérêt pour cette distinction comme le démontre la rédaction des articles placés sous le chapitre III. Principes généraux du droit pénal. En effet aucun moyen de défense n'est ouvertement désigné comme étant une justification ou une excuse. "When speaking of "excluding criminal responsibility" without further differentiation, however, the Statute leaves open the question as to whether a given ground is justifying the wrongful act or solely excusing the perpetrator, or even merely negating punishability for some other substantive reason"¹¹¹.

Cependant, si l'on souhaite dépasser la lettre de la loi pour se concentrer sur sa signification, on peut relever quelques dispositions intéressantes. La rédaction de l'article 33 est, à ce titre, révélatrice : "Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, *n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale*, à moins que :...". L'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi, sauf certaines conditions précisées ultérieurement dans l'article, ne sauraient dégager l'agent de sa responsabilité pénale. Or nous avons vu dans les définitions que la justification dégage précisément l'agent de cette responsabilité en faisant disparaître l'illégalité communément admise et

¹¹¹ *Otto Triffler*, supra note 42, à la p. 539.

sanctionnée de son acte. Par conséquent nous nous trouvons face à une excuse qui laisse perdurer et affirme la responsabilité criminelle de l'accusé mais permet, eu égard aux circonstances, de mitiger la peine encourue voire de la supprimer.

L'article 31, pour sa part, laisse la question pleinement ouverte. Aucune distinction n'est faite entre les motifs d'exonération de la responsabilité pénale selon qu'ils se classent dans le domaine de l'excuse ou de la justification. Les commentateurs n'ont donc pas souhaité donner de poids à cette distinction. C'est regrettable car dans le même temps ils s'interdisent d'explicitier dans quelle mesure les moyens de défense exposés dans le Statut interviennent sur la responsabilité de l'individu. Lesquels nient la responsabilité et lesquels laissent cette responsabilité intacte malgré une absence ou une diminution de la sanction ? Cette question ne trouve ici pas de réponse par l'intermédiaire des données que nous avons soumises à l'étude.

Ainsi que constaté donc, l'article 31 est rédigé de telle manière qu'il est difficile, voire impossible, de délimiter ce qui tient de l'excuse et ce qui tient de la justification. Cela n'est en fait guère surprenant si l'on observe la rédaction du paragraphe 1.C) de l'article 31 qui manque déjà d'établir clairement la distinction entre contrainte et état de nécessité. Ces deux notions qui sur la plan national sont distinguées et clairement délimitées se retrouvent étroitement imbriquées, il n'est alors guère surprenant de voir que des distinctions plus théoriques telles que celle qui nous intéresse ne sont pas scrupuleusement explicitées et précisées.

En ce qui concerne le T.P.I.Y., "In *Erdemovic* the proportionality issue being the pith of the judgment as a result"¹¹². La Cour ainsi a considéré la défense d'ordre supérieure, en relation avec une certaine contrainte subie par l'agent, comme une excuse : les circonstances extrêmes de l'affaire atténuent l'acte d'*Erdemovic*. Il reste responsable de ses actes mais la contrainte exercée sur sa personne, telle qu'elle ressort circonstances (les ordres supérieurs ont été combinés à une contrainte

¹¹² *Mental Condition Defences*, supra note 15, à la p. 95.

s'exerçant sur la vie de l'accusé et de sa famille puisque une arme a été posé sur sa tempe et des menaces contre sa vie et celle des siens proférées s'il refusait d'exécuter les ordres). Le T.P.I.Y. semble donc avoir pris position concernant certaines défenses, il nous faudra attendre la jurisprudence de la CPI pour avoir plus de précisions quand à un possible maintien de l'analyse du T.P.I.Y.

Puisque le droit pénal international n'est pas très étoffé sur le domaine, tournons nous vers les droits nationaux pour compléter notre analyse.

3.3 Etat du problème dans les droits nationaux.

Conformément à ce qu'exprime Jean Pradel¹¹³, "dans les droits du système romano-germanique, l'état de nécessité est indéniablement admis comme un fait justificatif. Cette reconnaissance a d'abord été jurisprudentielle (...) mais dans la plupart des pays, la jurisprudence a été consacrée par la loi"¹¹⁴.

L'article 122-7 du Code pénal français traite de l'état de nécessité comme un fait justificatif général et autonome, confirmant ainsi la première affirmation. Cet article dispose que "n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace". La rédaction de cet article permet de conclure que le législateur a classé ce moyen de défense dans le domaine de la justification. L'individu sera exempté de peine puisque son acte néfaste est dicté par la nécessité. De nombreux auteurs de doctrine soutiennent cette thèse : Wilfrid Jeandidier¹¹⁵, Roger Merle et André Vitu¹¹⁶,...

L'article 122-2 quand à lui traite de la contrainte en ces termes : "N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une

¹¹³ Jean Pradel, supra note 9, à la p. 329

¹¹⁴ Ibid. à la p. 329.

¹¹⁵ Wilfrid Jeandidier, supra note 52, à la p. 294.

¹¹⁶ Merle, Roger, et André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, à la p. 591.

contrainte à laquelle elle n'a pu résister". Peu de doctrinaires français ont abordé le sujet de la classification de la contrainte entre justification et nécessité sinon pour démontrer la quasi-impossibilité de ce faire. La rédaction lapidaire de cet article ne donne en effet que bien peu d'indices.

Les droits de Common law, à l'exemple de l'Angleterre, sont plus hésitants à reconnaître une défense générale de nécessité dans les cas où des vies sont en balance, aucune justification ni même excuse ne pouvant être trouvée. Si l'on classe la nécessité comme justification alors elle ne pourra jamais être soulevée dans ces cas particuliers. Le récit de l'affaire du Zeebrugge, relaté par John Cyril Smith¹¹⁷ dans son ouvrage sur les justifications et les excuses est assez explicite à ce sujet, améliorant la compréhension que l'on peut avoir de cette conception.

Le Zeebrugge est un ferry qui a sombré en mer au large de la Belgique en 1987. Comme dans toute catastrophe marine de ce genre des scènes des troubles violents parmi les passagers ont émaillé la disparition du navire. Un fait cependant a particulièrement retenu l'attention et a fait l'objet d'une enquête puis d'un procès.

Lorsque le navire s'est abîmé en mer, de nombreux passagers se sont retrouvés au milieu des flots, encourageant le risque d'une hypothermie et donc en danger de se noyer. La seule planche de salut pour plusieurs douzaines de naufragés constituait en une échelle de cordes leur permettant de rejoindre une partie encore émergée du vaisseau. Malheureusement, toute tentative de rejoindre le pont était rendue impossible par la présence d'un jeune homme pétrifié à mi-distance sur l'échelle. Aucune solution autre ne s'offre alors aux rescapés : aucune autre échelle n'est en vue de l'endroit où ils nagent et l'accès à celle qui se présente devant eux est totalement bloqué (impossible de contourner l'individu certainement pétrifié par le froid ou la peur). Selon les dires des rescapés, plusieurs tentatives furent faites pour contacter le jeune homme, lui demandant de libérer l'accès ou d'expliquer le

¹¹⁷ John Cyril Smith, *supra* note 107.

pourquoi de sa conduite. Aucune ne s'est révélée fructueuse, le quidam reste cloîtré dans son silence et sa paralysie. En dernier recours, pour sauver de nombreuses vies, un officier présent a délogé la pauvre âme de son échelle et l'a poussé à l'eau provoquant sa mort mais permettant le sauvetage de plusieurs.

Aucun des passagers présents ni l'officier ne fut accusé de meurtre par manque de preuves. Il est certain que nombres de personnes auraient agit dans le même sens face à une telle situation... sauver sa vie et celle de nombreuses autres personnes au détriment d'une vie humaine. Cependant la common law ne semble pas l'entendre ainsi. Comme souligné précédemment, seul le manque de preuves directes démontrant que le fait d'avoir poussé ou frappé l'individu pétrifié a provoqué sa mort a conduit à un constat de non-responsabilité. John Cyril Smith conclut que : " such authority as exists is to the effect that the killing of one to save the lives of others cannot be justified"¹¹⁸. Même dans des cas aussi extrême la common law refuse toute justification permettant de mettre en balance une vie humaine contre une autre.

Au Canada, dans l'arrêt *Perka*, le juge Dickson a explicité les distinctions à faire entre excuse et justification, avec force d'exemples : "Une justification a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime. L'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital, ce sont là des personnes dont nous considérons les actes comme bons et non comme mauvais. Les gens sont souvent louangés pour de tels actes parce qu'ils sont accomplis pour un motif grand et noble. L'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur de l'acte reçoit de la part de la société.

Par contre, une excuse consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne

¹¹⁸ *John Cyril Smith*, supra note 107, à la p. 74.

devrait pas être attribué à son auteur. L'auteur d'un acte qui, à cause d'une maladie mentale, est incapable de juger la nature et les conséquences de ses actes, la personne qui agit sous l'influence d'une erreur de fait, la personne alcoolique, le somnambule : ce sont là des auteurs d'actes dont nous désapprouvons fortement les actes criminels, mais que, dans certaines circonstances précises, notre loi ne punira pas"¹¹⁹.

Nous le voyons on retrouve bien ici les distinctions présentées au début du chapitre.

Ce que l'on peut affirmer c'est en fait que la distinction entre excuse et justification est bien ancrée dans le domaine théorique. Tous les auteurs de doctrine concernant les moyens de défense, ou peu s'en faut, s'y réfèrent. Cependant, dans la pratique juridique des tribunaux, les conséquences de la distinction sont faibles en dehors de la question de l'imputabilité.

Les juges de la CPI vont devoir se prononcer sur cette distinction théorique mais qui devient fondamentale dès lors que l'on se penche sur la question de l'imputabilité. Entre un crime qui est excusé et qui conserve toute son illégalité et un crime qui est justifié et qui sort donc de l'illégalité il y a une différence morale non négligeable. Cependant, il nous semble que nécessité et contrainte, en D.P.I., devraient être considérées comme des excuses (pour conserver l'illicéité de leur acte intacte), toute justification semblant impossible aux crimes prévus par le Statut de la C.P.I.. La conséquence pratique principale est que le complice, à moins d'être lui-même sujet à la même menace, ne bénéficiera pas de l'excuse. A leur décharge signalons enfin que la nature des crimes auxquels sont confrontées les instances internationales rend la distinction très délicate à faire ne serait-ce que par la portée historique qu'aurait la reconnaissance d'une excuse pour un crime tel qu'un génocide.

¹¹⁹ *Perka c. La Reine*, supra note 62 aux pp. 246 et 247.

CONCLUSION

L'article 31 du Statut de Rome énumère les conditions et les caractéristiques que doivent remplir les défenses de nécessité et/ou de contrainte pour que l'auteur de l'acte illicite soit déclaré pénalement irresponsable. Une synthèse, basée sur les observations faites tout au long de notre étude, est maintenant indispensable pour finir de clarifier la situation. Ainsi, concernant :

a) L'origine, la cause de la menace : la menace à laquelle l'agent fait face peut avoir une origine naturelle ou humaine ("...résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave..."). L'origine de la menace permet de distinguer entre les deux moyens de défense. Lorsque la menace a une origine humaine, l'individu fera le plus souvent face à une situation de contrainte, alors que l'origine naturelle de la menace caractérise l'état de nécessité.

b) Les caractéristiques du danger auquel l'agent fait face : elles sont au nombre de trois, imminence, irrésistibilité, imprévisibilité.

- Imminence : La réalisation du danger doit être certaine de se concrétiser, l'agent ne doit pas simplement avoir peur de la menace. L'article 17 du Code criminel canadien exigeait la présence de l'auteur des menaces sur les lieux du crime et une exécution immédiate de la menace en cas de refus de coopérer de l'agent, ce qui a été déclaré contraire à la Charte des droits et libertés. Comme en droit français et en droit pénal international, le critère d'imminence signifie donc uniquement que les menaces peuvent être mises en application immédiatement (lien temporel étroit), sans imposer la présence de leur auteur aux côtés immédiats de l'agent. Le danger doit également être actuel, on ne peut soulever un moyen de défense de contrainte et de nécessité pour un danger passé.

- Irrésistibilité : l'agent ne doit pas pouvoir résister à la contrainte ou à l'état de nécessité, il ne doit pas pouvoir se dégager de la menace si ce n'est en posant

l'acte illicite qui lui est reproché. En droit français cette condition fait l'objet d'une appréciation in abstracto. En droit canadien, un double niveau d'analyse intervient : le premier est subjectif et traite du point de savoir si le défenseur a agi parce qu'il avait de bonnes raisons de croire que s'il ne le faisait pas, le tiers auteur de la menace le tuerait ou le blesserait. Et en cas de réponse affirmative, apparaît un second critère, objectif celui-là, traitant du point de savoir si un tiers partageant les caractéristiques du prévenu aurait agi pareillement.

- Imprévisibilité : L'accusé ne doit pas avoir pu prévoir la situation de contrainte et/ou de nécessité. Cette caractéristique exclut la possibilité de soulever les moyens de défense à l'étude lorsque la situation à laquelle l'agent est confronté découle d'une faute antérieure de sa part. De même, les moyens de défense ne seront pas disponibles si l'agent a l'obligation de subir le péril. Le D.P.I. et les droits nationaux sont en accord sur ce principe.

c) La cible de la menace. En droit français la cible de la menace peut être un individu ou un objet. Une menace d'atteinte à la propriété peut donc être suffisante pour soulever un moyen de défense de nécessité ou de contrainte. En common law, comme en droit international, cela n'est pas possible, seuls les menaces portant sur les individus permettent de soulever les moyens de défense.

d) L'excuse d'état de nécessité et de contrainte. Les moyens de défense de nécessité et de contrainte en D.P.I. tendent à être classés comme excuse comme nous l'avons précédemment vu. Cela a pour conséquence principale que le complice, à moins d'être soumis à la même menace, ne pourra bénéficier de la défense.

e) L'absence d'alternative et l'absence d'intention. Il semble que le Statut de Rome effectue un déplacement de l'analyse pour cette condition. La théorie classique, axée sur l'absence d'alternative, prônait que l'acte commis sous la contrainte ou sous l'emprise de la nécessité était involontaire au plan moral. Le Statut déplace le champ d'étude sur le terrain de l'intention ("...n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand..."). Les décisions à venir de la C.P.I. devraient nous permettre de confirmer cette assertion.

f) La condition de proportionnalité. Cette condition fondamentale peut prendre diverses formes. En droit canadien, elle ressort de la rédaction de l'article 17 du Code criminel qui exclut un certain nombre de crimes de l'application du moyen de défense de nécessité. Les droits de common law ne permettent pas de soulever les défenses de nécessité et de contrainte lorsque le crime commis est le meurtre ou l'homicide. Les juges du T.P.I.Y. ont fait leur cette règle de la common law, refusant dans l'arrêt Erdemovic de déclarer l'irresponsabilité pénale de l'accusé qui a donné la mort à des civils innocents (le critère de proportionnalité ne pouvant jamais être rempli dans ces conditions). Le Statut de la C.P.I. semble plutôt se rallier à la conception dégagée par les droits de tradition romano-germanique, selon laquelle aucun crime n'est directement exclu de l'applicabilité des moyens de défense. Selon cette conception il n'est pas nécessaire d'exclure d'emblée certaines situations (sous peine de déclarer coupables des individus n'ayant pas formé l'intention de commettre le crime), la condition sévère de proportionnalité faisant le plus souvent défaut lorsque ce sont des crimes graves qui sont perpétrés. C'est à ce stade que le pouvoir d'interprétation laissé aux juges prend toute son importance. Les juges de la C.P.I. dans leurs futures décisions pourraient décider, conformément au Statut, de n'exclure aucun crime de l'applicabilité de l'article 31 (1) d) mais de déplacer les conséquences de l'admission d'une défense de nécessité et/ou de contrainte de l'irresponsabilité pénale vers une atténuation de la peine. Ces défenses serviraient alors à prouver des circonstances atténuantes et non plus à nier la responsabilité d'un agent ayant commis un génocide, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Encore une fois, il convient d'attendre les décisions futures pour se constater sur la voie que les juges décideront d'emprunter.

Dans la catégorie des moyens de défense de la nature d'une justification et d'une excuse on trouve les moyens de défense d'état de nécessité et de contrainte. L'état de nécessité consiste en la sauvegarde d'un bien supérieur par la commission d'un acte illégal ; la contrainte, elle, annihile la volonté de l'agent et l'oblige à commettre un

acte délictueux. Ces deux moyens de défense sont universellement admis, ou du moins, peuvent être relevés dans tous les systèmes juridiques nationaux issus de la tradition romano-germanique ou de la common law. Si l'on peut en relever des traces dans la jurisprudence française et anglaise dès le XVII-XVIII^{ème} siècle, c'est la doctrine qui permet de faire remonter la naissance de ces moyens de défense à l'antiquité puisque que l'on retrouve déjà ces notions chez Aristote.

Ces défenses particulières, et plus généralement toutes les défenses, sont l'expression d'une sagesse centenaire et surtout la traduction juridiques de principes moraux fondamentaux concernant la responsabilité. Un individu ne peut être déclaré coupable s'il ne dispose pas de la capacité d'agir : moralement un acte involontaire ne peut être imputé à son auteur. Pour vouloir les conséquences de son acte, comme pour avoir l'intention de réaliser un dessin illicite, encore faut-il que l'acte ait été posé volontairement. Voilà le principe de base de la responsabilité pénale classique.

De tels principes ne pouvaient échapper à l'attention du droit pénal international. Celui-ci se devait de les traduire et de les incorporer à son corpus juridique. Dès ses balbutiements, à Leipzig, puis à Nuremberg et à Tokyo, ces notions font l'objet de tous les affrontements que ce soit en jurisprudence ou en doctrine. Il s'agissait d'adapter les moyens de défense empruntés aux expériences juridiques nationales, à la scène internationale et surtout à l'énormité des crimes reprochés, et qui plus est d'en fixer les délimitations et les conditions. Le droit pénal international se devait de se pencher sur ces principes ne serait-ce que par justice, dès lors qu'il reconnaissait la responsabilité individuelle. Cependant le défi était de taille, comment en effet établir des règles qui soient les mêmes pour tous et qui soient adaptées à des crimes internationaux? N'oublions pas que dans les grands procès internationaux criminels c'est l'humanité toute entière lésée dans ce qu'elle a de plus précieux (son humanité justement) que représente le procureur.

Les juristes et juges internationaux se sont ainsi référés à ce qui existait déjà afin de constituer un corpus unifié : les systèmes nationaux. Empruntant à l'une et l'autre des traditions juridiques, ils ont dégagé une règle, ou plus exactement des règles, dont

le point d'orgue se retrouve aujourd'hui dans la rédaction de l'article 31 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Ce qui nous a intéressé tout au long de ce mémoire est l'émergence de ces règles, leur développement et leur cristallisation. Quelle est la place de la préférence nationale (qui pousse les juges, juristes et rédacteurs à se tourner vers le système national dans lequel ils ont été éduqués lorsqu'ils sont confrontés à une situation nouvelle) ? du hasard ?

Ce que l'on peut affirmer avec force c'est que la jurisprudence internationale n'est pas encore pleinement cristallisée. L'observation de la formation historique des règles du D.P.I. montre combien les conceptions rivales des droits nationaux ont été transposées par les juges au niveau international. Ces rivalités et les contradictions qu'elles impliquent se retrouvent entre les divers tribunaux internationaux, voire même entre les juges d'un seul et même tribunal comme le démontre l'importance des opinions dissidentes de l'affaire Erdemovic devant le TPIY. Affaire dans laquelle la solution retenue ne prédomine que par la voix d'un seul. Une des questions les plus importantes, touchant les effets d'une défense soulevée avec succès n'est pas encore tranchée : doit-on suivre la conception de la common law comme le TPIY qui ne reconnaît pas une défense pleine et entière mais permet juste une diminution de la peine ? ou doit-on suivre une conception plus romano-germanique, comme semble le faire le Statut de la CPI qui dresse les défenses de nécessité et/ou de contrainte à la hauteur de causes d'irresponsabilité ?

Les juges de la CPI vont devoir répondre à cette question car les pouvoirs étendus qui leur sont confiés par le Statut de Rome lui-même leur permettront de préciser leur pensée et d'influer sur les règles auxquelles ils sont soumis. Les premières décisions issues de la CPI devraient fournir un nouvel éclairage aux questions soulevées dans ce mémoire et certainement ouvrir de nouvelles pistes de recherches et susciter de nouvelles interrogations.

BIBLIOGRAPHIE

1. Monographies

- Ascensio, Hervé, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit International Pénal*, Paris, Pédone, 2000, 1053 p.
- Batekas, Ilias, et Susan Nash, 2^e éd., *International Criminal Law*, Londres, Cavendish, 2003, 432 p.
- Bassiouni, Chérif M., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd., La Hague (Pays-Bas), Kluwer International Law, 1999, 610 p.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford (N.Y.), Oxford University Press, 2003, 472 p.
- Cassese, Antonio, et Mireille Delmas-Marty, dir., *Juridictions Nationales et Crimes Internationaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, 673 p.
- Cassese, Antonio, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, éd., *The Rome Statute of the International Criminal Court : a Commentary*, 3 vol., Oxford (Tor.), Oxford University Press, 2002, 2202 p.
- Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n° 31, édition révisée et augmentée, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services du Canada.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de Droit Pénal Canadien*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 1458 p.
- Delmas-Marty, Mireille, "L'influence du Droit Comparé sur l'activité des Tribunaux Pénaux Internationaux" dans Cassese, Antonio, et Mireille Delmas-Marty, dir., *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, 267 p.
- Desportes, Frédéric, et Francis Le Gunehec, 8^e éd., *Droit Pénal Général*, Paris, Economica, 2001, 997 p.

- Dixon, Rodney, Karim A. A. Kahn et Richard May, éd., *Archbold : International Criminal Court : Practice, Procedure and Evidence*, Toronto, Carswell, 2003, 1532 p.
- Jeandidier, Wilfrid, *Droit Pénal Général*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, 594 p.
- Jones, John R.W.D., *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2^e éd., Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 2000, 666 p.
- Knoops, Geert-Jan G.J., *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 2001, 297 p.
- La Rosa, Anne-Marie, "Procédure et Preuve devant les Instances Pénales Internationales : Hybridation de Traditions Juridiques" dans Dumont, Hélène, et Boisvert, Anne-Marie, dir., *La Voie vers la Cour Pénale Internationale : tous les Chemins mènent à Rome*, Montréal, Thémis, 2004, 616 p.
- Merle, Roger, et André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, 1068 p.
- Parent, Hugues, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, Montréal, Thémis, 2003, 587 p.
- Pink, Joel E., et David C. Perrier, éd., *From Crime to Punishment : an Introduction to the Criminal Law System*, 4^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1999, 474 p.
- Pradel, Jean, *Droit Pénal Comparé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, 803 p.
- Rassat, Michèle-Laure, *Droit Pénal Général*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 669 p.
- Robert, Jacques-Henri, *Droit Pénal Général*, 4^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 544 p.
- Sacco Rodolfo, *La Comparaison Juridique au Service de la Connaissance du Droit*, Paris, Economica, 1991, 175 p.
- Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law : Justice for the New Millennium*, Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 2002, 566 p.

- Saland, Per, "International Criminal Law Principles" dans Lee, Roy S., éd., *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute : Issues, Negotiations, Results*, The Hague (Pays-Bas), Kluwer Law International, 1999, 657 p.
- Salvage, Philippe, *Droit Pénal Général*, 5^e éd., Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2001, 182 p.
- Saunders, Ron P., et John A. McMunagle, éd., *Criminal Law in Canada : an Introduction to the Theoretical, Social and Legal Contexts : Cases, Notes and Materials*, 4^e éd., Toronto (Ont.), Carswell, 2002, 780 p.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2^e éd., New York, Cambridge University Press, 2004, 481 p.
- Schabas, William A., *Genocide in International Law : the Crime of Crimes*, Cambridge (Ang.), Cambridge University Press, 2000, 624 p.
- Smith, John Cyril, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, Londres, Stevens, 1989, 133 p.
- Soyer, Jean-Claude, *Droit Pénal et Procédure Pénale*, 15^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, 448 p.
- Stefani, Gaston, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2003, 682 p.
- Stuart, Don R., *Canadian Criminal Law : a Treatise*, 4^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 2001, 733 p.
- Stuart, Don R., et Ronald Joseph Delisle, *Learning Canadian Criminal Law*, 8^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 2001, 1201 p.
- Sunga, Lyal S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Boston, Norwell, 1992, 227 p.
- Triffterer, Otto, éd., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 1295 p.
- Verhaegen, Jacques, *Le Droit International Pénal de Nuremberg : Acquis et Régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 227 p.

Willis, James F., *Prologue to Nuremberg: the Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport et Londres, Greenwood Press, 1982, 292 p.

2. Périodiques

Alldrige, Peter, "Duress and the Reasonable Person" (1983) 34 N. Ir. Legal Q. 125.

Ancel, Marc, "From the Unification of Law to its Harmonization" (1976-1977) 51 Tul. L. Rev. 108.

Bakker, Jeanne L., "The Defense of Obedience to Superior Orders : the Mens Rea Requirement" (1989) 17 Am. J. Crim. L. 55.

Bayle, Michael D., "Reconceptualizing Necessity and Duress" (1986-1987) 33 Wayne L.R. 1191.

Beaumont, John, "Duress and the Principal Party to Murder" (1977) 40 Mod. L. Rev. 67.

Boodman, Martin, "The Myth of Harmonization of Laws" (1991) 39 Am. J. Comp. L. 699.

Bourque, Sophie, "Les Moyens de Défense" dans Collection de Droit de l'École du Barreau du Québec 2003-2004, Vol. 11, *Droit Pénal : Infractions, Moyens de Défense et Sentence*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2004, 278 p.

Christie, George C., "The Defense of Necessity considered from the Legal and Moral Points of View" (1999) 48 Duke L.J. 975.

Creighton, Geoffrey, "Superior Orders and Command Responsibility in Canadian Criminal Law" (1980) 38 U.T. Fac. L. Rev. 1.

Cross, Rupert, "Murder under Duress" (1978) 28 U.T.L.J. 369.

D'Amato, Anthony, "Superior Orders vs. Command Responsibility" (1986) 80 Am. J. Int'l L. 604.

Dienstag, Abbe L., "Fedorenko v. United States : War Crimes, the Defense of Duress, and American Nationality Law" (1982) 82 Colum. L. Rev. 120.

- Dressler, Joshua, "Exegis of the Law of Duress : Justifying the Excuse and Searching for its Proper Limits" (1989) 62 S. Cal. L. Rev. 1331.
- Dufour, Geneviève, "La Défense d'Ordres Supérieurs existe-t-elle vraiment?" (2000) 840 R.I.C.R. 969.
- Ehrenreich Brooks, Rosa, "Law in the Heart of Darkness : Atrocity and Duress" (2003) 43 Va. J. Int'l L. 861.
- Finkelstein, Claire O., "Duress : A Philosophical Account of the Defense in Law" (1995) 37 Ariz. L. Rev. 251.
- Fletcher, George P., "Domination in the Theory of Justification and Excuse" (1996) 57 U. Pitt. L. Rev. 553.
- Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline" (1998) 46 Am. J. Comp. L. 683.
- Fletcher, George P., "Basic Concepts of Criminal Law" (1998-1999) 7 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 75.
- Fletcher, George P., "Criminal Theory in the Twentieth Century" (2001) 2 Theoretical Inquiries L. 265.
- Fletcher, George P., "From Rethinking to Internationalizing Criminal Law" (2004) 39 Tulsa L. Rev. 979.
- Gaeta, Paola, "The Defence of Superior Orders : the Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law" (1999) 10 E.J.I.L. 172.
- Galand, Renaud, et François Delooz, "L'article 31 par. 1c) du Statut de la Cour Pénale Internationale : une remise en cause des Acquis du Droit International Humanitaire ?" (2001) 842 R.I.C.R. 533.
- Glazebrook, P. R., "The Necessity Plea in English Criminal Law" (1972) 30 Cambridge L.J. 87.
- Green, Leslie Claude, "Superior Orders and Command Responsibility" (2003) 175 Mil. L. Rev. 309.
- Green, Leslie Claude, "Drazen Erdemovic: the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Action" (1997) 10 Leiden J. Int'l L. 363.

- Green, Leslie Claude, "Superior Orders and the Reasonable Man", dans Leslie Claude Green, *Essays on the Modern Law of War*, Dobbs Ferry (N.Y.), Transnational Publishers, 1985, 281 p.
- Harvey, William F., "Criminal Law : Defense of "Necessity"" (1995) 39-SEP Res Gestae 36.
- Hill, John Lawrence, "A Utilitarian Theory of Duress" (1999) 84 Iowa L. Rev. 275.
- Horder, Jeremy, "Self-Defence, Necessity and Duress : Understanding the Relationship" (1998) 11 Can. J. L. & Jur. 143.
- Insko, James B., "Defense of Superior Orders Before Military Commissions" (2003) 13 Duke J. Comp. & Int'l L. 389.
- Jeschke, Hans-Heinrich, "The General Principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute" (2004) 2 J. Int'l Crim. Just. 38.
- Keith, Kirsten M.F., "The *Mens Rea* of Superior Responsibility as Developed by the ICTY Jurisprudence" (2001) 14 Leiden J. Int'l L. 617.
- Leibman, Lara, "From Nuremberg to Bosnia : Consistent Application of International Law" (1994) 42 Clev. St. L. Rev. 705.
- Lippman, Matthew R., "Humanitarian Law : The Development and Scope of the Superior Orders Defense" (2001) 20 Penn St. Int'l L. Rev. 153.
- Milgate, Helen P., "Duress and the Criminal Law : another about turn by the House of Lords" (1988) Cambridge L.J. 61.
- Milhizer, Eugene R., "Justification and Excuse : What they were, What they are, and What they Ought to be" (2004) 78 St. John's L. Rev. 725.
- Milhizer, Eugene R., "Duress and Absence without Authority" (1990) 1990-DEC Army Law. 34.
- Milhizer, Eugene R., "Necessity and the Military Justice System : a Proposed Special Defense" (1988) 121 Mil. L. Rev. 95.
- Mundis, Daryl A., et Gaynor Fergal, "Current Developments at the ad hoc International Criminal Tribunals" (2004) 2 J. Int'l Crim. Just. 879.

- Newman, Ralph A., "The Role of Equity in the Harmonization of Legal Systems" (1963) 13 Am. U. L. Rev. 1.
- Newman, Stephen C., "Duress as a Defense to War Crimes and Crimes against Humanity – Prosecutor v. Drazen Erdemovic" (2000) 166 Mil. L. Rev. 158.
- Osiel, Mark J., "Obeying Orders : Atrocity, Military Discipline, and the Law of War" (1998) 86 Cal. L. Rev. 939.
- Reed, Alan, "Duress and Provocation as Excuses to Murder : Salutory Lessons from Recent Anglo-American Jurisprudence" (1996) 6 J. Transnat'l L. & Pol'y 51.
- Rice, Carol M., "The Superior Orders Defense in Legal Ethics : Sending the Wrong Message to Young Lawyers" (1997) 32 Wake Forest L. Rev. 887.
- Sacco, Rodolfo, "One Hundred Years of Comparative Law" (2000-2001) 75 Tul. L. Rev. 1159.
- Sacco, Rodolfo, "Diversity and Uniformity in the Law" (2001) 49 Am. J. Comp. L. 171.
- Sander, Janssen, "Mental Condition Defences in Supranational Criminal Law" (2004) 4 Int'l Crim. L. Rev. 83.
- Sayers, Stephen M., "Defence Perspectives on Sentencing Practice in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia" (2003) 16 Leiden J. Int'l L. 751.
- Scaliotti, Massimo, "Defences before the International Criminal Court : Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility – Part 2" (2002) 2 Int'l Crim. L. Rev. 1.
- Solis, Gary D., "Obedience of Orders and the Law of War : Judicial Application in American Forums" (1999) 15 Am. U. Int'l L. Rev. 481.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, "Duress and Murder in Commonwealth Criminal Law" (1981) 30 I.C.L.Q. 660.
- Vand der Vyver, John D., "The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law" (2004) 12 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 57.

- Verhaegen, Jacques, "Le Refus d'Obéissance aux Ordres manifestement Criminels, pour une Procédure accessible aux Subordonnés" (2002) 845 R.I.C.R. 35.
- Vetter, Greg R., "Command Responsibility of non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC)" (2000) 25 Yale J. Int'l L. 89.
- Walters, Lynden, "Murder under Duress and Judicial Decision-making in the House of Lords" (1988) 8 L.S. 61.
- Westen, Peter, et James Mangiafico, "The Criminal Defense of Duress : a Justification, not an Excuse – and why it Matters" (2003) 6 Buff. Crim. L. Rev. 833.
- Yee, Sienho, "The Erdemovic Sentencing Judgement : a Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia" (1997) 26 Ga. J. Int'l & Comp. L. 263.

3. Thèses

- Scaliotti, Massimo, *Defences before the International Criminal Court : Substantive Grounds for excluding Criminal Responsibility*, Mémoire de Maîtrise en Droit International, Université de Québec à Montréal, 2001 [non publié], 149 p.

4. Jurisprudence

4.1. Canadienne

- R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814.
- R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687.
- R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3.
- R. c. Hales*, [1995] 26 W.C.B. (2d) 509 (C. Div. Prov. Ont.).
- R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.
- R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.
- R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q.675 (C.A.).

R. c. Osolin, [1993] 4 R.C.S. 495.

R. c. Mamem, [1992] R.J.Q. 2971.

R. c. Bellerive, [1991] 26 M.V.R. (2d) 144 (C. Div. Prov. Ont.).

R. c. Perka, [1984] 2 R.C.S. 132

4.2 Française et Européenne

Cass. Crim., 12 janvier 1977, B. 18.

Cass. Crim., 16 juin 1972, B. 191.

Cass. Crim., 6 janvier 1970, B. 11.

Cass. Crim., 27 décembre 1961, B. 563.

Cass. Crim., 26 novembre 1959, D. 1959.301.

Cass. Crim., 12 novembre 1959, B. 488.

Cass. Crim. 25 juin 1958, D. 1958.1.693.

Cass. Crim., 15 novembre 1856, B. 358.

Trib. Correct. Nantes, 12 novembre 1956, JCP 1957.II.10041.

Cass. Crim., 12 juillet 1956, D. 1936.1.44.

Trib. Correct. Colmar, 27 avril 1956, JCP 1957.II.10041.

Cass. Crim., 4 janvier 1956, D. 1956.1.130.

Cass. Crim., 12 mai 1954, JCP 1954.II.8246.

Cass.crim., 30 décembre 1953, Bull. crim. 360.

Cass. Crim., 2 juillet 1946, D. 1946.392.

Cass. Crim., 24 avril 1937, DH 1937.422.

Cass. Crim., 8 février 1936, D.P. 1936.44.

Cass. Crim., 20 avril 1934, S. 1935.1.398.

Cass.Crim., 19 octobre 1922, D.P. 1922.1.233.

Cass. Crim., 29 janvier 1921, S. 1922.1.85.

Cass. Crim., 11 avril 1908, D. 1908.1.261.

Cass. Crim., 18 janvier 1902, S. 1903.1.247.

Cass. Crim., 28 décembre 1900, DP 1901.1.81.

C.A. Amiens, 22 avril 1898, S. 1899.2.1.

Trib. Corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, affaire Ménard, S. 1899.2.1.
Affaire Touvier.

Cass. Crim., 27 novembre 1992, Bull. crim. 1992.394. 1082.

Affaire Papon.

Cour d'Appel Bordeaux, chambre d'accusation, 18 septembre 1996, 806.

Affaire Papon c. France (2002), Cour Eur. D.H, en ligne : [echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int/hudoc)
< <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>>.

4.3. Anglaise et Américaine

R. v. Dudley and Stephens, (1984) 14 Q.B.D. 273; [1881-85] All E.R. (reprint) 61.

United States v. Holmes, 27 F. Cas. 360 (1842) (C.C.E.D. Pa 1842) (n° 15 383).

4.4. Internationale

Procureur c. Drazen Erdemovic (1998) (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

Procureur c. Drazen Erdemovic (1997) (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Procureur c. Drazen Erdemovic (1996) (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

US v. List et al. (Hostages case, case 7) (1950), in TWC XI, 1230-1319.

US v. Krupp et al.(case 10) (1948), in TWC IX, 1327-1484.

US v. Krauch et al. (case 6) (1948), in TWC VIII, 1081-1210 (The I.G. Farben Trial).

US v. Flick et al. (case 5) (1947), in TWC VI, 1187-1223.

Empire c. Dithmar and Boldt (Hospital ship "Llandovery Castle") (1921), 2 *ILR* 437, 16 *AJIL* 708.

Empire c. Neumann (Hospital ship "Dover Castle"), 16 *AJIL* 704.

5. Statuts et Codes

Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (Art. 6, para. 4), en ligne : TPIR <<http://www.ictj.org>>.

Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (Art. 7, para. 4), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty>>.

Statut de la Cour Pénale Internationale (Art. 31, para. 1.d ; Art. 33), en ligne : Rome Statute of the International Criminal Court <<http://www.un.org/law/icc/>>.

Code criminel canadien (Art. 17 ; Art. 8(3)), en ligne : Ministère de la Justice Canada <<http://lois.justice.gc.ca/>>.

Code pénal français (Art. 122-2 ; Art. 122-4 ; Art. 122-7 ; Art. 213-4), en ligne: Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.