



HAL
open science

Les motifs d'exonération en droit pénal international

Barbara Drevet

► **To cite this version:**

Barbara Drevet. Les motifs d'exonération en droit pénal international. Droit. Université de Bordeaux, 2022. Français. NNT : 2022BORD0121 . tel-04051567

HAL Id: tel-04051567

<https://theses.hal.science/tel-04051567v1>

Submitted on 30 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Barbara DREVET**

**LES MOTIFS D'EXONÉRATION EN DROIT PÉNAL
INTERNATIONAL**

Sous la direction de Madame le Professeur **Valérie MALABAT**

Soutenue publiquement le 25 mars 2022

Membres du jury :

Madame Évelyne Bonis,

Professeur de droit privé et sciences criminelles, Université de Bordeaux, *président du jury*

Monsieur Olivier Cahn,

Professeur de droit pénal, CY Cergy Paris Université, *rapporteur*

Madame Anne-Laure Chaumette,

Maître de conférences HDR en droit public, Université Paris Nanterre, *examineur*

Madame Valérie Malabat,

Professeur de droit privé et sciences criminelles, Université de Bordeaux, *directeur de la recherche*

Monsieur Michel Massé,

Professeur émérite, Université de Poitiers, *rapporteur*

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci sont propres à leur auteur.

Les traductions proposées entre parenthèses dans les différentes notes de bas de page sont des traductions libres de l'auteur.

À vous 4 ...

REMERCIEMENTS

Merci au Professeur Valérie Malabat, à qui je dois tellement que ces quelques lignes ne pourront l'exprimer. Merci d'abord d'avoir accepté de me diriger. Merci pour votre confiance, votre patience, vos conseils si précieux, votre disponibilité de chaque instant, votre soutien infaillible, votre bienveillance permanente. Rien n'aurait été possible sans vous.

Claudia, Élodie, Julien, Marie, Sarah, Thomas et Timothée, merci d'avoir été et surtout d'être restés mes amis. Amane et Yan, malgré la distance géographique qui nous a séparés trop vite, merci d'être restés mes plus proches amis et de ne m'avoir jamais lâchée toutes ces années. Adeline, merci d'avoir été plus que mon amie, à chaque instant depuis plus de 7 ans. À tous les 10, merci d'avoir rempli ces années de moments si joyeux, si drôles et si délurés. Merci de faire partie de ma famille bordelaise.

Merci à Adeline, Amane, Flore, Marie, Pierre-François, Sarah, Thomas et Timothée pour leurs relectures consciencieuses et toute autre forme d'aide matérielle des derniers instants.

Parmi les membres de l'ISCJ, merci aux doctorants et enseignants qui ont rendu ma vie en salle des doctorants si agréable, si pleine de rire, de goûters et autres mots fléchés.

Merci à mes parents, pour leur confiance inébranlable et leur soutien sans faille. Vous m'avez toujours soutenue dans mes choix et, de Cergy à Bordeaux en faisant un petit crochet par l'Angleterre, vous m'avez accompagnée partout sans jamais sourciller. Enfin, merci à ma famille qui, de l'autre côté de la France, m'a toujours soutenue et encouragée.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AC	Law reports appeal cases
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.J.I.L.	American Journal of International Law
Art.	Article
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CETC	Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge
CIJ	Cour internationale de justice
C.L.F.	Criminal Law Forum
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
CPI	Cour pénale internationale
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
Cr. App. R.	Criminal appeal reports
Crim. L.R.	Criminal law review
C.U.P.	Cambridge University Press
D.	Recueil Dalloz
Dr. pén.	Revue Droit pénal
E.J.I.L.	European Journal of International Law
E.W.C.A.	England and Wales Court of Appeal
G.A.D.I.P.	Grands arrêts de droit international pénal
HL	House of Lords
I.C.L.R.	International and Comparative Law Review
I.Y.H.R.	Israel Yearbook on Human rights
J.C.P. G.	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition générale
J.I.C.J.	Journal of International Criminal Justice
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.R.T.W.C.	Law Reports of Trials of War Criminals
n.b.p.	Note de bas de page
ONU	Organisation des Nations Unies

<i>op. cit.</i>	Opere citato (dans l'ouvrage précité)
O.U.P.	Oxford University Press
para.	Paragraphe
P.U.F.	Presses universitaires de France
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
R.D.P.C.	Revue de droit pénal et de criminologie
R.D.M.D.G.	Revue de droit militaire et de droit de la guerre
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.C.R.	Revue internationale de la Croix-Rouge
R.P.D.P.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RPP	Règlement de procédure et de preuve
R.S.C.	Revue de sciences criminelles
s.	suivants
SCIJ	Statut de la Cour internationale de justice
SCPI	Statut de la Cour pénale internationale
ss. dir.	Sous la direction de
STPIR	Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda
STPIY	Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
STSL	Statut du Tribunal spécial pour le Liban
STSSL	Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
USCMA	United States Court of military appeals
v.	Voir
WLR	Weekly Law Reports

SOMMAIRE

PARTIE 1. LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

Titre I. Les conditions substantielles de mise en œuvre des motifs d'exonération

Chapitre 1. Les conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération

Chapitre 2. Les conditions spéciales de mise en œuvre des motifs d'exonération

Titre II. Les conditions procédurales de mise en œuvre des motifs d'exonération

Chapitre 1. L'invocation du moyen de défense tiré des motifs d'exonération

Chapitre 2. La preuve des motifs d'exonération

PARTIE 2. LES LIMITES A LA MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

Titre I. Les limites matérielles à la mise en œuvre des motifs d'exonération

Chapitre 1. Les limites tenant au caractère spontané de l'acte exonéré

Chapitre 2. Les limites tenant au caractère modéré de l'acte exonéré

Titre II. Les limites personnelles à la mise en œuvre des motifs d'exonération

Chapitre 1. Les limites tenant à la participation personnelle

Chapitre 2. Les limites tenant à la position personnelle

*« La perspective d'une cour criminelle internationale
contient la promesse d'une justice universelle »*

Kofi Annan

INTRODUCTION

1. Face à l'horreur et l'incompréhension suscitées par les crimes nazis, Hannah Arendt a considéré que « tout ce que nous savons, c'est que nous ne pouvons ni punir ni pardonner ces offenses, et que par conséquent elles transcendent le domaine des affaires humaines et le potentiel du pouvoir humain qu'elles détruisent tous deux radicalement partout où elles font leur apparition »¹. La justice pénale internationale a néanmoins décidé de punir, obligeant ainsi le juge à déterminer si l'individu est responsable pénalement ou s'il peut être exonéré de cette responsabilité.

2. **Définition de l'exonération.** L'exonération, du latin *exonerare* signifiant être déchargé d'un fardeau, s'entend d'une « décharge, totale ou partielle, d'une responsabilité (que l'on aurait normalement assumée) »². L'individu aurait dû être responsable mais, en présence de l'exonération, il ne l'est pas³. Il ressort de cette définition générale que, sans l'exonération, la responsabilité pourrait être engagée, ce qui indique que le fait générateur de responsabilité a bien été commis par l'individu. En cherchant à s'exonérer, l'individu ne conteste pas avoir commis ce fait mais cherche à expliquer pourquoi, malgré ce fait, il ne doit pas être tenu pour responsable. L'exonération permet alors de gommer la responsabilité pour retenir une non-responsabilité⁴.

3. **Définition de l'exonération en droit pénal.** Appliqué au droit pénal, cette possibilité d'envisager abstraitement la responsabilité de l'individu indique que des faits commis par l'individu présentent le caractère matériel d'une infraction. Il y a ainsi au moins une apparence d'infraction. En demandant à être exonéré, l'auteur d'un fait pénalement répréhensible cherche, non pas à remettre en question la commission de ce fait, mais à expliquer en quoi les circonstances de sa commission doivent conduire à ne pas retenir sa responsabilité pénale. La définition anglo-saxonne de ce que l'on peut qualifier de motifs d'exonération va dans le même sens, qui précise que toutes les défenses substantielles consistent à arguer que l'élément

¹ ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, p. 307.

² Définition « exonération », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Association Henri Capitant, 13^{ème} éd., 2020

³ BLOCH L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003, para. 3.

⁴ CHAUMETTE A.-L., « Les causes de non-responsabilité sont-elles effectives ? », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 201.

matériel de l'infraction a bien été commis par l'accusé mais pour une raison acceptable au regard du système pénal dans lequel il évolue⁵. Le Code pénal français n'utilise toutefois pas le vocable de l'exonération et consacre un Chapitre II aux « causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité » dans son Titre II « de la responsabilité pénale » du Livre I relatif aux dispositions générales. Chacune des causes d'irresponsabilité prévues commence ainsi par la formule « n'est pas pénalement responsable »⁶, ce qui laisse penser que, à la différence de l'exonération qui implique un changement d'état – le passage de la responsabilité à la non-responsabilité – elles viseraient un état et empêcheraient la survenance de la responsabilité⁷. Cela étant, la différence entre exonération et non-responsabilité peut être relativisée en observant que les articles 213-4 et 462-8 alinéa 1 du Code pénal, relatifs respectivement aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, disposent que l'individu « ne peut être exonéré de sa responsabilité du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou un acte commandé par l'autorité légitime ». Ces articles viennent exclure ou conditionner⁸ l'application de l'ordre ou l'autorisation de la loi et du commandement de l'autorité légitime, qui sont bien des causes d'irresponsabilité visées par le Chapitre II du Titre II du Livre I du Code pénal⁹. Motifs d'exonération et causes d'irresponsabilité renvoient ainsi aux mêmes éléments et ont un effet identique conduisant à déclarer l'individu pénalement irresponsable.

4. Expression employée par le Statut de Rome. C'est l'expression « motifs d'exonération » qui sera conservée ici car c'est elle qui est employée par le Statut de Rome de

⁵ GHAREH BAGHI V., « Critical study on mental incapacity in International criminal court », *Acta Universitatis Danubius Juridica*, 2011, vol. 2, p. 78 : « *all substantive defenses represent claims that the material element of the offense was indeed committed by the accused, but for a reason which is acceptable under the relevant criminal justice system* ». Dans le même sens v. KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014, p. 6 définit les défenses anglo-saxonnes substantielles comme des circonstances dans lesquelles « *the defendant admits that he committed the actual crime, but for a reason which is acceptable under the relevant criminal justice system* » (l'accusé admet qu'il a commis l'infraction mais pour une raison qui est acceptable selon le système pénal dans lequel il évolue).

⁶ V. *C. pén.*, art. 122-1 al. 1 relatif au trouble psychique ou neuropsychique ; *C. pén.*, art. 122-2 relatif à la contrainte ; *C. pén.*, art. 122-3 relatif à l'erreur de droit ; *C. pén.*, art. 122-4 al. 1 et 2 relatifs respectivement à l'autorisation ou l'ordre de la loi et au commandement de l'autorité légitime ; *C. pén.*, art. 122-5 relatif à la légitime défense ; *C. pén.*, art. 122-7 relatif à l'état de nécessité ; *C. pén.*, art. 122-9 relatif aux lanceurs d'alerte.

⁷ CHAUMETTE A.-L., « Les causes de non-responsabilité sont-elles effectives ? », p. 201 distingue ainsi la non-responsabilité, située en amont de la responsabilité et l'empêchant, de l'exonération, située en aval de la responsabilité et la gommant.

⁸ L'article 462-8 alinéa 2 dispose en effet que « l'auteur ou le complice n'est pas pénalement responsable dans le cas où il ne savait pas que l'ordre de l'autorité légitime était illégal et où cet ordre n'était pas manifestement illégal ». Ce faisant, il reconnaît l'effet exonératoire de ces causes de non-responsabilité sous réserve que les conditions visées soient remplies.

⁹ *C. pén.*, art. 122-4.

la Cour pénale internationale. Ce dernier consacre en effet un article 31 aux « motifs d'exonération de la responsabilité pénale ». Cette formulation tient en réalité à une volonté de dépasser les divergences terminologiques et conceptuelles des différents systèmes en présence, notamment des systèmes français et de *Common law*. Aussi l'expression française « cause d'irresponsabilité », renvoyant à des causes purement substantielles, n'apparaît-elle pas dans le Statut de Rome, pas plus que l'expression anglo-saxonne « *defences* », incluant quant à elle tous les arguments substantiels ou procéduraux qu'un individu peut invoquer pour empêcher l'établissement de sa responsabilité pénale¹⁰. Le Statut de Rome tente ainsi de s'affranchir de ces divergences en proposant une formulation neutre mais, parce que la liste des motifs d'exonération ne vise que des motifs substantiels d'exonération¹¹, il semble tout de même plus proche de la conception française que de la conception de *Common law*¹².

5. Absence de distinction entre motifs objectifs et motifs subjectifs d'exonération. La liste des motifs d'exonération effectuée par le Statut de Rome ne paraît procéder d'aucune classification particulière. Il adopte en effet la terminologie neutre de « motif d'exonération », comme le droit pénal français a choisi celle, sans doute non moins neutre, de « causes d'irresponsabilité ». La doctrine pénale française distingue quant à elle entre causes objectives d'irresponsabilité¹³ et causes subjectives d'irresponsabilité¹⁴, selon que la cause en question s'attache à l'infraction ou à la personne de l'auteur. La distinction entre ces deux catégories est assez peu discutée, de même que le contenu de l'une et l'autre catégorie. C'est en revanche le rôle attribué à chacune d'elle qui divise la doctrine pénale française. Que chaque cause

¹⁰ BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », in MCGOLDRICK D., ROWE P. et DONNELLY E. (ss. dir.), *The Permanent International criminal court : Legal and policy issues*, Hart Publishing, 2004, p. 263 : « *in its most simple sense, a defence represents a claim submitted by the accused by which he or she seeks to be acquitted of a criminal charge* » (définie simplement, une défense représente un argument avancé par l'accusé, par lequel il cherche à être acquitté des charges qui pèsent contre lui). V. aussi O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 478 : « *defense encompasses procedural matters like jurisdictional challenges and nullum crimen sine lege ; evidentiary challenges aimed at undermining the credibility or reliability of prosecution evidence ; and familiar, substantive defenses such as self-defense or alibi* » (les défenses englobent des défenses procédurales comme les exceptions de juridictions ou les atteintes au principe *nullum crimen sine lege* ; les arguments probatoires tendant à diminuer la crédibilité ou la fiabilité des preuves de l'accusation et les défenses substantielles plus familières comme la légitime défense ou l'alibi).

¹¹ Sur cette liste v. *infra* n°21.

¹² Dans le même sens v. ESER A., « Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility » in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1^{ère} éd., 1999, p. 544 qui relève que la liste prévue concerne uniquement des causes de non-responsabilité substantielles et a suivi sur ce point la tradition de l'Europe continentale.

¹³ La doctrine y range unanimement la légitime défense, l'état de nécessité et l'autorisation ou l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, regroupés au sein des « faits justificatifs ».

¹⁴ Sont des causes subjectives d'irresponsabilité le trouble mental, la contrainte et l'erreur.

d'irresponsabilité conduite à l'irresponsabilité pénale ne fait évidemment pas débat puisque c'est le rôle que leur confère le Code pénal. Mais l'on dira que c'est tantôt en supprimant l'élément légal¹⁵, tantôt en supprimant l'élément injuste¹⁶, tantôt en supprimant la culpabilité¹⁷ ou tantôt en supprimant l'imputabilité¹⁸. Finalement ce qui n'est jamais remis en question c'est qu'un fait a été commis par l'individu et qu'il a l'apparence d'un fait répréhensible, ce qui explique que l'on cherche à rendre l'individu pénalement responsable.

6. Dépassement de la distinction tenant aux effets sur les participants. Outre l'élément précis de l'infraction qui disparaîtrait, l'intérêt avancé de la distinction entre causes objectives

¹⁵ BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 27^{ème} éd., 2021, para. 410 : « les causes objectives de non-responsabilité [les faits justificatifs] ne détruisent pas directement la responsabilité de l'auteur, mais effacent tout d'abord l'élément légal de l'infraction » ; CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd., 2004, para. 241 : « les faits justificatifs se rattachent à cet élément [légal], qu'ils neutralisent » ; DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2021, para. 1249 : « les faits sont « justifiés » : le prétendu « élément légal » de l'infraction est neutralisé » ; DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *Droit pénal général*, L.G.D.J., coll. « Cours », 4^{ème} éd., 2020, para. 244 et s. rangent les faits justificatifs dans « la paralysie de l'infraction » ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, P.U.F., 7^{ème} éd., 2021, para. 426 parle de neutralisation du principe de l'infraction par les faits justificatifs ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, para. 431 considèrent que les faits justificatifs « neutralisent et même suppriment l'élément légal de l'infraction » ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 22^{ème} éd., 2019, para. 343 : « [en cas de faits justificatifs] il n'y a pas d'infraction car le préalable légal se trouve effacé ou neutralisé ».

¹⁶ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 12^{ème} éd., 2021, para. 242 et s. range les faits justificatifs dans l'élément injuste ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 4^{ème} éd., 2017, para. 358 et s. classe les faits justificatifs au sein de l'élément injuste.

¹⁷ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 392 rangent l'erreur de fait et l'erreur de droit dans une sous-section relative à « l'absence de faute » dans le chapitre portant sur « la culpabilité » ; DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 423 et s. considèrent l'erreur de droit ou de fait comme un « obstacle à la culpabilité » ; MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, para. 580 et s. considèrent que l'erreur de fait et l'erreur de droit font disparaître l'élément moral ; PIN X., *op. cit.*, para. 226 : « il n'y a pas d'intention en présence d'une erreur de fait » ; RASSAT M.-L., *op. cit.*, para. 331 p. 356 : « [en cas d'erreur ou de trouble mental] nous sommes en présence de causes de non-culpabilité dues au fait que l'infraction n'a pas été commise faute d'élément moral ».

¹⁸ BOULOC B., *op. cit.*, para. 455 et s. range le trouble mental, la contrainte, l'erreur de droit et l'erreur de fait dans les causes de non-imputabilité ; CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 352 : « un individu est imputable lorsque, au moment où il agit, il a la faculté de comprendre la portée de ses actes – aptitudes à distinguer le bien du mal – et la liberté de vouloir ». En conséquence, les auteurs rangent dans les causes de non-imputabilité le trouble mental (para. 355 et s.) et la contrainte (para. 364 et s.) ; DREYER E., *op. cit.*, para. 837 : « des troubles psychiques ou neuropsychiques peuvent priver l'être de raison de son intelligence et une pression irrésistible peut le priver de sa volonté (...). On retrouve là deux causes ponctuelles de non-imputabilité » ; DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 370 : « l'imputabilité suppose que l'agent ait agi avec intelligence et volonté », ce qui conduit les auteurs à étudier le trouble mental et la contrainte ; MAYAUD Y., *op. cit.*, para. 462 : « certaines circonstances (...) détruisent l'imputabilité, et interdisent de ce fait poursuites et condamnation. Elles tiennent, soit à un défaut de discernement, soit à un défaut de libre arbitre ». L'auteur range dans cette catégorie le trouble mental, la contrainte et l'erreur sur le droit ; MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, para. 617 et s. rangent le trouble mental et la contrainte dans les causes de non-imputabilité ; PIN X., *op. cit.*, para. 287 : « une personne n'est coupable et (donc) punissable que si elle a compris et voulu son geste », ce qui le conduit à y classer le trouble mental, la contrainte et l'erreur de droit ; PRADEL J., *op. cit.*, para. 509 p. 447 : « des définitions données par la jurisprudence et la doctrine, il résulte que l'imputabilité suppose le discernement (ou la lucidité), la liberté d'agir et la connaissance de la réalité factuelle ou juridique ». Ainsi l'auteur range dans cette catégorie le trouble mental, la contrainte, l'erreur de fait et l'erreur de droit ; RASSAT M.-L., *op. cit.*, para. 439 paraît ranger la contrainte dans les causes de non-imputabilité.

et causes subjectives d'irresponsabilité est également qu'elle permettrait de faire le départ entre les causes objectives pouvant bénéficier à l'ensemble des participants, en vertu d'un effet *in rem*¹⁹, et les causes subjectives ne pouvant bénéficier qu'à celui qui les établit en sa personne, en vertu d'un effet *in personam*²⁰. Cette distinction entre les motifs d'exonération repose ainsi sur leur effet collectif ou individuel. Cela étant, les particularités du droit pénal international désorientent les distinctions classiquement opérées entre les différents participants à l'infraction, de sorte qu'il est possible de plaider en faveur d'une appréciation individuelle des motifs d'exonération, plus conforme à la réalité du droit pénal international²¹. L'opposition entre effet *in rem* et effet *in personam* peut ainsi être dépassée, affaiblissant l'intérêt de la distinction entre causes objectives et causes subjectives d'irresponsabilité.

7. Absence d'effet de la distinction sur la réparation due aux victimes. Le dernier intérêt qu'il y aurait à opposer causes objectives et causes subjectives reposerait sur leur effet sur la responsabilité civile. Ainsi, les premières, en supprimant le caractère répréhensible de l'acte, excluraient la responsabilité civile²² tandis que les secondes, en faisant perdurer ce caractère répréhensible, feraient perdurer l'infraction et la responsabilité civile. Le droit pénal international ne connaît cependant pas de responsabilité civile à proprement parler. Le Statut de Rome prévoit certes un mécanisme de réparation en faveur des victimes qui peut s'en approcher mais la comparaison ne peut se poursuivre plus avant car cette réparation ne peut être accordée aux victimes qu'en cas de condamnation de l'accusé²³. Or en présence d'un motif d'exonération des articles 31 à 33 du Statut de Rome, il ne peut pas y avoir de responsabilité pénale et, partant, pas de condamnation. Du point de vue de la réparation devant la Cour pénale internationale, la distinction entre cause objective et cause subjective d'irresponsabilité n'a ainsi pas d'intérêt.

8. Définition retenue. Finalement, la distinction entre cause objective et cause subjective d'irresponsabilité ne paraît pas présenter d'intérêt particulier pour étudier les motifs

¹⁹ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 288 ; DREYER E., *op. cit.*, para. 1269 ; DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 278 ; MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, para. 438.

²⁰ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 288 qui expliquent que si l'on retenait une analyse subjective des faits justificatifs, « la justification opère[r]ait *in personam*, en supprimant l'élément moral au bénéfice seulement de celui ou ceux qui sont justifiés ».

²¹ Sur ce point v. *infra* n°519 et s.

²² CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 289 ; PIN X., *op. cit.*, para. 255 ; DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 279 ; MAYAUD Y., *op. cit.*, para. 428 p. 515

²³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (ci-après *SCPI*), art. 75 para. 2 : « La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit » (nous soulignons).

d'exonération en droit pénal international. Aussi cette distinction ne sera-t-elle pas retenue, pour considérer qu'en droit pénal international, les motifs d'exonération s'entendent de tous les motifs substantiels qui, sans remettre en cause l'apparence d'infraction imputée à l'individu, sont susceptibles de faire disparaître sa responsabilité pénale. Il s'agit donc, face à la loi pénale générale et abstraite, de prendre en compte des cas particuliers pouvant amener à expliquer la commission de l'infraction et à convenir que ces circonstances particulières empêchent de retenir la responsabilité pénale de l'individu.

9. Définition du droit pénal international. L'appréhension des motifs d'exonération dans le contexte particulier du droit pénal international conduit à définir ce second aspect de l'étude. Une distinction est parfois opérée entre droit pénal international et droit international pénal. Le droit pénal international relèverait du droit pénal national applicable aux infractions présentant un élément d'extranéité²⁴. Il s'agirait donc d'appliquer la loi pénale française à une infraction « en contact avec un ordre juridique étranger »²⁵. Le droit international pénal serait quant à lui de source internationale et recouvrirait « l'ensemble des normes de droit international public qui ont pour but la protection de l'ordre public international par la prohibition de certains comportements qui y portent atteinte, sous peine de sanctions exécutoires, ainsi que la répression de ces comportements »²⁶. Dans sa vision contemporaine, le droit pénal international regroupe cependant ces deux aspects et est défini comme « la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international »²⁷. Ainsi entendu, le droit pénal international porte tant sur les infractions de droit interne présentant un élément d'extranéité que sur les infractions internationales²⁸.

10. Exclusion d'une étude sur les motifs d'exonération portant sur une infraction présentant un élément d'extranéité. Néanmoins, en présence d'une infraction présentant un élément d'extranéité, le droit français est tenu par le principe de solidarité des compétences législative et judiciaire, qui lie la compétence des juridictions pénales françaises à la compétence de la loi pénale française²⁹. Cela impose de commencer par vérifier l'applicabilité

²⁴ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, para. 287.

²⁵ De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 5.

²⁶ *Ibid.* p. 3.

²⁷ HUET A. et KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, P.U.F., coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2005, para. 1.

²⁸ REBUT D., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., 2019, para. 3-4.

²⁹ LOMBOIS C., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 1979, para. 12.

de la loi pénale française. Le cas échéant, les juridictions pénales françaises sont compétentes et doivent appliquer la loi pénale française. Du point de vue des motifs d'exonération, il faudrait donc appliquer les causes de non-responsabilité prévues par le Code pénal français. Cela étant, l'application de la loi française pourrait être remise en question, notamment dans des hypothèses emportant la compétence des juridictions françaises sur le fondement de l'article 689-11 du Code de procédure pénale relatif à la compétence du juge français pour les infractions relevant de la compétence du Statut de Rome. Il a en effet été suggéré que l'application de la loi pénale étrangère et, plus précisément, le droit fixé par le Statut de Rome, pourrait être préférable, notamment car la transposition de ce droit par la France n'a pas donné lieu à des règles parfaitement identiques³⁰. Il est par exemple relevé, à regret, que la définition du génocide est plus restreinte dans le Code pénal français que dans le Statut de Rome car elle exige que les infractions soient commises dans le cadre d'un plan concerté, ce qui n'est pas le cas dans le Statut de Rome³¹. De la même manière, dans le Code pénal français, les crimes de guerre sont prescriptibles et certains constituent seulement des délits, là où l'article 8 du Statut de Rome en fait des crimes imprescriptibles³². L'application directe des règles contenues dans le Statut de Rome permettrait donc de pallier ces insuffisances. Mais que l'on soit partisan d'une solidarité des compétences législatives et judiciaires – emportant donc l'application exclusive de la loi pénale française – ou que l'on concède que l'application directe du Statut de Rome soit préférable ne change finalement que peu de choses au domaine de l'étude ici entreprise. Dans la première situation, c'est en effet la loi pénale française qui sera applicable, donc les causes de non-responsabilité prévues par le Code pénal et relevant du droit pénal général interne. Or, applicables à l'ensemble des infractions prévues par le droit pénal français, elles ne paraissent présenter aucune spécificité en droit pénal international. La seule exception notable se trouve à l'article 213-4 du Code pénal qui exclut expressément l'autorisation de la loi ou le commandement de l'autorité légitime pour les crimes contre l'humanité et le génocide. Dans la seconde situation, ce sont les différents motifs d'exonération prévus par les articles 31 à 33 du

³⁰ CAHN O., « L'hypothèse de l'applicabilité directe des dispositions matérielles du Statut de Rome », in PLAS P. et ROETS D. (ss. dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut universitaire Varenne, coll. « Transition et justice », 2018, p. 46.

³¹ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour pénale internationale*, 15 mai 2003 : « La Commission recommande particulièrement l'abandon, dans la rédaction du texte, de toute référence à l'existence préalable d'un « plan concerté », que ne retient pas le Statut de la CPI et qui soulève d'importantes difficultés de preuve ». Pour une relativisation de la distinction entre droit français et droit du Statut de Rome v. JACQUELIN M., « L'exigence d'un plan concerté dans la définition française du génocide », in in PLAS P. et ROETS D. (ss. dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut universitaire Varenne, coll. « Transition et justice », 2018, spé. p. 96.

³² CAHN O., « L'hypothèse de l'applicabilité directe des dispositions matérielles du Statut de Rome », p. 46.

Statut de Rome qui recevront application devant le juge pénal interne et c'est donc bien eux qui doivent demeurer le sujet d'étude.

11. Restriction du domaine d'étude aux motifs d'exonération portant sur une infraction internationale par nature. Ces motifs d'exonération ont ainsi vocation à s'appliquer en cas de commission de l'une des infractions emportant la compétence de la Cour pénale internationale, c'est-à-dire un génocide³³, un crime contre l'humanité³⁴, un crime de guerre³⁵ ou un crime d'agression³⁶. Ces infractions sont qualifiées d'infractions internationales par nature « parce qu'elle[s] consiste[nt] en un comportement illicite qui porte atteinte aux fondements de la société internationale elle-même »³⁷. Le Préambule du Statut de Rome ne manque pas d'expressions pour traduire l'extrême gravité de ces infractions. « Atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine », « crimes d'une telle gravité [qui] menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde » ou « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » sont autant de formules que l'on trouve en son sein pour qualifier les infractions internationales par nature. Aussi, « le droit humanitaire – et la conscience universelle – dictent que ces crimes ne soient pas impunis »³⁸.

12. Antinomie apparente entre motifs d'exonération et infractions internationales par nature. Or la possibilité d'une exonération s'inscrit mal dans cette volonté de punir qui implique forcément une responsabilité et l'idée qu'un individu puisse y échapper heurte la conscience populaire. Les nombreuses réactions à l'acquittement de Jean-Pierre Bemba³⁹ illustrent cette incapacité à concevoir les accusés traduits devant la Cour pénale internationale autrement que comme des coupables. Le verdict, qualifié « d'insulte aux milliers de victimes de l'armée qu'il a équipée, dirigée, et envoyée semer la désolation en Centrafrique » par la responsable du Bureau Justice internationale de la Fédération internationale pour les droits

³³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (ci-après *SCPI*), art. 6.

³⁴ *SCPI*, art. 7.

³⁵ *SCPI*, art. 8.

³⁶ *SCPI*, art. 8bis.

³⁷ LOMBOIS C., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 1979, para. 33. Pour une étude approfondie de l'infraction internationale, v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, thèse, Bordeaux, 2020.

³⁸ BADINTER R., « International justice: from darkness to light », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD (ss. dir.), *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, O.U.P., vol 2, 2002, p. 1932 : « humanitarian law - and universal conscience - dictate that these crimes must not go unpunished ».

³⁹ Cour pénale internationale (ci-après CPI), *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, 8 juin 2018, n°ICC-01-05/01-08 A.

humains⁴⁰, a sidéré les victimes⁴¹ et a été considéré comme révélateur des faiblesses de la Cour pénale internationale⁴². Dans ces conditions, l'existence de motifs d'exonération en droit pénal international apparaît comme aberrante, ce qui explique d'ailleurs que les motifs d'exonération aient été intégrés très tardivement dans les instruments juridiques internationaux.

13. Construction de la responsabilité pénale internationale. En effet, lors de la création du Tribunal militaire international de Nuremberg à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, l'heure n'était pas à l'exonération. On ne trouve ainsi qu'une référence négative à un motif d'exonération dans le Statut de Nuremberg dont l'article 8 précise que « 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 »⁴³. Le même article est intégré à la *Loi n°10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne* qui a servi de base légale aux Procès subséquents au Procès de Nuremberg⁴⁴. Cette référence négative s'explique car, outre le jugement des grands criminels nazis, le Procès de Nuremberg et les Procès subséquents avaient pour lourde tâche de construire la responsabilité pénale individuelle internationale, inexistante jusqu'alors. La Première Guerre mondiale avait bien donné lieu à une première tentative de construction de cette responsabilité pénale en cherchant à juger le Kaiser Guillaume II mais, face au refus d'extradition opposé par les Pays-Bas, la procédure était restée lettre morte⁴⁵. À Nuremberg il a donc fallu procéder à la

⁴⁰ Propos cités par le communiqué de la FIDH du 8 juin 2018 intitulé « Acquittement de Jean Pierre Bemba en appel : un affront aux milliers de victimes » (disponible à l'adresse suivante : <https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/republique-centrafricaine/la-condamnation-definitive-de-jean-pierre-bemba-ouvre-enfin-la-voie-a>).

⁴¹ TV5 Monde, 9 juin 2018, « Après l'acquittement de Jean-Pierre Bemba, les victimes entre colère et résignation » (disponible à l'adresse suivante : <https://information.tv5monde.com/info/apres-l-acquittement-de-jean-pierre-bemba-les-victimes-entre-colere-et-resignation-242575>) ; TV5 Monde, 13 juin 2018, « La Centrafrique encaisse le choc de l'acquittement de Jean-Pierre Bemba » (disponible à l'adresse suivante : <https://information.tv5monde.com/afrique/video-la-centrafrique-encaisse-le-choc-de-l-acquittement-de-jean-pierre-bemba-243421>).

⁴² JusticeInfo.net, 11 juin 2018, « l'acquittement de Bemba : un fiasco lourd de conséquences pour la CPI » (disponible à l'adresse suivante : <https://www.justiceinfo.net/fr/37679-cpi.html>) ; Le Monde, 14 juin 2018, « L'acquittement de Jean-Pierre Bemba révèle les échecs de la CPI » (disponible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/06/14/l-acquittement-de-bemba-revele-les-echecs-de-la-cour-penale-internationale_5314784_3212.html) ; PENIGUET M., « CPI : Jean-Pierre Bemba, chronique d'un acquittement surprise », *Dalloz actualité*, 22 juin 2018.

⁴³ *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* (ci-après, Statut de Nuremberg), annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtimement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire.

⁴⁴ Les Procès subséquents au Procès de Nuremberg ou *Nuremberg subsequent proceedings* renvoient à une série de douze procès conduits par le Tribunal militaire américain à la suite du Procès de Nuremberg, afin de juger les individus qui n'avaient pu être traduits devant le Tribunal de Nuremberg. Les différents accusés ont été regroupés par catégorie, ce qui a donné lieu par exemple au procès des médecins ou encore au procès des avocats. L'ensemble des jugements ont été compilés par le Congrès américain au sein d'une série de 15 volumes nommée « *The Green Serie* », disponible à l'adresse suivante : https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html. La Loi n°10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne est reproduite dans le Volume 1 de la série.

⁴⁵ Sur l'histoire de ce procès avorté v. SCHABAS W., *Trial of the Kaiser*, O.U.P., 2018.

construction de cette responsabilité pénale individuelle, ce qui supposait de déconstruire les deux principes fondamentaux de l'époque : l'acte d'État et l'ordre du supérieur, dont l'application cumulée entravait toute possibilité de responsabilité pénale individuelle puisque les subordonnés étaient protégés par l'ordre du supérieur et que le supérieur l'était par l'acte d'État.

14. Rejet de la défense fondée sur l'acte d'État. La construction de la responsabilité pénale individuelle devait donc d'une part passer par le rejet de la défense fondée sur l'acte d'État. Selon cette doctrine, qui repose sur le principe de souveraineté des États, « aucun État ne peut rendre responsable un sujet d'un autre État pour des actes qu'il a commis conformément aux instructions ou avec l'approbation et au nom de son État, même si un tel acte constitue une violation flagrante du droit international »⁴⁶. L'individu agissant au nom de son État ne pouvait ainsi pas être tenu pour individuellement responsable des violations commises et sa responsabilité était transférée à l'État qui, pénalement irresponsable⁴⁷, ne pouvait voir que sa responsabilité internationale engagée⁴⁸. Finalement, en vertu de cette doctrine de l'acte d'État, ni l'individu ni l'entité pour laquelle il agissait n'était pénalement responsable des violations commises. Prenant le contrepied total de cette doctrine, le Statut de Nuremberg a très clairement admis le principe de la responsabilité pénale individuelle dans son article 6 qui détermine la compétence *ratione personae* du Tribunal de Nuremberg. Celui-ci était ainsi « compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants ». Le Statut excluait également que « la situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État soit comme hauts fonctionnaires [soit] considérée comme une excuse absolutoire [ou] comme un motif de diminution de la peine »⁴⁹. Il en est allé de même au cours des Procès subséquents, la *Loi n°10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne* reprenant le principe posé par le Statut de Nuremberg⁵⁰. Ces deux instruments juridiques et les tribunaux chargés de leur application traduisaient ainsi l'idée que la doctrine de l'acte d'État avait vécu et que sa survie

⁴⁶ GLASER S., « L'acte d'État et le problème de la responsabilité individuelle », *Revue belge de droit pénal et de criminologie*, oct. 1950, n°1, p. 1.

⁴⁷ LOMBOIS C., *op. cit.*, para. 98.

⁴⁸ PLAWSKI S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, L.G.D.J., 1972, p. 53 ; DONNEDIEU DE VABRES H., « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit international pénal », *R.C.A.D.I.* 1947-I, p. 562.

⁴⁹ *Statut de Nuremberg*, art. 7.

⁵⁰ *Loi n°10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne*, art. II para. 4 a).

« conduirait en pratique à des résultats incompatibles avec l'idée de la justice et inadmissibles du point de vue du droit international moderne »⁵¹.

15. Rejet de la défense fondée sur l'ordre du supérieur. Pour parachever la responsabilité pénale individuelle, il fallait d'autre part rejeter la défense fondée sur l'ordre du supérieur. Une application extensive de cette défense aurait eu un effet beaucoup trop important, en jouant « en remontant : celui qui a donné l'ordre l'a lui-même reçu, d'un autre qui le lui a transmis »⁵² et ainsi de suite jusqu'au chef suprême. À Nuremberg, seul Hitler n'aurait ainsi pas été couvert par la défense d'ordre du supérieur. Le Statut de Nuremberg avait donc anticipé l'argument et exclu expressément que l'ordre du supérieur puisse dégager l'individu de sa responsabilité pénale⁵³. Le Jugement de Nuremberg lui a ensuite donné tout son sens en affirmant à l'égard du plan d'action d'Hitler que « ce plan, un seul l'a peut-être conçu [mais] d'autres en sont devenus responsables en prenant part à son exécution, et leur soumission aux ordres du promoteur ne les libère pas de cette responsabilité »⁵⁴. La *Loi n°10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne* a suivi le Statut de Nuremberg et refusé que l'ordre du supérieur puisse constituer un motif d'exonération⁵⁵. La Charte de Tokyo a adopté le même point de vue, dans une rédaction légèrement différente, en estimant que l'ordre du supérieur ne peut pas, en soi, exonérer l'individu de sa responsabilité pénale⁵⁶. Les tribunaux d'après-guerre ont ainsi consacré une approche absolue de la responsabilité, l'ordre du supérieur ne pouvant jamais être un motif d'exonération mais pouvant « être considéré comme un motif de diminution de la peine »⁵⁷. Par conséquent, en rejetant les deux entraves les plus sérieuses à l'engagement de la responsabilité pénale individuelle, les tribunaux d'après-guerre ont également rompu avec l'idée selon laquelle « les crimes collectifs n'engagent personne »⁵⁸. Désormais, les infractions internationales engagent la responsabilité de tous les individus qui y ont participé, peu importe leur place dans la hiérarchie. La tâche colossale que représentait cette construction d'une responsabilité pénale individuelle explique sans doute que les motifs d'exonération n'aient pas

⁵¹ GLASER S., *Introduction à l'étude du droit international pénal*, éd. Bruyant et Sirey, 1954, p. 75.

⁵² LOMBOIS C., *op. cit.*, para. 94.

⁵³ *Statut de Nuremberg*, art. 8.

⁵⁴ Jugement de Nuremberg, in *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Service d'information des crimes de guerre, coll. « Documents pour servir à l'histoire de la guerre », Office français d'édition (non daté), p. 61-62.

⁵⁵ *Loi n°10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne*, art. II para. A b).

⁵⁶ *Charte du Tribunal international militaire pour l'Extrême-Orient* (ci-après Charte de Tokyo), art. 6 : « *the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall [not], of itself, be sufficient to free such accused from responsibility* ».

⁵⁷ *Statut de Nuremberg*, art. 8 ; *Charte de Tokyo*, art. 6.

⁵⁸ Propos attribués à Napoléon.

non plus été envisagés au sein des instruments juridiques des tribunaux pénaux *ad hoc* à l'issue de la Seconde Guerre mondiale.

16. Absence des motifs d'exonération dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁵⁹ et du Tribunal pénal international pour le Rwanda⁶⁰, reprenant le Statut de Nuremberg quasiment à l'identique, excluent eux aussi que « le fait qu'un accusé a[it] agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur [puisse l'exonérer] de sa responsabilité pénale »⁶¹. De plus, aucun de ces deux statuts n'envisage l'existence d'autres motifs d'exonération. Le silence gardé par ces textes s'explique sans doute par la proximité temporelle entre la commission des exactions et la création de juridictions propres à les réprimer. Les statuts encadrant ces dernières ayant été pensés immédiatement après le conflit, voire, s'agissant du Statut de Nuremberg, durant le conflit, ils reflètent en effet la volonté première de punir. Dans un tel contexte de réaction, et non pas d'action, les motifs d'exonération sont ainsi impensables. L'absence de tout motif d'exonération dans les statuts du TPIY et du TPIR apparaît tout de même surprenante car les juges du Procès de Nuremberg et des Procès subséquents ont eu l'occasion de se prononcer sur de nombreux motifs d'exonération.

17. Existence prétorienne des motifs d'exonération. La jurisprudence pénale internationale a alors joué un rôle important dans leur développement. Bien que rien ne laisse envisager la possibilité d'invoquer des motifs d'exonération dans les différents statuts, les juridictions ont décidé de ne pas les écarter d'office mais de vérifier *in concreto* si de tels motifs pouvaient exonérer l'individu de sa responsabilité. Ce choix peut sans doute s'expliquer par la volonté de pallier les lacunes de statuts instaurés dans une certaine urgence et par la volonté de lutter contre la critique de « justice des vainqueurs » opposée depuis Nuremberg aux juridictions pénales internationales *ad hoc* mais il révèle également que l'incompatibilité entre motif d'exonération et infraction internationale par nature n'est peut-être qu'apparente. C'est ainsi que le Jugement de Nuremberg a laissé une place à la contrainte en considérant que l'individu placé dans une situation le privant de toute liberté morale de choisir ne pouvait être déclaré pénalement responsable⁶². Les Procès subséquents ont également fourni pléthore

⁵⁹ Ci-après TPIY.

⁶⁰ Ci-après TPIR.

⁶¹ *Statut du TPIY* (ci-après STPIY), art. 7 para. 4 et *Statut du TPIR* (ci-après STPIR), art. 6 para. 4.

⁶² *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg* (Jugement de Nuremberg), 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946, édité à Nuremberg, Allemagne, 1947 (disponible à l'adresse

d'arguments reposant sur des motifs d'exonération tels que la légitime défense, l'état de nécessité, la contrainte, l'erreur de fait ou encore les représailles⁶³. L'ordre du supérieur a lui aussi été examiné par ces juridictions alors même que leurs statuts, en l'excluant comme motif d'exonération, leur permettaient d'écarter d'office l'argument. Il a par exemple fait l'objet d'une étude détaillée lors du procès *High Command*, où quatorze généraux hauts placés de l'armée allemande ont été jugés. En effet, contrairement à l'exclusion de l'ordre du supérieur comme motif d'exonération par la *Loi de contrôle n°10*, les juges ont posé des conditions à la mise en œuvre de l'ordre du supérieur. Ils ont ainsi estimé que, dans la hiérarchie militaire, une certaine présomption de légalité est attachée aux ordres du supérieur pour pouvoir faire fonctionner l'armée qui repose sur la discipline et l'obéissance aux ordres⁶⁴. L'exécutant doit donc pouvoir obéir aux ordres de son supérieur sans s'interroger sur leur légalité, ce qui explique qu'il ne peut pas être tenu pour responsable d'une « simple erreur relative à des questions juridiques ambiguës »⁶⁵. Employant même le critère de l'illégalité manifeste, les juges ont considéré que l'utilisation de prisonniers de guerre pour la construction de fortifications n'était pas manifestement illégale, de sorte que l'accusé pouvait présumer la légalité de l'ordre reçu⁶⁶. Les juges des TPIY et TPIR ont eux aussi procédé à l'examen des motifs d'exonération invoqués par les accusés, comme en témoigne l'affaire *Erdemović* dans laquelle la contrainte et l'ordre du supérieur ont été étudiés⁶⁷. La jurisprudence de ces divers tribunaux pénaux internationaux constitue donc une contribution très précieuse⁶⁸, notamment pour déterminer et définir les motifs d'exonération qui pourraient être envisagés en droit pénal international.

18. Consécration des motifs d'exonération par le Statut de Rome. Il aura tout de même fallu attendre 1998 et l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour que

suivante : <https://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/>), p. 126 : « le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays (...) réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché ».

⁶³ La synthèse des motifs d'exonération employés au cours de ces procès a été opérée par la Commission des Nations-Unies sur les crimes de guerre. Elle a plus largement regroupé et annoté les jugements les plus importants rendus par les tribunaux d'après-guerre au sein d'une série de 15 volumes, nommés *Law report of trials of war criminals* (ci-après *L.R.T.W.C.*), disponibles à l'adresse suivante : https://www.loc.gov/rfd/Military_Law/law-reports-trials-war-criminals.html. Le dernier volume, dans lequel se trouve la synthèse des motifs d'exonération (« *Defence pleas* », p. 155 à 188), fait plus largement la synthèse des points de droit les plus importants.

⁶⁴ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Leeb and others (High Command case)*, 30 déc. 1947 - 28 oct. 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. XII, p. 509.

⁶⁵ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *High Command case*, *L.R.T.W.C.*, vol. XII, p. 509 et s.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 534.

⁶⁷ TPIY, *Le Procureur c. Drazen Erdemović*, jugement, 29 nov. 1996, n°IT-96-22-T. Pour une étude détaillée de la contrainte dans l'affaire *Erdemović*, v. *infra* n°608 et s.

⁶⁸ BADINTER R., « International justice: from darkness to light », précité, p. 1934 : « a very precious contribution to future courts ».

les motifs d'exonération reçoivent une consécration formelle au sein d'un instrument juridique international. Cette consécration a été source de nombreux débats durant l'élaboration du Statut⁶⁹, de sorte que l'article 31 relatif aux motifs d'exonération a été considéré comme le plus difficile à négocier⁷⁰. Cet article intitulé « motifs d'exonération de la responsabilité pénale » n'est pourtant pas le seul du Statut de Rome à en prévoir puisque les articles 32 et 33, eux aussi placés dans le Chapitre III relatif aux « Principes généraux du droit pénal », prévoient des motifs d'exonération.

19. Distinction entre les motifs d'exonération et les obstacles à la compétence. Ces motifs d'exonération, dont on a retenu une définition purement substantielle⁷¹, se distinguent des mécanismes procéduraux tels que les obstacles à la compétence, que le Statut de Rome se charge d'ailleurs d'exclure. Il en va ainsi de la qualité officielle qui, après avoir été exclue en tant que motif d'exonération, est également écartée par l'article 27 en tant qu'immunité procédurale⁷². Les immunités procédurales n'empêchent ainsi pas la compétence de la Cour pénale internationale. Il en va de même pour la prescription, les infractions internationales ne se prescrivant pas devant la Cour pénale internationale⁷³. Le Statut de Rome ne prend en revanche pas position sur la question de l'amnistie. Le TPIY a quant à lui considéré dans l'affaire *Furundzija*, qu'un individu bénéficiant d'une amnistie pourrait tout de même être tenu pour responsable devant une juridiction internationale⁷⁴. La Cour pénale internationale paraît avoir une approche différente de l'amnistie en ce que le procureur de la Cour paraît procéder à une étude précise des lois d'amnistie afin de vérifier leur compatibilité avec le Statut de Rome, comme en témoigne le dialogue entre le Bureau du procureur et la Colombie engagée dans un processus de justice transitionnelle⁷⁵. Les lois d'amnistie n'empêchent ainsi pas par principe la

⁶⁹ Pour un résumé des différentes ébauches de Statut et leur point de vue sur les causes de non-responsabilité, v. notamment ESER A., « Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International criminal court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1^{ère} éd., 1999, p. 539-540.

⁷⁰ SALAND P., « International criminal law principles », in LEE R., *The International criminal court. The making of the Rome Statute - Issues, negotiations, results*, Kluwer law international, 1999, p. 206 : « article 31 was perhaps the most difficult one to negotiate in the Part on general principles ».

⁷¹ Sur cette définition v. *supra* n°8.

⁷² SCPI, art. 27 para. 2 : « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

⁷³ SCPI, art. 29. Par comparaison, les statuts des TPIY et TPIR ne posaient pas de règle de prescription mais TPIY s'est prononcé à ce sujet en considérant que les crimes dont il a à connaître sont d'une gravité telle qu'elle justifie leur imprescriptibilité. V. TPIY, *Le Procureur c. Darko Mrda*, jugement, 31 mars 2004, n°IT-02-59-S, para. 104.

⁷⁴ TPIY, jugement *Furundzija*, para. 155.

⁷⁵ Pour une étude détaillée v. HENAO J. C., « Justice transitionnelle : le cas de la Colombie », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 357

compétence de la Cour pénale internationale et ce n'est qu'après une étude substantielle d'une loi d'amnistie que le procureur décidera de déclencher ou non cette compétence.

20. Distinction entre les motifs d'exonération et l'exonération partielle. Les motifs d'exonération se distinguent également de l'exonération partielle en ce qu'ils conduisent non pas à une réduction de la peine mais bien à une absence de responsabilité pénale. En ce sens, l'expression « exonération partielle » n'est sans doute pas la plus adaptée car il ne s'agit pas de revenir sur le principe de la responsabilité mais seulement sur l'intensité de cette responsabilité lors de la fixation de la peine. La Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve indique en effet que la peine « doit être au total proportionnée à la culpabilité »⁷⁶ et que la Cour pénale internationale peut prendre en compte, au titre des circonstances atténuantes des « circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale »⁷⁷. Les termes de la Règle sont clairs : au moment de la fixation de la peine, ce ne sont pas des motifs d'exonération à proprement parler qui peuvent être pris en considération.

21. Trouble mental. Ces distinctions étant faites, il faut désormais procéder à l'identification positive des motifs d'exonération. Le premier visé par le Statut de Rome est le trouble mental. L'article 31 paragraphe 1 a) prévoit en effet que « la personne n'est pas pénalement responsable si, au moment du comportement en cause, elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ».

22. Intoxication. L'article 31 poursuit la liste des causes de non-responsabilité avec l'intoxication, considérée comme exonératoire si elle « privait [la personne] de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ». L'article précise que l'intoxication volontaire ne pourra pas être invoquée comme motif d'exonération si la personne « savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou [si elle n'a] tenu aucun compte de ce risque »⁷⁸.

et s. et GOGORZA A., « L'incidence du processus de justice transitionnelle colombien sur la compétence de la Cour pénale internationale », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome*, p. 375 et s.

⁷⁶ *RPP CPI*, Règle 145, para. 1 a).

⁷⁷ *RPP CPI*, Règle 145, para. 2 a) i).

⁷⁸ *SCPI*, art. 31 para. 1 b).

23. Légitime défense. Vient ensuite la légitime défense qui permet à la personne d'être exonérée de sa responsabilité pénale si « elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui (...) contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que [courait] l'autre personne »⁷⁹. L'article vise également la légitime défense des biens comme motif d'exonération spécial, applicable uniquement au crime de guerre, si la personne a agi « pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire »⁸⁰.

24. État de nécessité. Enfin, l'article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome prévoit que l'individu sera exonéré de sa responsabilité pénale si son comportement « 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 [s'il] a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition [qu'il] n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui [qu'il] cherchait à éviter »⁸¹. L'article ajoute que la menace peut être le fait d'autres personnes⁸² ou de circonstances indépendantes de sa volonté⁸³. Le motif d'exonération dont il est question dans cet article n'est pas particulièrement clair, notamment car il emploie à la fois les termes « contrainte » et « nécessité ». Il est ainsi difficile de savoir si l'article consacre la contrainte, l'état de nécessité ou les deux⁸⁴ mais il n'en reste pas moins qu'il reconnaît là un autre motif d'exonération.

⁷⁹ SCPI, art. 31 para. 1 c).

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ SCPI, art. 31 para. 1 d).

⁸² *Ibid.* para. 1 d) i).

⁸³ *Ibid.* para. 1 d) ii).

⁸⁴ L'article 31 paragraphe 1 d) a été fortement critiqué pour cette confusion. V. de manière non exhaustive VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 242 : « *the duress provision in the ICC Statute is a mixture of two types of duress : duress as a choice of evils and duress as compulsion* » (la disposition relative à la contrainte du Statut de Rome est un mélange de deux types de contrainte : contrainte par choix entre deux maux et contrainte par force) ; CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J., 2006, p. 736 : « [le Statut de Rome] consacre la confusion entre contrainte et nécessité » ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 311 qui considère l'absence de distinction « *unfortunate* » (malheureuse) ; SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 646 : « *the [Rome Statute] also combines duress with the related defence of necessity* » (le Statut de Rome combine la contrainte avec la défense de nécessité) ; O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 482 : « *the [Rome Statute] deals with duress and necessity together* » (le Statut de Rome regroupe la contrainte et la nécessité) ; OHLIN J., « The bounds of necessity », *J.I.C.J.*, vol. 6, 2008, p. 292 : « *article 31 (1)(d) simply lumps everything together in a muddle, offering a duress provision that appears to also apply to cases of necessity (...)* » (l'article 31(1)(d) regroupe simplement tout en pagaille et offre une disposition sur la contrainte qui paraît aussi s'appliquer à des cas de nécessité).

25. Erreur de fait et erreur de droit. De plus, l'article 31 précise dès son premier paragraphe que d'autres motifs d'exonération sont prévus dans le Statut. En effet, l'article 32 vise l'erreur de fait et l'erreur de droit qui n'exonèrent la personne de sa responsabilité que « si elles [font] disparaître l'élément psychologique du crime »⁸⁵ ou, dans le cas de l'erreur de droit, si elle relève de l'article 33⁸⁶. Une formulation plus restrictive est toutefois employée pour l'erreur de droit puisqu'il est précisé qu'une « erreur portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale »⁸⁷.

26. Ordre hiérarchique et ordre de la loi. Derniers motifs d'exonération visés par le Statut de Rome, l'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi ne pourront exonérer l'individu que si la personne avait l'obligation légale d'obéir aux ordres et aux conditions cumulatives qu'elle « n'ait pas su que l'ordre était illégal »⁸⁸ et que « l'ordre [n'était] pas manifestement illégal »⁸⁹. Cette consécration par le Statut de Rome prend alors le contrepied total des statuts des juridictions pénales internationales antérieures qui l'excluaient expressément⁹⁰. Dans un effort de compromis⁹¹ entre les partisans d'un rejet total de ce motif d'exonération⁹² et les partisans de sa reconnaissance⁹³, l'article 33 précise néanmoins que « l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal »⁹⁴, ce qui paraît limiter l'effet

⁸⁵ SCPI, art. 32 para. 1 et 2.

⁸⁶ SCPI, art. 32 para. 2.

⁸⁷ SCPI, art. 31 para. 2.

⁸⁸ SCPI, art. 33 para. 1.b).

⁸⁹ SCPI, art. 33 para. 1.c).

⁹⁰ Sur ce point v. *supra* n°15.

⁹¹ Qualifié par SCHABAS de « *cynical compromise made by tired diplomats seeking agreement* » (compromis cynique fait par des diplomates fatigués qui cherchaient un accord) in *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 670.

⁹² En ce sens v. notamment CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2013, p. 231 : « *even the narrow resuscitation of superior orders for this purpose appears to be at odds with customary international law (...)* » (la réanimation limitée de l'ordre du supérieur paraît en désaccord avec le droit international coutumier) ; GAETA P., « The defense of superior order : The Statute of the International Court of Justice versus customary international law », *E.J.I.L.*, 1999, p. 190 : « *article 33 must be faulted, primarily because it departs from customary international law* » (l'article 33 doit être mis en défaut, principalement car il s'éloigne du droit international coutumier) ; CASSESE A., « The Statute of the International Criminal Court : some preliminary reflections », *E.J.I.L.*, 1999, p. 157 : « *Article 33 must be faulted as marking a retrogression with respect to existing customary law* » (l'article 33 doit être critiqué en ce qu'il marque une régression par rapport au droit coutumier existant).

⁹³ En ce sens v. notamment SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 669 : « *the definition in article 33 (1) is consistent with customary international law* » (la définition donnée par l'article 33 (1) est cohérente avec le droit international coutumier) ; GARRAWAY C., « Superior orders and the International criminal court : justice delivered or justice denied », *R.I.C.R.*, 1999, n°836, p. 785 : « *far from being a withdrawal, [article 33] in fact reflects both the traditional understanding of the law and is entirely consistent with the intentions of the drafters of the Nuremberg Charter* » (loin de s'en éloigner, l'article 33 reflète en réalité la position traditionnelle du droit et correspond tout à fait à l'intention des rédacteurs de la Charte de Nuremberg).

⁹⁴ SCPI, art. 33 para. 2).

potentiellement exonératoire de l'ordre du supérieur au crime de guerre ou au crime d'agression⁹⁵.

27. Résistance postérieure à l'ordre du supérieur. Les tribunaux internationalisés créés après la Cour pénale internationale s'opposent au Statut de Rome sur la question de l'ordre du supérieur, en ce qu'ils n'adoptent pas la même règle que l'article 33 mais procèdent à son exclusion en tant que motif d'exonération, à l'instar des juridictions d'après-guerre⁹⁶. En effet, l'ordre du supérieur est expressément exclu devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone⁹⁷, le Tribunal spécial pour le Liban⁹⁸, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens⁹⁹ et le Tribunal du Timor oriental¹⁰⁰. Ce rejet est d'autant plus parlant que le Statut de ce dernier reprend le Statut de Rome quasiment au mot près, spécialement les articles relatifs aux motifs d'exonération, sauf en ce qui concerne donc l'ordre du supérieur. Son absence dans le Statut de la juridiction n'a cependant pas empêché l'invocation de l'ordre du supérieur devant les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, ce qui a conduit l'instance d'appel à rejeter fermement cette possibilité d'exonération¹⁰¹. La divergence d'approche sur ce point entre les juridictions hybrides et le Statut de Rome paraît surprenante, tous ayant été créés par l'Organisation des Nations Unies sensiblement au même moment. Cependant, une telle opposition peut s'expliquer par la raison d'être des différentes juridictions. En effet, les juridictions internationalisées ont été créées pour réprimer des faits déjà commis, ce qui rend peut-être l'idée d'exonération moins acceptable¹⁰², alors que la Cour pénale internationale ne regarde pas vers le passé et des crimes déjà commis mais vers l'avenir et des conflits non encore

⁹⁵ Sur la potentielle application de l'ordre du supérieur en matière de crime contre l'humanité ou de génocide v. *infra* n°451 et s.

⁹⁶ Sur ce point v. *supra* n°15.

⁹⁷ *STSSL*, art. 6 para. 4 : « Le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si le Tribunal spécial l'estime conforme à la justice ».

⁹⁸ *STSL*, art. 3 para. 3 : « Le fait que la personne a agi en exécution d'un ordre d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine dès lors que le Tribunal spécial estime que la justice le commande ».

⁹⁹ *Loi du 27 octobre 2004 relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique*, art. 29 para. 4 : Le fait qu'un suspect ait agi sur ordre du Gouvernement du Kampuchéa Démocratique ou d'un supérieur hiérarchique ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale individuelle ».

¹⁰⁰ *Régulation n°2000/15 du 6 juin 2000 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, section 21 : « The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if a panel determines that justice so requires » (le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si le Tribunal spécial l'estime conforme à la justice).

¹⁰¹ CETC, *Kaing Guek Eav alias Duch*, arrêt, 3 fév. 2012, n°001/18-07-2007-ECCC/SC, para. 62.

¹⁰² Comme cela a été le cas à Nuremberg. Sur ce point v. *supra* n°16.

envisagés¹⁰³. Surtout, comme toutes les juridictions *ad hoc*, les tribunaux internationalisés ont été créés par des États dont les ressortissants ne peuvent pas être traduits devant ces tribunaux. À l'inverse, la Cour pénale internationale a une compétence générale applicable à tous les États-parties, c'est-à-dire aussi bien aux rédacteurs du Statut de Rome qu'aux autres. Ainsi, les ressortissants des États créateurs pourront être jugés par la Cour¹⁰⁴, ce qui a sans nul doute conduit à des règles un peu plus indulgentes, notamment pour éviter de saper toute discipline militaire au niveau interne. Aussi, devant la Cour pénale internationale l'ordre du supérieur est un motif d'exonération.

28. Existence de motifs d'exonération non prévus par le Statut de Rome. La liste des motifs d'exonération prévus par le Statut de Rome n'est pas exhaustive et n'épuise ainsi pas leur identification positive. Il est en effet précisé par l'article 31 *in fine* qu'un motif d'exonération découlant de l'article 21 du Statut peut être pris en considération. Or cet article, relatif au droit applicable par la Cour pénale internationale, précise que la Cour applique notamment « les principes et règles du droit international »¹⁰⁵ provenant, entre autres, de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux qui a contribué à la reconnaissance et au développement des motifs d'exonération. C'est ainsi que la jurisprudence pénale internationale paraît avoir accepté l'existence de la contrainte, des représailles et de la nécessité militaire. Ces motifs d'exonération pourraient donc être invoqués devant la Cour pénale internationale sur le fondement des articles 31 paragraphe 3 et 21 du Statut.

29. Situation particulière de la contrainte. D'abord, parmi ces motifs, la contrainte renvoie à une difficulté particulière en ce qu'elle est peut-être confondue avec l'état de nécessité par le Statut de Rome¹⁰⁶. La difficulté est aggravée par la Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve¹⁰⁷ qui précise que la contrainte est une circonstance qui, tout en s'en approchant,

¹⁰³ GARRAWAY C., « Superior orders and the International criminal court : justice delivered or justice denied », p. 787 : « *the International criminal court [is] not looking back to crimes already committed but forward to conflicts not yet envisaged* ».

¹⁰⁴ Du moins ceux qui ont ratifié le Statut de Rome.

¹⁰⁵ SCPI, art. 21 para. 1b).

¹⁰⁶ Sur ce point v. *supra* n°24.

¹⁰⁷ Le Règlement de procédure et de preuve (ci-après RPP) est un instrument d'application du Statut de Rome. L'article 51 du Statut intitulé « Règlement de procédure et de preuve » fixe les règles d'adoption, d'entrée en vigueur et de modification de ce Règlement qui doit être conforme au Statut. Adopté par les États-parties en 2002 (*Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002, n°ICC-ASP/1/3 et Corr.1, deuxième partie. A*), le Règlement de procédure et de preuve a pour but de détailler l'ensemble des règles procédurales applicables dans une affaire relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

ne constitue pas un motif d'exonération¹⁰⁸. Or si la contrainte peut être intégrée à l'article 31 du Statut de Rome, elle constitue alors un motif d'exonération, de sorte que la Règle 145 du Règlement, en en faisant une simple circonstance atténuante, n'est pas conforme au Statut. La question de la distinction entre état de nécessité et contrainte et, partant, de l'existence d'un motif d'exonération autonome de contrainte, devra donc être étudiée plus avant¹⁰⁹.

30. Définition des représailles. Les représailles se définissent ensuite comme un acte violant le droit des conflits armés mais qui, parce qu'il intervient en réponse à une violation de ces mêmes lois par l'adversaire, perd son caractère délictueux¹¹⁰. Cette définition a été retenue par les procès subséquents au Procès de Nuremberg, dans lesquels le principe des représailles a été admis¹¹¹. En droit international public, dont elles émanent, les représailles peuvent ainsi paraître similaires aux contre-mesures qui correspondent à la violation par un État de ses obligations internationales en réponse à un fait internationalement illicite commis à son encontre. À ce titre, les contre-mesures constituent ce que la Commission du droit international nomme « une circonstance excluant l'illicéité »¹¹². Il s'agit, en droit de la responsabilité des États, de la situation dans laquelle « l'État [n'est] pas considéré comme responsable d'un acte apparemment illicite qui lui est imputable, parce que sont présentes certaines circonstances qui *in fine* suppriment sa responsabilité »¹¹³. Relèvent de ces circonstances la légitime défense¹¹⁴, la force majeure¹¹⁵, la détresse¹¹⁶, l'état de nécessité¹¹⁷ ou les contre-mesures¹¹⁸. Ces dernières

¹⁰⁸ RPP CPI, Règle 145 para. 2 a) i).

¹⁰⁹ V. *infra* n°94.

¹¹⁰ V. notamment DARCY S., « Defences to international crimes », in W. A. SCHABAS and N. BERNAZ (ss. dir.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, 2011, p. 250 ; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, C.U.P., 3^{ème} éd., 2014, p. 417 ; O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C. (ss. dir.), *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 510 ; VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 261, AMBOS K., « Defences in international criminal law », in BROWN B. S. (ss. dir.), *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011, p. 324 ; SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 652.

¹¹¹ V. notamment Tribunal militaire américain à Nuremberg, *List and others (Hostages case)*, 08 juil. 1947 - 19 fév. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, p. 1250-1251 ; Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen case)*, 10 avril 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. IV, p. 493.

¹¹² Commission du droit international, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *Documents officiels de l'Assemblée générale*, cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10), annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, Première partie, Chapitre V « circonstance excluant l'illicéité ».

¹¹³ STERN B., « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Dalloz (actualisation janvier 2019), para. 91.

¹¹⁴ Commission du droit international, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », art. 21.

¹¹⁵ *Ibid.*, art. 23.

¹¹⁶ *Ibid.*, art. 24.

¹¹⁷ *Ibid.*, art. 25.

¹¹⁸ *Ibid.*, art. 22.

ne peuvent être prises « à l'encontre de l'Etat responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet Etat à s'acquitter des obligations qui lui incombent »¹¹⁹ et « sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'Etat prenant les mesures envers l'Etat responsable »¹²⁰. Surtout, les contre-mesures ne peuvent porter atteinte aux « obligations de caractère humanitaire excluant les représailles »¹²¹. Le soin a ainsi été pris de distinguer les représailles des contre-mesures, les premières n'étant pas intégrées à aux secondes. En effet, « le terme « représailles » a été circonscrit à des mesures prises en période de conflit armé international, pour qualifier les représailles entre belligérants »¹²². À l'inverse, les contre-mesures excluent le recours à la force armée et s'appliquent en dehors d'un conflit armé¹²³.

31. Désuétude possible des représailles. Les représailles ont alors un caractère exceptionnel et ne sont mises en œuvre que pour faire cesser l'acte illicite commis par la partie adverse lors d'un conflit armé. Or, il semble que le développement du droit pénal international poursuive ce même objectif de cessation de l'illicite par un belligérant, de sorte que la nécessité de recourir à des représailles paraît diminuer¹²⁴. C'est d'ailleurs le point de vue du TPIY, qui considère que désormais la répression des infractions internationales, par les juridictions nationales ou internationales, est suffisamment efficace pour que l'on puisse se passer des représailles¹²⁵. En effet, ces diverses juridictions permettent, d'une part, d'appréhender les auteurs de crimes internationaux commis et, d'autre part, d'avoir un effet dissuasif sur les individus « tentés de commettre les violations les plus flagrantes du droit international humanitaire »¹²⁶. Les représailles, dont l'objectif est de faire cesser une telle violation, n'auraient ainsi plus lieu d'être si les auteurs effectifs étaient appréhendés et les auteurs potentiels dissuadés par l'existence de juridictions internationales. Partant, la prise en compte des représailles comme motif d'exonération pourrait paraître obsolète.

¹¹⁹ *Ibid.*, art. 49 para. 1.

¹²⁰ *Ibid.*, art. 49 para. 2.

¹²¹ *Ibid.*, art. 50 para. 1 c).

¹²² Commission de droit international, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), Troisième partie, Chapitre II, commentaire para. 3.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ DARCY S., « Defences to international crimes », p. 250 : « *reprisals are a somewhat anachronistic international law enforcement mechanism* ». Dans le même sens v. CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2013., p. 214 : « *The scope for lawful reprisals appears to be narrowing* » (le domaine des représailles légales paraît rétrécir).

¹²⁵ TPIY, *Le procureur c. Zoran Kupreskić et. al.*, jugement, 14 janv. 2000, n°IT-95-16-T, para. 530.

¹²⁶ *Ibid.*

32. Maintien des représailles. Pourtant, les juges des tribunaux pénaux internationaux n'écartent pas ce motif d'exonération mais reprennent les conditions strictes auxquelles il est astreint par le droit international¹²⁷. Ce choix apparaît comme compréhensible dans la mesure où les représailles peuvent intervenir durant la commission de l'infraction par l'adversaire, contrairement aux juridictions internationales qui ne peuvent intervenir qu'*a posteriori*, c'est-à-dire une fois l'infraction commise et terminée. Représailles et juridictions internationales ne poursuivraient alors pas tout à fait le même objectif ou, en tout cas, n'interviendraient pas au même moment. Tandis que les premières viseraient véritablement la cessation de l'illicite, les secondes quant à elles viseraient plutôt la répression de l'illicite. Le TPIY le concède d'ailleurs lui-même, en développant les conditions des représailles pour vérifier leur application au cas d'espèce¹²⁸. Il semble alors que les représailles aient encore un rôle à jouer en droit pénal international¹²⁹, même si leur absence de consécration par le Statut de Rome laisse à penser que ce rôle sera limité.

33. Motif d'exonération spécial. Les représailles constituent d'ailleurs un motif d'exonération spécial, uniquement applicable aux conflits armés. De surcroît, au sein des conflits armés, leur domaine est limité par différentes dispositions des quatre Conventions de Genève, qui interdisent explicitement le recours aux représailles, notamment « contre les blessés, les malades, le personnel, les bâtiments ou le matériel protégés par la Convention »¹³⁰, les prisonniers de guerre¹³¹ ou les personnes civiles en tant de guerre¹³². L'article 31 paragraphe 3 du Statut autorisant la Cour pénale internationale à prendre en compte un motif d'exonération non listé par l'article, « si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21 », la réponse devra provenir de la Cour, qui décidera de suivre la voie initiée par les tribunaux pénaux internationaux ou de s'en affranchir pour faire disparaître les représailles comme motif

¹²⁷ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535 ; TPIY, *Le procureur c. Milan Martić*, jugement, 12 juin 2007, n°IT-95-11-T, para. 466-467. Sur ces conditions v. *infra* n°173 et s.

¹²⁸ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535 et s. ; TPIY, jugement *Martić*, para. 466 et s.

¹²⁹ Dans le même sens v. VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 234 : « *Belligerent reprisals may enter the Statute through Article 31(3) of the Statute* » (les représailles entre belligérants peuvent faire leur apparition par l'article 31(3) du Statut) ; DARCY S., « *Defences to international crimes* », p. 250 : « *[reprisals] cannot with certainty be ruled out as a defence to war crimes or even perhaps to the crime of aggression* » (on ne peut pas exclure avec certitude les représailles comme défense des crimes de guerre ou même peut-être du crime d'agression).

¹³⁰ *Première Convention de Genève du 12 août 1949*, art. 46 ; *Deuxième Convention de Genève du 12 août 1949*, art. 47.

¹³¹ *Troisième Convention de Genève du 12 août 1949*, art. 13.

¹³² *Quatrième Convention de Genève du 12 août 1949*, art. 33.

d'exonération. En attendant et pour anticiper ce choix à opérer, il convient d'intégrer les repréailles au champ d'analyse des motifs d'exonération en droit pénal international.

34. Définition de la nécessité militaire. Enfin, la nécessité militaire s'est manifestée de plusieurs façons en droit pénal international, suivant que l'on souhaitait en retenir une vision plus ou moins extensive. La plus extensive d'entre elles a sans doute été la *Kriegsräson*, consistant à considérer que tous les moyens de gagner la guerre sont bons. Une telle conception conduisait alors à justifier la commission de tous les actes violant le droit des conflits armés, dès lors qu'ils avaient pour objectif d'aboutir à la victoire¹³³. Notamment développée par la doctrine allemande, elle a cependant été exclue dès les Procès subséquents au Procès de Nuremberg, par exemple dans l'affaire *Krupp*, où les juges ont considéré qu'arguer que les lois de la guerre peuvent être gratuitement ignorées – à la seule appréciation de l'un des combattants lorsqu'il considère que sa propre situation est critique – entraîne ni plus ni moins une abrogation des lois et coutumes de guerre¹³⁴. Aussi, cette vision extensive de la nécessité militaire n'est-elle aujourd'hui plus admise¹³⁵ et il lui est préféré par la doctrine une définition plus stricte, qui permet à un belligérant, soumis aux lois de la guerre, d'employer toute la force nécessaire pour obtenir la complète soumission de l'ennemi avec le moins de perte de temps, de vie et d'argent possible¹³⁶. La Cour pénale internationale¹³⁷, comme le TPIY avant elle¹³⁸, retient elle aussi une définition plus stricte de la nécessité militaire, issue du Code Lieber du 24 avril 1863, selon laquelle « la nécessité militaire [...] s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre »¹³⁹.

¹³³ HENRY E., *Le principe de nécessité militaire : histoire et actualité d'une norme fondamentale de droit international humanitaire*, Pedone, 2016, p. 285 et s.

¹³⁴ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Krupp and others (Krupp case)* 17 nov. 1947 - 30 juin 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. IX, p. 1347 : « to claim that [the laws of war] can be wantonly – at the sole consideration of any one belligerent – disregarded when he considers his own situation to be critical, means nothing more or less than to abrogate the laws and customs of war ». v. Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Leeb and others (High Command case)*, 30 déc. 1947 - 28 oct. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. XI, p. 93 : « It has been the viewpoint of many German writers and to a certain extent has been contended in this case that military necessity includes the right to do anything that contributes to the winning of war [...]. We content ourselves on this subject with stating that such a view would eliminate all humanity and decency an all law from the conduct of war and it is a contention which this tribunal repudiates as contrary to the accepted usages of civilized nations ».

¹³⁵ GUILFOYLE D., *International criminal law*, O.U.P., 2016, p. 389 : « [military necessity] is no longer acknowledged as a general defence (i.e. the idea that anything done in the course of winning a war is lawful) ».

¹³⁶ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *List and others (Hostages case)*, 08 juil. 1947 - 19 fév. 1948, *L.R.T.W.C.* vol. VIII, p. 66.

¹³⁷ CPI, *Le procureur c. Germain Katanga*, jugement, 7 mars 2014, n°ICC-01/04-01/07, para. 894.

¹³⁸ TPIY, *Le procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, arrêt, 17 déc. 2004, n°IT-95-14/2-A, para. 686.

¹³⁹ *Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique* (1863) (« Code Lieber »), article 14.

35. Présence de la nécessité militaire dans le Statut de Rome. En droit des conflits armés, cette définition plus restreinte conduit à considérer la nécessité militaire comme « un principe constitutionnel servant à balancer les exigences militaires et celles humanitaires au sein d'un corps juridique du droit des conflits armés »¹⁴⁰. Il est ainsi admis que la nécessité militaire ne peut être invoquée que lorsqu'elle est prévue expressément par une règle car « la balance entre les nécessités militaires et les exigences de l'humanité a été réalisée en amont, au moment de leur rédaction »¹⁴¹. L'on retrouve cette logique de détermination en amont des actes pouvant être justifiés par la nécessité militaire au sein de l'article 8 du Statut de Rome relatif aux crimes de guerre. L'article 8 prend en effet soin de réserver expressément l'application de la nécessité militaire à certains actes seulement. Ainsi, la nécessité militaire est présente dans certaines des dispositions relatives aux infractions aux Conventions de Genève¹⁴², aux infractions commises dans le cadre d'un conflit armé international¹⁴³ et aux infractions commises dans le cadre d'un conflit armé non international.¹⁴⁴ C'est donc qu'*a contrario* la nécessité militaire n'est pas permise pour les autres actes définis par l'article 8, soumis à une présomption irréfragable

¹⁴⁰ KOLB R., « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », in MOLLARD-BANNELIER C. (ss. dir), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007, p. 156.

¹⁴¹ BANNELIER K., « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre mondiale », in MOLLARD-BANNELIER C. (dir), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007, p. 316. V. aussi notamment ASCENSIO H., « L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux – Présentation », in MOLLARD-BANNELIER C. (dir), *La nécessité en droit international*, p. 306 ; VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 265 ; CASSELLA S., *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 54.

¹⁴² SCPI, art. 8 para. 2 a) iv) : « La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires ».

¹⁴³ SCPI, art. 8 para. 2 b) ii) : « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 b) iv) : « Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » ; art. 8 para. 2 b) v) : « Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 b) ix) « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 b) xiii) : « Le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ».

¹⁴⁴ SCPI, art. 8 para. 2 e) iv) : « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 e) viii) : « Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent » ; art. 8 para. 2 e) xii) : « xii) Le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit ».

d'absence de nécessité militaire¹⁴⁵. Cette intégration au sein de certains actes sous-jacents de l'article 8 devrait conduire à considérer que l'absence de nécessité militaire, en intégrant la définition de l'infraction, est un élément constitutif de l'infraction en droit international pénal¹⁴⁶. Les Éléments des crimes, dont l'objectif est de définir les éléments contextuels des infractions internationales ainsi que les éléments constitutifs de chaque infraction sous-jacente, pourraient cependant permettre de conférer un autre rôle à la nécessité militaire. Ils précisent en effet que « les motifs d'exonération de la responsabilité pénale ou l'absence de tels motifs ne sont généralement pas mentionnés dans les éléments énumérés pour chaque crime »¹⁴⁷. L'emploi de l'adverbe « généralement » signifie que « dans la plupart des cas »¹⁴⁸, les motifs d'exonération ne font pas partie des éléments constitutifs de chaque crime, ce qui induit que, par exception, ils pourraient être énoncés dans ces éléments. La nécessité militaire pourrait ainsi être appréhendée comme un motif d'exonération dont l'application pour chaque crime serait, par exception, précisée dans chacun d'eux. Cette interprétation, qui assoit la nécessité militaire comme un motif d'exonération spécial applicable uniquement à certains crimes de guerre, demeure respectueuse du sens qu'on lui confère en droit des conflits armés. En effet, en droit international public, l'on peut également reconnaître à la nécessité militaire un second aspect, celui d'une circonstance excluant l'illicéité¹⁴⁹, permettant à un combattant de commettre des actes qui, en principe, seraient prohibés¹⁵⁰. La nécessité militaire pourrait donc aussi être appréhendée extérieurement à l'infraction, comme un motif d'exonération à part entière, reposant sur des conditions particulières afin d'être acceptée au bénéfice de l'individu.

¹⁴⁵ BARDET M., *op. cit.*, para. 410.

¹⁴⁶ Dans le même sens v. HAYASHI N., *Military necessity*, thèse Leiden, 2017. p. 245 : « *strictly speaking, pleading military necessity in this contexte does not constitute a 'defence'* » (au sens strict, invoquer la nécessité militaire dans ce contexte ne constitue pas une 'défense'); JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2014, para. 687, p. 259 : « *[military necessity exists] when the definition of the crime makes liability dependent on whether the conduct was justified by military necessity* » (il y a nécessité militaire quand la définition du crime fait dépendre la responsabilité de la question de savoir si la conduite était justifiée par une nécessité militaire).

¹⁴⁷ *Éléments des crimes*, Introduction générale, para. 5.

¹⁴⁸ Définition « généralement », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹⁴⁹ Sur cette notion v. *supra* n°30.

¹⁵⁰ VENTURINI G., « Necessity in the law of armed conflict and in international criminal law », *Netherlands yearbook of international law*, 2010, vol. 41, p. 45 : « *in a narrower sense, it operates as a circumstance precluding wrongfulness, enabling a belligerent to perform some acts that, as a rule, would be prohibited* ». Dans le même sens v. KOLB R., « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 156 ; BANNELIER K., « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre mondiale », p. 313 ; VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 265 : « *[military necessity] is the principle justifying measures that are indispensable for securing the ends of the war* » (la nécessité militaire est le principe justifiant des mesures qui sont indispensables pour parvenir à des objectifs de guerre).

36. Identification négative des motifs d'exonération en droit pénal international. Si le principe de la contrainte, des représailles et de la nécessité militaire a donc pu être admis par les juges pénaux internationaux, d'autres moyens de défense invoqués n'ont pas eu leurs faveurs. Parmi ces arguments, il est possible de distinguer entre le *tu quoque* et la juste cause, qui ont facilement été écartés par la jurisprudence, et le consentement et l'alibi, qui ont occasionné plus de difficultés.

37. Définition du *tu quoque*. D'une part, le *tu quoque* consiste à dire « qu'une partie dans un conflit ayant commis des crimes, [elle] n'a aucune autorité pour poursuivre ou punir les ressortissants de l'autre partie »¹⁵¹. L'argument, invoqué dès le Procès de Nuremberg, peut être lié à la légitimité des juges et au principe de réciprocité qui admet qu'une partie au conflit puisse ne pas respecter une règle si l'autre partie ne l'a pas respectée non plus. Entre ces deux parties, la règle n'a alors plus d'effet et la responsabilité de l'une ou de l'autre ne peut être retenue. Dans ce cas, ce qui aurait dû être une violation est permis par la commission d'un crime similaire par l'autre partie. Le *tu quoque* peut également être lié au principe de non-discrimination selon lequel deux parties ayant commis le même crime doivent toutes deux être poursuivies. Basé sur ce principe, l'argument du *tu quoque* constituerait un obstacle aux poursuites qui ne pourraient pas être engagées par une partie ayant commis un crime similaire¹⁵². L'admission de cette version procédurale du *tu quoque* aurait par exemple conduit à ne pas pouvoir poursuivre les ressortissants allemands devant le Tribunal de Nuremberg au motif que les ressortissants des États créateurs de cette juridiction avaient eux aussi commis des infractions. Il semble néanmoins que les différentes juridictions internationales aient penché vers la version substantielle de l'argument.

38. Rejet par les tribunaux pénaux internationaux. Dans les Procès subséquents, le tribunal militaire américain de Nuremberg a clairement rejeté le *tu quoque* comme cause de non-responsabilité. Il a en effet considéré que déterminer si l'URSS – Signataire des Accords de Londres et de la Loi du Conseil de contrôle n°10 – avait commis une guerre d'agression était indifférent à la situation de l'accusé. Le tribunal ajoute qu'un accusé ne peut pas s'exonérer lui-même d'une infraction en montrant que l'autre partie a commis une infraction similaire avant

¹⁵¹ De FROUVILLE O., *op. cit.*, p. 422.

¹⁵² YEE S., « The *tu quoque* argument as a defence to international crimes, prosecution or punishment », *Chinese Journal of International Law*, 2004, p. 100.

ou après la commission de l'infraction par l'accusé¹⁵³. Plus récemment, le TPIY a lui aussi rejeté l'argument du *tu quoque* en expliquant que les règles de droit humanitaire sont des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des « obligations inconditionnelles ou, autrement dit, qui ne se fondent pas sur la réciprocité »¹⁵⁴. Le tribunal s'est également basé aussi sur la théorie du *jus cogens*, selon laquelle certaines normes sont indérogables, pour rejeter le *tu quoque* comme justification du crime¹⁵⁵.

39. Exclusion du *tu quoque*. Le rejet du *tu quoque* comme motif d'exonération semble donc admis au titre des principes du droit international et il paraît alors exclu qu'il le soit devant la Cour pénale internationale. Aussi, le *tu quoque* n'étant pas un motif d'exonération, il ne sera pas intégré à la présente étude.

40. Définition de la juste cause. De la même manière, les tribunaux pénaux internationaux ont rejeté l'argument de la juste cause comme cause de non-responsabilité. La juste cause s'inspire sans doute du concept de guerre juste de Grotius qui peut avoir trois objectifs : « la défense de ce qui nous appartient ; la poursuite de ce qui nous est dû ; et la punition des crimes »¹⁵⁶. Il s'agit donc d'utiliser le mobile de la personne pour justifier son acte, ce qui paraît déjà plaider en faveur de l'indifférence à la juste cause, le droit pénal étant traditionnellement indifférent au mobile de l'accusé.

41. Exclusion de la juste cause. La question s'est néanmoins posée devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone qui précise assez clairement que la juste cause ne peut pas exonérer l'individu de sa responsabilité¹⁵⁷. *A priori*, l'argument n'a encore jamais été invoqué devant les autres juridictions pénales internationales et n'a donc jamais été réellement discuté. S'il venait à l'être un jour, il ne serait probablement pas retenu par les juges dans la mesure où le mobile

¹⁵³ Tribunal militaire américain de Nuremberg, *Von Leeb et autres*, 28 octobre 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. XII, p.64 : « *an accused does not exculpate himself from a crime by showing that another committed a similar crime, either before or after the alleged commission of the crime by the accused* ». v. aussi Tribunal militaire américain de Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, p. 457.

¹⁵⁴ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 517.

¹⁵⁵ *Ibid.* para. 520.

¹⁵⁶ GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, P.U.F. 2^{ème} éd., 2012.

¹⁵⁷ Tribunal spécial pour la Sierra Leone (ci-après TSSL), *Fofana et Kondewa*, arrêt 28 mai 2008, n°SCSL-04-14-A, para. 523 : « *any consideration here of Fofana's and Kondewa's « just cause » as a motive for the purposes of sentencing should not be considered as a defence against criminal liability for their conduct* » (le fait que la juste cause soit prise en considération au moment de la fixation de la peine n'implique pas qu'elle constitue un motif d'exonération de la conduite de Fofana et Kondewa).

de l'individu est traditionnellement indifférent pour l'engagement de sa responsabilité¹⁵⁸. Par conséquent, la juste cause n'est pas un motif d'exonération et ne paraît pas avoir vocation à le devenir, de sorte que son étude doit être écartée.

42. Problématique relative au consentement. D'autre part, les juridictions pénales internationales se sont prononcées sur la nature du consentement et de l'alibi, qui ont soulevé un certain nombre de difficultés. S'agissant du consentement, les juridictions pénales internationales ont ainsi dû déterminer si l'absence de consentement de la victime est prise en compte au titre des éléments constitutifs de l'infraction ou si le consentement est envisagé comme motif d'exonération. La question s'est posée avec acuité s'agissant des violences sexuelles utilisées comme arme de guerre¹⁵⁹ et pour lesquelles l'absence de consentement de la victime est prise en compte au titre des éléments constitutifs par de nombreux systèmes internes¹⁶⁰. Or les statuts des tribunaux pénaux *ad hoc* ne définissent pas le viol et, partant, ne mentionnent pas le terme « consentement » ni l'absence de consentement parmi les éléments constitutifs de ce crime. Les règlements du TPIY et du TPIR envisagent en revanche le consentement comme un moyen de défense en matière de violences sexuelles, même si les conditions qu'ils posent paraissent déjà limiter son admission¹⁶¹. L'article 96 commun aux deux règlements indique en effet que « le consentement ne pourra être utilisé comme moyen de défense lorsque la victime a) a été soumise à des actes de violence ou si elle a été contrainte, détenue ou soumise à des pressions psychologiques ou si elle craignait de les subir ou était menacée de tels actes, ou b) a estimé raisonnablement que, si elle ne se soumettait pas, une autre pourrait subir de tels actes, en être menacée ou contrainte par la peur ». La possibilité d'employer le consentement de la victime comme moyen de défense en cas de violences sexuelles paraît ainsi réduite à peau de chagrin.

43. Exclusion du consentement comme motif d'exonération par les tribunaux pénaux *ad hoc*. Le procureur du TPIR s'est saisi de l'opportunité offerte par le Règlement de procédure et de preuve pour estimer, dans l'affaire *Gacumbitsi* que le consentement devait être considéré

¹⁵⁸ À moins d'être érigé en dol spécial, ce qui est le cas pour le génocide. Mais le mobile devient ici un élément constitutif de l'infraction et non pas un motif d'exonération.

¹⁵⁹ SCHOMBURG W. et PETERSON I., « Genuine consent to sexual violence under international criminal law », *A.J.I.L.*, 2007, p. 121.

¹⁶⁰ Pour une étude globale des différents systèmes, v. TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement, 10 décembre 1998, n°IT-95-17/1-T, para. 180.

¹⁶¹ *RPP TPIY* et *RPP TPIR*, art. 96.

comme une « *affirmative defence* » dont la charge de la preuve pèse sur l'accusé¹⁶². Néanmoins, la chambre d'appel du TPIR n'a pas souscrit à l'argument. Elle a renvoyé au jugement *Kunarać* du TPIY qui considérait en substance que le terme « *defence* » a un sens technique impliquant un renversement de la charge de la preuve, ce qui ne cadre pas avec la définition du viol telle qu'entendue généralement par les systèmes nationaux¹⁶³. Les juges ont en effet expliqué que « dans les systèmes juridiques internes où le consentement est un élément de la définition du viol, il faut généralement comprendre (...) que c'est le défaut de consentement qui constitue un élément du crime »¹⁶⁴. La rédaction du jugement *Kunarać* laisse alors supposer qu'un moyen de défense entendu dans un sens technique est à prouver par l'accusé. À l'inverse, l'utilisation du terme « *defence* » pris au sens large, c'est-à-dire dans un sens que le jugement qualifie de non-technique, ne renverse pas la charge de la preuve qui pèse toujours sur l'accusation¹⁶⁵. Le terme « *defence* » employé par l'article 96 du règlement de procédure et de preuve ne devrait donc pas être entendu dans ce sens technique¹⁶⁶. La Chambre d'appel du TPIR rappelle de plus que le Règlement de procédure et de preuve ne peut pas transformer l'élément constitutif d'une infraction en moyen de défense¹⁶⁷. Elle en conclut donc qu'il faut considérer que l'article 96 du Règlement « se contente de définir les circonstances dans lesquelles la preuve du consentement sera admissible »¹⁶⁸. La chambre d'appel du TPIR renvoie alors une nouvelle fois au jugement *Kunarać* du TPIY qui, précisant la définition du viol, faisait de l'absence de consentement de la victime un élément constitutif de l'infraction¹⁶⁹. Ce faisant, la chambre d'appel du TPIR confirme que les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ne considèrent pas le consentement comme un motif d'exonération.

¹⁶² TPIR, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, arrêt, 7 juillet 2006, n°ICTR-2001-64-A, para. 147. L'expression « *affirmative defence* » provient de la version anglaise, la version française évoquant quant à elle un « moyen de défense ». L'expression anglaise doit cependant être conservée car c'est en se fondant sur cette catégorie particulière de moyen de défense que le procureur estime que la charge de la preuve doit peser sur l'accusé. Sur l'étude détaillée de cette catégorie, v. *infra* n°231.

¹⁶³ TPIY, *Le procureur c. Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać et Zoran Vuković*, jugement, 22 fév. 2001, n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, para. 463.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ TPIY, jugement *Kunarać*, para. 463.

¹⁶⁷ TPIR, arrêt *Gacumbitsi*, para. 154.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ TPIY, jugement *Kunarać*, para. 460 : « À la lumière de ces considérations, la Chambre de première instance conclut qu'en droit international, l'élément matériel du crime de viol est constitué (...) dès lors que cette pénétration sexuelle a lieu sans le consentement de la victime », confirmé en appel le 12 juin 2002, n°IT-96-23-A, para. 129 : « Toutefois, en faisant du défaut de consentement la condition *sine qua non* du viol, la Chambre de première instance n'a pas désavoué les définitions antérieures issues de la jurisprudence du Tribunal ».

44. Consentement comme élément de l'infraction au sein des instruments juridiques de la Cour pénale internationale. À l'image des Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, le Statut de Rome ne définit pas le viol constitutif d'un crime contre l'humanité¹⁷⁰ ou d'un crime de guerre¹⁷¹. Contrairement à ses prédécesseurs, le Statut est en revanche complété par des Éléments des crimes qui définissent le viol comme le fait pour l'auteur de prendre possession du corps d'une personne « de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute autre partie du corps »¹⁷². Ils précisent ensuite que « l'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement »¹⁷³. Cette définition indique donc clairement que l'absence de consentement est intégrée aux éléments constitutifs du viol. De plus, les Éléments des crimes précisent que cette définition intégrant l'absence de consentement de la victime aux éléments constitutifs vaut également pour la prostitution forcée, la stérilisation forcée et les autres formes de violences sexuelles¹⁷⁴. La définition donnée de la stérilisation forcée est d'ailleurs plus claire quant à cette intégration de l'absence de consentement de la victime aux éléments constitutifs de l'infraction, qui précise que cette infraction implique que « les actes n'étaient ni justifiés par un traitement médical ou hospitalier des personnes concernées ni accomplis avec leur libre consentement »¹⁷⁵. Dans le Statut de Rome, complété par les Éléments des crimes, le consentement n'est ainsi pas un motif d'exonération.

45. Exclusion du consentement comme motif d'exonération par la Cour pénale internationale. Les infractions sexuelles ne sont cependant pas les seules à soulever des difficultés relatives au consentement. C'est ainsi que, lors de l'affaire *Lubanga*¹⁷⁶, la question est intervenue lors de l'étude de l'infraction de conscription ou d'enrôlement d'enfants de moins

¹⁷⁰ SCPI, art. 7 para. 1 g).

¹⁷¹ SCPI, art. 8 para. 2 b) xxii); para. 2 e) vi).

¹⁷² Éléments des crimes, art. 7 1 g), para. 1 ; art. 8 2 b) xxii), para. 1 et art. 8 2 e) vi), para. 1.

¹⁷³ Éléments des crimes, art. 7 1 g)-1, para. 2 ; art. 8 2 b) xxii)-1, para. 2 et art. 8 2 e) vi), para. 2.

¹⁷⁴ Éléments des crimes, art. 7 1 g)-1, para. 2 ; n.b.p. 16, art. 8 2 b) xxii)-1, para. 2, n.b.p. 51 et art. 8 2 e) vi), para. 2, n.b.p. 64.

¹⁷⁵ Éléments des crimes, art. 7 1 g)-5, para. 2 ; art. art. 8 2 b) xxii)-5, para. 2: art. 8 2 e) vi)-5, para. 2.

¹⁷⁶ CPI, *Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, décision sur la confirmation des charges* (ci-après confirmation des charges Lubanga), 29 janvier 2007, n°ICC-01/04-01/06.

de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés¹⁷⁷. Lors de la confirmation des charges, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a en effet distingué la conscription de l'enrôlement en considérant que « l'enrôlement est un acte "volontaire" tandis que la conscription est un recrutement forcé »¹⁷⁸. En qualifiant l'enrôlement d'acte volontaire, la Chambre considère ainsi que les mineurs de 15 ans pourraient décider librement de participer aux forces armées et donc consentir à cette participation. Entendu de la sorte, le consentement est appréhendé positivement et fait alors partie de la définition de l'enrôlement et constitue un élément constitutif de l'infraction. La Chambre préliminaire le confirme, qui précise qu'en « d'autres termes, le consentement de l'enfant n'est pas un moyen de défense valide »¹⁷⁹. Son interprétation est confirmée lors du jugement par la Chambre de première instance, qui affirme que « le consentement de l'enfant à son recrutement ne constitue [...] pas un moyen de défense valide »¹⁸⁰ et précise qu'il ne peut être pris en considération qu'au stade de la fixation de la peine¹⁸¹. Par conséquent, devant la Cour pénale internationale, le consentement ne constitue pas un motif d'exonération. Il ne sera donc pas intégré à l'étude.

46. Problématique relative à l'alibi. Les juridictions pénales internationales ont également été amenées à s'interroger sur la nature de l'alibi, afin de déterminer s'il s'agissait ou non d'un motif d'exonération. La difficulté provient de la rédaction des règlements de procédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* selon lesquels l'accusé doit informer le Procureur de son intention d'invoquer « une défense d'alibi » ou « un moyen de défense spécial »¹⁸². La distinction entre une défense et un moyen de défense spécial n'est cependant pas expliquée par les règlements, de sorte que la jurisprudence a dû intervenir.

47. Exclusion de l'alibi comme motif d'exonération par les tribunaux pénaux *ad hoc*. Le TPIY a ainsi dû se prononcer sur la question de l'alibi dans l'affaire *Čelebići*, ce qui lui a permis de préciser que « c'est une erreur commune de qualifier l'alibi de "moyen de défense" ». Si un accusé invoque un alibi, il nie simplement avoir été en mesure de commettre le crime qu'on lui impute. Il ne s'agit absolument pas d'un moyen de défense au sens propre »¹⁸³. Si l'on

¹⁷⁷ SCPI, art. 8 para. 2 e) vii).

¹⁷⁸ CPI, *confirmation des charges Lubanga*, para. 247.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ CPI, *Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement (ci-après jugement Lubanga), 14 mars 2012, n°ICC-01/04-01/06, para. 617.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² RPP TPIY et RPP TPIR, art. 67 B i).

¹⁸³ TPIY, *Le procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo* (arrêt *Čelebići*), arrêt, 20 fév. 2001, n°IT-96-21-A, para. 581.

admet que les motifs d'exonération sont compris dans la catégorie des moyens de défense, l'alibi n'est donc pas non plus un motif d'exonération¹⁸⁴. L'alibi ne paraît ainsi pas jouer au même plan que les motifs d'exonération puisque son objectif est de démontrer que le comportement répréhensible n'a pas pu être commis par l'individu, tandis que les motifs d'exonération ne contestent pas la commission matérielle des faits répréhensibles¹⁸⁵. En cas d'alibi, si la responsabilité ne peut pas être retenue c'est parce qu'on ne peut pas établir un comportement répréhensible sur la tête de l'individu. En ce sens, l'alibi renvoie plutôt à une cause de non-imputation en ce qu'il empêche de rattacher un comportement à l'auteur.

48. Exclusion de l'alibi comme motif d'exonération. Le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale confirme que l'alibi n'est pas un motif d'exonération. La Règle 79 relative à la divulgation de certains éléments par la défense distingue en effet entre la communication d'éléments de preuves relatifs à « l'existence d'un alibi »¹⁸⁶ et ceux relatifs aux « motifs d'exonération prévus au paragraphe 1 de l'article 31 »¹⁸⁷. En envisageant l'alibi séparément des motifs d'exonération du Statut de Rome et en évitant de parler de « défense » à son égard, le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale établit une différence claire entre les deux. Si l'alibi était appréhendé comme un motif d'exonération, il aurait en effet été placé dans le même paragraphe, et non pas dans un paragraphe différent. L'on peut donc en conclure que l'alibi n'est pas un motif d'exonération et ne pas l'intégrer à l'étude.

49. Exclusion de la qualité officielle comme motif d'exonération par le Statut de Rome. Le Statut de Rome procède par ailleurs lui-même à l'exclusion de la qualité officielle en tant que motif d'exonération, suivant en cela ses prédécesseurs¹⁸⁸. L'article 27 affirme en effet que « le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale ». Cette exclusion se comprend parfaitement dans la mesure où les juridictions pénales internationales ont justement été créées pour pouvoir

¹⁸⁴ Sur le classement des motifs d'exonération au sein des moyens de défense v. *infra* n°222 et s.

¹⁸⁵ Sur ce point v. *supra* n°8.

¹⁸⁶ *RPP CPI*, art. 79 para. 1 a).

¹⁸⁷ *RPP CPI*, art. 79 para. 1 b).

¹⁸⁸ *STPIY*, art. 7 para. 2, *STPIR*, art. 6 para. 2.

juger ces individus qui ne pouvaient l'être devant les juridictions nationales en raison précisément de cette immunité¹⁸⁹.

50. Démarche. À l'issue de l'identification positive et négative des motifs d'exonération, dix motifs d'exonération sont reconnus par un instrument juridique pénal international ou par une juridiction pénale internationale. À ce titre, eux seuls seront retenus dans l'étude des motifs d'exonération en droit pénal international : le trouble mental, l'intoxication, la légitime défense, l'état de nécessité, l'erreur de fait, l'erreur de droit, l'ordre du supérieur, la contrainte, les représailles et la nécessité militaire. Ces motifs d'exonération sont finalement nombreux dans un domaine où l'on pouvait s'attendre à ne pas en trouver. L'objectif de l'étude est alors, à partir de la façon dont les motifs d'exonération sont prévus et appliqués, de construire le régime juridique de l'exonération en droit pénal international, qui ne peut sans doute être identique à celui des droits internes en raison des spécificités déjà relevées de la matière. L'ampleur de la tâche entreprise conduit à ne fonder une telle construction que sur les motifs d'exonération déjà reconnus en droit pénal international, en s'appuyant sur leur mise en œuvre devant une juridiction pénale internationale, principalement la Cour pénale internationale puisqu'elle est la seule juridiction pénale internationale encore en activité. Il faudra toutefois avoir recours aux décisions des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et des tribunaux d'après-guerre lorsque cela se révèlera utile afin de préciser une notion ou d'aider à éclaircir une difficulté d'interprétation. La même démarche présidera au recours au droit interne et l'on aura recours principalement au droit français et au droit des systèmes de *Common law* afin de résoudre une difficulté ou d'en expliquer l'origine. Au-delà de ce rôle, à l'instar de la pratique des différentes juridictions pénales internationales et comme y invite l'ordre des sources applicables devant la Cour pénale internationale établi par l'article 21 du Statut de Rome¹⁹⁰, le recours au droit interne

¹⁸⁹ C'est d'ailleurs ce que relève dans ses mémoires Benjamin FERENCZ, qui fut le procureur en chef pour les Etats-Unis lors de l'un des procès subséquents au Procès de Nuremberg : le procès des Einsatzgruppen. FERENCZ B., *Mémoires de Ben – Procureur à Nuremberg et avocat de la paix mondiale*, Pocket, 2016, p. 317 : « Afin de contourner l'imminuité contre les poursuites dont les chefs d'Etat et autres puissants avaient bénéficié dans le passé, il fallait que tous les chefs de gouvernement sachent qu'à l'avenir, ils devraient répondre des crimes qu'ils organiseraient. Ce dont on avait encore plus besoin, c'était d'une Cour permanente à l'autorité plus large, pour traduire en justice ces dirigeants responsables de criminalité massive, quel que fût le lieu où les crimes se passaient ».

¹⁹⁰ L'article 21 paragraphe 1 indique que la Cour pénale internationale doit appliquer a) « En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve » ; b) « En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés » ; c) « 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 ». Le recours au droit interne n'intervient donc que de manière subsidiaire.

n'interviendra que si le système pénal international ou la doctrine pénale internationale ne permet pas déjà de dégager une solution, au besoin par une analyse constructive.

51. Résistance du droit pénal international à l'exonération. L'étude des motifs d'exonération admis par les juridictions pénales internationales et la consécration de bon nombre d'entre eux par le Statut de Rome révèlent que le droit pénal international est à la recherche d'un équilibre entre les droits accordés aux accusés et la lutte contre l'impunité et les droits des victimes. La tentation est en effet sans doute grande de sacrifier les droits des premiers au profit des objectifs et des droits des seconds mais il est vital de trouver un juste milieu afin de rester dans la justice et de ne basculer ni dans l'impunité ni dans la vengeance¹⁹¹. La volonté des rédacteurs du Statut de Rome de consacrer les motifs d'exonération au titre des principes généraux du droit est ainsi louable et inscrit l'existence des motifs d'exonération dans le marbre du droit pénal international. Cela étant, parce que les infractions internationales constituent les atteintes les plus graves que l'on puisse imaginer, la prise en compte de circonstances pouvant empêcher de retenir la responsabilité pénale est moralement plus difficile à concevoir et juridiquement plus difficile à admettre.

52. Plan. Malgré cette difficulté il faut, pour procéder à la construction de l'exonération en droit pénal international, déterminer les conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération (Partie 1). Les instruments juridiques de la Cour pénale internationale, inspirés des différentes juridictions internationales pénales *ad hoc*, en prévoient de nombreuses et cette précision participe d'un objectif de justice aboutie, où la défense a les moyens de lutter à armes égales contre l'accusation. La mise en œuvre des motifs d'exonération permet également de montrer que, si elles reposent sur une structure identique, les infractions internationales réprimées par le Statut de Rome regroupent des actes d'un degré de gravité variable et sont commises par des individus dont le degré de participation et la dangerosité ne sont sans doute pas similaires. Ce droit de l'indicible demeure toutefois peu réceptif aux motifs d'exonération et la confrontation

¹⁹¹ GILBERT J., « Justice not revenge : the International criminal court and the 'grounds to exclude criminal responsibility': defences or negation of criminality ? », *Journal of Human Rights*, 2006, p. 144 : « In this "weeding" between human rights law and international criminal law one of the main questions is concerned with finding the right balance between prosecution and defence in order to ensure that the international justice remains based on the ideal of reconciliation and not revenge » (dans ce mariage entre les droits de l'homme et le droit pénal international, l'une des questions principales est de trouver le juste équilibre entre l'accusation et la défense afin de s'assurer que la justice internationale demeure basée sur un idéal de réconciliation et non pas de revanche).

des conditions de mise en œuvre à l'objet du droit pénal international permettra de dresser les limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international (Partie 2).

PARTIE 1 : LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS

D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

53. Présence des motifs d'exonération dans le Statut de Rome. Au sein des instruments juridiques de la Cour pénale internationale, l'expression « motif d'exonération » apparaît dans deux articles du Statut de Rome, quatre règles du Règlement de procédure et de preuve ainsi que dans l'introduction des Éléments des crimes. Cette dernière précisant simplement que « les motifs d'exonération de la responsabilité pénale ou l'absence de tels motifs ne sont généralement pas mentionnés dans les éléments énumérés pour chaque crime »¹⁹², elle ne renseigne pas sur les conditions qu'ils doivent remplir afin d'être mis en œuvre. Seuls le Statut de Rome et le Règlement de procédure et de preuve sont donc susceptibles d'éclairer ces conditions de mise en œuvre. Les articles 31 et 32 du Statut de Rome consacrent le trouble mental, l'intoxication, la légitime défense, l'état de nécessité¹⁹³, l'erreur de fait et l'erreur de droit¹⁹⁴ et fixent les conditions qu'ils doivent remplir afin d'exonérer l'individu de sa responsabilité pénale. Il faut ajouter à ces deux articles l'article 33, qui n'emploie pas strictement l'expression « motif d'exonération » mais indique que l'ordre du supérieur « n'exonère » que dans certaines conditions fixées par l'article. Quant au Règlement de procédure et de preuve, il pose des règles relatives à la divulgation des motifs d'exonération¹⁹⁵ et à la procédure à suivre pour invoquer un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome¹⁹⁶. Les deux autres règles mentionnant l'expression « motifs d'exonération » concernent soit la procédure applicable avant l'audience de confirmation des charges¹⁹⁷ soit la fixation de la peine¹⁹⁸. S'agissant de cette dernière, la Règle 145 évoque les « circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale », de sorte qu'elle ne traite en réalité pas des motifs d'exonération ni donc de leur mise en œuvre.

54. Plan. À ces règles propres aux motifs d'exonération, il faudra sans doute ajouter au cours de l'étude des règles plus générales permettant de préciser sous quelles conditions les

¹⁹² *Éléments des crimes*, introduction, para. 5.

¹⁹³ Pour l'article 31.

¹⁹⁴ Pour l'article 32.

¹⁹⁵ *Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale* (ci-après *RPP CPI*), art. 79 para. 1 b.

¹⁹⁶ *RPP CPI*, art. 80.

¹⁹⁷ *RPP CPI*, art. 121.

¹⁹⁸ *RPP CPI*, art. 145.

motifs d'exonération peuvent être appliqués par la Cour pénale internationale. Il est en effet nécessaire que le droit pénal international parvienne à un équilibre dans les conditions de mise en œuvre de ces motifs d'exonération, afin d'assurer la répression d'actes graves mais sans fermer la porte à toute exonération. Cet équilibre difficile doit donc être recherché pour construire le régime de l'exonération en droit pénal international. À ce stade, il est néanmoins possible d'identifier deux catégories de conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération. Les articles 31 à 33 du Statut de Rome touchent en effet à la substance même de ces motifs en faisant le détail des conditions qu'ils doivent remplir pour que leur effet exonératoire soit reconnu. Les différentes règles du Règlement de procédure et de preuve s'attachent quant à elles au cadre procédural dans lequel doivent évoluer les motifs d'exonération invoqués. Il est ainsi possible de considérer que les motifs d'exonération sont soumis à des conditions substantielles (Titre I) et procédurales (Titre II) de mise en œuvre.

TITRE I : LES CONDITIONS SUBSTANTIELLES DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

55. Absence de structure globale des motifs d'exonération dans le Statut de Rome. Les motifs d'exonération n'ont pas été pensés comme un ensemble structuré lors de leur consécration aux articles 31 à 33 du Statut de Rome. La dernière version proposée par le Comité préparatoire offrait d'ailleurs un article à chaque motif d'exonération et leur regroupement en trois articles dans la version finale du Statut de Rome n'a pas véritablement été expliqué par les rédacteurs¹⁹⁹. Difficile alors de comprendre pourquoi trouble mental, intoxication, légitime défense et état de nécessité se retrouvent tous les quatre à l'article 31 du Statut de Rome tandis que l'erreur de fait et l'erreur de droit se partagent l'article 32 et que l'ordre du supérieur est isolé à l'article 33. Il ne paraît ainsi pas y avoir de cohérence structurelle au sein du Statut de Rome. À cela s'ajoute que certains motifs d'exonération en sont absents : contrainte, nécessité militaire et représailles ont en effet toujours une origine purement prétorienne²⁰⁰. Ce désordre oblige à une reconstruction des conditions substantielles de mise en œuvre des motifs d'exonération, pour parvenir à plus de cohérence.

56. Conditions substantielles des motifs d'exonération. Les conditions substantielles du trouble mental, de l'intoxication, de la légitime défense, de l'état de nécessité, de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et de l'ordre du supérieur sont donc fixées par le Statut de Rome aux articles 31 à 33 tandis que celles de la contrainte, de la nécessité militaire et des représailles, ressortent des décisions des différentes juridictions pénales internationales. Chacun de ces motifs d'exonération repose sur des conditions qui lui sont propres, de sorte que les conditions spéciales des différents motifs d'exonération sont aisément identifiables (Chapitre 2). Leur examen permet toutefois de révéler une certaine cohérence substantielle qui se traduit par la présence effective ou nécessaire de conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international (Chapitre 1).

¹⁹⁹ Nations Unies, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Volume II, n°A/51/22, art. K (erreur de fait ou de droit), art. L (trouble mental), art. M (intoxication), art. N (légitime défense des personnes et des biens), art. O (état de nécessité), art. P (contrainte), art. Q (ordre du supérieur) et art. R (motifs d'exonération possibles en cas de crime de guerre et de violations graves des Conventions de Genève de 1949).

²⁰⁰ Sur la particularité de la nécessité militaire v. *supra* n°34-35.

Chapitre 1 : Les conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération

57. Conditions identiques à plusieurs motifs d'exonération. La pluralité de motifs d'exonération n'empêche pas de mettre au jour des conditions de mise en œuvre identiques à chacun d'eux. L'examen des différents motifs d'exonération révèle en effet que plusieurs d'entre eux reposent sur des conditions similaires. Par exemple, la légitime défense et l'état de nécessité exigent que l'individu ait agi raisonnablement²⁰¹. De la même manière, intoxication et état de nécessité paraissent exiger une absence de faute antérieure²⁰². Cette absence de faute antérieure est également employée traditionnellement par la jurisprudence pour refuser l'application de la contrainte²⁰³. L'on pourrait encore citer, au titre des conditions que l'on peut retrouver dans plusieurs motifs d'exonération, l'absence de discernement nécessaire à la mise en œuvre du trouble mental et de l'intoxication²⁰⁴ ou la disparition de l'élément psychologique exigé au titre des conditions de l'erreur de fait et l'erreur de droit²⁰⁵. Bref, rares sont les motifs d'exonération fondés sur des conditions purement spéciales, ce qui permet d'ailleurs de pouvoir envisager une construction globale de l'exonération en droit pénal international.

58. Interrogation relative à la proportionnalité. Parmi les conditions communes à plusieurs motifs d'exonération, la proportionnalité se distingue en ce qu'elle constitue une condition de mise en œuvre de la moitié des motifs d'exonération soumis à la présente étude. En effet, sur les dix motifs d'exonération étudiés, cinq sont soumis à une condition de proportionnalité, ce qui suffit à en démontrer l'importance. Le Statut de Rome exige qu'une

²⁰¹ L'article 31 para. 1 c) du Statut de Rome relatif à la légitime défense fait état d'un individu qui « a agi raisonnablement ». L'article 31 para. 1 d) évoque quant à lui un individu qui a agi « de façon raisonnable ».

²⁰² L'article 31 para. 1 b) du Statut de Rome refuse la mise en œuvre de l'intoxication si la personne s'est « volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ». L'article 31 para. 1 d) exige quant à lui que l'état de nécessité ne provenant pas d'autres personnes provienne « d'autres circonstances indépendantes de sa volonté ».

²⁰³ Sur ce point v. *infra* n°124-125.

²⁰⁴ Les articles 31 para. 1 a) et 1 b) visent respectivement le trouble mental et l'intoxication « qui [privaient l'individu] de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ».

²⁰⁵ *SCPI*, art. 32.

condition de proportionnalité soit remplie pour la mise en œuvre de la légitime défense²⁰⁶ et de l'état de nécessité²⁰⁷, dans la lignée de ce qui est exigé pour ces motifs d'exonération en droit interne²⁰⁸. La jurisprudence pénale internationale fait de même pour la nécessité militaire²⁰⁹ et les représailles²¹⁰. Elle soumet également la contrainte à une telle condition²¹¹, ce qui apparaît surprenant au juriste français. En effet, le Code pénal français n'érige pas la proportionnalité en condition de la contrainte et dispose seulement que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister »²¹². L'exigence de proportionnalité dans la mise en œuvre de la contrainte telle qu'elle est appréhendée par le droit pénal international pose ainsi question. Cela conduit à se demander si la proportionnalité peut et doit être généralisée à l'ensemble des motifs d'exonération. Pour élaborer une construction générale de l'exonération, il faut alors, avant d'identifier positivement les conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération (Section 2), procéder à leur identification négative (Section 1).

Section 1 : L'identification négative des conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération

59. Lien entre la proportionnalité et le choix de commettre l'infraction. La proportionnalité permet d'évaluer le choix à opérer entre une valeur à protéger et une valeur à sacrifier. L'individu se trouvant devant un tel choix ne peut ainsi commettre légitimement l'acte répréhensible que si la valeur qu'il protège est supérieure ou, à tout le moins, équivalente à la valeur qu'il sacrifie. Dans ces hypothèses, l'individu choisit de commettre l'infraction pour

²⁰⁶ SCPI, art. 31 para. 1 c) : l'individu doit agir « d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés ».

²⁰⁷ SCPI, art. 31 para. 1 d) : l'individu ne doit pas avoir « eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter ». Sur la critique de la subjectivation de la condition de proportionnalité dans l'état de nécessité, v. *infra* n°210.

²⁰⁸ En droit français, l'article 122-5 du Code pénal permet la légitime défense « sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte » et l'article 122-7 du Code pénal permet l'état de nécessité, « sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Le droit anglais fait de même s'agissant de la légitime défense, qu'il soumet à une condition de proportionnalité. V. par exemple *Criminal Justice and Immigration Act* 2008, s. 76 para. 6 qui reprend les règles jurisprudentielles relatives à la légitime défense et considère que le degré de force employé par l'individu n'est pas raisonnable s'il est disproportionné par rapport aux circonstances telles que l'individu les pensait (« *the degree of force used by D is not to be regarded as having been reasonable in the circumstances as D believed them to be if it was disproportionate in those circumstances* »). L'état de nécessité est également conditionné par la proportionnalité, même si son existence en tant que motif d'exonération autonome est controversée. Sur ce point v. *infra* n°93.

²⁰⁹ Sur ce point v. *infra* n°207.

²¹⁰ Sur ce point v. *infra* n°208.

²¹¹ Sur ce point v. *infra* n°88 et s.

²¹² C. pén., art. 122-2.

éviter qu'un mal plus grand ou équivalent ne s'abatte sur lui. Il faut donc que l'individu soit capable de faire un tel choix, ce qui ne correspond pas à l'essence de tous les motifs d'exonération. Pour comprendre pourquoi la condition de proportionnalité n'est présente que dans certains motifs d'exonération et, surtout, pour comprendre pourquoi elle ne peut pas être présente dans d'autres (Paragraphe 2), il faut alors au préalable identifier les liens que chaque motif d'exonération entretient avec le choix de commettre l'infraction (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : L'identification des liens entre motif d'exonération et choix de commettre l'infraction

60. Nécessité de recourir aux fondements des motifs d'exonération. Les liens que chaque motif d'exonération entretient avec le choix de commettre l'infraction, et donc avec la condition de proportionnalité, peuvent être analysés à travers la raison d'être de ces motifs d'exonération. L'identification des fondements des motifs d'exonération (A) permet alors de révéler les rapports entretenus par chacun d'entre eux et le choix de commettre une infraction (B).

A- L'identification des fondements des motifs d'exonération

61. Pluralité de fondements. Les motifs d'exonération ont été invoqués devant les tribunaux pénaux internationaux bien avant leur codification par le Statut de Rome et, s'ils n'ont certes pas fait l'objet d'une contestation de principe, ils n'ont pas non plus fait l'objet d'une justification. En revanche, lorsqu'un motif d'exonération précis était soulevé, son existence était ponctuellement justifiée. À suivre la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, chaque motif d'exonération disposerait donc d'un fondement spécial plus ou moins clair (1). Il convient d'ajouter à ceux-ci un fondement général, tout aussi apte à caractériser le rapport qu'entretient chaque motif d'exonération avec le choix de commettre l'acte répréhensible et plus adapté au but de modélisation de l'exonération en droit pénal international (2).

1) Les fondements spéciaux des motifs d'exonération

62. Fondement de la légitime défense. Le fondement le plus clair est sans doute celui de la légitime défense, dont l'existence n'a même jamais été remise en cause durant l'élaboration

du Statut de Rome, contrairement à bon nombre d'autres motifs d'exonération²¹³. La raison d'être de la légitime défense apparaît d'ailleurs dès le recueil de jurisprudence établi par la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre²¹⁴, qui précise bien que c'est la loi qui permet à un homme de sauver sa vie en disposant de celle d'un autre en cas de légitime défense²¹⁵. Cette dernière serait donc fondée sur l'exercice d'un droit²¹⁶, qui serait même un droit inhérent à chaque être humain, fondé sur le principe de l'autonomie personnelle²¹⁷. Ce fondement, identique à celui employé en droit interne, tant en droit français²¹⁸ qu'en droit de *Common law*²¹⁹, laisse entrevoir que l'individu en situation de légitime défense dispose encore de son autonomie, et choisit donc librement de commettre l'acte répréhensible.

63. Fondement de l'état de nécessité. Il en va de même s'agissant de l'état de nécessité, même si ce fondement n'est pas apparu clairement lors des procès postérieurs au Procès de Nuremberg, les juges expliquant simplement que la nécessité est un motif d'exonération lorsqu'il est prouvé que l'acte a été accompli pour éviter un mal sérieux et irréparable²²⁰. En cela, l'individu en état de nécessité choisit le moindre des deux maux en favorisant la protection

²¹³ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 » *International criminal law review*, 2001, vol. 1, p. 164 : « Unlike other defences, self-defence was certainly considered in principle as an admissible defence ».

²¹⁴ The United Nations war crimes Commission, « Digest of laws and cases », *L.R.T.W.C.* vol. VX.

²¹⁵ *Ibid.* p. 177 : « The law permits a man to save his own life by despatching that of another, but it must be in the last resort ».

²¹⁶ Dans le même sens v. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », p. 161 : « [self-defence] entails the defence of a right against an illegal act » (la légitime défense implique la défense d'un droit contre un acte illégal) ; GUILFOYLE D., *International criminal law*, O.U.P., 2016, p. 361 : « provided the rules on self-defence are satisfied, such a killing is an act permitted by law ».

²¹⁷ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 234 : « After all, the right of self-defence is an inherent right of every human being. The latter premise is grounded in the theory of autonomy of the individual, which underlies modern criminal law ».

²¹⁸ V. par exemple PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 12^{ème} éd., 2021, para. 251, p. 263 qui considère que les dispositions du Code pénal relatives à la légitime défense « consacrent un principe plus général, de portée universelle, qui permet à chacun de se défendre contre une agression injuste, en exerçant une sorte de police privée, pour assurer les fonctions d'un État momentanément défaillant » ; BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 27^{ème} éd., 2021, para. 425 p. 383 : « celui qui a agi en état de légitime défense, doit être considéré comme ayant exercé un droit » et p. 383 citant Hegel selon lequel « l'attaque est la négation du droit ; la défense est la négation de cette négation, donc l'application du droit ».

²¹⁹ V. par exemple HORDER J., *Ashworth's principles of criminal law*, O.U.P., 8^{ème} éd., 2016, p. 130 : « the issues here concern the basic right to life and physical safety. An individual who is either attacked or threatened with a serious physical attack must be accorded the legal liberty to repel that attack, thus preserving a basic right (...). The criminal law cannot respect the lifestyle autonomy of the individual if it does not make provision for this dire situation » (la problématique est relative au droit à la vie et à l'intégrité corporelle. Un individu attaqué ou menacé d'une atteinte grave à l'intégrité physique doit se voir reconnaître la liberté de repousser cette attaque et, ce faisant, de préserver un droit fondamental. Le droit pénal ne peut pas respecter le droit à l'autonomie personnelle s'il ne prend pas en compte cette situation désespérée).

²²⁰ *L.R.T.W.C.*, vol. 15 p. 170 : « Necessity is a defence when it is shown that the act charged was done to avoid an evil both serious and irreparable ».

de la valeur la plus importante, au détriment de la valeur qui se trouve sacrifiée²²¹. On retrouve alors l'idée d'une utilité générale, sociale, qui fonde l'état de nécessité et justifie la non-responsabilité de l'individu. Au-delà d'une utilité sociale, l'état de nécessité pourrait également être fondé sur une certaine indifférence sociale, dès lors que les deux intérêts juridiques en conflit sont d'une valeur équivalente. La disposition du Statut de Rome relative à l'état de nécessité est en effet silencieuse sur ce point et exige seulement que la personne « n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter »²²², ce qui n'exclut pas la possible application de l'état de nécessité en présence de deux intérêts équivalents. Ainsi, à défaut d'être socialement utile, il faut à tout le moins que le comportement soit socialement indifférent, c'est-à-dire qu'il fasse perdre l'intérêt de punir, ce qui est le cas lorsque l'intérêt sacrifié est équivalent ou moindre par rapport à l'intérêt protégé²²³. Le fondement de l'état de nécessité manifeste alors clairement le lien qu'il entretient avec le choix de commettre l'acte répréhensible et, partant, avec la condition de proportionnalité.

64. Fondement de la nécessité militaire. La nécessité militaire repose sur un fondement similaire. Elle suppose en effet de « balancer les exigences militaires et celles humanitaires au sein d'un corps juridique du droit des conflits armés »²²⁴. Plus précisément, elle repose sur le choix de commettre un acte répréhensible pour atteindre un objectif militaire jugé nécessaire. En ce sens, le propre de la nécessité militaire est de choisir de commettre un acte répréhensible pour accomplir un acte nécessaire, sinon socialement, au moins militairement.

²²¹ V. notamment SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », p. 156 : « *the person objectively rescued the greater good at the cost of the minor* » (l'individu sauve objectivement le bien le plus important au prix du bien le moins important) ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », in BROWN B. S., *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011, p. 311 : « *in the case of necessity, the unlawfulness of the incriminating act, said to be the lesser evil, is eliminated by the higher legal interest which the actor purports to serve* » (dans le cas de la nécessité, l'illicéité de l'acte incriminé, considéré comme étant le moindre des deux maux, est éliminée par l'intérêt juridique supérieur que l'individu prétend servir).

²²² SCPI, art. 31 para. 1 d). Sur la critique du caractère subjectif donné à cette condition, v. *infra* n°210.

²²³ Un fondement similaire est employé en droit français. V. notamment BOULOC B., *op. cit.*, para. 437 p. 379 : « la société n'a pas, semble-t-il, de raison de punir, dans le cas où le bien sacrifié avec une valeur moindre que le bien sauvegardé (...). Et même, lorsque les intérêts en conflit sont d'égale valeur (vie de deux individus), le délit nécessaire est socialement indifférent, car la société n'a aucun intérêt à préférer la vie de l'un à celle de l'autre » ; PIN X., *op. cit.*, para. 243 : « l'état de nécessité est un fait justificatif de portée universelle qui, indépendamment de sa consécration légale, a toujours couvert les infractions commises pour la sauvegarde d'un intérêt supérieur à l'intérêt protégé par l'incrimination ».

²²⁴ KOLB R., « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », in MOLLARD-BANNELIER C. (ss. dir.), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007, p. 156.

65. Fondement des représailles. Les représailles quant à elles reposent sur la nécessité de faire cesser une situation illicite. L'objectif des représailles est en effet de commettre un acte répréhensible afin de forcer l'adversaire à cesser la violation du droit des conflits armés à laquelle il s'adonne²²⁵. Elles supposent donc elles aussi de choisir de commettre une infraction pour en faire cesser une autre, choix dont l'évaluation peut être menée grâce à la condition de proportionnalité.

66. Fondement de l'ordre du supérieur. Il en va différemment à propos de l'ordre du supérieur, qui est quant à lui fondé sur l'accomplissement d'un devoir et l'obéissance, nécessaire dans toute structure hiérarchisée²²⁶. Les juges du procès des *Einsatzgruppen* ne s'y sont pas trompés, qui ont affirmé que le premier devoir du soldat était d'obéir²²⁷. En effet, pour fonctionner, de telles structures requièrent un devoir élémentaire d'obéissance de la part de la personne qui reçoit les ordres²²⁸. En droit pénal international, parce que l'ordre du supérieur a souvent, voire exclusivement, été invoqué par des soldats, l'on évoque principalement un devoir de discipline, sur lequel repose à la fois la structure militaire elle-même et son corollaire, l'ordre du supérieur²²⁹. L'on voit alors poindre l'idée que l'existence de l'ordre du supérieur s'expliquerait par une certaine utilité générale. Le devoir d'obéissance ne suffit cependant plus à lui seul à justifier l'exonération de l'individu, qui n'est possible que si l'ordre n'était pas

²²⁵ TPIY, *Le procureur c. Zoran Kupreskić et. al.*, jugement, 14 janv. 2000, n°IT-95-16-T, para. 530 qui considère que les représailles n'ont plus lieu d'être aujourd'hui mais explique que dans le passé l'existence des représailles se justifiait « à certains égards, lorsqu'elles constituaient le seul moyen efficace de contraindre l'ennemi à mettre un terme à des actes de guerre illégaux et à respecter ultérieurement le droit international ». Sur ce point v. *supra* n°31.

²²⁶ JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2014, para. 658 p. 248 : « *the perpetrators are frequently integrated into a hierarchically structured collective, such as an army or police force. Such systems of orders and obedience are essential in some areas* ». (les perpétrateurs sont fréquemment intégrés à une structure hiérarchique collective, comme l'armée ou les forces de police. De tels systèmes d'ordre et d'obéissance sont essentiels dans certains domaines.).

²²⁷ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen case)*, 10 avril 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. IV, p. 470 : « *it is axiomatic that a military man's first duty is to obey* ».

²²⁸ *Ibid.* : « *To function, they require a basic duty of obedience on the part of the person receiving the order* ».

²²⁹ V. notamment SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », p. 126 : « *Any army by its very nature is founded on the basis of discipline* » (chaque armée est par nature fondée sur le principe de discipline) ; AMBOS K., « General principles of criminal law in the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, 1999, vol. 10, p. 30–31 : « *The superior orders concept arises from the need to maintain discipline within a hierarchical organization* » (le concept de l'ordre du supérieur émane de la nécessité de maintenir la discipline à l'intérieur d'une organisation hiérarchisée) ; BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », in MCGOLDRICK D., ROWE P. et DONNELLY E. (ss. dir.), *The Permanent International criminal court : Legal and policy issues*, Hart Publishing, 2004, p. 269 : « *Since discipline is the cornerstone of military doctrine, it follows that obedience to superior orders is paramount* » (puisque la discipline est la pierre angulaire de la doctrine militaire, il s'ensuit que l'obéissance aux ordres du supérieur est fondamentale).

manifestement illégal et si l'individu n'avait pas conscience de cette illégalité²³⁰. L'exonération par ordre du supérieur est ainsi fondée sur un devoir d'obéissance non plus absolu mais rationalisé par la théorie des baïonnettes intelligentes. Ce fondement actuel révèle que l'individu doit choisir de ne pas exécuter l'ordre s'il sait qu'il est illégal. Cela implique donc que le choix de commettre l'infraction est conditionné par la conscience de l'illégalité de l'ordre.

67. Fondement de la contrainte. À l'inverse, aucun choix n'est possible en cas de contrainte, qui repose sur une absence de liberté de choisir. Un tel principe n'est pas contesté en droit pénal international et les tribunaux pénaux internationaux post-Nuremberg ne disaient rien d'autre, lors de l'étude de la contrainte, en affirmant qu'aucun tribunal ne peut punir un homme qui, un pistolet à la tempe, est contraint d'actionner un levier mortel²³¹. L'existence de la contrainte en tant que motif d'exonération s'explique alors par la perte du libre arbitre, qui prive l'individu de sa liberté de choix²³².

68. Fondement du trouble mental et de l'intoxication. Cette liberté de choix n'est par ailleurs possible que si l'individu a la capacité de l'exercer, ce qui implique que l'individu, pour être responsable pénalement, doit être discernant. L'absence de discernement permet alors de justifier la raison d'être du trouble mental et de l'intoxication parmi les motifs d'exonération, ce qui ressort implicitement des dispositions du Statut de Rome. En effet, dans l'un ou l'autre cas, l'individu ne peut pas agir rationnellement, soit parce qu'il est privé de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, soit parce qu'il est privé de la maîtrise de son comportement²³³. Ainsi, parce qu'il n'a pas le discernement suffisant pour exercer son libre arbitre, l'individu ne paraît pas pouvoir choisir de commettre ou non l'acte répréhensible, de sorte qu'il ne peut être tenu pour responsable²³⁴.

²³⁰ SCPI, art. 33 para. 1 b) et c).

²³¹ L.R.T.W.C., vol. 15 p. 174 : « *No court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever* ».

²³² V. notamment DINSTEIN Y., *War, aggression and self-defence*, C.U.P., 5^{ème} éd., 2012, p. 134-135 : « *moral choice is impossible when the will of the accused is overpowered* » (le choix moral est impossible quand la volonté de l'individu est annihilée) ; GUILFOYLE D., *International criminal law*, O.U.P., 2016, p. « *their will is overpowered by the actions of another person, leaving them with no moral choice* » (leur volonté est annihilée par les actions d'une autre personne, ce qui les prive d'un choix moral).

²³³ SCPI, art. 31 para. 1 a) et para. 1 b).

²³⁴ Dans le même sens v. notamment SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », *International criminal law review*, 2002, p. 17 : « *It seems to be almost universally accepted that only those who have the capacity to act rationally ought to be held accountable for criminal acts* » (il semble être presque universellement accepté que seuls les individus qui

69. Fondement des erreurs. La raison d'être des erreurs est quant à elle liée non pas au discernement mais à la culpabilité. L'article 32 du Statut de Rome indique en effet clairement que l'erreur de fait ou de droit ne peut être un motif d'exonération que si elle fait disparaître l'élément psychologique de l'infraction internationale²³⁵. L'individu est ainsi exonéré si, en raison de son erreur, il ne présente pas un état d'esprit coupable, soit parce que son erreur fait disparaître le caractère intentionnel de son acte²³⁶, soit parce qu'elle démontre qu'il n'avait pas connaissance de l'existence de certaines circonstances²³⁷.

70. Bilan. Accomplissement d'un devoir, exercice d'un droit, utilité ou indifférence sociale, nécessité d'un esprit libre et discernant sont autant de raisons d'être des causes de non-responsabilité. Tous font apparaître les liens que chaque motif d'exonération entretient avec le choix de commettre l'infraction, ce que révèle également le fondement général des motifs d'exonération.

2) Le fondement général des motifs d'exonération

71. Existence des motifs d'exonération en droit pénal international fondée sur les droits nationaux. Lorsque les motifs d'exonération ont été mis en œuvre durant les procès subséquents au Jugement de Nuremberg, leur existence n'a jamais véritablement fait l'objet d'une justification générale. Tout au plus les juges de l'affaire *Hostages* ont-ils considéré que si les droits des nations et des individus impliqués dans des relations internationales devaient être respectés et préservés, les règles fondamentales de justice communément acceptées par les États devaient être appliquées²³⁸. Les droits nationaux constituaient alors une source de droit

ont la capacité d'agir rationnellement doivent pouvoir être tenus de rendre compte de leurs actes criminels) ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 300 : « *the individual wrongdoer cannot be blamed for having carried [the act] out because he was unable to recognize the unlawfulness of his conduct or because he could not be expected to act lawfully* » (le malfaiteur ne peut pas être blâmé pour son acte parce qu'il était incapable de reconnaître le caractère délictueux de sa conduite ou parce que l'on ne pouvait attendre de lui qu'il agisse de manière légale).

²³⁵ SCPI, art. 32 para. 1 et para. 2.

²³⁶ L'intention est la première composante de l'élément psychologique tel qu'il est défini à l'article 30 du Statut de Rome. Il précise en son paragraphe 2 qu'il y a intention lorsque a) « relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement » et b) « relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ».

²³⁷ La connaissance est la seconde composante de l'élément psychologique de l'article 30 du Statut de Rome, lequel précise en son paragraphe 3 qu'il « y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ».

²³⁸ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *List and others (Hostages case)*, 08 juil. 1947 - 19 fév. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. XI, p. 1236 : « *If the rights of nations and the rights of individuals who become involved in international relations are to be respected and preserved, fundamental rules of justice and right which have become commonly accepted by nations must be applied* ».

international et l'existence des motifs d'exonération dans les différents droits nationaux a suffi à fonder leur existence devant les juridictions pénales internationales²³⁹.

72. Principes généraux du droit pénal. Lors des négociations du Statut de Rome, la présence des motifs d'exonération a pu parfois être contestée mais, encore une fois, elle n'a jamais été véritablement justifiée, comme s'ils disposaient d'un fondement naturel, si évident qu'il n'était nul besoin de le nommer. Le Statut de Rome a simplement consacré plusieurs articles différents aux motifs d'exonération²⁴⁰ en les plaçant tous dans le Chapitre III relatif aux « principes généraux du droit pénal ». La possibilité d'une exonération serait donc un principe général du droit pénal reconnu par tous les systèmes pénaux nationaux, ce qui se refléterait dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux²⁴¹. Le TPIY a ainsi considéré que « les « moyens de défense » s'inscrivent (...) dans les principes généraux du droit pénal, et le Tribunal international doit les prendre en compte pour trancher les affaires portées devant lui »²⁴². L'expression « principe général du droit pénal » n'étant sans doute pas beaucoup plus précise que celle de « source du droit international », elle ne permet pas de cerner avec précision le fondement général des motifs d'exonération en droit pénal international.

73. Fondement de la responsabilité pénale internationale. Pour l'identifier, il est alors possible de raisonner *a contrario*, par rapport au fondement de la responsabilité pénale internationale affirmé par le Tribunal de Nuremberg. En effet, lors du Jugement de Nuremberg, les juges ont énoncé que « le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays (...) réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché »²⁴³. C'est en effet

²³⁹ En ce sens v. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », p. 45 : « *As stated in a passage from the Hostages Trial, fundamental principles of justice which have been generally accepted and adopted by civilised nations applied to war crime proceedings. Such fundamental rules of justice were fully entitled to be declared as principles of international law. In this way defences under municipal law of civilised nations were imported into international crime trials as well* » (comme indiqué dans un passage du procès des Otages, les principes fondamentaux de justice qui ont été communément acceptés et adoptés par les nations civilisées s'appliquent à la procédure des crimes de guerre. De tels principes méritent tout à fait d'être considérés comme des principes de droit international. De ce point de vue, les motifs d'exonération prévus par les droits nationaux ont aussi été importés dans les procès pour crimes internationaux).

²⁴⁰ Les articles 31, 32 et 33.

²⁴¹ O'KEEFE R., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2017, p. 211 : « *the possibility of exculpation is a general principle of criminal law recognized by all national criminal justice systems, and it is reflected in the jurisprudence of these international criminal courts* ».

²⁴² TPIY, *Le procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, jugement, 26 fév. 2001, n°IT-95-14/2-T, para. 449.

²⁴³ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Jugement de Nuremberg), 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946, édité à Nuremberg, Allemagne, 1947 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/>), p. 126.

parce que l'individu est libre d'agir comme il le souhaite qu'il est possible, s'il outrepassé les limites légales, de lui imposer une sanction. Ici la liberté permet de choisir d'adopter le comportement qui sera par la suite reproché. Autrement dit, il faut vérifier que l'individu a choisi d'adopter un comportement pénalement répréhensible pour pouvoir l'en rendre responsable car c'est dans cette seule hypothèse que la répression est légitime²⁴⁴.

74. Fondement général des motifs d'exonération. À l'inverse, il n'y a pas d'intérêt à punir un individu qui ne peut choisir ou contrôler ses actes²⁴⁵. L'irresponsabilité pénale, et donc l'exonération, peut alors être fondée sur une absence de liberté absolue. Or trois types de situations font disparaître cette liberté. D'abord, lorsque l'individu n'a pas d'autre choix que d'agir comme il le fait, la liberté est inexistante puisque « vouloir de force ce n'est pas vouloir »²⁴⁶. Ensuite, la liberté absolue disparaît lorsque l'individu n'a pas conscience qu'en agissant comme il le fait il commet une infraction. S'il ne perçoit pas que son comportement est pénalement répréhensible, l'individu ne choisit pas véritablement de commettre une infraction. Certes il adopte le comportement sans y être contraint mais sans savoir que ce comportement n'est pas conforme à la loi. Enfin, lorsque le choix entre commettre l'infraction et s'abstenir, quitte à en supporter les conséquences, est apparent, l'individu est bien libre de choisir. Cependant, en ce que ce choix repose sur un risque, pour lui ou pour autrui, de subir une atteinte, la liberté n'est pas absolue et c'est ce qui justifie que l'on accepte que l'individu puisse commettre une infraction. Dans cette dernière hypothèse où une part de liberté demeure, tout ne sera cependant pas permis et ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles permettant de considérer l'acte comme socialement neutre que le droit acceptera que l'individu soit exonéré de sa responsabilité, au prix d'une condition supplémentaire : que l'acte soit proportionné au danger qui menaçait l'individu. Pour déterminer quel motif d'exonération doit reposer sur une condition de proportionnalité, il faut alors préciser, à l'aide des fondements des différents motifs d'exonération, dans quelle catégorie chacun se situe.

²⁴⁴ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », p. 16 : « *Individuals possess freedom of will and can choose one course of action rather than another. If they step outside the limits of legal action we are, therefore, justified in imposing blame and punishment* »

²⁴⁵ *Ibid.* : « *we cannot blame people who do not have this ability to choose or control their actions* ».

²⁴⁶ LOMBOIS C., *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 89. Dans le même sens v. REBUT D., « Article 31 – Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale, in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 2^{ème} éd., 2019, p. 1162 qui explique que la privation de la liberté d'agir est exclusive de responsabilité pénale.

B- L'influence des fondements sur les liens entre motif d'exonération et choix de commettre l'infraction

75. Motif d'exonération et choix de commettre l'infraction. Il ressort de l'étude des fondements des motifs d'exonération que, dans certaines hypothèses, l'individu choisit de commettre l'infraction, alors qu'il se voit imposer de la commettre dans d'autres. Il est alors possible de distinguer les motifs d'exonération fondés sur l'impossibilité de choisir de commettre l'infraction (1) des motifs d'exonération fondés sur la possibilité de choisir de commettre l'infraction (2).

1) Les motifs d'exonération fondés sur une impossibilité de choisir de commettre l'infraction

76. Composantes de l'impossibilité de choisir de commettre une infraction. L'impossibilité de choisir de commettre l'infraction renvoie à deux situations différentes, selon que ce choix est empêché par une absence de liberté d'exercice du choix ou une absence de conscience de l'existence d'un choix.

77. Absence de liberté d'exercice du choix de commettre une infraction. D'une part, l'absence de liberté de choisir de commettre l'infraction n'existe que dans la contrainte, dont elle est la caractéristique principale. Il est en effet largement admis que « la contrainte prive la personne de toute possibilité de choisir »²⁴⁷. L'individu sous contrainte peut ainsi avoir parfaitement conscience qu'il est en train de commettre une infraction mais il n'en a pas le choix. C'est d'ailleurs en référence à cette situation que le Jugement de Nuremberg avait développé le critère de la responsabilité pénale internationale²⁴⁸. Selon les juges, seule la contrainte pouvait permettre d'exonérer l'individu, ce qui, en plus d'être particulièrement sévère et de ne pas correspondre au droit positif qui admet d'autres motifs d'exonération, ne constitue par ailleurs pas la seule hypothèse illustrant une absence de choix.

78. Absence de conscience de l'existence d'un choix. D'autre part en effet, l'absence de choix de commettre l'infraction se manifeste lorsque l'individu n'a pas conscience de l'existence d'un choix, ce qui est le cas en présence d'un trouble mental ou d'une

²⁴⁷ AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 923.

²⁴⁸ Sur ce point v. *supra* n°73.

intoxication²⁴⁹. Cela ressort expressément du Statut de Rome, dont l'article 31 évoque, tant pour le trouble mental que pour l'intoxication, l'individu privé de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement ou l'individu privé de la maîtrise de son comportement²⁵⁰. Dans la première hypothèse, l'individu ne comprend pas le caractère délictueux ou la nature de son comportement et n'a alors nécessairement pas conscience qu'il commet une infraction. Il ne peut donc pas choisir de ne pas la commettre. Dans la seconde hypothèse, l'individu peut avoir conscience que son comportement n'est pas autorisé mais, étant privé de la maîtrise de ce comportement, la commission de l'infraction n'est pas davantage choisie.

79. Erreurs et rapport au choix. Cette absence de conscience du choix se retrouve également en présence d'une erreur de fait ou de droit où il n'existe aucun choix véritable. Dans ces hypothèses en effet, l'erreur de l'individu implique qu'il ne sait pas qu'il doit opérer un choix entre commettre l'infraction et ne pas la commettre, puisqu'il ne sait pas que l'acte qu'il commet correspond à un acte infractionnel. S'il choisit certes d'agir, l'individu ne choisit en revanche pas de commettre une infraction parce qu'il pense à tort que son comportement est licite. En revanche, en présence d'un doute ou d'une incertitude sur le caractère licite de son comportement, si l'individu choisit tout de même d'agir, ce choix pourra lui être reproché car le doute aurait dû le conduire à s'abstenir d'agir et de risquer de commettre une infraction. L'action en cas d'incertitude traduira ainsi un comportement fautif de l'individu²⁵¹.

80. Ordre du supérieur et rapport au choix. De la même manière, pour que l'ordre du supérieur soit admis, il faut que l'individu ignore que l'acte qu'il a pour ordre d'exécuter est illégal²⁵². Ainsi, lorsqu'un individu obéit à l'ordre de son supérieur, s'il ne sait pas que l'ordre est illicite, il pense donc qu'il est licite et n'opère pas de choix puisque « là où il y a choix, il n'y a pas d'ordre »²⁵³. Le subordonné exécute l'ordre qu'on lui ordonne d'exécuter, sans comprendre que ce comportement est pénalement répréhensible. Pour être exonéré, il faut ainsi que l'individu n'ait pas conscience qu'il doit choisir entre adopter le comportement illicite ou

²⁴⁹ Dans le même sens pour le trouble mental, v. KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014, p. 342.

²⁵⁰ SCPI, art. 31 para. a) pour le trouble mental et b) pour l'intoxication.

²⁵¹ Sur ce point v. *infra* n°112.

²⁵² SCPI, art. 33 para. 1 b).

²⁵³ LOMBOIS C., *Droit pénal international*, p. 119.

résister à l'ordre, de sorte que l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome repose sur une erreur.

2) Les motifs d'exonération fondés sur la possibilité de choisir de commettre une infraction

81. Hypothèses de nécessité et rapport au choix. La possibilité de choisir est la caractéristique la plus célèbre de l'état de nécessité. En effet, en cas d'état de nécessité, il n'est pas « indispensable que l'auteur d'un méfait soit privé de la liberté de détermination ; au contraire, il s'agit en général d'un conflit d'intérêts dans lequel celui qui agit peut opter entre subir le mal et la violation de la loi »²⁵⁴. C'est également le cas de la légitime défense qui repose sur des conditions similaires et suppose une mise en balance des intérêts de l'agressé et des intérêts de l'agresseur²⁵⁵. De la même manière, la nécessité militaire repose par essence sur un choix, cette fois entre des intérêts militaires et des intérêts humanitaires²⁵⁶. Les représailles supposent également d'opérer un choix entre commettre l'infraction ou continuer à subir la violation du droit des conflits armés opérée par l'adversaire²⁵⁷.

82. Nécessité d'une condition supplémentaire. Or, on l'a dit, dans cette situation, l'individu conserve une part de liberté puisqu'il peut, et dans certaines circonstances, doit, choisir de subir le mal plutôt que de commettre l'infraction. Ce n'est ainsi qu'au prix d'une condition supplémentaire permettant d'évaluer le choix opéré, la condition de proportionnalité, que l'individu pourra être exonéré. L'influence du rapport au choix de commettre l'infraction sur la proportionnalité est alors toute tracée.

²⁵⁴ GLASER S., « La culpabilité en droit international pénal », *R.C.A.D.I.*, 1960, p. 516. V. aussi notamment OHLIN J., « The bounds of necessity », *J.I.C.J.*, vol. 6, 2008, p. 292 : « *justified necessity usually appeals to some version of choice of evils* » (la nécessité justifiée renvoie en général à une version du choix entre deux maux) ; ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2^{ème} éd., 2008, p. 1153 : « *choice-of-a-lesser-evil approach [is] known from the traditional necessity defence* » (l'approche relative aux choix du moindre des maux est connue comme renvoyant à la défense traditionnelle de nécessité).

²⁵⁵ Sur cette condition dans la légitime défense v. *infra* n°206 et s.

²⁵⁶ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 264 : « *In essence, it concerns a choice of 'evils' too, namely, between military and humanitarian interests* ».

²⁵⁷ Sur ce point v. *supra* n°65.

Paragraphe 2 : L'influence du rapport au choix de commettre l'infraction sur la proportionnalité

83. Proportionnalité comme condition commune aux motifs d'exonération reposant sur un choix. Parce que certains motifs d'exonération impliquent une possibilité de choisir, ils nécessitent une condition supplémentaire pour conclure à la non-responsabilité de l'individu. En effet, pour que le choix de commettre l'infraction soit acceptable, et donc qu'il conduise à la non-responsabilité, il faut que ce choix représente le moindre de deux maux²⁵⁸. Ainsi, l'ensemble des motifs d'exonération reposant sur le choix de commettre l'infraction doivent de surcroît satisfaire une condition de proportionnalité. Elle est en effet le critère d'évaluation de ce choix, l'individu devant supporter le mal si ce dernier est inférieur à celui qu'il produirait en commettant l'infraction. Il est donc cohérent de retrouver cette condition de proportionnalité dans la légitime défense, l'état de nécessité, la nécessité militaire ou les représailles²⁵⁹.

84. Condition impossible en cas d'absence de conscience d'un choix à faire. À l'inverse, les motifs d'exonération impliquant une absence de choix de commettre l'infraction ne peuvent pas être soumis à une exigence de proportionnalité. En ce que la proportionnalité suppose de connaître les deux extrémités du choix, la valeur en danger et la valeur qui risquerait d'être atteinte en réponse au danger, cette condition ne peut exister que si l'individu a conscience qu'il a un choix à faire. Cela exclut alors naturellement l'exigence de proportionnalité en cas d'erreur, de trouble mental ou d'intoxication, ce qui n'est pas contesté²⁶⁰.

85. Condition impossible de l'ordre du supérieur. La proportionnalité ne peut pas non plus être une condition de mise en œuvre de l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome. En effet, en empêchant l'individu d'avoir conscience qu'il doit effectuer un choix, l'ordre du supérieur ne permet aucun balancement d'intérêts²⁶¹. En cela, l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome paraît se distinguer de la façon dont sont parfois appréhendés

²⁵⁸ Dans le même sens v. CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., dans la formulation de sa 2^{ème} éd., 2008 : « *legal community would approve of an otherwise illegal act when it is the lesser of two evils* » (la communauté légale approuverait un acte autrement illégal s'il était le moindre des deux maux).

²⁵⁹ Sur l'étude détaillée de la proportionnalité dans ces motifs d'exonération v. *infra* n°205 et s.

²⁶⁰ Sur l'absence de conscience d'un choix à faire dans ces motifs d'exonération, v. *supra* n°78-79.

²⁶¹ MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in CHIAVARIO M. (ss. dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 324.

l'ordre ou l'autorisation de la loi²⁶² et le commandement de l'autorité légitime en droit français²⁶³.

86. Comparaison entre l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome et l'ordre ou l'autorisation de la loi de l'article 122-4 du Code pénal. En effet, si l'article 122-4 du Code pénal ne pose de condition de proportionnalité ni pour l'un ni pour l'autre, cette condition est parfois imposée dans des hypothèses spéciales d'ordre ou d'autorisation de la loi, par la loi elle-même²⁶⁴ ou par la jurisprudence²⁶⁵. La condition de proportionnalité n'est cependant pas ajoutée à l'ensemble des hypothèses d'autorisation ou d'ordre de la loi, de sorte que l'opposition entre droit français et droit du Statut de Rome n'est peut-être pas aussi tranchée. Par exemple, l'infraction de non-assistance à personne en danger contenue à l'article 223-6 du Code pénal, qui peut être considérée comme un ordre de la loi, ne soumet pas le comportement à la proportionnalité et la jurisprudence ne paraît pas avoir ajouté cette condition. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation est toutefois parfois cité comme ajoutant cette condition²⁶⁶. En l'espèce, à la suite d'un coup de fil, une infirmière accepte qu'on amène chez elle un homme blessé par balle au Portugal et qui refuse de se rendre à l'hôpital. L'homme lui explique à son arrivée qu'il a commis un meurtre. L'infirmière accepte tout de même de le soigner et de l'héberger durant sept jours. Poursuivie pour recel de malfaiteurs, elle invoque l'ordre de la loi incriminant l'omission de porter secours à une personne en péril. Le bénéficiaire de ce motif d'exonération lui est refusé et la Cour de cassation se range derrière l'appréciation souveraine des juges du fond qui avaient considéré que « ce devoir n'allait pas jusqu'à prendre le risque de faire voyager sur des centaines de kilomètres un individu blessé et de l'héberger ensuite pendant une semaine à son domicile ». Si certains auteurs y voient une

²⁶² *C. pén.*, art. 122-4 al. 1 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ».

²⁶³ *C. pén.*, art. 122-4 al. 2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

²⁶⁴ V. par exemple *C. de la défense*, art. L. 2338-3 qui autorise les militaires de la gendarmerie nationale à faire usage de leurs armes dans les conditions prévues à l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure », c'est-à-dire « en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée ».

²⁶⁵ Par exemple, l'article 73 du Code de procédure pénale, qui est une autorisation de la loi, dispose que « dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche ». La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que « l'usage, à cette fin, de la force doit être nécessaire et proportionné aux conditions de l'arrestation ». V. notamment Cass. crim., 13 avr. 2005, n° 04-83.939, *Bull.* n° 131 ; *D.* 2005, 2920, note LENNON J.-L. ; *R.S.C.*, 2006, 419, obs. BUISSON J. ; Cass. Crim., 28 mars 2006, n° 05-81.706, *Bull.* n° 88 ; *D.* 2006, 2721, note CHAVENT-LECLÈRE A.-S. ; *R.S.C.*, 2006, 601, obs. MAYAUD Y.

²⁶⁶ Cass. crim., 17 sept. 2003, n°03-80.524, *D.* 2004, somm. 666, obs. PRADEL J. ; *R.D.P.*, 2004, n°1, comm. 5, obs. VÉRON M.

condition de proportionnalité²⁶⁷, il est possible de considérer que les conditions rendant le secours obligatoire n'étaient simplement plus remplies. Il semble en effet que le blessé n'était plus en péril, de sorte que l'infirmière n'était plus tenue d'un devoir d'assistance. La référence au « risque de le faire voyager » peut également indiquer que l'action de l'infirmière ne constituait pas forcément un moyen adéquat de porter assistance au blessé. Surtout, ces différentes hypothèses d'ordre ou d'autorisation de la loi constituent des motifs d'exonération spéciaux, ce qui indique que leur comparaison avec l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome n'est peut-être pas la plus adaptée.

87. Comparaison entre l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome et le commandement de l'autorité légitime de l'article 122-4 du Code pénal. Ce dernier se rapproche en revanche du commandement de l'autorité légitime de l'article 122-4 du Code pénal français, qui exonère « la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal »²⁶⁸. Aucune condition de proportionnalité n'est imposée par le Code pénal mais l'on pourrait néanmoins considérer que l'ordre du supérieur est soumis à une condition de proportionnalité particulière, au sens où le balancement d'intérêts aurait été opéré en amont par le législateur. Cela étant, l'individu concerné par l'ordre du supérieur n'opère pas de pesée des intérêts en présence dans cette situation, de sorte que l'opposition entre l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome et l'ordre du supérieur de droit français n'est peut-être pas si radicale. Il est également parfois expliqué qu'en refusant le bénéfice du commandement de l'autorité légitime au subordonné qui fait preuve d'un excès de zèle, la jurisprudence ajouterait une condition de proportionnalité²⁶⁹. Il est cependant possible de considérer qu'en allant au-delà de l'ordre, le subordonné ne peut plus être couvert par lui car rien ne lui prescrivait d'agir comme il l'a fait. En ce sens, l'opposition entre droit

²⁶⁷ DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2021, para. 1258 p. 979 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 22^{ème} éd., 2019, para. 347, p. 314 ; DANTI-JUAN M., « Ordre de la loi », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation janvier 2021), para. 27.

²⁶⁸ C. pén., art. 122-4 al. 2. L'article 33 du Statut de Rome impose une exigence identique, qui doit se doubler d'une ignorance subjective du caractère illégal de l'ordre. Sur ces conditions spéciales de l'article 33 v. *infra* n°166 et s.

²⁶⁹ V. notamment DREYER E., *op. cit.*, para. 1258 p. 977 : « la même exigence de proportionnalité s'impose lorsque l'acte litigieux est un acte d'exécution. Ainsi, aller au-delà de l'autorisation de la loi ou du commandement de l'autorité légitime empêche la justification de l'agent qui commet un excès de zèle » ; DANTI-JUAN M., *op. cit.*, para. 27 : « d'une manière générale, et conformément à l'exigence de proportionnalité qui est un dénominateur commun à tous les faits justificatifs, l'agent doit respecter la mesure de la prescription légale, de sorte que l'excès de zèle dans la mise en œuvre de la norme législative, réglementaire ou même coutumière, aura pour effet d'écartier le bénéfice du fait justificatif » et para. 41 : « à l'instar de ce qui a été observé au sujet de l'ordre ou de la permission de la loi, l'agent ne devra pas aller au-delà de ce qui est attendu de lui. Il ne devra donc pas commettre « d'excès de zèle » dans l'exécution de l'ordre donné ».

français et droit du Statut de Rome peut être relativisée et l'absence de condition de proportionnalité dans l'article 33 du Statut de Rome ne pas surprendre.

88. Condition impossible de la contrainte. De la même manière, la proportionnalité ne peut pas être une condition de mise en œuvre de la contrainte parce qu'elle suppose que l'individu soit libre de faire un choix, ce qui n'est typiquement pas le cas lorsque l'individu est sous contrainte. L'assimilation par le Statut de Rome de la contrainte à l'état de nécessité dans l'article 31 semble alors regrettable en ce que les deux notions renvoient à des conditions difficilement conciliables, la contrainte impliquant une absence de liberté de choisir tandis que l'état de nécessité suppose justement un choix entre deux maux²⁷⁰. Or il n'est pas possible d'exiger à la fois une absence de choix et une réponse proportionnée puisque par définition, si l'on n'a pas le choix, l'on ne peut pas agir d'une autre façon et l'on ne peut pas choisir le moindre des deux maux²⁷¹. Certains auteurs considèrent que la référence du Statut de Rome à l'absence « d'intention de causer un dommage plus grand que celui que [l'on] cherch[e] à éviter »²⁷², qui renvoie à la proportionnalité, « doit s'entendre comme visant exclusivement le cas de la nécessité, la contrainte irrésistible excluant quant à elle toute volonté propre de l'agent »²⁷³. Cela supposerait alors d'opérer une différence entre la nécessité, représentée par l'expression « [menace] constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté », et la contrainte, désignée dans le même article par l'expression « [menace] exercée par d'autres personnes ». Une telle interprétation est cependant contestable dans la mesure où le Statut de Rome impose une condition de proportionnalité dans les deux cas. Or, là où le Statut lui-même ne distingue pas entre contrainte et nécessité, il n'y a pas lieu de distinguer. Le choix des rédacteurs de réunir

²⁷⁰ Sur la différence tenant au rapport au choix, v. *supra* n°77. Dans le même sens v. AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 923 : « la contrainte prive la personne de toute possibilité de choisir alors que l'état de nécessité se caractérise justement par l'élément du choix – du moindre mal » ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 311 : « *while duress refers to the lack of freedom of will or choice in the face of an immediate threat, necessity is based on a choice of evils with the decision taken in favour of the lesser evil* » (tandis que la contrainte renvoie à l'absence de volonté libre ou de choix face à un danger immédiat, la nécessité est basée sur un choix entre deux maux avec une décision prise en faveur du moindre des maux).

²⁷¹ Dans le même sens v. AKTYPIS S., *op. cit.*, p. 924 : « la personne sous contrainte ne peut en effet faire autre chose que commettre un crime ... » ; KRABBE M., *op. cit.*, p. 356 : « *[in case of duress] the defendant's choice can be disproportionate, while the defendant is free of blame* » (en cas de contrainte, le choix de l'accusé peut être disproportionné, sans pour autant que l'accusé soit blâmable) ; *contra* De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 439 : « quand bien même il n'y aurait aucune échappatoire, l'acte de l'accusé doit rester proportionné par rapport à la menace qui pèse sur lui ».

²⁷² SCPI, art. 31 para. 1 d).

²⁷³ DUBOIS C. et VAILHÉ J., « Les causes de non-responsabilité » in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 535.

l'état de nécessité et la contrainte dans une même disposition²⁷⁴ en exigeant que l'individu agisse « par nécessité » « sous la contrainte »²⁷⁵ conduit alors à une disposition inappropriée correspondant à une dernière tentative ratée de combiner deux concepts différents²⁷⁶, ce qui a occasionné de nombreuses critiques²⁷⁷. Cela étant, la position du Statut de Rome s'explique sans doute par la confusion historique régnant entre état de nécessité et contrainte en droit pénal international.

89. Absence de distinction par les tribunaux post-Nuremberg. En effet, depuis le Jugement de Nuremberg, aucune des juridictions pénales internationales qui a eu à se prononcer sur la question n'a véritablement fait l'effort de distinguer les deux notions. Le Tribunal militaire américain à Nuremberg a ainsi considéré que la défense de nécessité se retrouvait dans les différents droits nationaux sous la dénomination de « *necessity* », « *compulsory duress* », « *compulsion* », « *force and compulsion* » et « *coercion* »²⁷⁸, alors que seul le premier terme renvoie à la nécessité, les quatre suivants renvoyant quant à eux à la contrainte. C'est dire que, dès les premières invocations de cette défense, les juges ont opéré une confusion²⁷⁹. Par exemple, dans l'affaire *Flick*, le Tribunal américain semble se baser uniquement sur l'état de nécessité, dont il reprend la définition anglo-américaine. Ainsi, dans cette affaire, la nécessité est un moyen de défense lorsqu'il est montré que l'acte a été commis pour éviter un mal sévère et irréparable ; qu'il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de fuite ; et que le remède n'était pas

²⁷⁴ Sur les débats ayant mené à cette assimilation, v. notamment SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 1 », p. 150-155.

²⁷⁵ SCPI, art. 31 para. 1 d).

²⁷⁶ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 1149 : « *an ill-guided and lastly failed attempt [to try] to combine two different concepts* ».

²⁷⁷ V. de manière non exhaustive VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 242 : « *the duress provision in the ICC Statute is a mixture of two types of duress : duress as a choice of evils and duress as compulsion* » (la disposition relative à la contrainte du Statut de Rome est un mélange de deux types de contrainte : contrainte par choix entre deux maux et contrainte par force) ; CURRAT P., *op. cit.*, p. 736 : « [le Statut de Rome] consacre la confusion entre contrainte et nécessité » ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 311 qui considère l'absence de distinction « *unfortunate* » (malheureuse) ; SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 646 : « *the [Rome Statute] also combines duress with the related defence of necessity* » (le Statut de Rome combine la contrainte avec la défense de nécessité) ; O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 482 : « *the [Rome Statute] deals with duress and necessity together* » (le Statut de Rome regroupe la contrainte et la nécessité) ; OHLIN J., « The bounds of necessity », p. 292 : « *article 31 (1)(d) simply lumps everything together in a muddle, offering a duress provision that appears to also apply to cases of necessity (...)* » (l'article 31(1)(d) regroupe simplement tout en pagaille et offre une disposition sur la contrainte qui paraît aussi s'appliquer à des cas de nécessité).

²⁷⁸ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Krupp and others*, 17 nov. 1947 - 30 juin 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. IX, p. 1436.

²⁷⁹ Dans le même sens v. OHLIN J., « The bounds of necessity », p. 293 : « *the international case law demonstrates a similar degree of confusion (...). In cases where it is accepted, it is often collapsed with duress (...)* » (la jurisprudence internationale démontre un degré similaire de confusion (...). Dans les cas où la nécessité est acceptée, elle est souvent fondue dans la contrainte).

disproportionné au mal²⁸⁰. Dans l'affaire *Krupp*, le même tribunal étudie l'état de nécessité en se référant à l'affaire précédente²⁸¹ mais l'assimile à la définition germanique de la contrainte qui fait état d'un individu contraint par une force irrésistible²⁸². Dans l'affaire *IG Farben*, le Tribunal américain va plus loin en reprenant la définition de la nécessité utilisée dans l'affaire *Flick*, tout en y ajoutant une condition d'absence de choix moral²⁸³. Cet ajout finit de dénaturer l'état de nécessité, qui repose précisément sur un choix effectué par l'individu et renvoie plutôt à la contrainte, qui s'impose à l'individu. Enfin, dans l'affaire *High Command*, le Tribunal américain occulte totalement les conditions de nécessité et de proportionnalité utilisées dans les affaires *Flick* et *Krupp*. Il vise à la fois la contrainte et la nécessité et estime que pour les établir, il faut démontrer qu'il existait des circonstances telles qu'un homme raisonnable se considérerait face à un péril suffisamment imminent pour lui retirer sa liberté de choisir le bien et de s'abstenir de faire le mal²⁸⁴. La contrainte et l'état de nécessité sont alors tellement fondus l'un dans l'autre qu'ils semblent ne faire qu'un seul motif d'exonération²⁸⁵.

90. Confusion par la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre. La situation est tellement confuse que même le recueil de jurisprudence²⁸⁶ établi par la

²⁸⁰ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Flick and others*, 20 avril - 22 déc. 1947, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. VI, p. 1200 : « *necessity is a defence when it is shown that the act charged was done to avoid an evil both serious and irreparable ; that there was no other adequate means of escape ; and that the remedy was not disproportionate to the evil* ».

²⁸¹ *Krupp and others*, p. 1435 : « *The defence of necessity was held partially available to the defendants in the case of the United States of America v. Flick, et al.* » (la défense de nécessité a été partiellement retenue pour les accusés dans l'affaire États-Unis contre Flick).

²⁸² *Ibid.* p. 1436 : « *a crime has not been committed if the defendant was coerced to do the act by irresistible force or by a threat which is connected with a present danger for life and limb of the defendant or his relatives, which danger could not be otherwise eliminate* » (le crime n'a pas été commis si l'accusé a été contraint de commettre l'acte par une force irrésistible ou sous une menace immédiate pour sa vie ou son intégrité physique, ou celles de ses proches, et si le danger encouru ne pouvait pas être éliminé autrement).

²⁸³ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *IG Farben*, 14 août 1947 - 29 juil. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. VIII, p. 1179 : « *an order of a superior officer or a law or governmental decree will not justify the defence of necessity unless, in its operation, it is of a character to deprive the one to whom it is directed of a moral choice as to his course of action* » (l'ordre d'un officier supérieur, de la loi ou d'un décret gouvernemental ne peut pas justifier la défense de nécessité sauf si, dans son application, cela conduit l'individu à une absence de choix moral relativement à sa conduite).

²⁸⁴ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Leeb and others (High Command case)*, 30 déc. 1947 - 28 oct. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. XI, p. 509 : « *to establish the defence of coercion or necessity in the face of danger there must be a showing of circumstances such that a reasonable man would apprehend that he was in such imminent physical peril as to deprive him of freedom to choose the right and refrain from the wrong* ».

²⁸⁵ Dans le même sens v. VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale*, L.G.D.J., 2010, p. 397, qui, à l'issue de l'étude de la jurisprudence du Tribunal militaire américain de Nuremberg, conclut que les différentes décisions « présentent la caractéristique commune de réunir des conditions propres à la contrainte, une menace grave et irréparable, et propres à l'état de nécessité, la proportionnalité de la réaction ».

²⁸⁶ The United Nations war crimes Commission, « Digest of laws and cases », *L.R.T.W.C.* vol. VX.

Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre pour harmoniser les règles employées n'a pas pu résumer les critères utilisés. Si le recueil reprend bien les critères de danger immédiat, grave et irréparable²⁸⁷, de nécessité de la riposte²⁸⁸ et d'absence de disproportion²⁸⁹, il omet celui, utilisé dans plusieurs affaires, de la liberté de choix moral. Ce faisant, il semble que la Commission des Nations Unies reprenne plus une définition de l'état de nécessité que de la contrainte. Cela étant, il n'est pas possible d'en déduire de manière claire que les tribunaux post-Nuremberg ont appliqué strictement l'un ou l'autre, tant la contrainte à Nuremberg était une créature hybride avec des caractéristiques du choix entre deux maux et des caractéristiques de la contrainte²⁹⁰. De ce caractère hybride on ne peut tirer que des indications sur les conditions renvoyant tantôt à l'état de nécessité et tantôt à la contrainte, et non pas un motif d'exonération clairement établi, même s'il semble possible de dire que la contrainte n'était envisagée que lorsque les juges faisaient référence à l'absence de choix moral.

91. Affaire Erdemović. Plus récemment, c'est le TPIY qui a continué à semer le trouble dans la célèbre affaire *Erdemović* en affirmant que la contrainte est « parfois définie comme l'état de nécessité »²⁹¹. Se référant à un rapport de la Commission du droit international, le TPIY considère en effet que la contrainte est soumise à trois conditions déjà établies, selon le Tribunal, par l'affaire *Krupp*²⁹². Or, il a été vu que cette dernière mentionnait plutôt l'état de nécessité²⁹³. De plus, après avoir relevé ces éléments, le TPIY ajoute que les tribunaux militaires ont parfois « énoncé d'autres critères »²⁹⁴, notamment l'absence de choix moral, condition qui relève en principe exclusivement de la contrainte. Il en conclut donc qu'il doit « examiner si l'accusé en situation d'agir n'avait pas le devoir de résister, s'il disposait du choix moral de le faire ou de tenter de le faire »²⁹⁵. Autant dire alors que le TPIY n'a pas réussi à se décider sur les critères à adopter, pas plus qu'il n'a réussi à distinguer état de nécessité et contrainte.

²⁸⁷ *Ibid.* p. 174 : « *the act charged was done to avoid an immediate danger both serious and irreparable* ».

²⁸⁸ *Ibid.* : « *there was no other adequate means of escape* ».

²⁸⁹ *Ibid.* : « *the remedy was not disproportionate* ».

²⁹⁰ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 251 : « *duress at Nuremberg was a hybrid creature with features of choice of evils as well as duress* ».

²⁹¹ TPIY, *Le procureur c. Drazen Erdemović*, jugement, 29 nov. 1996, n°IT-96-22-T, para. 16.

²⁹² *Ibid.*, para. 17 reprenant le *Rapport de la Commission du droit international*, 1996, Supplément n°10 (A/51/10), p.96 : « (i) L'acte incriminé a été commis pour éviter un danger direct à la fois grave et irréparable ; (ii) il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de s'y soustraire ; (iii) le remède n'était pas disproportionné par rapport au mal ».

²⁹³ *V. supra* n°89.

²⁹⁴ TPIY, jugement *Erdemović*, para. 18.

²⁹⁵ *Ibid.* para. 19.

92. Refus du TPIY de distinguer état de nécessité et contrainte. D'ailleurs, le même tribunal a par la suite évité de se prononcer précisément sur la distinction entre état de nécessité et contrainte en considérant qu'il était « inutile de s'attarder sur les questions de savoir si l'état de nécessité constitue un moyen de défense valide en droit international [et] s'il est identique à la défense de contrainte »²⁹⁶. Une telle formulation laisse que pour le TPIY, l'article 31 du Statut de Rome renvoie à la contrainte. Cela ne permet en tout cas pas de clarifier le chaos entourant les notions d'état de nécessité et de contrainte et rend la jurisprudence du TPIY assez floue, qui empêche de pouvoir affirmer avec certitude qu'il distingue état de nécessité et contrainte ou qu'il les englobe dans une même règle.

93. Confusion par le droit anglais. Cette position extrêmement peu claire du Statut de Rome et de la jurisprudence pénale internationale vient sans aucun doute du droit anglais. En effet, si ce dernier opère bien une distinction entre l'état de nécessité et la contrainte, il opère également une distinction au sein même de la contrainte suivant la source de la menace. Ainsi, en cas de contrainte par menace²⁹⁷, la menace provient d'un autre individu alors qu'en cas de contrainte par circonstances²⁹⁸, la menace provient de circonstances objectives, distinction que l'on retrouve à l'identique à l'article 31 para. 1 d) du Statut de Rome. Or, le cas de contrainte par circonstances est en réalité très proche de l'état de nécessité²⁹⁹, motif d'exonération que le droit anglais a longtemps refusé de voir comme un moyen de défense autonome³⁰⁰ et qu'il a aujourd'hui encore peur de laisser se développer, tant il demeure une énigme en droit anglais³⁰¹. La catégorie de contrainte par circonstances ne serait alors qu'un moyen pour la jurisprudence anglaise de ne pas reconnaître explicitement l'état de nécessité³⁰². Cela étant, la jurisprudence

²⁹⁶ TPIY, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, arrêt, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1, para. 55.

²⁹⁷ « *duress by threats* ».

²⁹⁸ « *duress of circumstances* ».

²⁹⁹ V. notamment VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 243 : « *as duress by circumstances is also referred to as 'necessity', it confounds the exact meaning of the latter defence* » (le cas de « *duress by circumstances* » étant aussi appelé « nécessité », cela obscurcit le sens exact de la défense de nécessité) ; CASSESE A., *International criminal law*, p. 215 : « [*duress of circumstances*] is sometimes described as 'necessity', in the sense of 'excused necessity' » (le cas de « *duress of circumstances* » est parfois nommé « nécessité », dans le sens de « l'excuse de nécessité »).

³⁰⁰ L'existence de l'état de nécessité comme moyen de défense autonome en matière pénale n'a été reconnue qu'en 2001 par *re A (Children) (Conjoined twins : surgical separation)* [2001], *Law report family division*, 147.

³⁰¹ CHILD J. et ORMEROD D., *Essentials of criminal law*, O.U.P., 2^{ème} éd., 2017, p. 591 : « *the definition of the defence of necessity in English law remains an enigma (...)* ». Dans le même sens v. HEATHCOTE S., « La nécessité en *Common law* », in MOLLARD-BANNELIER C. (dir), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007, p. 105 : « la place de la nécessité en Angleterre a connu une grande confusion au vingtième siècle ».

³⁰² ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017, p. 215 : « *when the opportunity arose in Shayler [2001] 1 WLR 2206, for the Court of Appeal to indicate whether necessity existed as a defence distinct from duress, it eschewed it retreating to the comfort zone of duress of circumstances, commending the blurring of lines between*

assimile parfois état de nécessité et contrainte par circonstances en employant l'expression « nécessité ou contrainte par circonstances »³⁰³ pour désigner le moyen de défense³⁰⁴. La doctrine anglaise est aussi partagée que la jurisprudence, certains auteurs se prononçant en faveur d'une assimilation entre contrainte par circonstances et nécessité³⁰⁵ tandis que d'autres plaident pour une distinction stricte³⁰⁶. Certains auteurs ont même décidé, à l'image des juges, qu'il est préférable d'opter pour la défense de contrainte par circonstances afin d'éviter la défense plus ambiguë de nécessité, alors que les deux sont similaires et que la première peut être vue comme une sous-catégorie de la deuxième³⁰⁷. Le droit anglais offre ainsi un système confus en créant trois hypothèses de motifs d'exonération, la nécessité, qui demeure discutée, la contrainte par force et la contrainte par circonstances, là où deux – contrainte par force et état de nécessité – suffiraient amplement.

94. Contrainte hors du Statut de Rome. Si le droit américain s'est peu à peu détaché de cette situation obscure³⁰⁸, le *Model Penal Code* distinguant en effet l'état de nécessité³⁰⁹ et la contrainte³¹⁰, il est regrettable que les rédacteurs du Statut de Rome n'aient pas suivi le même chemin. Ainsi, si l'on considère que la contrainte fait partie de l'article 31 et correspond à la menace exercée par d'autres personnes³¹¹, la condition de proportionnalité, condition explicite du Statut, devra toujours être remplie, que l'on soit en présence d'un cas de contrainte ou d'un

the two defences ! » (lorsque l'opportunité s'est présentée à la Cour d'appel dans l'affaire Shayler de préciser si la nécessité existait en tant que moyen de défense distinct de celui de contrainte, elle a préféré se retrancher dans sa zone de confort de la contrainte par circonstances, contribuant à brouiller les lignes entre la contrainte et la nécessité !).

³⁰³ « *necessity or duress of circumstances* ».

³⁰⁴ V. de manière non exhaustive *Blake v DPP* [1993], *Crim. L.R.*, 586 ; *Cairns* [1999], *Cr. App. R.*, vol. 2, 137 ; *Quayle* [2005], *E.W.C.A. Crim.*, 570.

³⁰⁵ V. notamment ALLEN M. J., *op. cit.*, p. 210 qui titre « *Duress of circumstances : necessity by another name ?* ».

³⁰⁶ V. notamment CARD R. et MOLLOY J., *Criminal law*, O.U.P., 22^{ème} éd., 2016, p. 727 : « *the better view is that there is a difference between private defence and duress, on the one hand, and another situation, which is described here as 'pure necessity'* » (il est préférable de penser qu'il y a une différence entre la défense privée et la contrainte d'un côté, et une autre situation qui peut être décrite comme de la « pure nécessité »).

³⁰⁷ CHILD J. et ORMEROD D., *op. cit.*, p. 579-580 : « *Although [duress of circumstances] is similar to the necessity defence, it is better presented as a separate defence. This is because whereas necessity is hopelessly ambiguous in its application, duress by circumstances is relatively well defined. Therefore, even if we see it as a subcategory of necessity, where duress of circumstances can be applied, it provides a welcome opportunity to avoid the necessity defence* » (même si la contrainte par circonstances est similaire à la défense de nécessité, il est préférable d'en faire une défense distincte. En effet, tandis que la nécessité connaît une application très ambiguë, la contrainte par circonstances est relativement bien définie. Ainsi, même si on la voit comme une sous-catégorie de la nécessité, lorsque la contrainte par circonstances peut être appliquée, elle constitue une opportunité bienvenue d'éviter la défense de nécessité).

³⁰⁸ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 244 : « *at least in American jurisdictions the distinction between sources of threat (natural versus human) has been abandoned* ».

³⁰⁹ *Model Penal Code*, Section 3.02.

³¹⁰ *Model Penal Code*, Section 2.09.

³¹¹ *SCPI*, art. 31 para. 1 d) i).

cas de nécessité. En revanche, dans la mesure où le Statut de Rome ne reprend pas l'absence de liberté morale de choisir comme condition de la contrainte, cela laisse supposer que cette condition n'en sera sûrement pas une devant la Cour pénale internationale. Cependant, une telle conception dénaturant totalement la notion de contrainte, il faut alors en conclure que malgré le terme « contrainte », c'est bien l'état de nécessité qui est visé par l'article 31 du Statut de Rome³¹². Outre qu'elle ne se détacherait pas inutilement des conceptions nationales, cette seconde interprétation laisserait la possibilité à la Cour pénale internationale d'examiner la contrainte en passant par l'article 31 paragraphe 3 du Statut de Rome, selon lequel elle « peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1 ».

95. Critère de distinction possible entre contrainte et état de nécessité. Il faut cependant reconnaître que contrainte et état de nécessité renvoient à des hypothèses parfois très proches, ce qui ne facilitera pas le choix entre l'un ou l'autre de ces motifs d'exonération. L'on pourrait alors utiliser l'origine de la menace comme critère de distinction. Ainsi, si la menace provient d'une autre personne, première origine possible visée par le Statut de Rome³¹³, l'on serait dans une situation de contrainte, tandis que si la menace provient d'autres circonstances, seconde origine possible visée par le Statut de Rome³¹⁴, l'on serait dans une situation d'état de nécessité. Outre qu'une telle solution permettrait de concilier positions continentales, qui distinguent clairement entre état de nécessité et contrainte³¹⁵, et positions de *Common law*, qui utilisent le critère de l'origine de la menace pour distinguer la contrainte par menaces et la contrainte par circonstances, elle permettrait surtout de préciser le champ d'application de plusieurs motifs d'exonération. En effet, réserver l'état de nécessité à la menace créée par des circonstances objectives aurait le double avantage de distinguer plus clairement l'état de nécessité de la contrainte mais aussi de la légitime défense, qui suppose une attaque par un autre individu³¹⁶.

³¹² *Contra* KRESS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », *Cambridge journal of international law*, 2013, vol. 2, Issue 3, p. 406 : « it will be argued that [art. 31 (1)(d)] can be interpreted so as to give rise to a duress defence alone (excluding necessity), and that it is perceived as an excuse » (il est permis de penser que l'article 31 (1)(d) renvoie seulement à la contrainte, à l'exclusion de la nécessité, et qu'il est perçu comme une excuse) ; O'KEEFE R., *International criminal law*, p. 217 qui reprend l'affaire *Aleksovski* pour estimer que seule la contrainte est contenue dans l'article 31 du Statut de Rome ; CASSESE A., *International criminal law*, p. 214 qui se base sur l'affaire *Orić* pour reconnaître l'état de nécessité indépendamment de l'article 31.

³¹³ *SCPI*, art. 31 para. 1 d) i).

³¹⁴ *SCPI*, art. 31 para. 1 d) ii).

³¹⁵ Le Code pénal français distingue par exemple les deux motifs d'exonération, la contrainte étant consacrée à l'article 122-2 et l'état de nécessité à l'article 122-7.

³¹⁶ Sur ce point v. *infra* n°176.

96. Proposition d'ajout de la contrainte dans le Statut de Rome. Par conséquent, il apparaît opportun d'opérer une distinction formelle entre contrainte et état de nécessité³¹⁷. Pour ce faire, il faut supprimer la référence à la menace « exercée par d'autres personnes » de l'article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome et réserver cette situation à la contrainte. Au demeurant, le Statut de Rome pourrait sans doute bénéficier de l'ajout de la contrainte comme motif d'exonération dans un paragraphe 1 e), qui pourrait être formulé de la sorte : « 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 irrésistible de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique exercée par d'autres personnes »³¹⁸.

97. Conclusion de section. Finalement, la proportionnalité ne peut pas être une condition générale de mise en œuvre des motifs d'exonération car elle suppose de pouvoir choisir de commettre l'infraction, ce qui n'est pas le cas lorsque l'individu est privé de liberté et donc qu'il est sous contrainte ou lorsqu'il n'a pas conscience que ce choix se présente à lui parce qu'il est atteint d'un trouble mental, dans un état d'intoxication ou qu'il commet une erreur. La proportionnalité n'est ainsi qu'une condition commune aux motifs d'exonération reposant sur le choix de commettre l'infraction, à savoir la légitime défense, l'état de nécessité, la nécessité militaire et les représailles. Quel que soit le rapport que chaque motif d'exonération entretient avec le choix de commettre l'infraction, tous sont néanmoins soumis aux mêmes conditions générales, qu'il convient maintenant d'identifier.

Section 2 : L'identification positive des conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération

98. Dans le Statut de Rome, l'effet des motifs d'exonération est le seul élément commun à l'ensemble d'entre eux. L'article 31 du Statut relatif aux motifs d'exonération de la responsabilité pénale affirme en effet qu'en cas de trouble mental, d'intoxication, de légitime défense ou d'état de nécessité, « une personne n'est pas responsable pénalement »³¹⁹. L'expression n'est certes pas reprise aux articles 32 et 33 relatifs respectivement aux erreurs et à l'ordre du supérieur mais les erreurs sont qualifiées de « motifs d'exonération de la

³¹⁷ Dans le même sens v. KRABBE M., *op. cit.*, p. 351 : « *I think this distinction between justification and excuse in case of necessity/duress should be formalized in international criminal law (...)* » (nous pensons que cette distinction entre justice et excuse en cas de nécessité/contrainte devrait être formalisée en droit pénal international).

³¹⁸ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

³¹⁹ SCPI, art. 31 para. 1.

responsabilité pénale »³²⁰ et il est précisé que l'ordre du supérieur « exonère »³²¹. Tous les motifs d'exonération du Statut de Rome empêchent ainsi la responsabilité pénale de l'individu. La nécessité militaire et les représailles, motifs d'exonération non prévus par le Statut de Rome, partagent cet effet commun. Si, au sein du Statut de Rome, les motifs d'exonération ne sont alors unis que par leur effet, il n'en reste pas moins possible d'élaborer un modèle théorique de l'exonération en droit pénal international en analysant la façon dont le Statut de Rome et la jurisprudence pénale internationale appréhendent les motifs d'exonération. Cette étude permet en effet de considérer que deux conditions s'imposent ou devraient s'imposer à l'ensemble des motifs d'exonération en droit pénal international : le caractère raisonnable (Paragraphe 1) et l'absence de faute antérieure (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le caractère raisonnable

99. Formes du caractère raisonnable. Le caractère raisonnable peut être appréhendé sous deux formes différentes. Il peut en effet être appréhendé comme un standard par rapport auquel certaines conditions des motifs d'exonération sont appréciées. Il s'agit alors d'apprécier le comportement de l'individu par rapport au comportement qu'aurait eu la personne raisonnable placée dans la même situation. C'est le cas notamment de la condition d'illégalité manifeste dans l'ordre du supérieur³²², qui suppose que toute personne raisonnable perçoive cette illégalité. Le caractère raisonnable peut aussi être appréhendé comme une véritable condition autonome, ce que le Statut de Rome prévoit d'ailleurs expressément pour la légitime défense et l'état de nécessité³²³. L'exigence de ce caractère raisonnable ressort ainsi clairement des conditions spéciales des trois motifs d'exonération précités³²⁴ mais elle peut être étendue à l'ensemble des motifs d'exonération que ce soit comme standard d'appréciation au regard de la personne raisonnable (A) ou comme condition autonome (B).

³²⁰ SCPI, art. 32.

³²¹ SCPI, art. 33 para. 1.

³²² SCPI, art. 33 para. 1 c).

³²³ SCPI, art. 31 para. 1 c) pour la légitime défense, qui exige que la personne ait « agi raisonnablement pour se défendre » et art. 31 para. 1 d) pour l'état de nécessité, qui exige que la personne ait agi « de façon raisonnable pour écarter [la] menace ». Sur ces conditions v. *infra* n°193 et s.

³²⁴ À ce titre elles seront donc développées au chapitre suivant relatif aux conditions spéciales de mise en œuvre des motifs d'exonération, l'objectif du présent paragraphe étant de démontrer que le caractère raisonnable peut être une condition de mise en œuvre pour les autres motifs d'exonération.

A- Le standard d'appréciation fondé sur la personne raisonnable

100.Ordre du supérieur. La condition d'absence d'illégalité manifeste prévue par l'article 33 du Statut de Rome suppose une appréciation au regard de la personne raisonnable puisqu'il s'agit d'une illégalité flagrante, que toute personne raisonnable aurait perçu comme telle³²⁵. L'emploi de ce standard d'appréciation est ainsi imposé par le texte.

101.Appréciation de la nécessité militaire au regard de la personne raisonnable. Le caractère raisonnable de l'appréciation effectuée par l'individu est par ailleurs employé pour vérifier l'exigence de nécessité dans la nécessité militaire. En effet, cette dernière peut être admise dans des situations où l'individu pouvait raisonnablement croire que le bien qu'il comptait attaquer constituait un objectif militaire, rendant l'attaque nécessaire³²⁶. Cela implique que l'individu peut se tromper sur les circonstances entourant son acte et conclure à une nécessité qui en réalité n'existe pas. L'affaire *Hostages* en fournit une illustration. En l'espèce, le général Rendulic était accusé de destruction de propriétés ennemies, en violation du Règlement annexé à la Convention IV de La Haye concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre³²⁷. On lui reprochait en effet d'avoir pratiqué la politique de la terre brûlée dans la province norvégienne de Finmark lors du retrait de l'armée allemande en 1944³²⁸. Le jugement relève qu'en conséquence, les villages furent détruits, tout comme des habitations plus isolées, les ponts et les routes furent bombardés, les lignes de communication et les installations portuaires furent détruites³²⁹. Le général Rendulic a alors invoqué la nécessité militaire, expliquant que ces destructions constituaient une mesure nécessaire pour entraver l'avancement des troupes russes qui les poursuivaient. Or en réalité, l'Armée rouge n'avait pas suivi la retraite allemande, de sorte que les juges ont affirmé qu'il n'existait aucune nécessité militaire justifiant les destructions³³⁰. Une appréciation purement objective de la nécessité

³²⁵ Sur cette condition v. *infra* n°169 et s.

³²⁶ Sur ce point v. *infra* n°198.

³²⁷ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907*, art. 23g : il est interdit « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ».

³²⁸ *Hostages case*, p. 1296 : « he carried out the "scorched earth" policy in the Norwegian province of Finmark which provided the basis for this charge of the indictment ».

³²⁹ *Ibid.* : « Villages were destroyed. Isolated habitations met a similar fate. Bridges and highways were blasted. Communication lines were destroyed. Port installations were wrecked. A complete destruction of all housing, communication, and transport facilities took place. This was not only true along the coast and highways but in the interior sections as well ».

³³⁰ *Ibid.* : « There is evidence in the record that there was no military necessity for this destruction and devastation ».

aurait conduit les juges à s'en tenir là et à refuser le bénéfice de la nécessité militaire à l'accusé. Cependant, les juges ont estimé qu'ils se devaient de juger la situation telle qu'elle apparaissait à l'accusé au moment de l'acte³³¹, de sorte qu'ils devaient vérifier non pas l'existence objective de la nécessité militaire mais que l'accusé avait agi en se fondant sur une appréciation honnête des circonstances³³². Cette référence à une appréciation honnête des circonstances pourrait laisser penser à une appréciation purement subjective de la nécessité militaire, fondée uniquement sur ce que pensait l'accusé. Pourtant, pour vérifier si l'accusé pouvait honnêtement croire qu'une nécessité militaire urgente justifiait les destructions, les juges se sont fondés sur des données objectives. En effet, ils ont relevé que la conduite de l'opération militaire par l'ennemi était emplies d'incertitudes relativement notamment au nombre de soldats, à la qualité de leurs équipements, leur esprit belligérant, l'efficacité et l'audace de leurs commandants et l'incertitude de leurs intentions³³³. En l'espèce, tous ces éléments ont ainsi conduit les juges à reconnaître que l'accusé avait honnêtement pu croire devoir procéder aux destructions et à admettre la nécessité militaire à son bénéfice³³⁴. En utilisant les différentes données telles qu'elles apparaissaient objectivement à l'accusé, les juges paraissent alors s'être assurés que ces données pouvaient permettre de conclure à la nécessité de procéder aux destructions, ce qui suppose une comparaison par rapport à la personne raisonnable afin de vérifier que, placée dans la même situation que l'accusé, elle aurait elle aussi conclu à une nécessité militaire³³⁵. Les règles relatives à la nécessité militaire font donc une place à une appréciation de la nécessité par rapport à la personne raisonnable. Le TPIY semble raisonner de la même manière, qui considère que l'appréciation de la nécessité relève de la personne qui envisage l'attaque, notamment si, « compte tenu des informations dont elle dispose, [elle estime] que ce bien est utilisé pour apporter une contribution effective à l'action militaire »³³⁶. La version anglaise du

³³¹ *Ibid.* : « *But we are obliged to judge the situation as it appeared to the defendant at the time* ».

³³² *Ibid.* p. 1297 : « *We are concerned with the question whether the defendant at the time of its occurrence acted within the limits of honest judgment on the basis of the conditions prevailing at the time* ».

³³³ *Ibid.* : « *The course of a military operation by the enemy is loaded with uncertainties, such as the numerical strength of the enemy, the quality of his equipment, his fighting spirit, the efficiency and daring of his commanders, and the uncertainty of his intentions* ».

³³⁴ *Ibid.* : « *the conditions, as they appeared to the defendant at the time were sufficient upon which he could honestly conclude that urgent military necessity warranted the decision made* ».

³³⁵ Conformément aux principes de l'appréciation *in abstracto* qui place le modèle de référence, c'est-à-dire la personne raisonnable, dans les circonstances concrètes de l'acte qui doit être jugé.

³³⁶ TPIY, *Le procureur c. Stanislav Galić*, jugement, 5 déc. 2003, n°IT-98-29-T, para. 51 ; TPIY, *Le procureur c. Pavle Strugar*, jugement, 31 janv. 2005, n°IT-01-42-T, para. 295 ; TPIY, *Le procureur c. Ljube Boskoski*, jugement, 10 juil. 2008, n°IT-04-82-T, para. 356.

jugement parle même de la croyance raisonnable en la contribution effective du bien à l'action militaire, rendant l'attaque nécessaire³³⁷.

102. Absence de précision dans les situations de nécessité de l'article 31 du Statut de Rome. En revanche, qu'il s'agisse de la légitime défense ou de l'état de nécessité, le Statut de Rome ne précise pas si la menace doit exister objectivement ou si elle peut n'exister que subjectivement dans l'esprit de l'individu, c'est-à-dire si l'individu peut agir en réponse à une menace qui en réalité n'existe pas. À cet égard, la dernière version de travail du Statut de Rome était plus explicite, qui proposait de préciser que l'individu était en légitime défense s'il agissait en « ayant des motifs raisonnables de croire que la force [était] nécessaire »³³⁸. En outre, le même document apportait une précision similaire s'agissant de l'état de nécessité, qui était envisageable si l'individu avait « des raisons de croire [que lui-même] ou une tierce personne [était] exposé à un risque »³³⁹. Certains auteurs se fondent sur cette différence de rédaction entre les travaux préparatoires et la rédaction finale de l'article 31 pour considérer que la menace putative est exclue³⁴⁰. Ainsi, une conception objective de l'existence de la menace serait retenue, le danger devant exister objectivement et pas uniquement dans l'esprit de l'individu³⁴¹. S'il faut admettre que la conception subjective de la menace n'apparaît pas clairement dans le texte définitif, les rédacteurs du Statut de Rome ne l'ont toutefois pas non plus exclue expressément et rien dans la rédaction de l'article 31 ne permet de conclure à une exclusion *a priori*. Adopter une conception subjective de la menace permettrait de faire entrer la défense putative dans le champ d'application de la légitime défense et de l'état de nécessité.

103. Admission jurisprudentielle de la légitime défense putative. Admise par les différents systèmes juridiques internes³⁴², la défense putative, c'est-à-dire dont la nécessité

³³⁷ TPIY, jugement *Boskoski*, para. 356 (version anglaise) : « *An object shall not be attacked when it is not reasonable to believe in the circumstances of the "person contemplating the attack, including the information available to the latter, that the object is being used to make an effective contribution to military action"* ».

³³⁸ Nations Unies, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, art. 31 para. 1 c).

³³⁹ *Rapport précité*, art. 31 para. 1 d).

³⁴⁰ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 549 ; AMBOS K., « Chapter 24.4 Other grounds for excluding criminal responsibility », in CASSESE A., GAËTA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*, O.U.P., vol. 2, 2002, p. 1032 ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 307 ; KRESS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », *Cambridge journal of international law*, 2013, vol. 2, p. 397.

³⁴¹ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 549 : « *the danger [being] objectively given and [...] not only exist[ing] in the subjective belief of the defender* ».

³⁴² Le droit allemand semble en faire une hypothèse d'erreur de fait. V. sur ce point KRESS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », p. 395 : « *mistaken self-defence is also excusable under German law. It is established if the defender erroneously believes that he is being attacked. In these circumstances, the law*

n'existe que dans l'esprit de l'individu, semble même s'être frayé un chemin jusqu'aux procès postérieurs au procès de Nuremberg lors de l'affaire *Mundo et Weiss*³⁴³. En l'espèce, Mundo et Weiss, policiers allemands durant la Seconde Guerre mondiale, avaient capturé un pilote américain blessé. Alors que les attaques aériennes se poursuivaient et qu'ils étaient entourés par une foule agitée, la victime mit soudainement la main dans sa poche. Ils lui tirèrent donc dessus, pensant qu'elle cherchait à sortir une arme. Accusés de crime de guerre par la Cour militaire américaine, ils invoquèrent la légitime défense. Si la motivation du jugement n'est pas reproduite, les deux individus ont été acquittés, ce qui indique que la légitime défense a été retenue par la Cour. Il semble que cette dernière se soit fondée sur les différentes circonstances, c'est-à-dire ici le raid aérien, la foule hostile et le mouvement soudain du captif³⁴⁴, afin de considérer la menace comme suffisamment établie pour justifier la commission de l'acte. Cependant, aucun élément de preuve n'indique que la victime a été fouillée à la recherche d'armes cachées lors de sa capture³⁴⁵ et ce que l'on connaît du jugement n'apporte pas de précision au sujet de l'existence d'une arme. Mais c'est bien parce que Weiss a cru³⁴⁶ que le pilote allait sortir une arme de sa poche qu'il a tiré. De même, c'est bien parce que Mundo, dos au pilote, pensait que ce dernier tirait, qu'il s'est senti menacé³⁴⁷ et a lui-même tiré. Il semble alors que la présence ou l'absence de l'arme ne soit pas prise en compte et que seule la perception erronée de Weiss et Mundo ait permis l'admission de la légitime défense³⁴⁸.

104.Exclusion de l'assimilation de la défense putative à une erreur de fait. La défense putative peut alors être rapprochée de l'erreur de fait puisque c'est bien en se trompant sur les circonstances factuelles que l'individu se défend contre un danger en réalité inexistant. La défense putative ne peut cependant pas être incluse dans l'erreur de fait, pour deux raisons.

assumes that the defender is operating under a certain kind of mistake (...) which negates his culpability » (la légitime défense putative est aussi une excuse en droit allemand. Elle est admise si l'accusé croyait de manière erronée être attaqué. Dans ces circonstances, le droit considère que l'accusé a agi sous une certaine forme d'erreur (...) qui supprime sa culpabilité). En droit anglais, la légitime défense putative est au contraire une hypothèse de légitime défense. Pour le droit français v. *Cass. crim.* 20 oct. 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, Somm. 16.

³⁴³ Tribunal militaire américain à Ludwigsburg, *Weiss and Mundo*, 9 - 10 nov. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. XIII, affaire n° 81, p. 149-150.

³⁴⁴ *Weiss and Mundo*, p. 149 : « *the air raid, the hostile crowd [and] the sudden motion of the captive, ...* ».

³⁴⁵ *Ibid.* : « *no evidence was produced that the victim had been searched for hidden arms when captured* ».

³⁴⁶ *Ibid.* « *believed* ».

³⁴⁷ *Ibid.* « *felt threatened* ».

³⁴⁸ Dans le même sens, v. CASSESE A., SCALIA D., THALMANN V., *Les grands arrêts de droit international pénal* (ci-après *G.A.D.I.P.*), Dalloz, 2010, p. 409 ; BANTERS I., « *Mundo and Weiss* », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 828 et s. Pour une décision similaire en droit français à la même époque v. T. corr. Lyon, 16 juil. 1948, *D.* 1948, p. 550 ; *Gaz. Pal.*, 1948, vol. 2, p. 198.

D'une part, considérer, avec certains auteurs³⁴⁹, la défense putative comme une simple hypothèse d'erreur de fait ne paraît pas refléter l'essence de la légitime défense ou de l'état de nécessité dans la mesure où la condition de proportionnalité n'aurait alors pas à être étudiée, seule important la disparition de l'élément psychologique de l'infraction³⁵⁰. Cela conduirait sans doute à une admission trop large de la défense putative. D'autres auteurs proposent donc de combiner la légitime défense ou l'état de nécessité putatifs avec l'erreur de fait³⁵¹, ce qui ne paraît pas beaucoup plus satisfaisant puisque cela reviendrait à imposer cumulativement les conditions de chacun des deux motifs d'exonération. Il faudrait donc montrer à la fois que l'élément psychologique de l'infraction a disparu³⁵² et que la riposte était proportionnée³⁵³. Or la proportionnalité ne peut pas être une condition de l'erreur, laquelle suppose que l'individu n'ait pas conscience qu'il commet une infraction³⁵⁴.

105. Exclusion de l'erreur sur un motif d'exonération de l'article 32 du Statut de Rome.

D'autre part, la rédaction actuelle de l'article 32 ne permet pas d'inclure l'erreur sur un motif d'exonération. Cet article exige en effet que l'erreur, de droit ou de fait, fasse disparaître l'élément psychologique du crime. Or, l'article 30 relatif à cet élément psychologique indique que l'individu ne peut être pénalement responsable que « si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance »³⁵⁵. L'erreur devant faire disparaître cet élément psychologique ne peut donc porter que sur cet élément matériel, dont les motifs d'exonération ne font pas partie. L'interprétation large de cet élément pour y inclure les éléments de définition de l'infraction ainsi que l'absence de motifs d'exonération a en effet été rejetée³⁵⁶. La formulation négative de l'article 32 du Statut de Rome, qui précise que l'erreur de fait n'est un motif d'exonération que dans certaines conditions³⁵⁷, conduit de plus à préférer une

³⁴⁹ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 307 : « *if the actor reasonably believed that the force or danger existed, he does not act objectively in self-defence but may invoke the rules on mistake of fact or law* » (si l'individu croyait raisonnablement qu'une force ou un danger existait, il n'agit pas objectivement en état de légitime défense mais il peut invoquer l'erreur de fait ou de droit) ; VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, p. 402 : « La défense putative n'est donc pas admise par le droit international pénal. Dans une telle situation, il conviendra plutôt d'invoquer l'erreur de fait ... ».

³⁵⁰ Sur ce point v. *supra* n°84.

³⁵¹ V. notamment CASSESE A., « Under what conditions may belligerents be acquitted of the crime of attacking an ambulance ? », *J.I.C.J.*, 2008, vol. 6, p. 393 pour la combinaison entre légitime défense et erreur de fait ; CASSESE A., SCALIA D., THALMANN V., *G.A.D.I.P.*, p. 409 : la légitime défense putative « combine deux défenses généralement admises en droit pénal international : l'erreur de fait et la légitime défense ».

³⁵² Condition de l'erreur de fait.

³⁵³ Condition de la légitime défense et de l'état de nécessité.

³⁵⁴ Sur le rejet de la condition de proportionnalité v. *supra* n°84.

³⁵⁵ *SCPI*, art. 30 para. 1.

³⁵⁶ Sur ce point v. *supra* n°8.

³⁵⁷ La version anglaise de l'article 32 est plus parlante sur ce point, qui emploie le terme « *only* » pour manifester le caractère restreint de l'erreur de fait.

interprétation stricte et à exclure les motifs d'exonération de l'élément matériel du crime, ce qui vaut autant pour l'erreur de fait que pour l'erreur de droit³⁵⁸. Un auteur relève même que la traduction allemande de l'article 30 paragraphe 1 du Statut de Rome comprend les éléments positifs de définition du crime mais ne comprend pas les éléments négatifs correspondant aux motifs d'exonération³⁵⁹. Enfin, tous les motifs d'exonération ne font pas disparaître l'élément psychologique du crime³⁶⁰. Du moins, la question de l'élément psychologique ne se pose que dans la mise en œuvre d'une erreur de fait ou de droit mais pas dans la mise en œuvre des autres motifs d'exonération. Par exemple, dans les hypothèses de nécessité, le problème n'est pas de savoir si l'individu avait l'intention de commettre l'infraction mais bien de savoir si son acte était nécessaire et proportionné pour répondre à une menace. De même, lorsque l'on conclut à une absence de discernement, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'élément psychologique. Bref, seules les erreurs exigent, au titre de leurs conditions spéciales, de prouver la disparition de l'élément psychologique³⁶¹. Il faut donc en conclure que l'erreur sur les motifs d'exonération est exclue du champ d'application de l'article 32³⁶². Cela ne veut pas dire qu'un moyen de défense putatif ne peut pas être admis. Il devra seulement être soumis aux conditions relatives au motif d'exonération auquel il renvoie.³⁶³

³⁵⁸ Dans le même sens v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 282 : « *taking a closer look at Article 32(2) with regard to mistake of fact, the word 'only' emphasizes the restrictive nature of this defence. This prevents a broad construction of mental element extending to both positive and negative mental elements* » (à lire plus précisément l'article 32(2), en lien avec l'erreur de fait, le terme « *only* » insiste sur la nature restrictive du moyen de défense. Cela empêche une construction large de l'élément moral s'étendant aux éléments positifs et négatifs).

³⁵⁹ ESER A. « Mental elements – Mistake of fact and mistake of law », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court*, p. 910 : « *the German translation of Article 30(1) of the ICC Statute (drawn up by the Federal Government) [comprises] the positive definitional elements of the crime while not covering negative grounds for excluding responsibility* »

³⁶⁰ Dans le même sens v. notamment CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, C.U.P., 3^{ème} éd., 2014, p. 410 ; SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », p. 14 ; JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2014, p. 151 ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 321 qui estime que l'article 32 devrait permettre l'erreur sur un motif d'exonération mais concède qu'une telle erreur « *does not affect the actor's intent as to the elements of the definition of the offence* » (n'affecte pas l'intention de l'auteur relativement aux éléments de définition de l'infraction).

³⁶¹ Sur cette condition spéciale v. *infra* n°157 et s.

³⁶² GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 377 : « *this approach to Article 32 could perhaps exclude claims of [mistaken defences]* » (cette approche de l'article 32 pourrait peut-être exclure l'invocation de l'erreur sur les motifs d'exonération) ; JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2014, para. 652 : « *this requirement is not fulfilled, in contrast, if the mistake concerns the factual requirements of the grounds for excluding responsibility, for example self-defence or necessity. If the perpetrator, for example, erroneously assumes that a prisoner of war is reaching into his or her pocket to pull a weapon, and the perpetrator therefore shoots that person, no grounds for excluding responsibility due to mistake of fact under Article 32(1) of the ICC Statute are available* ».

³⁶³ Sur l'état de nécessité et la légitime défense putative v. *infra* n°102 et s.

106. Perception raisonnable d'une menace. Adopter une conception purement subjective de l'existence de la menace conduirait cependant à trop élargir le champ d'application de la légitime défense ou de l'état de nécessité, qui seraient envisageables dès le moment où l'individu a pu penser qu'une menace existait, même si cette perception était parfaitement déraisonnable³⁶⁴. Le critère de la perception raisonnable, issu des systèmes de *Common law* et amorcé dans l'affaire *Hostages* relativement à la nécessité militaire paraît alors pertinent pour éviter d'aboutir à une subjectivité inopportune de la légitime défense et de l'état de nécessité³⁶⁵. Critère objectif qui ne tient pas compte de la perception subjective de l'individu³⁶⁶, le critère de la perception raisonnable suppose d'appliquer le standard de l'homme raisonnable, que l'on retrouve ponctuellement dans les procès subséquents aux procès de Nuremberg³⁶⁷. Si, placé dans les mêmes conditions, l'homme raisonnable aurait lui aussi perçu l'existence d'une menace, la justification par la légitime défense ou l'état de nécessité sera alors envisageable. Cela implique donc que la perception de la menace se fasse par rapport à un fait positif³⁶⁸, c'est-à-dire doté d'une existence suffisamment concrète. En ce sens, un simple climat de peur³⁶⁹ ou un simple sentiment de crainte propre à l'individu ne suffirait pas à caractériser une menace perceptible par l'homme raisonnable. Il est possible d'affiner un peu le critère afin d'y intégrer certaines caractéristiques propres à l'individu, comme l'âge, le sexe ou sa place dans la hiérarchie³⁷⁰. Ainsi, au titre de ces motifs d'exonération, la menace pourrait n'exister que

³⁶⁴ S'agissant de la légitime défense, c'est le cas en Grande-Bretagne, en Australie et dans certains cas de légitime défense aux États-Unis. Sur ce point v. HELLER K. J., « Beyond the reasonable man ? A sympathetic but critical assessment of the use of subjective standards of reasonableness in self-defense and provocation cases », *A.J.I.L.*, 1998, p. 57. Il convient de remarquer que les États en question n'adoptent pas le même point de vue s'agissant de l'état de nécessité, pour lequel la perception déraisonnable est exclue.

³⁶⁵ Comp. CONTE Ph., *L'apparence en matière pénale*, thèse, 1982, para. 305 et s., p. 367, qui utilise la notion d'apparence pour considérer que s'il y a une apparence suffisante de menace, c'est-à-dire qui serait perçue comme une menace par la personne moyennement avisée, la justification est permise. L'auteur explique que le critère de l'apparence présente un caractère objectif, ce qui permet à la défense putative de demeurer une cause objective de non-responsabilité.

³⁶⁶ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 219 : « The reasonable person standard is an « objective » standard, in that it ignores the defendant's subjective or actual mental state ».

³⁶⁷ V. notamment Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Leeb and others (High Command Case)*, 30 déc. 1947 - 28 oct. 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. XII, p. 72 : « to establish the defence of coercion or necessity in the face of danger there must be a showing of circumstances such that a reasonable man would apprehend that he was in such imminent physical peril ... » (pour établir la défense de contrainte ou d'état de nécessité face au danger, il faut montrer que les circonstances étaient telles qu'une personne raisonnable aurait ressenti qu'elle était face à un péril imminent pour son intégrité physique).

³⁶⁸ Expression employée par ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 89, 2009, para. 138.

³⁶⁹ Sur le climat de peur causé par le conflit v. *infra* n°184.

³⁷⁰ Ce qui correspondrait alors au « *particularizing test* » ou à l'appréciation *in abstracto*. Sur le premier point v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 220. Sur le second point v. notamment MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1999, qui explique que l'appréciation *in abstracto* n'empêche pas de tenir compte de certaines caractéristiques propres à l'individu, dès lors qu'elles ne font pas l'objet d'une investigation psychologique.

subjectivement dans l'esprit de l'individu, dès lors que cette perception est raisonnable, c'est-à-dire dès lors qu'un individu moyen placé dans les mêmes conditions aurait lui aussi perçu une menace. À l'inverse, si l'homme raisonnable n'aurait pas perçu une menace, la perception sera déraisonnable et les deux motifs d'exonération exclus. En ce sens, le droit pénal international se distinguerait du droit de *Common law*, et notamment du droit anglais, qui accepte l'erreur déraisonnable pour l'application de la légitime défense³⁷¹ mais pas pour l'état de nécessité³⁷². Le droit pénal international pourrait en revanche être rapproché du droit français sur ce point puisque « l'effet exonératoire sur la responsabilité pénale d'une situation de justification putative dès lors (...) qu'elle était vraisemblable »³⁷³ semble admis par la jurisprudence³⁷⁴ et par la plupart des auteurs, qui utilisent d'ailleurs le critère du comportement « raisonnable » pour justifier ces solutions³⁷⁵.

107.Exclusion des représailles putatives. En revanche, la perception raisonnable d'une menace ne peut être admise à l'égard des représailles, qui fait alors figure d'exception. En effet, les représailles exigent, au titre de leurs conditions de mise en œuvre, une violation en cours du droit des conflits armés par l'adversaire. Il faut donc qu'une telle violation existe objectivement, ce qui est renforcé par le fait que l'individu doit s'assurer qu'il n'existe pas de moyen légal de faire cesser la violation du droit des conflits armés par l'adversaire et par le fait qu'un avertissement doit être donné à l'adversaire³⁷⁶. Cela implique que l'individu vérifie au préalable que cette violation existe et exclut donc la possibilité de se méprendre sur le caractère illicite de la violation.

³⁷¹ V. notamment *R v Gladstone Williams* (1984), 78 Cr. App. R. 276.

³⁷² V. notamment *R v Safi* [2003], EWCA Crim, 1809.

³⁷³ MALABAT V., *op. cit.*, para. 421 p. 346.

³⁷⁴ V. notamment Cass. crim., 7 août 1873, *D.* 73. I. 385 ; Cass. crim., 23 juin 1887, *B.*, 237 ; Cass. crim. 16 juil. 1897, *B.*, 249 ; Cass. crim., 14 fév. 1957, *B.C.*, n°155 ; Cass. crim., 20 oct. 1993 ; *Gaz. Pal.*, 1994. I, Somm. 16 ; Cass. crim., 8 juil. 2015, *Rev. pénit.*, p. 888 et s., obs. GRÉGOIRE L. ; *Dr. pén.*, 2015, n°138, obs. CONTE Ph.

³⁷⁵ V. notamment CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 263 p. 153 : « le prétendu agressé a été victime des apparences, au sens où toute personne raisonnable aurait partagé sa méprise en croyant à l'imminence d'une agression » (nous soulignons) ; MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, para. 455 p. 577 : « la légitime défense est (...) plausible aussi bien dans l'esprit de l'auteur de l'infraction que dans l'esprit des juges, chacun pouvant « raisonnablement croire » au péril. L'infraction est dans ce cas justifiée, car il suffit certainement que le péril encouru par le délinquant soit objectivement vraisemblable » (nous soulignons) ; PRADEL J., *op. cit.*, para. 363 p. 331 : « l'agression, quoique non réelle, a pu paraître indéniablement plausible, s'appuyant sur des indices concrets (gestes, paroles, ...) : l'agent a pu croire raisonnablement à un péril et il est justifié » (nous soulignons). V. cependant PIN X., *op. cit.*, para. 252 qui distingue l'agression « vraisemblable lorsque toute autre personne, placée dans les mêmes circonstances, se serait également crue agressée » et la légitime défense putative dans laquelle l'acte de défense n'est pas justifié.

³⁷⁶ Sur cette condition v. *infra* n°200.

108. Ainsi, la légitime défense et l'état de nécessité se satisferaient donc d'une menace non pas avérée mais seulement vraisemblable, dès lors qu'une personne raisonnable la percevrait également, à l'image de ce qui est admis pour la nécessité militaire. Le caractère raisonnable serait donc ici perçu comme un standard d'appréciation, nécessaire à l'étude des hypothèses de nécessité. Il serait tout aussi nécessaire, en tant que condition autonome cette fois, à l'étude d'autres motifs d'exonération.

B- La condition autonome fondée sur le caractère raisonnable

109. Condition autonome d'action raisonnable dans la légitime défense et l'état de nécessité. Le Statut de Rome fait de l'action raisonnable une condition de la légitime défense³⁷⁷, de l'état de nécessité³⁷⁸ et de la nécessité militaire³⁷⁹.

110. Insuffisance des conditions de l'article 32 du Statut de Rome. Rien n'est en revanche précisé à propos de l'erreur de fait ou de droit, l'article 32 du Statut de Rome prévoyant uniquement qu'elles peuvent être un motif d'exonération, à la condition expresse qu'elles fassent disparaître l'élément psychologique de l'infraction³⁸⁰. Cela étant, cette condition paraît ne pas suffire dans la mesure où elle pourrait conduire les erreurs les plus grossières à exonérer l'individu, ce qui empêche de tenir compte de l'attitude potentiellement fautive de l'individu qui ne prend pas le soin d'analyser convenablement la situation. L'article 32 du Statut de Rome ne tient donc pas compte du fait que l'individu lui-même puisse être à blâmer pour son erreur³⁸¹. Le fait d'admettre toutes les erreurs ne paraît pas non plus cohérent eu égard à la façon dont sont appréhendées les autres hypothèses d'erreur. En effet, l'ordre du supérieur, qui repose sur une erreur portant sur l'ordre reçu, n'est admis que si l'illégalité de cet ordre n'est pas manifeste, autrement dit s'il était raisonnablement possible de se tromper quant à l'illégalité de l'ordre³⁸². De la même manière, la légitime défense, l'état de nécessité et la nécessité militaire peuvent être admis lorsqu'ils sont putatifs mais uniquement si l'erreur sur la perception de la situation

³⁷⁷ SCPI, art. 31 para. 1 c) : la personne « a agi raisonnablement ».

³⁷⁸ SCPI, art. 31 para. 1 d) : la personne a agi « de façon raisonnable ».

³⁷⁹ Sur ce point v. *infra* n°198.

³⁸⁰ Sur cette condition v. *infra* n°157 et s.

³⁸¹ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 321 : « *the perspective actor does not deserve conviction and punishment unless he can be blamed for his ignorance. Article 32 is concerned exclusively with the effect of the mistake on the mental element, and therefore does not sufficiently account for this second, more value-oriented, level of analysis* ».

³⁸² Sur ce point v. *infra* n°167 et s.

est raisonnable³⁸³. Il ne semble ainsi pas possible de pouvoir admettre toutes les erreurs³⁸⁴. L'article 32 lui-même, en précisant qu'une erreur de droit « peut être un motif d'exonération »³⁸⁵, laisse déjà penser que toutes les erreurs de droit ne seront pas admises, ce qui doit être étendu à l'erreur de fait. Leur admission dépendra donc sans doute du degré de l'erreur³⁸⁶, ce qui rend la création d'un critère supplémentaire nécessaire. Se pose alors la question de savoir quel critère retenir.

111. Rejet du critère de l'erreur inévitable. Il peut être tentant de considérer, avec certains auteurs³⁸⁷, que seule l'erreur inévitable devrait être à même d'exonérer l'individu. Cette condition d'inévitabilité avait d'ailleurs été envisagée par l'une des premières versions du Statut mais a été écartée par les rédacteurs du Statut de Rome³⁸⁸. S'agissant d'une erreur de fait, l'individu ne pourrait alors être exonéré que s'il a analysé toutes les circonstances factuelles avec suffisamment de diligence et si, malgré cette analyse, il n'a pas pu éviter l'erreur. S'agissant d'une erreur de droit, l'individu ne serait exonéré que s'il a tout mis en œuvre pour comprendre le sens juridique des termes de l'infraction, notamment en faisant appel à des professionnels du droit. Or, il faut convenir que le contexte des infractions internationales, propice à des réactions instantanées, s'accorde assez mal avec de telles exigences³⁸⁹. Surtout, lorsque la Cour pénale internationale a eu à se prononcer sur l'erreur de droit, elle n'a fait aucune référence à une erreur inévitable. En effet, dans l'affaire *Lubanga*, les juges de la Cour pénale internationale ont considéré que l'erreur de droit ne peut être admise qu'en cas d'erreur sur la signification usuelle et sociale d'un terme³⁹⁰. L'individu n'a alors pas besoin de faire tous

³⁸³ Sur ces motifs d'exonération v. *supra* n°106.

³⁸⁴ *Contra* VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 284 : « *mistake of fact and law are failure of proof defences that negate the mens rea ; even unreasonable mistakes may exclude criminal responsibility* » (l'erreur de fait et l'erreur de droit sont des moyens de défense au fond qui nient l'élément moral ; même les erreurs déraisonnables pourraient exclure la responsabilité pénale).

³⁸⁵ ESER A., « Mental elements – Mistake of fact and mistake of law », p. 941 : « *Even if the mental element is negated by a mistake of law (...), according to sentence (2) this 'may' merely be the case, it seems as if the ICC Statute wants to leave some discretion to the Court to either accept or ignore the mistake* » (même si l'erreur de droit fait disparaître l'élément moral, selon les termes du (2) cela « peut être » le cas, comme si le Statut de Rome voulait laisser une certaine discrétion à la Cour pour accepter ou rejeter l'erreur).

³⁸⁶ Dans le même sens v. MARIE A., « Article 32 - Erreur de droit ou erreur de fait », FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 934.

³⁸⁷ V. notamment KRABBE M., *op. cit.*, p. 347 ; MARIE A., « Article 32 - Erreur de droit ou erreur de fait », p. 935.

³⁸⁸ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, « Article 30 option 1 », *Consolidated Draft Statute*, A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998.

³⁸⁹ Sur ce point v. *infra* n°332 et s.

³⁹⁰ CPI, *Le procureur c. Lubanga Dyilo, décision sur la confirmation des charges*, 29 janvier 2007, n°ICC-01/04-01/06, para. 296. Sur ce point v. *infra* n°155.

les efforts possibles pour se renseigner sur le sens juridique des termes ou sur les détails de ses obligations juridiques, ce qui serait exigé si l'erreur devait être inévitable.

112. Admission du critère de l'erreur raisonnable. La Cour pénale internationale penche plutôt pour une erreur raisonnable. Le sens usuel ou social d'un mot est en effet sans doute le sens que toute personne raisonnable connaît³⁹¹. Une telle condition a d'ailleurs été utilisée dès les procès postérieurs au procès de Nuremberg, notamment dans l'affaire *Almelo*³⁹², où le tribunal militaire britannique a considéré qu'il importait de savoir si l'erreur de fait commise par l'accusé était une erreur honnête³⁹³ et raisonnable³⁹⁴. Le tribunal militaire américain a employé le même critère dans l'affaire *Hostages* pour vérifier si le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre aux résistants capturés pouvait résulter d'une erreur honnête³⁹⁵. Les juges ont cependant pris soin de préciser qu'il n'était pas permis à l'accusé de ne pas tenir compte d'éléments évidents pour former son opinion³⁹⁶, ce qui paraît plaider en faveur de l'exclusion de l'erreur déraisonnable. Plus explicitement, il ressort de l'affaire *High Command* que l'erreur de droit était permise si elle n'était pas déraisonnable³⁹⁷. Cela implique que si un acte reste illicite pour l'intelligence la plus rudimentaire³⁹⁸, une erreur à son propos ne peut pas être raisonnable. Seule l'erreur qui aurait été provoquée dans les mêmes circonstances chez n'importe quel individu d'intelligence moyenne serait donc acceptable³⁹⁹. Un tel critère permet au demeurant d'opérer une distinction plus tranchée entre l'erreur motif d'exonération et l'erreur circonstance atténuante dont la prise en compte est rendue possible par la Règle 145 du

³⁹¹ Dans le même sens v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 272 qui explique que le « *layman test* » sur lequel est basé la décision de la Cour pénale internationale n'est en réalité rien de plus que la personne raisonnable dans le monde des faits (« *is, in fact, nothing more than the 'reasonable person' in the world of fact* ») ; KRABBE M., *op. cit.*, précité, p. 170.

³⁹² Tribunal militaire britannique, *Otto Sandrock et autres (Almelo)*, 24-26 nov. 1945, L.R.T.W.C., vol. 1, p. 35 et s.

³⁹³ *Ibid.* p. 44 : « *it was decisive whether the accused honestly believed that Hood and van der Wal had been tried according to law and that they further believed that in shooting them they were carrying out a lawful execution* ».

³⁹⁴ *Ibid.* : « *the accused had reason to believe ...* ».

³⁹⁵ *Hostages case*, p. 1246 : « *Where room exists for an honest error in judgment, such army commander is entitled to the benefit thereof by virtue of the presumption of his innocence* ».

³⁹⁶ *Ibid.* : « *Such commander will not be permitted to ignore obvious facts in arriving at a conclusion* ».

³⁹⁷ « *Digest of laws and cases* », L.R.T.W.C., vol. VX, p. 185 : « *[if] it was not unreasonable for [the accused] to mistake it as legal ...* ».

³⁹⁸ Tribunal militaire britannique, *Heinz Eck et autres (Peleus)*, 17-20 oct. 1945, L.R.T.W.C., vol. 1, p. 15 : « *most rudimentary intelligence* ».

³⁹⁹ KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, 1^{ère} éd., 2001, p. 103 : « *the aspect of honest and reasonable belief can also be related to the question whether the circumstances of the case might reasonably have been expected to induce such a belief in an accused of ordinary firmness and intelligence, in which event the defense is admissible* » (le critère de la croyance honnête et raisonnable peut aussi être relié à la question de savoir si les circonstances auraient raisonnablement pu conduire à la croyance de l'accusé à l'intelligence moyenne, auquel cas le motif d'exonération est admissible).

Règlement de procédure et de preuve⁴⁰⁰. Ainsi, l'erreur raisonnable serait un motif d'exonération⁴⁰¹ tandis que l'erreur déraisonnable serait seulement une circonstance atténuante⁴⁰². Loin d'être plus flexible⁴⁰³, un tel critère permettrait ainsi de faire sortir les erreurs déraisonnables ou qui témoignent d'un comportement blâmable de l'individu du champ d'application de l'article 32 du Statut de Rome. Dans le cas de l'erreur, le caractère raisonnable absorberait alors la faute antérieure⁴⁰⁴, dont l'absence constitue la seconde condition générale de mise en œuvre des motifs d'exonération.

Paragraphe 2 : L'absence de faute antérieure

113. Définition de la faute antérieure. La faute antérieure « consiste pour l'auteur à créer lui-même la situation de danger »⁴⁰⁵ l'amenant à commettre l'infraction, ce qui l'empêche par la suite de pouvoir invoquer un motif d'exonération. Cette faute antérieure étant réalisée avant la commission matérielle de l'infraction, sa prise en compte apparaît toutefois contradictoire avec l'article 31 du Statut de Rome, qui apprécie la responsabilité pénale de l'individu « au moment du comportement en cause ». Son influence sur les motifs d'exonération s'explique cependant par le fait qu'elle vient préciser si l'individu était en mesure de contrôler la survenance de l'infraction⁴⁰⁶ ou s'il a lui-même participé à sa survenance. Le Statut de Rome l'a bien compris, qui prévoit lui-même expressément une condition d'absence de faute

⁴⁰⁰ RPP CPI, règle 145 para 2 a) i) qui évoque des « circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale ».

⁴⁰¹ Dans le même sens v. notamment SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 658 ; OHLIN J., « Mistake of fact », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 421 : « commentators have generally interpreted the defence to only apply to reasonable mistakes (...) If the defendant was negligent or reckless in the formation or acquisition of his mistaken belief, the defence is usually unavailable » (les commentateurs ont généralement interprété l'erreur comme s'appliquant seulement en cas d'erreur raisonnable. Si l'accusé a été négligent ou imprudent lorsqu'il a formé ou acquis sa croyance erronée, le motif d'exonération ne sera en principe pas disponible).

⁴⁰² Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

⁴⁰³ Ce que semble penser AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 322 : « article 32(2) should be interpreted in a more flexible or liberal way via recourse to a criterion of avoidability or reasonableness, which would enable the judges to find practical and just solutions on a case-by-case basis » (l'article 32(2) doit être interprété de manière plus flexible ou plus libérale par le recours à un critère d'inévitabilité ou de caractère raisonnable, ce qui permettrait aux juges de rendre des solutions concrètes et justes au cas par cas).

⁴⁰⁴ Sur cette condition v. *infra* n°128.

⁴⁰⁵ ROBACZEWSKI C., *Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale*, thèse, Lille, 2002, para. 7 p. 18.

⁴⁰⁶ KRABBE M., *op. cit.*, p. 325 : « It is submitted here that prior fault reasoning is not contrary to the purpose of the coincidence rule and therefore also not to the purposes of criminal law, for it allows only for conviction in case the defendant could have controlled the outcome of the case » (il est suggéré ici que le raisonnement de la faute antérieure n'est contraire ni à l'objectif de la règle de la coïncidence ni au but du droit pénal, en ce qu'il n'autorise la condamnation que dans le cas où l'individu aurait pu contrôler l'issue des événements [c'est-à-dire ici la survenance de l'infraction]).

antérieure dans les conditions d'application de certains de ses motifs d'exonération (A). Il est également possible de faire de cette condition d'absence de faute une condition implicite des autres motifs d'exonération (B).

A- La condition explicite d'absence de faute antérieure

114. Le Statut de Rome fait de l'absence de faute antérieure une condition explicite de l'intoxication volontaire (1) et de l'état de nécessité (2).

1- La condition d'absence de faute antérieure de l'intoxication volontaire

115. Introduction de l'intoxication volontaire dans le Statut de Rome. L'intoxication volontaire est expressément soumise à une condition d'absence de faute antérieure par le Statut de Rome. Ce motif d'exonération a donné lieu à de nombreux débats lors de la conférence de Rome et ce n'est qu'au prix de compromis qu'elle a pu être intégrée dans le Statut de Rome⁴⁰⁷. Parmi les différentes causes d'intoxication possibles, c'est surtout sur l'alcool que les débats se sont concentrés et de nombreux États, incluant à la fois des États prohibant l'usage de l'alcool⁴⁰⁸ et des États l'autorisant⁴⁰⁹, se sont vigoureusement opposés à l'introduction de l'intoxication volontaire dans le Statut de Rome⁴¹⁰. Ainsi, tiraillée entre les partisans de l'adoption d'un tel motif d'exonération et les partisans de son rejet total⁴¹¹, la disposition finale relative à l'intoxication a eu l'avantage de ne satisfaire personne⁴¹², ce qui explique les nombreuses critiques qui ont été formulées à son égard⁴¹³.

⁴⁰⁷ Sur ce point v. notamment GUILFOYLE D., *International criminal law*, p. 366 : « *the result follows from the fact that there was a controversy during the Statute's negotiation as to whether voluntary intoxication should ever be a defence* » (la disposition résulte de la controverse qui a eu lieu durant la négociation du Statut à propos de la question de savoir si l'intoxication volontaire pouvait être un motif d'exonération).

⁴⁰⁸ De manière non exhaustive, il est possible de citer l'Égypte, la Syrie, le Soudan et l'Iraq.

⁴⁰⁹ La Suède par exemple.

⁴¹⁰ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 2 », *International criminal law review*, 2002, p. 35 : « *Some delegations in fact, and not only those representing legal systems which totally prohibit the use of alcohol or narcotic drugs, did not accept voluntary intoxication as a ground under any circumstances* ».

⁴¹¹ Pour une retranscription détaillée des débats, *Ibid.* p. 33 à 36.

⁴¹² SALAND P., « International criminal law principles », in LEE R. S. (ss. dir.), *The International criminal court. The making of the Rome Statute* précité, p. 207 : l'intégration de l'intoxication dans le Statut de Rome « *had the benefit of not satisfying anyone* ».

⁴¹³ V. notamment SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, p. 641 : « *the provision on intoxication borders on the absurd* » ; SCHABAS W., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4^{ème} éd., 2011, p. 240 : « *intoxication seems to go from the sublime to the ridiculous* » ; ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 1140 : intoxication « *is world-wide highly controversial* ».

116. Conditions alternatives. Il est d'ailleurs frappant de constater que, même après l'adoption du Statut de Rome, le TPIY a manifesté sa défiance à l'égard de l'intoxication volontaire en refusant de la reconnaître comme motif d'exonération. Le TPIY est même allé plus loin en en faisant une circonstance aggravante plutôt qu'atténuante⁴¹⁴. Le Statut de Rome quant à lui soumet l'intoxication volontaire à deux conditions négatives alternatives. En effet, l'intoxication volontaire ne pourra pas être un motif d'exonération si l'individu « savait que, du fait de son intoxication, [il] risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour »⁴¹⁵, ce qui renvoie à ce que la doctrine anglophone nomme « *Dutch courage* »⁴¹⁶. De la même manière, l'individu ne pourra pas se prévaloir de l'intoxication volontaire s'il n'a « tenu aucun compte [du] risque » de commettre une telle infraction⁴¹⁷. Ce faisant, le Statut de Rome paraît adopter le principe d'*actio libera in causa*⁴¹⁸. Ce dernier, qui peut être vu comme une forme particulière de faute antérieure, consiste pour l'individu à créer dans un premier temps les conditions d'un motif d'exonération, afin de pouvoir, dans un second temps, commettre une infraction et invoquer ledit motif d'exonération⁴¹⁹. Le Code pénal français s'est doté très récemment de ce type de faute antérieure pour exclure l'application du trouble mental « si l'abolition temporaire du discernement de la personne ou du contrôle de ses actes au moment de la commission d'un crime ou d'un délit résulte de ce que, dans un temps très voisin de l'action, la personne a volontairement consommé des substances psychoactives dans le dessein de commettre l'infraction ou une infraction de même nature ou d'en faciliter la commission »⁴²⁰. La formulation de l'article 31 adoptée par le Statut de Rome pose quant à elle question sur deux points.

117. Confusion des conditions. D'une part, la rédaction de l'article laisse à désirer en ce qu'elle conduit à une confusion des deux conditions. En effet, si l'individu ne tient pas compte

⁴¹⁴ TPIY, *Le procureur c. Kvočka et consorts*, jugement, 2 nov. 2001, n°IT-98-30/1-T, para. 706 : « dans un contexte où la violence et le port d'armes sont de règle, la consommation volontaire de drogues ou d'alcool constitue une circonstance aggravante plutôt qu'atténuante ».

⁴¹⁵ *SCPI*, art. 31 para. 1 b).

⁴¹⁶ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 1142 ; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 403.

⁴¹⁷ *SCPI*, art. 31 para. 1 b).

⁴¹⁸ AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », p. 916 ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 305.

⁴¹⁹ DIMOCK S., « Actio libera in causa », *Criminal law and philosophy*, oct. 2013, p. 551 : « person intends at T1 to create the conditions of an exculpatory affirmative defence (a justification or an excuse) at T2, and commits a crime at that later time while under the exculpatory condition ».

⁴²⁰ C. pén., art. Art. 122-1-1 issu de la Loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure (nous soulignons).

du risque de commettre une infraction, deuxième condition, c'est bien qu'il connaît l'existence d'un tel risque, première condition⁴²¹. De la même manière, s'il connaît le risque et qu'il agit quand même, il n'en tient donc pas compte. Une telle confusion n'aurait pas eu lieu si le Statut de Rome avait fait état, pour la première condition, de circonstances dans lesquelles l'individu « aurait dû savoir », et non pas « savait », qu'il risquait de commettre une infraction internationale. De cette façon, la première condition n'aurait pas nécessité la connaissance effective du risque de commission d'une infraction, contrairement à la seconde condition. En l'état de la rédaction du Statut de Rome, il semble que l'intoxication volontaire ne pourra pas exonérer l'individu s'il savait qu'il risquait de commettre un crime en étant intoxiqué⁴²², ce qui signifie que seule l'intoxication volontaire de bonne foi peut exonérer⁴²³, c'est-à-dire celle qui ne traduit aucune faute. L'intoxication volontaire ne peut ainsi être un motif d'exonération que si l'individu qui s'intoxique de son plein gré ne pouvait pas en anticiper les effets négatifs sur son comportement⁴²⁴, par exemple en prenant des sédatifs ou des somnifères sans savoir qu'ils n'auront pas l'effet calmant escompté.

118. Élargissement de l'élément moral. D'autre part, la rédaction du Statut de Rome ne traduit pas exactement l'*actio libera in causa*, du moins pas l'aspect intentionnel qui lui est traditionnellement prêté⁴²⁵. L'*actio libera in causa* suppose en effet de s'intoxiquer volontairement dans le but de commettre une infraction sous l'empire de cette intoxication et d'échapper à sa responsabilité. Or le Statut n'évoque qu'un risque d'infraction et non pas un projet d'infraction. L'on serait alors en présence d'une *actio libera in causa* négligente⁴²⁶, l'individu choisissant de prendre le risque de commettre une infraction. La rédaction de l'article 31 du Statut de Rome intègre donc un élément de négligence ou d'imprudence à la disposition

⁴²¹ Dans le même sens v. ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 1142 : « *disregarding a risk insinuates that the person concerned is nothing more and nothing less than mentally aware of running the risk of committing a crime* » (ne pas tenir compte d'un risque insinue que la personne concernée est consciente du fait de courir le risque de commettre une infraction).

⁴²² Dans le même sens v. ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 1142 : l'intoxication volontaire est admise dès lors que l'individu « *was not aware of the risk that he could engage in criminal conduct as a ramification of the intoxication* ».

⁴²³ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 230 : « *it is only bona fide voluntary intoxication, that can exculpate* ».

⁴²⁴ KRABBE M., *op. cit.*, p. 138 : « *voluntary intoxication [is] open in cases were the defendant voluntarily got intoxicated but could not have anticipated the nefative side effects* ». Sur ce point v. *infra* n°418 et s.

⁴²⁵ Sur ce point v. DIMOCK S., « Actio libera in causa », *Criminal law and philosophy*, oct. 2013, p. 550.

⁴²⁶ Dans le même sens v. AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 306 : « *Pursuant to article 31(1)(b) the intoxication defence is already precluded if the person 'disregarded' the risk of committing a crime. This term clearly indicates that the relevant provision does not only recognize the intentional alic but something below this mental standard* » (selon l'article 31(1)(b) l'intoxication est déjà exclue si la personne « n'a pas tenu compte » du risque de commettre une infraction. Ce terme indique clairement que la disposition en question ne reconnaît pas seulement l'*actio libera in causa* intentionnel mais aussi un état mental moindre).

relative à l'intoxication. Si le droit français n'opère pas de véritable distinction entre les termes de négligence et d'imprudence, contenus tous deux dans l'article 121-3 du Code pénal⁴²⁷, le droit anglo-saxon les appréhende quant à lui de manière différente, faisant de la négligence le degré minimal de la culpabilité⁴²⁸. Ainsi, l'individu agit par négligence lorsqu'il devrait savoir qu'il existe un risque substantiel et injustifiable que sa conduite donne lieu à une infraction⁴²⁹. Ce degré de culpabilité paraît alors renvoyer à une appréciation *in abstracto*, supposant d'examiner si une personne raisonnable, placée dans les mêmes conditions, aurait perçu le risque. À l'inverse, l'individu agit par imprudence lorsqu'il ne tient pas compte du risque substantiel et injustifiable que sa conduite donne lieu à une infraction⁴³⁰. Ainsi, l'individu imprudent sait qu'il y a un risque mais choisit de ne pas en tenir compte⁴³¹, ce qui suppose sans doute une appréciation *in concreto*. Il semble alors que la rédaction du Statut de Rome renvoie à l'imprudence, telle qu'elle est entendue en droit anglo-saxon⁴³². En droit français, une telle formulation paraît se rapprocher du dol éventuel et traduit une prise de risque consciente⁴³³. Cela étant, quelle que soit l'appellation retenue, la disposition relative à l'intoxication volontaire n'en demeure pas moins problématique dans la mesure où toutes les infractions du Statut de Rome sont intentionnelles. Or, le fait que l'individu ait été imprudent et n'ait pas tenu

⁴²⁷ V. MAYAUD Y. « Violences involontaires : théorie générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation mai 2021), para. 141 : « Les termes de la loi participent de la finesse stylistique, plus que d'un enjeu substantiel Aussi ne faut-il pas trop rechercher de différences entre la maladresse, l'imprudence, l'inattention ou la négligence. Il est vrai que les dictionnaires proposent des définitions nuancées, mais le droit en a une approche globale, et rares sont les juridictions qui s'efforcent de motiver ou de justifier leurs décisions en partant de subtils distinguos entre la négligence et [l'imprudence] ».

⁴²⁸ SIMONS K. W., « Dimensions of negligence in criminal and tort law », *Theoretical inquiries in law*, 2002, p. 288-289 : « *negligence is the least 'culpable' category of four 'culpability' terms* ». Le *Model Penal Code* américain établit quatre niveaux de culpabilité : la négligence (« *negligently* »), l'imprudence (« *recklessly* »), la conscience (« *knowingly* ») et l'intention (« *purposely* »).

⁴²⁹ *Model Penal Code*, Section 2.02 (2)(d) : « *a person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct* ».

⁴³⁰ *Model Penal Code*, Section 2.02 (2)(c) : « *a person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct* ».

⁴³¹ SIMONS K. W., « Dimensions of negligence in criminal and tort law », p. 289 : « *the reckless actor is aware of an unjustifiable risk but nevertheless takes it* ».

⁴³² En ce sens, v. ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 1142 : « *a recklessness standard is also supported by the wording* » (la formulation est en faveur de l'imprudence) ; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 403 : « *this is, in essence, a recklessness test* » (cela correspond, par essence, à l'imprudence) ; GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 368 : « *this embodies a recklessness standard* » (cela incarne l'imprudence) ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 306 : « *the wording of article 31(1)(b) is very similar to this definition of recklessness* » (la formulation de l'article 31(1)(b) est très similaire à la définition de l'imprudence).

⁴³³ Sur ce point v. notamment SALVAGE Ph., « La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale », *J.C.P. G.*, 2000, n°51, para. 15 ; CEDRAS J., « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.*, 1995, p. 18 et s : « le dol éventuel est l'état d'esprit de celui qui, tout en sachant que son comportement est dangereux pour autrui, s'y engage néanmoins, et cela sans nullement vouloir le résultat dommageable ».

compte du risque d'infraction ne signifie pas qu'il a voulu l'infraction au sens de l'article 30 du Statut de Rome⁴³⁴. De ce point de vue, plutôt que préférer le compromis à la cohérence, il aurait été préférable pour le Statut de Rome de rejeter purement et simplement l'intoxication volontaire comme motif d'exonération en se fondant sur la faute antérieure qu'elle suppose.

119. Éléments contextuels des infractions. Par ailleurs, l'intoxication volontaire doit faire courir le risque à l'individu « d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour [pénale internationale] »⁴³⁵, c'est-à-dire n'importe quelle infraction incriminée aux articles 6 à 8bis du Statut, et pas uniquement celle effectivement commise par l'individu. Le fait de viser « un crime », et non pas « le crime » a pour avantage de renvoyer à l'ensemble des crimes prévus par le Statut de Rome et pas uniquement à la qualification qui sera donnée au comportement effectif de l'individu. Restreindre à ce comportement effectif aurait en effet trop étendu l'admission de l'intoxication volontaire en lui octroyant un effet exonératoire dès lors que l'individu n'avait pas anticipé qu'il risquait de commettre ce crime particulier. La rédaction de l'article 31 permet donc de refuser le bénéfice de l'intoxication volontaire, quel que soit le crime commis par l'individu, dès lors que l'un des crimes pourrait être anticipé. En revanche, le fait que le risque porte sur la commission d'un crime « relevant de la compétence de la Cour »⁴³⁶ implique que l'individu ait conscience des éléments contextuels entourant l'infraction. Cette exigence semble renforcée par la formulation de l'article 31 qui précise que l'intoxication volontaire doit avoir lieu « dans des circonstances telles » que l'individu savait qu'il allait adopter un comportement relevant de la compétence de la Cour pénale internationale⁴³⁷. En effet, c'est le fait pour l'individu d'avoir choisi de s'intoxiquer dans un contexte particulier qui constitue la faute antérieure et l'empêche de se prévaloir de l'intoxication comme motif d'exonération. Or, si l'individu n'a pas conscience du contexte particulier dans lequel il évolue, une partie de l'élément moral fait défaut puisque l'individu n'a alors pas conscience du contexte spécifique de l'infraction internationale⁴³⁸. Dans

⁴³⁴ Dans le même sens v. notamment AMBOS K. « Chapter 24.4 Other grounds for excluding criminal responsibility », p. 1030 ; KRABBE M., *op. cit.*, p. 139 : « *the test ex article 31(1)(b) extends the required mental element beyond the scope of article 30* » (le texte de l'article 31(1)(b) étend l'exigence d'élément moral au-delà du périmètre de l'article 30).

⁴³⁵ SCPI, art. 31 para. 1 b).

⁴³⁶ SCPI, art. 31 para. 1 b).

⁴³⁷ GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 369 : « *there is some ambiguity as to whether the 'conduct' which must be foreseen includes the relevant contextual elements of international crimes. This could perhaps be covered by the words 'under such circumstances'* » (il y a une certaine forme d'ambiguïté pour savoir si le « comportement » qui devait être prévu inclut les éléments contextuels des crimes internationaux. Cela pourrait peut-être être couvert par l'expression « dans des circonstances telles ... »).

⁴³⁸ Dans le même sens v. CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 403-404.

ce cas l'intoxication, qu'elle soit volontaire ou involontaire d'ailleurs, n'aura aucun rôle à jouer puisque l'infraction ne sera pas constituée.

120.Bilan. Finalement, si l'individu qui s'intoxique volontairement n'a pas conscience du contexte dans lequel il évolue, l'infraction ne pourra pas être constituée et s'il en a conscience, l'intoxication volontaire sera refusée en raison de la faute antérieure commise, sauf à ce que l'individu n'ait pas eu conscience des effets prévisibles de la substance ingérée. Le rôle de l'intoxication volontaire est ainsi largement limité par l'exigence d'absence de faute antérieure, ce qui est sans doute moins marqué s'agissant de l'état de nécessité.

2) La condition d'absence de faute antérieure dans l'état de nécessité

121.Condition d'absence de faute antérieure dans l'état de nécessité. Le Statut de Rome soumet l'état de nécessité à une condition d'absence de faute antérieure, ce dernier étant permis en cas de menace constituée par des « circonstances indépendantes de [la] volonté » de l'individu⁴³⁹. Ainsi, si l'individu « a contribué de quelque façon que ce soit à « l'éclosion » de la menace, [l'état de nécessité] ne saurait être invoqué »⁴⁴⁰. Il semblerait alors que l'absence de faute antérieure est liée au caractère imminent de la menace puisque l'individu peut prévoir la survenance d'une menace qu'il contribue à créer⁴⁴¹.

122.Illustrations jurisprudentielles de l'exigence d'absence de faute antérieure. L'exigence d'absence de faute antérieure, critère « bien établi en droit international coutumier »⁴⁴², a souvent empêché l'admission de l'état de nécessité. À l'issue de la Seconde Guerre mondiale, la Cour de cassation française l'a par exemple employée pour rejeter la défense d'état de nécessité invoquée par Touvier, chef régional de la Milice lyonnaise, pour justifier le meurtre de sept prisonniers⁴⁴³. La Cour de cassation a en effet considéré qu'aucun

⁴³⁹ *Statut de Rome*, art. 31 para. 1 d) ii). La menace « exercée par d'autres personnes », telle qu'elle est prévue par l'article 31 n'est pas soumise à cette exigence mais il a été proposé de réserver cette situation à la contrainte, de sorte qu'elle sera étudiée avec elle. V. *infra* n°138.

⁴⁴⁰ AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 924 (L'auteur emploie indifféremment les termes « contrainte » et état de nécessité » sans procéder à une distinction). Dans le même sens v. AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 313 ; JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2014, para. 565 ; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 412 ; KOLB R., *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012, p. 220.

⁴⁴¹ En ce sens v. de FROUVILLE O., *op. cit.*, p. 437.

⁴⁴² *G.A.D.I.P.*, précité, p. 420.

⁴⁴³ Cass. crim. 21 oct. 1993, *Touvier*, n° 93-83325. V. FINKELSTEIN C., « Changing notions of State agency in international law : the case of Paul Touvier », *Texas international law journal*, 1995, vol. 30, p. 261, 283-284 ;

« fait justificatif fondé sur la nécessité ou la légitime défense d'autrui ne peut être invoqué par un responsable de la Milice comme [Touvier] (...) [qui] avait fait le libre choix d'appartenir à la Milice, dont un des mots d'ordre était de "lutter contre la lèpre juive", et d'exercer une activité qui impliquait une coopération habituelle avec le Sicherheitsdienst ou la Gestapo »⁴⁴⁴. De la même manière, le Tribunal militaire américain à Nuremberg a estimé dans l'affaire *Flick* qu'aller au-delà des ordres donnés montre que l'individu participait librement et volontairement, l'empêchant d'invoquer avec succès l'état de nécessité. En l'espèce, il a été relevé que les accusés Flick et Weiss avaient entrepris des démarches actives⁴⁴⁵ pour assurer un quota de production de voitures plus élevé et s'étaient procuré un grand nombre de prisonniers de guerre russes pour travailler sur ces équipements, alors même que cela était interdit par les autorités⁴⁴⁶. Le tribunal en a donc conclu que les démarches entreprises par Flick et Weiss n'avaient pas été initiées au niveau du gouvernement mais par la direction de l'entreprise⁴⁴⁷, ce qui démontrait qu'elles n'avaient pas été faites sous la contrainte ou par peur mais pour assurer la production de l'entreprise⁴⁴⁸. Les juges de l'affaire *IG Farben* sont tout aussi clairs, qui affirment que l'état de nécessité n'est pas admis lorsque celui qui l'invoque est responsable de l'existence ou de l'exécution d'un ordre, lorsque sa participation a dépassé les exigences requises ou qu'elle résulte de sa propre initiative⁴⁴⁹. C'est également le point de vue du TPIY qui, après avoir affirmé « l'existence de la nécessité (...) en tant que principe dans le droit international coutumier »⁴⁵⁰, a fait de l'absence de participation volontaire une condition de l'état de nécessité en estimant que « la situation ne doit pas être provoquée volontairement par la personne concernée »⁴⁵¹. Ainsi, si l'individu a provoqué volontairement la situation

TIGAR M. E., CASEY S. C., GIORDANI I. et MARDEMOOTOO S., « Paul Touvier and the crime against humanity », *Texas international law journal*, 1995, vol. 30, p. 285 et s.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Flick and others*, p. 1202 : « active steps ».

⁴⁴⁶ *Ibid.* : « obtaining more materials than necessary was forbidden by the authorities ».

⁴⁴⁷ *Ibid.* : « the steps taken in this instance, however, were initiated not in governmental circles but in the plant management ».

⁴⁴⁸ *Ibid.* : « they were not taken as a result of compulsion or fear, but admittedly for the purpose of keeping the plant as near capacity production as possible ».

⁴⁴⁹ *IG Farben*, p. 1179 : « the defense of necessity is not available where the party seeking to invoke it was, himself, responsible for the existence or execution of such order or decree, or where his participation went beyond the requirements thereof, or was the result of his own initiative ».

⁴⁵⁰ TPIY, *Orić*, Décision orale rendue le 8 juin 2005, n° IT-03-68-T, p. 9027. À propos de l'état de nécessité dans cette décision v. ASCENSIO H. et MAISON R., « L'activité des juridictions pénales internationales », *A.F.D.I.*, 2005, vol. 51, p. 267 à 269.

⁴⁵¹ TPIY, *Orić*, p. 9027. Le TPIY estime en outre que trois autres critères doivent être remplis pour pouvoir retenir l'état de nécessité : une « menace réelle ou imminente d'atteinte grave et irréparable à l'existence », une riposte nécessaire et proportionnée.

aboutissant, à son encontre, à une menace, il ne pourra pas se prévaloir de l'état de nécessité pour s'exonérer de sa responsabilité pénale⁴⁵².

123. Hypothèse de participation volontaire à une entreprise criminelle. Parmi les différentes formes que peut revêtir la faute antérieure, la jurisprudence pénale internationale a conféré une place importante à la participation volontaire de l'individu à une entreprise criminelle. L'affaire des *Einsatzgruppen* est en effet particulièrement éloquente, qui explique en substance qu'un individu qui prend part, de manière volontaire, à une organisation manifestement criminelle, doit prévoir qu'on attendra de lui des actes criminels⁴⁵³. Plus récemment, lorsqu'il a étudié la contrainte dans son opinion dissidente relative à l'affaire *Erdemović*, le juge Cassese a considéré que contrainte et état de nécessité partageaient certaines conditions. Il a notamment estimé que « la contrainte ou l'état de nécessité ne peuvent exonérer de la responsabilité pénale la personne [...] si elle a volontairement et librement choisi de devenir membre d'une unité, d'une organisation ou d'un groupe qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire »⁴⁵⁴. Jurisprudence pénale internationale et doctrine évoquent ainsi l'appartenance à une « organisation manifestement criminelle »⁴⁵⁵, une « organisation ou [un] groupe qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire »⁴⁵⁶ ou une unité militaire ou paramilitaire dont l'objectif principal est de mener des actions criminelles⁴⁵⁷, ce qui semble indiquer qu'il n'est pas uniquement question de participation volontaire mais bien de participation volontaire à une activité ou à une organisation en elle-même répréhensible. Parce que, dans un premier temps, l'individu a effectué un choix répréhensible en participant à une entreprise dont chacun peut percevoir la nature criminelle, il ne peut pas, dans un second temps, voir admis à son bénéfice un motif d'exonération pour un acte commis en raison de ce choix. La notion de faute antérieure permet alors de borner l'absence de participation volontaire, pour ne tenir compte que des situations où une telle participation révèle déjà un comportement blâmable. La participation

⁴⁵² V. de FROUVILLE O., *op. cit.*, p. 438 qui emploie cependant indifféremment les termes « contrainte » et « état de nécessité » ; G.A.D.I.P., précité, p. 416 ; OHLIN J., « Necessity and duress », in CASSESE A., *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 559-560.

⁴⁵³ *Einsatzgruppen case*, p. 481 : « One who embarks on a criminal enterprise of obvious magnitude is expected to anticipate what the enterprise will logically lead to ».

⁴⁵⁴ *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, para. 17.

⁴⁵⁵ *Einsatzgruppen case* précité, p. 481.

⁴⁵⁶ *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, para. 17.

⁴⁵⁷ CASSESE A., *International criminal law*, p. 216 : « military or paramilitary unit whose main purpose is to engage in criminal action ».

volontaire fautive est ainsi appréhendée comme une hypothèse de faute antérieure, dont l'absence conditionne implicitement d'autres motifs d'exonération.

B- La condition implicite d'absence de faute antérieure

124. Absence de faute antérieure comme condition de la contrainte. La participation volontaire à une entreprise criminelle constitue une forme de faute antérieure dont l'absence peut conditionner d'autres motifs d'exonération. Ainsi le juge Cassese l'a-t-il considérée comme une condition d'application de la contrainte lors de l'affaire *Erdemović*. Encore une fois c'est la participation libre et volontaire à « une unité, [...] une organisation ou [...] un groupe qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire »⁴⁵⁸ qui empêche, selon le juge Cassese, de pouvoir retenir la contrainte comme motif d'exonération.

125. Lien entre faute antérieure et contrainte irrésistible. L'exigence de cette condition dans la contrainte paraît par ailleurs s'accorder avec l'exigence d'irrésistibilité retenue classiquement par la jurisprudence pénale internationale⁴⁵⁹. La contrainte irrésistible suppose en effet que l'individu ne puisse pas faire autrement que commettre l'infraction, ce qui « postule que l'événement soit totalement étranger à celui qui l'invoque »⁴⁶⁰. Or, en présence d'une faute antérieure, l'événement n'est pas totalement étranger à l'individu puisque c'est lui qui a contribué à la création de cet événement. Surtout, cela « implique une volonté, au sens de « pouvoir de décision »⁴⁶¹, qui traduit alors une certaine possibilité de choix, incompatible avec l'invocation de la contrainte qui repose justement sur une absence de choix.

126. Absence de faute antérieure comme condition de la légitime défense. Malgré le silence du Statut de Rome, la condition d'absence de faute antérieure peut également être étendue à la légitime défense⁴⁶². C'est en effet ce qu'affirme l'arrêt *Touvier*, qui a précisé que

⁴⁵⁸ TPIY, *Erdemović*, arrêt, 7 oct. 1997, n° IT-96-22, *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, para. 17.

⁴⁵⁹ Sur ce point v. *infra* n°138.

⁴⁶⁰ ROBACZEWSKI C., *Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale*, thèse, Lille, 2002, para. 206, p. 186-187.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Dans le même sens v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 238 : « *although culpa in causa is not an explicit part of the provision as it is with intoxication, it can be interpreted as implied in Article 31 (1)(c)* » (bien que la théorie de la *culpa in causa* ne fasse pas explicitement partie de la disposition, comme c'est le cas pour l'intoxication, elle peut être implicitement présente dans l'article 31(1)(c)).

le libre choix d'appartenir à la Milice empêchait Touvier d'invoquer la légitime défense⁴⁶³. De manière plus explicite, les Procès subséquents au Procès de Nuremberg ont été l'occasion d'affirmer que la légitime défense « n'est jamais disponible pour les individus ou pour les nations qui sont les agresseurs »⁴⁶⁴. Dans cette hypothèse, c'est le fait d'avoir provoqué la situation qui constitue le choix répréhensible de l'individu. C'est donc bien parce que, dans un premier temps, l'individu a créé ou, de manière plus générale, a participé de manière blâmable à la situation qui a donné lieu à la légitime défense qu'il ne peut pas, dans un second temps se prévaloir d'un tel motif d'exonération⁴⁶⁵. Par conséquent, l'exigence d'absence de faute antérieure ne solliciterait sans doute pas à l'extrême le texte du Statut de Rome⁴⁶⁶ et il serait possible pour la Cour pénale internationale de voir l'absence de participation volontaire fautive comme une condition d'application de la légitime défense en se fondant sur « les principes et règles du droit international »⁴⁶⁷ ou en dégageant un « principe [général] du droit »⁴⁶⁸.

127. Absence de faute antérieure comme condition des représailles. Cette interprétation peut être étendue aux représailles, qui partagent avec la légitime défense le fait d'être commises en réponse à un acte illicite⁴⁶⁹. Aussi, l'individu qui est le premier à avoir commis une violation du droit des conflits armés ne peut pas se prévaloir des représailles si son adversaire répond lui aussi par une telle violation,

128. Absence de faute antérieure comme condition de l'ordre du supérieur et des erreurs. Pour que la participation volontaire soit fautive et qu'elle constitue donc une faute antérieure, il faut qu'elle consiste à participer à un groupement dont le but principal est la commission d'infractions. Cela implique que lorsque l'individu prend part volontairement à une activité ou à une organisation licite, cette participation ne peut constituer une faute

⁴⁶³ Crim. 21 oct. 1993, *Touvier* : « aucun fait justificatif fondé sur la nécessité ou la légitime défense d'autrui ».

⁴⁶⁴ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Weizsäcker and others (Ministries Trial)*, 11 avril 1949, *L.R.T.W.C.*, vol. XIV. p. 335 : « is never available either to individuals or nations who are aggressors ».

⁴⁶⁵ Dans le même sens v. DIMOCK S., « Actio libera in causa », *Criminal law and philosophy*, oct. 2013, p. 552 : « persons cannot rely on [self-defence] to escape liability if they have culpably created the conditions under which its conditions are satisfied. This is often reflected in legal doctrines that explicitly bar the defence to those who have acted as the first aggressor » ; GLASER S., *Infraction internationale. Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 64 : « celui qui, par sa faute, a occasionné ou même provoqué l'attaque (auctor rixae) devrait être dépourvu du droit d'invoquer ensuite le fait justificatif de la légitime défense » ; CASSESE A., *op. cit.*, p. 211 : « the unlawful attack has not been caused by the person acting in self-defence ».

⁴⁶⁶ *Contra* CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J., 2006, p. 730.

⁴⁶⁷ *SCPI*, art. 21 para. 1 b).

⁴⁶⁸ *SCPI*, art. 21 para. 1 c).

⁴⁶⁹ Sur l'illicéité du danger encouru en cas de légitime défense ou de représailles v. *infra* n°176 et s.

antérieure si des infractions sont ensuite commises. Notamment, le fait pour l'individu de s'engager volontairement dans les forces armées de son pays ne constitue pas une participation volontaire fautive propre à empêcher l'ordre du supérieur d'être admis. En effet, l'armée officielle d'un pays ne pouvant être qualifiée ni « d'organisation manifestement criminelle »⁴⁷⁰ ni d'unité militaire ou paramilitaire dont l'objectif principal est de mener des actions criminelles⁴⁷¹, l'appartenance de l'individu à cette armée n'est pas en elle-même fautive⁴⁷². C'est sans doute également vrai s'agissant des subordonnés civils, dès lors que l'on admet que le terme « civil » de l'article 33 renvoie uniquement aux instances politiques et gouvernementales d'un pays⁴⁷³. Il semble alors que la participation volontaire aux forces armées ou à une institution civile ne puisse pas être qualifiée de fautive. En revanche, cela ne signifie pas que la faute antérieure ne soit pas prise en compte dans l'étude de l'ordre du supérieur. Cependant, elle intervient alors à travers l'étude du caractère raisonnable de l'erreur sur l'illégalité. L'erreur déraisonnable révèle en effet une faute⁴⁷⁴, ce qui vaut alors aussi bien pour l'ordre du supérieur que pour l'erreur⁴⁷⁵.

129. Faute antérieure et trouble mental. Par ailleurs, l'existence du trouble mental en tant que motif d'exonération ne se conçoit que si le trouble mental résulte d'une déficience mentale ou d'une maladie dont la cause n'est pas due à l'individu⁴⁷⁶. C'est dire que si l'individu contribue à l'existence de sa déficience ou de sa maladie, par exemple par une consommation chronique d'alcool ou de drogue⁴⁷⁷, il n'est pas totalement étranger à son trouble. Cela étant, pour moralement discutable que puisse être un tel comportement, il ne peut être juridiquement répréhensible et relever d'une faute antérieure que s'il est commis en connaissance de cause. Ce n'est en effet que si l'individu contribue à son trouble mental en sachant qu'il évolue dans un contexte particulier ou en sachant qu'il risque de commettre une infraction que l'on peut dire

⁴⁷⁰ *Einsatzgruppen case* précité, p. 481.

⁴⁷¹ CASSESE A., *International criminal law*, p. 216 : « *military or paramilitary unit whose main purpose is to engage in criminal action* ».

⁴⁷² Sur la participation volontaire fautive, v. *supra* n°123.

⁴⁷³ Sur ce point v. *infra* n°161 et s.

⁴⁷⁴ Sur ce point v. *supra* n°112.

⁴⁷⁵ Dans le même sens, v. KRABBE M., *op. cit.*, p. 347 : « *The general prior fault provision (...) should also be applicable to mistake* » (la disposition générale relative à la faute antérieure [celle proposée par l'auteur] devrait aussi être applicable à l'erreur).

⁴⁷⁶ Dans le même sens v. AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 301 : « *No one is to be held responsible if he cannot appreciate the unlawfulness or nature of his conduct or he lacks capacity to control it because of a defect or disease which lies beyond his responsibility* » ; CURRAT P., *op. cit.*, p. 723 : « Ce qui importe c'est que, *in actu*, l'auteur se soit trouvé dans un état d'irresponsabilité pénale qu'il n'a pas provoqué lui-même ».

⁴⁷⁷ Sur le passage de l'intoxication au trouble mental dans cette hypothèse v. *infra* n°146.

qu'il contribue à la survenance de l'événement. Un rapprochement peut ainsi être effectué entre la faute antérieure exigée par le Statut de Rome pour l'intoxication volontaire et la faute antérieure applicable au trouble mental⁴⁷⁸. Le comportement de l'individu doit donc ici être apprécié à l'aune de la personne raisonnable, pour vérifier si, placée dans la même situation, cette personne raisonnable aurait elle aussi contribué à l'existence de son trouble mental. On retrouve ainsi, à travers la faute antérieure, le lien avec le caractère raisonnable qui manquait.

130. Conclusion de section. Il en ressort par conséquent que tous les motifs d'exonération intègrent soit une exigence de comportement raisonnable, que ce soit en tant que standard d'appréciation ou en tant que condition autonome, soit une condition d'absence de faute antérieure, ce qui accroît leur cohérence d'ensemble.

⁴⁷⁸ Dans le même sens v. KRABBE M., *op. cit.*, p. 345 qui propose d'appliquer la condition d'absence de faute antérieure au trouble mental.

Conclusion du Chapitre 1

131.Motifs d'exonération fondés sur une impossibilité de choisir de commettre l'infraction. Les motifs d'exonération entretiennent tous un lien avec le choix de commettre l'infraction. Le trouble mental et l'intoxication supposent en effet une absence de discernement qui empêche l'individu d'avoir conscience qu'il doit effectuer ce choix. Il en va de même s'agissant de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et de l'ordre du supérieur dans la mesure où l'erreur commise sur les circonstances ou sur le droit empêche l'individu de réaliser qu'il a un choix à faire entre commettre l'infraction et s'abstenir. La contrainte repose quant à elle non pas sur une absence de conscience du choix mais sur une absence de liberté de choisir. Aucun de ces motifs d'exonération ne peut alors reposer sur une condition de proportionnalité, qui n'est donc pas une condition générale de mise en œuvre des motifs d'exonération.

132.Motifs d'exonération fondés sur une possibilité de choisir de commettre l'infraction. La proportionnalité est en revanche une condition de mise en œuvre commune aux motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction, à savoir la légitime défense, l'état de nécessité, la nécessité militaire et les représailles. En effet, ces quatre motifs d'exonération exigent une mise en balance entre la valeur à protéger et la valeur à sacrifier.

133.Condition générale de caractère raisonnable. Les disparités relatives à la condition de proportionnalité n'empêchent toutefois pas de dégager des conditions communes aux différents motifs d'exonération. Tous doivent en effet satisfaire une condition relative au caractère raisonnable. La légitime défense, l'état de nécessité et la nécessité militaire impliquent ainsi une appréciation par rapport à la personne raisonnable. Une action raisonnable est également exigée au titre des conditions de la légitime défense, de l'état de nécessité, de la nécessité militaire et des représailles. Les erreurs et l'ordre du supérieur supposent quant à eux que l'erreur commise soit raisonnable. Le lien entre le caractère raisonnable et les hypothèses d'absence de discernement est cependant plus ténu car, il faut en convenir, l'absence de discernement est sans doute le contraire de la raison. Cela étant, et comme pour la contrainte, le caractère raisonnable se retrouve alors ici dans l'appréciation qui est faite de la faute antérieure.

134. Condition générale d'absence de faute antérieure. L'absence de faute antérieure constitue la seconde condition générale de mise en œuvre des motifs d'exonération. Prévue explicitement par le Statut de Rome pour la mise en œuvre de l'intoxication et de l'état de nécessité, elle se retrouve également implicitement dans les conditions de mise en œuvre de la contrainte, de la légitime défense et des représailles. L'absence de faute antérieure est par ailleurs incluse dans l'étude de l'erreur raisonnable qui conditionne la mise en œuvre de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et de l'ordre du supérieur. Une condition d'absence de faute antérieure similaire à celle employée par le Statut de Rome pour l'intoxication volontaire peut enfin s'appliquer au trouble mental. Au-delà de ces deux conditions générales dont la caractérisation est rendue difficile par les spécificités du droit pénal international, chaque motif d'exonération repose également sur des conditions spéciales de mise en œuvre.

Chapitre 2 : Les conditions spéciales de mise en œuvre des motifs d'exonération

135. Utilisation du rapport au choix de commettre l'infraction. Le rapport au choix de commettre l'infraction entretenu par chaque motif d'exonération peut être employé, à l'instar de la pratique de certains auteurs de *Common law*, pour fonder la distinction entre justification et excuse⁴⁷⁹. Selon ces auteurs, une justification devrait être applicable lorsque l'accusé choisit objectivement le meilleur plan d'action, tandis qu'une excuse est applicable dans les cas où l'accusé n'a pas eu d'autre alternative raisonnable⁴⁸⁰. Fonder la distinction entre justification et excuse sur ce rapport au choix aurait pour avantage majeur de ne pas avoir recours aux catégories de motifs d'exonération « objectifs » et « subjectifs », ce qui permettrait de ne pas s'enfermer dans des conditions purement objectives ou purement subjectives. Il serait ainsi possible d'avoir des motifs d'exonération mêlant conditions objectives et conditions subjectives, sans que l'on cherche à subjectiviser les unes ou à objectiver les autres. Une telle conception est d'ailleurs assez fidèle au Statut de Rome, qui impose des conditions à la fois objectives et subjectives par exemple à l'ordre du supérieur⁴⁸¹. Surtout, le rapport au choix qu'entretient chaque motif d'exonération permet de révéler, au sein des conditions spéciales, une structure commune aux motifs d'exonération fondés sur le choix de commettre l'infraction (Section 2), ce qui n'est pas le cas des conditions spéciales des motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction (Section 1).

⁴⁷⁹ V. notamment CASSESE A., *International criminal law*, p. 209 : « a justification is a circumstance that makes the accused's conduct preferable to even worse alternative (...); an excuse, such as duress, involves an action that, while voluntary, nevertheless was produced by an impairment of a person's autonomy to such a degree as to negate their blameworthiness » (une justification est une circonstance qui rend la conduite de l'accusé préférable à une alternative plus mauvaise encore ; une excuse, comme la contrainte, implique un acte qui, bien que volontaire, a tout de même été produit par une insuffisance de l'autonomie de la personne telle qu'elle s'oppose à son caractère blâmable).

⁴⁸⁰ KRABBE M., *op. cit.*, p. 283 : « A justification should be applicable when the defendant objectively chooses the best course of action, while an excuse is appropriate in cases where the defendant had no reasonable alternative ».

⁴⁸¹ SCPI, art. 33. Sur ces conditions v. *infra* n°159 et s.

Section 1 : Les conditions spéciales des motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction

136. Figures de l'absence de choix. La contrainte, l'ordre du supérieur, l'erreur de fait et l'erreur de droit sont des motifs d'exonération qui reposent tous sur une absence de choix de commettre l'infraction, la première car l'individu est privé de sa liberté de choisir (Paragraphe 1) et les trois autres car l'individu n'a pas conscience qu'il a un choix à faire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'absence de liberté d'exercice du choix

137. Possibilité de mise en œuvre de la contrainte devant la CPI. Si, on l'a dit, la contrainte n'est pas prévue par le Statut de Rome⁴⁸², elle demeure un motif d'exonération dont le principe a été admis par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux⁴⁸³. Elle peut à ce titre être employée par la Cour pénale internationale, qui se fonde régulièrement sur la jurisprudence rendue par les tribunaux *ad hoc* pour interpréter le droit applicable devant elle. La contrainte constitue par ailleurs un motif d'exonération autonome dans la plupart des systèmes internes⁴⁸⁴, même en droit anglais où son statut est confus⁴⁸⁵. Or l'article 31 *in fine* du Statut de Rome permet à la Cour pénale internationale de prendre en considération un motif d'exonération non prévu par le Statut, s'il découle du droit applicable à l'article 21⁴⁸⁶. Ce dernier prévoit notamment que la Cour peut dégager des principes généraux du droit à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde⁴⁸⁷. La prise en compte cumulée de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et de ces lois nationales paraît alors jouer en faveur d'une mise en œuvre de la contrainte devant la Cour pénale internationale. Rien n'interdit en tout cas à un individu de l'invoquer, ce qui implique de déterminer les conditions spéciales que doit remplir la contrainte pour être retenue⁴⁸⁸. Ces

⁴⁸² Sur la contestation de la présence de la contrainte dans l'article 31 §1 d), v. *supra* n°94.

⁴⁸³ V. notamment TPIY, *Erdemović*, arrêt, 7 oct. 1997, n° IT-96-22 ainsi que les différentes Opinions individuelles annexées à l'arrêt : *Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah* et *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*.

⁴⁸⁴ Sur ce point v. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », p. 143-145 ; VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 243-249.

⁴⁸⁵ *DPP for Northern Ireland v Lynch*, [1975] AC 653, HL.

⁴⁸⁶ *SCPI*, art. 31 para. 3. Sur la remise en question de cette exigence v. *infra* n°260 et s.

⁴⁸⁷ *SCPI*, art. 21 para. 1 c).

⁴⁸⁸ Sur la condition générale d'absence de faute antérieure applicable à la contrainte v. *supra* n°124.

conditions, différentes de celles de l'état de nécessité⁴⁸⁹, ont occasionnellement été relevées par le droit pénal international⁴⁹⁰.

138. Condition de menace irrésistible. Ainsi, la contrainte exige traditionnellement une menace provenant d'une autre personne⁴⁹¹ et à laquelle l'on ne peut se soustraire, c'est-à-dire à laquelle il n'est pas possible de résister⁴⁹², ce qui suppose une menace suffisamment sévère pour qu'on ne puisse pas raisonnablement exiger de l'individu qu'il la supporte⁴⁹³. Il semble alors que seule une menace d'atteinte à la vie ou d'atteinte grave à l'intégrité physique puisse être d'un degré suffisant pour constituer une menace irrésistible⁴⁹⁴. L'on pourrait en effet sans doute raisonnablement exiger que l'individu supporte une menace de moindre intensité. Si une telle condition ressemble à celle de l'état de nécessité, elle s'en distingue en ce que, s'agissant de la contrainte, la menace doit être totalement inévitable⁴⁹⁵. Cela implique que l'individu ne doit avoir aucune possibilité de s'y soustraire, de sorte que si la fuite est possible, elle doit être préférée, d'une part parce que la fuite constitue un moyen d'éviter la menace qui n'est donc plus irrésistible et d'autre part car la possibilité de fuite permet de choisir entre fuir et subir la menace⁴⁹⁶. Or, on l'a dit, cette possibilité de choisir est antinomique avec la contrainte⁴⁹⁷.

139. Absence de liberté morale de choisir. Cette dernière suppose en effet une absence de choix moral. Reconnue par la jurisprudence comme une « composante essentielle de la contrainte »⁴⁹⁸, l'absence de choix moral est une conséquence de l'irrésistibilité. Elle a d'ailleurs été érigée en véritable « critérium de la responsabilité pénale » par le Jugement de

⁴⁸⁹ Sur la nécessité de distinguer ces deux motifs d'exonération v. *supra* n°88 et s.

⁴⁹⁰ V. notamment Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Krupp and others*, 17 nov. 1947 - 30 juin 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. X ; *IG Farben*, 14 août 1947 - 29 juil. 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. X, et *Flick and others*, 20 avril - 22 déc. 1947, *L.R.T.W.C.*, vol. IX.

⁴⁹¹ Sur la proposition de réserver la contrainte à la menace provenant d'une autre personne v. *supra* n°95.

⁴⁹² AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 311 : « *it can only be argued that the accused cannot fairly be expected to resist the threat* » (il est possible de dire que l'on ne peut pas attendre de l'accusé qu'il résiste à la menace).

⁴⁹³ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 243 : « *the defendant has acted under such a severe threat that refraining from the crime could not be reasonably demanded* » (l'accusé était soumis à une menace tellement sévère qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'il se soit abstenu de commettre l'infraction).

⁴⁹⁴ Dans le même sens v. *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, précité, para. 14 : « la contrainte [correspond au] fait d'agir sous la menace, exercée par un tiers, de violences graves et irréparables ou de mort ».

⁴⁹⁵ O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 483 qui considère que l'imminence n'est pas pertinente s'agissant de la contrainte : « *a better description is that of an inescapable, or unavoidable threat* » (une menace inéluctable ou inévitable constitue une meilleure description de la contrainte).

⁴⁹⁶ Dans le même sens v. CURRAT P., *op. cit.*, p. 741.

⁴⁹⁷ Sur ce point v. *supra* n°88.

⁴⁹⁸ TPIY, jugement *Erdemović*, para. 18 : « L'absence de choix moral a été retenue à différentes reprises comme étant l'une des composantes essentielles de la contrainte analysée sous l'angle du fait exonératoire » ; *High Command* précité, p. 72.

Nuremberg⁴⁹⁹. En effet, puisque l'individu ne peut pas se soustraire à la menace, il n'a aucune autre option raisonnable que d'y céder⁵⁰⁰. Sa volonté se trouve totalement annihilée et l'individu n'a plus la liberté de choisir, ce qui constitue une différence essentielle avec l'état de nécessité⁵⁰¹.

140. Suppression de la contrainte de la Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve. Une nouvelle fois, l'on ne peut alors que souhaiter qu'une distinction claire soit opérée entre ces deux motifs d'exonération au sein du Statut de Rome. L'existence prétorienne de la contrainte et la reconnaissance de son effet exonératoire si les conditions sont remplies conduisent également à remettre en cause la formulation de la Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, selon laquelle la contrainte ferait partie des « circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale »⁵⁰², c'est-à-dire des circonstances atténuantes. Cette maladresse rédactionnelle, qui a déjà été soulevée en ce qu'elle reprend le terme « contrainte » pour évoquer une circonstance atténuante alors que l'article 31 emploie le même terme pour évoquer un motif d'exonération⁵⁰³, doit donc être rectifiée et la référence à la contrainte supprimée de la Règle 145 pour permettre à la contrainte de prendre véritablement sa place comme motif d'exonération, à côté des autres motifs d'exonération et notamment ceux fondés sur l'absence de conscience de l'existence d'un choix⁵⁰⁴.

Paragraphe 2 : L'absence de conscience de l'existence d'un choix

141. Dans certaines situations l'individu peut ne pas avoir conscience qu'il doit choisir de ne pas commettre l'acte répréhensible, de sorte qu'il n'est pas possible de le rendre responsable pénalement s'il est privé de discernement (A) ou s'il commet une erreur (B).

⁴⁹⁹ Jugement de Nuremberg, in *Le procès de Nuremberg, Le verdict*, Service d'information des crimes de guerre, Office français d'édition (non daté), p. 62.

⁵⁰⁰ Dans le même sens v. KRABBE M., *op. cit.*, p. 352 : « *the excusing prong of necessity / duress should only be applicable in case the defendant had no reasonable alternative* » (la nécessité/contrainte ne devrait être applicable que si l'accusé n'a pas eu d'alternative raisonnable).

⁵⁰¹ Sur ce point v. *supra* n°88.

⁵⁰² *RPP CPI*, Règle 145, para. 2 a) i).

⁵⁰³ Sur ce point v. *supra* n°29.

⁵⁰⁴ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

A- L'absence de conscience d'un choix due à une absence de discernement

142. Motifs d'exonération tenant à l'absence de discernement dans le Statut de Rome.

Le droit pénal international, reprenant le droit pénal général des divers systèmes, reconnaît deux motifs d'exonération susceptibles de faire disparaître le discernement de l'individu : le trouble mental et l'intoxication. Si la consécration du premier par le Statut de Rome n'a fait l'objet d'aucun débat, la grande majorité des pays reconnaissant ce motif d'exonération, ce n'est en revanche pas le cas de la consécration du second qui, bien qu'ayant une ascendance nationale⁵⁰⁵, n'est certainement pas reconnu par la majorité des États⁵⁰⁶. La France ne permet ainsi pas à l'intoxication en tant que telle de jouer un rôle exonératoire tandis que l'Angleterre l'autorise dans une certaine mesure⁵⁰⁷. Le Statut de Rome a par ailleurs fait le choix de distinguer formellement l'intoxication du trouble mental en leur consacrant deux parties distinctes au sein de l'article 31⁵⁰⁸, reprenant par là-même la tradition des pays de *Common law*. Cela étant, trouble mental et intoxication ne se distinguent que par la cause du trouble mais exigent un effet identique pour être mis en œuvre au bénéfice de l'accusé.

143. Cause du trouble mental. Le trouble mental est défini par le Statut de Rome comme « une maladie ou d'une déficience mentale qui [prive la personne] de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le

⁵⁰⁵ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 228 : « *the intoxication plea plainly has a national pedigree* ».

⁵⁰⁶ Sur les débats entre États relatifs à l'intoxication durant la conférence de Rome, v. notamment SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », p. 33-35.

⁵⁰⁷ La capacité exonératoire de l'intoxication est tout de même assez faible en droit anglais. L'intoxication n'est pas un motif d'exonération en présence d'une infraction requérant une intention simple (*basic intent*), une négligence (*negligence*), une imprudence (*recklessness*) ou en présence d'une infraction qui ne requiert pas la preuve d'un quelconque élément moral (*strict liability*). En revanche, l'intoxication peut avoir un effet sur une infraction qui requiert la preuve d'une intention particulière (*specific intent*), ce qui peut se rapprocher du dol spécial français. Dans cette hypothèse, l'intoxication peut avoir pour effet d'empêcher l'individu de former cette intention spéciale, ce qui empêche de l'en rendre responsable. Cependant, s'il existe une infraction avec un degré d'intention moins exigeant qui peut permettre d'appréhender le comportement de l'individu, alors cette infraction sera préférée. Dans ce cas, l'intoxication disqualifie l'infraction de *specific intent* en une autre infraction. Par exemple, le meurtre est considéré par le droit anglais comme une infraction de *specific intent*. Si l'intoxication est admise, elle empêchera alors de retenir cette infraction mais il sera possible de lui substituer l'infraction d'homicide involontaire. Finalement, l'intoxication ne joue un rôle véritablement exonératoire que si l'individu commet une infraction de *specific intent* et qu'aucune infraction ne peut lui être substituée. Par exemple, l'infraction de vol est considérée comme une infraction de *specific intent* en droit anglais mais aucune infraction ne peut lui être substituée, ce qui signifie que si l'intoxication permet d'empêcher la responsabilité de l'individu pour vol, on ne pourra lui reprocher aucune autre infraction. Pour une étude plus détaillée de l'intoxication v. notamment BAKER D. J., *Textbook of criminal law*, Sweet and Maxwell, 4^{ème} éd., 2015, p. 853 à 885, spé. p. 860-862 ; ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017, p. 167 à 185, spé. p. 168-173 ; CARD R. et MOLLOY J., *Criminal law*, O.U.P., 22^{ème} éd., 2016, p. 647 à 673, spé. p. 648-653 ; CHILD J. et ORMEROD D., *Essentials of criminal law*, O.U.P., 2^{ème} éd., 2017, p. 517 à 531, spé. p. 522-526.

⁵⁰⁸ L'article 31 paragraphe 1 a) est ainsi relatif au trouble mental et l'article 31 paragraphe 1 b) à l'intoxication.

conformer aux exigences de la loi »⁵⁰⁹. Le Statut ne définit pas les termes « maladie » et « déficience » vraisemblablement employés pour inclure une large variété de troubles. En revanche, certains auteurs considèrent que le terme « souffrir » implique « un dysfonctionnement de la santé psychique qui ne doit être ni temporaire ni momentané »⁵¹⁰, ce qui conduirait à restreindre les troubles admissibles. Une telle interprétation doit toutefois être rejetée. Le terme « souffrir », qui signifie « avoir, subir une maladie » ou « ressentir douloureusement les effets d'un mal »⁵¹¹, n'implique en effet pas nécessairement un état permanent. Un état passager paraît suffire, dès lors qu'il conduit à la destruction des capacités cognitives ou volitives de l'individu au moment de la commission de l'infraction⁵¹². Cela rejoint d'ailleurs la pratique jurisprudentielle anglaise, source d'inspiration de la disposition relative au trouble mental du Statut de Rome, qui considère qu'il n'importe pas que la cause de la détérioration du discernement soit organique – comme dans une crise d'épilepsie – ou fonctionnelle ou que la perte de discernement soit permanente, passagère ou intermittente, dès lors qu'elle subsiste au moment de la commission de l'acte⁵¹³. C'est ainsi qu'outre l'épilepsie⁵¹⁴, le somnambulisme a par exemple pu être appréhendé comme un trouble mental susceptible de donner lieu à l'application du motif d'exonération⁵¹⁵. Ce qui compte n'est ainsi pas tant l'origine du trouble, ni son caractère durable ou passager, mais bien l'effet qu'il exerce sur le discernement de l'individu.

⁵⁰⁹ SCPI, art. 31 para. 1 a).

⁵¹⁰ AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 1^{ère} éd., 2012, p. 915. Dans le même sens, v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 226 : « suffers (...) requires more than just a momentary mental disturbance » (souffrir requiert plus qu'un simple trouble mental momentané) ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 302 : « there must be more than momentary defective mental state » (il faut nécessairement plus qu'un état mental défectueux momentané).

⁵¹¹ Définition « souffrir », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

⁵¹² Dans le même sens, v. CURRAT P., *op. cit.*, p. 723 : « peu importe que l'état mental de l'auteur soit congénital ou acquis, durable, passager ou récurrent, curable ou incurable » ; KRABBE M., *Excusable evil*, p. 343 : « it is theoretically very well possible that the mental capacities of the defendant are only briefly disturbed by a cause beyond his control and that during this brief disturbance he did not see any option but to commit a crime » (il est théoriquement tout à fait possible que les capacités mentales de l'accusé aient été seulement brièvement troublées par une cause hors de son contrôle et que durant ce bref trouble il n'ait eu d'autre option que de commettre un crime).

⁵¹³ *R v Sullivan* [1984] AC 156, HL : « it matters not whether the aetiology of the impairment is organic, as in epilepsy, or functional, or whether the impairment itself is permanent or is transient and intermittent, provided that it subsisted at the time of the commission of the act ».

⁵¹⁴ Hypothèse de l'affaire *Sullivan*.

⁵¹⁵ *R v Burgess* [1991] 2 All ER 769.

144.Effet du trouble mental. Clairement inspirée des pays de *Common law* et correspondant quasiment mot pour mot à la formule établie par le fameux *M'Naghten's case*⁵¹⁶, la disposition du Statut de Rome relative au trouble mental reconnaît trois effets alternatifs possibles. Les deux premiers, relatifs aux capacités cognitives de l'individu, impliquent qu'il soit privé soit « de la faculté de comprendre le caractère délictueux [de son comportement, soit] de la faculté de comprendre la nature de son comportement »⁵¹⁷. Le troisième effet est quant à lui relatif aux capacités volitives de l'individu, qui doit être privé de la faculté « de maîtriser [son comportement] pour le conformer aux exigences de la loi »⁵¹⁸. Quel que soit l'effet, l'emploi du terme « privait » par le Statut de Rome implique que les facultés de l'individu aient totalement disparu au moment de l'acte, ce qui rend les dispositions particulièrement sévères⁵¹⁹.

145.Conservation de la condition d'abolition du discernement. Il a d'ailleurs été avancé qu'exonérer un individu sur le fondement du trouble mental en présence d'infractions aussi sérieuses que celles relevant de la Cour pénale internationale impose une détérioration extrême des capacités mentales, sans quoi la juridiction internationale perdrait toute crédibilité⁵²⁰. Pour l'auteur, c'est ce qui explique que le texte relatif au trouble mental soit très exigeant et impose un discernement aboli. Or, selon lui, cette absence de nuance relative à l'effet sur le discernement pourrait rendre virtuellement impossible l'exonération pour trouble mental car il ne serait que trop rarement possible de caractériser une véritable abolition du discernement⁵²¹. Cette exigence doit au contraire être saluée, d'une part parce que la condition d'abolition du discernement n'est pas posée au regard des infractions que le trouble mental peut exonérer mais correspond à la condition classique du trouble mental exonératoire, d'autre part parce que l'irresponsabilité ne peut se satisfaire d'autre chose que d'une abolition pure et simple du

⁵¹⁶ *M'Naghten's case* (1843), 8 England law reports, 718 : « *to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing ; or if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong* » (pour établir une défense basée sur le trouble mental, il faut prouver clairement qu'au moment de commettre l'acte, l'accusé souffrait d'un défaut de raison, causé par une maladie mentale, tel qu'il était privé de la faculté de comprendre la nature de son acte, ou, s'il en connaissait la nature, qu'il ne savait pas que ce qu'il faisait était mal).

⁵¹⁷ SCPI, art. 31 para. 1 a) et b).

⁵¹⁸ SCPI, art. 31 para. 1 a) et b).

⁵¹⁹ Dans le même sens, v. GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 366 pour le trouble mental : « *the standard set is very high* » (le standard est placé très haut) et p. 368 pour l'intoxication : « *again, this is a high standard excluding merely impaired or diminished understanding* » (encore une fois, c'est un haut standard qui exclut le discernement simplement dégradé ou diminué).

⁵²⁰ JANSSEN S., « Mental condition defences in supranational criminal law », *I.C.L.R.*, 2004, vol. 4, Issue 1, p. 85 : « *to exclude criminal responsibility for such serious crimes on grounds of insanity demands an extreme impairment of the subject's mental capacities, or any supranational court or tribunal might lose its credibility* ».

⁵²¹ *Ibid* : « *this absence of any shade of grey could render it virtually impossible to be acquitted on grounds of insanity* » et « *the practical use of Article 31(1) has become very limited* ».

discernement. Une simple altération du discernement ne peut, à elle seule, supprimer la responsabilité pénale, précisément parce qu'une partie du discernement, donc de la responsabilité, subsiste. L'altération du discernement ne peut ainsi qu'agir sur la peine, distinction qui est parfaitement articulée par le Statut de Rome et le Règlement de procédure et de preuve. L'article 31 du Statut de Rome est en effet relatif aux motifs d'exonération de la responsabilité, parmi lesquels le trouble mental lorsque le discernement est aboli, tandis que la Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve traite « l'altération substantielle du discernement » comme une circonstance atténuante dont il faut tenir compte lors de la fixation de la peine⁵²². Faire de l'abolition du discernement la condition de mise en œuvre du trouble mental ne doit alors pas être remis en cause.

146.Cause de l'état d'intoxication. Cette exigence d'absence de discernement est identique s'agissant de l'intoxication, définie quant à elle comme « un état d'intoxication qui [prive la personne] de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque »⁵²³. Tout comme le trouble mental, l'état d'intoxication n'implique pas nécessairement un état durable ou permanent et l'important est que l'individu soit dans cet état au moment de la commission du comportement répréhensible. En revanche, et contrairement au trouble mental, « l'intoxication implique un impact toxique causé par la consommation d'une substance exogène »⁵²⁴. La cause de l'état d'intoxication est ainsi le fait d'avoir ingéré une substance, soit volontairement soit involontairement. La distinction paraît alors suffisamment marquée entre le trouble mental, qui provient d'un facteur interne, et l'intoxication, qui provient d'un facteur externe. Or, il est en réalité assez largement admis que certains troubles mentaux peuvent être causés par une consommation chronique d'alcool ou de drogue, ce qui obscurcit la distinction effectuée par le Statut de Rome entre trouble mental et intoxication.

147.Difficulté de distinction entre abolition du discernement et altération du discernement. La consommation chronique d'alcool a d'ailleurs été invoquée devant le TPIY

⁵²² Sur la distinction entre exonération totale et exonération partielle v. *supra* n°20.

⁵²³ *SCPI*, art. 31 para. 1 b).

⁵²⁴ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 229 : « intoxication implies a toxic impact caused by the consumption of an exogenic substance ».

dans l'affaire *Vasiljević* pour tenter de caractériser l'altération du discernement⁵²⁵. On retrouve alors cette idée d'une intoxication se muant en trouble mental mais l'affaire porte sur la mise en œuvre non pas d'un motif d'exonération mais d'une circonstance atténuante fondée sur un discernement altéré. L'altération du discernement doit ainsi être prise en compte au moment de la fixation de la peine et non pas au moment de la détermination de la responsabilité de l'individu⁵²⁶. La Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale admet elle aussi comme circonstance atténuante l'altération substantielle du discernement, qu'elle considère comme une circonstance qui, tout en s'en approchant, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. La distinction entre le discernement aboli et le discernement substantiellement altéré est donc essentielle puisque la caractérisation du premier emportera exonération de responsabilité tandis que celle du second n'emportera qu'une atténuation de la peine. Il faut alors déterminer quel comportement relève d'une abolition du discernement et quel comportement relève d'une simple altération substantielle du discernement. Or le TPIY n'est d'aucun secours sur ce point. Selon les juges de l'affaire *Vasiljević*, l'individu « souffre d'une altération du discernement lorsqu'il n'est pas en mesure de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement ou de se maîtriser pour se plier aux exigences de la loi »⁵²⁷. Cette formulation se rapproche énormément de celle du Statut de Rome, relative tant au trouble mental qu'à l'intoxication. En effet, si l'individu n'est pas en mesure de comprendre ou de se maîtriser – formulation du jugement – c'est qu'il est privé de sa faculté de comprendre ou de se maîtriser – formulation de l'article 31 du Statut de Rome –. En réalité, c'est la formulation française du jugement qui porte à confusion. La version anglaise emploie quant à elle le terme « *impairment* »⁵²⁸, qui se traduit par « affaiblissement » ou « détérioration »⁵²⁹. Par comparaison, la version anglaise du Statut de Rome emploie le terme « *destroys* » pour décrire l'effet que doit avoir le trouble mental ou l'état d'intoxication sur le discernement de l'individu. Ainsi, lorsque le discernement est altéré,

⁵²⁵ TPIY, *Le procureur c. Mitar Vasiljević*, jugement, 29 nov. 2002, n°IT-98-32-T (ci-après jugement *Vasiljević*), para. 282, para. 284.

⁵²⁶ TPIY, *Le procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić et Esad Landzo (Čelebići)*, arrêt, 20 fév. 2001, n°IT-96-21-A, para. 590 ; TPIY, jugement *Vasiljević*, para. 282. Sur la différence entre un motif d'exonération et une circonstance atténuante v. *supra* n°20.

⁵²⁷ TPIY, jugement *Vasiljević*, précité, para. 283.

⁵²⁸ TPIY, jugement *Vasiljević*, para. 283, version anglaise : « *an accused suffers from a diminished mental responsibility where there is an impairment to his capacity to appreciate the unlawfulness of or the nature of his conduct or to control his conduct so as to conform to the requirements of the law* » (nous soulignons).

⁵²⁹ Définition « *impairment* », *Dictionnaire anglais Harrap's Shorter*, 9^{ème} éd., 2010.

l'individu n'est pas privé de sa faculté cognitive ou volitive, cette dernière étant simplement détériorée, ce qui justifie qu'il puisse être reconnu responsable pénalement et subir une peine⁵³⁰.

148. Bilan. Quoi qu'il en soit, le trouble mental et l'intoxication ne se distinguent que par la cause de l'abolition du discernement. Or, on l'a dit, certaines hypothèses notamment d'addiction mettent à mal cette distinction en ce qu'elles reposent sur un trouble mental issu de l'ingestion chronique de substances. Les deux motifs d'exonération exigent en revanche la réalisation d'un effet commun : l'impossibilité pour l'individu de maîtriser ses actes ou d'en comprendre la portée. Ce dernier n'est alors pas en position de s'abstenir de commettre l'acte répréhensible, ce qui est également le cas lorsqu'il commet une erreur.

B- L'absence de conscience d'un choix due à une erreur

149. Catégories d'erreurs. Dans certaines situations, l'individu, quoiqu'étant en mesure de comprendre et de vouloir son acte, ne se représente pas bien la réalité⁵³¹. Il n'a alors pas conscience de commettre une infraction, de sorte que cette interprétation erronée de la réalité peut conduire à l'exonérer. Le Statut de Rome reconnaît trois formes d'erreurs différentes et distingue ces motifs d'exonération selon que l'erreur entraîne la disparition de l'élément psychologique (1) ou qu'elle relève de l'ordre du supérieur (2). La distinction est clairement affichée à l'article 32 du Statut de Rome, qui considère que « l'erreur de droit peut être un motif d'exonération si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33 ».

1) Les erreurs entraînant la disparition de l'élément psychologique

150. L'article 32 du Statut de Rome consacre l'erreur de fait et précise qu'elle « n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément

⁵³⁰ L'article 122-1 du Code pénal français opère la même distinction entre l'abolition du discernement empêchant la responsabilité pénale de l'individu (al. 1) et l'altération du discernement réduisant d'un tiers la peine privative de liberté ou ramenant cette peine à 30 ans en cas de réclusion criminelle à perpétuité, sauf décision spécialement motivée en matière correctionnelle (al. 2). Sur la distinction entre abolition du discernement et altération du discernement en droit français, v. notamment BONIS E., « Troubles psychiques – Malades mentaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation octobre 2018) para. 60 à 136 qui distingue entre le discernement aboli et le discernement obscurci.

⁵³¹ CASSESE A., *International criminal law*, p. 222 : « *the person, though possessed of his individual autonomy, is under a non-culpable misapprehension of the facts and therefore is not aware of the circumstances making his or her action criminal* » (l'individu, bien qu'en pleine possession de son autonomie, est de bonne foi influencé par une mauvaise appréhension des faits et n'est par conséquent pas conscient des circonstances rendant son acte criminel).

psychologique du crime »⁵³². Il consacre également l'erreur de droit, quoiqu'avec une formulation plus restreinte. En effet, le paragraphe 2 de l'article 32 commence par exclure « l'erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour ». Il ajoute que « toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ». L'effet attendu des deux formes d'erreurs est donc identique (b) tandis que leur objet serait distinct (a).

a) L'objet des erreurs

151. Définition de l'erreur de fait. L'article 32 du Statut de Rome ne procède à aucune définition ni de l'erreur de fait ni de l'erreur de droit. Tout au plus comprend-on que la première porte sur les faits et la seconde sur le droit, de sorte qu'elles se distingueraient par leur objet, ce qui peut être relativisé. D'une part, l'erreur de fait correspond à une mauvaise reconnaissance ou à une absence de reconnaissance par l'individu d'éléments factuels entourant son acte. Il s'agit donc d'une « mauvaise perception de la réalité »⁵³³ telle qu'elle peut être perçue par le commun des mortels. Il s'agit d'éléments que tout un chacun peut voir, sentir, toucher, entendre et c'est parce que l'individu ne perçoit pas la situation convenablement qu'il commet un acte infractionnel⁵³⁴. L'individu croit donc de bonne foi⁵³⁵, en raison de circonstances factuelles, que son comportement est conforme à la loi.

152. Objet de l'erreur de fait. L'article 32 du Statut de Rome exige que l'erreur de fait fasse disparaître l'élément psychologique du crime. Pour déterminer l'objet de l'erreur de fait, il faut alors vérifier en quoi consiste cet élément psychologique. Il y a ainsi un lien indéniable entre l'article 32, relatif aux erreurs, et l'article 30 du Statut de Rome, relatif à l'élément psychologique, à tel point que certains auteurs voient dans l'article 32 une redondance de l'article 30⁵³⁶. Cet article précise en effet que « nul n'est pénalement responsable et ne peut être

⁵³² SCPI, art. 32 para. 1.

⁵³³ MARIE A., « Article 31 - Erreur de droit ou erreur de fait », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 932.

⁵³⁴ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 269 : « [mistake of fact] relates to the elements of a crime perceivable by means of the human senses, such as sight, hearing, smell, taste or touch ».

⁵³⁵ Sur le nécessaire rejet de l'erreur commise de mauvaise foi et traduisant alors une faute, v. *supra* n°110.

⁵³⁶ V. notamment VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 282 : « article 32(2) seems to be nothing more than a negative formulation of Article 30(1) » (l'article 32(2) paraît n'être rien d'autre que la formulation négative de l'article 30(1)) ; SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 655 : « the provisions [relating to mistakes] are somewhat superfluous » (les dispositions relatives aux erreurs sont quelque peu superflues).

puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance ». Cela veut dire que l'intention et la connaissance ne portent que sur l'élément matériel de l'infraction. Par conséquent, puisque l'erreur de fait doit conduire à la disparition de l'élément psychologique du crime⁵³⁷, elle ne doit porter elle aussi que sur l'élément matériel de l'infraction. Aussi l'erreur de fait doit-elle avoir pour objet l'une des données descriptives de cet élément matériel⁵³⁸, ce qui la différencie sur ce point de l'erreur de droit.

153. Catégories de l'erreur de droit. L'erreur de droit correspond d'autre part à une mauvaise appréhension du droit, ce qui veut dire qu'elle se concentre sur des éléments normatifs, qui requièrent une interprétation de la règle juridique⁵³⁹. L'article 32 du Statut de Rome divise l'erreur de droit en deux catégories : l'erreur de droit faisant disparaître l'élément psychologique du crime et l'erreur de droit relevant de l'ordre du supérieur. Cette seconde catégorie d'erreur répond alors aux conditions de l'ordre du supérieur dont elle est une forme possible⁵⁴⁰. L'erreur de droit faisant disparaître l'élément psychologique regroupe quant à elle plusieurs situations : soit l'individu ne connaît pas la règle de droit applicable, soit il la connaît mais pense qu'elle ne s'applique pas à son cas, soit il ne comprend pas la règle applicable⁵⁴¹. Les deux premières hypothèses sont clairement exclues par le Statut de Rome, qui précise que « la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour »⁵⁴² ne constitue pas une erreur de droit susceptible de faire disparaître l'élément psychologique. Par conséquent, le fait d'ignorer que son comportement est constitutif d'un crime ne peut pas exonérer l'individu, pas plus que le fait de penser qu'un crime ne relève pas de la compétence de la Cour pénale internationale. En revanche, si l'erreur repose sur « la

⁵³⁷ SCPI, art. 32 para. 1.

⁵³⁸ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 318 : « [mistake of fact] refers to the ignorance of factual (descriptive) elements in the definition of the offence » (l'erreur de fait renvoie à l'ignorance des éléments descriptifs de la définition d'une infraction) ; VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 271 : « the defence of mistake of fact relates to the material elements of a crime » (l'erreur de fait porte sur les éléments matériels d'une infraction) ; SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », p. 1 : « mistake of fact is a mistake of a person concerning some factual elements of a crime » (l'erreur de fait est l'erreur d'un individu relative à un élément factuel d'une infraction).

⁵³⁹ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 318 : « mistake of law encompasses an erroneous evaluation of the (criminal) law or the normative (legal) elements of the definition of the offence » (l'erreur de droit comprend l'évaluation erronée de la loi (pénale) ou des éléments normatifs (pénaux) de la définition de l'infraction).

⁵⁴⁰ Sur ce point v. *infra* n°159 et s.

⁵⁴¹ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », p. 4 : « a person acts without knowing that his act is prohibited by the law ; or a person, knowing that a rule exists, thinks that the rule does not apply in that case (...) » (l'individu agit sans savoir que son acte est interdit par la loi ; ou, sachant que la loi existe, il pense qu'elle ne s'applique pas à son cas).

⁵⁴² SCPI, art. 32 para. 2.

mauvaise compréhension de la définition d'un crime »⁵⁴³, il est possible qu'elle relève de l'article 32 du Statut de Rome⁵⁴⁴. Il s'agit alors d'une erreur sur le droit, ce qui signifie que l'individu, tout en ayant connaissance de l'infraction, n'en comprend pas correctement certains éléments.

154.Reconnaissance de l'erreur sur le droit. D'une part, la formulation de l'article 32, quoique restrictive, implique nécessairement qu'une erreur de droit peut être un motif d'exonération. D'autre part, il paraît nécessaire d'admettre l'erreur sur le droit dans la mesure où de nombreux points très techniques du Statut de Rome renvoient à d'autres instruments juridiques internationaux et que l'on ne peut pas attendre d'un individu qu'il les connaisse tous⁵⁴⁵. Par ailleurs, le fait de préciser que l'ordre ne doit pas être manifestement illégal pour pouvoir invoquer l'ordre du supérieur⁵⁴⁶ implique que certains comportements peuvent ne pas apparaître comme manifestement illégaux. La jurisprudence pénale internationale a elle aussi admis cette distinction en considérant que certains actes n'étaient pas toujours manifestement illégaux et qu'il n'était parfois pas possible pour un individu d'en reconnaître l'illégalité⁵⁴⁷. Or, si l'on admet une telle différence entre illégalité manifeste et illégalité non manifeste, il faut aussi admettre, par voie de conséquence, que l'erreur de droit est possible⁵⁴⁸. Cependant, cela ne veut pas dire que l'erreur de droit est un motif d'exonération très large puisqu'elle reste limitée par des conditions strictes.

155.Appréciation de l'erreur sur le droit. La Cour pénale internationale a eu à se prononcer sur l'erreur de droit dans l'affaire *Lubanga*, ce qui lui a donné l'occasion d'en préciser les contours. En l'espèce *Lubanga*, accusé notamment d'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans, soutenait que le sens juridique du terme « enrôlement » n'était pas clair et qu'il

⁵⁴³ De FROUVILLE O., *op. cit.*, p. 449.

⁵⁴⁴ Dans le même sens v. ; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *op. cit.*, p. 410 : « *the only acceptable mistake in Article 32(2) is where an element of a crime requires a legal evaluation, and the mistake relates to this* » (la seule erreur acceptable au sens de l'article 32(2) intervient lorsque l'élément d'une infraction requiert une évaluation légale et lorsque l'erreur porte sur cette évaluation légale).

⁵⁴⁵ Dans le même sens v. SCHABAS W., *An introduction to the International Criminal Court*, p. 242 : « *war crime jurisprudence has tended to be more flexible [than national legal systems], probably because international humanitarian law is considered to be quite specialized and rather technical* » (la jurisprudence internationale relative aux crimes de guerre a tendance à être plus flexible que les systèmes nationaux, probablement parce que le droit international humanitaire est considéré comme un droit très spécialisé et plutôt technique).

⁵⁴⁶ SCPI, art. 33 para. 1 c).

⁵⁴⁷ V. notamment la condition d'absence d'illégalité manifeste dans l'ordre du supérieur, *infra* n°169 et s.

⁵⁴⁸ SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 658 : « *once the concept of unlawfulness that is not manifest is accepted, it becomes reasonable to leave some room for mistake of law not only as a mitigating factor, but also as a defence* » (une fois que le concept de l'illégalité non manifeste est admis, il devient raisonnable de laisser une place à l'erreur de droit, pas seulement comme circonstance atténuante, mais aussi comme motif d'exonération).

ne pouvait donc pas savoir que son comportement constituait une infraction⁵⁴⁹. Cependant, après avoir fait remarquer que « le champ d'application de l'erreur sur le droit au sens de l'article 32-2 est relativement limité »⁵⁵⁰, la Cour pénale internationale a considéré que l'erreur de droit ne pouvait être invoquée utilement que si l'individu « ignorait l'existence d'un élément objectif normatif du crime parce qu'il n'avait pas conscience de sa signification sociale (son sens courant) »⁵⁵¹. Ce faisant, la Cour pénale internationale, reprenant les termes d'une analyse doctrinale quasiment au mot près⁵⁵², se rapproche du « *layman test* » germanique. Le droit allemand évalue en effet le comportement de l'individu à l'origine de l'erreur de droit par rapport au comportement qu'aurait eu le profane, c'est-à-dire ici le non-juriste. Si le profane peut comprendre le sens social des termes employés par la norme, alors l'erreur de droit n'est pas admise. Point n'est ainsi besoin de connaître l'interprétation spéciale de certains termes légaux⁵⁵³. Le « *layman test* » germanique paraît alors reposer sur une appréciation par rapport à la personne raisonnable⁵⁵⁴.

156. Tempérament de la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Quoiqu'il en soit, erreur de fait et erreur de droit portent sur des objets *a priori* distincts : si elles consistent toutes deux en une erreur relative à l'élément matériel de l'infraction, l'erreur de fait porte sur une donnée factuelle et l'erreur de droit sur une donnée normative. La distinction peut cependant être relativisée dans la mesure où certaines situations mêlent parfois les deux⁵⁵⁵. Par exemple, le fait d'attaquer une personne chargée du maintien de la paix est constitutif d'un crime de guerre⁵⁵⁶. Pour évaluer correctement l'appartenance de cette personne à une catégorie

⁵⁴⁹ CPI, *Le procureur c. Lubanga Dyilo, décision sur la confirmation des charges*, 29 janvier 2007, n° ICC-01/04-01/06, para. 296.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, para. 305.

⁵⁵¹ *Ibid.*, para. 316.

⁵⁵² ESER A. « Mental elements – Mistake of fact and mistake of law », p. 941 : « *normative ignorance or evaluative misperceptions would constitute a mistake of law negating the mental element only if the perpetrator did not even realize the social everyday meaning of the material element of the crime* » (l'ignorance d'un élément normatif ou les perceptions inexactes ne peuvent constituer une erreur de droit faisant disparaître l'élément psychologique que si l'auteur ne réalisait même pas le sens social courant de l'élément matériel de l'infraction).

⁵⁵³ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 272 ; TRIFFTERER O. et OHLIN J. D., « Article 32 – Mistake of fact or mistake of law », in TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3^{ème} éd., 2016, p. 1176.

⁵⁵⁴ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 272. Sur l'erreur raisonnable v. *supra* n°112.

⁵⁵⁵ Dans le même sens v. AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 319 : « *the delimitation between descriptive and normative elements, and thus between factual and legal mistakes, is not always clear-cut* » (la délimitation entre les éléments descriptifs et les éléments normatifs, et donc entre une erreur factuelle et une erreur légale, n'est pas toujours très claire) ; KRABBE M., *op. cit.*, p. 348 : « *the distinction [between mistake of fact and mistake of law] is not always clear* » (la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit n'est pas toujours claire) ; VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 270 : « *elements are seldom purely descriptive or purely normative* » (les éléments sont rarement uniquement descriptifs ou uniquement normatifs).

⁵⁵⁶ SCPI, art. 8 para. 2 b) iii).

de personnes protégées, qui est une donnée normative, il faut au préalable identifier cette personne comme étant chargée du maintien de la paix, donc faire au préalable une appréciation correcte d'une donnée factuelle⁵⁵⁷. Finalement, il semble que dès lors qu'il s'agit d'une erreur sur une donnée relative à l'élément matériel de l'infraction, le motif d'exonération de l'article 32 du Statut de Rome pourra être mis en œuvre, peu importe que l'erreur soit qualifiée d'erreur de fait ou d'erreur de droit, à la condition toutefois qu'elle entraîne la disparition de l'élément psychologique⁵⁵⁸.

b) L'effet des erreurs

157. Disparition de l'élément psychologique. L'article 32 du Statut de Rome indique expressément que l'erreur, qu'elle soit de fait ou de droit, ne peut être admise que si « elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ». Cela implique que toutes les erreurs ne suppriment pas l'élément psychologique de l'infraction, ce qui permet de limiter largement leur application.

158. Erreur sur le statut de la victime. Ainsi, l'erreur sur la personne ne supprime pas l'élément psychologique de l'infraction. L'individu qui tue une personne en pensant en tuer une autre n'en a en effet pas moins l'intention de porter atteinte à la vie. Cela étant, l'erreur sur la qualité ou le statut de la personne peut permettre une telle disparition. Par exemple, l'article 8 du Statut de Rome incrimine au titre du crime de guerre l'homicide intentionnel lorsqu'il est commis sur une personne protégée par les Conventions de Genève, ce qui est le cas des civils⁵⁵⁹. Or dans l'hypothèse d'un individu qui tue un civil en pensant qu'il s'agissait d'un soldat, l'erreur sur la victime se confond avec une erreur sur le statut de la victime. Pour que l'élément psychologique disparaisse, il faut néanmoins que la situation perçue par l'auteur donne lieu à une réaction licite. Cela implique que si le statut pensé par l'auteur et le statut réel de la victime offrent un degré de protection équivalent, l'erreur ne sera pas admise parce qu'elle ne supprimera pas l'élément psychologique⁵⁶⁰. Par exemple si l'auteur pense tirer sur un civil,

⁵⁵⁷ L'exemple est emprunté à AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 319 : « *take, for example, the killing of a peace-keeper: before concluding that a peace-keeper is a protected person he must be correctly identified as a peace-keeper in the first place* ».

⁵⁵⁸ Dans le même sens v. CLARK R. S., « The mental element in international criminal law : the Rome Statute of the International criminal court and the elements of offences », *Criminal law forum*, 2001, vol. 12, p. 311. Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

⁵⁵⁹ SCPI, art. 8 para. 2 a) i).

⁵⁶⁰ MARIE A., « Article 32 - Erreur de droit ou erreur de fait », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 933.

personne protégée, alors qu'il s'agit d'un soldat de l'ONU, autre personne protégée⁵⁶¹, il ne pourra pas se prévaloir d'une erreur puisque tirer sur un civil n'est de toute façon pas permis⁵⁶². L'arrêt *Calley* de la Cour d'appel militaire des États-Unis relatif à des faits commis durant la guerre du Vietnam illustre également cette idée⁵⁶³. En l'espèce, le Lieutenant Calley a été accusé d'avoir tué une vingtaine de civils dans un village vietnamien. Il excipe l'erreur de fait et explique avoir pensé de bonne foi que les victimes étaient en réalité des soldats ennemis⁵⁶⁴. L'erreur n'est cependant pas retenue car le village en question était sous le contrôle des soldats, de sorte que les personnes s'y trouvant étaient leurs prisonniers. Or, quand bien même ces personnes auraient été des soldats, le fait de tuer des soldats qui ont été faits prisonniers n'est pas permis⁵⁶⁵. Civils comme prisonniers de guerre étant des personnes protégées, l'erreur invoquée par Calley ne pouvait pas prospérer.

2) L'erreur relevant de l'ordre du supérieur

159. Conditions de l'ordre du supérieur. L'article 33 du Statut de Rome énonce que « 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 cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question, [que] cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal et [que] l'ordre n'ait pas été manifestement illégal ». Formulé de manière négative, l'article commence par affirmer que « l'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne ». Il tempère cependant cette affirmation en soumettant l'ordre du supérieur à trois conditions cumulatives, dont deux tiennent à l'individu (a) et une à l'ordre reçu (b).

⁵⁶¹ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) iii) pour les conflits armés internationaux et para. 2 e) iii) pour les conflits armés non internationaux.

⁵⁶² Dans le même sens v. KOLB R., *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012, p. 223 qui prend l'exemple d'un individu pensant tirer sur un véhicule d'observateurs des Nations Unies, personnes protégées, alors qu'il tire sur un véhicule de la Croix-Rouge, autres personnes protégées.

⁵⁶³ *United States v William L. Calley Jr*, United States Court of military appeals, 21 déc. 1973, 22 USCMA 534 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.famous-trials.com/mylaicourts/1634-myl-uscma>).

⁵⁶⁴ *Ibid.* : « since he was told that only "the enemy" would be in the village, his honest belief that there were no innocent civilians in the village exonerates him of criminal responsibility for their deaths » (puisque on lui a dit que seul « l'ennemi » serait dans le village, il a cru de bonne foi qu'il n'y avait aucun civil innocent dans le village, ce qui l'exonère de sa responsabilité pénale pour leur mort).

⁵⁶⁵ *Ibid.* : « *Enemy prisoners are not subject to summary execution by their captors. Military law has long held that the killing of an unresisting prisoner is murder* » (les prisonniers ennemis ne peuvent faire l'objet d'exécutions sommaires par leurs geôliers. Le droit militaire considère depuis longtemps que le fait de tuer un prisonnier qui n'oppose aucune résistance constitue un meurtre).

a) Les conditions tenant à l'individu

160. Afin que l'ordre du supérieur puisse exonérer l'individu qui s'en prévaut, le Statut de Rome exige que l'individu ait une obligation légale d'obéir aux ordres (i) et qu'il ne sache pas que l'ordre était illégal (ii).

i) L'obligation légale d'obéir aux ordres

161. Obligation légale d'obéir aux ordres. Pour pouvoir invoquer l'ordre du supérieur, l'individu qui s'en prévaut doit avoir été soumis à une obligation légale d'obéir, provenant en principe de l'ordre juridique national, ce que la référence à l'ordre « d'un gouvernement » induit⁵⁶⁶. Cela étant, il est également possible que l'obligation légale provienne de l'ordre juridique international, par exemple qu'elle émane d'une résolution de l'ONU⁵⁶⁷. Quoiqu'il en soit, il faut que l'on ait exigé un comportement particulier de l'individu⁵⁶⁸. Par ailleurs, si l'ordre s'entend aussi bien d'un ordre écrit que d'un ordre oral⁵⁶⁹ et s'il peut être adressé tant à un groupe d'individus qu'à un individu en particulier⁵⁷⁰, il faut néanmoins qu'il y ait un lien de subordination entre l'individu, destinataire de l'ordre, et l'institution d'origine de l'ordre. C'est dire que l'individu doit être dans l'impossibilité de se soustraire à l'ordre reçu⁵⁷¹, ce qui vaut aussi bien pour le subordonné militaire que pour le subordonné civil. La situation est sans doute moins évidente lorsque l'ordre provient du gouvernement sans être réitéré ou renforcé par un

⁵⁶⁶ SCPI, art. 33 para. 1.

⁵⁶⁷ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 295: « 'legal' refers to national law as well as international law. Peacekeepers, for instance, often have obligations under two chains of command ; a national and an international one » (le terme 'légal' renvoie aussi bien au droit national qu'au droit international. Les Casques bleus ont par exemple des obligations provenant de deux chaînes de commandement : une chaîne de commandement nationale et une chaîne de commandement internationale).

⁵⁶⁸ Dans le même sens v. ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, O.U.P., vol. 2, 2002, p. 969 : « orders are only such demands which clearly require a given behaviour » (les ordres correspondent seulement à des demandes requérant clairement un comportement particulier).

⁵⁶⁹ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 293 : « the notion of 'order' in Article 33 should be taken to have a broad scope and extend to any written or unwritten communication between a superior and his subordinate » (la notion d'ordre de l'article 33 doit être comprise largement et s'étendre à toute communication écrite ou orale entre un supérieur et son subordonné).

⁵⁷⁰ *Ibid.* : « orders (...) might be either addressed to an individual or to all members of a given group ».

⁵⁷¹ HEUGAS-DARRASPEN E., « Article 33 - Ordre hiérarchique et ordre de la loi » in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 950 : « il doit s'agir d'un ordre auquel le subordonné ne peut se soustraire ». Dans le même sens v. SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute* précité, p. 667 : « if there is no duty to follow an order, then the defence is immediately inadmissible » (s'il n'y a pas d'obligation de suivre l'ordre, alors le moyen de défense est immédiatement inadmissible).

supérieur hiérarchique plus direct parce que le lien de droit entre l'individu et l'émetteur de l'ordre sera alors peut-être moins clair.

162. Erreur sur l'obligation légale d'obéir. Une telle hypothèse encouragerait certainement à invoquer l'erreur de droit, l'individu croyant être soumis à une obligation légale d'obéir, alors qu'il ne l'est pas. Selon certains auteurs, il ne serait pas possible d'évoquer l'erreur sur l'existence d'une obligation légale d'obéir dans la mesure où cette erreur ne ferait pas disparaître l'élément psychologique de l'infraction commise⁵⁷². Cette opinion est cependant contestable. En effet, si l'on s'en tient à une interprétation stricte de l'article 32 du Statut de Rome, selon lequel « une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33 », il y a en réalité deux façons d'établir une erreur de droit. La conjonction de coordination « ou » indique en effet que l'erreur de droit est admissible soit en prouvant que l'élément psychologique de l'infraction a disparu, soit en prouvant que l'erreur relevait de l'ordre du supérieur. Dans ce dernier cas, il n'est donc pas nécessaire de prouver la disparition de l'élément psychologique⁵⁷³. Cela signifie que si l'erreur de droit relève de l'ordre du supérieur, l'erreur sur l'existence d'une obligation légale d'obéir emporte exonération dès lors que les autres conditions en sont remplies⁵⁷⁴.

⁵⁷² V. notamment CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *op. cit.*, p. 413 : « *however, according to Article 32, mistakes of law only exculpate if they negate mens rea (or as provided in Article 33), and, since such a mistake would not do so, this would not apply here* » (cependant, selon l'article 32, l'erreur de droit n'est exonératoire que si elle fait disparaître l'élément moral (ou si elle relève de l'article 33). Or, dans la mesure où [l'erreur sur l'obligation légale d'obéir ne fait pas disparaître l'élément moral], elle ne pourra pas être appliquée ici) ; GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 384 : « *the defence does not appear to encompass a mistaken belief that one was under a legal obligation to obey (...). It would not negate the mental element of a crime to have committed it under a mistaken belief one had been legally ordered to commit it* » (le moyen de défense ne paraît pas inclure l'erreur sur l'obligation légale d'obéir (...). Le fait de commettre une infraction en pensant de manière erronée y avoir été légalement obligé ne ferait pas disparaître l'élément moral).

⁵⁷³ Dans le même sens v. O'KEEFE R., *op. cit.*, p. 218 : « *to establish the defence of superior orders, it is unnecessary – in contrast to the situation with respect to any other mistake of law – that the accused's ignorance as to the unlawfulness of the order negate the mens rea of the offence* » (pour établir l'ordre du supérieur, il n'est pas nécessaire – contrairement à l'erreur de droit – que l'ignorance de l'accusé relativement à l'illégalité de l'ordre supprime l'élément moral de l'infraction).

⁵⁷⁴ Dans le même sens v. notamment SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 667 ; HEUGAS-DARRASPEN E., « Article 33 – Ordre hiérarchique et ordre de la loi », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 951 ; TRIFFTERER O., « Article 33. Superior orders and prescription of law », in TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2^{ème} éd., 2008, p. 927 ; ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », p. 969.

163. Critique du lien d'autorité de droit. Par ailleurs, l'exigence d'une obligation légale d'obéir implique une relation d'autorité de droit et pas uniquement de fait⁵⁷⁵. Il semble alors étrange qu'au titre de l'ordre du supérieur une obligation légale soit requise alors que pour engager la responsabilité du supérieur hiérarchique au titre de l'article 28 du Statut de Rome une autorité de fait suffit, dès lors que le supérieur a le contrôle effectif de ses subordonnés⁵⁷⁶. La responsabilité du supérieur hiérarchique est donc entendue largement et est fondée sur le pouvoir exercé par ce dernier, peu important son origine, de droit ou de fait. Cela signifie que les subordonnés devront obéir à ce supérieur hiérarchique exerçant un pouvoir qui peut n'être que de fait. Or il n'est pas du tout certain qu'une autorité de fait soit moins forte qu'une autorité de droit pour celui qui y est soumis. Malgré cela, les subordonnés ne pourront pas invoquer l'ordre du supérieur de l'article 33 puisqu'ils ne pourront pas démontrer l'existence d'une obligation légale d'obéir aux ordres. L'exonération des subordonnés est alors entendue de manière beaucoup plus étroite et ne peut pas intervenir en présence d'une autorité hiérarchique de fait. C'est dire que la capacité à donner des ordres et à se faire obéir du supérieur hiérarchique de fait est prise en compte pour engager sa responsabilité mais qu'elle ne l'est pas pour exonérer les individus qui lui sont soumis. Si les articles 28 et 33 du Statut de Rome représentent les deux faces d'une même pièce⁵⁷⁷, la situation semble alors paradoxale, qui admet la responsabilité de l'un et refuse d'en tirer les conséquences logiques sur la non-responsabilité des autres. Imposer une obligation légale conduit par exemple à refuser le bénéfice de l'article 33 aux individus engagés dans des forces rebelles⁵⁷⁸, dont l'autorité ne peut être que de fait, ce qui peut apparaître regrettable, notamment dans l'hypothèse où elles se sont constituées pour lutter contre un gouvernement criminel⁵⁷⁹. En l'état actuel de la rédaction de l'article 33, l'autorité du

⁵⁷⁵ Dans le même sens v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, précité, p. 293 : « *'government' and 'superior' are normally limited to de jure authorities* » (les termes « gouvernement » et « supérieur » sont en principe limités à des autorités de droit).

⁵⁷⁶ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 197 : « la capacité à exercer un contrôle effectif est une condition nécessaire à l'établissement de la responsabilité du commandant ou du supérieur hiérarchique *de facto* ». Sur ce mode d'imputation v. *infra* n°555 et s.

⁵⁷⁷ TRIFFTERER O., « Article 33. Superior orders and prescription of law », p. 929 : « *two sides of the same coin* ».

⁵⁷⁸ GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 384 : « *it seems likely the defence cannot apply to rebel forces in internal conflict* » (il est probable que le moyen de défense ne puisse pas s'appliquer aux forces rebelles d'un conflit interne) ; CRYER CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *op. cit.*, p. 413 : « *owing to the requirement that there be a legal obligation to obey orders, it appears that [orders from rebel authorities and commanders] cannot form the basis of a defence of obedience* » (dû à l'exigence d'une obligation légale d'obéir, il apparaît que [les ordres d'autorités et commandants rebelles] ne peuvent pas former une défense d'ordre du supérieur).

⁵⁷⁹ Dans le même sens v. KRABBE M., *Excusable evil*, p. 179 : « *the distinction between government/military/civil corporation on the one hand, and criminal organization on the other, is not always clear-cut. How about criminal governments or rebel commanders ? It is not apparent whether these entities are covered by article 33* » (la distinction entre gouvernement/militaire/et corporation civile d'un côté et organisation criminelle de l'autre n'est

supérieur d'origine contractuelle ne permet pas non plus l'application du motif d'exonération de l'article 33, ce qui exclut son application à une situation dans laquelle une personne agit sous les ordres d'un individu privé ou d'une organisation privée⁵⁸⁰. Par exemple, un individu employé par une compagnie privée assumant des fonctions militaires ne pourrait pas invoquer l'ordre du supérieur puisque son obligation d'obéir est d'origine contractuelle et non pas légale et ce alors même que dans l'exercice de ses fonctions, son attitude est la même que celle d'un soldat de l'armée officielle⁵⁸¹. Ces hypothèses peuvent en revanche permettre l'application de l'article 28 du Statut de Rome qui vise indistinctement la responsabilité des chefs militaires et des autres supérieurs hiérarchiques⁵⁸². Il serait alors certainement plus cohérent soit de limiter la responsabilité du supérieur à une autorité de droit soit de rendre possible l'invocation de l'ordre du supérieur même en présence d'une obligation d'obéir de fait.

164. Conséquence sur la signification du « supérieur civil ». L'exigence d'une obligation légale d'obéir conduit de plus à devoir interpréter strictement l'expression « supérieur civil » en la réservant au supérieur politique⁵⁸³, ou à tout le moins au supérieur qui exerce des prérogatives de puissance publique⁵⁸⁴. Cette interprétation est confortée par le fait que l'article 28 du Statut de Rome oppose quant à lui le supérieur hiérarchique militaire aux autres supérieurs hiérarchiques, sans plus de précision, ce qui permet d'appliquer l'article 28 à n'importe quel supérieur hiérarchique. Il aurait certes été tout à fait possible de faire de même pour l'article 33 et de viser l'ordre d'un supérieur, militaire ou non militaire mais le fait d'avoir précisé « civil », cumulé à l'exigence d'une autorité de droit, conduit à une restriction de l'article 33 aux supérieurs militaires et aux supérieurs gouvernementaux ou de l'administration publique. En ce sens, le Statut de Rome se rapprocherait de certaines décisions jurisprudentielles rendues par les tribunaux pénaux internationaux, notamment lors du procès *Flick* où les juges ont considéré que les accusés, n'étant ni membres de l'armée ni membres du

pas toujours aussi tranchée. *Quid* des gouvernements criminels ou des commandements rebelles ? Il n'est pas évident que ces entités soient couvertes par l'article 33).

⁵⁸⁰ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », p. 969 : « Article 33 will under no circumstances apply to a situation where a person is acting under orders from a private individual or a private organization ».

⁵⁸¹ Sur l'hypothèse de la responsabilité pénale individuelle du personnel des compagnies militaires privées, v. LEHNARDT C., « Individual liability of private military personnel under international criminal law », *E.J.I.L.*, 2008, vol. 19, p. 1015 et s.

⁵⁸² *Ibid.* p. 1020 à 1023.

⁵⁸³ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 294 : « the only 'civilian' that counts in the context of superior orders is the political superior or government representative » (le seul « civil » qui compte dans le contexte de l'ordre du supérieur est le supérieur politique ou le représentant du gouvernement).

⁵⁸⁴ HEUGAS-DARRASPEN E., « Article 33 – Ordre hiérarchique et ordre de la loi », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone 1^{ère} éd, 2012, p. 950.

gouvernement allemand, ne pouvaient pas se prévaloir de l'ordre du supérieur tel qu'il était envisagé⁵⁸⁵. Le Statut de Rome paraît également proche des systèmes internes et notamment du droit français, dont l'article 122-4 du Code pénal reconnaît l'autorité légitime comme cause de non-responsabilité⁵⁸⁶ mais dont la jurisprudence en restreint le domaine à l'autorité publique⁵⁸⁷.

165. Bilan. L'article 33 du Statut de Rome reflète ainsi très mal les différentes formes que peut revêtir le lien de subordination, contrairement à l'article 28 relatif à la responsabilité du supérieur hiérarchique puisqu'il ne prend en compte que l'autorité de droit et empêche la mise en œuvre de l'ordre du supérieur au bénéfice de tous les subordonnés soumis à une autorité de fait. Même s'il faut convenir que cela ne s'inscrirait sans doute pas dans la volonté répressive de la Cour pénale internationale, dont la vocation est d'appréhender le plus d'individus possible, il faudrait élargir le champ d'application de l'article 33 à une obligation de fait. Une telle solution ne ferait en effet pas du lien de subordination une cause absolue de non-responsabilité pénale dans la mesure où l'ordre du supérieur est également soumis à deux autres conditions, notamment une condition subjective.

ii) L'ignorance subjective de l'illégalité de l'ordre

166. Condition subjective. L'article 33 du Statut de Rome exige que l'individu ne doive pas avoir « su que l'ordre était illégal ». Il précise également que l'ordre est illégal en ce qu'il a conduit à un « crime relevant de la compétence de la Cour [pénale internationale] »⁵⁸⁸, ce qui signifie que l'illégalité s'apprécie par rapport au Statut de Rome et non par rapport au droit interne⁵⁸⁹. Contrairement aux deux autres conditions de l'ordre du supérieur, cette condition est

⁵⁸⁵ *Flick and others*, précité, p. 20 : « *The defendants in this case, as they have repeatedly and plaintively told us, were not military men or Government officials. None of the acts with which they are charged under any Count of the Indictment were committed under "orders" of the type we have been discussing. By their own admissions, it seems to us they are in no position to claim the benefits of the doctrine of "superior orders" even by way of mitigation* » (les accusés, comme ils nous l'ont répété souvent et plaintivement, n'étaient pas des militaires ou des représentants du gouvernement. Aucun des actes pour lesquels ils sont poursuivis n'ont été commis sous des « ordres » du genre qui a été discuté. Selon leurs propres aveux, il nous semble qu'ils ne sont pas en position de se voir appliquer l'ordre du supérieur, même comme circonstance atténuante).

⁵⁸⁶ *C. pén.*, art. 122-4 al. 2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

⁵⁸⁷ V. notamment Cass. crim., 28 avr. 1866, *D.P.* 1866, vol. 1, p. 356 pour le refus d'application de l'autorité légitime à l'ordre donné par une mère ; Cass. crim., 4 oct. 1989, n°89-80.643 pour le refus d'application de l'autorité légitime à l'ordre donné par un patron.

⁵⁸⁸ *SCPI*, art. 33 para. 1.

⁵⁸⁹ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », p. 970 : « *the question whether the given act was a punishable offence or not under the domestic legal system regulating the behaviour of the offender is irrelevant* » (la question de savoir si l'acte commis constitue une infraction ou pas selon le système juridique interne duquel dépend l'individu est hors de propos).

purement subjective et dépend uniquement de la perception de la situation par l'individu. Si une telle subjectivité semble très favorable à la personne soumise au lien de subordination⁵⁹⁰, elle apparaît équitable, tant il est vrai qu'on « ne peut pas demander à une personne soumise à une obligation légale d'obéissance de désobéir lorsqu'elle ne soupçonne pas l'illégalité de l'ordre qui lui est donné »⁵⁹¹. Elle est de toute façon limitée par la condition objective d'absence d'illégalité manifeste⁵⁹². À l'inverse et puisque les conditions sont cumulatives, cela veut aussi dire que l'individu qui savait que l'ordre était illégal ne pourra pas bénéficier du motif d'exonération de l'article 33, quand bien même l'ordre n'était pas manifestement illégal.

167. Erreur sur la légalité de l'ordre. Cela étant, lorsqu'un ordre n'est pas manifestement illégal, l'ignorance de l'auteur quant à l'illégalité de l'ordre est le terrain privilégié de l'erreur de droit, ce qui explique le lien explicite effectué par le Statut de Rome entre erreur de droit et ordre du supérieur⁵⁹³. En effet, c'est parce que l'individu pensait que l'ordre était légal qu'il l'a suivi. La jurisprudence post-Nuremberg semble même considérer qu'il existe une présomption de légalité attachée aux ordres donnés au sein de l'armée. En effet, dans l'affaire *High Command*, les juges ont considéré que dans une certaine mesure, le soldat a le droit de présumer que les ordres de ses supérieurs et de l'État qu'il sert sont en conformité avec le droit international⁵⁹⁴. Une telle présomption s'expliquerait par les exigences de discipline et d'obéissance particulièrement importantes pour le fonctionnement des forces armées, la seule limite étant l'existence d'un ordre manifestement illégal.

168. L'ordre du supérieur suppose ainsi que l'individu soit soumis à une obligation légale d'obéir, provenant d'un supérieur militaire ou civil, dès lors qu'il s'agit d'une autorité publique, et que l'individu ne sait pas que l'ordre était illégal. Pour que les conditions d'application de ce motif d'exonération soient remplies, il faut cependant encore que l'ordre ne soit pas manifestement illégal.

⁵⁹⁰ TRIFFTERER O. et BOCK S., « Article 33. Superior orders and prescription of law », in TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 3^{ème} éd., 2016, p. 1195 : « *the regulation is therefore very favourable to subordinated persons* ».

⁵⁹¹ De FROUVILLE O., *Droit international pénal* précité, p. 432.

⁵⁹² Sur cette condition v. *infra* n°169 et s.

⁵⁹³ *SCPI*, art. 32 para. 2 : « une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale (...) si elle relève de l'article 33 ».

⁵⁹⁴ *High Command* précité, p. 510 : « *within certain limitations, [the soldier] has the right to assume that the orders of his superiors and the state which he serves and which are issued to him are in conformity with international law* ».

b) La condition tenant à l'ordre

169. Exigence d'un ordre non manifestement illégal. Le Statut de Rome précise que « l'ordre [ne doit pas être] manifestement illégal ». Contrairement à l'obligation légale, qui renvoie en principe au droit national⁵⁹⁵, l'illégalité manifeste s'apprécie ici par rapport au droit international⁵⁹⁶ puisque l'ordre donne lieu à un « crime relevant de la compétence de la Cour [pénale internationale] »⁵⁹⁷. Cette exigence renvoie à une condition traditionnelle pour l'application de l'ordre du supérieur par les systèmes nationaux et a même été étudiée dès les origines par la Cour suprême de Leipzig. Pour cette dernière, si la règle est simple, connue universellement et si aucun doute n'existe quant à son application⁵⁹⁸, l'ordre qui conduit à sa violation est manifestement illégal. Par la suite, et malgré la position de principe de leurs statuts, les différentes juridictions *ad hoc* antérieures au Statut de Rome ont cherché à définir ce que recouvre l'expression « ordre manifestement illégal ». La jurisprudence est constante depuis Nuremberg et utilise une formule parlante qui n'a que peu évolué : l'ordre est manifestement illégal si l'individu « savait forcément [que les ordres] violaient les lois les plus élémentaires de la guerre et les principes fondamentaux de l'humanité »⁵⁹⁹.

170. Condition objective. Il s'agit donc d'un « acte dont toute personne, quelle qu'elle soit, peut comprendre la nature criminelle »⁶⁰⁰, ce qui renvoie à une condition purement objective. L'illégalité manifeste est « celle que le citoyen moyennement avisé perçoit avec certitude »⁶⁰¹. Puisque toute personne raisonnable sait que cet ordre est illégal, l'individu en question doit nécessairement le savoir aussi, peu important ses caractéristiques particulières⁶⁰². Comme on ne peut pas ignorer l'illégalité d'un tel ordre, la deuxième condition évoquée par l'article 33, tenant à l'individu⁶⁰³, est largement limitée. En effet, peu importe que l'individu ait su que

⁵⁹⁵ V. *supra* n°161.

⁵⁹⁶ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », p. 970 : « *the true test is whether the order was manifestly unlawful under international law* » (la véritable question est de savoir si l'ordre était manifestement illégal au sens du droit international).

⁵⁹⁷ SCPI, art. 33 para. 1.

⁵⁹⁸ Cour suprême de Leipzig, *Dithmar and Boldt (Llandovery Castle)*, jugement, 16 juillet 1921, *A.J.I.L.*, 1922, vol. 16, n°4, p. 721 : si la règle est « *simple [.] universally known [and] not doubt can exist to the question of its applicability* ».

⁵⁹⁹ TPIY, *Le procureur c. Darko Mrda*, jugement, 31 mars 2004, n° IT-02-59-S, para. 67. V. aussi *High Command* précité p. 511 : « *By any standard of civilized nations they were contrary to the customs of war and accepted standard of humanity* ».

⁶⁰⁰ De FROUVILLE O., *op. cit.*, p. 433.

⁶⁰¹ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 256 p. 151.

⁶⁰² *Contra* VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 294.

⁶⁰³ Sur cette condition, v. *supra* n°166.

l'ordre était illégal dès lors que l'illégalité ne peut pas être ignorée⁶⁰⁴. Plus encore, en présence d'un ordre manifestement illégal, c'est justement le fait que l'individu n'ait pas eu connaissance de cette illégalité flagrante qui lui sera reproché. Ainsi, la question de savoir, subjectivement, ce que l'individu savait, n'intervient qu'une fois celle, objective, de savoir ce que n'importe quelle personne saurait. En ce sens, il aurait peut-être été plus logique que l'illégalité manifeste n'intervienne pas en tant que troisième et dernière condition mais en tant que deuxième condition, c'est-à-dire avant la condition subjective.

171.Exclusion des crimes contre l'humanité. Par ailleurs, le Statut de Rome précise que l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal⁶⁰⁵, ce qui paraît conduire à exclure *ipso facto* la défense d'ordre du supérieur pour ces infractions⁶⁰⁶. Si la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité opérée peut s'expliquer par la différence de gravité entre eux⁶⁰⁷ ou par l'existence d'éléments contextuels différents⁶⁰⁸, elle n'en reste pas moins regrettable en ce qui concerne l'article 33. La disposition, vivement critiquée par les commentateurs du Statut qui la voient comme l'un des exemples les plus incohérents du processus de compromis et de négociation qui a abouti au Statut de Rome⁶⁰⁹, va immanquablement poser des problèmes d'articulation lorsqu'un acte recevra à la fois la qualification de crime contre l'humanité et celle de crime de guerre⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ Dans le même sens, v. CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *op. cit.*, p. 413 : « *if an order is manifestly illegal, there is no defence that can be based upon it, irrespective of whether or not the subordinate knew it was unlawful* » (si un ordre était manifestement illégal, aucun moyen de défense ne peut être fondé sur cet ordre, peu importe que le subordonné savait ou pas que l'ordre était illégal).

⁶⁰⁵ SCPI, art. 33 para. 2.

⁶⁰⁶ Sur la relativisation de cette règle, v. *infra* n°451 et s.

⁶⁰⁷ Dans le même sens v. notamment VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 296 : « *the delegates in Rome considered war crimes a less apparent and less serious breach of international humanitarian law than crimes against humanity and genocide* » (les délégations à Rome ont considéré que les crimes de guerre étaient des violations du droit international humanitaire moins ostensibles et moins graves que les crimes contre l'humanité et le génocide).

⁶⁰⁸ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », p. 971 : « *crimes against humanity – unlike war crimes – necessarily form part of either a systematic or widespread commission of similar acts and are, therefore, connected to a plan or policy. Therefore, it would be extremely hard for an accused to commit an act constituting a crime against humanity or genocide without being aware of its illegality* » (les crimes contre l'humanité – contrairement aux crimes de guerre – font nécessairement partie d'une attaque généralisée ou systématique d'actes similaires et sont donc connectés à un plan ou à une politique. Par conséquent, il serait extrêmement compliqué pour un accusé de commettre un acte constituant un crime contre l'humanité ou un génocide sans être conscient de son illégalité).

⁶⁰⁹ SCHABAS W., *The international criminal court*, p. 669 : « *one of the more incoherent examples of the process of compromise and negotiation that resulted in the Rome Statute* ». Dans le même sens, v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 296 : « *article 33 [is] the ultimate compromise* » (l'article 33 est le compromis ultime).

⁶¹⁰ Sur la limite à la mise en œuvre de l'ordre du supérieur en présence d'un cumul de qualifications entre un crime de guerre et un crime contre l'humanité ou un génocide v. *infra* n°460 et s.

172. Conclusion de section. Chaque motif d'exonération reposant sur une absence de choix de commettre l'infraction doit ainsi remplir des conditions spéciales de mise en œuvre, ce qui est également le cas des motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction, même s'ils sont quant à eux structurés de façon similaire.

Section 2 : Les conditions spéciales des motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction

173. Hypothèses de nécessité. La légitime défense, l'état de nécessité, la nécessité militaire et les représailles sont fondés sur un choix de commettre l'infraction. Ces quatre motifs d'exonération sont tous liés à une forme de nécessité, de sorte que l'on peut dire qu'ils en sont des avatars. L'état de nécessité, qui est défini par le Statut de Rome comme un comportement « adopté [par la personne] 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 »⁶¹¹, est sans doute la représentation la plus large de la nécessité⁶¹². Il est de plus reconnu depuis longtemps que la légitime défense, définie par le Statut de Rome comme une action raisonnable entreprise par l'individu « pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés »⁶¹³, peut être vue comme une hypothèse particulière de nécessité⁶¹⁴. De même, les représailles, qui se définissent comme une violation du droit des conflits armés pour faire cesser celle commise par l'adversaire traduisent une forme de nécessité qui surgit au cours d'un conflit armé. La nécessité militaire, qui s'entend de la « nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes

⁶¹¹ *SCPI*, art. 31 para 1 d).

⁶¹² Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Krupp and others*, 17 nov. 1947 - 30 juin 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. X, p. 69 et s.

⁶¹³ *SCPI*, art. 31 para. 1 c).

⁶¹⁴ V. notamment GLASER S., *Infraction internationale. Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, L.G.D.J., 1957.

de la guerre »⁶¹⁵ repose elle aussi sur une nécessité particulière au cours du conflit armé. Rien d'étonnant alors à ce que ces quatre motifs d'exonération possèdent une structure identique et que leurs conditions spéciales de mise en œuvre reposent toutes sur un acte commis (Paragraphe 2) en réaction à un contexte particulier (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Les conditions relatives au contexte de commission de l'acte

174. Différence de contexte de commission de l'acte. Les hypothèses de nécessité renvoient à un acte commis dans un contexte particulier. L'acte de légitime défense est ainsi commis par l'individu pour se défendre ou défendre autrui contre un recours imminent et illicite à la force⁶¹⁶, l'acte commis en état de nécessité résulte « d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui »⁶¹⁷ et l'acte de représailles répond à une violation du droit des conflits armés par l'adversaire. Ces trois motifs d'exonération répondent donc à une situation de danger (A). En revanche, la nécessité militaire se distingue de ces motifs d'exonération en ce qu'elle ne repose pas nécessairement sur un danger à éviter et se commet plutôt dans un contexte de stratégie militaire (B).

A- L'acte commis dans un contexte dangereux

175. Caractéristiques du danger. La légitime défense, l'état de nécessité et les représailles interviennent pour répondre à un danger dont il faut préciser la source (1), l'objet (2) et le moment (3).

1) La source du danger

176. Source du danger de la légitime défense. Pour justifier le recours à la légitime défense, à l'état de nécessité ou aux représailles, le danger doit provenir d'une source particulière. D'une part, lorsqu'un individu est en état de légitime défense, il s'agit pour lui de réagir à un recours à la force contre lui-même ou contre autrui. Le terme de « force » conduit à limiter la légitime défense à une réaction contre une action menée par un autre individu, dès lors que sont

⁶¹⁵ Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (1863), (« Code Lieber »), article 14, repris par TPIY, *Le procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, arrêt, 17 déc. 2004, n°IT-95-14/2-A, para. 686 et par CPI, *Le procureur c. Germain Katanga*, jugement, 7 mars 2014, n° ICC-01/04-01/07, para. 894.

⁶¹⁶ SCPI, art. 31 para. 1 c).

⁶¹⁷ SCPI, art. 31 para. 1 d).

employés des « moyens violents »⁶¹⁸. Il faut également que ce recours à la force soit illicite, c'est-à-dire qu'il soit effectué sans droit⁶¹⁹. Il en est généralement déduit que l'individu peut intervenir contre un recours à la force par un dément ou une personne intoxiquée car l'emploi de la force demeure dans ce cas illicite⁶²⁰. À l'inverse, si le recours à la force est effectué par une personne elle-même en état de légitime défense ou en état de nécessité, l'individu ne peut pas se prévaloir de la légitime défense, car l'emploi de la force n'est alors plus illicite⁶²¹. Cependant, si légitime défense sur légitime défense ne vaut, c'est que dans cette situation l'individu qui s'en prévaut était le premier agresseur et que sa faute antérieure l'empêche donc de se prévaloir ensuite de la légitime défense⁶²². S'agissant du recours à la force par état de nécessité, il n'empêche pas non plus l'individu subissant ce recours de bénéficier de la légitime défense s'il ne perçoit pas cet état de nécessité. Autrement dit, si l'individu se méprend sur certaines circonstances et croit, à tort, qu'il fait l'objet d'un recours illicite à la force, il se trouve dans une situation de défense putative, dont on a admis qu'elle pouvait permettre la mise en œuvre de la légitime défense⁶²³.

177.Source du danger des représailles. Les représailles reposent elles aussi sur un danger provenant d'une source illicite. Ces dernières supposent en effet une violation préalable par l'adversaire du droit des conflits armés, ce qui traduit bien le caractère illicite du danger auquel elle doit répondre. Aussi, si la violation des lois de la guerre par l'adversaire est déjà elle-même une réponse à une violation antérieure commise par l'individu, ce dernier ne pourra se prévaloir des représailles⁶²⁴. En revanche, et à la différence cette fois de la légitime défense, la restriction des représailles à une violation en cours a conduit à rejeter la possibilité d'invoquer des représailles putatives, de sorte qu'il ne peut y avoir de méprise sur le caractère illicite du danger⁶²⁵.

⁶¹⁸ Définition « force », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

⁶¹⁹ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, C.U.P., 3^{ème} éd., 2014, p. 405 ;

⁶²⁰ Dans le même sens v. TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, vol. 6, p. 99.

⁶²¹ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 337-338.

⁶²² Sur la faute antérieure dans la légitime défense v. *supra* n°126.

⁶²³ Sur l'admission de la défense putative v. *supra* n°103. *Contra* REBUT D., « Article 31 – Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1159 qui estime que l'hypothèse relève de l'erreur de droit ou de fait.

⁶²⁴ Sur la faute antérieure dans les représailles v. *supra* n°127.

⁶²⁵ Sur ce rejet v. *supra* n°107.

178.Source du danger de l'état de nécessité. D'autre part et contrairement à la légitime défense et aux représailles, le danger présidant à l'emploi de l'état de nécessité n'a pas à être illicite. L'article 31 du Statut de Rome indique en effet seulement que la menace peut être « exercée par d'autres personnes [que l'individu] »⁶²⁶ ou « constituée par d'autres circonstances indépendantes de [la] volonté [de l'individu] »⁶²⁷. Or il a été proposé de réserver la menace exercée par d'autres personnes à la contrainte⁶²⁸, de sorte qu'en cas d'état de nécessité, le danger ne peut provenir que d'autres circonstances. L'opposition avec le danger provoqué par un individu indique que le danger provenant d'autres circonstances doit s'entendre d'un danger causé par des circonstances objectives comme des circonstances naturelles⁶²⁹. Cette source particulière implique au demeurant que l'acte commis par état de nécessité se commet nécessairement sur des victimes innocentes, qui ne sont pas à l'origine du danger.

2) L'objet du danger

179.Objet du danger de l'état de nécessité. L'article 31 du Statut de Rome restreint l'objet du danger de l'état de nécessité à une « menace de mort imminente ou [...] une atteinte grave, continue ou imminente à [l']intégrité physique [de l'individu] ou à celle d'autrui »⁶³⁰. L'utilisation de la conjonction de coordination « ou » laisse penser qu'il s'agit d'une liste alternative⁶³¹. L'atteinte à l'intégrité physique serait donc soit grave, soit continue, soit imminente, ce qui implique qu'une atteinte imminente pourrait ne pas être grave. La version anglaise ne va cependant pas en ce sens, qui évoque une menace « *of continuing or imminent serious bodily harm* », c'est-à-dire une menace d'atteinte grave à l'intégrité physique qui peut être soit continue soit imminente. La version anglaise semble alors plus satisfaisante et moins ambiguë que la version française, le caractère grave de l'atteinte devant être présent, que l'atteinte soit imminente ou continue. Afin que la version française soit plus claire, il aurait peut-être été préférable, au prix éventuellement d'un peu de fluidité, de ne pas séparer les termes « grave » et « atteinte à l'intégrité physique ». Ainsi, il aurait été possible d'évoquer « une

⁶²⁶ Statut de Rome, art. 31 para. 1 d) i).

⁶²⁷ Ibid. para. 1 d) ii).

⁶²⁸ Sur cette proposition v. *supra* n°95.

⁶²⁹ CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2013, p. 214 : « *The principle overlaps with, but is broader than, self-defence to the extent that it encompasses not only actions defending against an aggressor, but also actions seeking to avoid harm from natural or external forces* ».

⁶³⁰ Statut de Rome, art. 31 para. 1 d).

⁶³¹ Et non pas cumulative comme le laisse penser CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J., 2006, p. 736 qui parle « d'une atteinte imminente, continue et grave à l'intégrité physique » et qui considère donc que la menace « doit non seulement être imminente mais également continue ».

menace de mort imminente ou d'une atteinte grave [à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, que cette atteinte soit continue ou imminente] »⁶³². Quoi qu'il en soit, l'état de nécessité est réservé aux menaces d'atteintes les plus graves puisque ne sont admises que les menaces de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique, c'est-à-dire des atteintes plus sérieuses que des blessures superficielles facilement guéries⁶³³. De ce point de vue, l'état de nécessité est un motif d'exonération plus restreint que la légitime défense, qui admet n'importe quel danger⁶³⁴.

180. Objet du danger de la légitime défense. Le Statut de Rome n'apporte en effet aucune précision relativement à l'objet du danger de la légitime défense. Ainsi, tous les dangers sont admissibles, dès lors qu'ils portent sur l'individu lui-même ou sur autrui. C'est dire que le danger peut porter indifféremment sur la vie ou l'intégrité physique, sans être limité notamment à un péril grave, comme c'est le cas pour l'état de nécessité.

181. Objet du danger de la légitime défense des biens. Le Statut de Rome apporte en revanche des précisions relatives à l'objet du danger de la légitime défense des biens, dont l'introduction dans le Statut de Rome a donné lieu à un « véritable suspens »⁶³⁵. À la différence de la légitime défense d'autrui, la légitime défense des biens constitue un motif d'exonération spécial réservé aux crimes de guerre. Le Statut de Rome vise trois types de biens qui peuvent être objet du danger : les « biens essentiels à [la] survie [de l'individu] », les biens essentiels à la survie d'autrui et les « biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire »⁶³⁶. S'agissant des deux premiers types de biens, sans autre précision de la part du Statut, c'est à la Cour pénale internationale qu'il reviendra d'interpréter notamment le terme « survie ». À cet égard, une interprétation stricte du terme renvoyant à la survie physique devra sans doute être préférée à une interprétation plus large renvoyant à la survie culturelle⁶³⁷. S'agissant du troisième type de biens, l'expression « biens essentiels à l'accomplissement d'une mission

⁶³² Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

⁶³³ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 551 : des atteintes plus sérieuses « *than easily healed superficial wounds* ».

⁶³⁴ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 312 : « *Yet, the qualifier referring to 'death' or 'harm against that person' makes clear that a threat in the sense of sub-paragraph (d) is to be understood more narrowly than the use of force in the case of self-defence* » (les termes « mort » ou « atteinte à l'intégrité physique de la personne » indiquent clairement que la menace au sens du sous-paragraphe (d) doit s'entendre plus strictement que le recours à la force de la légitime défense).

⁶³⁵ SALAND P., « International criminal law principles », in LEE R. S. (ss. dir.), *The International criminal court. The making of the Rome Statute : Issues, negotiations and results*, Kluwer Law International, 1999, p. 207.

⁶³⁶ *Statut de Rome*, art. 31 para. 1 c).

⁶³⁷ TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, p. 100 qui évoque les deux interprétations sans prendre parti.

militaire » paraît très vague et difficile à interpréter⁶³⁸. En effet, la formule n'est pas définie et la question est de savoir si elle peut renvoyer plus largement à la nécessité militaire, qui constitue un motif d'exonération à part entière. Certains auteurs considèrent que l'expression « biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire » n'évoque pas la nécessité militaire mais uniquement la légitime défense des biens⁶³⁹. De ce point de vue, la menace ne pourrait porter que sur des biens essentiels, c'est-à-dire des biens « indispensables pour que quelque chose existe »⁶⁴⁰, à l'accomplissement de la mission militaire. Or, un bien essentiel est un bien sans lequel la mission militaire ne peut pas avoir lieu. Il n'est alors pas certain que cela diffère de la nécessité militaire, ce qu'il faudra vérifier⁶⁴¹.

182. Objet du danger des représailles. En ce qu'elles constituent un moyen de répondre à un acte illégal commis par la partie adverse, les représailles doivent être commises dans le but de faire cesser cet acte illégal et de forcer l'adversaire à revenir à des méthodes légales de combat⁶⁴². L'objet du danger dépend ainsi de l'acte illégal commis contre l'auteur des représailles et aucune limite ne paraît avoir été fixée. Cela implique que n'importe quel acte illégal commis par l'adversaire peut donner lieu à des représailles, dès lors que les autres conditions sont remplies, notamment celle tenant au moment auquel le danger doit survenir.

3) Le moment du danger

183. Moment du danger de la légitime défense. Aux termes de l'article 31 du Statut de Rome, l'individu agit en légitime défense pour se défendre « contre un recours imminent » à la force. La disposition paraît ici assez claire, qui requiert que l'attaque soit « sur le point de se produire »⁶⁴³. Cela implique que si le Statut de Rome n'oblige pas l'individu à attendre que l'attaque se produise⁶⁴⁴, donc qu'elle soit en cours, il faut tout de même qu'elle soit près de

⁶³⁸ CASSESE A., « The Statute of the International Criminal Court : some preliminary reflections », *E.J.I.L.*, 1999, p. 155 : « *very loose and may be difficult to interpret* ».

⁶³⁹ *Ibid.* p. 239 ; SCHABAS W., *An introduction to the International Criminal Court*, C.U.P., 4^{ème} éd., 2011, p. 241 qui considère la formule comme faisant uniquement référence à la « *defence of property* ».

⁶⁴⁰ Définition « essentiel », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

⁶⁴¹ Sur ce point v. *infra* n°189.

⁶⁴² GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 388 : « *reprisals are illegal acts of war that respond to a prior illegality by opposing forces, with the aim of inducing those forces to resume fighting using lawful methods of war* ». Dans le même sens v. O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 511 : « *reprisals are undertaken to compel the enemy to comply with the law* ».

⁶⁴³ Définition « imminent », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

⁶⁴⁴ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., *op. cit.*, p. 405 : « *a person must not wait for someone else to strike the first blow* ».

survenir pour qu'il puisse riposter. Une acception large du terme « imminent » est par ailleurs admise par la doctrine⁶⁴⁵ pour inclure un recours à la force immédiatement précédent, actuellement exercé ou en cours⁶⁴⁶, ce qui se justifie selon un auteur par le principe du « qui peut le plus peut le moins »⁶⁴⁷. En effet, si l'on peut se défendre contre une attaque sur le point de se produire et qui n'a donc pas encore commencé, l'on peut *a fortiori* se défendre contre une attaque en train de se produire⁶⁴⁸. Il faut toutefois que la riposte intervienne instantanément pour entrer dans le champ d'application de la légitime défense et ne pas être considérée comme une simple vengeance. En résumé, pour être légitime, la légitime défense ne doit intervenir ni trop tôt ni trop tard⁶⁴⁹, de sorte que le moment du danger est lié au moment de la riposte.

184. Moment du danger de l'état de nécessité. Le Statut de Rome est en revanche silencieux quant au moment auquel le danger doit intervenir pour permettre la mise en œuvre de l'état de nécessité. Si l'article 31 paragraphe 1 d) emploie les termes « imminente » ou « continue », ce n'est en effet pas pour qualifier le moment du danger mais pour qualifier l'objet de ce danger⁶⁵⁰. Les juges de l'affaire *Ongwen* – seule décision de la Cour pénale internationale à s'être prononcée sur la question de l'état de nécessité à ce jour – ne s'y sont pas trompés, qui ont affirmé clairement dans leur jugement que le Statut de Rome ne contient aucune référence à un danger imminent ou continu⁶⁵¹. En l'absence de toute précision du Statut sur ce point, l'on pourrait donc considérer que le moment du danger n'importe pas, de sorte qu'un danger

⁶⁴⁵ V. notamment AMBOS K., « Chapter 24.4 Other grounds for excluding criminal responsibility », p. 1032 ; VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 238, ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1^{ère} éd., 1999, p. 549 ; AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 919.

⁶⁴⁶ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », p. 549 et AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 307 qui emploient exactement la même formule et parlent « d'un recours à la force imminent, c'est-à-dire « *immediately antecedent, presently exercised or still enduring* ».

⁶⁴⁷ AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 919.

⁶⁴⁸ Contra REBUT D., « Article 31 – Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1159.

⁶⁴⁹ FLETCHER G. P., *Basic concepts of criminal law*, O.U.P., 1998, p. 130 : « *legitimate self-defense must be neither too soon nor too late* ». Dans le même sens, AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 307 : « *both a pre-emptive strike against a feared attack and a retaliation against a successful attack are excluded* » (le coup préventif contre une atteinte crainte et la riposte contre une attaque qui a abouti sont l'un comme l'autre exclu).

⁶⁵⁰ Sur ce point v. *supra* n°179.

⁶⁵¹ CPI, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, jugement, 4 fév. 2021, n° ICC-02/04-01/15, para. 2582 : « *From the plain language of the provision, the words 'imminent' and 'continuing' refer to the nature of the threatened harm, and not the threat itself. It is not an 'imminent threat' of death or a 'continuing or imminent threat' of serious bodily harm – the Statute does not contain such terms* ».

imminent, en cours ou même permanent pourrait être accepté. Le jugement *Flick* du Tribunal militaire américain à Nuremberg avait d'ailleurs accepté qu'une menace permanente d'atteinte à l'intégrité physique caractérisée par des circonstances factuelles précises puisse permettre l'admission de l'état de nécessité. En l'espèce, la situation de danger était caractérisée par le contexte particulier de la Seconde Guerre mondiale, et plus particulièrement par le contexte de règne de terreur du Reich, ce qui constituait la menace continue pesant sur l'intégrité physique, voire sur la vie, de quatre des coaccusés⁶⁵². Cette affaire est cependant la seule à évoquer et à admettre l'hypothèse du climat continu de peur et le jugement *Ongwen* indique désormais clairement que la Cour pénale internationale ne se rangera pas à cette interprétation. En effet, lors de l'étude de l'état de nécessité de l'article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome, la chambre de première instance a indiqué que ce motif d'exonération exigeait une menace susceptible de se caractériser rapidement. Aussi, un danger seulement abstrait ou la simple probabilité élevée qu'une situation dangereuse puisse survenir – même présente en continu – ne suffit pas⁶⁵³. La référence à une menace « susceptible de se caractériser rapidement » invite alors à limiter le moment du danger à un danger imminent, c'est-à-dire sur le point de se commettre. Cela dit, et comme pour la légitime défense, il paraît possible d'interpréter cette condition comme incluant le danger qui s'est concrétisé, donc le danger en cours.

185. Moment du danger des représailles. Le danger en cours est par ailleurs le seul susceptible de permettre la mise en œuvre des représailles puisque ces dernières constituent une réponse à une violation du droit des conflits armés en train de se produire. Par hypothèse, cette violation n'est donc plus un simple danger mais bien une atteinte effective. Le danger simplement imminent qu'une telle violation soit commise par l'ennemi ne paraît en conséquence pas autoriser la commission d'un acte en représailles. En revanche, les représailles rejoignent les autres hypothèses de nécessité en ce qu'elles ne peuvent plus intervenir si

⁶⁵² Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Flick* précité, p. 1201 : « *The Reich, through its hordes of enforcement officials and secret police was always 'present' ready to go into instant action and to mete out savage and immediate punishment against anyone doing anything that could be construed as obstructing or hindering the carrying out of Governmental regulations or decrees* ». Pour les deux autres accusés, le Tribunal considéra qu'ayant fait des démarches pour dépasser les quotas, ils avaient activement participé à la production, ce qui démontrait leur adhésion au système et les empêchait d'invoquer utilement l'état de nécessité. Sur ce point v. *infra* n°553.

⁶⁵³ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2582 : « *duress is unavailable if the accused is threatened with serious bodily harm that is not going to materialize sufficiently soon. A merely abstract or simply an elevated probability that a dangerous situation might occur – even if continuously present – does not suffice* ».

l'atteinte a cessé, autrement dit, pour ce qui la concerne, si la partie adverse est revenue à des méthodes légales de combat.

186. Bilan sur les conditions tenant au danger. Les conditions tenant au danger diffèrent ainsi suivant que l'on s'attache à la légitime défense, l'état de nécessité ou les représailles. La légitime défense suppose en effet que le danger provienne d'un recours imminent et illicite à la force par un autre individu menaçant la personne qui emploie la légitime défense ou autrui. L'état de nécessité quant à lui ne peut être mis en œuvre que face à un danger imminent provenant de circonstances objectives et qui constitue une menace d'atteinte à la vie ou d'atteinte grave à l'intégrité physique pour celui qui se prévaut de l'état de nécessité ou pour autrui. Les représailles, motif d'exonération spécial applicable uniquement en cas de crime de guerre, ne sont possibles que face à un danger en cours, qui s'entend d'une violation, par l'adverse, du droit des conflits armés. La mise en œuvre de ces trois motifs d'exonération exige ainsi d'être placé dans un contexte dangereux, ce qui n'est pas tout à fait le cas s'agissant de la nécessité militaire, qui se réalise plutôt dans un contexte de stratégie militaire.

B- L'acte commis dans un contexte de stratégie militaire

187. Contexte de l'acte de nécessité militaire. La nécessité militaire résiste un peu à la structure commune aux hypothèses de nécessité, sans doute parce qu'elle fait intervenir des éléments de stratégie militaire qui sont absents des autres hypothèses de nécessité. Elle ne se commet en effet pas forcément pour repousser un danger mais pour parvenir aux objectifs militaires à atteindre. L'on peut éventuellement voir dans la réalisation de ces objectifs une façon d'éviter un danger plus lointain, celui de perdre la guerre, mais qui est plus évanescent que le danger qui caractérise les autres hypothèses de nécessité. C'est ce qui explique également que, contrairement aux autres hypothèses de nécessité, la nécessité militaire n'implique pas nécessairement un acte commis dans l'urgence. En ce sens, l'acte de nécessité militaire tient plus de l'action que de la réaction puisqu'il est possible que l'individu ait le temps d'analyser plus posément les circonstances qui l'entourent pour décider d'agir. Il faut tout de même que le risque de ne pas atteindre l'objectif militaire soit proche pour justifier la mise en œuvre de la mesure car dans le cas contraire elle ne sera pas nécessaire⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Sur la condition de nécessité dans la nécessité militaire v. *infra* n°198.

188. Définition de l'objectif militaire. L'acte commis en situation de nécessité militaire doit en outre porter sur un objet particulier, à savoir un objectif militaire précis qu'il faut atteindre⁶⁵⁵. S'agissant des biens, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève a défini l'objectif militaire comme portant sur les « biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »⁶⁵⁶. Cela implique qu'« un objectif qui n'est pas militaire par nature peut le devenir et la nécessité militaire permet donc de le cibler »⁶⁵⁷, dès lors bien sûr que les autres conditions sont remplies, notamment celle de proportionnalité⁶⁵⁸.

189. Absence de distinction claire avec l'article 31 du Statut de Rome. Les biens dont l'utilisation apporte une contribution effective à l'action militaire paraissent alors proches des biens « essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire » qui constituent l'un des objets de protection de la légitime défense⁶⁵⁹, ce qui explique sans doute que certains auteurs estiment que l'article 31 du Statut de Rome paraît mentionner la nécessité militaire⁶⁶⁰. C'est d'ailleurs la position du tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, qui considère que l'article 31 du Statut de Rome « prend en compte le principe de la nécessité militaire dans le contexte plus particulier des crimes de guerre »⁶⁶¹. Or la conception traditionnelle de la nécessité militaire implique de la réserver aux situations pour lesquelles elle est expressément prévue⁶⁶². Aussi, la restriction de l'application de la nécessité militaire aux crimes de guerre par l'article 31 du Statut de Rome ne suffit pas à transposer suffisamment fidèlement la conception traditionnelle de la nécessité

⁶⁵⁵ HAYASHI N., *Military necessity*, thèse Leiden, 2017, p. 256 : « *First, the measure must be taken primarily for some specific military purpose* ».

⁶⁵⁶ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), 8 juin 1977, art. 52 para. 2.

⁶⁵⁷ MAISON R., « Nécessité militaire, « purification ethnique », état de nécessité », in MOLLARD-BANNELIER C. (dir.), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007, p. 326.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *SCPI*, art. 31 para. 1 c).

⁶⁶⁰ Dans le même sens v. AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 922 : « le statut offre la possibilité par le biais tant de l'article 31-1-c que de l'article 31-3 d'invoquer la nécessité militaire en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale individuelle » ; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 419 : « *it is only a defence where rules expressly incorporate it as, for example, Article 8(2)(a)(iv) of the ICC Statute, and perhaps Article 31(1)(c), do* ».

⁶⁶¹ TPIY, jugement *Kordić et Čerkez*, para. 451. La référence au Statut de Rome par les juges du TPIY s'explique ici car ils estiment que la disposition relative à la légitime défense « se retrouve dans la plupart des codes pénaux nationaux et peut être considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier ».

⁶⁶² Sur cette conception de la nécessité militaire v. *supra* n°35.

militaire dans la mesure où cela impliquerait son application à l'ensemble des crimes de guerre, et pas uniquement à ceux pour lesquels la nécessité militaire est expressément prévue⁶⁶³.

190. Articulation problématique entre l'article 31 et l'article 8 du Statut de Rome. En faisant intervenir la nécessité militaire à travers l'expression « biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire », l'article 31 du Statut de Rome rend par ailleurs superflues les dispositions spéciales de l'article 8 sur le crime de guerre, qui, lui, prend soin de réserver expressément l'application de la nécessité militaire à certains actes seulement. En effet, l'on retrouve des références à la nécessité militaire dans certaines des dispositions relatives aux infractions aux Conventions de Genève⁶⁶⁴, aux infractions commises dans le cadre d'un conflit armé international⁶⁶⁵ et aux infractions commises dans le cadre d'un conflit armé non international⁶⁶⁶. C'est donc qu'*a contrario*, la nécessité militaire ne serait pas invocable pour les autres actes définis par l'article 8. De ce point de vue, l'article 8 du Statut de Rome rend compte plus fidèlement du caractère exceptionnel de la nécessité militaire. Finalement, la possibilité de mise en œuvre de la défense de nécessité militaire à l'ensemble des crimes de guerre offerte par l'article 31 du Statut de Rome serait une violation des lois de la guerre⁶⁶⁷, ce

⁶⁶³ Dans le même sens v. VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, précité, p. 239 : « *The clause 'property which is essential for accomplishing a military mission' might be taken to constitute a blank and open-ended allowance for a plea of military necessity, which would, however, be a violation of the laws of war* ».

⁶⁶⁴ SCPI, art. 8 para. 2 a) iv) : « La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires ».

⁶⁶⁵ SCPI, art. 8 para. 2 b) ii) : « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 b) iv) : « Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » ; art. 8 para. 2 b) v) : « Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 b) ix) « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 b) xiii) : « Le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ».

⁶⁶⁶ SCPI, art. 8 para. 2 e) iv) : « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires » ; art. 8 para. 2 e) viii) : « Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent » ; art. 8 para. 2 e) xii) : « Le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit ».

⁶⁶⁷ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 239 : une référence générale à la nécessité militaire conduirait à « *a blank and open-ended allowance for a plea of military necessity, which would, however, be a violation of the laws of war* ».

qui explique d'ailleurs que bon nombre d'auteurs l'aient contestée⁶⁶⁸. Aussi, il serait préférable de supprimer l'expression « biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire » de la disposition relative à la légitime défense, supprimant ainsi toute référence à la nécessité militaire de l'article 31 du Statut de Rome⁶⁶⁹.

191. Bilan sur les conditions relatives au contexte de l'acte commis. La nécessité militaire est ainsi totalement distinguée de la légitime défense, ce qui est satisfaisant dans la mesure où elle s'exerce dans un contexte différent et ne suppose pas nécessairement qu'un danger imminent existe. La nécessité militaire, si elle ne peut être mise en œuvre que durant la guerre, n'implique pas nécessairement un acte commis dans l'urgence mais pour atteindre un objectif militaire précis. À l'inverse, la légitime défense, l'état de nécessité et les représailles interviennent dans un contexte dangereux, dont la source et l'objet diffèrent. L'état de nécessité repose en effet sur un danger provenant de circonstances objectives qui menace la vie ou l'intégrité physique tandis que la légitime défense et les représailles répondent à un danger constitué par un recours illicite à la force pour la première et par la violation du droit des conflits armés pour les secondes. Ce danger peut être imminent ou en cours en cas de légitime défense ou d'état de nécessité tandis que les représailles n'admettent rien de moins qu'un danger en cours. Dans tous les cas, le moment auquel intervient le danger a une incidence sur le moment de la réaction. Ce dernier doit en effet être soigneusement calculé puisqu'une frappe préventive par crainte d'une attaque est un emploi de la force illégal car employé trop tôt et une riposte

⁶⁶⁸ DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 6^{ème} éd., 2019, p. 1124 parle à cet égard de « boîte de Pandore rigoureusement incompatible avec le droit des conflits armés ». V. aussi HAYASHI N., *Military necessity*, thèse Leiden, 2017, p. 254 : « *there is a real danger that it will undermine the clarity and precision with which the ICC builds its case law on exceptional military necessity. In addition, Article 31's residual clause can be seen – though erroneously – as inviting de novo military necessity pleas as a justification or excuse* » (il est à craindre que cela diminue la clarté et la précision avec lesquelles la Cour pénale internationale construit sa jurisprudence sur l'exception de nécessité militaire. De plus, la clause résiduelle de l'article 31 peut être vue – de manière erronée – comme une invitation renouvelée à la nécessité militaire comme justification ou excuse) ; CASSESE A., « The Statute of the International Criminal Court : some preliminary reflexions », *E.J.I.L.*, 1999, Vol. 10, p. 154 : « *it is highly questionable to extend the notion at issue to the need to protect 'property which is essential for accomplishing a military mission'* » (il est hautement discutable d'élargir la notion en question à la nécessité de protéger « les biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire ») ; CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2013, p. 212-213 ; ABI-SAAB G., CONDORELLI L., RONA G. et VANDERMEERSCH D., « L'article 31 par. 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale », *Revue belge de droit international*, 2000/2, p. 406-407, 447 et 454 ; VERHAEGEN J., « L'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale internationale. Un autre négationnisme ? », *Actualité du droit international humanitaire*, La Charte, collection « Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie », 2001, p. 93 à 110.

⁶⁶⁹ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

contre une attaque qui a réussi et est terminée est un emploi de la force illégal car employé trop tard⁶⁷⁰. Mais c'est déjà s'interroger sur les conditions relatives à l'acte commis.

Paragraphe 2 : Les conditions relatives à l'acte commis

192. Les différentes dispositions du Statut de Rome relatives à la légitime défense et l'état de nécessité organisent les caractères que doit revêtir l'acte commis en riposte au danger⁶⁷¹. De la même manière, la jurisprudence pénale internationale a soumis les représailles à des conditions de riposte. La nécessité militaire ne reposant quant à elle pas sur un danger, elle ne consiste pas à proprement parler en une riposte. Des conditions relatives à l'acte commis par nécessité militaire sont cependant posées par la jurisprudence pénale internationale. L'étude des conditions de ces quatre motifs d'exonération permet alors de les organiser autour de l'exigence d'un acte nécessaire et raisonnable (A) et d'un acte proportionné (B).

A- Un acte nécessaire et raisonnable

193. Manque d'harmonisation des termes dans le Statut de Rome. Si le Statut de Rome évoque une action raisonnable tant pour la légitime défense⁶⁷² que pour l'état de nécessité⁶⁷³, il semble réserver l'exigence d'une action nécessaire à l'état de nécessité. Il n'est cependant pas certain que ces termes soient parfaitement distincts et renvoient à des conditions différentes. Leur interprétation a ainsi donné lieu à plusieurs positions doctrinales.

194. Distinction des termes « raisonnable » et « nécessaire ». D'abord, certains auteurs estiment que les termes « nécessaire » et « raisonnable », employés dans la disposition relative à l'état de nécessité, sont distincts. Selon cette conception, l'acte nécessaire est l'acte commis lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen de contrer la menace et l'acte raisonnable est celui qui est « apte à atteindre ce résultat »⁶⁷⁴. Cependant, il semble que ces auteurs ne définissent pas le terme « raisonnable » de la même manière lorsqu'ils évoquent la légitime défense. Dans cette

⁶⁷⁰ TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », p. 97 : « *pre-emptive strike against a feared attack is illegal force used too soon [and] retaliation against a successful attack is illegal force used too late* ».

⁶⁷¹ SCPI, art. 31 para. 1 c) et 1 d).

⁶⁷² SCPI, art. 31 para. 1 c) : « a agi ragionabilmente ».

⁶⁷³ SCPI, art. 31 para. 1 d) : « de façon raisonnable ».

⁶⁷⁴ CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, p. 740. V. aussi ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1^{ère} éd., 1999, p. 551 : « *the act directed at avoiding the threat must be necessary in terms that no other means are available, reasonable in terms of being able to reach the desired effect* ».

hypothèse, l'action « raisonnable » renverrait en effet à la proportionnalité⁶⁷⁵ ou à la nécessité⁶⁷⁶. Outre que ces auteurs ne l'expliquent pas, une telle dualité de définitions du terme « raisonnable », tantôt synonyme de proportionnalité ou de nécessité, tantôt totalement distinct, ne contribue ni à la cohérence générale du Statut de Rome ni à la clarification des motifs d'exonération, ce qui conduit à écarter cette interprétation.

195. Définition de l'action « raisonnable ». Ensuite, certains auteurs considèrent que le terme « raisonnable », qu'il soit employé pour la légitime défense ou pour l'état de nécessité, renvoie à la perception du danger par l'homme raisonnable. Selon eux, l'accusé doit avoir raisonnablement cru à l'existence de la menace, doit avoir eu des raisons de croire que la menace allait être exécutée et doit avoir été raisonnablement brave⁶⁷⁷. Le terme « raisonnable » serait donc rattaché à la menace dans les deux premiers cas et à la riposte dans le troisième cas. Or, le Statut de Rome évoque l'individu qui « a agi raisonnablement »⁶⁷⁸ ou « de façon raisonnable »⁶⁷⁹, ce qui indique qu'il s'attache uniquement au caractère raisonnable de la riposte⁶⁸⁰. Ainsi, s'ils adoptent une définition unique du terme « raisonnable », il semble cependant que ces auteurs confondent le caractère raisonnable de l'existence de la menace et le caractère raisonnable de la riposte alors même que les deux peuvent être distingués. C'est par exemple ce que fait le droit anglais en matière de légitime défense quand il admet que l'erreur sur la perception de la menace puisse ne pas être raisonnable mais exige tout de même une riposte raisonnable⁶⁸¹.

⁶⁷⁵ CURRAT P., *op. cit.*, p. 731.

⁶⁷⁶ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1^{ère} éd., 1999, p. 549 : « *the defence must be 'reasonable' in terms of being necessary* » (la défense doit être « raisonnable » dans le sens où elle doit être nécessaire).

⁶⁷⁷ GILBERT J., « Justice not revenge: the International criminal court and the 'grounds to exclude criminal responsibility': defences or negation of criminality ? », *Journal of Human Rights*, 2006, p. 164 : « *the accused must have reasonably believed in the existence of the threat, he must have had some reasons to believe that such a threat would have been executed and finally the accused must have been reasonably brave* ». Pour un point de vue similaire, v. CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *An introduction to international criminal law and procedure*, C.U.P., 3^{ème} éd., 2014, p. 408, plus clair dans l'édition précédente, p. 413.

⁶⁷⁸ Dans l'hypothèse de légitime défense.

⁶⁷⁹ Dans l'hypothèse de l'état de nécessité.

⁶⁸⁰ Sur l'admission permise du caractère raisonnable de la menace, v. *supra* n°106.

⁶⁸¹ La règle est désormais reprise par le *Criminal Justice and Immigration Act 2008* dont la section 76 paragraphe 3 précise que « *the question whether the degree of force used by D was reasonable in the circumstances is to be decided by reference to the circumstances as D believed them to be (...) if D claims to have held a particular belief as regards the existence of any circumstances, (...) if it is determined that D did genuinely hold it [even if] the mistake was [not] a reasonable one to have made* » (la question de savoir si la force employée par D était raisonnable au vu des circonstances s'apprécie par référence aux circonstances telles que D les pensait (...). Si D avance qu'il a eu une perception particulière de l'existence d'une circonstance, il faut déterminer si D croyait sincèrement en cette circonstance, même si l'erreur n'était pas raisonnable). Peu importe alors que la menace

196. Assimilation des termes « raisonnable » et « nécessaire ». Enfin, certains auteurs estiment que le terme « raisonnable » peut être envisagé de manière générique et inclure ce qui est « nécessaire » et « proportionné »⁶⁸². Le terme « raisonnable » renverrait donc à la fois à la riposte commise lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen d'éviter la menace⁶⁸³ et à la riposte proportionnée. Le Jugement *Ongwen* reprend d'ailleurs lui aussi la formulation du Statut de Rome sans chercher à distinguer l'acte raisonnable de l'acte nécessaire⁶⁸⁴.

197. Harmonisation des conditions de la légitime défense et de l'état de nécessité. Retenir une telle vision du caractère raisonnable permet d'envisager la condition de proportionnalité pour l'état de nécessité, même si elle n'est pas explicitement mentionnée par le Statut de Rome⁶⁸⁵. De la même manière, c'est ce qui explique qu'on puisse envisager la condition de nécessité pour la légitime défense alors même que le Statut de Rome ne la mentionne pas expressément et se contente d'une action raisonnable⁶⁸⁶. Si une telle interprétation permet donc d'envisager des conditions similaires pour la légitime défense et l'état de nécessité, il est tout de même regrettable de ne pas avoir procédé à une harmonisation des termes lors de la rédaction du Statut de Rome⁶⁸⁷.

n'existe pas et peu importe également que la perception de l'individu ne corresponde pas à celle qu'aurait eu la personne raisonnable. En revanche, il faut que la réaction à cette menace soit raisonnable pour pouvoir être admise.

⁶⁸² AMBOS K., « Chapter 24.4 Other grounds for excluding criminal responsibility », p. 1040 ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 313 : « *the term 'reasonable' can be considered an umbrella term encompassing 'necessary' [and] 'proportionate'* ». Dans le même sens, v. notamment SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 1 », *International criminal law review*, 2001, vol. 1, p. 156 ; KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, 1^{ère} éd., 2001, p. 69 ; JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2014, p. 146.

⁶⁸³ Ce qui renvoie à la nécessité.

⁶⁸⁴ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2583.

⁶⁸⁵ *Contra* CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, p. 741 : « nous ne pensons pas qu'il y ait (...) un critère de proportionnalité à appliquer ». Cependant, cette opinion tient sans doute au fait que l'auteur ne distingue pas état de nécessité et contrainte et paraît envisager la disposition du Statut de Rome uniquement sous l'angle de la contrainte.

⁶⁸⁶ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 236 : « *although the subsidiarity requirement (was the defence 'necessary' or not) is not expressly mentioned, it can be taken to form part of 'acting reasonably'* » (bien que la condition de subsidiarité (la défense était-elle ou pas nécessaire) ne soit pas expressément mentionnée, elle peut être incluse dans la condition « d'action raisonnable »). Dans le même sens v. AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, qui semble utiliser le terme « raisonnable » pour pallier l'absence de nécessité dans la légitime défense (p. 918) et celle de la proportionnalité dans l'état de nécessité (p. 925).

⁶⁸⁷ AMBOS K., « Chapter 24.4 Other grounds for excluding criminal responsibility », p. 1040 : « *it is unfortunate that terms used in subparagraphs (c) and (d) were not harmonized* » (il est malheureux que les termes employés par les sous-paragraphes (c) et (d) n'aient pas été harmonisés).

198. Acte de nécessité militaire nécessaire. La même exigence d'un acte nécessaire et raisonnable se retrouve par ailleurs parmi les conditions spéciales de mise en œuvre de la nécessité militaire. En effet, une fois l'objectif militaire identifié, il faut encore que l'acte soit considéré comme nécessaire, c'est-à-dire qu'il soit requis pour atteindre un avantage militaire⁶⁸⁸. Si cette nécessité doit être appréciée par l'individu, elle doit tout de même être raisonnable, ce qui conduit à une approche objectivée⁶⁸⁹.

199. Acte de représailles nécessaire. De la même manière, il faut s'assurer que les représailles sont nécessaires, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de moyen légal de faire cesser l'acte illégal de la partie adverse. Si le TPIY n'emploie pas clairement le terme, il impose deux conditions qui peuvent être réunies au sein de la nécessité. D'une part en effet, le TPIY pose une « obligation de prendre des mesures particulières avant de la mettre en œuvre », ce qui se traduit, selon le tribunal, par le fait que la décision de recourir aux représailles soit prise par les plus hautes instances de commandement⁶⁹⁰. Cela s'explique car les représailles ne peuvent être que le résultat d'une décision mûrement réfléchie, décision que seul un individu placé au plus haut échelon politique ou militaire est apte à prendre. Ces instances doivent donc déterminer si un moyen légal de faire cesser la violation adverse existe. Si aucun n'existe, elles sont alors tenues, d'autre part, d'adresser un avertissement préalable à l'adversaire⁶⁹¹, ce qui, là encore, doit relever de l'initiative des plus hauts gradés. C'est dire qu'il faut vérifier la nécessité des mesures de représailles, nécessité qui paraît appréciée très strictement par le TPIY.

200. Appréciation du caractère nécessaire de la riposte. Ainsi, l'acte commis devrait être nécessaire, c'est-à-dire être apte à faire cesser le danger et constituer le seul moyen de contrer la menace. Cette condition ne doit cependant pas être appréciée trop strictement car le « concept

⁶⁸⁸ Dans le même sens v. HAYASHI N., *Military necessity*, these, Leiden, 2017, p. 256 : « *measure must be required for the purpose's attainment* ».

⁶⁸⁹ Dans le même sens v. O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 508 : « *The assessment of the particular military advantage to be gained must be made on a case-by-case basis, at the time of the attack, and must be reasonable from the viewpoint of the person contemplating the attack* ».

⁶⁹⁰ TPIY, *Le procureur c. Zoran Kupreskić et al.*, jugement, 14 janv. 2000, n°IT-95-16-T, para. 535 ; TPIY, *Le procureur c. Milan Martić*, jugement, 12 juin 2007, n° IT-95-11-T, para. 466. V. aussi O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », p. 511 : « *The decision to engage in reprisals was taken at the highest level of government* » (la décision d'engager des représailles doit avoir été prise au plus au niveau du gouvernement) ; JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2014, para. 686, p. 259 : « *reprisals must be ordered by the top government or military leadership* » (les représailles doivent être ordonnées par les plus hauts échelons de gouvernement ou de commandement).

⁶⁹¹ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535 ; TPIY, jugement *Martić*, para. 466.

de nécessité n'inclut pas celui d'inévitabilité qui est synonyme de fatalité et de contrainte »⁶⁹². Il faut donc entendre la nécessité de manière moins stricte, ce que le Jugement *Ongwen* semble indiquer lorsqu'il précise que l'exigence d'une action nécessaire et raisonnable n'impose pas à l'individu de prendre toutes les mesures concevables pour éviter le danger⁶⁹³. En ce sens, la nécessité renverrait au choix de commettre l'infraction plutôt que d'adopter une autre attitude, ce qui suppose que ce choix soit raisonnable⁶⁹⁴ et pose la question de savoir si un devoir de fuite doit être imposé.

201. Problématique du devoir de fuite. La question d'un éventuel devoir de fuite ne se pose pas s'agissant de la nécessité militaire, qui ne repose pas sur un danger mais sur une forme de stratégie militaire⁶⁹⁵. Elle ne se pose pas non plus pour les représailles qui exigent une violation en cours, donc un danger concrétisé qui ne laisse pas de place à la fuite. La problématique du devoir de fuite ne concerne donc que la légitime défense et l'état de nécessité. La question n'est pas réglée par le Statut et il semble que les tribunaux pénaux internationaux ne se soient jamais prononcés sur la question, si ce n'est dans une décision post-Nuremberg qui peut être interprétée comme imposant un tel devoir pour la mise en œuvre de la légitime défense⁶⁹⁶. À l'inverse, certains auteurs considèrent que le Statut de Rome n'impose aucun devoir de fuite⁶⁹⁷. En l'absence de prise de position claire de ce dernier, la Cour pénale internationale devra sans doute faire appel aux « lois nationales représentant les différents systèmes juridiques »⁶⁹⁸.

⁶⁹² BERNARDINI R., « Légitime défense », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (actualisation février 2018), para. 97. Dans le même sens v. MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1999, para. 420 qui explique que retenir « une vision par trop restrictive de la notion de nécessité [reviendrait à la confondre] avec la contrainte dont la qualité spécifique est justement de priver celui qui la subit de toute liberté » ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, P.U.F., coll. « Thémis », 6^{ème} éd., 2005, qui explique que la nécessité ne consiste pas « en un acte inévitable, imposé par la fatalité, puisqu'au contraire il s'agit d'une décision raisonnable ».

⁶⁹³ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2583 : « *The person is not required to take all conceivable action to avoid the threat* ».

⁶⁹⁴ En ce sens v. MALABAT V., thèse précitée, para. 426 p. 353 : « la réaction de défense nécessaire est celle qui s'impose raisonnablement et non irrésistiblement ».

⁶⁹⁵ Sur ce point v. *supra* n°187 et s.

⁶⁹⁶ Tribunal militaire britannique, *Willi Tessmann and others*, 1^{er} – 4 septembre 1947, *L.R.T.W.C.*, vol. XV, p. 177 : « *he is expected to retreat to the uttermost before turning and killing his assailant* » (il est attendu de l'individu qu'il se replie au maximum avant de tuer son assaillant).

⁶⁹⁷ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *op. cit.*, p. 406 : « *article 31 (1)(c) does not create a duty to retreat* » (l'article 31 (1)(c) ne crée pas de devoir de fuite) ; TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », p. 102 : « *art 31 (1)(c) imposes no explicit duty on the defendant to attempt to retreat before launching a counter-attack* » (l'article 32 (1)(c) n'impose pas explicitement à l'accusé d'essayer de fuir avant de lancer une contre-attaque).

⁶⁹⁸ *SCPI*, art. 21 para. 1 c).

202. Devoir de fuite dans les systèmes internes. À cet égard, il convient de noter qu'en droit français, ni la loi⁶⁹⁹ ni la jurisprudence⁷⁰⁰ n'impose de devoir de fuite. La doctrine française quant à elle estime, de manière quasi unanime⁷⁰¹, que la fuite n'est pas imposée⁷⁰² dans la mesure où « le droit n'est pas tenu de céder devant l'injustice, et [où] la fuite, souvent honteuse, ne peut être une obligation légale »⁷⁰³. Le droit anglais, tout comme le droit américain⁷⁰⁴, semble adopter une position similaire. En effet, le *Criminal Justice and Immigration Act* de 2008, codifiant la jurisprudence relative à la légitime défense⁷⁰⁵, indique que si la possibilité de fuite peut être un facteur pris en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable de la riposte, cela ne donne pas lieu à un devoir de fuite⁷⁰⁶.

203. Rejet du devoir de fuite. De l'étude de ces systèmes il ressort que si le droit n'exige pas de l'individu qu'il agisse en héros, il n'exige sans doute pas non plus qu'il agisse en couard⁷⁰⁷, ce qui vaut sans doute aussi bien en droit pénal interne qu'en droit pénal international. Surtout, il semble qu'imposer un devoir de fuite face à une menace sur le point de se produire empêcherait l'admission de toute riposte préventive puisque si l'on a le temps de riposter avant même que la menace ne se concrétise, l'on a sans doute aussi le temps de fuir⁷⁰⁸. De surcroît, « la fuite n'est pas toujours un moyen raisonnable d'échapper à l'agression notamment lorsqu'elle n'est pas sans danger ou qu'elle laisse subsister la menace à l'égard d'autres

⁶⁹⁹ Rien dans la rédaction des articles 122-5 et 122-7 relatifs respectivement à la légitime défense et à l'état de nécessité ne laisse penser qu'un tel devoir existe.

⁷⁰⁰ BERNARDINI R., « Légitime défense », para. 98-99 qui explique en substance que les différents arrêts de la Cour de cassation qui rejettent la légitime défense en cas de possibilité de fuite renvoient en réalité à la condition de l'existence d'un danger réel et injuste sans véritablement imposer de devoir de fuite.

⁷⁰¹ V. cependant en faveur d'un devoir de fuite DREYER E., *op. cit.*, para. 1258 p. 977 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 4^{ème} éd., 2017 qui estime sans s'en expliquer qu'il y a un devoir de fuite pour l'état de nécessité mais pas pour la légitime défense, pour la légitime défense, v. para. 374, p. 396, pour l'état de nécessité, v. para. 385, p. 406.

⁷⁰² En ce sens v. PRADEL J., *op. cit.*, p. 334 ; MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, p. 583 ; PIN X., *op. cit.*, para. 253 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, P.U.F., coll. « Thémis », 6^{ème} éd., 2005, p. 268 ; CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBRON P., *op. cit.*, p. 154-155.

⁷⁰³ GARÇON E., *Code pénal annoté*, art. 328, n°26.

⁷⁰⁴ KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, 2^{ème} éd., 2008, p. 69 : « American law endorses the view that the defendant, acting in self-defense, bears, in principle, no preliminary obligation to retreat from the crime scene » (le droit américain considère que l'individu qui agit en légitime défense n'est, en principe, pas soumis à une obligation de fuir la scène de violence).

⁷⁰⁵ V. notamment *R. v Julien* [1969], 1 WLR 843 ; *Bird* [1985], 1 WLR 816.

⁷⁰⁶ *C.J.I.A.* 2008, Section 76 para. 6 A : « a possibility that D could have retreated is to be considered (so far as relevant) as a factor to be taken into account, rather than as giving rise to a duty to retreat ». Sur ce point v. CHILD J. et ORMEROD D., *Essentials of criminal law*, O.U.P., 2^{ème} éd., 2017, p. 292 ; CARD R. et MOLLOY J., *Criminal law*, O.U.P., 22^{ème} éd., 2016, p. 687 ; ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017, p. 222.

⁷⁰⁷ Dans le même sens v. CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBRON P., *op. cit.*, p. 155 : « le Droit ne saurait imposer le déshonneur ».

⁷⁰⁸ Dans le même sens v. ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017, p. 222 : « if there were a duty to retreat a person would never be able to use pre-emptive force » (s'il y avait une obligation de fuite, l'individu ne pourrait jamais attaquer préventivement).

personnes »⁷⁰⁹. Il faut donc convenir qu'aucun devoir de fuite ne devrait être imposé pour l'admission de la légitime défense ou de l'état de nécessité en droit pénal international.

204. Bilan. Toutes les hypothèses de nécessité exigent un acte nécessaire et raisonnable, qui doit être interprété comme l'acte constituant le meilleur moyen, apte à atteindre le résultat escompté, qu'il s'agisse de parvenir à atteindre un objectif militaire ou à faire cesser un danger. Mais il faut encore que l'acte soit proportionné.

B- Un acte proportionné

205. Si les quatre hypothèses de nécessité exigent, au titre de leurs conditions spéciales de mise en œuvre, un acte proportionné (1), la particularité de la nécessité militaire et des représailles, qui s'envisagent exclusivement durant un conflit armé, conduit à apprécier plus strictement cette proportionnalité (2).

1) L'appréciation commune de la proportionnalité

206. Proportionnalité de la légitime défense. La condition de proportionnalité ressort clairement des règles relatives à la légitime défense, à la nécessité militaire et aux représailles. Le Statut de Rome soumet en effet expressément la légitime défense à une condition de proportionnalité. En effet, la légitime défense n'est admise que si l'individu a agi « d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger »⁷¹⁰, c'est-à-dire s'il n'a pas employé des moyens excessifs pour contrer l'attaque. Ainsi, si l'individu a le droit de réagir à une attaque illicite, ce droit n'est pas illimité⁷¹¹. La légitime défense repose alors sur une mise en balance des intérêts de l'agresseur et des intérêts de l'agressé, étant entendu qu'un équilibre parfait n'est pas recherché dans la mesure où les intérêts du premier seront amoindris par sa position d'agresseur⁷¹².

207. Acte de nécessité militaire proportionné. De la même manière, l'acte effectué par nécessité militaire doit remplir une condition de proportionnalité, cette dernière étant inhérente

⁷⁰⁹ MALABAT V., thèse précitée, para. 426 p. 352. Dans le même sens v. CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, p. 155 qui expliquent que la fuite n'est « pas toujours le moyen d'éviter le risque avec plus de certitude que la riposte ».

⁷¹⁰ SCPI, art. 31 para. 1 c).

⁷¹¹ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 236 : « *self-defence is not an unlimited right* ».

⁷¹² TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *op. cit.*, p. 103 : « *the personal interests of the aggressor, which are significantly diminished due to the aggressor's culpability in launching the attack* ».

à la nécessité militaire⁷¹³. C'est dire qu'il faut effectuer une pesée entre l'acte à accomplir et l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque⁷¹⁴. De ce point de vue, la construction de la nécessité militaire est en tout point similaire aux autres hypothèses de nécessité.

208. Proportionnalité des représailles. Enfin, les représailles doivent être proportionnées, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas être excessives par rapport à l'acte de guerre illégal qui les précède, mais aussi qu'elles doivent cesser dès qu'il est mis fin à cet acte illégal⁷¹⁵. Cela implique alors une mise en balance de plusieurs intérêts, mise en balance que le TPIY a déjà entendu restreindre. En effet, il impose de tenir compte des « conditions élémentaires d'humanité »⁷¹⁶.

209. Proportionnalité de l'état de nécessité. Cette recherche d'équilibre rapproche la légitime défense de l'état de nécessité, qui est traditionnellement entendu comme une pesée des intérêts protégés. Pourtant, et de façon surprenante, la condition de proportionnalité n'est pas mentionnée expressément par le Statut de Rome en ce qui concerne l'état de nécessité. Cependant, plusieurs arguments permettent d'avancer qu'elle fait partie des conditions de ce motif d'exonération. D'abord, la proportionnalité peut être incluse dans le terme « raisonnable »⁷¹⁷. Ensuite, et même si le premier argument ne convainc pas⁷¹⁸, la présence d'une condition de proportionnalité dans l'état de nécessité serait en conformité avec la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux qui, depuis Nuremberg, évoque cette condition⁷¹⁹. Enfin, et surtout, l'expression « à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter »⁷²⁰ est interprétée par de nombreux auteurs comme évoquant la proportionnalité⁷²¹. On y retrouve en effet cette idée

⁷¹³ TPIY, jugement *Galić*, para. 58.

⁷¹⁴ *Ibid.* para. 190. Dans le même sens v. DARCY S., « Defences to international crimes », in SCHABAS W. et BERNAZ N. (ss. dir.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, 2011, p. 24 : « such attacks must respect the principle of proportionality, that is to say, they 'must not cause harm to civilians or civilian objects that is excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated ».

⁷¹⁵ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535 ; TPIY, jugement *Martić*, para. 467.

⁷¹⁶ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535 ; TPIY, jugement *Martić*, para. 467. Sur ces conditions élémentaires d'humanité v. *infra* n°212.

⁷¹⁷ V. *supra* n°194.

⁷¹⁸ V. CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, p. 742 qui considère qu'il n'y a pas « besoin de chercher une proportionnalité déguisée sous le terme 'raisonnable' de l'article 31 du Statut de la Cour pénale internationale ».

⁷¹⁹ V. notamment Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Krupp*, p. 1443 ; Tribunal militaire britannique à Luneburg, *Jepsen*, p. 172 ; TPIY, *Erdemović*, jugement, 29 nov. 1996, n° IT-96-22 précité, para. 17 ; TPIY, *Orić*, Décision orale, p. 9027 ; TPIY, *Le procureur c. Ante Gotovina*, jugement, 15 avril 2011, n° IT-06-90-T, para. 1730.

⁷²⁰ *SCPI*, art. 31 para. 1 d).

⁷²¹ En ce sens v. notamment GUILFOYLE D., *International criminal law* précité, p. 375 ; GILBERT J., « Justice not revenge : the International criminal court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' : defences or

d'équilibre entre les intérêts de la personne soumise à la menace et les intérêts soit de la personne à l'origine de la menace, soit de la société au sens large⁷²².

210. Critique de l'élément subjectif de l'état de nécessité. Il reste que la formulation de l'article 31 paragraphe 1 d) est maladroite, qui évoque une intention, et donc une subjectivité, alors que la condition de proportionnalité s'apprécie de manière objective, par l'étude des intérêts en présence. En l'état actuel de la rédaction de l'article, la proportionnalité de l'état de nécessité devrait donc s'apprécier par rapport à l'acte de riposte, ce qui est acceptable, mais aussi, et surtout, par rapport à l'intention, ce qui est beaucoup plus regrettable. En effet, une interprétation stricte de cette proportionnalité subjective⁷²³ impose de penser, avec un auteur, que la survenance d'un dommage plus grand serait acceptable, dès lors qu'il est prouvé que l'individu n'avait pas l'intention de causer un tel dommage⁷²⁴. Il n'est cependant pas certain qu'une telle possibilité corresponde à l'esprit du texte. Il faut également convenir que si un dommage plus grand est constaté, une telle intention sera particulièrement difficile à établir de manière suffisamment convaincante pour permettre l'exonération totale de l'individu. À l'inverse, et de manière tout aussi difficile à prouver, une interprétation stricte de la lettre du Statut conduirait à refuser le bénéfice de l'état de nécessité à l'individu qui avait l'intention de causer un dommage plus grand mais qui n'a réussi qu'à causer un dommage équivalent ou inférieur⁷²⁵. Cette subjectivité de la proportionnalité de l'état de nécessité, issue d'une assimilation inexplicite entre contrainte et état de nécessité est alors loin d'être satisfaisante⁷²⁶. Elle complique inutilement la définition de l'état de nécessité et, partant, le travail de la Cour pénale internationale chargée d'interpréter le Statut de Rome. Il serait donc plus opportun d'apprécier objectivement la proportionnalité de l'acte de riposte, comme c'est le cas pour la

negation of criminality ? » précité, p. 164 ; KRABBE M., *Excusable evil*, p.227 ; O'KEEFE R., *International criminal law*, p. 217 ; KOLB R., *Droit international pénal*, p. 220.

⁷²² Notamment en cas de menace « constituée par d'autres circonstances ».

⁷²³ KRABBE M., *op. cit.*, p.227 : « *subjective proportionality requirement* ».

⁷²⁴ *Ibid.* : « *even if the defendant did not objectively avoid the greater harm, the requirement can still be met as long as the defendant intended to do so* ». Dans le même sens v. AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 925 : « ce qui importe n'est pas tant de savoir si le dommage causé s'avère in fine plus grand que celui que l'auteur du crime cherchait à éviter, mais plutôt s'il avait l'intention de causer un dommage plus important ».

⁷²⁵ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 314 : « *duress is excluded – on the subjective level – if the actor intended to cause a greater harm* ».

⁷²⁶ Toutes les versions de travail précédentes du Statut opéraient une distinction entre les deux. Sur l'historique de la disposition, v. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 1 », p. 151 à 155. JESSBERGER F., WERLE G., *op. cit.*, para. 565 parle de « *compromise formula unprecedented in comparative law* » (formule de compromis sans précédent en droit comparé).

légitime défense. L'état de nécessité serait ainsi permis si l'individu « a agi d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'[il] courait »⁷²⁷ ou encore « à condition que l'acte de riposte ne soit pas disproportionné par rapport à la menace qu'[il] cherchait à éviter »⁷²⁸. Une telle rédaction permettrait au surplus la prise en compte du dommage équivalent, même s'il faut convenir que la rédaction actuelle de l'article 31 le permet déjà.

211. Proportionnalité de l'acte. Cette appréciation objective de la proportionnalité suggérée pour l'état de nécessité, à l'image de trois autres motifs d'exonération étudiés, il reste à identifier si la proportionnalité doit s'apprécier par rapport à l'acte de riposte ou par rapport au résultat de celui-ci. Concernant la légitime défense et l'état de nécessité, il semble que le Statut de Rome envisage la proportionnalité de l'acte de riposte et non pas du résultat. En effet, la légitime défense suppose que l'individu ait « agi d'une manière proportionnée au danger qu'elle courait »⁷²⁹ tandis que l'état de nécessité suppose que la personne « n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter ». Il faudrait alors comparer la menace initiale et les moyens employés pour la contrer. C'est d'ailleurs la position que semble adopter le TPIY dans l'affaire *Gotovina* lorsqu'il considère que la conduite des individus qui invoquent la légitime défense n'est pas proportionnée dans la mesure où ils disposaient d'autres moyens que les coups de feu mortels pour contrer le danger⁷³⁰. La précision est d'importance puisqu'une telle interprétation implique de ne pas tenir compte des conséquences excessives mais accidentelles d'un acte de riposte proportionné⁷³¹. Nécessité militaire et représailles supposent en outre une appréciation spéciale de cette proportionnalité.

⁷²⁷ En adoptant une rédaction semblable à celle de la légitime défense.

⁷²⁸ En adoptant une rédaction semblable à celle de l'état de nécessité. Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

⁷²⁹ *Statut de Rome*, art. 31 para. 1 c).

⁷³⁰ TPIY, jugement *Gotovina*, para. 1730 : « *the perpetrators' conduct, [was] disproportionate, where other ways of thwarting any possible danger instead of firing lethal shots were available* ».

⁷³¹ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *op. cit.*, p. 409 : « *if there is a distinction [between actions and consequences], then unintended excessive consequences of necessary and reasonable reactions are not to be taken into account* » (s'il y a une distinction entre l'action et les conséquences de l'action, on ne doit alors pas tenir compte des conséquences excessives mais imprévues d'une réaction nécessaire et raisonnable), repris par GUILFOYLE D., *op. cit.*, p. 375 qui estime que cette solution « *would seem the fairest result* » (le résultat le plus juste).

2) L'appréciation spéciale de la proportionnalité

212. Interdiction de cibler la population civile. La nécessité militaire et les représailles ne peuvent subvenir que lors d'un conflit armé⁷³², lors duquel s'applique le droit humanitaire et, notamment le principe d'humanité. Le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève prévoit en effet que « les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique »⁷³³. En droit pénal international, le TPIY a ainsi notamment affirmé que « la protection des civils en période de conflit armé, qu'il soit international ou interne, est le socle sur lequel repose le droit humanitaire moderne »⁷³⁴. Le TPIY en a déduit une impossibilité absolue d'invoquer les représailles comme motif d'exonération lorsqu'elles avaient eu lieu à l'encontre des civils car elles constituent « un moyen intrinsèquement barbare d'assurer le respect du droit international »⁷³⁵. Par conséquent, « l'exercice de représailles doit, autant que faire se peut, respecter le principe de protection de la population civile au cours des conflits armés et l'interdiction globale de prendre les civils pour cible »⁷³⁶. L'interdiction de prendre des civils pour cible vaut également aussi bien pour la nécessité militaire, le TPIY ayant affirmé que « ni les personnes civiles ni la population civile en tant que telle ne doivent être l'objet d'attaques. Il [n'est prévu] aucune exception. En particulier, (...) toute possibilité d'y déroger en se prévalant des nécessités militaires [est exclue] »⁷³⁷. Aucune attaque directe de civils ne peut alors remplir cette condition de proportionnalité.

213. Admission des dommages incidents causés aux civils. En revanche, une attaque causant des dommages incidents aux civils paraît pouvoir être admise. Le TPIY a en effet reconnu que si des précautions raisonnables doivent être prises pour éviter que des civils ne soient touchés par des attaques, ce principe « a toujours été appliqué en association avec le principe de proportionnalité, en vertu duquel les dommages incidents (et involontaires) causés aux civils lors d'une attaque militaire ne doivent pas être disproportionnés à l'avantage militaire

⁷³² Sur cette limitation du domaine de la nécessité militaire et des représailles v. *supra* n°35 et n°33 pour les représailles.

⁷³³ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, art. 1^{er}, para. 2.

⁷³⁴ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 521.

⁷³⁵ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 528.

⁷³⁶ TPIY, jugement *Martić*, para. 467.

⁷³⁷ TPIY, jugement *Galić*, para. 44.

direct qu'elle procure »⁷³⁸. Des dommages civils collatéraux peuvent donc être justifiés par la nécessité militaire s'ils sont proportionnés⁷³⁹. Il est possible de considérer qu'il pourrait en aller de même dans le cas des représailles. En effet, en considérant que « l'exercice de représailles doit, autant que faire se peut, respecter le principe de protection de la population civile »⁷⁴⁰, le TPIY paraît ne pas totalement fermer la porte à l'admission des représailles en cas de dommages civils collatéraux proportionnés.

214. Conclusion de section. Les quatre motifs d'exonération fondés sur le choix de commettre une infraction reposent ainsi globalement sur une structure commune. L'acte de légitime défense, de représailles et d'état de nécessité supposent en effet d'être commis dans un contexte dangereux provenant d'une source illicite dans les deux premiers cas et de circonstances objectives dans le dernier cas. Ce contexte dangereux doit en outre mettre en péril la vie ou l'intégrité physique de l'individu ou d'autrui en cas d'état de nécessité mais il peut se satisfaire de n'importe quel péril en cas de légitime défense. L'objet du danger autorisant l'acte de représailles n'est quant à lui pas précisé et dépend ainsi de la violation du droit des conflits armés commise par l'adverse. Cette violation doit être en cours, ce qui indique que l'acte de représailles ne peut pas intervenir si le danger est simplement imminent, ce qui le distingue sur ce point de l'acte commis en légitime défense ou en état de nécessité. La nécessité militaire fait quant à elle figure d'exception car elle n'exige pas qu'un danger imminent ou en cours soit caractérisé. L'acte de nécessité militaire est plutôt mis en œuvre dans un contexte de stratégie militaire et suppose ainsi de chercher à atteindre un objectif militaire. Les quatre motifs d'exonération se rejoignent cependant quant aux conditions relatives à l'acte commis puisque tous exigent que cet acte soit nécessaire et raisonnable et proportionné. L'acte commis doit être adéquat et apte à atteindre le résultat escompté tout en demeurant proportionné. Cette condition doit au demeurant s'apprécier de manière objective et en vérifiant si l'acte de riposte, et non pas son résultat, est proportionné. Pour apprécier la proportionnalité de la nécessité militaire et des représailles, il faut de plus tenir compte des exigences posées par le droit humanitaire applicable au cours d'un conflit armé.

⁷³⁸ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 524.

⁷³⁹ CPI, jugement *Katanga*, para. 895.

⁷⁴⁰ TPIY, jugement *Martić*, para. 467 (nous soulignons).

Conclusion du Chapitre 2

215. Motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction.

Les motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction exigent tous des conditions spéciales différentes, qui ont cependant un lien avec l'élément psychologique du comportement reproché. Le trouble mental et l'intoxication, en ce qu'ils suppriment le discernement de l'individu, l'empêchent ainsi de former une quelconque intention. Les erreurs exigent quant à elle une disparition de l'élément psychologique. Au sein des motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction, l'ordre du supérieur fait alors figure d'exception en ce qu'il ne présente pas de lien particulier avec cet élément psychologique. Il n'est en effet pas exigé que l'erreur relative à l'illégalité de l'ordre, sur laquelle il repose, fasse disparaître l'élément psychologique. Les conditions spéciales de l'ordre du supérieur ont en revanche pour objectif de s'assurer que le lien de subordination est légitimé par la loi, de sorte que l'individu pouvait légitimement exécuter l'ordre non manifestement illégal et dont il ne connaissait pas l'illégalité.

216. Motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction. Les motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction sont quant à eux structurés de manière relativement identique, ce qui s'explique par le fait qu'ils constituent tous des hypothèses de nécessité. La légitime défense des biens, la nécessité militaire et les représailles constituent cependant des motifs d'exonération spéciaux, applicables uniquement en cas de crime de guerre, là où légitime défense et état de nécessité sont des motifs d'exonération généraux, applicables à l'ensemble des infractions visées par le Statut de Rome. La nécessité militaire se distingue encore de la légitime défense, de l'état de nécessité et des représailles en ce que le danger imminent n'est pas une condition juridique de sa mise en œuvre. Il est possible, factuellement, que ce danger imminent existe et que la nécessité militaire vienne y répondre mais il se peut tout autant qu'elle soit mise en œuvre plus sereinement en application d'une stratégie militaire. Elle suppose en revanche, comme la légitime défense, l'état de nécessité et les représailles, de remplir une condition de proportionnalité. Cette dernière est ainsi une condition commune aux motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction.

Conclusion du Titre I

217. Conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération. L'étude des conditions substantielles de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international a révélé que les motifs d'exonération faisaient tous intervenir une certaine forme de raisonnable, qu'il s'agisse d'une condition de mise en œuvre autonome ou qu'il s'agisse d'apprécier la situation à l'aune de la personne raisonnable. L'ensemble des motifs d'exonération exigent aussi, au titre de leurs conditions générales de mise en œuvre, une absence de faute antérieure. Finalement, pour que les conditions substantielles de mise en œuvre d'un motif d'exonération soient remplies, il faut que le comportement adopté soit raisonnable et dénué de faute. Ces deux conditions ne sont pas inédites en droit pénal international car elles se retrouvent dans les différents droits internes parmi les conditions d'application de certains de leurs motifs d'exonération. C'est sans doute leur nature de condition générale de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international qui les distingue de leurs homologues internes.

218. Conditions spéciales de mise en œuvre des motifs d'exonération. À ces conditions substantielles générales s'ajoutent des conditions substantielles spéciales, propres à la mise en œuvre de chaque motif d'exonération. Au sein de ces conditions spéciales, une place particulière doit être faite à la proportionnalité en ce qu'elle constitue une condition commune à l'ensemble des motifs d'exonération reposant sur un choix de commettre l'infraction et nécessitant en conséquence une pesée des intérêts en présence. Légitime défense, état de nécessité, nécessité militaire et représailles ont donc une structure identique et constituent tous des hypothèses de nécessité. À l'inverse, les motifs d'exonération reposant sur une absence de choix de commettre l'infraction ne connaissent pas de structure particulière et ne présentent aucune condition commune. Trouble mental, intoxication, erreur de fait, erreur de droit et ordre du supérieur ont donc des conditions qui leur sont propres, même si les deux premiers vont de pair en exigeant tous deux une absence de discernement. Une nouvelle fois, les conditions spéciales auxquelles sont soumis les différents motifs d'exonération ne diffèrent pas particulièrement des conditions que connaissent les motifs d'exonération des droits internes.

219. Mise en œuvre procédurale. Ces différentes conditions substantielles, qu'elles soient générales ou spéciales, ne peuvent cependant se mettre en œuvre dans l'abstrait. Le droit pénal international, comme le droit pénal interne, est en effet un droit judiciaire, dont l'existence ne

se justifie que s'il est appliqué par un juge lors d'une procédure. Au sein de cette dernière, des conditions procédurales de mise en œuvre des motifs d'exonération s'ajoutent donc à leurs conditions substantielles afin qu'ils puissent être mis en œuvre.

TITRE II : LES CONDITIONS PROCEDURALES DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

220. Introduction. Le Statut de Rome, complété par le Règlement de procédure et de preuve, pose un cadre procédural à la mise en œuvre des motifs d'exonération. L'existence de ce cadre procédural doit être salué en ce qu'il consacre de nombreux droits à l'accusé. L'article 67 du Statut de Rome, intitulé « Droits de l'accusé », consacre ainsi le droit de l'accusé à ce que sa cause soit entendue publiquement, équitablement et de façon impartiale et liste ensuite une série de garanties, parmi lesquelles deux peuvent être rattachées aux motifs d'exonération : l'accusé a en effet « le droit de faire valoir des moyens de défense »⁷⁴¹ et de « ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation »⁷⁴². L'article 67 du Statut de Rome offre ainsi des garanties tenant à l'invocation d'un motif d'exonération et à sa preuve. Ce n'est cependant pas le seul instrument juridique de la Cour pénale internationale à traiter des règles procédurales puisque le Règlement de procédure et de preuve a justement été créé pour cela. En son sein, quatre règles évoquent les motifs d'exonération, dont deux retiennent l'attention en ce qu'elles fixent une procédure propre aux éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération. Dans le Chapitre 4 relatif aux « dispositions applicables aux diverses phases de la procédure », la section II « Divulgence » contient en effet deux règles portant sur les motifs d'exonération. La première porte sur la « divulgation de certains éléments par la défense », à savoir l'existence d'un alibi⁷⁴³ ou « un des motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus au paragraphe 1 de l'article 31 »⁷⁴⁴ et la seconde sur la « procédure à suivre pour invoquer un motif d'exonération de la responsabilité pénale en application du paragraphe 3 de l'article 31 »⁷⁴⁵. Les instruments juridiques de la Cour pénale internationale prévoient donc des règles spécifiques aux motifs d'exonération, ce qui révèle une certaine volonté de singulariser les motifs d'exonération. Tout au long de la procédure pénale internationale, les motifs d'exonération devront ainsi remplir certaines conditions afin de pouvoir être mis en œuvre, tenant tant à leur invocation (Chapitre 1) qu'à leur preuve (Chapitre 2).

⁷⁴¹ *SCPI*, art. 67 para. 1 e).

⁷⁴² *SCPI*, art. 67 para. 1 i).

⁷⁴³ *RPP CPI*, art. 79 para. 1 a). Sur l'alibi v. *supra* n°46 et s.

⁷⁴⁴ *RPP CPI*, art. 79 para. 1 b).

⁷⁴⁵ *RPP CPI*, art. 80.

Chapitre 1 : L'invocation du moyen de défense tiré des motifs d'exonération

221.Introduction. L'article 67 du Statut de Rome consacre les droits de l'accusé, parmi lesquels « le droit de faire valoir des moyens de défense ». L'expression « moyens de défense », non définie par le Statut, s'entend en droit français comme regroupant « tous les procédés qui permettent au défendeur de contrer les attaques dont il est l'objet »⁷⁴⁶, ce qui en fait une notion assez vaste, comprenant les défenses au fond, les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir⁷⁴⁷. Il en va de même s'agissant du terme anglais « *defences* », qui renvoie à toutes les prétentions invoquées par l'accusé par lesquelles il cherche à être acquitté des charges qui pèsent contre lui⁷⁴⁸. Le terme « acquitté » est sans doute maladroit en ce qu'il ne traduit pas la forme extensive que peut prendre la notion anglaise, dont les mêmes auteurs expliquent qu'elle contient des catégories substantielles et procédurales de moyens de défense⁷⁴⁹. L'objectif des moyens de défense est ainsi identique dans les différents systèmes : il s'agit d'empêcher, par tous les moyens possibles, que l'accusation n'arrive à ses fins et n'obtienne la condamnation de l'accusé. Les motifs d'exonération s'inscrivent parfaitement dans cet objectif, de sorte qu'ils sont inclus dans les moyens de défense, ce que le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie paraît avoir déjà souligné en définissant au sens large la légitime défense comme un moyen de défense⁷⁵⁰. Suivant la catégorie de moyen de défense à laquelle ils appartiennent, les motifs d'exonération seront soumis à des règles précises, notamment s'agissant de leur invocation. Une défense au fond n'est, par exemple, pas soulevée au même moment qu'une exception de procédure, la première pouvant intervenir à tout moment et la seconde devant être

⁷⁴⁶ CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L. et GUINCHARD S., *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. « Précis », 35^{ème} éd., 2020, para. 363 p. 283.

⁷⁴⁷ Ces trois catégories correspondent aux trois chapitres contenus dans le Titre V du Livre I^{er} du Code de procédure civile, intitulé « les moyens de défense ».

⁷⁴⁸ BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », in MCGOLDRICK D., ROWE P. et DONNELLY E. (ss. dir.), *The Permanent International criminal court : Legal and policy issues*, Hart Publishing, 2004, p. 263 : « [a defence is a] claim submitted by the accused by which he or she seeks to be acquitted of a criminal charge ».

⁷⁴⁹ Le même auteur décompose en effet par la suite les « *defences* » en « *substantive defences* » et en « *procedural defences* » et note que ces dernières empêchent le procès de s'intéresser au fond et, par conséquent, d'aboutir à un acquittement. V. BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », *op. cit.*, p. 264. V. aussi O' REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C. (ss. dir.), *Defence perspectives on international criminal law*, Cambridge University Press, 2017, p. 478 ; KREBS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », *Cambridge journal of international law*, 2013, vol. 2, Issue 3, p. 383.

⁷⁵⁰ TPIY, *Le procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, jugement, 26 fév. 2001, n°IT-95-14/2-T, para. 449.

invoquée à un moment précis. Pour déterminer les règles d’invocation auxquelles sont soumis les motifs d’exonération (Section 2), il faut alors déterminer plus précisément à quelle catégorie procédurale ils appartiennent (Section 1).

Section 1 : La catégorie procédurale des motifs d’exonération

222. Absence de précision quant à la catégorie procédurale des motifs d’exonération.

Les instruments juridiques des différentes juridictions pénales internationales ne donnent quasiment aucune information quant à la catégorie procédurale à laquelle appartiennent les motifs d’exonération. Tout au plus les règlements de procédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda posent-ils l’obligation pour la défense de notifier au procureur son intention d’invoquer « un moyen de défense spécial, y compris le défaut total ou partiel de responsabilité mentale »⁷⁵¹. Le défaut total de responsabilité mentale paraît ici correspondre au trouble mental abolissant le discernement. Ce motif d’exonération serait donc un « moyen de défense spécial ». Cette expression n’est cependant pas définie par ces règlements et la tentative de définition par les tribunaux *ad hoc*, loin d’apporter des éclaircissements, pose plus de questions qu’elle n’en résout. Les juges du TPIY ont rejeté l’interprétation *ejusdem generis*, c’est-à-dire l’interprétation par analogie conduisant à considérer que si les éléments d’une même liste sont liés par un critère commun, l’on peut ajouter un élément à la liste uniquement s’il partage lui aussi ce critère commun⁷⁵². Appliqué à l’article 67 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY, qui évoque « un moyen de défense spécial, y compris le défaut total ou partiel de responsabilité mentale »⁷⁵³, cela aurait

⁷⁵¹ RPP TPIY, art. 67 para. B) i) b) et RPP TPIR, art. 67 para. A) ii) b) quoi qu’avec une formulation très légèrement différente, qui évoque « l’atténuation ou l’absence de responsabilité pénale ». Il est cependant à noter que la version anglaise de ces deux textes est quant à elle strictement identique, qui évoque « *any special defence, including that of diminished or lack of mental responsibility* ».

⁷⁵² Sur la définition de ce type d’interprétation, v. KOLB R., *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012, p. 210 : « Cet argument consiste à exiger qu’un élément d’une norme soit interprété à la lumière des éléments similaires contenus dans des normes connexes. Un exemple classique est celui d’une disposition contenant une liste de cas soumis à certains effets juridiques. Un critère sous-jacent commun lie entre elles toutes les situations contenues de la liste. L’interprète est prêt à accepter d’ajouter par analogie un cas non explicitement prévu à la liste, donc de traiter celle-ci comme étant non exhaustive, mais uniquement si le nouveau cas est du même type que ceux mentionnés, c’est-à-dire s’il en partage l’élément sous-jacent commun ». Pour une illustration non juridique, mais fort explicite, v. SAMSON M. et BÉLANGER C., « La règle *ejusdem generis* – La règle relative aux choses du même genre » Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe Pigeon, Université Laval, (<https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/files/capsule-regle-ejusdem-generis-vf.pdf>), p. 1 : « À titre d’illustration, en appliquant la règle *ejusdem generis*, il faudrait conclure qu’un lion n’est pas un « animal » inclut dans l’énumération « pigeon, hirondelle, moineau et autres animaux » parce qu’il n’appartient pas à la même catégorie que les animaux mentionnés spécifiquement ».

⁷⁵³ RPP TPIY, art. 67 para. B) i) b) et RPP TPIR, art. 67 para. A) ii) b) quoi qu’avec une formulation très légèrement différente, qui évoque « l’atténuation ou l’absence de responsabilité pénale ». Il est cependant à noter que la

conduit à « se limiter aux moyens tirés de l'abolition des facultés intellectuelles », ce que le TPIY n'a pas accepté⁷⁵⁴.

223. Absence de clarté de la définition des « faits dont l'accusé a connaissance ». Lors du jugement de la célèbre affaire *Čelebići*, le TPIY a alors considéré que « la signification la plus favorable à l'accusé qui peut être donnée à [l'expression « moyen de défense spécial] est celle-ci : un moyen de défense spécial soulevé par un accusé est, en dehors des moyens généraux qui lui sont ouverts, un moyen qui lui est propre dans les circonstances de l'espèce. Ainsi, les faits invoqués par l'accusé à titre de moyen de défense spécial sont ceux dont il a connaissance »⁷⁵⁵. Il ressort de cette définition prétorienne qu'il existerait des moyens de défense spéciaux et des moyens de défense généraux, ce que l'on pouvait déjà induire des règlements de procédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux. Il n'est cependant toujours pas possible d'identifier à quoi renvoient ces deux expressions. L'on pourrait être tenté de voir dans « les faits dont l'accusé a connaissance » une référence aux motifs d'exonération qui peuvent être qualifiés de subjectifs, c'est-à-dire qui prennent leur source dans la personne de l'accusé⁷⁵⁶. Cela constituerait cependant une interprétation trop restrictive dans la mesure où l'accusé a en principe également connaissance des motifs d'exonération qualifiés parfois d'objectifs⁷⁵⁷, même si leur source lui est extérieure. L'accusé a par exemple connaissance de la situation de légitime défense dans laquelle il se trouvait ou croyait se trouver lorsqu'il invoque ce motif d'exonération.

224. Absence de clarté de la définition du « moyen qui [est propre à l'accusé] dans les circonstances de l'espèce ». De la même manière, l'opposition entre le « moyen qui lui est propre dans les circonstances de l'espèce » et les « moyens généraux qui lui sont ouverts » n'éclaire pas le sens à donner au moyen de défense spécial. En effet, abstraitement, tous les moyens de défense possibles sont ouverts à l'accusé, qui ne va pourtant utiliser que ceux qui correspondent à sa situation. Or, cette détermination se fait toujours par rapport aux circonstances de l'espèce. Tuant une victime endormie, l'accusé n'invoquerait pas la légitime défense, pas plus qu'un accusé qui n'a pas consommé de substances n'invoquerait

version anglaise de ces deux textes est quant à elle strictement identique, qui évoque « *any special defence, including that of diminished or lack of mental responsibility* ».

⁷⁵⁴ TPIY, *Le procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo* (jugement *Čelebići*), jugement, 16 nov. 1998, n° IT-96-21-T, para. 1157.

⁷⁵⁵ TPIY, jugement *Čelebići*, para. 1158.

⁷⁵⁶ Sur cette qualification v. *supra* n°5.

⁷⁵⁷ Sur cette qualification v. *supra* n°5.

l'intoxication. La dichotomie « moyen propre à l'accusé dans les circonstances de l'espèce » et « moyens généraux qui lui sont ouverts » conduirait alors à une qualification casuistique du « moyen de défense spécial », un moyen de défense général devenant spécial lorsque les circonstances de l'espèce rendent son invocation pertinente par l'accusé, ce qui n'est pas acceptable.

225.Échec du recours à la catégorie des moyens de défense spéciaux. Il n'est pas non plus possible de considérer que les moyens de défense spéciaux correspondent à la catégorie des motifs d'exonération spéciaux, c'est-à-dire qui ne s'appliquent qu'à certaines infractions précises. Par exemple, le trouble mental visé expressément comme un moyen de défense spécial par le Règlement de procédure et de preuve des tribunaux *ad hoc* est un motif d'exonération général, invocable quel que soit le crime poursuivi. La tentative de définition opérée dans le jugement *Čelebići* n'est alors pas concluante, ce qui explique peut-être qu'elle n'ait pas été reprise par les juges d'appel, qui paraissent employer indifféremment les expressions « moyen de défense » et « moyen de défense spécial »⁷⁵⁸. Cette dernière, qui d'ailleurs a été remplacée par l'expression plus substantielle de « motifs d'exonération » dans le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale⁷⁵⁹, ne peut donc pas être circonscrite efficacement et doit être rejetée en tant que qualification procédurale.

226.Catégories de moyens de défense. Le recours aux instruments juridiques des divers tribunaux pénaux internationaux et à la jurisprudence s'étant avéré inefficace, il faut alors solliciter les catégories classiques de moyens de défense, afin de déterminer la nature procédurale exacte des motifs d'exonération. Si l'on considère que tout ce qui empêche l'accusation d'arriver à ses fins est un moyen de défense, la notion prend un sens très large, incluant des moyens très différents. Il paraît cependant possible de distinguer, parmi ces moyens de défense, les défenses au fond des moyens de défense plus procéduraux. Il faut alors déterminer à quelle catégorie de moyens de défense correspondent les motifs d'exonération.

227.Définition des moyens de défense procéduraux. Les moyens de défense procéduraux sont utilisés pour démontrer que certaines règles de procédure ont été violées, au détriment de

⁷⁵⁸ TPIY, *Čelebići*, arrêt 20 fév. 2001, n° IT-96-21-A, para. 582-583.

⁷⁵⁹ RPP CPI, Règle 79, para. 1 b).

l'accusé, de sorte que l'affaire ne peut se poursuivre sur le fond⁷⁶⁰. Autrement dit, les défenses procédurales « consiste[nt] à faire perdre de manière temporaire ou définitive le droit au procès »⁷⁶¹. Ainsi compris, dans le Statut de Rome, ces moyens de défense procéduraux incluent notamment des mécanismes tels que les exceptions de compétence⁷⁶², consistant à contester la compétence de la Cour pénale internationale, les exceptions de recevabilité⁷⁶³, consistant à contester les conditions de recevabilité de l'article 17 du Statut de Rome, ou encore toutes les questions touchant à la régularité de la procédure⁷⁶⁴. Ils font en quelque sorte office de préalable à l'examen au fond de l'affaire, ce que conforte le Règlement de procédure et de preuve en prévoyant un ordre d'étude des différents moyens de défense : la Cour statue d'abord sur la compétence, ensuite sur la recevabilité, ensuite sur les exceptions et questions touchant à la régularité de la procédure et enfin sur le fond⁷⁶⁵. Le Règlement de procédure et de preuve va même plus loin et impose de soulever les exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité à l'ouverture du procès, à défaut de quoi il faudra obtenir l'autorisation de la Cour pour les soulever au cours du procès⁷⁶⁶. Si l'un de ces moyens de défense procéduraux est reconnu, il n'y a ainsi plus d'intérêt à examiner le fond de l'affaire et à débattre d'une déclaration de culpabilité⁷⁶⁷.

228.Exclusion des motifs d'exonération des moyens de défense procéduraux. Les motifs d'exonération, dont le rôle est d'empêcher que la responsabilité de l'accusé ne soit établie, ne participent donc pas de la même logique que les moyens de défense procéduraux puisqu'ils ne remettent en cause ni la compétence de la Cour pénale internationale, ni la recevabilité de l'affaire, ni la régularité de la procédure. Leur but « n'est pas d'éluder le débat au fond mais de sortir vainqueur de ce débat »⁷⁶⁸. Ils peuvent donc être invoqués à tout moment, ce que conforte le Règlement de procédure et de preuve de la CPI. Si le Règlement impose en effet à l'accusé d'informer suffisamment à l'avance le procureur de son intention d'invoquer un des motifs

⁷⁶⁰ BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », op. cit., p. 264 : « [procedural defences] are used to demonstrate that certain criminal procedural rules have been violated to the detriment of the accused, with the consequence that the trial cannot proceed to its merits ».

⁷⁶¹ BLOCH L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003, para. 132 p. 80.

⁷⁶² SCPI, art. 19.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ RPP CPI, Règle 122 para. 3.

⁷⁶⁵ Ordre tiré des Règles 58 para. 4 (procédure au titre de l'article 19), 122 para. 2 et 3 (confirmation des charges) et 133 (procès) du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale.

⁷⁶⁶ RPP CPI, Règle 133.

⁷⁶⁷ Pour une étude plus détaillée de ce terme, v. *infra* n°235.

⁷⁶⁸ BLOCH L., *op. cit.*, para. 135 p. 82.

d'exonération de l'article 31 paragraphe 1 du Statut de Rome⁷⁶⁹, il affirme clairement que le manquement à cette obligation d'information « ne limite pas son droit d'invoquer [des motifs d'exonération] et de présenter des éléments de preuve »⁷⁷⁰. Le Règlement de procédure et de preuve du TPIY contenait une règle similaire⁷⁷¹, qui a fait l'objet de précisions dans l'arrêt *Aleksovski*. L'accusé invoquait en effet l'état de nécessité pour la première fois en appel, ce que contestait l'accusation⁷⁷². La Chambre d'appel du TPIY a alors commencé par préciser que « les accusés ne peuvent généralement pas soulever un moyen de défense pour la première fois au stade de l'appel »⁷⁷³, notamment car il faut laisser le temps à l'accusation de préparer la réfutation de ce moyen de défense. La Chambre d'appel a cependant estimé que « pour autant [que] rien de ce qui précède ne saurait porter préjudice à la présomption d'innocence à laquelle a droit l'accusé ni ne dispense l'Accusation de prouver ses allégations ». Aussi a-t-elle conclu qu'elle devait étudier l'état de nécessité invoqué par l'accusé⁷⁷⁴. Cette solution paraît pouvoir s'appliquer devant la Cour pénale internationale dont le Règlement de procédure et de preuve est similaire à celui du TPIY sur ce point. Ainsi, les motifs d'exonération peuvent être invoqués à tout moment de la procédure, même au stade de l'appel, de sorte qu'ils ne peuvent pas faire partie des moyens de défense procéduraux, invocables quant à eux seulement *in limine litis*.

229. Définition des défenses au fond. S'ils ne sont pas des moyens de défense procéduraux, les motifs d'exonération sont-ils pour autant des défenses au fond ? À l'inverse des moyens de défense procéduraux, ces défenses au fond ne portent pas sur des questions procédurales mais sur le fond de l'affaire présentée par le procureur⁷⁷⁵. Elles permettent de contester, sur le fond, les arguments de l'accusation, de façon à l'empêcher d'obtenir un verdict de culpabilité⁷⁷⁶. Cela implique alors de préciser ce que l'accusation doit prouver⁷⁷⁷. Selon la chambre d'appel du tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, dont la solution paraît avoir été reprise par la Cour pénale internationale dans son jugement *Ongwen*, pour qu'un accusé puisse être déclaré coupable,

⁷⁶⁹ RPP CPI, Règle 79 para. 1 b). Sur l'obligation de communication par l'accusé v. *infra* n°291 et s.

⁷⁷⁰ RPP CPI, Règle 79 para. 3.

⁷⁷¹ RPP TPIY, Règle 67 B i) b) : « la défense informe le Procureur de son intention d'invoquer un moyen de défense spécial, y compris le défaut total ou partiel de responsabilité mentale, avec indication des nom et adresse des témoins ainsi que de tous autres éléments de preuve sur lesquels l'accusé a l'intention de se fonder pour établir ce moyen de défense ». La Règle 67 C précise ensuite que « le défaut d'une telle notification par la défense ne limite pas le droit de l'accusé de témoigner sur ces moyens de défense ».

⁷⁷² TPIY, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, arrêt, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1, para. 41.

⁷⁷³ *Ibid.* para. 51.

⁷⁷⁴ Sur cette étude v. *infra* n°406.

⁷⁷⁵ BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », *op. cit.*, p. 264 : « [substantive defences] refer to the merits, as presented by the prosecutor ».

⁷⁷⁶ Pour reprendre les termes de l'article 76 du Statut de Rome.

⁷⁷⁷ De manière plus détaillée sur cette question v. *infra* n°312 et s.

l'accusation doit établir « chacun des éléments constitutifs de ce crime et le mode de participation allégué, ainsi que tout fait indispensable pour prononcer une déclaration de culpabilité »⁷⁷⁸. Il n'est donc pas possible de réduire le rôle de l'accusation à la seule démonstration de l'infraction mais bien de tout ce qui, autour de cette infraction, permettra d'établir les éléments de la responsabilité et d'aboutir à un verdict de culpabilité à l'encontre de l'accusé. Aussi, tous les arguments utilisés par l'accusé pour contester la thèse de l'accusation peuvent être qualifiés de défenses au fond, que ces arguments remettent en cause la constitution d'un ou plusieurs éléments constitutifs de l'infraction⁷⁷⁹, son imputation, n'importe quelle circonstance entourant la commission de l'infraction ou qu'ils consistent à invoquer un alibi⁷⁸⁰.

230. Inclusion des motifs d'exonération dans les défenses au fond. Tous les motifs d'exonération, en ce qu'ils viennent contester la responsabilité recherchée par l'accusation, seraient donc des moyens de défense au fond⁷⁸¹. Une difficulté pourrait surgir en observant que lorsque l'accusé invoque un motif d'exonération, il ne répond pas exactement aux arguments employés par l'accusation mais se place sur un terrain voisin, ce qui ne correspondrait pas à la définition traditionnelle de la défense au fond, qui s'entend « comme la défense par laquelle le défendeur va réagir frontalement à la demande »⁷⁸². Or, l'accusation ne doit prouver l'absence des motifs d'exonération que s'ils sont invoqués par l'accusé⁷⁸³, de sorte qu'au moment où l'accusé argue de ces motifs d'exonération, il ne répond pas véritablement à l'accusation qui n'en a encore jamais parlé. Cela étant, il a été démontré que « le fait que le défendeur réponde sur un terrain voisin de celui du demandeur ne pouvait être qu'une apparence »⁷⁸⁴. Ce raisonnement, déjà transposé à l'exonération en droit de la responsabilité civile⁷⁸⁵, est

⁷⁷⁸ TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, 9 mai 2007, arrêt, n°IT-02-60-A, para. 226 ; repris par CPI, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, jugement, 4 fév. 2021, n° ICC-02/04-01/15, para. 227 et 231.

⁷⁷⁹ O' REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C. (ss. dir.), *Defense perspectives on international criminal law*, Cambridge University press, 2017, p. 478.

⁷⁸⁰ *Ibid.* V. aussi O'KEEFE R., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2017, p. 210 : « *There are as many possible defences to criminal responsibility under customary international law as there are material and mental elements of the various crimes and alibis* » (il y a autant de moyens de défense possibles en droit international coutumier qu'il y a d'éléments matériel et moral des différents crimes et alibis).

⁷⁸¹ Dans le même sens v. HORDER J., *Ashworth's principles of criminal law*, O.U.P., 8th éd., 2016, p. 131, selon qui toutes les permissions de la loi, dans lesquelles il inclut notamment la légitime défense, fonctionnent procéduralement comme des moyens de défense (« *Lawyers frequently speak of these doctrines as defences, for example, 'the defence of self-defence', and procedurally that is how they function* »). L'affirmation vaut alors pour tous les mécanismes pour lesquels l'auteur emploie le terme de « *defence* », c'est-à-dire le trouble mental (p. 107), l'état de nécessité (p. 147), l'intoxication (p. 216), la contrainte (p. 227) et l'erreur (p. 238).

⁷⁸² BLOCH L., *op. cit.*, para. 160 p. 101.

⁷⁸³ Sur la justification de cette répartition de la charge de la preuve v. *infra* n°311.

⁷⁸⁴ MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, réédition Dalloz, 2002, para. 89.

⁷⁸⁵ BLOCH L., *op. cit.*, para. 156 et s.

également transposable à l'exonération en droit pénal international. L'accusation n'a en effet aucun intérêt à démontrer l'absence d'un motif d'exonération non encore invoqué par l'accusé car, à ce stade, cette absence est « présumée »⁷⁸⁶. Ainsi, lorsque l'accusé invoque des motifs d'exonération, il répond à cette présupposition et la remet en cause, ce qui le conduit bien à réagir frontalement à l'accusation. Les motifs d'exonération peuvent alors être considérés comme des moyens de défense au fond⁷⁸⁷. Le TPIY ne disait d'ailleurs rien d'autre en affirmant que si le moyen de défense relatif au trouble mental était admis, « il constitu[ait] une cause exonératoire de responsabilité et condui[sait] à l'acquittement »⁷⁸⁸.

231. Pertinence de la qualification « d'affirmative defence » ? Parmi les moyens de défense au fond, peut-être est-il alors possible de voir les moyens relatifs aux motifs d'exonération comme une sous-catégorie correspondant à ce que la doctrine anglo-saxonne nomme les *affirmative defences*. Cette catégorie se définit comme la situation dans laquelle l'accusé cherche à justifier ou à excuser une conduite qui serait autrement infractionnelle, en faisant référence à des circonstances dont l'absence n'est pas un élément de l'infraction⁷⁸⁹. Autrement dit, une *affirmative defence* correspond à l'affirmation par l'accusé de faits et d'arguments qui, s'ils sont vrais, vaincraient les prétentions du demandeur ou du procureur, même si toutes les allégations de ces derniers sont exactes⁷⁹⁰. L'expression « *affirmative defence* » est parfois employée dans la version anglaise de certaines décisions des tribunaux pénaux internationaux pour désigner les moyens de défense tirés d'un motif d'exonération. C'est le cas notamment de l'arrêt *Gacumbitsi* du TPIR, dans lequel l'une des questions cruciales

⁷⁸⁶ Terme de BLOCH L., *op. cit.*, para. 157 p. 99.

⁷⁸⁷ Dans le même sens v. notamment CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 3^{ème} éd., 2014, p. 398 qui précisent dans le chapitre relatif aux motifs d'exonération que ce chapitre traite principalement des moyens de défense au fond (« *this chapter is primarily concerned with substantive defences to international crimes* ») ; BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », in MCGOLDRICK D., ROWE P. et DONNELLY E. (ss. dir.), *The Permanent International criminal court : Legal and policy issues*, Hart Publishing, 2004, p. 264, qui précise que son chapitre consacré aux motifs d'exonération ne traitera que des moyens de défense au fond (« *This chapter will focus only on substantive defences* ») ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », in BROWN B. S., *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011, p. 300 qui exclut les moyens de défense procéduraux de son chapitre sur les défenses en droit pénal international (« *These procedural defences are beyond the scope of this chapter* »).

⁷⁸⁸ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 582.

⁷⁸⁹ O' REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C. (ss. dir.), *Defense perspectives on international criminal law*, précité, p. 478 : « *When the accused seeks to justify or excuse his or her otherwise criminal conduct with reference to some circumstance the non-existence of which is not an element of the crime, this has usually been characterized as an 'affirmative defence'* ».

⁷⁹⁰ Définition « affirmative defence », *Black's law Dictionary*, 11^{ème} éd., 2019 : « *A defendant's assertion of facts and arguments that, if true, will defeat the plaintiff's or prosecution's claim, even if all the allegations in the complaint are true* ».

était de savoir s'il fallait « voir dans l'absence de consentement chez la victime et dans le fait que l'auteur de l'infraction en ait connaissance des éléments du crime de viol ou, au contraire [si le consentement constitue] un moyen de défense »⁷⁹¹. La chambre d'appel prend position pour la première interprétation et indique que cela emporte l'obligation, pour le procureur, de prouver l'absence de consentement et sa connaissance par l'auteur au-delà de tout doute raisonnable⁷⁹². La version française, mal élaborée sur ce point, ne traduit pas l'expression « *affirmative defence* » et la fait totalement disparaître⁷⁹³. Il faut donc se tourner vers la version anglaise, qui précise que si le consentement avait été considéré comme une « *affirmative defence* », cela aurait eu pour conséquence de faire peser sur l'accusé la charge de l'allégation, c'est-à-dire l'obligation pour lui de produire des éléments pour étayer ce moyen de défense⁷⁹⁴. Sans aller plus loin sur la question de la charge de la preuve ici⁷⁹⁵, il est toutefois possible de remarquer que l'expression « *affirmative defence* », relative aux motifs d'exonération, se distingue des autres moyens de défense au fond en ce qu'elle fait peser la charge de la preuve sur l'accusé. Retenir cette catégorie d'*affirmative defence*, que l'on pourrait traduire comme la défense exonératoire, permettrait alors de distinguer procéduralement les motifs d'exonération des autres défenses au fond en se basant sur le rapport qu'ils entretiennent avec la charge de la preuve. Pour vérifier définitivement la pertinence des *affirmative defences* en tant que sous-catégorie de moyen de défense au fond, il faudra vérifier si une charge de la preuve différente peut lui être associée⁷⁹⁶. À ce stade il est donc possible de considérer que les motifs d'exonération font tous partie des moyens de défense au fond en ce qu'ils permettent de remettre en cause, sur le fond, la thèse de l'accusation, dans le but d'empêcher la survenance d'un verdict de culpabilité. Cette catégorie procédurale commune à l'ensemble des motifs d'exonération emporte alors des conséquences sur leur invocation.

⁷⁹¹ TPIR, *Le procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, arrêt, 7 juil. 2006, n°ICTR-2001-64-A, para. 152.

⁷⁹² *Ibid.*, para. 153.

⁷⁹³ En la faisant disparaître, la version française fait également disparaître le sens des propos des juges d'appel.

⁷⁹⁴ TPIR, arrêt *Gacumbitsi*, para. 153 : « *If the affirmative defence approach were taken, the accused would bear, at least, the burden of production, that is, the burden to introduce evidence providing prima facie support for the defence* ».

⁷⁹⁵ Sur ce point v. *infra* n°287 et s.

⁷⁹⁶ Sur ce point v. *infra* n°308.

Section 2 : Les règles d’invocation du moyen de défense tiré des motifs d’exonération

232. Invocation au choix de l’accusé. Qualifier les motifs d’exonération de moyens de défense au fond impose de considérer que, contrairement aux moyens de défense procéduraux qui doivent être invoqués *in limine litis*, ils peuvent être invoqués à tout moment de la procédure⁷⁹⁷. Cependant, l’accusé étant libre de mener sa défense comme il l’entend, il peut renoncer à invoquer une défense exonératoire (Paragraphe 1). En revanche, il n’est pas acceptable que la Chambre de première instance de la Cour pénale internationale puisse l’empêcher d’invoquer cette défense exonératoire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La renonciation à l’invocation d’une défense exonératoire

233. Choix de la procédure par l’accusé. L’accusé peut décider de renoncer à invoquer une défense exonératoire à tout moment du procès. Lors de l’ouverture de ce dernier, l’accusé a le choix de plaider non coupable, ce qui emporte l’application des règles classiques de tenue du procès, ou de plaider coupable, ce qui déclenche la procédure particulière de l’aveu de culpabilité prévue à l’article 65 du Statut de Rome⁷⁹⁸. L’accusé peut bien sûr renoncer à invoquer une défense exonératoire dans les deux cas mais la procédure particulière déclenchée par un plaidoyer de culpabilité est conditionnée par cette renonciation (B), ce qui suppose d’en exposer d’abord le principe (A).

A- Le principe de la renonciation à l’invocation d’une défense exonératoire

234. Mécanisme de l’aveu de culpabilité. La procédure particulière en cas d’aveu de culpabilité prévue par l’article 65 du Statut de Rome est issue des systèmes de *Common law* et repose sur l’aveu de l’accusé, qui admet avoir commis les faits que lui reproche le procureur. Si cet aveu est accepté par la Chambre de première instance, la culpabilité ne fait plus débat, la procédure est accélérée et seule la peine est alors à discuter⁷⁹⁹. Le plus souvent, l’aveu de culpabilité résulte d’une négociation avec le procureur⁸⁰⁰ qui peut notamment s’engager à

⁷⁹⁷ Sur ce point v. *supra* n°228.

⁷⁹⁸ *SCPI*, art. 64 para. 8 a).

⁷⁹⁹ Dans le même sens v. OUEDRAOGO E., « Le procès *Al Madhi* : « un pas de géant » pour la Cour pénale internationale ? », *Revue québécoise de droit international*, 2017, vol. 1-1, p. 116-117.

⁸⁰⁰ Mais pas toujours, l’accusé pouvant s’avouer coupable sans négocier avec le procureur. Cette possibilité est d’ailleurs reconnue par le bureau du procureur. V. CPI, Le Bureau du Procureur, « Principes directeurs de

supprimer certains chefs d'accusation réfutés par l'accusé⁸⁰¹ ou à demander une peine moins lourde que celle qu'il prévoyait de demander. Chacune des deux parties obtient alors quelque chose : le procureur obtient l'aveu de l'accusé, ce qui le dispense de devoir prouver sa culpabilité⁸⁰², et l'accusé obtient la suppression de certaines charges, parfois plus graves que celles qu'il a admises, ou une peine plus clément⁸⁰³. Cette possibilité offerte à l'accusé de négocier sa responsabilité et sa peine a fait débat lors de l'adoption du Statut de Rome, certaines délégations considérant la pratique comme l'un des aspects les plus pervers de la procédure de *Common law*⁸⁰⁴. Cela a conduit les rédacteurs à intégrer un paragraphe à l'article 65 du Statut, qui précise *in fine* que la Cour n'est pas liée par les discussions entre le procureur et la défense relatives à « la modification des chefs d'accusation, à l'aveu de culpabilité ou à la peine à prononcer ». L'article 65 reconnaît donc qu'un accord peut être conclu entre le procureur et l'accusé⁸⁰⁵ mais permet aux juges de la Cour pénale internationale de conserver la mainmise sur l'issue de la procédure. Leur rôle n'est en effet pas réduit à un simple rôle d'homologation et ils demeurent libres de s'écarter de l'accord conclu entre le procureur et l'accusé⁸⁰⁶, notamment quant à la peine à fixer⁸⁰⁷. L'article 65 illustre alors lui aussi le compromis entre les tenants des systèmes de *Common law*, où l'aveu occupe une place encore importante,

l'accord relatif à l'aveu de culpabilité », octobre 2020, (<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20201009-Guidelines-for-agreement-regarding-admission-of-guilt-fra.pdf>), para. 6. V. aussi GUARIGLIA F. et HOCHMAYR G., « Article 65 – Proceedings on an admission of guilt », in TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 3^{ème} éd., 2016, para. 18 : « *The accused may make an admission of guilt even without the participation of the Prosecutor* » (l'accusé peut faire un aveu de culpabilité même sans la participation du procureur).

⁸⁰¹ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 999 : « *often the Prosecutor and defence have agreed that there will be a partial admission of guilt, with the quid pro quo being a withdrawal of the charges that the accused is not prepared to admit* ».

⁸⁰² ROBERT P., « Chapitre 67 – La procédure du jugement en droit international », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 884 ; CABON S.-M., « L'aveu dans la procédure accusatoire américaine », in BERGEAUD-WETTERWALD A. et SAINT-PAU J.-C. (ss. dir.), *La preuve pénale : problèmes contemporains en droit comparé*, 2013, p. 120. Sur la charge de la preuve pesant sur le procureur v. *infra* n°312 et s.

⁸⁰³ Dans le même sens v. notamment COMBS N. A., « Procuring guilty pleas for international crimes : the limited influence of sentence discounts », *Vanderbilt Law review*, 2006, vol. 59, Issue 1, p. 70-71 ; OUÉDRAOGO E., « Le procès *Al Madhi* : « un pas de géant » pour la Cour pénale internationale ? », précité, p. 114-115.

⁸⁰⁴ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 1000 : « *Article 65(5) was added during the negotiations in the Preparatory Committee in order to obtain the agreement of delegations that were extremely uncomfortable with the entire concept of conviction on the basis of an admission of guilt, something they viewed as one of the most perverse aspects of common law procedure* ». Pour un résumé des débats relatifs à la création de l'article 65 v. CPI, *Le procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, jugement, 27 sept. 2016, n°ICC-01/12-01/15, para. 21 à 26.

⁸⁰⁵ CPI, jugement *Al Mahdi*, para. 27 ; CPI, Le Bureau du Procureur, « Principes directeurs de l'accord relatif à l'aveu de culpabilité », para. 7.

⁸⁰⁶ Dans le même sens v. CALVO-GOLLER K., *La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale*, Gazette du Palais, Lextenso éditions, coll. « Guide pratique », 2012, p. 176.

⁸⁰⁷ CPI, Le Bureau du Procureur, « Principes directeurs de l'accord relatif à l'aveu de culpabilité », para. 13.

notamment pour accélérer la procédure, et les tenants des systèmes continentaux, où l’aveu est une preuve parmi d’autres qui ne lie pas les juges⁸⁰⁸.

235.Sens de la culpabilité en procédure pénale internationale. Si « l’accusé plaide « coupable », on ne discute plus des faits et de leur imputation à l’accusé, mais seulement des circonstances atténuantes ou aggravantes relatives à l’accusé et à sa personnalité »⁸⁰⁹, ce qui renseigne sur la façon d’interpréter le terme « culpabilité ». En droit pénal de fond, ce terme se différencie de celui de « responsabilité » et correspond, dans une conception classique, à la faute ou à l’élément moral⁸¹⁰. C’est ainsi qu’en droit substantiel, une erreur peut être appréhendée comme une cause de non-culpabilité, au sens où elle fait disparaître l’élément moral⁸¹¹. C’est ensuite cette absence de culpabilité qui empêchera de retenir la responsabilité. Cela étant, lorsqu’il s’agit d’étudier les aspects procéduraux de la responsabilité pénale, il est classique d’employer « le terme « culpabilité » (*guilt*) pour désigner la construction procédurale de la responsabilité pénale »⁸¹², de sorte que l’article 65 est loin d’être le seul article du Statut de Rome à l’utiliser⁸¹³. La « culpabilité » mentionnée dans les textes procéduraux correspond alors à la « responsabilité » des textes de fond. Le Bureau du Procureur emploie d’ailleurs indifféremment les deux termes dans ses Principes directeurs de l’accord relatif à l’aveu de culpabilité⁸¹⁴. Du point de vue des motifs d’exonération, cela signifie qu’en termes de procédure ils empêchent une déclaration de culpabilité d’être prononcée.

236.Contenu de l’aveu de culpabilité. Quoi qu’il en soit, l’accusé qui reconnaît sa culpabilité avoue qu’il est responsable de l’infraction que l’accusation veut mettre à son

⁸⁰⁸ MASSÉ M., « Article 65 - Plaidoyer de culpabilité », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1788 ; LEVIVIER J., « Article 66 - Présomption d’innocence », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 1491.

⁸⁰⁹ DAVID E., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, vol. 2, 2^{ème} éd., 2018, p. 982.

⁸¹⁰ Sur cette conception v. notamment CONTE Ph., « Observations sur le concept de responsabilité pénale », in ZABALZA A. et GRARD C. (ss. dir.), *Les personnes et les choses du droit civil à la philosophie du droit et de l’État : Mélanges en l’honneur du professeur Jean-Marc Trigeaud*, éd. Bière, 2020, p. 521.

⁸¹¹ Sur ce point v. *supra* n°157.

⁸¹² MASSÉ M., « Article 66 - Présomption d’innocence », FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1802.

⁸¹³ Dans la partie procédurale du Statut de Rome l’on relèvera son emploi par les articles 55 « Droits des personnes dans le cadre d’une enquête », 66 « Présomption d’innocence », 67 « Droits de l’accusé », 72 « Protection de renseignements touchant à la sécurité nationale », 76 « Prononcé de la peine », 81 « appel d’une décision sur la culpabilité ou la peine », 84 « Révision d’une décision sur la culpabilité ou la peine », article 92 « Arrestation provisoire » et 105 « Exécution de la peine ».

⁸¹⁴ CPI, Le Bureau du Procureur, « Principes directeurs de l’accord relatif à l’aveu de culpabilité », para. 19 intitulé « la reconnaissance de responsabilité » et qui évoque « l’aveu de culpabilité ».

compte. C'est dire, positivement, qu'il admet en avoir commis les différents éléments constitutifs et pouvoir en être imputable. C'est aussi dire, négativement, qu'il reconnaît qu'aucun motif d'exonération ne peut venir supprimer sa responsabilité. Par conséquent, « si un accusé plaide coupable, il manquerait ensuite de cohérence en plaidant la contrainte »⁸¹⁵ et, de manière générale, en plaidant une défense exonératoire.

237. Renonciation à l'invocation d'une défense exonératoire. Plus qu'un manque de cohérence, on peut même voir dans le plaidoyer de culpabilité une véritable renonciation à l'invocation d'une défense exonératoire. La renonciation se définit en effet « comme tout procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'il pourrait encore la faire valoir »⁸¹⁶. L'individu choisit alors « d'écarter une faveur légale [qu'il] juge inopportune »⁸¹⁷. Or, en avouant sa culpabilité, l'accusé abandonne l'exercice de certains droits de la défense. Il abandonne d'abord l'exercice son droit à la présomption d'innocence, qui implique que la preuve de la culpabilité incombe au procureur⁸¹⁸, puisque l'accusé offre lui-même cette preuve, ce qui dispense le procureur de sa recherche, ou à tout le moins allège considérablement sa tâche⁸¹⁹. L'accusé abandonne ensuite l'exercice des corollaires de la présomption d'innocence que sont le droit « de ne pas s'avouer coupable » et le droit au silence⁸²⁰ puisqu'il parle et reconnaît sa culpabilité. L'accusé abandonne enfin, et surtout, l'exercice de son droit de faire valoir des moyens de défense⁸²¹ puisqu'il accepte que rien ne vienne remettre en cause sa culpabilité.

238. Disponibilité du droit de faire valoir des moyens de défense. Par conséquent, en choisissant de plaider coupable et, partant, d'admettre sa responsabilité pénale, l'accusé abdique ces prérogatives⁸²². Parce que l'exercice des droits de la défense appartient à l'accusé,

⁸¹⁵ DAVID E., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, vol. 2, 2^{ème} éd., 2018, p. 983.

⁸¹⁶ CABON S.-M., *La négociation en matière pénale*, L.G.D.J., 2016, para. 268 p. 207.

⁸¹⁷ PIN X., *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 36, 2002, para. 393.

⁸¹⁸ *SCPI*, art. 66 para. 2.

⁸¹⁹ CABON S.-M., *op. cit.*, para. 275 p. 209.

⁸²⁰ *SCPI*, art. 67 para. 1 g) : « Ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence ».

⁸²¹ *SCPI*, art. 67 para. 1 e).

⁸²² PIN X., « La privatisation du procès pénal », *R.S.C.*, 2002, p. 250 qui critique cet aspect.

il peut y renoncer⁸²³, donc accepter d'abandonner un bénéfice légal⁸²⁴, ce qui paraît plaider dans le sens d'une disponibilité des droits de la défense⁸²⁵. Même lorsque les droits de la défense sont qualifiés de droits indisponibles, la possibilité « de renoncer, de manière limitée, au bénéfice de certains droits de la défense »⁸²⁶ peut être admise lorsque la renonciation « ne compromet pas directement la présomption d'innocence »⁸²⁷. Il faut cependant convenir que cette vision ne correspond pas à l'hypothèse de l'aveu de culpabilité qui suppose, on l'a dit, d'abandonner son droit à la présomption d'innocence⁸²⁸. Les droits de la défense tels qu'ils sont appréhendés par l'article 67 du Statut de Rome paraissent donc bien être des droits disponibles⁸²⁹. Ce n'est pas considérer pour autant que l'ensemble des droits de la défense puisse faire l'objet d'une renonciation absolue, certaines situations exceptionnelles justifiant d'empêcher une telle abdication d'un de ces droits. C'est dire, simplement, que la procédure particulière du plaidoyer de culpabilité suppose la renonciation par l'accusé à l'exercice de certains des droits de la défense⁸³⁰, notamment à celui de faire valoir des moyens de défense.

239. Affaire *Al Mahdi*. C'est en ce sens qu'a été interprété l'aveu de culpabilité lors de l'affaire *Al Mahdi*, dans laquelle cette procédure a été utilisée pour la première fois devant la Cour pénale internationale. Al Mahdi, accusé de crime de guerre pour les attaques et destructions de sites religieux à Tombouctou⁸³¹, a en effet plaidé coupable. Lors du jugement, intervenu un an jour pour jour après sa remise à la Cour pénale internationale, la Chambre de première instance s'est alors livrée à l'examen des conditions du plaidoyer de culpabilité et a relevé qu'Al Mahdi avait confirmé à l'oral et par écrit « qu'il accept[ait] sa responsabilité pénale individuelle concernant la charge, y compris tous les modes de responsabilité

⁸²³ CARBONNIER J., *Droit civil*, t.1, Quadrige, 2004, para. 185 p. 355 : « Renoncer à ce qui est pour soi pur avantage, déjà acquis, ne paraît relever que de la liberté individuelle ».

⁸²⁴ PIN X., *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 36, 2002, para. 400.

⁸²⁵ CABON S.-M., *op. cit.*, para 269 p. 207.

⁸²⁶ PIN X., *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 36, 2002, para. 449.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ V. cependant CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 122, 2013, para. 750 qui explique, en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (poursuite alternative française inspirée de la procédure du plaidoyer de culpabilité), qu'il n'y a pas renonciation aux garanties de défense dans cette situation et que si « les garanties de défense [...] sont méconnues, [...] leur inutilité, en raison de la nature de cette procédure, permet de n'y voir aucune atteinte aux droits de la défense ».

⁸³⁰ Pas à tous cependant puisqu'une telle procédure justifie que l'on empêche l'accusé de renoncer à son droit à l'assistance d'un avocat. Sur ce point v. *infra* n°247.

⁸³¹ *SCPI*, art. 8 para. 2 e) iv).

allégués »⁸³². Cette précision confirme que plaider coupable conduit à accepter sa responsabilité pénale. Surtout, la Chambre de première instance relève qu'en plaidant coupable, Al Mahdi a confirmé « qu'il renon[çait] à ses droits (...) de faire valoir des moyens de défense et des motifs d'exonération de sa responsabilité pénale »⁸³³. Cette renonciation est alors bien la conséquence d'un aveu de culpabilité au sens procédural du terme.

240.Limite à la renonciation. La Chambre prend toutefois le soin de constater, de manière péremptoire, « qu'il n'existe aucun moyen de défense exonératoire viable »⁸³⁴, ce qui n'était pas nécessaire dans la mesure où elle s'était déjà assurée que l'accusé avait renoncé à l'invocation de tout motif d'exonération. Cette précision pourrait signifier qu'en présence d'un motif d'exonération viable, avec toute l'évanescence que renferme ce terme⁸³⁵, la Chambre pourrait, dans l'intérêt de la justice, ne pas accepter la renonciation et « ordonner que le procès se poursuive selon les procédures normales »⁸³⁶. La référence à « l'intérêt de la justice » paraît avoir été prévue pour tenir compte de l'intérêt des victimes, exclues de cette procédure⁸³⁷, ce qui laisserait penser que la Cour ne l'invoquera pas au service de l'accusé. Mais, parce que l'article 65 vise l'intérêt des victimes « en particulier », et non pas « exclusivement », la possibilité pour la Chambre de première instance de rejeter un plaidoyer de culpabilité, dans l'intérêt de la justice, en présence d'un motif d'exonération viable, ne peut pas être exclue. Une telle possibilité de ne pas accepter la renonciation dans cette situation remet alors en cause le droit de l'accusé d'assurer sa défense comme il l'entend en faisant valoir, ou pas, un moyen de défense. Si l'on veut bien admettre que le droit de faire valoir des moyens de défense est un droit disponible, le fait que la Chambre doive veiller à ce que le procès se déroule dans le plein respect des droits de l'accusé⁸³⁸ ne devrait pas l'autoriser à disposer de ces droits à la place de l'accusé qui y a renoncé. La critique peut néanmoins être nuancée en ce que l'action de la Chambre de première instance serait ici en faveur de l'accusé. Cette limite à la renonciation pourrait ainsi apparaître salutaire, notamment si la Chambre de première instance craint que l'accusé n'ait accepté de plaider coupable qu'en raison de pressions exercées sur lui. Il est au demeurant assez peu probable qu'un accusé disposant d'un motif d'exonération viable plaide

⁸³² CPI, jugement *Al Mahdi*, para. 30 iv).

⁸³³ *Ibid.* para. 30 iii) c).

⁸³⁴ *Ibid.* para. 43.

⁸³⁵ Sur la critique du vocabulaire v. *infra* n°241.

⁸³⁶ *SCPI*, art. 65 para. 4 b).

⁸³⁷ Dans le même sens v. MASSÉ M., « Article 65 - Plaidoyer de culpabilité », FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, précité, p. 1791.

⁸³⁸ *SCPI*, art. 64 para. 2.

coupable ou, du moins, persiste à ne pas invoquer ce motif dans le cas où la Cour déciderait de rejeter le plaidoyer de culpabilité. Cela étant, en rejetant l’aveu de culpabilité et en ordonnant que le procès se poursuive selon les procédures normales⁸³⁹, la Cour imposerait alors à l’individu de prouver l’existence d’un moyen de défense auquel il avait pourtant décidé de renoncer⁸⁴⁰. Il n’est finalement pas certain qu’une telle possibilité, pour la Cour pénale internationale, de limiter la renonciation, par l’accusé, à l’invocation d’un moyen de défense soit si salutaire.

241. Détermination critiquable de la viabilité d’un motif d’exonération. De façon plus critiquable, la possibilité de rejeter l’aveu de culpabilité se fonderait ici sur l’existence d’un « moyen de défense exonératoire viable »⁸⁴¹, sans que la Cour pénale internationale n’ait jugé utile de définir le sens que doit revêtir l’expression. Si l’on se réfère au sens courant du terme « viable », un motif d’exonération viable renverrait à un motif d’exonération susceptible d’aboutir⁸⁴², ce qui suppose donc de procéder à une évaluation du motif d’exonération envisagé. Cette détermination suppose alors nécessairement une appréciation des conditions de mise en œuvre substantielles du motif d’exonération, ce qui n’est pas l’objet de la procédure du plaidoyer de culpabilité⁸⁴³. Si l’accusé plaide coupable et accepte de renoncer à l’invocation d’un éventuel motif d’exonération, la Chambre de première instance ne devrait donc pas pouvoir le relever d’office et l’étudier unilatéralement pour décider s’il est viable ou non. Il est alors préférable de considérer que dans l’affaire *Al Mahdi* la Chambre s’est prêtée à une réaffirmation des conditions de validité du plaidoyer de culpabilité plutôt qu’à une étude de l’application potentielle d’un quelconque motif d’exonération.

B- La renonciation à l’invocation d’une défense exonératoire comme condition de validité de l’aveu de culpabilité

242. Examen de la validité de l’aveu de culpabilité dans l’affaire *Erdemović*. La question de la renonciation à l’invocation d’un motif d’exonération en tant que condition de validité de l’aveu de culpabilité est au cœur de la célèbre affaire *Erdemović* devant le TPIY. Ce procès débute en 1996 en première instance, date à laquelle le Statut du TPIY indiquait que la Chambre

⁸³⁹ SCPI, art. 65 para. 4 b).

⁸⁴⁰ Sur la charge de la preuve d’un motif d’exonération pesant sur l’accusé, v. *infra* n°296 et s.

⁸⁴¹ CPI, jugement *Al Mahdi*, para. 43.

⁸⁴² Définition « viable », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

⁸⁴³ Sur cette dérive de l’affaire *Erdemović*, v. *infra* n°244.

de première instance « ordonne [à l'accusé] de plaider coupable ou non coupable »⁸⁴⁴ mais sans prévoir de procédure particulière pour le cas où l'accusé plaiderait effectivement coupable⁸⁴⁵. C'est donc la Chambre de première instance, lors du jugement *Erdemović*, qui a dû déterminer la conduite à tenir, ce qui constitue l'un des apports les plus importants de cette affaire. Elle a estimé qu'elle devait déterminer la validité du plaidoyer de culpabilité et, pour ce faire, a distingué entre une validité qu'elle nomme formelle et une validité qu'elle nomme substantielle.

243.Examen de la validité formelle dans l'affaire *Erdemović*. D'une part, la validité formelle consiste pour la Chambre à s'assurer « que le plaidoyer était fait volontairement et en pleine conscience de la nature de l'accusation et de ses conséquences »⁸⁴⁶. La Chambre passe succinctement sur ce point en considérant qu'Erdemović étant en pleine possession de ses moyens et ayant constamment affirmé sa culpabilité, il était « capable de comprendre la portée de ses déclarations »⁸⁴⁷.

244.Examen de la validité substantielle dans l'affaire *Erdemović*. Elle examine donc, d'autre part, la validité substantielle du plaidoyer de culpabilité, qui l'oblige à vérifier que les droits de l'accusé, notamment son droit à un avocat, sont respectés⁸⁴⁸ et que le plaidoyer de culpabilité n'est ni ambigu ni équivoque⁸⁴⁹. Lors de cette évaluation, la Chambre de première instance constate que l'accusé, tout en plaçant coupable, a invoqué l'obligation d'obéir aux ordres de son supérieur militaire et la contrainte physique et morale née de la peur pour sa vie et celle de sa famille⁸⁵⁰. Après avoir affirmé que l'ordre du supérieur n'exonère pas l'individu de sa responsabilité pénale⁸⁵¹, la Chambre de première instance s'est livrée à l'étude des conditions d'application de la contrainte et a estimé qu'elles n'étaient pas remplies en l'espèce⁸⁵². Selon la Chambre, l'ordre du supérieur et la contrainte étaient donc à prendre en compte au niveau des circonstances atténuantes⁸⁵³. Elle a estimé « en conclusion, [que] l'ensemble des raisons de fait et de droit qui ont entouré le plaidoyer de culpabilité de Drazen

⁸⁴⁴ STPIY, art. 20 para. 3.

⁸⁴⁵ À cette date le Règlement de procédure et de preuve du TPIY ne prévoyait rien non plus. Sur ce point v. *infra* n°245.

⁸⁴⁶ TPIY, *Le procureur c. Drazen Erdemović*, jugement, 29 nov. 1996, n°IT-96-22-T, para. 11.

⁸⁴⁷ *Ibid.* para. 12.

⁸⁴⁸ *Ibid.* para. 13.

⁸⁴⁹ *Ibid.* para. 14.

⁸⁵⁰ *Ibid.* para. 14.

⁸⁵¹ *Ibid.* para. 15.

⁸⁵² *Ibid.* para. 20.

⁸⁵³ *Ibid.* para. 20.

Erdemović en confirme la validité »⁸⁵⁴. C'est donc le fait qu'elle ne retienne aucun motif d'exonération qui a poussé la Chambre à conclure que le plaidoyer de culpabilité n'est ni ambigu ni équivoque. Or le lien entre le refus d'admission d'un motif d'exonération et le caractère non ambigu ou non équivoque du plaidoyer de culpabilité n'était ni expliqué ni fondé. Si l'on comprend bien la position délicate de la Chambre de première instance du TPIY, tiraillée entre une procédure inédite et des motifs d'exonération encore jamais étudiés par le tribunal, il semble tout de même qu'il aurait été plus pertinent de ne pas étudier les conditions d'application de la contrainte et de considérer que sa simple invocation empêchait la validité du plaidoyer de culpabilité. Cette invocation démontre en effet soit que le plaidoyer de culpabilité est équivoque, puisque l'accusé affirme en même temps sa responsabilité et sa non-responsabilité, soit que l'accusé n'en comprend ni la portée ni les conséquences, ce que la Chambre d'appel du TPIY a, elle, bien compris⁸⁵⁵. Dans la mesure où reconnaître sa culpabilité signifie reconnaître sa responsabilité pénale, invoquer un motif d'exonération conduit à nier sa responsabilité et donc logiquement à faire perdre tout effet au plaidoyer de culpabilité. Aussi, en choisissant de valider le plaidoyer tout en étudiant les conditions d'application d'un motif d'exonération, la Chambre de première instance tire avantage de l'absence de contestation des faits tout en s'épargnant l'inconvénient d'un véritable débat et, surtout, d'une véritable défense.

245. Conditions de validité d'un plaidoyer de culpabilité. La problématique de l'invocation cumulative d'un motif d'exonération et d'un plaidoyer de culpabilité de l'affaire *Erdemović* a d'ailleurs conduit à amender le Règlement de procédure et de preuve. Un article 62bis intitulé « plaidoyers de culpabilité » a en effet été adopté le 12 novembre 1997 pour préciser les conditions de validité d'une telle procédure. Devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, il fallait ainsi cumulativement que le plaidoyer de culpabilité ait été fait délibérément, en connaissance de cause, qu'il soit sans équivoque et qu'il existe des faits suffisants pour établir le crime et la participation de l'accusé à celui-ci. Le Statut de Rome a peu ou prou repris ces exigences et pose trois conditions cumulatives pour que la Chambre de première instance puisse conclure à la validité du plaidoyer de culpabilité.

246. Aveu en connaissance de cause. Elle doit d'abord s'assurer que « l'accusé comprend la nature et les conséquences de son aveu de culpabilité »⁸⁵⁶. On peut voir ici la vérification de

⁸⁵⁴ *Ibid.* para. 20.

⁸⁵⁵ Sur ce point v. *infra* n°246.

⁸⁵⁶ *SCPI*, art. 65 para. 1 a).

la renonciation à une défense exonératoire en considérant que l'une des conséquences d'un aveu de culpabilité serait le fait de renoncer à invoquer ensuite un motif d'exonération pour échapper à sa responsabilité. Si l'accusé invoque tout de même un motif d'exonération, c'est qu'il n'a pas compris la portée de l'aveu de culpabilité⁸⁵⁷. C'est d'ailleurs de cette manière que la Chambre d'appel du TPIY avait choisi d'opérer dans l'affaire *Erdemović*. Elle a considéré qu'en plaidant coupable tout en arguant la contrainte, c'est-à-dire un motif d'exonération, Erdemović n'avait pas plaidé coupable en connaissance de cause en première instance, de sorte qu'il fallait l'autoriser à plaider à nouveau devant une chambre de première instance différente⁸⁵⁸. La renonciation à certains droits, notamment à celui d'invoquer des motifs d'exonération, est déterminante pour l'issue du procès, de sorte que les juges ne peuvent pas se contenter d'une vérification formelle, comme a pu le faire le TPIY⁸⁵⁹, mais doivent s'assurer que l'accusé comprend véritablement ce qu'implique le fait de plaider coupable. Pour clarifier la situation sur ce point dans le Statut de Rome, il serait préférable que l'article 65 ajoute une condition de validité pour indiquer expressément que le plaidoyer de culpabilité doit être sans équivoque, c'est-à-dire que l'accusé doit avoir conscience qu'il « n'est compatible avec aucun moyen de défense susceptible de le contredire »⁸⁶⁰. Si l'accusé n'entend pas renoncer à l'invocation d'une défense exonératoire, la Chambre de première instance devra alors considérer qu'il n'y a pas aveu de culpabilité et ordonner la poursuite du procès⁸⁶¹.

247. Aveu volontaire après consultation avec l'avocat. La Chambre de première instance doit ensuite vérifier que « l'aveu de culpabilité a été fait volontairement après consultation suffisante avec le défenseur de l'accusé »⁸⁶². Le but est ici de protéger l'accusé et de s'assurer que l'aveu de culpabilité ne résulte ni de pressions ni de promesses intenable du procureur⁸⁶³. La Chambre vient alors en renfort de l'avocat, dont le rôle est de protéger les intérêts de son

⁸⁵⁷ Dans le même sens v. MASSÉ M., « Article 65 - Plaidoyer de culpabilité », FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1792.

⁸⁵⁸ TPIY, *Le procureur c. Erdemović*, arrêt, 7 oct. 1997, n°IT-96-22-A, para. 27.

⁸⁵⁹ Sur ce point v. RAUXLOH R., *Plea bargaining in national and international law*, Routledge, 2012, p. 217-218.

⁸⁶⁰ TPIR, *Le procureur c. Omar Serushago*, jugement, 14 déc. 1998, n°ICTR-97-39-T, p. 3 ; TPIR, *Le procureur c. Vincent Rutaganira*, jugement, 14 mars 2005, n°TPIR-95-1, para. 28.

⁸⁶¹ Dans le même sens v. TURNER J. I., *Plea Bargaining across borders*, Aspen Publishers, 2009, p. 242 : « *The court must reject a plea when the defendant pleads guilty but persists with an explanation of his actions that amounts to a legal defense* » (la Cour doit rejeter un plaidoyer de culpabilité lorsque l'accusé plaide coupable mais persiste à expliquer ses actes d'une façon qui revient à invoquer un moyen de défense).

⁸⁶² *Ibid.* para. 1 b).

⁸⁶³ MASSÉ M., « Article 65 - Plaidoyer de culpabilité », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1792.

client et de lui faire comprendre tous les enjeux d'un tel plaidoyer, notamment en termes de renonciation à certains de ses droits. Cela implique que s'il peut renoncer à certains de ses droits, l'accusé qui souhaite s'engager dans une procédure d'aveu de culpabilité ne peut pas renoncer au droit à l'assistance d'un avocat⁸⁶⁴, de sorte qu'un accusé ne disposant pas d'un avocat ne peut pas plaider coupable⁸⁶⁵.

248. Aveu étayé par les faits de la cause. Il faut enfin que le plaidoyer de culpabilité soit « étayé par les faits de la cause »⁸⁶⁶. C'est dire que des éléments objectifs, reposant sur les charges, toutes les pièces présentées par le procureur et admises par l'accusé⁸⁶⁷ et tous les éléments de preuve présentés par le procureur ou l'accusé⁸⁶⁸, doivent aller dans le sens de l'aveu qui conditionne la procédure de l'article 65 du Statut de Rome.

249. Ainsi, en choisissant la voie de l'aveu de culpabilité, l'accusé choisit de renoncer à son droit de faire valoir des moyens de défense et, notamment, des défenses exonératoires. Cette renonciation fait partie des prérogatives de l'accusé, de sorte que le juge ne peut pas avoir d'autre rôle que de s'assurer de la validité de la procédure de l'aveu de culpabilité qui doit donc être renforcé pour mieux garantir les droits de l'accusé. S'il ne peut donc pas contraindre l'accusé à invoquer un motif d'exonération, le juge ne devrait pas non plus pouvoir empêcher cette invocation.

Paragraphe 2 : L'obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire

250. Procédure d'invocation d'un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome. De nombreux motifs d'exonération peuvent être invoqués par l'accusé, qui trouvent leur place dans différentes dispositions du Statut de Rome⁸⁶⁹ et, parfois, hors du Statut. Dans cette dernière hypothèse, l'article 31 paragraphe 3 du Statut de Rome prévoit que « lors du procès, la Cour peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus par le paragraphe 1, si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21 ». Cela signifie que

⁸⁶⁴ Dans le même sens v. CABON S.-M., *La négociation en matière pénale*, précité, p. 217-218 qui explique que l'assistance de l'avocat doit être obligatoire dans le cas des procédures négociées ; PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2016, para. 451 p. 537-538 qui explique que dans tous les pays connaissant des formes de plaidoyer de culpabilité la présence obligatoire de l'avocat est une constante.

⁸⁶⁵ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 998 : « *this implies that an accused who is not represented may not avail of the procedure under article 65* ».

⁸⁶⁶ *Ibid.* para. 1 c).

⁸⁶⁷ *SCPI*, art. 65 para. 1 c) i) et ii).

⁸⁶⁸ *Ibid.* para. 1 c) iii).

⁸⁶⁹ *SCPI*, art. 31 à 33.

la prise en compte de ce type de motif d'exonération particulier n'est possible que s'il est prévu par l'une des sources prévues par l'article 21 du Statut⁸⁷⁰. Le cas échéant, une procédure d'examen particulière est mise en place par la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve, qui se traduit par une audience spéciale pour décider si l'accusé peut invoquer le motif d'exonération en question⁸⁷¹. Cette procédure comprend plusieurs étapes : d'abord, « la défense doit notifier à la Chambre de première instance et au Procureur son intention d'invoquer un motif d'exonération de la responsabilité pénale en application du paragraphe 3 de l'article 31. Cette notification doit être faite suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour que le Procureur ait le temps de préparer convenablement celui-ci »⁸⁷². Ensuite, « une fois reçue la notification prévue par la disposition 1 ci-dessus, la Chambre de première instance entend le Procureur et la défense avant de déterminer si la défense peut invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale »⁸⁷³. Enfin, à l'issue de cette audience, « si la défense est autorisée à invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale, la Chambre de première instance peut autoriser l'ajournement du procès pour donner au Procureur le temps d'examiner le motif en question »⁸⁷⁴. Ce n'est donc que s'il y est autorisé que l'accusé pourra invoquer le motif d'exonération en question lors de son procès. Cette règle constitue alors un obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire (A), ce qui est critiquable (B).

A- L'identification de l'obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire

251.Exclusion d'une étude des conditions d'application des motifs d'exonération. La Règle 80 ne renseignant pas sur l'objet de l'audience spéciale, il faut le déterminer. Cette audience spéciale ne peut pas avoir pour objet de se prononcer sur les conditions d'application du motif d'exonération que l'accusé entend invoquer au procès et ce pour plusieurs raisons. D'abord, une étude des conditions d'application d'un motif d'exonération implique un débat au fond entre la défense et l'accusation. Or, les termes de la Règle 80 indiquent que lors de l'audience spéciale, l'accusation n'est pas en mesure de se prêter à ce débat de fond. Si « la Chambre de première instance peut autoriser l'ajournement du procès pour donner au Procureur le temps d'examiner le motif en question »⁸⁷⁵, c'est bien qu'il ne l'a pas examiné avant, donc

⁸⁷⁰ Sur la critique de cette exigence v. *infra* n°260 et s.

⁸⁷¹ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 648 : « *The Trial Chamber is to hold a special hearing to decide whether the defence can raise the ground in question* ».

⁸⁷² RPP CPI, Règle 80 para. 1).

⁸⁷³ RPP CPI, Règle 80 para. 2.

⁸⁷⁴ RPP CPI, Règle 80 para. 3.

⁸⁷⁵ RPP CPI, Règle 80, para. 3.

qu'il n'a pas pu débattre de ses conditions d'application. Ensuite, et même si le premier argument n'emporte pas la conviction, l'étude d'un motif d'exonération ne peut avoir lieu qu'une fois la cause de l'accusation présentée car c'est à ce moment-là que la défense décidera définitivement de la manière d'y répondre⁸⁷⁶. Si l'accusé doit s'acquitter de certaines obligations de communication, la Cour pénale internationale a bien précisé qu'il n'était pas tenu de le faire avant que l'accusation ait fini de présenter sa cause⁸⁷⁷. Cela ne préjuge par ailleurs pas de sa stratégie finale de défense puisqu'il peut par exemple décider de ne présenter aucune défense et d'introduire une requête en insuffisance des moyens à charge s'il estime que le procureur ne s'est pas acquitté de sa tâche⁸⁷⁸. Enfin, une étude au fond des conditions d'application d'un motif d'exonération signifie que si ces conditions sont remplies, il faut conclure à la non-responsabilité de l'individu, de sorte que le procès n'a pas lieu d'être. Or, cela ne s'accorde pas avec la lettre de la Règle 80, qui indique que l'audience spéciale a pour but de décider « si la défense est autorisée à invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale » au procès. Il faut alors considérer que l'objet de la procédure spéciale prévue par la Règle 80 n'est pas l'étude au fond d'un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome.

252. Règles relatives à la preuve. Si ce n'est pas l'étude au fond d'un motif d'exonération, peut-être la procédure de la Règle 80 porte-elle sur les éléments de preuves y relatifs. Si la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve est classée dans une section « Divulgence » des éléments de preuve, qui correspondraient ici à des éléments de preuves relatifs aux motifs d'exonération, elle ne semble cependant pas relever de cette situation. Il ne s'agit pas en effet simplement d'informer le procureur et la Cour que des éléments de preuve relatifs à un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome vont être présentés mais bien de demander l'autorisation de les invoquer. La procédure de la Règle 80 est ainsi plus liée à l'autorisation d'invoquer une preuve qu'à sa divulgation. Il faut donc se tourner vers les règles générales relatives à la preuve, situées à l'article 69 du Statut de Rome. Cet article indique que « la Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve ». Certains auteurs estiment alors que le caractère

⁸⁷⁶ Les Règlements de procédure et de preuve des TPIY et TPIR formalisaient d'ailleurs cet ordre de présentation dans leur Règle 85.

⁸⁷⁷ Sur l'obligation de communication pesant sur l'accusé v. *infra* n°290 et s.

⁸⁷⁸ Si ni le Statut de Rome ni le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale ne prévoient cette hypothèse, elle a été admise et sa mise en œuvre précisée par la Cour. V. CPI, *Le procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang, Cinquième Décision relative à la conduite du procès (principes et procédure régissant les requêtes en insuffisance des moyens à charge)*, 3 juin 2014, n°ICC-01/09-01/11.

pertinent d'un élément de preuve est inclus dans l'étude de son admissibilité⁸⁷⁹. La confusion semble venir du fait que les règlements de procédure et de preuve des tribunaux pénaux internationaux faisaient de la pertinence un critère d'admissibilité de la preuve. En effet, leur article 89 indique que « la Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante »⁸⁸⁰. L'admissibilité s'apprécie ici au regard de la pertinence de l'élément de preuve, cette pertinence reposant sur sa valeur probante. Cependant, la rédaction de l'article 69 paragraphe 4 du Statut de Rome est différente, qui indique que « la Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve ». Admissibilité et pertinence apparaissent donc distinctes, ce que conforte la rédaction de l'article 64 paragraphe 9, qui évoque la « recevabilité ou la pertinence des preuves »⁸⁸¹, la recevabilité étant ici synonyme d'admissibilité⁸⁸². La pertinence n'est ainsi pas contenue dans l'admissibilité mais constitue un élément à part entière, sa juxtaposition avec l'admissibilité s'expliquant une nouvelle fois par une volonté d'accommoder les différentes traditions juridiques. La pertinence est en effet selon un auteur le critère fondamental des systèmes légaux continentaux qui n'ont pas de règles de preuves élaborées et consacrent généralement le principe de liberté de la preuve en matière pénale, tandis que l'admissibilité est, toujours selon l'auteur, le point de départ des systèmes de *Common law*⁸⁸³. Il faut alors déterminer si la procédure contenue à la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve invite la chambre de première instance à se prononcer sur la pertinence ou sur l'admissibilité des preuves relatives à un motif d'exonération non contenu dans le Statut de Rome.

253. Définition de la pertinence. La procédure spéciale de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve ne paraît pas impliquer une étude de la pertinence des éléments de preuve. Se prononcer sur cette pertinence conduit en effet à étudier si l'élément de preuve entretient un rapport avec le fait qu'il s'agit de prouver. L'élément de preuve non pertinent est

⁸⁷⁹ PIRAGOFF D. K. et CLARKE P., « Article 69 – Evidence », in TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 3^{ème} éd., 2016, p. 1717 : « Paragraph 4 (...) provides a general principle that relevance is not the sole determinant of admissibility and that other factors need to be considered as well ... » (le Paragraphe 4 pose comme principe général que la pertinence n'est pas la seule composante de l'admissibilité et que d'autres facteurs doivent également être pris en considération ...).

⁸⁸⁰ RPP TPIY et RPP TPIR, art. 89 C). La version anglaise est plus parlante, qui indique que la chambre « *may admit any relevant evidence which it deems to have probative value* » (nous soulignons).

⁸⁸¹ SCPI, art. 64 para. 9 a).

⁸⁸² C'est d'ailleurs le terme « *admissibility* » qui est présent dans la version anglaise de l'article.

⁸⁸³ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 1087 : « '*relevance*' (...) is the fundamental criterion of continental legal systems that lack elaborate rules of evidence and [...] '*admissibility*' [is] the starting point from the common law perspective ».

alors l'élément de preuve qui ne correspond pas à ce fait, notamment parce qu'il n'a pas de rapport avec lui ou parce qu'il n'aide pas à le prouver⁸⁸⁴. Deux acceptions de la pertinence peuvent alors être distinguées.

254. Exclusion d'une étude de la pertinence au sens strict. Dans une vision stricte de la pertinence, la valeur probante évoquée à l'article 69 paragraphe 4 du Statut de Rome se rattache à l'étude de la pertinence d'un élément de preuve⁸⁸⁵. Cette valeur probante s'entend de la « capacité [d'un élément de preuve] à prouver une question de l'espèce »⁸⁸⁶ et repose entre autres sur la fiabilité qui peut être attachée à cet élément⁸⁸⁷. La fiabilité d'un élément de preuve participera donc de sa valeur probante, laquelle est incluse dans la pertinence⁸⁸⁸. La pertinence d'un élément de preuve renverrait alors non pas à la question de savoir si oui ou non il devrait être admissible mais plutôt à la question du poids qui lui est donné par la Cour lorsqu'elle se prononce sur le fond⁸⁸⁹. Or, s'agissant de la procédure de la Règle 80, cela conduirait la chambre de première instance à déterminer si les éléments de preuve relatifs à un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome sont probants, autrement dit si la défense exonératoire peut être retenue, ce qui ne peut pas être étudié à ce stade. Cela supposerait en effet de vérifier que les conditions d'application du motif d'exonération sont remplies, ce qui ne peut pas se faire

⁸⁸⁴ Dans le même sens v. STAHN C. et BRAGA DA SILVA R., « Chapitre 69 – Preuve », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1925 : « La pertinence est généralement évaluée par le lien suffisant entre la preuve et une question importante en jeu, par exemple des allégations en faveur ou à l'encontre du défendeur. Elle concerne le lien entre ledit élément de preuve et la proposition qui doit être établie. Une preuve non pertinente pourrait être celle qui ne saurait établir ou aider à établir un fait invoqué dans l'affaire ou si elle prouve un fait dont il n'est pas question dans l'affaire ».

⁸⁸⁵ Dans le même sens v. SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 1088 : « Evidence is deemed relevant if it has 'probative value' » (une preuve est considérée comme pertinente si elle a une valeur probante).

⁸⁸⁶ CPI, *Le procureur c. Lubanga, Corrigendum to the decision on the admissibility of four documents*, 21 janv. 2011, ICC-01/04-01/06-1399-Corr, para. 28, 29 et 32.

⁸⁸⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, décision relative à la confirmation des charges*, 30 sept. 2008, n°ICC-01/04-01/07, para. 78 : « la Chambre préfère (...) considérer la fiabilité comme une composante de l'élément de preuve au moment d'évaluer le poids à lui accorder ». C'est cette option qui est la plus en phase avec la règle 63-2 du Règlement, laquelle dispose que « [l]es chambres sont habilitées, en vertu du pouvoir discrétionnaire visé au paragraphe 9 de l'article 64, à évaluer librement tous les moyens de preuve présentés en vue d'en déterminer la pertinence ou l'admissibilité comme le prévoit l'article 69 ». V. aussi CPI, *Le procureur c. Lubanga, Décision relative à l'admissibilité de quatre documents*, 13 juin 2008, n°ICC-01/04-01/06, para. 28.

⁸⁸⁸ Dans le même sens v. GOSNELL Ch., « Admissibility of evidence », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, O.U.P., 2010, p. 435 : « Probative value is therefore subsumed within the concept of 'relevance' to the extent that fact A will have no relevance to fact B unless it is reliable » (la valeur probante est alors contenue dans le concept de « pertinence », au sens où un fait A ne sera pertinent par rapport au fait B que s'il est fiable).

⁸⁸⁹ BOAS G. et al., *International criminal procedure*, C.U.P., vol. III, 2011, p. 341 : « evaluation of the reliability of evidence is not a factor in determining whether it should be admitted, but rather goes to the weight given to the evidence by the trial chamber in its deliberations on the merits ».

avant tout examen au fond de l'affaire et, surtout, avant la présentation de la thèse de l'accusation. Il faut donc en conclure que la procédure de la Règle 80 ne porte pas sur la pertinence – entendue strictement comme incluant la valeur probante – des preuves relatives à un motif d'exonération non prévue par le Statut de Rome.

255. Exclusion d'une étude de la pertinence au sens large. La pertinence peut cependant être entendue plus largement, en mettant de côté la valeur probante de l'élément de preuve. L'étude de la pertinence consisterait donc simplement à vérifier que la preuve invoquée a un lien avec les faits qui doivent être jugés, peu important sa valeur probante ou sa capacité réelle à prouver. Cette vision plus large de la pertinence pourrait alors coïncider avec l'objet de la procédure de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve en ce que la Chambre de première instance vérifierait simplement le lien entre le motif d'exonération non prévu par le Statut invoqué et les faits reprochés à l'accusé. Dans ce cas, l'on peine à voir la différence entre les preuves relatives à ce motif d'exonération non prévu par le Statut et n'importe quelle autre preuve pour laquelle la Cour pénale internationale peut se prononcer sur la pertinence⁸⁹⁰. Surtout, pourquoi ne pas vérifier aussi la pertinence, entendue au sens large, entre les motifs d'exonération prévus par le Statut de Rome et les faits reprochés ? Leur présence dans le Statut de Rome ne permet en effet pas de présumer la pertinence de leur invocation dans n'importe quelle affaire. Bref, ce n'est pas la pertinence qui paraît faire l'objet de la procédure spéciale de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve, lequel évoque une autorisation par la Chambre de première instance⁸⁹¹.

256. Définition de l'admissibilité. L'autorisation d'invoquer un motif d'exonération non prévue par le Statut de Rome paraît en réalité se rapprocher de l'admissibilité, qui conduit à vérifier si l'élément de preuve peut être admis au procès. Il s'agit alors de se demander si l'élément de preuve pourra faire partie des éléments que la chambre étudiera pour se prononcer sur le fond de l'affaire. Pourtant, parmi les deux formes d'admissibilité reconnues par le Statut de Rome⁸⁹², aucune ne paraît correspondre à l'objet de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve.

⁸⁹⁰ SCPI, art. 69 para. 4.

⁸⁹¹ RPP CPI, Règle 80 para. 3 : « si la défense est autorisée à invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale » (nous soulignons).

⁸⁹² Sur l'emploi des qualificatifs « spécial » et « général », v. CPI, *Le procureur c. Lubanga, Decision on the admission of material from the « Bar table »*, 24 juin 2009, n°ICC- 01/04-01/06, para. 34.

257.Exclusion d'une étude de l'admissibilité spéciale. Le Statut de Rome prévoit une première forme d'admissibilité qui peut être qualifiée de spéciale, conduisant à écarter un élément de preuve dont le mode d'obtention violerait les dispositions du Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus⁸⁹³, l'article 69 paragraphe 7 précisant que l'élément de preuve obtenu dans ces conditions ne sera inadmissible que si « la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve » ou « si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité ». Ici la pertinence et la valeur probante de l'élément de preuve n'ont pas à être prises en compte⁸⁹⁴. Or, la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve ne fait aucunement référence à un mode d'obtention illicite d'éléments de preuve relatifs à un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome, de sorte qu'elle ne paraît pas porter sur l'étude de cette admissibilité spéciale.

258.Exclusion d'une étude de l'admissibilité générale. Le Statut de Rome prévoit une seconde forme d'admissibilité qui peut être qualifiée de générale, conduisant à écarter un élément de preuve pertinent mais dont l'admission nuirait à l'équité du procès ou à l'évaluation équitable de la déposition d'un témoin⁸⁹⁵. L'affaire *Lubanga* a ainsi été l'occasion d'établir un ordre d'étude dans ce second cas. Il faut d'abord vérifier que l'élément de preuve est pertinent, ensuite vérifier qu'il a une valeur probante et enfin effectuer une mise en balance entre cette valeur probante et son caractère préjudiciable⁸⁹⁶. Pour que l'audience spéciale prévue par la Règle 80 se prononce sur cette admissibilité générale, il faudrait donc qu'elle se prononce d'abord sur la pertinence des éléments de preuve, ce qui, on l'a dit, ne correspond pas tout à fait à l'objet de cette procédure⁸⁹⁷.

259.Objet de la procédure de la Règle 80. La procédure de la Règle 80 paraît donc finalement avoir pour objet de vérifier l'existence juridique d'un motif d'exonération non présent dans le Statut de Rome. C'est d'ailleurs ce qui expliquerait qu'ils soient les seuls motifs d'exonération soumis à la procédure, la présence des motifs d'exonération dans le Statut de Rome empêchant de douter de leur existence juridique. Cette interprétation est confortée par la formulation de l'article 31 paragraphe 3 du Statut, qui exige que le motif d'exonération non prévu par le Statut découle des sources du droit applicable devant la Cour pénale internationale.

⁸⁹³ SCPI, art. 69 para. 7.

⁸⁹⁴ CPI, *Lubanga* « *Bar Table* » précité, para. 43.

⁸⁹⁵ SCPI, art. 69 para. 4.

⁸⁹⁶ CPI, *Lubanga*, *Décision relative à la recevabilité de quatre documents*, précité, para. 27 à 32.

⁸⁹⁷ V. *supra* n°254-255.

L'invocation d'un motif d'exonération non prévue par le Statut de Rome et les éléments de preuve y relatifs ne seront ainsi admissibles que si le motif d'exonération a une existence reconnue par l'une des sources applicables devant la Cour pénale internationale. Il faudrait donc, pour que l'accusé puisse invoquer un tel motif d'exonération, que la chambre de première instance s'assure au préalable qu'il existe bien parmi les sources du droit applicable de l'article 21 du Statut de Rome⁸⁹⁸. Il ne s'agit pas ici de vérifier si le motif d'exonération s'applique concrètement à l'accusé, ce qui relève d'un examen au fond, mais bien de vérifier si le motif d'exonération existe abstraitement parmi les sources applicables, ce qui relève d'un examen d'admissibilité. La Règle 80 paraît ainsi créer une troisième forme d'admissibilité, propre aux motifs d'exonération non prévus par le Statut de Rome, dont l'objet peut conduire à faire obstacle à leur invocation.

B- La remise en cause de l'obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire

260. Effet de la procédure de la Règle 80. La procédure spéciale prévue par la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve ne pourra sans doute pas empêcher l'invocation de la nécessité militaire ou des représailles, l'existence de ces deux motifs d'exonération en droit international étant avérée⁸⁹⁹. En revanche, l'application cumulée de l'article 21 du Statut de Rome, posant les sources applicables par le Statut de Rome, et de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve, imposant à la Cour pénale internationale de vérifier l'existence juridique d'un motif d'exonération au sein de ces sources applicables, conduit à empêcher la « découverte » de nouveaux motifs d'exonération. Cette possibilité est pourtant essentielle, tant il est difficile de prétendre connaître l'intégralité des motifs d'exonération concevables⁹⁰⁰. Plus précisément, seuls les motifs d'exonération pouvant être rattachés à l'une des sources de l'article 21 du Statut de Rome pourront passer le filtre de la procédure de la Règle 80 et être invoqués par l'accusé⁹⁰¹. Il faudra donc que le motif d'exonération, s'il n'existe pas dans le

⁸⁹⁸ L'article 21 du Statut de Rome liste parmi les sources de droit applicables « en premier lieu [le Statut de Rome], les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve, en second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés [et] 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 ».

⁸⁹⁹ Sur ce point v. *supra* n°34 et s. pour la nécessité militaire et n°30 et s. pour les représailles.

⁹⁰⁰ C'est d'ailleurs l'un des arguments qui a prévalu pour faire de l'article 31 une liste non exhaustive de motifs d'exonération. Sur ce point v. *Preparatory Committee 1996 Report*, vol. I, para. 204.

⁹⁰¹ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 648 : « *The Court might also consider [...] any defence with an arguable claim to be part of general principles of law* » (la

Statut de Rome⁹⁰², existe parmi les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés⁹⁰³, ou parmi les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde⁹⁰⁴.

261. Risque en cas de motif d'exonération inédit. Il faut convenir que la multitude de sources applicables en vertu de l'article 21 limite le risque qu'un motif d'exonération totalement inédit soit invoqué. Cette possibilité d'invocation d'un motif d'exonération inédit n'est cependant pas complètement exclue et il en découle un second risque : celui d'essayer de le rattacher artificiellement à une source applicable ou à un motif d'exonération existant au sein des sources applicables. Un parallèle peut être fait avec l'état de nécessité que le droit anglais fusionne avec la contrainte pour ne pas le reconnaître à titre autonome selon une analyse dont on a relevé les faiblesses⁹⁰⁵. Une situation identique pourrait survenir avec un motif d'exonération inédit, que la défense essaierait de faire entrer dans un motif d'exonération existant pour que la Règle 80 ne puisse faire obstacle à son invocation. L'affaire *Ongwen* a par exemple révélé les difficultés des motifs d'exonération du Statut de Rome à prendre en compte l'endoctrinement et le développement moral défectueux des individus recrutés enfants au sein de groupes criminels⁹⁰⁶. Cela a conduit un auteur à plaider pour la création d'un nouveau motif d'exonération⁹⁰⁷. Sans prendre parti sur la question, l'on peut toutefois relever qu'un tel motif d'exonération est pour l'instant inexistant en droit pénal international et, *a priori* dans la plupart

Cour pourrait aussi considérer n'importe quel motif d'exonération dont l'inclusion dans les principes généraux du droit pourrait être soutenue de façon convaincante).

⁹⁰² Première source visée par l'article 21.

⁹⁰³ *SCPI*, art. 21 para. 1 b).

⁹⁰⁴ *SCPI*, art. 21 para. 1 c).

⁹⁰⁵ Sur la critique de la confusion entre état de nécessité et contrainte v. *supra* n°88 et s.

⁹⁰⁶ V. NORTJE W., « Victim or villain : exploring the possible bases of a defence in the Ongwen case at the International criminal court », *I.C.L.R.*, 2017, vol. 17, p. 203-204 qui s'interroge sur la possibilité de prendre ces éléments en compte pour exonérer l'individu de sa responsabilité pénale ou pour atténuer sa responsabilité. V. aussi SOURIS R. N., « Child soldiering on trial : an interdisciplinary analysis of responsibility in the Lord's Resistance Army », *International Journal of law in context*, 2017, vol. 13, Issue 3, p. 316 et s.

⁹⁰⁷ SOURIS R. N., *Does defective moral development ever excuse ? Adult soldiers recruited as children*, thèse, American University, 2014, p. 151. L'auteur recommande d'ajouter un motif d'exonération à l'article 31 du Statut de Rome et propose une définition compliquée : « *a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct, the person lacks the ability to perceive the manifest illegality of his or her conduct, where this inability developed as a result of performing wrongful, but non-culpable actions, which may be identified as acts performed under the specific conditions or circumstances that are recognized as grounds for exclusion of criminal responsibility under other provisions of the Statute* » (la personne n'est pas pénalement responsable si, au moment du comportement en cause, elle est privée de son aptitude à percevoir l'illégalité manifeste de son comportement, si cette inaptitude résulte de la commission d'actions illicites mais non répréhensibles, qui peuvent être identifiées comme des actions commises dans des conditions ou circonstances reconnues comme des motifs d'exonération au sens des autres dispositions du Statut).

des droits internes, de sorte qu'il n'est pas certain que la Cour pénale internationale puisse dégager un principe général du droit permettant de le reconnaître. Mais pour qu'elle puisse le faire, encore faudrait-il que l'argument puisse être étudié au fond. Or, s'il devait être invoqué par un accusé et donc déclencher la procédure spéciale de la Règle 80 du Statut de Rome, la Chambre de première instance devrait sans doute conclure à l'inexistence d'un tel motif parmi les sources applicables et, partant, refuser son invocation au cours du procès. Ce faisant, la procédure de la Règle 80 du Statut de Rome neutralise la discussion au fond et empêche toute création prétorienne d'un motif d'exonération, alors même que cette création, nécessairement *in favorem*, doit être admise⁹⁰⁸.

262. Obstacle à l'invocation de motifs d'exonération non prévus par le Statut de Rome.

Par ailleurs, la procédure spéciale de la Règle 80 ne s'accorde pas avec la catégorie procédurale à laquelle correspondent les motifs d'exonération, dont la qualification en tant que moyen de défense au fond implique qu'ils peuvent être invoqués à n'importe quel moment de la procédure⁹⁰⁹. En refusant de l'autoriser à invoquer un motif d'exonération, terme employé par la Règle 80, la Chambre de première instance empêche l'accusé de faire valoir un moyen de défense, terme employé par l'article 67 du Statut de Rome qui consacre les droits de l'accusé. La Règle 80 est ainsi contraire au Statut de Rome et l'on est alors face à une véritable obstruction à l'invocation d'un motif d'exonération, ce qui n'est pas acceptable. Par comparaison, l'accusé qui ne s'acquitte pas de son obligation de communication relative aux motifs d'exonération de l'article 31 du Statut de Rome peut tout de même les invoquer lors du procès⁹¹⁰. Cela démontre bien le caractère fondamental du droit de faire valoir des moyens de défense. En matière procédurale, l'existence des motifs d'exonération est fondée sur les droits de la défense et, plus largement, sur le droit à un procès équitable⁹¹¹, ce qui vaut aussi bien pour

⁹⁰⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7ème éd., 1997, para. 173.

⁹⁰⁹ Sur ce point v. *supra* n°228.

⁹¹⁰ Sur ce point v. *infra* n°292 et s.

⁹¹¹ Dans le même sens v. notamment FOURNET C., « When the child surpasses the father - Admissible defences in international criminal law », *International criminal law review*, 2008, Issue 3, p. 510 : « *international criminal justice does provide for defences even in the context of these most odious crimes and this has to be welcomed – if not celebrated – as a confirmation that justice is not revenge and that it thankfully relies on human rights principles and most notably on the principle of fairness* » (la justice pénale internationale autorise des motifs d'exonération même dans le contexte des crimes les plus odieux et cela doit être apprécié – sinon célébré – comme une confirmation que la justice n'est pas la vengeance et qu'elle repose heureusement sur les principes des droits de l'homme, plus précisément sur le principe d'équité) ; SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute* précité, p. 637 : « *defences serve to ensure that an accused person benefits not only from a fair trial in the procedural sense, but also one that is fair in a substantive sense* » (les motifs d'exonération servent à s'assurer que l'accusé bénéficie d'un procès équitable au sens procédural, mais également

les motifs d'exonération prévus expressément par le Statut de Rome que pour les motifs d'exonération non codifiés⁹¹². Seul l'accusé peut disposer de ce droit et, éventuellement, y renoncer, mais la Cour ne doit en aucun cas pouvoir l'empêcher d'invoquer l'un quelconque des motifs d'exonération. En effet, « la véritable attitude, qu'est censée incarner la justice pénale permanente, est celle d'être juste et exemplaire, y compris dans la prise en compte effective des droits de l'accusé »⁹¹³. C'est parce que les crimes du Statut de Rome sont les plus graves qui soient que la Cour pénale internationale doit être exemplaire dans leur traitement. Cette exemplarité doit s'illustrer également dans la prise en compte effective des droits de l'accusé que le Statut de Rome consacre et protège. Si l'idée est de reconnaître théoriquement des droits à l'accusé mais de l'empêcher de les invoquer au cours de la procédure, les droits de l'accusé n'ont alors rien d'effectifs. Ce n'est bien sûr pas dire qu'il faut admettre n'importe quel motif d'exonération dès lors qu'il est avancé par un accusé, ni même qu'il faut assouplir leurs conditions d'application. Mais cela implique que la justice laisse à l'accusé la possibilité effective d'invoquer n'importe quel motif d'exonération.

263. Suppression d'une partie de l'article 31 paragraphe 3 et de la Règle 80. La cause de cette obstruction à l'invocation d'un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome réside dans la formulation de l'article 31 paragraphe 3, qui exige qu'un motif d'exonération « découle du droit applicable indiqué à l'article 21 » pour pouvoir être pris en considération. Il faudrait alors supprimer cette partie de l'article, pour n'en conserver que la première, qui indique que « lors du procès, la Cour peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1 ». Cette modification conduirait également à supprimer la procédure spéciale de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve, dont l'objet de vérification de l'existence du motif d'exonération au sein du droit applicable n'aurait plus lieu

au sens substantiel) ; VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, précité, p. 267 qui reprend les propos précédents.

⁹¹² Dans le même sens v. SCHABAS W., *An introduction to the International Criminal Court* précité, p. 238 : « *The Statute allows the Court to accept other defences, relying on the sources set out in Article 21(1). Indeed, it affirms a general right of the accused to raise defences [even] uncodified defences* » (le Statut permet à la Cour d'accepter d'autres motifs d'exonération, en se fondant sur les sources prévues par l'article 21(1). En effet, le Statut pose un droit général pour l'accusé de soulever des moyens de défense, même non codifiés).

⁹¹³ OUEÛDRAOGO E., « Le procès Al Madhi : « un pas de géant » pour la Cour pénale internationale ? », *Revue québécoise de droit international*, 2017, vol. 1-1, p. 120. V. aussi MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in CHIAVARIO M. (ss. dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. p. 325: « Un Statut qui, pour garantir les droits humanitaires fondamentaux, bafoue les droits des accusés, ne serait pas seulement organiquement contradictoire, mais il s'agirait d'une violation des droits de l'individu inutile en termes de prévention générale, parce que la menace de la peine peut jouer cette fonction et agir comme un appel s'adressant à la conscience du délinquant potentiel pour l'inciter à ne pas commettre le crime par la seule référence à des comportements contrôlables ».

d'être⁹¹⁴. Une telle solution serait cohérente avec la nature procédurale des motifs d'exonération, dont la qualification de moyen de défense au fond implique que l'accusé soit libre de les invoquer à n'importe quel moment de la procédure. Cette liberté est impliquée également par la place qu'occupe le droit de soulever des moyens de défense parmi les droits de la défense⁹¹⁵. La solution serait également cohérente avec la nature substantielle des motifs d'exonération, qui échappent au principe de légalité criminelle, ce qui implique qu'ils n'ont ni à être prévus par le Statut de Rome ni à exister parmi les sources du droit applicables pour pouvoir être invoqués par un accusé.

264. Conclusion de section. Ainsi, l'invocation des défenses exonératoires doit demeurer une prérogative de l'accusé, qui en dispose comme il l'entend. Il peut donc renoncer à cette invocation, ce qui conditionne d'ailleurs la procédure du plaidoyer de culpabilité. L'on peut éventuellement admettre que la Cour pénale internationale puisse l'empêcher d'y renoncer car cette action lui est favorable. Il n'est en revanche pas acceptable que l'invocation d'un motif d'exonération soit empêchée par la Cour pénale internationale, même s'il n'est pas prévu par le Statut de Rome.

⁹¹⁴ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

⁹¹⁵ *SCPI*, art. 67 para. 1 e).

Conclusion du Chapitre 1

265. Les motifs d'exonération correspondent procéduralement à des moyens de défense au fond et, plus précisément, à des défenses exonératoires. Ils peuvent donc être invoqués à tout moment du procès et même en cause d'appel. Leur invocation doit en outre être laissée au choix de l'accusé, qui est le seul à pouvoir décider de la stratégie de défense à adopter et peut donc décider de renoncer à cette invocation. Cette renonciation constitue d'ailleurs une condition de validité de la procédure particulière d'aveu de culpabilité. De plus, parce que le choix d'invoquer une défense exonératoire repose sur l'accusé, aucune procédure ne devrait pouvoir empêcher cette invocation, quand bien même celle-ci ferait intervenir un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome. Il faut donc supprimer la procédure spéciale prévue par la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve ainsi que la mention relative à l'existence des motifs d'exonération dans le droit applicable par la Cour, qui est faite par l'article 31 paragraphe 3, afin que l'accusé puisse invoquer un motif d'exonération non encore découvert au sein de ces sources. Ainsi, tous les motifs d'exonération, qui procèdent de la même catégorie procédurale, pourraient être invoqués de la même manière. Cette invocation impliquant de produire des éléments probatoires, les règles relatives à la preuve des motifs d'exonération doivent désormais être étudiées.

Chapitre 2 : La preuve des motifs d'exonération

266.Introduction. Invoquer une défense exonératoire suppose d'apporter des éléments de preuve. La preuve est alors perçue comme un moyen mais également comme un résultat puisqu'en apportant ces preuves (moyen), l'individu cherche à obtenir du juge qu'il reconnaisse que le fait qu'il invoque est prouvé (résultat)⁹¹⁶. Il semblerait alors logique de penser que seul l'accusé est concerné par les règles de preuve relatives aux motifs d'exonération, parce que lui seul a un intérêt à invoquer ces motifs. Pour autant, le procureur, qui a pour obligation d'enquêter à charge et à décharge⁹¹⁷, est lui aussi concerné par la preuve des motifs d'exonération, de sorte que certaines règles sont aussi prévues à son égard. La preuve des motifs d'exonération a ainsi une certaine assise procédurale, qu'elle soit comprise dans des règles générales de preuve ou dans des règles propres aux défenses exonératoires. Il faut donc déterminer comment se répartissent les exigences tenant à l'administration des preuves des motifs d'exonération (Section 1) et celles tenant à leur charge (Section 2).

Section 1 : L'administration des preuves des motifs d'exonération

267.Composantes de l'administration des preuves. La notion d'administration des preuves vise la manière dont les éléments de preuve sont réunis. Il s'agit alors de les rassembler, les regrouper pour constituer un tout⁹¹⁸. Or, l'accusé est nécessairement placé dans une situation désavantageuse par rapport au procureur et les différentes règles régissant l'administration de la preuve ont en partie pour objet de limiter ce déséquilibre. Ainsi, pour que l'accusé ait accès à ce « tout », et parce qu'il ne peut pas réunir l'ensemble des preuves des motifs d'exonération seul, il faut qu'après la recherche des preuves des motifs d'exonération (Paragraphe 1) ait lieu leur communication (Paragraphe 2).

⁹¹⁶ VERGÈS E., VIAL G. et LECLERC O., *Droit de la preuve*, P.U.F., 2015, para. 3 p. 5 distinguent trois objets de preuve : la preuve peut ainsi renvoyer à « faire la preuve » et donc à une opération, à l'apport d'une preuve, c'est-à-dire à un moyen mis en œuvre ou encore à « la preuve [qui] est faite », c'est-à-dire à un résultat.

⁹¹⁷ *SCPI*, art. 54 para. 1 a).

⁹¹⁸ Définition « réunir », *Dictionnaire Larousse*, éd. 2022.

Paragraphe 1 : La recherche des preuves des motifs d'exonération

268. Devant la Cour pénale internationale, la recherche des preuves incombe tant au procureur, organe de poursuite, qu'à l'individu poursuivi, chacune des deux parties pouvant alors être amenée à découvrir des éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération. Il est toutefois indéniable que les deux parties ne sont pas placées dans la même situation et que le procureur a à sa disposition des ressources beaucoup plus importantes, tant financières qu'humaines⁹¹⁹, ce qui facilite sa collecte des preuves. À l'inverse, l'accusé ne dispose pas de ces facilités et, même s'il lui est tout à fait permis de collecter des preuves par lui-même, il aura sans doute souvent besoin d'aide pour les obtenir. La réunion des preuves des motifs d'exonération par le procureur s'en trouve donc facilitée (A) là où leur obtention par l'accusé s'en trouve compliquée (B).

A- La réunion des preuves des motifs d'exonération par le procureur facilitée

269. Obligation d'enquêter à charge et à décharge. Outre les moyens financiers et humains dévolus au bureau du procureur, le Statut de Rome octroie de larges pouvoirs au procureur pour lui permettre d'enquêter. Il peut bien sûr collecter des éléments de preuve⁹²⁰, interroger des suspects, victimes ou témoins⁹²¹ et, surtout, demander aux États de coopérer avec lui de manière autonome, sans passer par la Cour pénale internationale⁹²². Il peut même conclure des accords de confidentialité avec des individus, États ou organisations internationales pour l'aider à collecter des éléments de preuve⁹²³. En contrepartie, le Statut de Rome lui impose d'enquêter tant à charge qu'à décharge⁹²⁴, ce qui signifie qu'il a pour devoir d'enquêter à la fois pour déterminer si l'individu est coupable et pour déterminer s'il est innocent. L'enquête à décharge est définie plus précisément par l'article 67 du Statut de Rome comme portant sur des éléments qui « disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge ». Cette obligation d'enquêter à décharge distingue le Statut de Rome des statuts des juridictions

⁹¹⁹ Dans le même sens v. KHOT J.-Ph., « Chapitre 69 – Droits de la défense », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, A. Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 918.

⁹²⁰ *SCPI*, art. 54 para. 3 a).

⁹²¹ *Ibid.* para. 3 b).

⁹²² *Ibid.* para. 3 c). Il en va autrement pour l'accusé qui doit, lui, solliciter la Cour pour qu'elle demande la coopération d'un État. Sur ce point v. *infra* n°273 et s.

⁹²³ *SCPI*, art. 54 para. 3 e).

⁹²⁴ *SCPI*, art. 54 para. 1 a).

pénales internationales précédentes mais peut apparaître comme surprenante dans un modèle procédural tenant plus de l'accusatoire que de l'inquisitoire⁹²⁵.

270. Enquête à décharge et TPIY. Le Statut de Rome est distinct de ses prédécesseurs d'une part car ni le Statut du TPIY ni celui du TPIR n'obligeaient le procureur à enquêter à décharge. Si la consécration formelle de cette obligation est ainsi une nouveauté du Statut de Rome, les juges du TPIY l'imposaient tout de même au procureur, en considérant que l'accusation est tenue de procéder à ces recherches en raison de son meilleur accès aux ressources qui peuvent être à décharge. Cela fait donc partie de l'obligation du procureur, en tant que « représentant de la justice aidant à l'administration de la justice »⁹²⁶ d'assister l'accusé de cette manière. Le TPIY est insistant sur ce point, qui ajoute que l'obligation du procureur n'est pas secondaire mais aussi importante que l'obligation de poursuivre. À ce titre, l'obligation d'enquêter à décharge doit être respectée tout le long de l'enquête⁹²⁷. Pour singulière que soit une telle affirmation par une juridiction dont le Statut ne prévoit aucune obligation de ce type, elle n'en est pas moins pertinente pour compléter l'obligation de communication des éléments à décharge que fait peser l'article 68 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY sur le procureur⁹²⁸, obligation à laquelle elle est liée⁹²⁹. La position du TPIY donne d'ailleurs du sens à cette obligation, dont la présence dans le Règlement de procédure et de preuve donnait l'impression que le procureur pouvait découvrir des éléments à décharge par hasard.

271. Enquête à décharge et manifestation de la vérité. D'autre part, l'obligation d'enquêter à décharge est surprenante au regard du modèle procédural dans lequel s'inscrit le

⁹²⁵ Dans le même sens v. notamment CASSESE A., « The Statute of the International Criminal Court : some preliminary reflections », *E.J.I.L.*, 1999, p. 168 : « *It is clear from even a cursory examination of the Rome Statute that states have basically opted for the common law approach* » (même un examen hâtif du Statut de Rome fait apparaître que les États ont basiquement opté pour l'approche de *Common law*) ; LAUCCI C., « Chapitre 65. Les poursuites et l'enquête », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 866 : « Les juridictions pénales internationales retiennent, à des nuances près, le système accusatoire ».

⁹²⁶ TPIY, *Le procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez, Decision on the motions to extend time for filing appellant's briefs*, 11 mai 2001, n°IT-95-14/2, para. 14 : « *The prosecution is required to carry out these searches because of its superior access to material which may be exculpatory in character. It forms part of the prosecution's duty as « ministers of justice assisting in the administration of justice », [...] to assist an accused in this way* ».

⁹²⁷ *Ibid.* : « *The prosecution's obligation [...] is not a secondary one, to be complied with after everything else is done ; it is as important as the obligation to prosecute* ».

⁹²⁸ RPP TPIY, art. 68 i) : « le Procureur communique aussitôt que possible à la défense tous les éléments dont il sait effectivement qu'ils sont de nature à disculper en tout ou en partie l'accusé ou à porter atteinte aux éléments de preuve de l'Accusation ».

⁹²⁹ En ce sens v. SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 850 : « *The duty to investigate in an even-handed manner is related to the Prosecutor's obligation of disclosure to the defence* ». Sur l'obligation de communication pesant sur le procureur v. infra n°279 et s.

Statut de Rome car ce dernier est traditionnellement présenté comme relevant du modèle accusatoire. Or, faire du procureur non seulement une partie au procès mais également un organe neutre chargé de recueillir les éléments relatifs à la responsabilité et à la non-responsabilité illustre plutôt le modèle inquisitoire⁹³⁰. Cela s'explique par l'objectif de manifestation de la vérité, érigé en véritable devoir pour le procureur. L'article 54 du Statut de Rome est en effet intitulé « devoirs et pouvoirs du procureur en matière d'enquêtes » et précise dès le premier paragraphe que le procureur doit enquêter à charge et à décharge « pour établir la vérité ». Il faut pour cela réunir l'ensemble des éléments de preuve relatifs à une affaire, qu'ils inculpent ou qu'ils disculpent. À l'inverse, dans le modèle accusatoire la vérité apparaît au procès à l'issue du duel judiciaire entre le procureur et la défense⁹³¹. De ce point de vue, le rôle dévolu au procureur par l'article 54 du Statut de Rome est un moyen de relativiser les différences entre le rôle du procureur dans les systèmes accusatoires de *Common law* et le rôle du procureur ou du juge d'instruction de certains systèmes de droit civil⁹³². Le droit français impose par exemple à l'un comme à l'autre d'enquêter ou d'instruire à charge et à décharge avec pour objectif la manifestation de la vérité⁹³³. La procédure pénale internationale consacrée par le Statut de Rome correspond alors à un système mixte.

272.Éléments à décharge et motifs d'exonération. Ces précisions étant faites, il faut désormais savoir précisément ce que recouvre l'enquête à décharge, afin de vérifier si cela inclut les éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération. Si une réponse positive peut être faite d'instinct, il reste à déterminer dans quel type d'éléments de preuve à décharge s'inscrivent les éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération. Ils ne sont pas contenus dans les éléments « de nature à entamer les éléments de preuve à charge » puisque les motifs d'exonération ne remettent pas nécessairement en question la constitution de l'infraction⁹³⁴. De

⁹³⁰ En ce sens v. notamment COTTE B. et SEROUSSI J., « La manifestation de la vérité en droit pénal international », *Archives de philosophie du droit*, t. 53, *Le droit pénal*, 2010, p. 86 : l'apparition de la manifestation de la vérité dans le Statut de Rome « introduit un élément typique de la tradition inquisitoire dans la justice pénale internationale ».

⁹³¹ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 849 : « in the Anglo-American system the « truth is said to emerge from the judicial duel with the defence ».

⁹³² BERGSMO M., KRUGER P. & BEKOU O., « Article 54 » in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (date à vérifier), p. 1382 : « Article 54 is an effort to build a bridge between the adversarial common law approach to the role of the Prosecutor and the role of the investigating judge in certain civil law systems ».

⁹³³ *C. proc. pén.*, art. 39-3 al. 2 : le procureur « veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge » et *C. proc. pén.*, art. 81 al. 1 : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ».

⁹³⁴ Sur ce point v. *supra* n°8.

la même manière, ils ne font pas partie des éléments tendant « à atténuer la culpabilité » dans la mesure où la fonction des motifs d'exonération n'est pas de « rendre moins fort, moins grave »⁹³⁵ mais bien de faire disparaître la responsabilité⁹³⁶. Restent alors « les éléments qui disculpent l'accusé ou tendent à le disculper », c'est-à-dire les éléments qui prouvent l'innocence ou tendent à la prouver⁹³⁷. Or, l'innocence est le contraire de la culpabilité⁹³⁸, qui s'entend comme le fait d'être « convaincu d'avoir commis une infraction »⁹³⁹. Si l'on veut bien admettre, avec un auteur, que la culpabilité correspond à la construction procédurale de la responsabilité⁹⁴⁰, ce que conforte la référence à la culpabilité dans les textes procéduraux⁹⁴¹, il est possible de considérer qu'en ne prononçant pas une décision de culpabilité, les juges reconnaissent la non-responsabilité de l'individu. De cette manière, « les éléments qui disculpent l'accusé ou tendent à le disculper » peuvent s'analyser comme des éléments qui établissent la non-responsabilité ou tendent à établir la non-responsabilité de l'accusé, incluant donc les éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération. Ainsi, l'obligation générale incombant au procureur d'enquêter à charge et à décharge peut le conduire à réunir des éléments de preuve relatifs à des motifs d'exonération. La pratique du bureau du Procureur lors des premières affaires traitées par la Cour pénale internationale témoigne cependant du fait qu'il s'est révélé peu enclin à procéder à cette enquête à décharge avec la même diligence que pour l'enquête à charge⁹⁴², de même qu'il a lutté pour éviter de communiquer les éléments à décharge à la défense⁹⁴³. En pratique, l'obtention éventuelle d'éléments de preuve à décharge risque ainsi de ne pas être une priorité pour le procureur et de ne se faire qu'à l'occasion de la recherche de preuves à charge. Ces éléments à décharge sont pourtant capitaux pour la défense, qui ne peut pas toujours obtenir elle-même les éléments de preuve qu'elle souhaite, nécessitant alors le soutien de la Cour pénale internationale.

⁹³⁵ Définition « atténuer », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2020.

⁹³⁶ Sur la différence entre exonération totale et exonération partielle v. *supra* n°20.

⁹³⁷ Définition « disculper », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2020.

⁹³⁸ CORNU G., Définition « innocence », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 13^{ème} éd., 2020 : l'innocence est la « non-culpabilité ».

⁹³⁹ *Ibid.*, Définition « culpabilité ».

⁹⁴⁰ MASSÉ M., « Article 66 - Présomption d'innocence », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1802.

⁹⁴¹ Pour la liste des textes procéduraux du Statut de Rome évoquant la culpabilité, v *supra* n°235.

⁹⁴² SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 850 : « despite the terms of article 54(1)(a), the Office of the Prosecutor in its early years may not have approached the gathering of evidence in an entirely even-handed manner » (malgré les termes de l'article 54(1)(a), le bureau du Procureur n'a sans doute pas appréhendé l'obtention des preuves à charge et à décharge de la même manière).

⁹⁴³ Sur ce point v. *infra* n°283 et s.

B- La difficile obtention des preuves des motifs d'exonération par l'accusé

273. Obtention des preuves et procès équitable. Devant la Cour pénale internationale, les preuves sont réunies de manière autonome par le procureur et par l'accusé, par leurs propres moyens, ce qui illustre cette fois le modèle accusatoire⁹⁴⁴. Or l'accusé, qui ne dispose pas des mêmes moyens que le procureur, n'est pas toujours en mesure de collecter les éléments de preuve par lui-même, notamment parce qu'il n'a pas nécessairement accès aux lieux où ils peuvent se trouver ou parce qu'il ne bénéficie pas du même degré de coopération par les États concernés⁹⁴⁵. La Cour pénale internationale doit cependant respecter le principe de l'égalité des armes et, partant, permettre une défense effective de l'accusé. Si la Cour ne peut sans doute pas assurer une parfaite égalité de moyens humains et financiers, elle peut toutefois faire en sorte de réduire au mieux le déséquilibre entre le procureur et l'accusé en permettant à ce dernier d'obtenir des preuves qu'il ne détient pas mais qui sont nécessaires à la préparation de sa défense⁹⁴⁶, ce qui peut inclure des éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération.

274. Principe d'obtention des preuves à tous les stades de la procédure. Dès la phase d'enquête, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale peut en effet, « à la demande d'une personne qui a été arrêtée ou a comparu sur citation (...) solliciter tout concours au titre du chapitre IX qui peu[t] être nécessaire[...] pour aider la personne à préparer sa défense »⁹⁴⁷. C'est dire que dès la phase d'enquête, la Chambre préliminaire peut solliciter la coopération des États afin d'aider l'individu à obtenir des preuves à décharge, ce qui inclut, on l'a dit, des preuves relatives aux motifs d'exonération⁹⁴⁸. De la même manière, lors du procès, la Chambre de première instance, qui doit « veille[r] à ce que le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence, dans le plein respect des droits de l'accusé »⁹⁴⁹, peut « ordonner la comparution des témoins et leur audition ainsi que la production de documents et d'autres

⁹⁴⁴ CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 356 (à vérifier) : « *In the adversarial model each party (prosecution and defence) gathers the evidence autonomously on its own behalf by means of investigators* ».

⁹⁴⁵ NICOLAS-GRÉCIANO M., *L'égalité des armes devant les juridictions pénales internationales*, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses » n°134, 2016, para. 308, para. 266 p. 331-332.

⁹⁴⁶ NEGRI S., « The principle of « equality of arms » and the evolving law of international criminal procedure », *International criminal law review*, 2005, vol. 5, p. 552 : « *international criminal proceedings should guarantee – in order to comply with the « equality of arms » requirement and to meet the standard of « effective defence » - that the accused should be afforded adequate human and economic resources for the proper preparation of his defence* ».

⁹⁴⁷ SCPI, art. 57 para. 3 b).

⁹⁴⁸ Sur cette inclusion v. *supra* n°272.

⁹⁴⁹ SCPI, art. 64 para. 2.

éléments de preuve, en obtenant au besoin l'aide des États »⁹⁵⁰. La Chambre de première instance, contrairement à la Chambre préliminaire, peut donc demander d'office la coopération d'un État mais rien n'interdit à l'accusé de lui demander d'exercer ce pouvoir. Le cas échéant, les États Parties sont tenus d'une obligation générale de coopérer avec la Cour pénale internationale⁹⁵¹, de sorte qu'elle peut demander leur assistance notamment pour rassembler et produire des éléments de preuve⁹⁵² ou faciliter la comparution de témoins ou d'experts au procès international⁹⁵³. Ce faisant, la Cour peut aider l'accusé à obtenir des éléments de preuve, notamment des éléments de preuve relatifs à des motifs d'exonération, ce qui participe du droit de l'accusé à une défense effective. L'on peut même voir ici l'émanation de l'une des composantes du droit à la preuve : le « droit d'obtenir – avec l'aide du juge – une preuve que l'on ne détient pas »⁹⁵⁴. Cela vient également compléter le devoir de la Cour pénale internationale de découvrir la vérité en lui permettant de connaître tous les éléments de preuve possibles⁹⁵⁵.

275.Limites à la possibilité d'obtenir des preuves. Pour essentiel que soit ce pouvoir de la Cour pour permettre l'obtention de preuves de motifs d'exonération par l'accusé, il faut cependant reconnaître que son effectivité est loin d'être absolue. Si les États Parties sont en effet tenus de coopérer avec la Cour, les moyens dont elle dispose pour faire respecter cette obligation sont faibles puisqu'elle peut seulement prendre acte d'un refus de coopération et, si elle le souhaite, en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité de l'ONU⁹⁵⁶. Rien dans le Statut de Rome ne donne d'indication sur l'impact d'un tel refus de coopération sur le procès en cours et les droits de l'accusé. C'est dire que lors des négociations, l'intérêt des États a clairement primé celui des accusés. Il n'est alors pas certain que la Cour pénale internationale puisse être plus efficace que les tribunaux pénaux internationaux l'ayant précédée.

⁹⁵⁰ *Ibid.* para. 6 b).

⁹⁵¹ *SCPI*, art. 86. Les États non-partie peuvent quant à eux être invités à coopérer avec la Cour, ce qui indique que ce choix leur revient. V. *SCPI*, art. 87 para. 5 a).

⁹⁵² *SCPI*, art. 93 para. 1 b).

⁹⁵³ *Ibid.* para. 1 e).

⁹⁵⁴ VERGÈS E., VIAL G. et LECLERC O., *Droit de la preuve*, P.U.F., 2015, para. 275.

⁹⁵⁵ Devoir rappelé à l'article 69 du Statut de Rome. Sur le lien avec la coopération d'un État v. COTTE B. et SEROUSSI J., « La manifestation de la vérité en droit pénal international », *Archives de philosophie du droit*, t. 53, *Le droit pénal*, 2010, p. 93 : « La recherche de la vérité peut donc être invoquée pour exiger la divulgation de pièces par les parties ou encore pour obtenir la coopération d'un État ».

⁹⁵⁶ *SCPI*, art. 87 para. 7.

276. Coopération des États et obtention des preuves par les tribunaux pénaux internationaux. Cette question avait en effet été abordée par les deux tribunaux pénaux *ad hoc*. Le TPIY avait en effet reconnu qu'il ne disposait pas des mêmes facilités qu'un tribunal national pour assurer l'intégralité des exigences du procès équitable. Le TPIY avait alors admis dans l'arrêt *Tadić* qu'il ne disposait pas du pouvoir de contraindre les États à coopérer avec lui, et ne pouvait donc notamment pas les contraindre à faire comparaître leurs ressortissants⁹⁵⁷. En l'espèce, l'accusé invoquait une violation de son droit à un procès équitable, entre autres parce que le manque de coopération de la *Republika Srpska* l'avait empêché d'obtenir des témoignages à décharge⁹⁵⁸. Le TPIY avait estimé qu'il était tenu de faire tout ce qui était en son pouvoir pour assurer la présence des témoins et que seule une négligence de sa part pouvait conduire à une rupture de l'égalité des armes⁹⁵⁹, ce qui correspond à une obligation de moyens⁹⁶⁰ et implique que, même en cas d'échec et de non-comparution du témoin nécessaire à la défense, l'égalité des armes n'était pas nécessairement rompue⁹⁶¹. Le TPIY a tout de même reconnu que la non-coopération par un État pouvait parfois conduire à empêcher la tenue d'un procès équitable, auquel cas une suspension du procès pouvait être ordonnée⁹⁶². Face à un refus de coopérer de la part d'un État, le TPIR a quant à lui parfois eu recours à une solution pour le moins originale, en imposant au procureur d'obtenir les éléments de preuve⁹⁶³. Il est cependant probable que la Cour pénale internationale, soumise aux mêmes difficultés malgré une obligation de coopération des États-parties inscrite dans le Statut de Rome, réagisse de la même façon que le TPIY, en ne s'imposant qu'une obligation de moyens. Cela serait évidemment préjudiciable à l'accusé, qui ne pourrait pas obtenir l'ensemble des éléments nécessaires à sa cause et, notamment, pourrait se voir refuser l'accès à des preuves à décharge portant sur des défenses exonératoires.

277. Aussi la Cour pénale internationale, pas plus que les tribunaux *ad hoc* avant elle, ne peut faire fi des spécificités des juridictions pénales internationales, ce qui rend l'obtention de preuves relatives à des motifs d'exonération par la défense plus difficile. Cette difficulté est

⁹⁵⁷ TPIY, *Le procureur c. Tadić*, arrêt, 15 juil. 1999, n° IT-94-1-A, para. 51.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, para. 29.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, para. 52-53.

⁹⁶⁰ NICOLAS-GRÉCIANO M., *op. cit.*, para. 166.

⁹⁶¹ Sur ce point v. CASSESE A., « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales », in FLUSS J.-F., (ss. dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthémis, 2005, p. 43.

⁹⁶² TPIY, arrêt *Tadić*, para. 55.

⁹⁶³ TPIR, *Le procureur c. Ignace Bagilishema, Decision on the request of the Defence pursuant to Rule 73 of the Rules of procedure and evidence for summons on witnesses*, 8 juin. 2000, n°ICTR-95-1A-T, para. 18-19.

peut-être compensée par les règles régissant la communication des éléments de preuve des motifs d'exonération.

Paragraphe 2 : La communication des preuves des motifs d'exonération

278. Obligations de communication. L'objectif primordial du procès pénal international est la manifestation de la vérité, ce qui « justifie que les actes constitutifs des juridictions pénales internationales permettent aux organes juridictionnels d'intervenir d'office »⁹⁶⁴. Cela se traduit par le pouvoir donné à la Cour pénale internationale d'ordonner la divulgation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires⁹⁶⁵. La Cour pénale internationale dispose ainsi d'un pouvoir général relatif à la communication des preuves. L'accusation et la défense sont également soumises à des obligations de communication plus spéciales. Il découle en effet de la place privilégiée du procureur une facilité à obtenir des éléments de preuve mais, en contrepartie, il doit respecter des obligations de communication de ces éléments (A). L'accusé est lui aussi soumis à des obligations de communication, notamment à propos d'éléments relatifs aux motifs d'exonération (B).

A- La communication des preuves des motifs d'exonération par le procureur

279. Obligation générale de communication des preuves. Le Statut de Rome impose au procureur de communiquer à la défense tous les éléments de preuve qu'il a pu collecter et va utiliser au procès, de sorte que l'on peut parler d'une obligation générale de communication des preuves pesant sur le procureur. Cela permet de rétablir un certain équilibre entre le procureur, qui dispose de tout l'arsenal de la Cour pénale internationale pour effectuer ses enquêtes, et l'accusé, qui doit, sauf exception⁹⁶⁶, réunir des preuves par ses propres moyens⁹⁶⁷. Le Statut de Rome opère cependant une distinction entre les différents éléments de preuve à disposition du procureur, dont l'incidence s'observe sur les délais de communication.

⁹⁶⁴ LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, P.U.F., 2003, p. 125.

⁹⁶⁵ SCPI, art. 64 para. 6 b), applicables tant aux éléments de preuve détenus par le procureur que par l'accusé.

⁹⁶⁶ Sur l'aide qui peut être apportée par la Cour pénale internationale, v. *supra* n°274.

⁹⁶⁷ En ce sens v. notamment KEITA X.-J., « Disclosure of evidence in the law and practice of the ICC », *International criminal law review*, 2016, vol. 16, p. 1021 : « *The obligation on the prosecution to disclose exculpatory material is meant to counterbalance the disadvantage in which the defence is placed* » (l'obligation du procureur de communiquer les éléments à décharge a pour vocation de contrebalancer la situation désavantageuse dans laquelle la défense est placée) ; NICOLAS-GRÉCIANO M., *op. cit.*, para. 296.

280. Obligation de communication des éléments de preuve à charge. D'une part, les éléments de preuve à charge, c'est-à-dire les éléments permettant au procureur d'établir la culpabilité de l'individu, font l'objet d'une obligation de communication relativement souple, avec des délais de communication différents suivant la nature des pièces en question et le stade de la procédure en cours⁹⁶⁸. Par exemple, le procureur doit informer la personne des éléments de preuve sur lesquels il entend se fonder à l'audience de confirmation des charges, « dans un délai raisonnable avant l'audience »⁹⁶⁹ et trente jours au plus tard avant la date de l'audience⁹⁷⁰. Les éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération n'étant pas inclus dans cette catégorie, elle ne sera cependant pas étudiée plus avant⁹⁷¹.

281. Obligation de communication des éléments de preuve à décharge. D'autre part, l'article 67 du Statut de Rome exige « [qu'] outre toute autre communication prévue par le présent Statut, le Procureur communique à la défense, dès que cela est possible, les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge »⁹⁷². Si l'article 67 du Statut de Rome n'emploie pas l'expression « preuves à décharge », ce sont pourtant bien ces dernières qui sont définies dans le paragraphe 2, de sorte que cette obligation découle de celle d'enquêter à charge et à décharge⁹⁷³. Les éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération s'inscrivent dans ces éléments à décharge⁹⁷⁴, ce qui leur confère une importance capitale pour la défense. Cela justifie que leur communication ne soit pas soumise à une demande spécifique de la défense et qu'il soit imposé au procureur de les communiquer à la défense « dès que cela est possible »⁹⁷⁵. L'intégration au Statut de Rome

⁹⁶⁸ Sur ce point v. BOAS G. et al. *International criminal procedure*, précité, p. 228.

⁹⁶⁹ *SCPI*, art. 61 para. 3 b).

⁹⁷⁰ *RPP CPI*, Règle 121 para. 3.

⁹⁷¹ Pour une étude détaillée de la question v. NICOLAS-GRÉCIANO M., *op. cit.*, para. 300.

⁹⁷² *SCPI*, art. 67 para. 2.

⁹⁷³ En ce sens v. notamment GIBSON K. et LUSSIAÀ-BERDOU C., « Disclosure of evidence », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, O.U.P., 2010, p. 353 : « *flowing on from the obligation of the ICC prosecution to investigate incriminating and exonerating circumstances equally, the prosecution then has an obligation to disclose all 'exculpatory evidence' it discovers to the defence as soon as practicable* » (découlant de l'obligation du procureur de la CPI d'enquêter à charge et à décharge, il a ensuite l'obligation de communiquer dès que possible tous les « éléments à décharge » qu'il a découverts) ; ZAPPALA S., « The rights of the accused », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, précité, p. 1352-1353.

⁹⁷⁴ Sur ce point v. *supra* n°272.

⁹⁷⁵ BOAS G. et al., *International criminal procedure*, C.U.P., 2011 vol. III, p. 228 : « *Disclosure of materials of an exculpatory character, by contrast, never requires a specific defence request. Moreover, the prosecution's duty is to disclose exculpatory materials 'as soon as practicable'* ».

de cette obligation en fait alors une véritable composante des droits de la défense et constitue une avancée majeure dans leur construction⁹⁷⁶.

282. Temps et facilités nécessaires à la préparation de sa défense. Ce paragraphe 2 de l'article 67 vient par ailleurs compléter un autre droit de la défense exposé au paragraphe 1, qui exige que l'accusé « dispose [...] du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Cette formulation est issue de l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui liste certains droits de l'accusé, et dont la jurisprudence a grandement influencé la procédure pénale internationale⁹⁷⁷. Du point de vue de la communication des éléments de preuve par le procureur, la question se situe principalement en termes de « facilités nécessaires à la préparation de la défense », définies par la Cour européenne des droits de l'Homme comme « les éléments pertinents pour servir à se disculper ou à obtenir une atténuation de sa peine, qui ont été ou peuvent être recueillis par les autorités compétentes »⁹⁷⁸. Elle a ensuite précisé que « le droit à un procès pénal équitable garanti par l'article 6 englobe le droit à la communication de toutes les preuves pertinentes en possession des autorités de poursuite, à charge comme à décharge »⁹⁷⁹. Aussi, si ce droit peut souffrir certaines exceptions⁹⁸⁰, un minimum irréductible d'informations doit tout de même être connu par l'individu afin qu'il puisse préparer sa défense convenablement. Ce droit de connaître les éléments de preuve est même devenu une part essentielle du droit international coutumier et du droit de la guerre⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ KEÏTA X.-J., FOURÇANS C., DANHOUI G., MASSELOT M., PREIRA D. D., MBAYE A. A. et SHOAMANESH S. S., « Article 67. Droits de l'accusé », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1854. V. aussi ZAPPALA S., « The rights of the accused », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, précité, p. 1352.

⁹⁷⁷ CASSESE A., « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales », in FLUSS J.-F., (ss. dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthémis, 2005, p. 38.

⁹⁷⁸ Comm. EDH, *Jespers c. Belgique*, 14 déc. 1981, Rapport, n°8403/78, para. 58.

⁹⁷⁹ CEDH, *A et autres c. Royaume-Uni*, 19 fév. 2009, n°3455/05, para. 206.

⁹⁸⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme dresse une liste de ces exceptions dans l'arrêt *A et autres c. Royaume-Uni*, précité, para. 205 : « le droit à un procès pleinement contradictoire peut être restreint dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt public important tel que la sécurité nationale, la nécessité de garder secrètes certaines méthodes policières de recherche des infractions ou la protection des droits fondamentaux d'un tiers ».

⁹⁸¹ JACKSON J. D. et SUMMERS S. J., *The internationalisation of criminal evidence. Beyond the common and civil law traditions*, C.U.P., 2012, p. 296 : « The right to know the evidence against one reaches far back into the annals of basic fair procedure and has become an essential part of customary international law and the laws of war ».

283. Obligation de communication et tribunaux pénaux internationaux. Or, ce droit ne pourrait pas être assuré sans la communication des éléments de preuve détenus par le procureur. C'est d'ailleurs ainsi que le TPIY⁹⁸² et le TPIR⁹⁸³ l'ont interprété, qui ont toujours exigé du procureur la communication à la défense des éléments de preuve en sa possession. Le TPIY a particulièrement insisté sur ce point lorsque les éléments en question étaient des éléments à décharge, estimant que leur communication « est essentielle à l'équité des procès »⁹⁸⁴. L'importance de cette communication a même conduit à un amendement du Règlement de procédure et de preuve du TPIY, afin d'y ajouter un article 68*bis* donnant pouvoir au juge de la mise en état ou à la Chambre de première instance de « décider, d'office ou à la demande d'une partie, des sanctions à infliger à une partie qui ne s'acquitte pas des obligations de communication que lui impose le Règlement ». Cela étant, c'est à la défense que revient le devoir de prouver que l'accusation a agi en violation de ses obligations de communication mais également que cette violation lui a porté préjudice, ce qui s'applique tant aux obligations de communication à charge qu'à décharge. Cette exigence a permis au TPIY et au TPIR de ne pas sanctionner le procureur, quand bien même la violation de ses obligations avait été démontrée, et de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès⁹⁸⁵. Par exemple, dans l'arrêt *Krstić*, dans lequel l'accusé invoquait la violation de la Règle 68 relative à la communication d'éléments de preuve à décharge, le TPIY, après avoir constaté que l'accusation avait violé son obligation de communication, a simplement demandé au procureur de mener une enquête sur les allégations faites par la défense⁹⁸⁶ et a pour sa part affirmé ne pas cautionner « les agissements critiquables de l'accusation »⁹⁸⁷. Aucune décision des tribunaux pénaux internationaux ne paraît avoir porté spécifiquement sur la question spécifique du refus de communication d'éléments de preuve relatifs à une défense exonératoire mais il n'est pas certain que ces juridictions auraient agi différemment.

284. Cour pénale internationale et communication des éléments à décharge. En revanche, la Cour pénale internationale ne semble pas calquer sa pratique sur celle des tribunaux pénaux internationaux. En effet, la conduite de l'affaire *Lubanga* par les juges de la Cour invite

⁹⁸² STPIY, art. 21 para. 4 b).

⁹⁸³ STPIR, art. 20 para. 4 b).

⁹⁸⁴ TPIY, *Le procureur c. Radislav Krstić*, arrêt, 19 avril 2004, n°98-33-A, para. 180.

⁹⁸⁵ Sur ce point v. NEGRI S., « The principle of « equality of arms » and the evolving law of international criminal procedure », *International criminal law review*, 2005, vol. 5, p. 565 ; NICOLAS-GRÉCIANO M., *op. cit.*, para. 308, p. 380-382.

⁹⁸⁶ TPIY, arrêt *Krstić*, para. 215.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, para. 214.

à considérer qu'ils ne se contenteront pas de déplorer le non-respect, par le procureur, de ses différentes obligations réglementaires et des décisions rendues par les juges, comme avait pu le faire le TPIR⁹⁸⁸. Dans cette affaire, la Cour pénale internationale s'est livrée à un examen minutieux des différentes demandes de la défense relatives au refus de communication, par le procureur, de nombreux éléments de preuve⁹⁸⁹. Le contentieux à ce sujet aura duré plus de deux ans, notamment en raison de la difficulté particulière tenant au conflit entre le droit de l'accusé de se voir communiquer les éléments de preuve à décharge et la possibilité, pour le procureur, de conclure des accords de confidentialité afin d'obtenir des renseignements⁹⁹⁰. Le Statut de Rome précise cependant que ces accords ne doivent être utilisés que pour obtenir de nouveaux éléments de preuve, ce qui signifie que le contenu de l'accord ne peut pas en lui-même servir de preuve. Or, dans l'affaire *Lubanga*, c'est plus de deux cents documents, « dont l'Accusation [a admis] qu'ils [étaient] potentiellement à décharge ou qu'ils [étaient] nécessaires à la préparation de la défense »⁹⁹¹, qui étaient concernés par ce type d'accords et avaient vocation à servir de preuve. La Cour pénale internationale a donc logiquement estimé que « [c'était] là l'exact contraire du bon usage de [l'article 54 paragraphe 3 e)] »⁹⁹² et que l'attitude de l'Accusation constituait « un abus grave et généralisé »⁹⁹³. Elle a également « conclu sans hésitation que le droit à un procès équitable – qui constitue indubitablement un droit fondamental – comprend le droit de se voir communiquer les pièces à décharge »⁹⁹⁴, ce qui explique que seuls les juges de la Cour puissent décider de la non-communication de certaines pièces, « si des circonstances exceptionnelles l'exigent »⁹⁹⁵. Or, en l'espèce, les juges n'avaient

⁹⁸⁸ TPIR, *Le procureur c. Theonéste Bagosora, Decision on the defence motion for inadmissibility of disclosure based on the decision of 11 June 1998*, 7 déc. 2008, n°ICTR-96-7-T, para. 215 « *The trial chamber 1. Dismisses the motion of the defence. 2. Deplores the Prosecution's previous non-compliance with the Rules and Decisions of the Trial Chamber which could undermine the fair and expedient administration of justice* ».

⁹⁸⁹ V. notamment, CPI, *Le Procureur c. Lubanga, Décision relative à la requête de la Défense tendant à ce que soit ordonnée la communication d'éléments à décharge*, 2 nov. 2006, n°ICC-01/04-01/06-649-tFR ; *Décision relative à des questions de communication, aux responsabilités concernant les mesures de protection et à d'autres points de procédure*, 24 avril 2008, n°ICC-01/04-01/06-1311-Anx2-tFRA.

⁹⁹⁰ SCPI, art. 54 para. 3 e). Sur la difficulté particulière tenant à la conclusion de tels accords avec l'ONU dans l'affaire *Lubanga*, v. BITTI G., « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale », *R.S.C.*, 2008, p. 722.

⁹⁹¹ CPI, *Le procureur c. Lubanga, Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008*, 13 juin 2008, n°ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, para. 63.

⁹⁹² *Ibid.* para. 73.

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ *Ibid.* para. 77.

⁹⁹⁵ *Ibid.* para. 88. Confirmé en appel par CPI, *Le Procureur c. Lubanga, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre*

pas non plus accès aux documents, les empêchant de remplir ce rôle octroyé par le Statut de Rome⁹⁹⁶. La Cour pénale internationale a ainsi constaté les manquements du procureur s'agissant de la non-communication d'éléments de preuve relatifs notamment à des motifs d'exonération⁹⁹⁷ et a pris elle-même des mesures pour pallier ces insuffisances en suspendant le procès, en raison de l'impossibilité « de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable »⁹⁹⁸.

285.Limites à l'obligation de communication des éléments de preuves à décharge. Si l'affaire *Lubanga* illustre l'importance que les obligations de communication ont prise devant les juridictions pénales internationales⁹⁹⁹, elle a cependant été l'occasion de mettre en exergue une limite potentielle au droit à la communication des éléments à décharge. Si le procureur a finalement communiqué l'ensemble des pièces à la Cour pénale internationale¹⁰⁰⁰, cette dernière n'a pas clairement fait prévaloir le droit à la communication sur les accords confidentiels. Elle a même au contraire estimé que « si l'article 54-3-e [selon lequel le procureur peut s'engager à ne divulguer à aucun stade de la procédure les documents ou renseignements qu'il a obtenus sous la condition qu'ils demeurent confidentiels et ne servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve, à moins que celui qui a fourni l'information ne consente à leur divulgation] est correctement utilisé, le conflit qui semble l'opposer à l'article 67-2 a des chances de devenir négligeable »¹⁰⁰¹. Cette position laisse subsister des interrogations dans la mesure où elle peut aboutir à priver l'accusé d'éléments prouvant ou tendant à prouver sa non-responsabilité. Aussi, elle ne peut se justifier que si elle entretient un lien avec la nécessité de

l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, rendue par la Chambre de première instance I, 21 oct. 2008, n° ICC-01/04-01/06-1486-tFRA.

⁹⁹⁶ SCPI, art. 67 para. 2.

⁹⁹⁷ *Ibid.* para. 22 dans lequel l'accusation fait état d'éléments de preuve tenant au trouble mental, à l'intoxication, à la contrainte et à la légitime défense.

⁹⁹⁸ CPI, *Le procureur c. Lubanga, Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008*, 13 juin 2008, n° ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, para. 93.

⁹⁹⁹ GIBSON K. et LUSSIAÀ-BERDOU C., « Disclosure of evidence », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, O.U.P., 2010, p. 350 : « the Lubanga disclosure jurisprudence illustrates the importance disclosure obligations have taken on in international criminal trials ».

¹⁰⁰⁰ CPI, *Le Procureur c. Lubanga, Reasons for Oral Decision lifting the stay of proceedings*, 23 janv. 2009, n° ICC-01/04-01/06-1644. Sur ce point v. BITTI G., « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale », *R.S.C.*, 2009, p. 940.

¹⁰⁰¹ CPI, *Lubanga, Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut précité*, para. 76.

protéger les victimes et les témoins, auquel cas la question est envisagée en termes de coopération des témoins et non plus en termes d'obligations de communication du procureur.

286. Inspection des pièces en la possession du procureur. Outre la communication des éléments à décharge, le procureur doit permettre à son adversaire « de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle qui sont nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé, qui seront utilisés par le Procureur comme moyens de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès, ou qui ont été obtenus de l'accusé ou lui appartiennent »¹⁰⁰². Si les pièces visées sont les mêmes que celles que la défense doit permettre au procureur de consulter, les obligations du second ne sont en revanche pas identiques à celles de la première. En effet, la défense a l'obligation de laisser le procureur prendre connaissance des pièces, uniquement dans l'hypothèse où elle souhaiterait s'en servir au procès¹⁰⁰³ tandis que le procureur doit de surcroît permettre la consultation des pièces « nécessaires à la préparation de l'accusé ». Cette différence explique que le procureur doive s'acquitter de son obligation suffisamment à l'avance et en principe avant le début du procès¹⁰⁰⁴. Les éléments nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé ont notamment été définis par le TPIY comme les éléments pouvant « contribuer sensiblement à la compréhension d'importants moyens de preuve à charge et à décharge »¹⁰⁰⁵, ce qui peut inclure des éléments de preuve de motifs d'exonération. Par ailleurs, et contrairement à ses prédécesseurs, le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale ne conditionne pas l'obligation de communication du procureur à la demande de l'accusé, ce qui laisse à penser qu'il doit s'en acquitter systématiquement, que la défense formule une demande en ce sens ou pas¹⁰⁰⁶. La Cour pénale internationale en a ainsi déduit que le procureur est soumis à des obligations de communication plus étendues que l'accusé¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² RPP CPI, Règle 77.

¹⁰⁰³ Sur ce point v. *infra* n°290.

¹⁰⁰⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative à la requête de l'Accusation concernant la communication d'éléments par la Défense en application des règles 78 et 79-4*, 14 sept. 2010, n°ICC-01/04-01/07-2388-tFRA, para. 48.

¹⁰⁰⁵ TPIY, *Le procureur c. Zejnil Delalić (affaire Čelebići), décision relative à la requête de l'accusé Zejnil Delalić aux fins de divulgation d'éléments de preuve*, 26 sept. 1996, n°IT-96-21, para. 6.

¹⁰⁰⁶ Les Règlements de procédure et de preuve des TPIY et TPIR indiquaient en effet dans leurs articles 66 B) que le procureur devait s'acquitter de cette obligation « sur demande », vraisemblablement de l'accusé. Dans le même sens v. GIBSON K. et LUSSIAÀ-BERDOU C., « Disclosure of evidence », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice* précité, p. 351.

¹⁰⁰⁷ CPI, *Katanga, Décision relative à la requête de l'Accusation concernant la communication d'éléments par la Défense en application des règles 78 et 79-4*, para. 48.

B- La communication des preuves des motifs d'exonération par l'accusé

287. Absence d'obligation générale de communication. L'accusé n'est pas soumis à une obligation générale de communication des éléments de preuve qu'il compte utiliser, ce qui est la conséquence de son droit de ne pas s'auto-incriminer et de garder le silence¹⁰⁰⁸. Cela se traduit en principe par l'absence d'obligation de contribuer à la procédure¹⁰⁰⁹ ou d'aider l'accusation¹⁰¹⁰.

288. Équilibre entre le droit à un procès équitable et le droit à être jugé sans retard excessif. Il peut cependant être soumis à certaines exigences de communication dans des hypothèses très précises, qui ont largement été étendues par le Statut de Rome¹⁰¹¹. Ce dernier et l'application des diverses obligations par les juges de la Cour pénale internationale ont en effet pour objectif de satisfaire plusieurs équilibres. Il faut d'une part respecter deux composantes du droit à un procès équitable : le droit de ne pas contribuer à témoigner contre soi-même, de ne pas s'avouer coupable et de garder le silence¹⁰¹², qui implique le droit de ne pas aider l'accusation, et le droit à être jugé sans retard excessif¹⁰¹³. L'obligation de communication de certains éléments de preuve par l'accusé permet alors au procureur de ne pas les découvrir à l'audience, donc de s'y préparer sans devoir demander de délai à la Cour, ce qui assure une certaine célérité au procès. La Cour pénale internationale s'est prononcée sur les différentes obligations de communication pesant sur l'accusé et a estimé qu'il paraît « manifeste que, dans le cadre du Statut de Rome, le droit de l'accusé à un procès équitable n'est pas

¹⁰⁰⁸ Dans le même sens v. JACOBS D., « Standard of proof and burden of proof », in, G. SLUITER et al., *International criminal procedure : principles and rules*, O.U.P., 2013, p. 1101.

¹⁰⁰⁹ ZAPPALA S., « The rights of the accused », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, Oxford University Press, vol 2, 2002, p. 1352 : « because he or she is presumed innocent and, hence, has no duty to contribute to the proceedings ».

¹⁰¹⁰ Dans le même sens v. LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, P.U.F., 2003, p. 124 : « conformément à la présomption d'innocence et à l'obligation conséquente pour le Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, cette obligation [de communication des éléments de preuve] est nécessairement asymétrique en ce que l'essence de celle-ci repose sur l'accusation, la défense n'étant tenue d'informer celle-ci de ses preuves que dans des situations expressément prévues ... »

¹⁰¹¹ En ce sens v. notamment KEITA X.-J., « Disclosure of evidence in the law and practice of the ICC », *International criminal law review*, 2016, vol. 16, p. 1027 : « As to defence disclosure obligations, in particular, these have been expanded even beyond the extensive disclosure regime operating at the ICTY and ICTR ».

¹⁰¹² SCPI, art. 67 para. 1 g) : « Ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence ».

¹⁰¹³ SCPI art. 67 para. 1 c). Dans le même sens v. FEDOROVA M., *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, Intersentia, coll. « Human rights research series », 2012, p. 278 : « A discussion of disclosure obligations of defence clearly reveals the tension between the objectives of expeditiousness and fairness of the process » (une étude des obligations de communication de la défense révèle clairement la tension entre les objectifs de célérité et d'équité de la procédure).

forcément compromis parce qu'il est tenu de communiquer à l'avance, dans certaines circonstances, des renseignements sur ses moyens de défense, les éléments de preuve qui seront présentés et les points qui seront soulevés »¹⁰¹⁴. Pour que cette affirmation se vérifie, il faut alors considérer que les diverses obligations de communication pesant sur l'accusé ne peuvent pas porter sur la communication d'éléments à charge¹⁰¹⁵. En effet, s'il devait communiquer ces éléments, l'accusé contribuerait à témoigner contre lui-même, ce qui porterait atteinte aux droits garantis par l'article 67 du Statut de Rome¹⁰¹⁶.

289.Équilibre entre l'objectif de manifestation de la vérité et le droit à un procès équitable. D'autre part, la Cour pénale internationale précise que les différentes dispositions du Statut de Rome doivent concilier le droit à un procès équitable et l'objectif primordial qu'est la manifestation de la vérité¹⁰¹⁷. Selon elle, les différentes obligations de communication pesant sur l'accusé pour « aider la Chambre à établir la vérité » ne portent pas atteinte à ses droits¹⁰¹⁸. La Cour n'est pas plus disert sur ce point et il faut alors tenter d'interpréter les obligations de communication dans un sens respectueux de ces deux aspects. La manifestation de la vérité implique la découverte et la communication de « tous les faits pertinents »¹⁰¹⁹, qu'ils soient donc à charge comme à décharge¹⁰²⁰. Elle n'est cependant qu'à la charge du procureur durant l'enquête¹⁰²¹ et de la Cour durant le procès¹⁰²² mais jamais à la charge de l'accusé. Si les obligations de communication pesant sur ce dernier peuvent « aider la Chambre à établir la vérité »¹⁰²³, cela ne peut ainsi se faire au détriment de son droit à ne pas « ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable »¹⁰²⁴, ce qui plaide une nouvelle fois en faveur d'une obligation de communication excluant les éléments à charge.

¹⁰¹⁴ CPI, *Le Procureur c. Lubanga, Décision sur la communication de certains éléments par la défense*, 20 mars 2008, n°ICC-01/04-01/06, para. 31.

¹⁰¹⁵ Dans le même sens v. KLAMBERG M., « Prosecution access to defence material », in G. SLUITER et al., *International criminal procedure : principles and rules*, O.U.P., 2013, p. 1101.

¹⁰¹⁶ SCPI, art. 67 para. 1 g).

¹⁰¹⁷ CPI, *Lubanga, Décision sur la communication de certains éléments par la défense*, précité, para. 28.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ T.P.I.Y, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Opinion séparée et dissidente de Mme le Juge McDonald relative à la requête de l'accusation aux fins de production de dépositions de témoins à décharge, 27 nov. 1996, n°IT-94-1-T, para. 6.

¹⁰²⁰ Sur le rôle du procureur dans la manifestation de la vérité, qui implique d'enquêter à charge et à décharge v. *supra* n°271.

¹⁰²¹ SCPI, art. 54 para. 1 a).

¹⁰²² SCPI, art. 69 para. 3.

¹⁰²³ CPI, *Lubanga, Décision sur la communication de certains éléments par la défense*, précité, para. 28.

¹⁰²⁴ SCPI, art. 67 para. 1 g).

290. Inspection des pièces en la possession de la défense. Aussi, selon la Règle 78 du Règlement de procédure et de preuve, « la défense permet au Procureur de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, qui seront utilisés par la défense comme moyens de preuve à l’audience de confirmation des charges ou au procès ». L’indicatif « permet » a ici valeur impérative, ce que la Cour pénale a confirmé lorsqu’elle s’est prononcée sur le moment auquel la défense devait s’acquitter de cette obligation. Elle a en effet précisé que la défense n’est pas tenue de remplir cette obligation avant le début du procès car l’on ne peut pas attendre d’elle à ce moment-là qu’elle sache quels éléments elle utilisera¹⁰²⁵. La Cour estime donc que cette obligation ne peut intervenir qu’après l’exposé de sa cause par l’accusation¹⁰²⁶. Elle précise cependant que la défense doit laisser le procureur inspecter les différentes pièces « deux semaines au moins avant la date à laquelle elle est censée commencer à présenter sa cause »¹⁰²⁷. Cette application de la Règle 78 du Règlement de procédure et de preuve participe alors de l’idée d’une certaine réciprocité de la communication par la défense, tout en ménageant un délai au procureur pour qu’il puisse se préparer¹⁰²⁸.

291. Obligation de communication des motifs d’exonération de l’article 31 du Statut de Rome. La Cour pénale internationale relève toutefois plusieurs exceptions à cette règle de communication, notamment lorsque l’accusé souhaite invoquer des « moyens de défense visés aux règles 79-1 et 80 » du Règlement de procédure et de preuve¹⁰²⁹. Or ces deux règles portent sur la communication d’éléments de preuve relatifs à des motifs d’exonération. Plus qu’une simple communication, la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve prévoit une procédure d’autorisation d’invocation d’un motif d’exonération non prévu par le Statut de Rome qui a déjà été étudiée¹⁰³⁰. La Règle 79-1 porte quant à elle sur la communication d’une défense d’alibi ou de l’un des motifs d’exonération prévus à l’article 31 du Statut. Par exception à la communication après l’exposé de sa cause par l’accusation, les éléments relatifs à ces

¹⁰²⁵ CPI, *Katanga, Décision relative à la requête de l’Accusation concernant la communication d’éléments par la Défense en application des règles 78 et 79-4*, para. 49.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ *Ibid.* para. 51 ; CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la communication de pièces par la Défense et à d’autres questions s’y rapportant*, 24 fév. 2012, n°ICC-01/05-01/08-2141-tFRA, para. 17.

¹⁰²⁸ Dans le même sens v. FEDOROVA M., *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, précité, p. 283.

¹⁰²⁹ CPI, *Katanga, Décision relative à la requête de l’Accusation concernant la communication d’éléments par la Défense en application des règles 78 et 79-4*, para. 49.

¹⁰³⁰ Sur cette Règle v. *supra* n°250 et s.

moyens de défense doivent ainsi être communiqués au procureur dès le moment où l'accusé décide de s'en prévaloir¹⁰³¹. Cela implique que si l'accusé a l'intention d'invoquer une défense exonératoire avant l'ouverture du procès, il doit en informer immédiatement le procureur et ne doit pas attendre que ce dernier ait présenté sa cause au procès. L'accusé doit alors fournir « le nom des témoins et tous autres éléments de preuve » qui lui serviront à établir son moyen de défense¹⁰³². Une obligation similaire était déjà présente dans le Règlement de procédure et de preuve des tribunaux *ad hoc*, qui imposait à la défense de communiquer au procureur son intention d'invoquer une défense d'alibi ou un moyen de défense spécial¹⁰³³. L'obligation de communication des motifs d'exonération prévus à l'article 31 du Statut de Rome peut s'expliquer par l'objectif de célérité de la procédure car elle permet au procureur de se préparer efficacement au procès, sans devoir demander d'ajournement¹⁰³⁴. En ce sens, l'obligation est compréhensible.

292. Effectivité de l'obligation de communication des motifs d'exonération de l'article 31 du Statut de Rome. L'effectivité de cette obligation n'en soulève pas moins des interrogations dans la mesure où, pour ne pas contrevenir au droit de l'accusé de faire valoir des moyens de défense¹⁰³⁵, le Règlement de procédure et de preuve prend soin de préciser que le non-respect de l'obligation de communication par l'accusé « ne limite pas son droit » d'invoquer une défense d'alibi ou un motif d'exonération. Le non-respect de l'obligation de communication paraît donc n'entraîner aucune sanction, ce qui affaiblit la portée de la Règle 79. Pour remédier à cette difficulté, le TPIR, dont l'article 67 de son Règlement de procédure et de preuve est identique à la Règle 79, a estimé que le défaut de communication de la défense d'alibi ou d'un moyen de défense pouvait « affecter son appréciation du bien-fondé de la défense invoquée »¹⁰³⁶. Une telle position peut cependant être contestée, qui conduit à

¹⁰³¹ CPI, *Katanga, Décision relative à la requête de l'Accusation concernant la communication d'éléments par la Défense en application des règles 78 et 79-4*, para. 46.

¹⁰³² RPP CPI, Règle 79 para. 1 a) et b).

¹⁰³³ RPP TPIY, Règle. 67 B 1) et RPP TPIR, Règle. 67 A ii). Sur la définition de ce terme v. *supra* n°222.

¹⁰³⁴ Dans le même sens v. BRADY H., « Chapter 5 – Disclosure of evidence », in LEE R. S., *The international criminal court : Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, 2001, p. 415 : « Rule 79 should instil the Prosecutor with a fairly sophisticated understanding of the defence case before the trial commences, which should assist in expediting trials and improving the efficiency of proceedings before the Court ». (La Règle 79 devrait procurer au Procureur une compréhension assez sophistiquée du dossier de la défense avant le début du procès, ce qui devrait aider à accélérer les procès et à améliorer l'efficacité des procédures devant la Cour).

¹⁰³⁵ SCPI, art. 67 para. 1 e).

¹⁰³⁶ V. notamment TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, jugement, 21 mai 1999, n°ICTR-95-1-T, para. 237 et TPIR, *Le procureur c. Alfred Musema*, jugement, 27 janv. 2000, n°ICTR-96-13-T, para. 107.

amoindrir l'objectif visé par l'article 67 de ne pas nuire aux droits de l'accusé. Tenir compte de l'absence de communication pour amoindrir la crédibilité¹⁰³⁷ des motifs d'exonération illustre sans doute une certaine défiance entretenue par les juges pénaux internationaux à leur égard. La Cour pénale internationale n'a eu l'occasion de se prononcer sur ce point que brièvement, dans une note de bas de page, et a indiqué que l'ajournement permettrait de remédier à ce manquement à la communication¹⁰³⁸. Cette solution paraît préférable en ce qu'elle permet au procureur de se préparer, objectif visé par la Règle 79, sans contrevenir au Statut de Rome et au droit de l'accusé de faire valoir des moyens de défense. L'accusé ne respectant pas l'obligation de communication posée par la Règle 79 serait donc indirectement sanctionné en subissant un allongement de la durée du procès qui lui serait imputable. Toute effectivité ne serait ainsi pas retirée à la Règle 79 du Règlement de procédure et de preuve.

293. Absence d'obligation de communication des motifs d'exonération des articles 32 et 33 du Statut de Rome. Par ailleurs, il est curieux de constater que les motifs d'exonération prévus aux articles 32 et 33 du Statut ne font pas l'objet de la même obligation. L'objectif d'informer le procureur, « suffisamment à l'avance pour [qu'il] puisse se préparer convenablement et y répondre »¹⁰³⁹, devrait pourtant valoir, que la défense ait l'intention d'invoquer par exemple la légitime défense¹⁰⁴⁰ ou l'ordre du supérieur¹⁰⁴¹. Le paragraphe 1 de l'article 31 indique bien que d'autres motifs d'exonération sont présents le Statut de Rome¹⁰⁴² mais il ne les prévoit pas lui-même, de sorte qu'il n'est pas possible de considérer qu'ils sont inclus dans la Règle 79 du Règlement de procédure et de preuve qui oblige la défense à informer le procureur de son intention d'invoquer l'un des motifs d'exonération prévus au paragraphe 1 de l'article 31¹⁰⁴³. Une telle interprétation solliciterait en effet à l'extrême la Règle 79. Cela étant, ce qui apparaît comme un oubli malencontreux peut être compensé par le pouvoir donné à la Cour pénale internationale d'ordonner « la divulgation de tout autre élément de preuve », pouvoir spécialement rappelé, à l'égard de l'accusé, à la Règle 79 paragraphe 4 du Règlement de procédure et de preuve. Il reste que l'absence de règles relatives aux motifs d'exonération des articles 32 et 33 est d'autant plus curieuse que les motifs d'exonération non prévus par le

¹⁰³⁷ Terme employé dans l'affaire *Kayishema*.

¹⁰³⁸ CPI, *Lubanga*, *Décision sur la communication de certains éléments par la défense*, para. 31 para. 29, n.b.p. 33.

¹⁰³⁹ RPP CPI, Règle 79 para. 2.

¹⁰⁴⁰ Prévus à l'article 31 du Statut de Rome donc emportant obligation de divulgation au procureur.

¹⁰⁴¹ Prévus à l'article 33 du Statut de Rome donc n'emportant pas obligation de divulgation au procureur.

¹⁰⁴² SCPI, art. 31 para. 1 : « outre les autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus par le présent Statut ».

¹⁰⁴³ RPP CPI, Règle 79 para. 1 b).

Statut de Rome font, eux, l'objet d'une procédure particulière¹⁰⁴⁴. Le principe de leur communication par la défense n'étant pas contesté, il serait plus cohérent de modifier la formulation de la Règle 79 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, afin d'exiger que la défense informe le procureur de son intention d'invoquer « un motif d'exonération de la responsabilité pénale », et non pas seulement « un des motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus au paragraphe 1 de l'article 31 ». L'obligation de communication conduirait ainsi à un traitement uniforme des motifs d'exonération en s'appliquant à chacun d'eux, indépendamment de leur place dans le Statut de Rome et, surtout, sans distinction de leur présence ou non en son sein¹⁰⁴⁵.

294. Conclusion de section. Il est finalement relativement difficile de rétablir l'équilibre entre l'accusé et le procureur. Ce dernier dispose en effet de nombreux moyens pour enquêter à charge et à décharge, ce qui peut le conduire à réunir assez facilement des éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération. S'il est en contrepartie soumis à des obligations de communication étendues, il pourra taire certains éléments à décharge sans que la Cour pénale internationale dispose véritablement de moyens pour le contraindre à leur divulgation, si ce n'est, en dernier recours, en suspendant le procès. L'accusé pourra alors ne pas se voir communiquer des éléments nécessaires à sa défense et pouvant porter sur des motifs d'exonération, ce qui ajoute à la difficulté pour lui d'avoir une défense effective puisqu'il rencontrera également des difficultés à obtenir ces éléments de preuve. Les règles relatives à l'administration de la preuve ne sont alors pas totalement équilibrées entre le procureur et l'accusé, ce qui aura peut-être une incidence sur la charge de la preuve des motifs d'exonération.

Section 2 : La charge de la preuve des motifs d'exonération

295. Présomption d'innocence. L'article 66 du Statut de Rome consacre le principe de la présomption d'innocence et son corollaire, la charge pour le procureur de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà du doute raisonnable. La question est alors de savoir si cette charge s'applique également aux motifs d'exonération. Plus précisément, il faut déterminer si le procureur a la charge de prouver l'absence de motif d'exonération, et ce au-delà du doute raisonnable. Il semble que la présomption d'innocence ne puisse, à elle seule, justifier de lui imposer cette charge. En effet, dans les différents droits internes, qu'ils soient représentatifs du

¹⁰⁴⁴ Sur cette procédure v. *supra* n°250 et s.

¹⁰⁴⁵ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

système de droit continental ou de *Common law*, le titulaire de la charge de la preuve des motifs d'exonération diffère, alors même que ces droits reconnaissent tous le principe de la présomption d'innocence. Par exemple, la France fait en principe peser cette charge sur l'accusé¹⁰⁴⁶, tout comme les États-Unis, tandis que le Royaume-Uni la fait plutôt peser sur l'accusation, sauf en cas de trouble mental¹⁰⁴⁷. Les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale consacrent eux aussi la présomption d'innocence¹⁰⁴⁸. Reste à savoir quelle répartition de la charge de la preuve des motifs d'exonération le droit pénal international a choisi d'opérer entre l'accusé (Paragraphe 1) et l'accusation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La charge de la preuve des motifs d'exonération pesant sur l'accusé

296. Distinction entre titulaire de la preuve et intensité probatoire. L'article 67 du Statut de Rome consacre le droit pour l'accusé de « ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation »¹⁰⁴⁹, en lien direct avec la présomption d'innocence visée à l'article 66¹⁰⁵⁰. De la lecture comparée de ces deux articles, il faudrait en conclure qu'au moment du procès, l'accusé n'aurait rien à prouver, ce qui s'appliquerait également aux motifs d'exonération, dont le but est de réfuter la thèse du procureur¹⁰⁵¹. Leur absence serait ainsi à prouver par le procureur, ce qui accroîtrait sensiblement sa charge probatoire, la preuve d'un

¹⁰⁴⁶ V. par exemple GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2021, para. 518 : « [la règle *reus in excipiendo fit actor*] oblige le prévenu à rapporter la preuve des moyens de défense qu'il soulève, tels qu'un fait justificatif » ; BOULOC B., *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis », 27^{ème} éd., 2019, para. 143 : « [la jurisprudence] semble mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve des faits justificatifs » et para. 145 : « la jurisprudence, assimilant les causes de non-imputabilité de l'infraction aux faits justificatifs, décide que c'est au prévenu qu'il appartient de faire la preuve de la contrainte, et sinon de prouver, du moins d'invoquer la démente » ; BUISSON J., « Preuve », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, (actualisation octobre 2020) », para. 43 : « dans la matière pénale, [la règle *reus in excipiendo fit actor*] oblige le prévenu à rapporter la preuve des moyens de défense qu'il soulève, tels qu'un fait justificatif (...) ou une autre cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité, à moins qu'elle ne soit présumée » ; BERGEAUD-WETTERWALD A., *Le droit à la preuve*, L.G.D.J., 2010, para. 22 p. 25 : « il n'est pas totalement exclu que la personne poursuivie soit, dans certains cas, tenue d'apporter la preuve des faits qu'elle allègue », propos que l'auteur précise à la n.b.p. 177 : « cette solution s'applique notamment en matière de faits justificatifs ». Pour une critique de cette pratique v. notamment RASSAT M.-L., *Procédure pénale*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2013, para. 244.

¹⁰⁴⁷ Sur la différence entre les systèmes étasunien et britannique v. HO H. L., « Comparative observations on the burden of proof for criminal defences », *International commentary on evidence*, 2011, vol. 9, Issue 2.

¹⁰⁴⁸ *STPIY*, art. 21 para. 3 ; *STPIR*, art. 20 para. 3 ; *SCPI*, art. 66 para. 1.

¹⁰⁴⁹ *SCPI*, art. 67 para. 1 i).

¹⁰⁵⁰ KEÏTA X.-J., FOURÇANS C., DANHOUÏ G., MASSELOT M., PREIRA, D. D., MBAYE A. A. et SHOAMANESH S. S., « Article 67- Droits de l'accusé », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1853.

¹⁰⁵¹ Sur ce point v. *supra* n°230.

fait négatif étant particulièrement ardue à apporter¹⁰⁵². L'enjeu du procès, qui porte sur l'innocence ou la culpabilité et donc l'avenir d'un individu, pourrait sans doute justifier que seul le procureur supporte un quelconque fardeau probatoire mais cela n'empêche pas que la charge de la preuve des motifs d'exonération soit partagée avec l'accusé. Il faut cependant s'assurer que l'article 67 du Statut de Rome ne rende pas illégitime de faire peser une partie de la charge de la preuve sur l'accusé. La détermination du titulaire de la charge de la preuve n'épuise par ailleurs pas la question plus générale de la charge probatoire. Les systèmes de *Common law*, qui optent pour des règles probatoires objectives, opèrent en effet une distinction assez nette entre le titulaire de la preuve et le seuil, appelé « *standard of proof* », qu'elle doit atteindre pour que ce titulaire soit déchargé de son fardeau probatoire. L'article 66 du Statut de Rome reprend cette distinction en posant le titulaire de la charge de la preuve de la culpabilité dans son paragraphe 2¹⁰⁵³ et le seuil que doit atteindre cette preuve dans son paragraphe 3¹⁰⁵⁴. Une fois la possibilité que l'accusé puisse être titulaire de la charge de la preuve des motifs d'exonération admise (A), il faudra ainsi s'interroger sur l'intensité probatoire correspondant à cette charge (B).

A- L'accusé, titulaire possible de la charge de la preuve des motifs d'exonération

297. Charge de la preuve dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. Les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, dont les statuts reconnaissent la présomption d'innocence¹⁰⁵⁵, ont développé une jurisprudence relativement abondante sur la charge de la preuve des motifs d'exonération, estimant que malgré la présomption d'innocence, « lors du procès pénal, la charge de prouver certains moyens de défense peut incomber à la défense »¹⁰⁵⁶. Le TPIY a également expliqué que la charge de la preuve des « véritables moyens de défense » incombe à l'accusé¹⁰⁵⁷. Si l'affaire concernait l'altération partielle du discernement, qui n'est pas un motif d'exonération¹⁰⁵⁸, l'arrêt emploie l'expression « cause exonératoire » dans le même paragraphe, de sorte que « véritables moyens de défense » et « cause exonératoire » paraissent

¹⁰⁵² Sur cette question v. LARGUIER J., « La preuve d'un fait négatif », *R.T.D.C.*, 1953, p. 1 et s. et SAUNDERS K. W., « The mythic difficulty in proving a negative », *Seton Hall law review*, 1985, p. 276 et s.

¹⁰⁵³ Le procureur.

¹⁰⁵⁴ « au-delà du doute raisonnable ».

¹⁰⁵⁵ *STPIY*, art. 21 para. 3 ; *STPIR*, art. 20 para. 3.

¹⁰⁵⁶ TPIY, *Le procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, jugement, 15 mars 2006, n°IT-01-47-T, para. 227.

¹⁰⁵⁷ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 582. Dans le même sens mais plus implicitement, v. TPIR, *Le procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, arrêt, 19 sept. 2005, n° ICTR-99-54A-A, para. 167, qui explique que contrairement au moyen de défense (qui s'entend en l'espèce des défenses exonératoires), l'alibi doit être prouvé par le procureur.

¹⁰⁵⁸ Sur ce point v. *supra* n°145.

ici être synonymes, même si le contenu de ces catégories n'est pas explicité¹⁰⁵⁹. Il ressort ainsi de l'arrêt *Čelebići* que la charge de la preuve des motifs d'exonération pèse sur l'accusé. Le jugement s'était d'ailleurs expliqué sur ce point, considérant « qu'une telle obligation cadre avec le principe général selon lequel la charge de la preuve incombe à la personne qui a tout particulièrement connaissance des faits ou qui soulève le moyen de défense »¹⁰⁶⁰.

298.Requête relative à la demande de précision quant à la charge de la preuve des motifs d'exonération. L'article 67 du Statut de Rome, qui interdit de faire peser le fardeau de la preuve ou la charge de la réfutation sur l'accusé, vient peut-être empêcher de transposer cette pratique jurisprudentielle devant la Cour pénale internationale. Cette question a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs débats dans l'affaire *Ongwen*. Peu avant le verdict, Dominic Ongwen a en effet demandé à la Cour pénale internationale de rendre une décision immédiate sur la charge et le standard de preuve applicables au trouble mental et à la contrainte¹⁰⁶¹. Il considérait qu'imposer une quelconque charge de la preuve sur la défense violerait les articles 66 et 67 du Statut de Rome¹⁰⁶². La question était alors précisément de savoir si l'article 67 du Statut de Rome s'appliquait également à la preuve des motifs d'exonération. Pour Dominic Ongwen, son applicabilité aux motifs d'exonération se déduit de l'absence de stipulations plus précises quant à la charge de leur preuve¹⁰⁶³. Il relève également qu'il avait été envisagé par la Commission préparatoire pour la création d'une cour pénale internationale d'inclure un article spécifique sur la question, qui aurait fait porter la charge de la preuve des motifs d'exonération sur l'accusé, soumis au standard de la prépondérance des probabilités¹⁰⁶⁴. Il estime enfin que les termes des articles 66 et 67 sont impératifs et univoques, de sorte que le recours à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux ne se justifie pas¹⁰⁶⁵. Par conséquent, selon Dominic Ongwen, l'accusé serait simplement soumis à une obligation probatoire de soulever un motif d'exonération¹⁰⁶⁶, le procureur devant quant à lui prouver son absence au-delà du doute

¹⁰⁵⁹ Sur ce point v. *infra* n°306.

¹⁰⁶⁰ TPIY, jugement *Čelebići*, para. 1172.

¹⁰⁶¹ CPI, *Le procureur c. Dominic Ongwen. Defence request for the Chamber to issue an immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute*, 28 janv. 2019, n°ICC-02/04-01/15.

¹⁰⁶² *Ibid.* para. 2.

¹⁰⁶³ *Ibid.* para. 10.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.* para. 11 : « [w]ith regard to defences open to the accused under the general principles of criminal law in the present Statute, the onus of proof shall be on the accused, subject to a preponderance of probability as applicable in civil cases », texte repris de *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Volume III, A/CONF.183/13, p. 58 (https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v3_e.pdf).

¹⁰⁶⁵ *Ibid.* para. 15.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.* para. 2 : « *The Accused is therefore only under an evidential obligation to raise the defence* ».

raisonnable. Autrement dit, l'accusé devrait seulement invoquer le motif d'exonération en l'étayant avec des preuves¹⁰⁶⁷ pour rendre l'existence d'un motif d'exonération vraisemblable, ce qui n'est pas nécessairement incompatible avec le principe d'une certaine charge de la preuve reposant sur l'accusé¹⁰⁶⁸. Cette requête a alors donné lieu à une réponse de la part du bureau du procureur et du représentant légal commun des victimes, chacun présentant une opinion différente quant à la charge de la preuve des motifs d'exonération et amenant la Cour pénale internationale à se positionner sur la question.

299. Réponse du représentant légal commun des victimes à la requête de Dominic Ongwen. D'une part, le représentant légal commun des victimes estime que rien dans le Statut de Rome ne peut être interprété comme imposant au procureur de réfuter les moyens de défense présentés au procès et encore moins comme faisant peser la charge de la preuve de ces moyens de défense sur lui et non pas sur l'accusé¹⁰⁶⁹. Au contraire, le représentant note que la Cour pénale internationale a déjà considéré qu'en l'absence de disposition expresse relative à la charge de la preuve, si l'accusé invoque des arguments pour soutenir sa cause, il lui revient d'établir les faits et tout autre élément pertinent au soutien de ces arguments¹⁰⁷⁰. Pour le représentant, cette interprétation est conforme au principe *onus probandi actori incumbit*¹⁰⁷¹ et est confortée par la jurisprudence du TPIY, qui fait peser la charge de la preuve des motifs d'exonération sur l'accusé¹⁰⁷². Pour intéressante qu'elle soit, cette réponse du représentant légal commun des victimes ne se positionne pas sur la conformité à l'article 67 du Statut de Rome d'une charge de la preuve pesant sur l'accusé. Elle ne permet donc pas de répondre utilement à la question de l'influence de l'article 67 du Statut de Rome et à l'interdiction de faire peser une charge de la preuve ou de la réfutation sur l'accusé.

300. Réponse du procureur à la requête de Dominic Ongwen. D'autre part, le bureau du procureur, dont l'interprétation est sans aucun doute la moins convaincante, estime que c'est sur la Chambre que pèse la responsabilité de déterminer si un motif d'exonération est applicable, de sorte qu'aucune charge de la preuve ne pèse ni sur la défense ni sur

¹⁰⁶⁷ *Ibid.* para. 14 : « *The Accused need only raise the issue of the defence with some evidence* ».

¹⁰⁶⁸ Sur ce point v. *infra* n°303 et s.

¹⁰⁶⁹ CPI, *Ongwen, CLRV's Response to « Defence Request for the Chamber to Issue an Immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute* », 7 fév. 2019, n°ICC-02/04-01/15, para. 13.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.* para. 14, citant CPI, *Bemba, Décision relative aux exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure*, 24 juin 2010, n°ICC-01/05-01/08-802, para. 201.

¹⁰⁷¹ *Ibid.* para. 14.

¹⁰⁷² *Ibid.* para. 16. Pour une étude de la jurisprudence en question, v. *supra* n°297.

l'accusation¹⁰⁷³. Il se fonde pour ce faire sur l'article 31 paragraphe 2 du Statut de Rome, qui prévoit que « 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 ». Il faudrait ainsi, selon l'interprétation du bureau du procureur, considérer que les parties n'auraient pour rôle que d'épauler la Chambre en interrogeant des témoins ou en présentant des éléments de preuve¹⁰⁷⁴. Le bureau du procureur va même jusqu'à estimer que l'obligation d'invoquer un motif d'exonération que la défense a reconnu s'imposer serait trop contraignante pour elle et ne correspondrait pas aux exigences de l'article 31 paragraphe 2 du Statut¹⁰⁷⁵. L'interprétation opérée par le bureau du procureur sollicite alors à l'extrême cet article. Ce dernier ne prévoit en effet rien d'autre que le pouvoir, pour la Cour pénale internationale, de décider si les conditions du motif d'exonération sont remplies, ce qui correspond à l'office classique du juge¹⁰⁷⁶. C'est donc à la Cour de trancher mais certainement pas à elle de prouver. Si, de ce point de vue, l'intérêt de ce paragraphe 2 est sans doute très relatif, il ne peut pas conduire à libérer les parties de leurs obligations, ce qui explique sans doute que la position du bureau du procureur n'ait pas eu les faveurs de la Cour.

301. Réponse de la Cour pénale internationale sur la charge de la preuve des motifs d'exonération. Cette dernière a refusé de répondre à la requête de Dominic Ongwen, estimant que son interprétation du droit applicable serait exposée dans le jugement¹⁰⁷⁷. La lecture de ce dernier s'avère alors quelque peu décevante en ce que la chambre de première instance ne se prononce pas clairement sur l'influence de l'article 67 du Statut sur la charge de la preuve d'un motif d'exonération. Cet article n'est d'ailleurs pas mentionné dans les développements consacrés à la charge de la preuve¹⁰⁷⁸. La chambre de première instance définit rapidement le contenu de l'obligation de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà du doute raisonnable et rappelle qu'en vertu de l'article 66 paragraphe 3 du Statut de Rome, cette obligation pèse sur

¹⁰⁷³ CPI, *Ongwen. Prosecution Response to the « Defence Request for the Chamber to Issue an Immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute »*, 7 fév. 2019, n°ICC-02/04-01/15, para. 2 et 5.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.* para. 5.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.* para. 8.

¹⁰⁷⁶ Dans le même sens v. SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 647 : « The most sensible view of article 31 (2) is to view it as a relatively anodyne provision confirming the role of the Court in determining the applicability of various defences on a case-by-case basis » (l'interprétation la plus sensée de l'article 31 paragraphe 2 est de le voir comme une disposition anodine confirmant le rôle de la Cour dans la détermination de l'application des différents motifs d'exonération au cas d'espèce).

¹⁰⁷⁷ CPI, *Le procureur c. Dominic Ongwen. Decision on Defence Request for the Chamber to Issue an Immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute*, 5 avril 2019, n°ICC-02/04-01/15, para. 16.

¹⁰⁷⁸ CPI, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, jugement, 4 fév. 2021, n°ICC-02/04-01/15, para. 226 à 231.

le procureur¹⁰⁷⁹. Elle relève également qu'aucune disposition du Statut de Rome ne se prononce spécifiquement sur la charge de la preuve des motifs d'exonération mais précise que cela ne constitue pas une lacune¹⁰⁸⁰. En effet, selon la chambre de première instance, la charge et le standard de preuve imposés au procureur par l'article 66 du Statut concernent la culpabilité de l'accusé. Or, lorsque cette culpabilité dépend aussi d'une détermination négative de l'existence de motifs d'exonération de l'article 31 du Statut, les dispositions de l'article 66 s'appliquent et opèrent seulement s'agissant des faits indispensables pour entrer en voie de condamnation, ce qui correspond ici à l'absence de tout motif d'exonération¹⁰⁸¹. Si la formulation, dont on regrette sa restriction aux seuls motifs d'exonération de l'article 31, peut laisser penser que tout repose sur le procureur, il faut tout de même déterminer quand exactement la culpabilité dépendra d'une détermination négative de l'existence d'un motif d'exonération. Il est alors possible de considérer qu'une telle détermination ne deviendra nécessaire que si l'accusé a invoqué un motif d'exonération. Pour que l'obligation du procureur de prouver l'absence d'un motif d'exonération se déclenche, il faudrait donc au préalable que l'accusé ait lui-même rempli un certain devoir probatoire.

302. Compatibilité entre l'article 67 et une charge de la preuve pesant sur l'accusé. Il reste cependant toujours à déterminer la compatibilité de cette position avec l'article 67 et l'interdiction de faire peser sur l'accusé la charge de la preuve ou de la réfutation qu'il renferme. À cet égard, un jugement du TPIY apporte une solution intéressante, fondée sur la pratique jurisprudentielle britannique. Dans l'affaire *Hadžihasanović*, les juges notent en effet que « les cours britanniques distinguent la charge légale (ou *persuasive*) de la charge factuelle (*evidential burden*) »¹⁰⁸². Ils expliquent que la charge factuelle, qui repose sur l'accusé, correspond à un « devoir de production [qui] implique seulement que, avant de pouvoir examiner un moyen de défense quelconque, un jury doit disposer d'éléments de preuve pour l'étayer, étant entendu qu'il incombe toujours à l'accusation de réduire à néant pareil moyen de défense une fois soulevé »¹⁰⁸³. En distinguant charge légale et charge factuelle, l'on peut alors considérer que la

¹⁰⁷⁹ *Ibid.* para. 227-229. Sur cette définition v. *infra* n°311 et s.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.* para. 231.

¹⁰⁸¹ *Ibid.* : « *When a finding of the guilt of the accused also depends on a negative finding with respect to the existence of grounds excluding criminal responsibility under Article 31 of the Statute, the general provisions of Article 66(2) and (3) on the burden and standard of proof equally apply, operating (as is always the case for the determination on the guilt or innocence of the accused) solely with respect to the facts 'indispensable for entering a conviction', namely, in this case, the absence of any ground excluding criminal responsibility and, thus, the guilt of the accused* ».

¹⁰⁸² TPIY, jugement *Hadžihasanović*, para. 229.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

charge mentionnée par les articles 66 et 67 du Statut de Rome renvoie à la charge légale, qui repose toujours sur l'accusation et ne doit jamais être transmise à l'accusé¹⁰⁸⁴. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une charge, seulement factuelle, pèse sur l'accusé : s'il souhaite se prévaloir d'un motif d'exonération¹⁰⁸⁵, il lui revient de l'invoquer et de l'étayer par des preuves. Cette interprétation est confortée par le fait que le terme « renversement » employé par l'article 67 traduit l'idée d'une inversion des choses¹⁰⁸⁶, ce qui suppose le passage d'une chose à l'autre. Interdire de renverser la charge de la preuve implique que la charge qui est attribuée au procureur ne puisse pas passer à l'accusé. En revanche, rien n'interdit qu'une charge totalement distincte puisse peser sur ce dernier¹⁰⁸⁷. Il semble alors que rien n'empêche l'accusé d'être titulaire d'une charge de la preuve des motifs d'exonération. C'est ainsi moins le principe d'une certaine charge pesant sur l'accusé qui pose difficulté que son intensité probatoire.

B- L'intensité probatoire de la charge de la preuve des motifs d'exonération pesant sur l'accusé

303.Nécessité d'un standard probatoire. Si la charge factuelle pesant sur l'accusé n'est assortie d'aucun standard probatoire, c'est-à-dire si elle ne doit pas atteindre un certain seuil pour que l'accusé en soit déchargé, il faut en conclure que la charge factuelle n'est pas une charge à proprement parler. Elle se satisferait en effet de l'invocation d'une défense exonératoire, peu important qu'elle soit crédible ou non et aucun devoir ne pèserait ainsi véritablement sur l'accusé. Cette analyse n'est cependant pas satisfaisante car cela pourrait conduire un accusé à invoquer tous les motifs d'exonération possibles, obligeant ensuite l'accusation à prouver leur absence au-delà du doute raisonnable. Il faut donc, *a minima*, que le motif d'exonération invoqué soit assez crédible et qu'il soit étayé par certains éléments probatoires¹⁰⁸⁸. Cela paraît correspondre par ailleurs à la définition de la catégorie d'*affirmative*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.* para. 235.

¹⁰⁸⁵ Étant entendu que rien ne l'y contraint puisqu'il peut renoncer à cette invocation comme il l'entend. Sur ce point v. *supra* n°233 et s.

¹⁰⁸⁶ Définition « renverser », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021 : « disposer quelque chose dans un ordre inverse ».

¹⁰⁸⁷ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », *International criminal law review*, 2001, p. 124 : « Article 67(1)(i) should imply that a distribution of the burden of proof between the two parties does exist, and with reference to this distribution, the burden cannot be shifted from the prosecution to the accused ».

¹⁰⁸⁸ Dans le même sens v. CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 3^{ème} éd., 2014, p. 400 : « the Court may require 'an air of reality' of a defence to be established ».

*defense*¹⁰⁸⁹. Cette dernière est en effet traditionnellement employée pour décrire l'attribution d'une charge de la preuve pesant sur l'accusé dans un procès pénal¹⁰⁹⁰. Reste alors à déterminer quel standard de preuve peut être imposé à l'accusé. Il est bien évident que l'accusé ne peut pas être soumis à une obligation de prouver le motif d'exonération au-delà de tout doute raisonnable, puisque cela reviendrait à l'obliger à prouver son absence de responsabilité et, partant, son innocence. L'on serait alors face à un véritable renversement de la charge de la preuve, contraire à l'article 67 du Statut et à la présomption d'innocence, ce à quoi les différentes juridictions pénales internationales ont toujours été attentives¹⁰⁹¹.

304. Standards de preuve en droit de *Common law*. Pour bien comprendre les solutions de ces juridictions, il est toutefois nécessaire d'effectuer une incursion dans le droit de *Common law* et d'exposer les différents standards de preuve que l'on peut retrouver lors du procès pénal. Schématiquement, trois standards différents sont applicables : l'accusation doit prouver la culpabilité de l'accusé au-delà du doute raisonnable¹⁰⁹². À l'inverse donc, l'accusé, s'il veut contester la thèse de l'accusation, doit simplement faire apparaître un doute raisonnable. Ce doute raisonnable n'est en réalité pas présenté comme un standard en tant que tel mais correspond à ce que l'accusé doit faire pour mettre en échec les prétentions de l'accusation¹⁰⁹³. Il constitue en revanche un véritable standard lorsqu'une charge factuelle pèse sur l'accusé¹⁰⁹⁴. Dans ce cas, le standard est atteint si l'accusé présente des preuves qui peuvent occasionner un doute raisonnable chez le jury¹⁰⁹⁵. Un troisième standard se situe entre ces deux extrêmes,

¹⁰⁸⁹ Définition « *affirmative defence* », *Black's law Dictionary*, 11^{ème} éd., 2019 : « *The defendant bears the burden of proving an affirmative defense* » (l'accusé supporte la charge de la preuve d'une défense exonératoire).

¹⁰⁹⁰ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », *International criminal law review*, 2001, p. 123 : « '*affirmative defences*', including insanity, intoxication, self-defence and others, is traditionally used merely to describe the allocation of a burden of proof to the defendant in a criminal case ».

¹⁰⁹¹ V. par exemple TPIR, *Le procureur c. Protais Zigiranyirazo*, arrêt, 16 nov. 2009, n°ICTR-01-73-A, para. 19 : « La Chambre d'appel a reconnu que des termes qui laissent entendre, notamment, qu'un accusé doit « réfuter » la preuve à charge, « s'exonérer » ou « écarter la possibilité » qu'il ait pu participer à la commission du crime indiquent que la Chambre de première instance a mal appliqué la charge de la preuve ».

¹⁰⁹² Pour une définition détaillée de ce standard v. *infra* n°316 et s.

¹⁰⁹³ KEANE A. & MCKEOWN P., *The modern law of evidence*, O.U.P., 9th éd., 2011, p. 109 affirment par exemple qu'il n'existe que deux standards : le standard civil et le standard pénal (« *There are only two standards of proof, the civil and the criminal standard. There is no intermediate standard* ». V. cependant PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2016, para. 323 : « L'accusé n'est tenu qu'à un quantum de preuve assez réduit : il lui suffit de susciter un doute raisonnable » (doute que l'auteur assimile cependant au standard de la balance des probabilités) ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », in BROWN B. S., *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011, p. 303-304 qui évoque de standard de preuve fondé sur le doute raisonnable et considère qu'un tel standard devrait s'appliquer en cas de défense exonératoire en droit pénal international.

¹⁰⁹⁴ Sur la charge factuelle v. *supra* n°302.

¹⁰⁹⁵ KEANE A. & MCKEOWN P., *op. cit.*, p. 114 : « *where the evidential burden is borne by the accused, it is discharged by the adduction of such evidence as 'might leave a jury in reasonable doubt'* ».

emprunté à la matière civile : la prépondérance des probabilités (dans une appellation plutôt anglaise) ou prépondérance des preuves (dans une appellation plutôt américaine)¹⁰⁹⁶. Pour que ce standard soit atteint, il doit présenter un degré raisonnable de probabilité. Si, en appréciant l'élément de preuve, le tribunal peut dire « nous pensons que le fait allégué est plus probable que non probable », le standard de la prépondérance des preuves est atteint. En revanche, en cas de probabilités égales, le standard n'est pas atteint¹⁰⁹⁷. Autrement dit, le standard de la prépondérance des preuves « correspond à une conviction à 50,1% »¹⁰⁹⁸. En matière civile ce standard s'impose à la partie qui avance un argument, en vertu du principe selon lequel c'est à celui qui invoque un fait de le prouver. Dans le procès pénal, ce standard de prépondérance des preuves ne s'applique que de manière exceptionnelle, lorsque le droit impose à l'accusé de prouver un élément particulier. S'agissant des motifs d'exonération, un tel standard s'applique ainsi en droit anglais lorsque l'accusé invoque un trouble mental¹⁰⁹⁹. En droit américain, le standard de la prépondérance des preuves s'applique lorsque l'accusé invoque une *affirmative defense*, c'est-à-dire notamment n'importe quel motif d'exonération¹¹⁰⁰.

305. Standard de preuve des motifs d'exonération dans l'affaire *Hadžihasanović*. Les différents standards de preuve exposés, l'on peut désormais vérifier l'application qui en est faite par les juridictions pénales internationales. Si, une nouvelle fois, le recours à leur jurisprudence se révèle nécessaire, la question ayant fait l'objet de plusieurs décisions, leur étude révèle des contradictions quant au standard probatoire applicable aux motifs d'exonération. D'une part, dans l'affaire *Hadžihasanović*, le TPIY, reprenant l'opinion individuelle d'un juge du TPIR¹¹⁰¹, indique qu'en « ce qui concerne des moyens de défense tels que la légitime défense, la contrainte, l'alibi, l'automatisme (les réflexes involontaires incontrôlables), la provocation (...) [l'accusé] a une charge de présentation, qui doit ensuite être réfutée par l'accusation »¹¹⁰². Pour remplir cette charge de présentation il faudrait, selon les juges du TPIY, atteindre le standard

¹⁰⁹⁶ VERGÈS E., VIAL G. et LECLERC O., *Droit de la preuve*, P.U.F., 2015, para. 107.

¹⁰⁹⁷ *Miller v. Minister of pensions* (1947), 1 *All ER*, p. 374 : « *It must carry a reasonable degree of probability, but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: 'we think it more probable than not', the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not* ».

¹⁰⁹⁸ PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2016, para. 323, citant DRESSLER J. et MICHAELS A., *Criminal procedure*, vol. II, 4^{ème} éd., 2006, LexisNexis, p. 285.

¹⁰⁹⁹ KEANE A. & MCKEOWN P., *op. cit.*, p. 108. Le droit anglais fait en revanche peser la charge de la preuve de l'absence des autres motifs d'exonération sur l'accusation, une fois qu'ils ont été allégués par l'accusé. Sur la contestation de cette distinction v. HAMER D., « The presumption of innocence and reverse burdens : a balancing act », *Cambridge law journal*, 2007, p. 142 et s.

¹¹⁰⁰ TPIY, jugement *Hadžihasanović*, para. 231-232. V. aussi HO H. L., « Comparative observations on the burden of proof for criminal defences », *International commentary on evidence*, 2011, vol. 9, Issue 2, p. 2-5.

¹¹⁰¹ TPIR, *Le procureur c. Ignace Bagilishema, Opinion individuelle du Juge Asoka Gunawardana*, para. 7.

¹¹⁰² TPIY, jugement *Hadžihasanović*, para. 230.

de la prépondérance des preuves¹¹⁰³. Le jugement manque cependant de clarté, notamment parce que la liste évoquée par les juges ne comporte pas uniquement des motifs d'exonération, l'alibi ayant par exemple été unanimement exclu de cette catégorie par de très nombreuses décisions du même tribunal¹¹⁰⁴. La déduction relative au standard de preuve imposé aux éléments de cette liste, et donc notamment aux motifs d'exonération, tiendrait à l'opposition que fait le jugement entre ces éléments et le trouble mental. Ce dernier impliquerait en effet « une charge factuelle plus lourde (...) : en pareille hypothèse l'accusé est tenu de produire des éléments de preuve de nature à en établir le bien-fondé, suivant le principe de la prépondérance des probabilités »¹¹⁰⁵. Cela signifie que l'accusé devrait démontrer que l'application du motif d'exonération invoqué est l'hypothèse la plus vraisemblable. Or prépondérance des probabilités et prépondérance des preuves renvoient au même standard¹¹⁰⁶ et l'on ne comprend donc pas bien la différence entre la charge de la preuve en cas d'invocation du trouble mental et la charge de la présentation en cas d'invocation d'un autre moyen de défense. Rien, sauf éventuellement la référence au droit anglais, n'explique au demeurant le choix d'isoler le trouble mental dans ce raisonnement¹¹⁰⁷. Selon un auteur, il ressortirait de cette affaire que le trouble mental serait soumis au standard de prépondérance des probabilités et les autres motifs d'exonération à un standard moins exigeant renvoyant à une obligation d'établir un doute raisonnable¹¹⁰⁸. Il faudrait alors que le motif d'exonération soit étayé par des preuves suffisamment tangibles pour conduire à faire douter de la thèse de l'accusation.

306. Standard de preuve des motifs d'exonération dans l'affaire Čelebići. D'autre part, l'affaire Čelebići apporte une précision s'agissant de la charge de la preuve du trouble mental, en affirmant qu'il existe une présomption de santé mentale, que l'invocation du trouble mental vient combattre¹¹⁰⁹. Or, les juges expliquent qu'il « s'agit d'un véritable moyen de défense en ce sens que c'est à l'accusé qu'il incombe de le prouver »¹¹¹⁰, sur la base de « l'hypothèse la

¹¹⁰³ TPIY, jugement *Hadžihasanović*, para. 229.

¹¹⁰⁴ V. notamment TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 581. Sur la jurisprudence relative à l'alibi, v. *infra* n°307 et s.

¹¹⁰⁵ TPIY, jugement *Hadžihasanović*, para. 230.

¹¹⁰⁶ Sur ce point v. *supra* n°304.

¹¹⁰⁷ TPIY, jugement *Hadžihasanović*, para. 228 : « La Chambre des Lords a souligné que l'accusation a la charge de prouver la culpabilité d'un accusé et conserve cette charge tout au long du procès, à l'exception d'un moyen de défense fondé sur la démence ».

¹¹⁰⁸ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 641 qui tire de cette affaire une règle générale selon laquelle la défense doit seulement établir un doute raisonnable pour qu'un motif d'exonération soit établi (« *the general rule that the defence need only establish a reasonable doubt for a ground excluding criminal responsibility to succeed* »).

¹¹⁰⁹ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 582.

¹¹¹⁰ *Ibid.*

plus vraisemblable »¹¹¹¹, ce qui renvoie au standard de la prépondérance des preuves¹¹¹². Il paraît donc acquis que le standard de preuve exigé en cas de trouble mental est celui de la prépondérance des preuves. Les deux affaires sont cependant en contradiction s'agissant des autres motifs d'exonération, l'affaire *Hadžihasanović* tendant à leur imposer un standard de preuve moins exigeant là où l'affaire *Čelebići* imposerait celui de la prépondérance des preuves. La difficulté tient en réalité au fait qu'aucune des deux décisions n'emploie de termes suffisamment clairs, ce qui ne permet pas de saisir avec certitude le standard de preuve imposé à l'ensemble des motifs d'exonération. La première renvoie à une liste, probablement non exhaustive, qui mélange motifs d'exonération et autres défenses au fond. La seconde, quant à elle, parle de « véritable moyen de défense »¹¹¹³ ou de « moyen de défense au sens propre »¹¹¹⁴ sans apporter de précision. Dans le même paragraphe, les juges de l'affaire *Čelebići* expliquent toutefois que lorsqu'un tel moyen est admis, il « constitue une cause exonératoire de responsabilité et conduit à l'acquittement »¹¹¹⁵. Il faut peut-être alors en conclure que les « véritables moyens de défense » sont ceux faisant partie de la catégorie des motifs d'exonération. En suivant cette interprétation, confortée par un arrêt postérieur du TPIR qui reprend l'arrêt *Čelebići*¹¹¹⁶, relèveraient des véritables moyens de défense les motifs d'exonération déjà identifiés, c'est-à-dire le trouble mental, l'intoxication, la légitime défense, l'état de nécessité, l'erreur de fait, l'erreur de droit, l'ordre du supérieur, la contrainte, les représailles et la nécessité militaire. L'expression « véritables moyen de défense » n'est toutefois pas satisfaisante en ce qu'elle favorise la confusion avec ce qui a été défini comme relevant d'un moyen de défense, dont on a dit qu'il pouvait s'agir d'une défense au fond ou d'une défense procédurale¹¹¹⁷. Il faut ainsi sans doute comprendre « défense exonératoire » lorsque les tribunaux pénaux internationaux évoquent un moyen de défense dans ce contexte. En suivant l'arrêt *Čelebići*, le standard de preuve applicable à ces derniers serait celui de la prépondérance des probabilités.

307. Apport de la jurisprudence relative à l'alibi dans la détermination du standard de preuve des motifs d'exonération. Il paraît alors difficile de déterminer quelle intensité

¹¹¹¹ *Ibid.*

¹¹¹² Dans le même sens v. KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, précité, p. 42.

¹¹¹³ « *defence in the true sense* » dans la version anglaise.

¹¹¹⁴ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 581.

¹¹¹⁵ *Ibid.* para. 582.

¹¹¹⁶ TPIR, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Arrêt, 19 sept. 2005, n°ICTR-99-54A-A, para. 167 : « Un moyen de défense repose généralement sur des motifs d'exclusion de la responsabilité pénale ».

¹¹¹⁷ V. *supra* n°226.

probatoire était exigée lors de l'invocation d'un motif d'exonération, l'interprétation *Hadžihasanović* étant plus récente mais l'interprétation *Čelebići* émanant de la chambre d'appel, c'est-à-dire d'une autorité plus élevée. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux relative à l'alibi apporte cependant des éclaircissements bienvenus. L'alibi, qui conteste la commission matérielle du comportement répréhensible¹¹¹⁸, a en effet été invoqué de nombreuses fois, notamment devant le TPIR, de sorte que la jurisprudence à son égard est abondante. En se concentrant uniquement sur les décisions de chambres d'appel et en respectant la chronologie, la première décision pertinente paraît être celle relative à l'affaire *Čelebići*. C'est en effet par opposition à la défense d'alibi que la chambre d'appel a employé l'expression « véritable moyen de défense ». La défense d'alibi n'en fait donc pas partie et « en soulevant cette question, l'accusé impose seulement à l'Accusation d'écarter l'hypothèse raisonnable que l'alibi est vrai »¹¹¹⁹. La distinction entre défense d'alibi et motif d'exonération est alors très nette, à chaque catégorie se rapportant une intensité probatoire distincte. Ainsi, en déterminant l'intensité probatoire retenue pour la défense d'alibi, il sera possible, *a contrario*, de déterminer celle retenue pour les motifs d'exonération. À cet égard, l'affaire *Kayishema* apporte un éclaircissement supplémentaire, en considérant que lorsque l'accusé invoque un alibi, « il suffit simplement [qu'il] présente des preuves soulevant un doute raisonnable quant à la preuve rapportée par le procureur »¹¹²⁰. Il faut reconnaître que dans cette situation, les juges estiment que « la Défense n'est pas dans l'obligation de remplir une charge de la preuve »¹¹²¹. Or, le fait d'exiger que l'accusé soulève un doute raisonnable implique en réalité de considérer qu'une charge probatoire est imposée à l'accusé. Cette charge est simplement peu élevée, le standard probatoire du doute raisonnable étant le moins exigeant d'entre eux¹¹²². L'exigence de ce standard est reprise par les décisions postérieures des tribunaux pénaux internationaux, la chambre d'appel du TPIR considérant qu'il « est de jurisprudence constante aux deux Tribunaux spéciaux que l'accusé qui invoque un alibi est simplement tenu de présenter des preuves soulevant un doute raisonnable quant à la preuve rapportée par le Procureur »¹¹²³. L'affaire *Kamuhanda* vient sceller la question en affirmant clairement, après avoir repris la jurisprudence *Čelebići*¹¹²⁴, que « contrairement au moyen de défense [qui repose généralement

¹¹¹⁸ Sur cette définition de l'alibi v. *supra* n°46 et s.

¹¹¹⁹ TPIY, arrêt *Čelebići* précité, para. 581.

¹¹²⁰ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, arrêt, 19 juil. 2001, n°ICTR-95-1-A, para. 113, repris par TPIR, *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli*, arrêt, 23 mai 2005, n°ICTR-98-44A-A, para. 41-42.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² Sur ce point v. *supra* n°304.

¹¹²³ TPIR, *Le Procureur c. Éliézer Niyitegeka*, arrêt, 9 juil. 2004, n°ICTR-96-14-A, para. 60.

¹¹²⁴ TPIR, arrêt *Kamuhanda*, para. 166.

sur les motifs d'exclusion de la responsabilité pénale]¹¹²⁵, l'alibi vise à susciter un doute raisonnable sur la présence de l'accusé sur le lieu du crime »¹¹²⁶.

308. Détermination du standard applicable en cas d'invocation d'une défense exonératoire. Il faut alors en conclure que si l'alibi est soumis au standard probatoire du doute raisonnable, les motifs d'exonération sont soumis à un autre standard. En suivant les standards anglais applicables en matière pénale, il reste possible d'appliquer soit le standard de la prépondérance des preuves, soit le standard de la preuve au-delà du doute raisonnable¹¹²⁷. Or, exiger de l'individu qu'il prouve l'existence d'une défense exonératoire au-delà du doute raisonnable conduirait à lui imposer de prouver son innocence, dont la preuve incombe au procureur¹¹²⁸. Une telle exigence, contraire à l'article 67 du Statut de Rome interdisant de faire peser sur l'individu la charge de la réfutation, doit donc être écartée. Ne reste alors que le standard de la prépondérance des preuves. C'est donc la position adoptée par l'affaire *Čelebići* qu'il convient de retenir, qui considère que les motifs d'exonération doivent être prouvés « sur la base de l'hypothèse la plus vraisemblable »¹¹²⁹. L'accusé doit donc prouver que l'hypothèse la plus vraisemblable est qu'il a agi sous l'empire d'un motif d'exonération. Autrement dit, il doit démontrer que l'application du motif d'exonération est plus probable que sa non-application¹¹³⁰. L'objectif est d'apporter des preuves suffisamment convaincantes pour faire pencher un esprit juste et impartial d'un côté plutôt que de l'autre¹¹³¹.

309. Influence sur les présomptions prétoriennes. Retenir la position *Čelebići* quant à l'intensité probatoire que doit satisfaire l'accusé lors de l'invocation d'un motif d'exonération a aussi pour avantage de ne plus isoler le trouble mental, le standard de la prépondérance des preuves s'appliquant tant aux autres motifs d'exonération qu'à lui¹¹³². Reconnaître, de manière générale, que l'accusé qui invoque une défense exonératoire doit satisfaire un certain degré

¹¹²⁵ L'insertion se retrouve un peu plus haut dans le même paragraphe.

¹¹²⁶ *Ibid.* para. 167.

¹¹²⁷ Sur ces différents standards v. *supra* n°304.

¹¹²⁸ *SCPI*, art. 66 para. 2 : « Il incombe au procureur de prouver la culpabilité de l'accusé ». Sur cette charge v. *infra* n°312 et s.

¹¹²⁹ *TPIY*, arrêt *Čelebići* précité, para. 582.

¹¹³⁰ *SCALIOTTI M.*, « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », *International criminal law review*, 2001, p. 125 : « according to this standard, the occurrence of a fact is more probable than not » (selon ce standard [de prépondérance des preuves], l'existence d'un fait est plus probable que son absence).

¹¹³¹ Définition « Preponderance of the evidence », *Black's law Dictionary*, 11^{ème} éd., 2019 : « [evidence] though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other ».

¹¹³² Isolé par la jurisprudence *Hadžihasanović*. Sur ce point v. *supra* n°305.

probatoire permet ainsi d'aboutir à un système uniforme et applicable à chaque motif d'exonération, sans passer par l'artifice d'une présomption découverte par les juges, comme cela a pu être le cas s'agissant de la présomption de santé d'esprit¹¹³³. Si le principe même des présomptions, notamment de culpabilité, peut être admis devant les juridictions internes¹¹³⁴, il en ira sans doute autrement devant la Cour pénale internationale, l'article 67 paragraphe 1 i) du Statut de Rome interdisant qu'un renversement du fardeau de la preuve ou qu'une charge de la réfutation ne soit imposée à l'accusé. Cet article aurait alors pour rôle de protéger l'accusé de présomptions prétoriennes qui viendraient *de facto* renverser la charge de la preuve¹¹³⁵.

310. Influence de l'article 67 paragraphe 1 i) sur l'intensité probatoire. L'article 67 paragraphe 1 i) du Statut de Rome pourrait également empêcher la Cour pénale internationale d'imposer à l'accusé invoquant un motif d'exonération un standard probatoire trop élevé. Certains auteurs s'interrogent ainsi sur la compatibilité entre cet article et le standard de la prépondérance des preuves retenu par les tribunaux *ad hoc*. Selon eux, l'effet combiné des articles 66 paragraphe 2 – qui impose au procureur d'établir la culpabilité de l'individu – et 67 paragraphe 1 i) – qui interdit d'imposer le renversement du fardeau de la preuve ou la charge de la réfutation sur l'accusé – conduirait à exiger un standard moins élevé, de sorte que l'accusé serait simplement tenu de satisfaire le standard du doute raisonnable lorsqu'il invoquerait un motif d'exonération¹¹³⁶. Cela étant, il est possible de considérer que l'article 67 empêche

¹¹³³ TPIY, arrêt *Čelebići* précité, para. 582.

¹¹³⁴ Ce principe a été validé par la Cour européenne des droits de l'Homme dès lors que la présomption de culpabilité n'est pas irréfragable. V. notamment. CEDH, *Salabiaku c. France*, 7 oct. 1988, n°10519/83, para. 28 : « L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense ».

¹¹³⁵ JACOBS D., « Standard of proof and burden of proof », in, G. SLUITER et al., *International criminal procedure : principles and rules*, O.U.P., 2013, p. 1141 : « Given the fact that the Statute itself does not contain any such reversals, one can only assume that the objective is to protect the accused against judge-created presumptions that would de facto reverse the burden of proof » ; SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 1048 : « Because there are no typical reverse onus provisions in the Statute, its application to judge-made reverse onus provisions would seem to be the real purpose of the provision ».

¹¹³⁶ En ce sens v. SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 641 : « Article 67 of the Rome Statute which shields the accused from "any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal", may compel the less onerous requirement that the accused only raise a reasonable doubt » (l'article 67 du Statut de Rome qui protège l'accusé contre tout « renversement du fardeau de la preuve ou de la charge de la réfutation », impose peut-être le standard moins élevé du doute raisonnable) et p. 1049 : « At the very least, it seems appropriate for the Court to rule that the accused is only required to raise a reasonable doubt » (à tout le moins, il paraît approprié pour la Cour de considérer que l'accusé doit seulement invoquer un doute raisonnable) repris par KLAMBERG M., *Commentary on the law of the International criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 : « Turning to the ICC, the combined effect of Articles 66(2) and 67(1)(i) would render it appropriate to rule in such cases that the accused is only required to raise a reasonable doubt as

seulement l'allocation du même standard de preuve que celui auquel est astreint le procureur et de considérer que, tant que l'accusé n'a pas à prouver le motif d'exonération au-delà du doute raisonnable, il ne subit pas un renversement de la charge de la preuve. De ce point de vue, le standard de la prépondérance des probabilités serait acceptable et ne contredirait pas l'article 67 du Statut de Rome. En démontrant que l'application du motif d'exonération est plus probable que sa non-application¹¹³⁷, l'accusé ferait ainsi ensuite peser sur le procureur la charge de prouver l'absence de ce motif.

Paragraphe 2 : La charge de la preuve de l'absence des motifs d'exonération pesant sur le procureur

311. Transmission de la charge de la preuve au procureur. Une fois le motif d'exonération invoqué par l'individu et le seuil de la prépondérance des preuves atteint, la charge de la preuve est transmise au procureur, qui doit désormais prouver l'absence de ce motif d'exonération. Cette charge probatoire s'ajoute en réalité à celle, plus générale, de prouver la culpabilité de l'accusé, au-delà du doute raisonnable¹¹³⁸. La charge de la preuve de l'absence des motifs d'exonération vient donc s'ajouter au contenu de la charge de la preuve imposée au procureur (A), qui doit atteindre l'intensité probatoire exigée expressément par le Statut de Rome (B).

A- Le contenu de la charge probatoire pesant sur le procureur

312. Article 66 paragraphe 2 du Statut de Rome. Le Statut de Rome indique expressément qu'il « incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé »¹¹³⁹, ce qui est une

to the mental condition » (ICC Case Matrix Commentary). V. aussi AMBOS K., « Defences in international criminal law », in BROWN B. S., *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011, p. 303-304 : « *There is some controversy, however, as to whether the rule prohibiting any reversal of the burden of proof to the detriment of the accused reduces the standard of proof even more to the point where mere reasonable doubts might be sufficient to establish a defence based on the mental state (...). These considerations regarding the burden and standard of proof apply mutatis mutandis to all defences* » (il y a cependant une controverse quant à la question de savoir si la règle interdisant le renversement de la charge de la preuve au détriment de l'accusé réduit le standard de preuve au point qu'un simple doute raisonnable suffise à établir une défense basée sur le trouble mental. Ces considérations s'appliquent *mutatis mutandis* à tous les motifs d'exonération).

¹¹³⁷ Sur cette définition v. *supra* n°304.

¹¹³⁸ SCPI, art. 66 para. 2 et 3.

¹¹³⁹ SCPI, art. 66 para. 2.

conséquence du principe de la présomption d'innocence consacré au paragraphe précédent¹¹⁴⁰. Le contenu de la charge probatoire pesant sur le procureur serait ainsi aisé à déterminer, correspondant à la culpabilité, entendue ici comme la « construction procédurale de la responsabilité pénale »¹¹⁴¹. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, dont les différents statuts reconnaissent déjà la présomption d'innocence¹¹⁴², indique cependant clairement que la charge probatoire pesant sur le procureur ne concerne pas uniquement la question ultime de la culpabilité¹¹⁴³. Les décisions s'attachent plus exactement à définir quels éléments doivent être prouvés au-delà du doute raisonnable mais renseignent, ce faisant, sur ce qui relève de la charge du procureur.

313. Jurisprudence tribunaux *ad hoc* sur le contenu de la charge de la preuve. Le TPIR a en effet indiqué très clairement que « le principe d'établissement de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » doit être appliqué s'il s'agit d'établir l'existence d'un élément du crime ou du mode de responsabilité retenu à l'encontre de l'accusé, ou encore s'il s'agit d'établir l'existence d'un fait indispensable pour entrer en voie de condamnation »¹¹⁴⁴. Cette position a par la suite été reprise quasiment au mot près par le TPIY¹¹⁴⁵. Il faut toutefois relever qu'une décision postérieure du TPIY paraît énoncer exactement l'inverse, en estimant que « les règles de preuve au procès n'imposaient pas à la Chambre de première instance de ne déclarer un accusé coupable d'un crime que si l'Accusation avait établi au-delà de tout doute raisonnable chacun des éléments constitutifs de ce crime, le mode de participation, et tout fait indispensable pour pouvoir conclure à sa culpabilité »¹¹⁴⁶. Cela résulte cependant d'une erreur de traduction, la version anglaise, qui fait foi¹¹⁴⁷, reprenant la même formulation que les deux arrêts

¹¹⁴⁰ Dans le même sens v. DE HERT P. et al., *Code of international criminal law and procedure annotated*, Larcier, 2013, p. 291.

¹¹⁴¹ MASSÉ M., « Article 66. Présomption d'innocence », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1802. Sur ce point v. *supra* n°235.

¹¹⁴² *STPIY*, art. 21 para. 3 ; *STPIR*, art. 20 para. 3.

¹¹⁴³ ROHAN C. M., « Reasonable doubt standard of proof in international criminal trials », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, O.U.P., 2010, p. 655 : « *the standard of proof beyond a reasonable doubt is not limited solely to the ultimate question of guilt* ».

¹¹⁴⁴ TPIR, *Le procureur c. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki et Samuel Imanishimwe*, arrêt, 07 juil. 2006, n°ICTR-99-46-A, para. 174.

¹¹⁴⁵ TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, arrêt, 9 mai 2007, n°IT-02-60-A, para. 226 : « une Chambre de première instance ne peut déclarer un accusé coupable d'un crime que si l'Accusation a établi, au-delà de tout doute raisonnable, chacun des éléments constitutifs de ce crime et le mode de participation allégué, ainsi que tout fait indispensable pour prononcer une déclaration de culpabilité ».

¹¹⁴⁶ TPIY, *Le procureur c. Sefer Halilović*, arrêt, 16 oct. 2007, n°IT-01-48-A, para. 125.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, dispositif.

précédents¹¹⁴⁸. La pratique jurisprudentielle est donc bien établie devant les tribunaux *ad hoc*, qui exigent la preuve de trois séries d'éléments par le procureur.

314. Jurisprudence Cour pénale internationale sur le contenu de la charge de la preuve.

La situation n'est pas aussi claire devant la Cour pénale internationale. En effet, dans les arrêts *Lubanga et Bemba*, la chambre d'appel estime que la charge de la preuve pesant sur le procureur s'applique « aux éléments du crime et au mode de responsabilité tels que rapportés dans les charges »¹¹⁴⁹ et précise ensuite dans l'arrêt *Ngudjolo* que « la Chambre de première instance avait raison lorsqu'elle a précisé encore la norme d'administration de la preuve, à savoir que l'existence des éléments du crime et du mode de responsabilité retenus à l'encontre de l'accusé, ainsi que l'existence des faits « indispensable[s] pour entrer en voie de condamnation » doivent être établies au-delà de tout doute raisonnable »¹¹⁵⁰. Il faut cependant noter que toutes les décisions des tribunaux *ad hoc* sur lesquelles se fonde expressément l'arrêt *Lubanga* indiquent clairement que la charge de la preuve au-delà du doute raisonnable s'applique aux faits indispensables pour entrer en voie de condamnation¹¹⁵¹. Il faut sans doute en conclure que la question dans les arrêts *Lubanga et Bemba*¹¹⁵² portant sur un élément de l'infraction ou un mode de responsabilité, la référence aux faits indispensables pour entrer en voie de condamnation n'a pas été jugée utile. La formulation employée par l'affaire *Ongwen*, citant les décisions précédentes de la Cour, est quant à elle légèrement différente, qui indique que le standard de la preuve au-delà du doute raisonnable doit s'appliquer à tout fait indispensable pour entrer en voie de condamnation, notamment les faits constituant les éléments des infractions et les modes de participation¹¹⁵³. Contrairement aux décisions précédentes, qui distinguaient trois catégories d'éléments à prouver au-delà du doute raisonnable, celle-ci indique qu'il n'y aurait qu'une seule

¹¹⁴⁸ TPIY, arrêt *Halilović* précité, para. 125 version anglaise : « [t]he standard of proof at trial requires that a Trial Chamber may only find an accused guilty of a crime if the Prosecution has proved each element of that crime and of the mode of liability, and any fact which is indispensable for the conviction, beyond reasonable doubt ».

¹¹⁴⁹ CPI, *Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre sa condamnation (arrêt Lubanga)*, arrêt, 1 déc. 2014, n°ICC-01/04-01/06 A 5, para. 22 ; CPI, *Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al. Arrêt relatif aux appels interjetés par Jean-Pierre Bemba Gombo et al. contre la décision de la Chambre de première instance VII intitulée « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut »* (arrêt *Bemba et al.*), arrêt, 8 mars 2018, n°ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5, para. 868.

¹¹⁵⁰ CPI, *Le procureur c. Matthieu Ngudjolo. Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance II intitulée « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut »* (arrêt *Ngudjolo*), 7 avril 2015, n°ICC-01/04-02/12 A, para. 125.

¹¹⁵¹ CPI, arrêt *Lubanga* précité, para. 22, reprenant notamment les arrêts *Jokić* et *Ntagerura*. Sur l'étude de ces arrêts v. *supra* n°313.

¹¹⁵² Qui se fonde uniquement sur l'arrêt *Lubanga* sur ce point.

¹¹⁵³ CPI, *jugement Ongwen*, précité, para. 227 : « The standard of beyond reasonable doubt is to be applied to any facts indispensable for entering a conviction, namely those constituting the elements of the crimes or modes of liability charged ».

catégorie, celle des faits indispensables pour entrer en voie de condamnation, laquelle comprend notamment les éléments des infractions et les modes de participation.

315. Inclusion de la preuve de l'absence des motifs d'exonération dans le contenu de la charge probatoire. Quelle que soit la formulation employée par les décisions, le contenu de la charge probatoire pesant sur le procureur comprend toujours trois séries d'éléments. Les deux premiers, relatifs aux éléments constitutifs de l'infraction et au mode de participation envisagé par le procureur n'appellent que peu de remarques en ce qu'ils sont facilement identifiables¹¹⁵⁴ et que leur inclusion dans les éléments à prouver par l'accusation n'a jamais fait l'objet de controverse. L'identification des « faits indispensables pour prononcer une déclaration de culpabilité » est en revanche plus ardue et aucune des décisions évoquées ne la précise. Il paraît cependant possible de dire que cette identification doit être casuistique – tant les faits indispensables pour entrer en voie de condamnation peuvent différer d'une affaire à l'autre¹¹⁵⁵ – et qu'elle n'entre dans le contenu probatoire pesant sur le procureur que si cela est nécessaire à l'affaire. C'est là qu'intervient la preuve de l'absence des motifs d'exonération, qui peut devenir indispensable pour entrer en voie de condamnation lorsque l'accusé les invoque et se décharge de son fardeau probatoire¹¹⁵⁶. L'apport du jugement *Ongwen* est alors particulièrement important sur ce point, qui indique clairement que l'absence de motif d'exonération fait partie des faits indispensables pour entrer en voie de condamnation et doit donc être prouvée au-delà du doute raisonnable¹¹⁵⁷.

B- L'intensité probatoire de la charge de la preuve de l'absence de motifs d'exonération

316. Identification de l'intensité probatoire. La place de la preuve de l'absence des motifs d'exonération au sein de la charge pesant sur le procureur ayant été clarifiée, il faut maintenant

¹¹⁵⁴ Dans le même sens v. ROHAN C. M., « Reasonable doubt standard of proof in international criminal trials », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, précité, p. 656 : « facts falling within categories (1) and (2), dealing with the elements of the charged crimes and the elements of the charged modes of liability for those crimes are usually readily identifiable ».

¹¹⁵⁵ ROHAN C. M., « Reasonable doubt standard of proof in international criminal trials », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, précité, p. 657 : « Identifying those facts 'which are indispensable to' or 'aimed at' a conviction can, on the other hand, occasionally be a subject of dispute. Needless to say, each case depends on its own particular facts (...) ».

¹¹⁵⁶ Sur ce point v. *supra* n°308 et s.

¹¹⁵⁷ CPI, jugement *Ongwen* précité, para. 231 : « When a finding of the guilt of the accused also depends on a negative finding with respect to the existence of grounds excluding criminal responsibility under Article 31 of the Statute, the general provisions of Article 66(2) and (3) on the burden and standard of proof equally apply, operating (as is always the case for the determination on the guilt or innocence of the accused) solely with respect to the facts 'indispensable for entering a conviction', namely, in this case, the absence of any ground excluding criminal responsibility and, thus, the guilt of the accused ».

préciser l'intensité probatoire exigée pour que cette charge soit remplie. L'article 66 paragraphe 3 ne laisse pas de place au doute et impose au procureur de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà du doute raisonnable. Ce standard, issu des systèmes de *Common law*, est le plus élevé de ceux exigés par le Statut de Rome¹¹⁵⁸, ce qui se justifie car il s'agit ici de la dernière étape avant d'aboutir à une éventuelle déclaration de culpabilité de l'accusé et donc au prononcé d'une peine. La présomption d'innocence a alors pour corollaire l'exigence du standard le plus élevé possible ; la preuve au-delà du doute raisonnable, qui fait même figure de principe général du droit¹¹⁵⁹.

317. Difficultés de définition. Si l'identification du standard probatoire à atteindre ne pose ainsi aucune difficulté, c'est en revanche la définition de ce dernier qui se révèle ardue, « le degré de certitude qui conditionne la décision de culpabilité [étant en effet] une des questions les plus obscures du droit pénal »¹¹⁶⁰. Dans les différents systèmes de *Common law*, dont est originaire le standard de la preuve au-delà du doute raisonnable, certains auteurs et juges se prononcent même en faveur d'une absence de définition assumée. D'aucuns estiment en effet que les tentatives de définition par les juges conduisent souvent à une confusion chez les jurés¹¹⁶¹, la notion devenant de moins en moins claire au fur et à mesure des tentatives d'explication¹¹⁶². L'argument n'aura sans doute pas le même poids devant la Cour pénale, dont les membres sont tous des juristes professionnels¹¹⁶³, mais il n'en demeure pas moins que la notion de preuve au-delà du doute raisonnable reste quasiment impossible à définir. Sans prétendre parvenir à une définition précise qui aurait échappé à l'ensemble des systèmes de

¹¹⁵⁸ V. SCHABAS W., *The International criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p.1010 qui relève les différents standards, du moins élevé au plus élevé : « une base raisonnable pour ouvrir une enquête » (art. 15) ; « des motifs de croire qu'une personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour » (art. 55 para. 2 pour interroger un suspect) ; « motifs raisonnables de croire que cette personne a commis un crime » (art. 58 para 1 a) pour délivrer un mandat d'arrêt) ; « l'existence de motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime » (art. 61 para. 5 lors de la confirmation des charges).

¹¹⁵⁹ TPIR, arrêt *Ntagerura* précité, para. 170 : « La Chambre d'appel rappelle que l'article 20(3) du Statut dispose que toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie, consacrant par là le principe général de droit selon lequel il revient au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable ».

¹¹⁶⁰ DELMAS-MARTY M., « La preuve pénale », *Droits*, 1996, n°23, p. 59.

¹¹⁶¹ *R. v. Yap Chuan Ching* (1976), 63 Cr App R 7, 11, cité par SCHABAS W., *The International criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 1014 : « *If judges stopped trying to define that which is almost impossible to define there would be fewer appeals* » (si les juges arrêtaient de définir ce qui est quasiment impossible à définir, il y aurait moins d'appels).

¹¹⁶² NEWMAN J. O., « Madison Lecture : Beyond reasonable doubt », *New York university law review*, 1993, vol. 68, p. 984 : « *I find it rather unsettling that we are using a formulation that we believe will become less clear the more we explain it* ».

¹¹⁶³ Dans le même sens v. SCHABAS W., *The International criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 1013 : « *This is surely less important for experienced judges such as those likely to be elected to the Court* ».

Common law employant la notion depuis maintenant des siècles¹¹⁶⁴, il semble cependant possible, en retraçant la jurisprudence des juridictions pénales internationales, de cerner les contours positifs et négatifs de la notion de doute raisonnable.

318.Éléments de définition positive de la preuve au-delà du doute raisonnable. D'une part, il est possible de dire que le doute raisonnable doit être fondé sur la raison¹¹⁶⁵, c'est-à-dire cette « faculté propre à l'homme, par laquelle il peut connaître, juger et se conduire selon des principes »¹¹⁶⁶. Le TPIR a ainsi pu considérer que ce doute raisonnable « doit reposer sur la logique et le bon sens, et présenter un lien rationnel avec la preuve, l'absence de preuve ou des contradictions dans la preuve »¹¹⁶⁷, formule reprise par la Cour pénale internationale¹¹⁶⁸. Les tribunaux d'après-guerre avaient d'ailleurs déjà expliqué que si deux déductions raisonnables pouvaient être faites à partir de preuves crédibles, l'une conduisant à la culpabilité et l'autre à l'innocence, c'était cette dernière déduction qu'il fallait retenir¹¹⁶⁹. Devant les différentes juridictions internationales, le débat s'est d'ailleurs souvent centré sur la question de savoir si l'exigence d'une preuve au-delà du doute raisonnable impliquait l'exclusion de toute autre hypothèse raisonnable qui pouvait ressortir des éléments de preuve¹¹⁷⁰. La jurisprudence pénale internationale semble avoir tranché en ce sens en employant une formulation reprise tant par les tribunaux *ad hoc* que par la Cour pénale internationale. Ainsi, la culpabilité « doit être établie au-delà de tout doute raisonnable. Il ne suffit pas que les moyens de preuve permettent raisonnablement de conclure ainsi. Cette conclusion doit être la seule raisonnable possible. Si une autre conclusion peut être raisonnablement tirée des éléments de preuve et qu'elle n'exclut

¹¹⁶⁴ MULRINE T. V., « Reasonable doubt : how in the world is it defined ? », *American University journal of international law review*, 1997, vol. 12, Issue 1, p. 199 à 201, qui retrace l'évolution de la notion depuis le douzième siècle.

¹¹⁶⁵ CPI, jugement *Ongwen* précité, para. 228 : « *reasonable doubts must be grounded in reason* ». V. aussi SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 1013 : « *simply put, 'reasonable doubt' means a doubt that is founded in reason* ».

¹¹⁶⁶ Définition « Raison », *Dictionnaire Larousse*, éd. 2021.

¹¹⁶⁷ TPIR, *Le procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, arrêt, 26 mai 2003, n°ICTR-96-3-A, para. 488.

¹¹⁶⁸ CPI, arrêt *Ngujolo* précité, para. 109 ; CPI, jugement *Ongwen* précité, para. 228.

¹¹⁶⁹ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Flick and others*, 20 avril - 22 déc. 1947, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under Control Council n°10*, vol. VI, p. 1189. V. aussi MAY R. et WIERDA M., « Trends in international criminal evidence : Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha », *Columbia journal of transnational law*, 1999, vol. 37, p. 754.

¹¹⁷⁰ SCHABAS W. et McDERMOTT Y., « Article 66 – Presumption of innocence », in TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 3^{ème} éd., 2016, p. 1645 : « *This debate seems to centre on whether the requirement of proof beyond reasonable doubt necessitates the exclusion of every other reasonable hypothesis that can be drawn from the evidence* ».

pas l'innocence de l'accusé, celui-ci doit être acquitté »¹¹⁷¹. L'adage *in dubio pro reo*, selon lequel le doute profite à l'accusé, impliquerait alors un doute nécessairement raisonnable. Corrélativement, prouver au-delà du doute raisonnable suppose de dépasser ce doute. Du point de vue de la preuve de l'absence des motifs d'exonération, il faudrait donc que le procureur établisse que la seule conclusion raisonnable est de considérer que le motif d'exonération invoqué par l'accusé n'est pas constitué. Il ne paraît cependant pas possible d'aller plus loin dans la définition positive du standard de preuve au-delà du doute raisonnable. Les opinions dissidentes qui s'élèvent parfois pour reprocher à un verdict de ne pas respecter ce standard ne parviennent d'ailleurs pas à le préciser plus avant, se contentant de rappeler que la condamnation ne peut intervenir que si toutes les hypothèses raisonnables issues des preuves indiquent la culpabilité de l'accusé¹¹⁷² ou reprochant à la décision de ne pas avoir expliqué « de manière convaincante pourquoi l'autre explication est considérée comme déraisonnable »¹¹⁷³.

319. Éléments de définition négative de la preuve au-delà du doute raisonnable. En revanche, les différentes juridictions pénales internationales ont, d'autre part, été amenées à préciser ce qui ne suffisait pas à atteindre le seuil du doute raisonnable. Le TPIR a ainsi affirmé que « le doute raisonnable requis en matière pénale ne peut être un doute imaginaire ou frivole découlant d'un sentiment de sympathie ou d'un préjugé »¹¹⁷⁴, ce que la Cour pénale internationale a repris dans plusieurs de ses décisions¹¹⁷⁵. De la même manière, le TPIY a estimé que « la possibilité, quoiqu'infime, que des faits se soient déroulés d'une autre manière ne fait pas en soi naître un doute raisonnable »¹¹⁷⁶. La Cour pénale internationale est venue préciser cette idée dans l'affaire *Ongwen* en expliquant que la possibilité que des preuves indisponibles puissent contenir des informations exonératoires est beaucoup trop hypothétique pour constituer un doute raisonnable. Accepter un tel argument reviendrait à exiger une preuve au-delà de tout doute, là où il est plutôt exigé une preuve au-delà du doute raisonnable¹¹⁷⁷. Cette position vient confirmer qu'un accusé ne peut se contenter d'invoquer un motif d'exonération

¹¹⁷¹ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 458, repris par CPI, arrêt *Bemba et al.*, para. 868.

¹¹⁷² CPI, jugement *Lubanga*, Opinion dissidente de la juge Anita Usacka, n°ICC-01/04-01/06 A 5, para. 27 : « conviction should not occur unless all reasonable hypotheses based on the evidence presented indicate guilt ».

¹¹⁷³ CPI, jugement *Katanga*, Opinion de la Minorité présentée par la juge Christine Van den Wyngaert, n°ICC-01/04-01/07-3436-AnxI-tFRA, para. 145.

¹¹⁷⁴ TPIR, arrêt *Rutaganda* précité, para. 488.

¹¹⁷⁵ V. notamment CPI, arrêt *Ngujolo* précité, para. 109 ; CPI, jugement *Ongwen* précité, para. 228 : « The reasonable doubt standard cannot consist of imaginary or frivolous doubt ».

¹¹⁷⁶ TPIY, *Le procureur c. Stanislav Galić*, arrêt, 30 nov. 2006, n° IT-98-29-A, para. 259.

¹¹⁷⁷ CPI, jugement *Ongwen*, para. 229 : « The possibility that unavailable evidence may include exculpatory information is too hypothetical, without more, to qualify as a reasonable doubt. Accepting such a proposition is akin to requiring proof beyond all doubt, while what is required is instead proof beyond reasonable doubt ».

sans l'étayer par des preuves tangibles, ce que traduit assez bien l'exigence probatoire d'une preuve atteignant le seuil de la prépondérance des probabilités¹¹⁷⁸.

320. Résumé des éléments de définition de la preuve au-delà du doute raisonnable. En définitive, c'est peut-être une décision assez ancienne rendue par les juridictions britanniques qui résume le mieux ce que renferme le standard de la preuve au-delà du doute raisonnable : « il n'est pas nécessaire de parvenir à une certitude mais le degré de probabilité doit être élevé. La démonstration au-delà de tout doute raisonnable ne signifie pas qu'il ne subsiste pas l'ombre d'un doute. Le droit ne protégerait pas la communauté s'il laissait ouverte la possibilité de détourner pour des raisons futiles le cours de la justice. Si les preuves rapportées contre une personne emportent à ce point la conviction que la possibilité qu'elle soit innocente peut être écartée en disant « c'est bien entendu possible mais pas le moins du monde probable », les faits sont prouvés au-delà de tout doute raisonnable, mais rien de moins ne suffira »¹¹⁷⁹.

321. Rapprochement entre le standard du doute raisonnable et le standard de l'intime conviction. Cette référence à la conviction laisse à penser que le standard de preuve au-delà du doute raisonnable n'est sans doute pas si différent de l'intime conviction que doit atteindre le juge français¹¹⁸⁰. « Complément indispensable du principe de la liberté de la preuve »¹¹⁸¹, cette intime conviction renvoie à un standard plus subjectif, fondé sur une conviction personnelle de celui qui doit juger. En cela, le standard plus objectif de la preuve au-delà du doute raisonnable est parfois jugé plus protecteur¹¹⁸². Cela étant, l'intime conviction ne peut se forger qu'à partir d'éléments de preuves objectifs présentés au juge, de sorte que « la conviction s'établi[t] dans un esprit vierge qui ne recevra d'impressions que des preuves présentées à la libre discussion et à la contradiction du défendeur »¹¹⁸³. Si ces éléments objectifs de preuve n'emportent pas sa conviction, le juge ne pourra pas prononcer de condamnation. C'est ainsi qu'en droit français,

¹¹⁷⁸ Sur ce point v. *supra* n°304.

¹¹⁷⁹ *Miller v. Minister of pensions* (1947), 1 *All ER* 373-374, traduit dans TPIY, *jugement Čelebići* précité, para. 600.

¹¹⁸⁰ *C. proc. pén.*, art. 353 en matière criminelle et art. 427 en matière délictuelle. Sur le rapprochement entre le standard de *Common law* et le standard français, v. ROHAN C. M., « Reasonable doubt standard of proof in international criminal trials », in KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch. (ss. dir.), *Principles of evidence in international criminal justice*, précité, p. 654, n.b.p. 18.

¹¹⁸¹ BUISSON J., « Preuve », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, (actualisation octobre 2020), para. 139. V. aussi. VERGÈS E., VIAL G. et LECLERC O., *Droit de la preuve*, P.U.F., 2015, para. 418 : « bien que l'intime conviction soit souvent associée à la matière pénale, elle est consubstantielle à la liberté d'appréciation des preuves par le juge ».

¹¹⁸² V. notamment BOURDON W. et DUVERGER E., *La Cour pénale internationale. Le Statut de Rome commenté*, éd. Seuil, 2000, p. 198.

¹¹⁸³ LOMBOIS C., « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, vol. 55, p. 87.

comme en droit de *Common law* et en droit pénal international, le doute profite à l'accusé, de sorte que « la démarche attendue des juges n'est pas réellement différente »¹¹⁸⁴. Quoi qu'il en soit, pour prouver l'absence d'un motif d'exonération au-delà du doute raisonnable, il faut que le procureur parvienne à démontrer que la constitution de ses conditions d'application est bien entendu possible mais pas le moins du monde probable.

322. Conclusion de section. La répartition de la charge de la preuve, telle que développée, permet ainsi de concilier la pratique jurisprudentielle des tribunaux pénaux internationaux avec les dispositions du Statut de Rome. Elle fournit de plus une explication cohérente à la décision *Ongwen*, la preuve de l'absence de motif d'exonération à la charge du procureur naissant lorsque l'accusé a démontré que l'existence du motif d'exonération qu'il invoque est plus probable que son absence.

¹¹⁸⁴ MASSÉ M., « Article 66 - Présomption d'innocence », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1817. V. aussi PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2016, para. 414, qui affirme de façon plus radicale que « le concept « au-delà du doute raisonnable » correspond exactement au concept « d'intime conviction ». On a prétendu parfois qu'il est plus strict que le concept français. Mais cela nous paraît absolument faux et il faut dire et répéter que les deux notions sont identiques ».

Conclusion du Chapitre 2

323. Répartition de l'administration des preuves. L'étude des règles régissant la preuve des motifs d'exonération a démontré qu'une répartition était opérée entre le procureur et l'accusé, s'agissant tant de l'administration de la preuve que de sa charge. Au niveau de l'administration des preuves, le procureur ayant à sa disposition les moyens de la Cour pénale internationale, il peut récolter assez aisément des preuves relatives aux motifs d'exonération. Il est en contrepartie soumis à une obligation étendue de communication, qui permet notamment, mais de façon imparfaite, de rétablir un certain équilibre avec l'accusé, dont les moyens sont en principe beaucoup plus réduits, entravant l'obtention de preuves de motifs d'exonération et qui est donc soumis à une obligation de communication beaucoup plus limitée. Cette obligation de communication des éléments de preuve par l'accusé au procureur n'en est pas moins imposée afin de faciliter la célérité de la procédure.

324. Répartition de la charge de la preuve. L'on retrouve cette répartition des rôles au niveau de la charge de la preuve, ce qui peut sembler plus surprenant. En réalité, le système de la charge de la preuve des motifs d'exonération se révèle équilibré et traduit bien les devoirs respectifs de chacun. Si l'accusé décide d'invoquer un motif d'exonération, il doit en effet satisfaire au standard de la prépondérance des preuves, c'est-à-dire prouver que l'application du motif qu'il invoque est plus probable que sa non-application. Une fois ce seuil atteint, la charge de la preuve passe au procureur qui doit établir l'absence du motif d'exonération au-delà du doute raisonnable.

325. Utilité de la catégorie d'*affirmative defence*. Au sein des défenses au fond, les motifs d'exonération peuvent ainsi être utilement regroupés dans la catégorie d'*affirmative defence*, ou défenses exonératoires, en ce qu'ils impliquent une intensité probatoire plus importante que les autres moyens de défense au fond, comme l'alibi, simplement soumis au standard du doute raisonnable.

Conclusion du Titre II

326. Invocation des motifs d'exonération. L'étude des conditions procédurales de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international a permis de révéler que les instruments juridiques de la Cour pénale internationale avaient pris soin de créer des règles détaillées et spécifiques aux motifs d'exonération. En cela, le droit pénal international se distingue du droit français, assez peu disert sur la question. Devant la Cour pénale internationale, les motifs d'exonération sont ainsi appréhendés comme des moyens de défense au fond car ils ont pour but de contrer, au fond, la prétention du procureur. Plus précisément, les motifs d'exonération sont des défenses exonératoires car ils ne remettent pas frontalement en question les arguments du procureur mais viennent expliquer pourquoi, malgré ces arguments, la condamnation ne devrait pas avoir lieu. Leur inclusion au sein de cette catégorie implique que les motifs d'exonération peuvent être invoqués à tout moment de la procédure, même pour la première fois en cause d'appel, si l'accusé en fait le choix. Ce choix lui appartenant, l'accusé peut aussi choisir de renoncer à invoquer une défense exonératoire, ce qui conditionne la procédure particulière d'aveu de culpabilité. Par exception, le juge peut empêcher cette renonciation lorsqu'il estime qu'un motif d'exonération pourrait être invoqué au bénéfice de l'accusé. Cette possibilité doit cependant demeurer la seule hypothèse d'intervention du juge pénal international dans le choix de l'accusé, de sorte que si ce dernier décide d'invoquer une défense exonératoire, rien ne devrait pouvoir l'en empêcher. La dichotomie actuelle entre motifs d'exonération prévus par le Statut de Rome, invocables sans autre formalité, et motifs d'exonération non prévus par le Statut de Rome, devant être soumis à une autorisation d'invocation, doit donc être abolie pour uniformiser les règles procédurales, relatives tant à l'invocation qu'à la communication des éléments de preuve. Les règles relatives à la réunion des éléments probatoires s'appliquent quant à elles quel que soit le motif d'exonération invoqué et révèlent un déséquilibre entre les moyens du procureur et de l'accusé, que la Cour pénale internationale risque de peiner à atténuer.

327. Charge de la preuve des motifs d'exonération. Une fois les motifs d'exonération invoqués, les éléments de preuve récoltés et communiqués, il faut encore que ces motifs d'exonération soient prouvés pour parachever leur mise en œuvre en droit pénal international. Pour ce faire, le droit pénal international organise une répartition de la charge de la preuve entre l'accusé et le procureur. L'accusé doit ainsi supporter la charge d'allégation du motif

d'exonération, dont il se déchargera en prouvant, sur la base de la prépondérance des preuves, que l'hypothèse d'application du motif d'exonération est plus probable que l'hypothèse de sa non-application. Une fois ce standard de preuve atteint, le procureur aura alors la charge légale de prouver, au-delà du doute raisonnable, l'absence du motif d'exonération invoqué.

Conclusion de la Partie 1

328. Catégorie uniforme des motifs d'exonération. L'étude des conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international a révélé qu'il était possible de les appréhender comme une catégorie uniforme. Si chacun d'eux obéit à des conditions spéciales, ils sont tous unis par des conditions générales et nécessitent, pour leur mise en œuvre, de démontrer que le comportement de l'individu était raisonnable et dénué de faute. Procéduralement, ils constituent des défenses exonératoires pouvant être invoquées par l'accusé pour justifier ou excuser une conduite infractionnelle, en faisant référence à des circonstances dont l'absence n'est pas un élément de l'infraction¹¹⁸⁵.

329. Confirmation de la nature de la nécessité militaire en tant que motif d'exonération. La conjonction des conditions substantielles et procédurales des motifs d'exonération permet d'entériner le choix de traiter la nécessité militaire comme un de ces motifs et non pas comme un élément négatif de l'infraction. Substantiellement, la nécessité militaire repose en effet sur des conditions générales identiques aux autres motifs d'exonération et sur des conditions spéciales communes aux motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction. Procéduralement, son appartenance à la catégorie des défenses exonératoires implique qu'une charge de la preuve particulière pèse sur l'individu qui doit prouver la nécessité militaire sur la base de la prépondérance des preuves. Or, si l'absence de nécessité militaire était réellement un élément de l'infraction, l'accusé souhaitant contester cet élément ne devrait prouver la nécessité militaire que sur la base du doute raisonnable. Pour traduire plus clairement cette nature exonératoire, il faudrait sans doute sortir la nécessité militaire des dispositions spéciales de l'article 8 du Statut de Rome, à l'image de ce qui avait été envisagé lors du comité préparatoire du Statut de Rome, qui réservait une disposition à la nécessité militaire en tant que défense possible spécifiquement pour des crimes de guerre et des violations graves des Conventions de Genève¹¹⁸⁶. Un paragraphe relatif à la nécessité militaire pourrait ainsi être ajouté soit à l'article 31 relatif aux motifs d'exonération, soit à la fin de l'article 8 relatif au crime de guerre puisque

¹¹⁸⁵ O' REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C. (ss. dir.), *Defense perspectives on international criminal law*, précité, p. 478 : « *When the accused seeks to justify or excuse his or her otherwise criminal conduct with reference to some circumstance the non-existence of which is not an element of the crime, this has usually been characterized as an 'affirmative defense'.* ».

¹¹⁸⁶ *Preparatory Committee Report*, vol. 2, 1996, art. R : « *military necessity is a possible defence specifically referring to war crimes and grave breaches of the Geneva Conventions of 1949.* ».

la nécessité militaire ne s'applique qu'à cette infraction. La disposition relative à la nécessité militaire pourrait être rédigée comme suit : « 1. La nécessité militaire [...] s'entend de la nécessité de mesures proportionnées pour atteindre des objectifs militaires précis, et légales selon les lois et coutumes de la guerre. 2. Telle que décrite dans le paragraphe 1, la nécessité militaire s'applique exclusivement aux crimes de guerre visés aux articles suivants : art. 8 para. 2 a) iv) ; art. 8 para. 2 b) ii) ; art. 8 para. 2 b) iv) ; art. 8 para. 2 b) v) ; art. 8 para. 2 b) ix) ; art. 8 para. 2 b) xiii) ; art. 8 para. 2 e) iv) ; art. 8 para. 2 e) viii) ; art. 8 para. 2 e) xii) »¹¹⁸⁷.

330. Charge de la preuve des motifs d'exonération. Quoi qu'il en soit, les motifs d'exonération se distinguent des autres défenses au fond en ce qu'ils font peser une charge de la preuve plus importante sur l'accusé, qui doit satisfaire au standard de la prépondérance des preuves. Il faut donc que l'accusé démontre que l'application du motif d'exonération est plus probable que sa non-application. Une fois ce standard atteint, l'accusé se décharge du fardeau de la preuve qui passe à l'accusation. Le procureur doit en effet alors prouver, au-delà du doute raisonnable, que les conditions substantielles de mise en œuvre du motif d'exonération invoqué ne sont pas remplies. L'ensemble des conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération forment ainsi un tout cohérent avec l'objectif de construction d'un droit de l'exonération en droit pénal international. Cela étant, « reconnaître des moyens de défense par l'invocation de causes justificatives ne préjuge pas de leur accueil par les juges »¹¹⁸⁸, de sorte que des limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération demeurent.

¹¹⁸⁷ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

¹¹⁸⁸ DUPARC C., « Les limites aux faits justificatifs », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 109.

PARTIE 2 : LES LIMITES A LA MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS

D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

331.Introduction. Lors du procès pénal, qu'il soit d'ailleurs national ou international, l'invocation d'un motif d'exonération entraîne l'étude de ses conditions substantielles afin de vérifier s'il peut être mis en œuvre à l'égard de l'accusé qui sera, le cas échéant, exonéré de sa responsabilité pénale. En droit pénal international, l'admission ou la non-admission d'un motif d'exonération ne peut alors être décidée que par les juges de la Cour pénale internationale, de façon casuistique et à l'issue d'un procès. L'objectif poursuivi ici n'est ainsi pas de démontrer abstraitement la non-admission d'un motif d'exonération mais, plus humblement, d'identifier les différents éléments auxquels ils devront être confrontés et qui pourront en limiter la mise en œuvre. Cette analyse permettra alors d'achever la construction entreprise de l'exonération en droit pénal international. Pour ce faire, il est possible de se tourner vers les autres éléments entrant en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer si un motif d'exonération peut être mis en œuvre. Ce dernier est en effet invoqué par une personne à l'égard d'une infraction. Devant la Cour pénale internationale, un motif d'exonération peut être invoqué par n'importe quelle personne physique¹¹⁸⁹ majeure de 18 ans¹¹⁹⁰ qui cherchera à être exonérée d'un génocide¹¹⁹¹, d'un crime contre l'humanité¹¹⁹², d'un crime de guerre¹¹⁹³ ou d'un crime d'agression¹¹⁹⁴. Ces quatre infractions internationales par nature marquent la spécificité de la matière pénale internationale dont la raison d'être est de les sanctionner. Ces infractions particulières doivent ainsi venir limiter la mise en œuvre d'un motif d'exonération à leur égard, ce dont il faudra s'assurer à travers l'étude des limites matérielles posées à ces motifs (Titre I). Dans le Statut de Rome, l'auteur potentiel d'une infraction internationale ne paraît en revanche pas nécessairement singulier. Il faudra alors se demander si le fait d'être invoqué par une personne particulière est de nature à entraver la mise en œuvre d'un motif d'exonération. C'est ainsi s'interroger sur les limites personnelles à la mise en œuvre d'un motif d'exonération (Titre II).

¹¹⁸⁹ *SCPI*, art. 25 para. 1 : « La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut ».

¹¹⁹⁰ *SCPI*, art. 26 : « La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime ».

¹¹⁹¹ *SCPI*, art. 6.

¹¹⁹² *SCPI*, art. 7.

¹¹⁹³ *SCPI*, art. 8.

¹¹⁹⁴ *SCPI*, art. 8*bis*.

TITRE I : LES LIMITES MATERIELLES A LA MISE EN ŒUVRE DES

MOTIFS D'EXONERATION

332. Caractères des motifs d'exonération. À l'exception de la légitime défense des biens¹¹⁹⁵, de la nécessité militaire¹¹⁹⁶ et des représailles¹¹⁹⁷, qui constituent des motifs d'exonération spéciaux et ne sont applicables qu'en cas de crime de guerre, les motifs d'exonération soumis à l'étude sont des motifs d'exonération généraux et ont ainsi vocation à s'appliquer à l'ensemble des infractions prévues par le Statut de Rome. Vérifier que la mise en œuvre de ces motifs d'exonération est possible et souhaitable à l'égard des infractions internationales par nature implique alors de confronter leurs caractéristiques respectives afin d'identifier ce qui pourrait entraver cette mise en œuvre. S'agissant des motifs d'exonération, l'ensemble de leurs conditions générales et spéciales font apparaître que l'exonération ne sera possible qu'à l'égard d'un acte présentant deux caractéristiques particulières. Tous les motifs d'exonération impliquent en effet que soit commis un acte au caractère spontané, en ce qu'il correspond plutôt à un comportement non-réfléchi et impulsif¹¹⁹⁸, ou au caractère modéré en ce qu'il traduit un comportement mesuré¹¹⁹⁹.

333. Caractères des infractions internationales. Les infractions internationales par nature sont quant à elle « organisées autour d'une structure bipartite »¹²⁰⁰ et nécessitent, pour leur constitution, qu'un acte sous-jacent soit commis au sein d'un contexte particulier qui lui donne sa coloration internationale et emporte la compétence de la Cour pénale internationale¹²⁰¹. Ainsi, l'acte sous-jacent est-il commis « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel » en cas de génocide¹²⁰², « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en

¹¹⁹⁵ Sur ce point v. *supra* n°23.

¹¹⁹⁶ Sur ce point v. *supra* n°35.

¹¹⁹⁷ Sur ce point v. *supra* n°33.

¹¹⁹⁸ Définition « spontané », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022 : « se dit d'un comportement qui n'est pas réfléchi, qui est fait sans calcul » ; « se dit de quelqu'un qui obéit à ses premières impulsions, qui exprime sans détour ce qu'il pense ».

¹¹⁹⁹ Définition « être mesuré », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022 : « être circonspect, modéré dans sa conduite, ses paroles ».

¹²⁰⁰ BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, thèse, Bordeaux, 2020, para. 18.

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² SCPI, art. 6.

connaissance de cette attaque » en cas de crime contre l'humanité¹²⁰³, au cours d'un conflit armé international ou national en cas de crime de guerre¹²⁰⁴ ou constitue un « acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »¹²⁰⁵.

334.Plan. La structure bipartite des infractions internationales exige alors de confronter les motifs d'exonération tant à l'égard de l'acte sous-jacent, qui matérialise la conduite de l'individu, qu'à l'égard du contexte, qui permet d'asseoir la qualification d'infraction internationale. Devant la Cour pénale internationale, l'exonération doit être examinée au regard de l'infraction internationale et donc pas uniquement au regard de l'acte sous-jacent commis, ce qui signifie que l'exonération opère sur les deux branches de l'infraction internationale que sont l'acte sous-jacent et l'élément contextuel. Afin de révéler les limites matérielles à la mise en œuvre des motifs d'exonération, il faut donc confronter le caractère spontané (Chapitre 1) et le caractère mesuré (Chapitre 2) de l'acte exonéré à chacune des deux composantes des infractions internationales.

¹²⁰³ *SCPI*, art. 7 para. 1.

¹²⁰⁴ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) et 2 c).

¹²⁰⁵ *SCPI*, art. 8*bis*, para. 1. Le paragraphe 2 définit cet acte d'agression comme « l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies ».

Chapitre 1 : Les limites tenant au caractère spontané de l'acte exonéré

335.Introduction. Les motifs d'exonération sont en principe mis en œuvre à l'égard d'un acte qui n'est pas réfléchi¹²⁰⁶ et qui, parce qu'il ne matérialise aucune volonté de commettre une infraction, peut être exonéré. Ce caractère spontané et momentané de l'acte commis est régulièrement relevé à propos de la légitime défense¹²⁰⁷, de l'état de nécessité et de la contrainte, qui correspondent tous les trois à une réaction opérée dans le feu de l'action¹²⁰⁸. Ces motifs d'exonération nécessitent par ailleurs que soit caractérisé un danger imminent auquel la personne fait face¹²⁰⁹ ainsi qu'un danger irrésistible s'agissant de la contrainte¹²¹⁰. L'acte commis en réponse à ce danger traduit sa spontanéité, qui disparaît lorsque l'attitude de l'individu a rendu l'évènement prévisible et lui a donc laissé le temps de se préparer. En ce sens, la spontanéité de l'acte exonéré tient au fait qu'il correspond à un comportement immédiat dont la survenance n'était pas prévisible. À l'inverse, d'autres motifs d'exonération ne reposent pas sur une réponse à un danger, ce qui est le cas du trouble mental, de l'intoxication et des erreurs. Le caractère spontané de l'acte commis est alors latent car l'absence de danger au titre de leurs conditions de mise en œuvre ne signifie pour autant pas que ces motifs d'exonération correspondent à des comportements réfléchis et préparés. Au contraire, ils recouvrent les actions d'un individu qui ne se rend pas compte de ce qu'il fait, soit parce que son discernement est aboli soit parce qu'il se représente mal les circonstances factuelles ou juridiques de la situation. Ces différents motifs d'exonération sont ainsi mis en œuvre à l'égard de comportements impulsifs et momentanés qui n'ont pas vocation à durer. Il faut donc vérifier si les infractions internationales desquelles l'individu entend être exonéré sont compatibles avec un comportement momentané (Section 1) et un comportement immédiat (Section 2).

¹²⁰⁶ Définition « spontané », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹²⁰⁷ AKTYPIS S., « Article 31 – Motifs d'exonération de la responsabilité pénale » FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 920 : « la légitime défense constitue *a priori* une réaction opérée dans un laps de temps limité ».

¹²⁰⁸ KRABBE M., *Excusable evil*, précité, p. 299-300 : « *Similar problems are encountered by necessity/duress. Acting under this defense in the heat of a specific moment can be credible* ».

¹²⁰⁹ V. *supra* n°183 pour la légitime défense et n°184 pour l'état de nécessité.

¹²¹⁰ Sur cette condition v. *supra* n°138.

Section 1 : Un comportement momentané

336. Motifs d'exonération momentanés. Parmi les motifs d'exonération, le trouble mental, l'intoxication et les erreurs ne constituent pas une réaction à un danger quelconque. Les différentes conditions auxquelles ils sont astreints indiquent qu'ils correspondent tout de même à des comportements spontanés et momentanés. L'abolition du discernement nécessaire à la caractérisation du trouble mental ou de l'intoxication paraît en effet temporaire. De la même manière, si les conséquences d'une erreur peuvent s'étaler dans la durée et être permanentes, le comportement erroné en lui-même doit être momentané pour rester raisonnable¹²¹¹. Les actes sous-jacents des infractions internationales peuvent sans doute s'accomoder de ces comportements momentanés (Paragraphe 1) mais peut-être en va-t-il différemment de leur contexte (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un comportement momentané au sein des actes sous-jacents

337. Distinction tenant à la durée du comportement des actes sous-jacents. Les quatre infractions internationales prévues par le Statut de Rome peuvent être constituées par une multitude d'actes sous-jacents correspondant à des comportements différents et produisant des atteintes variées aux personnes, à leurs droits fondamentaux, aux biens ou à l'État. Parmi les divers comportements incriminés, il est possible de distinguer entre des comportements se consommant instantanément et des comportements plus durables. Les premiers sont en principe compatibles avec un comportement momentané (A) tandis que les seconds sont incompatibles avec toute idée de momentanéité (B).

A- Les actes sous-jacents compatibles avec un comportement momentané

338. Actes sous-jacents instantanés. Génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre et crime d'agression peuvent être consommés par des actes sous-jacents instantanés, c'est-à-dire qui se commettent en un instant¹²¹². Le meurtre, acte sous-jacent commun aux trois premières infractions internationales constitue par exemple un acte sous-jacent instantané¹²¹³. Il en va de même de l'atteinte grave à l'intégrité physique constitutive d'un génocide¹²¹⁴ ou du viol

¹²¹¹ Sur cette condition v. *supra* n°112.

¹²¹² CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd., 2004, para. 203.

¹²¹³ SCPI, art. 6 para. a) ; art. 7 para. 1 a) et art. 8 para. 2 i).

¹²¹⁴ SCPI, art. 8 para. b).

constitutif d'un crime contre l'humanité¹²¹⁵. Le crime de guerre, dont la liste des actes sous-jacents est beaucoup plus longue, peut lui aussi être commis par des comportements instantanés, à l'image de la destruction de biens¹²¹⁶ ou du fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier¹²¹⁷. D'autres comportements peuvent être instantanés (même s'ils peuvent également s'étaler dans la durée), comme le fait de diriger des attaques contre la population civile¹²¹⁸, des biens de caractère civil¹²¹⁹, du personnel ou installations employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix¹²²⁰ ou des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative¹²²¹ ou encore le fait d'employer certaines armes prohibées¹²²². Ces exemples choisis montrent que pléthores de comportements pouvant être instantanés relèvent du crime de guerre. Le crime d'agression est quant à lui particulier, qui vise la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution d'un acte d'agression. Des modes de commission de l'infraction sont ainsi intégrés dans sa définition. Parmi eux, le lancement et l'exécution d'un acte d'agression correspondent à des comportements instantanés qui n'ont en principe pas vocation à s'installer dans la durée. Pour comprendre en quoi consistent matériellement les actes sous-jacents du crime d'agression, il faut alors se référer aux différents exemples d'acte d'agression listés par le paragraphe 2 de l'article 8bis. Au sein de cette liste, seuls le bombardement par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État¹²²³ et l'envoi par un État ou au nom d'un État de bandes, groupes, troupes irrégulières ou mercenaires armés¹²²⁴ paraissent traduire une commission strictement instantanée. Le comportement de ces mercenaires peut certes durer mais l'article 8bis, en sanctionnant « l'envoi », réprime un comportement qui ne dure pas. Les autres formes d'acte d'agression peuvent quant à elles se commettre instantanément ou avoir un caractère plus durable. Ce caractère mixte des actes sous-jacents est d'ailleurs bien illustré par « l'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État ou l'occupation militaire, même temporaire » de cet État¹²²⁵. L'occupation militaire peut ainsi ne pas durer dans le temps¹²²⁶ ou au contraire se prolonger. De la même manière, le fait pour un État de permettre

¹²¹⁵ SCPI, art. 7 para. 1 g).

¹²¹⁶ SCPI, art. 8 para. 2 a) iv)

¹²¹⁷ SCPI, art. 8 para. 2 b) xii).

¹²¹⁸ SCPI, art. 8 para. 2 b) i).

¹²¹⁹ SCPI, art. 8 para. 2 b) ii).

¹²²⁰ SCPI, art. 8 para. 2 b) iii).

¹²²¹ SCPI, art. 8 para. 2 b) ix).

¹²²² SCPI, art. 8 para. 2 b) xvii), xviii), xix) et xx).

¹²²³ SCPI, art. 8bis para. 2 b).

¹²²⁴ SCPI, art. 8bis para. 2 g).

¹²²⁵ SCPI, art. 8bis para. 2 a).

¹²²⁶ Définition « temporaire », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre État, serve à la commission par cet autre État d'un acte d'agression contre un État tiers¹²²⁷ peut révéler un comportement instantané ou plus durable. Cela dépendra de chaque espèce mais suffit ici à démontrer que de très nombreux actes sous-jacents peuvent être instantanés.

339. Compatibilité apparente des actes sous-jacents instantanés et des erreurs. Cette instantanéité s'accommode alors assez bien des comportements momentanés pouvant caractériser un motif d'exonération. L'article 32 du Statut de Rome ne l'indique pas expressément mais il semble en effet que l'erreur, de fait ou de droit, se commette de manière relativement instantanée. Si les conséquences d'une erreur peuvent durer dans le temps, sa commission elle n'a en principe pas vocation à durer. Il est donc possible qu'un acte sous-jacent instantané soit commis en raison d'une erreur de fait ou de droit. Par exemple, le crime de guerre incrimine au titre de ses actes sous-jacents le fait de soumettre des individus à des mutilations¹²²⁸, « en particulier en les défigurant de façon définitive, en les rendant invalides de façon permanente ou en procédant à l'ablation définitive d'un de leurs organes ou appendices »¹²²⁹, dès lors que ces mutilations ne sont « ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes »¹²³⁰. Il peut donc paraître abstraitement possible de penser, par erreur, que l'acte est médicalement motivé.

340. Compatibilité des actes sous-jacents et de l'absence de discernement. Le fait que certains actes sous-jacents se commettent instantanément permet également d'envisager qu'ils puissent être commis par un individu dont le discernement a été aboli, en raison soit d'un trouble mental soit d'une intoxication. L'article 31 du Statut de Rome exige en effet que l'individu atteint d'un trouble mental ou intoxiqué soit privé « de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi »¹²³¹. Or, cette absence totale de discernement ne paraît pas pouvoir durer trop longtemps, ce qui a été relevé à propos de l'intoxication volontaire mais vaut également pour son homologue involontaire et pour le trouble mental¹²³². Ce caractère momentané

¹²²⁷ SCPI, art. 8bis para. 2 f).

¹²²⁸ SCPI, art. 8 para. 2 b) x), para. 2 c) i) et para. 2 e) xi).

¹²²⁹ *Éléments des crimes*, art. 8 2) b) x-1 et

¹²³⁰ SCPI, art. 8 para. 2 b) x), para. 2 c) i) et para. 2 e) xi).

¹²³¹ SCPI, art. 31 para. 1 a) et para. 1 b).

¹²³² AKTYPIS S., « Article 31. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 917 : « l'intoxication volontaire (...) est nécessairement limitée dans le temps ».

s'accorde alors avec la commission d'un acte sous-jacent instantané. Il est ainsi possible de tuer¹²³³, de blesser¹²³⁴, de détruire les biens d'un adversaire¹²³⁵ ou de bombarder le territoire d'un autre État¹²³⁶ en état d'intoxication ou en raison d'un trouble mental faisant disparaître le discernement.

B- Les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement momentané

341. Actes sous-jacents durables. Au sein des actes sous-jacents, certains impliquent nécessairement une durée de commission étendue, de sorte qu'ils sont résistants au caractère spontané des motifs d'exonération. Outre les comportements mixtes qui peuvent exclure la mise en œuvre des erreurs, du trouble mental et de l'intoxication s'ils sont commis dans la durée¹²³⁷, l'on retrouve des actes sous-jacents durables parmi les quatre infractions internationales. En cas de génocide, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle¹²³⁸ - qui impliquent que les membres du groupe sont « condamnés à mourir à petit feu »¹²³⁹ ou les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe¹²⁴⁰ ne peuvent par exemple se commettre de façon instantanée. Il en va de même, en cas de crime contre l'humanité, de l'extermination, définie comme « le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population »¹²⁴¹, de la réduction en esclavage¹²⁴², de la torture¹²⁴³, de la persécution¹²⁴⁴ ou encore de l'apartheid défini comme « des actes inhumains (...) commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime »¹²⁴⁵. Les actes sous-jacents durables ne sont pas non plus étrangers au crime de guerre de l'article 8 du Statut de Rome, qui incrimine notamment la torture ou les traitements

¹²³³ SCPI, art. 6 para. a), art. 7 para. 1 a) et art. 8 para. 2 a) i).

¹²³⁴ SCPI, art. 6 para. b), art. 7 para. 1 k) et art. 8 para. 2 a) iii)

¹²³⁵ SCPI, art. 8, para. 2 b) xii) et para. 2 e) xii).

¹²³⁶ SCPI, art. 8bis para. 2 b).

¹²³⁷ Pour des exemples d'actes sous-jacents pouvant être instantanés mais s'étaler dans la durée v. *supra* n°338.

¹²³⁸ SCPI, art. 6 para. c).

¹²³⁹ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, 21 mai 1999, n°ICTR-95-1-T, para. 115.

¹²⁴⁰ SCPI, art. 6 para. d).

¹²⁴¹ SCPI, art. 7 para. 2 b).

¹²⁴² SCPI, art. 7 para. 1 c).

¹²⁴³ SCPI, art. 7 para. 1 f).

¹²⁴⁴ SCPI, art. 7 para. 1 h).

¹²⁴⁵ SCPI, art. 7 para. 2 h).

inhumains, y compris les expériences biologiques¹²⁴⁶, la détention illégale¹²⁴⁷, la prise d'otages¹²⁴⁸, l'esclavage sexuel ou la prostitution forcée¹²⁴⁹ ou encore le fait d'affamer délibérément des civils¹²⁵⁰. Enfin, la planification et la préparation de l'acte d'agression incriminées à l'article 8bis du Statut de Rome traduisent également un comportement durable, quelque soit l'acte d'agression commis. Parmi eux, le blocus des ports ou des côtes d'un État par les forces armées d'un autre État¹²⁵¹ paraît au demeurant ne pas pouvoir être instantané.

342. Incompatibilité des actes sous-jacents durables et de l'erreur. Or, la commission nécessairement prolongée de ces différents actes sous-jacents ne peut s'accommoder de comportements momentanés. Aussi leur commission ne peut-elle être effectuée du fait d'une erreur exonératoire. L'on peut en effet sans doute admettre qu'une erreur momentanée puisse être raisonnable, notamment si les circonstances qui entourent sa survenance ne laissent pas particulièrement à l'individu le temps d'apprécier tous les éléments¹²⁵². En revanche, lorsque le comportement s'étale dans la durée, l'individu doit prendre le temps de vérifier qu'il s'est bien représenté les circonstances factuelles et juridiques de la situation. Rester dans l'erreur alors qu'il a le temps de vérifier qu'il fait une interprétation exacte des faits et du droit conduira à considérer son erreur comme déraisonnable et traduira un comportement fautif de sa part puisque la personne raisonnable aurait, elle, procédé à ces vérifications¹²⁵³. L'acte sous-jacent prolongé est donc incompatible avec la mise en œuvre d'une erreur exonératoire.

343. Incompatibilité des actes sous-jacents durables et de l'absence de discernement. Les mêmes limites président à la mise en œuvre du trouble mental et de l'intoxication, lesquels nécessitent que le discernement de l'individu soit totalement aboli. Pour que ces motifs d'exonération soient admis, il est en effet nécessaire que l'abolition du discernement qu'ils engendrent dure aussi longtemps que dure la commission de l'acte sous-jacent. Or la durée impliquée par certains d'entre eux ne peut s'accorder avec le caractère momentané et non durable de l'intoxication. Cela se vérifie également, dans une moindre mesure, pour le trouble mental, dont l'abolition du discernement peut durer plus longtemps et, éventuellement être

¹²⁴⁶ SCPI, art. 8 para. 2 a) ii).

¹²⁴⁷ SCPI, art. 8 para. 2 a) vii).

¹²⁴⁸ SCPI, art. 8 para 2 a) viii).

¹²⁴⁹ SCPI, art. 8 para. b) xxii) et para. e) vi).

¹²⁵⁰ SCPI, art. 8 para. b) xxv).

¹²⁵¹ SCPI, art. 8bis para. 2 c).

¹²⁵² Sur la condition d'erreur raisonnable v. *supra* n°112.

¹²⁵³ Sur la faute en cas d'erreur non-raisonnable v. *supra* n°128.

permanent. Plus le comportement infractionnel s'étendra dans le temps, plus l'individu sera susceptible de recouvrer son discernement et, par conséquent, être privé de l'effet exonératoire du trouble mental s'il n'interrompt pas son acte. Le jugement *Ongwen* le confirme, qui explique que les actions entreprises par Ongwen impliquaient la préparation méticuleuse d'opérations complexes, ce qui est incompatible avec un trouble mental¹²⁵⁴.

344. Le caractère momentané du trouble mental, de l'intoxication et des erreurs n'est ainsi pas compatible avec les actes sous-jacents durables. En revanche, ce caractère momentané s'accorde assez bien avec les actes sous-jacents instantanés dont la commission ne s'étale pas dans le temps. Cependant, pour pouvoir être qualifiés d'infractions internationales et relever de la compétence de la Cour pénale internationale, ces différents actes sous-jacents doivent s'inscrire dans un contexte infractionnel particulier qui dans tous les cas, n'a rien de spontané.

Paragraphe 2 : Un comportement momentané dans le contexte de l'infraction internationale

345. L'ensemble des infractions internationales par nature repose sur un processus criminel organisé, de sorte que les crimes commis ne paraissent pas pouvoir être qualifiés de spontanés¹²⁵⁵. Aucun des contextes des infractions internationales ne pourrait ainsi s'analyser en un événement spontané, quand bien même ils seraient instantanés, car aucun ne procéderait d'un comportement impulsif. Par conséquent, aucun motif d'exonération ne pourrait trouver à s'appliquer en droit pénal international. Cette incompatibilité n'est en réalité qu'apparente et l'influence des différents éléments contextuels sur les comportements erronés (A) et les comportements non-discernants (B) doit être appréciée plus avant.

A- Les comportements erronés

346. Distinction tenant aux Éléments des crimes. L'erreur de fait et l'erreur de droit de l'article 32 du Statut de Rome sont des motifs d'exonération généraux, applicables donc aux quatre infractions internationales prévues par le Statut. Les Éléments des crimes singularisent cependant le crime d'agression en excluant la mise en œuvre d'une erreur de droit à son égard. Ils précisent en effet qu'il « n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, la

¹²⁵⁴ CPI, *Ongwen*, jugement précité, para. 2521 : les actions entreprises par Ongwen « *involved careful planning of complex operations, which is incompatible with a mental disorder* ».

¹²⁵⁵ BARDET M., *op. cit.*, para. 21.

question de savoir si le recours à la force armée était incompatible avec la Charte des Nations Unies »¹²⁵⁶, pas plus qu'il n'est « nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, le caractère « manifeste » de la violation de la Charte des Nations Unies »¹²⁵⁷. Cette limite à la mise en œuvre de l'erreur (2) doit alors être traitée séparément de la situation des erreurs non limitées par les Éléments des crimes (1).

1) L'erreur non limitée par les Éléments des crimes

347.Contexte du crime contre l'humanité et du génocide. Pour caractériser un crime contre l'humanité, l'acte doit faire partie d'une « attaque généralisée ou systématique contre une population civile »¹²⁵⁸, en « application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »¹²⁵⁹, ce qui suppose, dans les deux cas, une organisation suffisamment structurée et un projet criminel élaboré. En ce sens, le crime contre l'humanité paraît dépourvu de toute spontanéité. Le Statut de Rome n'impose à l'inverse pas que le génocide soit commis par une organisation ; il exige seulement que son auteur possède l'intention génocidaire¹²⁶⁰. Le génocide peut ainsi être commis « dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe »¹²⁶¹, ce qui suppose une « campagne criminelle d'envergure »¹²⁶², ou produire en lui-même une telle destruction¹²⁶³, ce qui implique qu'un individu peut agir seul dès lors qu'il a la capacité de détruire le groupe visé. Pour autant, cette capacité paraît impliquer une préparation qui s'oppose à l'existence d'un comportement totalement spontané. Aussi, même s'il faut reconnaître que cet élément peut être moins présent en cas de génocide individuel, il semble que le génocide doive résulter d'un projet génocidaire suffisamment préparé.

348.Influence du contexte du crime contre l'humanité et du génocide sur l'erreur. Ce degré de préparation et de planification nécessaires à la constitution d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide s'accorde alors mal avec le comportement momentané qui caractérise l'erreur de fait ou de droit. Lorsque l'on replace les actes sous-jacents dans ce contexte particulier, il en ressort que même si certains sont instantanés, leur commission paraît

¹²⁵⁶ *Éléments des crimes*, art. 8bis, Introduction, para. 2.

¹²⁵⁷ *Ibid.* para. 4.

¹²⁵⁸ *SCPI*, art. 7 para. 1.

¹²⁵⁹ *SCPI*, art. 7 para. 2 a).

¹²⁶⁰ *SCPI*, art. 6. Pour une critique de l'individualisation du génocide v. BARDET M., *op. cit.*, para. 291 et s.

¹²⁶¹ La précision est apportée par les Éléments des crimes pour chacun des actes sous-jacents du génocide.

¹²⁶² BARDET M., *op. cit.*, para. 297.

¹²⁶³ L'alternative est ajoutée par les Éléments des crimes pour chacun des actes sous-jacents du génocide.

toujours réfléchie car elle s'inscrit dans l'objectif poursuivi par ces « entreprises criminelles »¹²⁶⁴. C'est sans doute ce qui fait dire à un auteur le crime contre l'humanité et le génocide « ne sont pas susceptibles d'être la conséquence d'une simple erreur de jugement »¹²⁶⁵. Inscrits dans ce contexte criminel, les erreurs ne paraissent donc pouvoir entraîner la disparition de l'élément psychologique de l'infraction¹²⁶⁶.

349.Exception relative à l'erreur sur la victime dans le génocide. L'erreur sur la personne ne fait ainsi par exemple pas disparaître la volonté meurtrière, de sorte que l'erreur sur la victime n'affecte pas la constitution du meurtre, acte sous-jacent. Cela ne devrait cependant se vérifier que pour le crime contre l'humanité. Par exception, le caractère préparé du génocide n'affecterait pas la prise en compte d'une erreur sur la victime. En effet, le génocide étant commis dans l'intention de détruire un groupe protégé¹²⁶⁷, il faut donc que la victime soit un membre de ce groupe. Si l'individu commet une erreur sur la personne et atteint une personne non-protégée, l'infraction internationale n'est matériellement pas commise sur un membre du groupe, de sorte que l'individu ne devrait pas pouvoir se la voir reprocher. Le comportement devrait donc recevoir la qualification de crime contre l'humanité s'il fait partie d'une attaque généralisée ou systématique ou être disqualifié en meurtre de droit commun, lequel ne relèverait plus de la compétence de la Cour pénale internationale.

350.Rejet de l'exception par la jurisprudence du TPIR. L'hypothèse est loin d'être d'école et le TPIR y a plusieurs fois été confronté. Les juges ont alors considéré que l'appartenance supposée de la victime au groupe protégé suffisait à caractériser le génocide. Il suffit ainsi que la victime soit attaquée parce que « l'auteur du crime croyait qu'elle appartenait à ce groupe »¹²⁶⁸. Autrement dit, l'individu qui attaque une victime en la pensant membre du groupe alors qu'elle ne l'est pas engage tout de même sa responsabilité pénale. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale aurait pourtant dû conduire à donner à l'erreur sur la victime l'effet attendu : exonérer l'individu de l'infraction internationale et renvoyer à une

¹²⁶⁴ L'expression est empruntée à BARDET M., *op. cit.*, pour englober le crime contre l'humanité et le génocide, par opposition à l'entreprise martiale, qui comprend elle le crime de guerre et le crime d'agression.

¹²⁶⁵ DUFOUR G., « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », *R.I.C.R.*, 2000, vol. 82, n°840, p. 987.

¹²⁶⁶ *SCPI*, art. 32 para. 1 et 2. Sur cette condition v. *supra* n°157.

¹²⁶⁷ *SCPI*, art. 6 para. 1.

¹²⁶⁸ TPIR, *Le procureur c. Juvénal Kajelijeli*, jugement, 1^{er} déc. 2003, n°ICTR-98-44A-T, para. 813 ; TPIR, *Le procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, jugement, 14 juin 2004, n°ICTR-2001-64-T para. 255 ; TPIR., *Le procureur c. Mikaeli Muhimana*, jugement, 28 avril 2005, n°ICTR-95-1B-T, para. 500. V. aussi TPIR, *Le procureur c. Laurent Semanza*, jugement, 15 mai 2003, n°ICTR-97-20-T, para. 319 et TPIR, *Le procureur c. Emmanuel Ndingabizi*, jugement, 15 juil. 2004, n°ICTR-2001-71-T, para. 468-469.

infraction de droit commun. Mais la jurisprudence, estimant sans doute moralement inacceptable qu'une telle erreur joue en sa faveur en disqualifiant l'infraction internationale, résume la constitution du génocide à la seule volonté génocidaire et retient que la croyance erronée en l'appartenance au groupe suffit. C'est qu'en effet la volonté de détruire le groupe protégé en tant que tel n'a pas disparu et ce n'est ainsi que par erreur que l'individu a manqué à son objectif¹²⁶⁹. Pour autant, le dol spécial est ici dissocié du comportement qui a matériellement été réalisé de sorte qu'il ne subsiste que dans l'abstrait. Si l'individu a bien la volonté de détruire le groupe protégé, ce dernier n'est concrètement pas touché par l'infraction commise sur un individu qui n'en fait pas partie. La position du TPIR correspond alors à une approche *contra legem* du texte d'incrimination¹²⁷⁰, l'article 2 du Statut du TPIR définissant le génocide comme un acte commis « commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹²⁷¹ et dont les différents actes sous-jacents doivent être commis sur un membre du groupe¹²⁷² au sein du groupe¹²⁷³ ou sur le groupe¹²⁷⁴. Le Statut de Rome procédant à une définition identique du génocide, si l'interprétation du TPIR est reprise par la Cour pénale internationale, elle conduira à asseoir définitivement l'impossible prise en compte d'une erreur sur la victime en cas de génocide, le contexte du génocide ne s'accordant pas avec cette erreur momentanée.

351. Admission de l'erreur sur le statut de la victime en cas de crime de guerre. À l'inverse, l'erreur sur la victime peut demeurer acceptable en cas de crime de guerre, si elle se traduit par une erreur sur le statut de la victime. La situation de guerre légitime en effet de nombreux comportements qualifiés d'infractions en tant de paix. L'existence du conflit armé légitime par exemple le meurtre lorsqu'il est commis sur un membre de la force armée ennemie. N'est ainsi constitutif d'un crime de guerre que le meurtre commis sur une personne protégée par le droit humanitaire, par exemple un civil ou un soldat de maintien de la paix. Aussi, le soldat qui tue un civil en pensant tuer un soldat peut bénéficier de l'erreur car le statut de soldat n'est pas protégé. En revanche, le soldat pensant tirer sur un véhicule d'observateurs des Nations

¹²⁶⁹ En ce sens v. JACQUELIN M., L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses », 2012, para. 511.

¹²⁷⁰ Pour une critique similaire v. BARDET M., *op. cit.*, para. 504.

¹²⁷¹ *STPIR*, art. 2 para. 2.

¹²⁷² *STPIR*, art. 2 para. 2 a) et b).

¹²⁷³ *STPIR*, art. 2 para. 2 d) et e).

¹²⁷⁴ *STPIR*, art. 2 para. 2 c).

Unies, personnes protégées, alors qu'il tire sur un véhicule de la Croix-Rouge, autres personnes protégées, ne peut pas prétendre à l'erreur exonératoire¹²⁷⁵.

352. Compatibilité du conflit armé avec les erreurs. Le contexte de conflit armé paraît au demeurant n'avoir que peu d'influence sur la mise en œuvre d'un motif d'exonération traduisant un comportement momentané. En effet, le conflit armé n'est pas en lui-même criminel, contrairement aux comportements individuels qui peuvent avoir cours durant ce conflit¹²⁷⁶. Le caractère prolongé de ce conflit ne constitue donc pas une limite à la mise en œuvre des erreurs. Au contraire, le contexte de conflit armé peut même apparaître comme propice à la survenance d'une erreur¹²⁷⁷. La situation conflictuelle a en effet un caractère complexe et incertain qui « ne permettrait pas à l'exécutant d'apprécier si [la situation] tombe effectivement sous le coup de la règle »¹²⁷⁸. L'erreur de fait et l'erreur de droit doivent cependant se commettre dans un laps de temps limité pour rester raisonnables et ne pas trahir un comportement fautif de l'individu¹²⁷⁹. L'erreur non fautive est ainsi celle commise dans le feu de l'action, qui n'a pas pu être vérifiée plus avant par son auteur. La jurisprudence nationale d'après-guerre, chargée de juger les différents individus n'ayant pas fait l'objet de poursuites devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, en a fourni une illustration, relative à l'erreur de droit.

353. Exemple d'admission d'une erreur de droit durant le conflit armé. La Cour martiale des Pays-Bas a en effet eu à connaître d'une affaire relative à un résistant néerlandais ayant capturé puis exécuté quatre prisonniers néerlandais nazis membres du parti politique néerlandais collaborant avec les allemands¹²⁸⁰. Or, tant l'attitude des parachutistes français qui accompagnaient l'accusé que les diffusions radiophoniques provenant d'Angleterre pouvaient laisser penser à l'accusé que ces exécutions étaient licites, les membres du parti politique en question pouvant être considérés comme des francs-tireurs ne bénéficiant donc pas des garanties associées aux combattants réguliers¹²⁸¹. La Cour martiale néerlandaise a ainsi estimé

¹²⁷⁵ KOLB R., *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012, p. 223. Pour une étude plus détaillée de cette situation v. *supra* n°158.

¹²⁷⁶ BARDET M., *op. cit.*, para. 516.

¹²⁷⁷ KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014, p. 300 : « *Mistake seems to be less affected by the systematic nature of international crimes: in the chaos of armed conflict or internal disturbances people are prone to make mistakes* ».

¹²⁷⁸ VERHAEGEN J., « Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels – Pour une procédure accessible aux subordonnés », *R.I.C.R.*, 2002, vol. 84, n°845, p. 42.

¹²⁷⁹ Sur l'inclusion nécessaire d'une exigence d'erreur raisonnable, v. *supra* n°112.

¹²⁸⁰ Cour martiale des Pays-Bas, B., 2 janvier 1951, in *G.A.D.I.P.* n°70 p. 479-482.

¹²⁸¹ *Ibid.* p. 480 et SLUITER G., « B. (The Netherlands) », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international justice*, O.U.P., 2009, p. 591.

qu'il avait pu légitimement croire qu'il était en droit d'agir comme il l'avait fait. Étant « dans l'erreur quant au caractère illégal de ses actes »¹²⁸², l'accusé avait commis une erreur de droit qui conduisit à son acquittement. Il faut relever ici que la décision fait référence aux circonstances de fait entourant l'acte de l'individu, notamment le fait que « l'accusé était en droit de présumer avec une certitude virtuelle que les quatre personnes arrêtées étaient des personnes qui auraient attaqué son groupe K.P., ainsi que les parachutistes français ou les aurait trahis à l'ennemi s'ils avaient pu. La situation dans laquelle B. et son groupe K.P. se sont retrouvés était telle que si l'un d'eux était tombé dans les mains des Allemands, ceci lui aurait certainement coûté la vie (...) »¹²⁸³. Si cette situation ne suffit pas à qualifier un danger imminent susceptible d'emporter l'application de la contrainte ou de l'état de nécessité¹²⁸⁴, il n'en demeure pas moins qu'elle appelle une prise de décision rapide, l'individu ne pouvant se permettre de laisser la situation se renverser. Le jugement indique d'ailleurs lui-même que « l'accusé devait prendre une décision sans pouvoir consulter un supérieur »¹²⁸⁵, renforçant l'idée que l'accusé devait agir dans un laps de temps limité, sans prendre le temps d'obtenir confirmation de son interprétation par un individu en principe mieux avisé¹²⁸⁶. De ce point de vue, la décision peut être rapprochée d'une décision nationale rendue à l'issue de la Première guerre mondiale à propos de l'ordre du supérieur, dans laquelle la Cour suprême de Leipzig avait observé qu'en temps de guerre, les décisions les plus importantes devaient fréquemment être fondées sur des informations insuffisantes¹²⁸⁷. Si la décision néerlandaise a pu être remise en question, notamment au motif qu'elle contribue à alimenter la critique de « justice des vainqueurs » opposée au procès de Nuremberg et à ses successeurs¹²⁸⁸, les arguments développés vont néanmoins dans le sens d'une compatibilité entre le contexte conflictuel et les actions rapides qu'il impose et l'invocation d'une erreur de fait ou de droit.

354.Bilan. Les contextes du crime contre l'humanité et du génocide impliquent une organisation structurée autour d'un projet criminel et se prêtent ainsi assez mal à la mise en

¹²⁸² Extrait de la décision in *G.A.D.I.P.*, n°70, p. 480.

¹²⁸³ Extrait de la décision in *G.A.D.I.P.*, n°70, p. 480.

¹²⁸⁴ SLUITER G., « B. (The Netherlands) », p. 591.

¹²⁸⁵ Extrait de la décision in *G.A.D.I.P.*, n°70, p. 480.

¹²⁸⁶ Sur l'influence de la position hiérarchique de l'individu dans la prise en compte des motifs d'exonération, v. *infra* n°541 et s.

¹²⁸⁷ Cour suprême de Leipzig, *Dithmar and Boldt (Llandovery Castle)*, jugement, 16 juillet 1921, *A.J.I.L.*, 1922, vol. 16, n°4, p. 721 : « (...) in war time decisions of great importance have frequently to be made on very insufficient material ».

¹²⁸⁸ SLUITER G., « B. (The Netherlands) », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international justice*, O.U.P., 2009, p. 591 exposant les critiques en ce sens formulées par Röling, le juge néerlandais siégeant au Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient.

œuvre d'une erreur de fait ou de droit qui traduisent un acte spontané et momentané. À l'inverse, si le crime de guerre implique lui aussi une forme d'organisation, le contexte de conflit armé s'accorde plus volontiers avec la commission d'actes spontanés qui peuvent résulter d'une erreur de fait ou de droit.

2) L'erreur limitée par les Éléments des crimes

355. Erreurs et contexte du crime d'agression. La possibilité d'admettre l'une des formes d'erreur de l'article 32 du Statut de Rome pourrait dépendre du degré d'organisation et de préparation du crime d'agression. En effet, l'erreur a par principe lieu instantanément, ce qui implique que la possibilité de s'apercevoir de son erreur augmente avec la durée d'organisation du crime d'agression. Aussi, plus le temps passe et plus l'erreur perdra son caractère raisonnable – l'individu raisonnable étant capable de réaliser qu'il se trompe lorsqu'il en a le temps – voire traduira une faute de sa part s'il ne prend pas le temps de vérifier¹²⁸⁹. En fonction du temps d'organisation du crime d'agression, l'individu peut ainsi ou non procéder à une nouvelle évaluation des circonstances de fait ou de droit qui doivent lui permettre de savoir si son comportement est conforme à la loi. Toutefois, la rédaction des Éléments des crimes conduit à une appréciation différenciée de l'erreur de droit et de l'erreur de fait.

356. Exclusion de l'erreur de droit par les Éléments des crimes. D'une part, l'erreur de droit paraît exclue par les Éléments des crimes¹²⁹⁰. Ces derniers indiquent en effet qu'il « n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, la question de savoir si le recours à la force armée était incompatible avec la Charte des Nations Unies »¹²⁹¹. Autrement dit, la responsabilité pour crime d'agression sera retenue sans que l'on ait besoin de vérifier que son auteur savait que le recours à la force armée était illicite, ce qu'indique d'ailleurs la note explicative du *Non-paper* relatifs aux Éléments des crimes du crime d'agression¹²⁹². Or, le Statut de Rome ne procède pas à une telle exclusion, ce qui rend peut-être les Éléments

¹²⁸⁹ Sur la nécessité de limiter les erreurs de l'article 32 aux erreurs raisonnables, englobant dans ce cas la potentielle faute antérieure de l'individu, v. *supra* n°112.

¹²⁹⁰ Dans le même sens v. PREZAS I., « Crime d'agression », *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 450 (actualisation nov. 2014), para. 31.

¹²⁹¹ *Éléments des crimes*, art. 8 *bis*, Introduction, para. 2. Les Éléments des crimes précisent également qu'il « n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, le caractère « manifeste » de la violation de la Charte des Nations Unies » mais cet aspect sera étudié lors de l'étude du caractère mesuré des motifs d'exonération. v. donc *infra* n°443 et s.

¹²⁹² Assemblée des États-partis à la CPI, « Informal inter-sessional meeting on the Crime of Aggression », 10 juil. 2009, n°ICC-ASP/8/INF.2, Annexe II, « Chairman's non-paper by the Chairman on the Elements of Crimes », Appendix II, « Explanatory note », para. 21.

incompatibles avec le Statut sur ce point, l'article 9 paragraphe 3 exigeant pourtant qu'ils lui soient conformes, ce sur quoi un auteur s'interrogeait déjà dès leur négociation¹²⁹³. Les Éléments des crimes n'étant pas normatifs mais ayant pour but d'aider la Cour pénale internationale à interpréter les différentes infractions¹²⁹⁴, c'est la Cour pénale internationale qui aura le dernier mot sur la question¹²⁹⁵ mais l'on peut dès à présent observer que si les Éléments des crimes sont écartés, l'erreur de droit envisagée ici, c'est-à-dire portant sur le caractère incompatible de l'acte d'agression avec la Charte des Nations Unies, pourrait trouver un terrain favorable. Il est en effet possible d'envisager des situations où l'individu se trompe sur le sens courant à donner aux dispositions de la Charte, conformément à la définition de l'erreur de droit retenue dans l'affaire *Lubanga*¹²⁹⁶. Il faudrait cependant que cette erreur sur le droit soit raisonnable, ce qui dépendra de la durée d'organisation du crime d'agression. Il est en effet possible que le crime d'agression ne procède pas d'une planification et d'une préparation importante et qu'il soit commis dans une certaine urgence. Si la Cour suit les Éléments des crimes sur ce point, l'erreur de droit sera pourtant exclue dans tous les cas. Peu importera alors que l'individu se soit trompé ou non sur la légalité de son action et, par voie de conséquence, peu importera également que la faible durée d'organisation de l'acte d'agression ne puisse pas lui permettre de revenir à une appréciation correcte du droit.

357. Possibilité de recourir à l'erreur de fait. À l'inverse et d'autre part, une place est faite à l'erreur de fait dans les Éléments des crimes, puisque ces derniers exigent que l'auteur ait eu connaissance des circonstances de fait qui avaient établi l'incompatibilité du recours à la force armée avec la Charte des Nations Unies¹²⁹⁷. La note explicative du *Non-paper* relatif aux Éléments des crimes du crime d'agression, après avoir exclu l'erreur de droit, concède d'ailleurs cette possibilité d'invoquer une erreur de fait¹²⁹⁸. Cela signifie que « l'auteur présumé du crime doit être au courant des seuls faits établissant que l'emploi de la force est incompatible avec la Charte (...) mais il n'est pas nécessaire qu'il ait procédé à l'appréciation juridique de ces mêmes

¹²⁹³ V. CLARK R. S., « Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1111-1112.

¹²⁹⁴ *SCPI*, art. 9 para. 1.

¹²⁹⁵ *Ibid.* p. 1112 : 1112 : « *The Court itself has the ultimate word on whether creative elements such as these are consistent with the Statute* ».

¹²⁹⁶ *CPI, Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, décision sur la confirmation des charges*, 29 janvier 2007, n° ICC-01/04-01/06, para. 316. Sur cette définition v. *supra* n°155.

¹²⁹⁷ *Éléments des crimes*, art. 8 bis, Éléments, para. 4.

¹²⁹⁸ Assemblée des États-partis à la CPI, « *Non-paper by the Chairman on the Elements of Crimes* », Appendix II, « *Explanatory note* », para. 21 : « *In any event, a perpetrator could still raise a defence of mistake of fact as to this element under article 32, paragraph 1, which, if proven, would result in acquittal* ».

faits »¹²⁹⁹. L'individu peut alors invoquer l'erreur de fait qui repose justement sur une mauvaise connaissance ou appréciation des faits entourant la commission de l'infraction¹³⁰⁰. L'individu peut par exemple avoir conscience de recourir à la force armée mais croire à tort que ce recours est compatible avec la Charte des Nations Unies. Or, l'appréciation, même factuelle, des circonstances caractérisant une incompatibilité avec la Charte ne peut pas se faire sans connaissance du droit¹³⁰¹. Pour savoir qu'un recours à la force armée est incompatible avec la Charte, il faut en effet savoir ce qu'elle interdit et autorise, donc en connaître le contenu, ce qui relève du droit et non pas du fait. Cela illustre alors une nouvelle fois la difficulté d'identifier ce qui relève du fait et ce qui relève du droit et l'on ne peut que suggérer, une fois encore, d'abolir la distinction entre erreur de droit et erreur de fait, dans les Éléments des crimes comme dans l'article 32 du Statut de Rome¹³⁰². Quoi qu'il en soit, les rédacteurs des Éléments ont vu dans cette formulation un moyen de lever tout doute quant à la question de savoir si la définition du crime d'agression pourrait recouvrir par inadvertance des situations d'emploi licite de la force sur le fondement de la légitime défense étatique ou de l'autorisation du Conseil de sécurité¹³⁰³. L'idée est qu'en imposant la connaissance de circonstances de fait qui établissent l'incompatibilité du recours à la force armée avec la Charte, cela impose que l'individu sache que l'acte d'agression dans lequel il engage son pays n'est pas autorisé par le Conseil de sécurité ou permis par le droit de légitime défense reconnu à l'État par l'article 51 de la Charte des Nations Unies, bref que cet acte d'agression n'est pas licite au regard du droit international. Corrélativement, le dirigeant qui se trompe de bonne foi sur ces circonstances factuelles et pense soit agir avec l'autorisation du Conseil de sécurité, soit agir en état de légitime défense étatique peut invoquer une erreur seulement de fait¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ PREZAS I., « Crime d'agression », *Jurisclasseur Droit international*, para. 31.

¹³⁰⁰ Sur cette définition de l'erreur de fait v. *supra* n°151.

¹³⁰¹ PREZAS I., « Crime d'agression », para. 31 : « il est plutôt évident qu'une dissociation parfaite entre la connaissance factuelle et son appréciation juridique s'avère parfaitement artificielle ».

¹³⁰² Sur cette proposition v. *supra* n°156.

¹³⁰³ ANGGADI F., FRENCH G. et POTTER J., « Negotiating the Elements of the Crime of aggression », in BARRIGA S. et KRESS C. (ss. dir.), *The Travaux préparatoires of the crime of aggression*, C.U.P., 2012, p. 72 : « remove any doubt as to whether the definition might inadvertently cover situations where force was lawful on the basis of self-defence or authorisation by the Security Council ».

¹³⁰⁴ DINSTEIN Y., *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 6^{ème} éd., 2017, para. 423 p. 157 : « if it can be factually determined that – when launching hostilities in Atlantica (subsequently condemned as an act of aggression) – policy-makers in Patagonia mistakenly believed bona fide that they were acting in self-defence against an armed attack, this absence of mens rea should exonerate them from individual criminal accountability » (s'il peut être factuellement déterminé que – lorsqu'ils ont ouvert les hostilités en Atlantique (subséquentement condamnées comme acte d'agression) – les dirigeants patagoniens ont cru, par erreur et de bonne foi, qu'ils agissaient en légitime défense contre une attaque armée, cette absence d'élément moral devrait les exonérer de leur responsabilité pénale).

358. Influence du degré de préparation du crime d'agression. L'on retrouve alors ici l'influence du degré de préparation du crime d'agression. L'erreur de fait devant en effet être raisonnable¹³⁰⁵, elle ne peut le rester que si l'individu n'a pas la possibilité de réétudier les circonstances factuelles entourant la commission du crime d'agression. Autrement dit, dès que l'emploi de la force armée s'étale dans la durée, l'individu a le temps de s'assurer qu'il agit bien de manière compatible avec la Charte des Nations Unies. Il paraît alors par exemple possible de rappeler les avions que l'on a envoyés bombarder un territoire ennemi ou les bateaux ayant reçu l'ordre d'attaquer¹³⁰⁶, si l'on se rend compte que les circonstances factuelles ne correspondent pas à celles que l'on pensait. Dans cette hypothèse, l'individu qui ne prend pas le temps de réévaluer les faits commet une faute l'empêchant d'invoquer utilement une erreur de fait par la suite.

359. Bilan. Finalement, le caractère nécessairement momentané de l'erreur de fait et de l'erreur de droit s'accorde assez mal avec les contextes du crime contre l'humanité et du génocide qui impliquent des comportements réfléchis et, pour ce qui concerne le génocide, tendus vers un but particulier. Les précisions apportées par les Éléments des crimes relativement au crime d'agression rendent également ce dernier partiellement revêché à l'admission des erreurs : seule l'erreur de fait paraît en effet permise, l'erreur de droit étant exclue. En revanche, le conflit armé caractérisant le contexte du crime de guerre apparaît propice à la survenance d'une erreur, de fait ou de droit. Bref, les différents éléments contextuels jouent un rôle tout aussi différent sur la mise en œuvre des comportements erronés. Le caractère momentané des actes erronés limite ainsi la mise en œuvre d'une erreur en cas de crime contre l'humanité, de génocide et, pour ce qui concerne l'erreur de droit, en cas de crime d'agression, tandis que le contexte de conflit armé se prête assez bien à la spontanéité d'un acte commis par erreur. Il faut vérifier si cette tendance se confirme s'agissant des comportements non-discernants.

B- Les comportements non-discernants

360. Distinction tenant à l'infraction attitrée. Le trouble mental et l'intoxication peuvent eux aussi s'analyser comme permettant l'exonération d'actes momentanés, en tout cas dont les

¹³⁰⁵ Sur ce point v. *supra* n°112 ; dans le même sens v. BERTRAND C., « Chapitre 11 – Le crime d'agression », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 172.

¹³⁰⁶ Exemples correspondant aux actes d'agression listés à l'article 8bis para. 2 b) et d) du Statut de Rome.

effets sur l'abolition du discernement ne paraissent pas pouvoir s'installer dans la durée. Il faut ainsi se demander si le contexte des infractions internationales peut et doit venir limiter la mise en œuvre de ces deux motifs d'exonération. Le crime d'agression, dont l'article 8bis exige qu'il soit commis par une « personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »¹³⁰⁷ est une infraction attitrée, ce qui confère alors nécessairement un rôle particulier aux comportements non-discernants. Le crime d'agression, en tant qu'infraction attitrée (2), sera donc distingué du crime contre l'humanité, du génocide et du crime de guerre, qui eux ne le sont pas (1).

1) Les comportements non-discernants dans le contexte des infractions non-attitrées

361. Contexte des infractions non-attitrées. Aucune qualité particulière n'est exigée pour pouvoir imputer un crime contre l'humanité, un génocide ou un crime de guerre à un individu, ce qui fait de ces crimes des infractions non-attitrées. Ils supposent en revanche tous les trois une organisation suffisamment structurée pour mener à bien le projet d'oppression ou de soumission du groupe adverse, ce qui ne se traduit pas de la même manière suivant que l'on raisonne sur le crime contre l'humanité et le génocide d'une part ou sur le crime de guerre d'autre part. Le crime contre l'humanité et le génocide impliquent en effet l'élaboration d'un projet criminel¹³⁰⁸. Contrairement à ces derniers, l'article 8 du Statut de Rome relatif au crime de guerre indique que « la Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique »¹³⁰⁹. La locution « en particulier » indique alors clairement que le caractère systématique et organisé du crime de guerre n'est pas indispensable à la compétence de la Cour ou à la constitution de l'infraction. Si la Cour pénale internationale a tout de même précisé qu'en cas de crime de guerre, le groupe belligérant devait présenter « un degré d'organisation suffisant pour leur permettre de mener un conflit armé prolongé »¹³¹⁰, cela n'empêche pas que « le crime de guerre [ne soit] pas nécessairement un acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque »¹³¹¹. Ces différents éléments contextuels exercent alors une influence variable sur le trouble mental et l'intoxication.

¹³⁰⁷ SCPI, art. 8bis para. 1.

¹³⁰⁸ Sur ce point v. *supra* n°347.

¹³⁰⁹ SCPI, art. 8 para. 1.

¹³¹⁰ CPI, *jugement Lubanga*, para. 536 ; CPI, *jugement Katanga*, para. 1136.

¹³¹¹ TPIY, *Le procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, arrêt, 12 juin 2002, n° IT- 96-23 et IT-96-23/1-A, para. 58.

362. Compatibilité du conflit armé et du trouble mental. D'une part, le contexte de conflit armé peut s'accommoder de comportements spontanés commis sous l'effet d'un trouble mental. L'effet sur le discernement ne doit alors être apprécié que par rapport à la situation survenant lors du conflit armé, le discernement devant être aboli tout le temps que dure la situation infractionnelle. De ce point de vue, le contexte de conflit armé n'affecte pas la mise en œuvre du trouble mental, sauf s'il est possible de caractériser une faute antérieure¹³¹².

363. Tempérament. Le jugement *Ongwen* a toutefois offert des indications sur la façon dont le trouble mental est appréhendé par la Cour pénale internationale, qui vérifie la présence de ce motif d'exonération sur la période globale comprise dans les charges. En l'espèce, de nombreux crimes contre l'humanité et crimes de guerre étaient reprochés à Dominic Ongwen, membre de l'Armée de résistance du seigneur en Ouganda et, lors du jugement, ce ne sont pas moins de cinq expertises que la Chambre de première instance a étudiées. Au sein de ces expertises, les juges ont régulièrement relevé les éléments permettant d'indiquer que le trouble mental est difficilement compatible avec un contexte global durable. Par exemple, l'un des experts a estimé que la présence de désordres mentaux sévères n'aurait pas été compatible avec le fait qu'Ongwen puisse non seulement fonctionner de façon adéquate mais aussi s'épanouir au sein de la LRA pendant plus de vingt ans¹³¹³, un autre qu'Ongwen savait au moment des faits que ce qu'il faisait était mal¹³¹⁴, un autre encore qu'il est hautement improbable que la capacité de fonctionnement d'Ongwen ait été sévèrement dégradée, du moins pas sur une longue durée¹³¹⁵. La Chambre de première a fait sienne l'observation d'un des experts, selon lequel un comportement préparé, qui apparaît être fait à dessein et prémédité a très peu de chance de s'analyser en actions automatiques et sans motif que l'on associe généralement aux états dissociatifs ou aux autres maladies mentales graves¹³¹⁶. Cette appréciation globale du trouble mental tempère donc sans doute quelque peu sa compatibilité avec le conflit armé. Ainsi, lorsque la période couverte par les charges est longue, une appréciation globale du trouble mental rend plus difficile la preuve de la survenance de ce trouble car le comportement de l'individu apprécié dans son entièreté pourra rendre moins crédible l'existence d'un tel trouble. Or, si aucun trouble mental n'est établi, il n'est pas possible de vérifier si le discernement était

¹³¹² Sur ce point v. *infra* n°420.

¹³¹³ CPI, *jugement Ongwen*, para. 2473.

¹³¹⁴ *Ibid.* para. 2474.

¹³¹⁵ *Ibid.* para. 2491.

¹³¹⁶ *Ibid.* para. 2521 : « [B]ehaviour that is planned, behaviour that appears to be motivated and premeditated is highly unlikely to represent the sort of automatic motiveless actions that are typically associated with a dissociative state or other severe mental health conditions ».

ou non aboli car l'article 31 du Statut de Rome exige que cette abolition soit causée par un trouble ou une déficience mentale.

364. Incompatibilité entre le génocide et le trouble mental. Cette appréciation globale du trouble mental implique en outre que ce dernier n'est pas compatible avec le génocide et le dol spécial qu'il requiert. En effet, l'intention particulière imposée par le génocide ne s'accorde pas avec l'exigence que l'individu soit privé de la faculté de maîtriser son comportement. Un auteur explique à ce propos que cet aspect du trouble mental repose sur une violence réactive impliquant une perte de contrôle, tandis que le génocide exige une violence instrumentale, c'est-à-dire une violence employée comme un moyen et sous-tendue par un but particulier que l'individu cherche à atteindre¹³¹⁷. L'individu qui, en raison d'une maladie ou déficience mentale, ne peut contrôler son comportement, est ainsi incapable de diriger son action vers un but précis, ce que le dol spécial du génocide exige, de sorte le motif d'exonération et l'infraction ne paraissent pas compatibles¹³¹⁸. Cette difficulté avait d'ailleurs été reconnue par les membres de la Commission préparatoire au Statut de Rome, lesquels avaient fait observer que le trouble mental serait peut-être plus pertinent s'agissant du crime de guerre qu'à propos de crimes impliquant l'élaboration d'un plan ou d'une politique comme le génocide¹³¹⁹.

365. Compatibilité entre le crime contre l'humanité et le trouble mental. La distinction entre violence réactive et violence instrumentale n'est en revanche pas concluante s'agissant du crime contre l'humanité car ce dernier n'est pas soumis à un dol spécial. Si le comportement de

¹³¹⁷ XAVIER I., « The incongruity of the Rome Statute insanity defence and international crime », *J.I.C.J.*, 2016, vol. 14, p. 807 : « *In short, the reason why the 'control' test is ill-suited to the crime of genocide is that it is premised on a model of reactive aggression, while the definition of genocide in the Rome Statute requires a display of instrumental aggression (...). Instrumental aggression is goal oriented, used not as an end in itself but rather as a means to some further calculated end* ».

¹³¹⁸ *Ibid.* p. 809. Dans le même sens v. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », *International criminal law review*, 2002, vol. 2, p. 37 : « *it goes without saying that genocide cannot be planned and ordered by someone when intoxicated* » (il va sans dire qu'un génocide ne peut être planifié et ordonné par un individu en état d'intoxication) ; KRABBE M., *Excusable evil*, précité, p. 299-300 : « *A defendant under national law may convince a judge that he committed a murder under the influence of involuntary intoxication or a psychotic episode. However, establishing that a whole genocide was planned and executed in such a state is, as touched upon above, virtually inconsistent with a plea of insanity or intoxication, because of the knowledge and control involved in such an operation and the duration of the crime* » (devant une juridiction nationale un accusé pourrait convaincre un juge qu'il a commis un meurtre sous l'influence d'une intoxication involontaire ou d'un épisode psychotique. Cependant, établir qu'un génocide entier a été planifié et exécuté dans un tel état est virtuellement incompatible avec l'invocation du trouble mental ou de l'intoxication en raison de la connaissance et du contrôle impliqués dans une telle opération et de la durée du crime).

¹³¹⁹ *Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Volume II, n°A/51/22, art. L p. 97 : « *It was observed that this defence might be more relevant for some crimes (e.g. a war crime, such as killing of a prisoner of war) than for others (e.g. crimes involving the formulation of policy, such as genocide)* » (<https://www.legal-tools.org/doc/03b284/pdf>).

l'individu doit bien être « commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique »¹³²⁰, ni le Statut de Rome ni la jurisprudence n'interprètent cette exigence comme emportant la volonté pour l'individu de s'associer au projet criminel¹³²¹. Il n'est en effet pas nécessaire que « l'auteur de l'acte adhère aux buts du projet criminel de l'État ou de l'organisation, pas plus qu'il n'est exigé de démontrer l'existence d'une volonté délibérée de la part de l'auteur que son acte fasse partie de l'attaque contre la population civile »¹³²². Il suffit ainsi que l'individu sache qu'il commet son infraction dans le contexte particulier du crime contre l'humanité. Or si l'individu ne peut pas se contrôler ou perd la faculté de comprendre le caractère délictueux de son acte¹³²³, la commission d'un crime contre l'humanité n'est de ce point de vue pas totalement incompatible avec la mise en œuvre du trouble mental comme motif d'exonération. Le contexte du crime contre l'humanité n'a alors pas d'influence particulière sur la mise en œuvre du trouble mental, sauf s'il permet de révéler un comportement fautif de l'individu¹³²⁴.

366. Compatibilité du conflit armé et de l'intoxication involontaire. D'autre part, l'intoxication involontaire¹³²⁵, qui est en principe passagère¹³²⁶, s'accorde assez bien avec le contexte de conflit armé dès lors que l'individu était intoxiqué au point de voir son discernement aboli. Il s'agit ici pour l'individu d'ingérer une substance à son insu ou de force, ce qui n'est sans doute pas une hypothèse d'école dans un contexte de conflit armé. En effet, l'on pourrait tout à fait imaginer l'hypothèse d'un chef militaire droguant ses hommes à leur insu pour les pousser à plus de bravoure ou de réactivité durant une attaque déterminée. L'expérience des guerres civiles successives au Libéria illustre par ailleurs la prise forcée de drogues. Le rapport de la Commission Vérité et Réconciliation relève en effet que des ingestions forcées de drogue ont été pratiquées comme moyen de forcer des milliers d'enfants et de jeunes femmes à apprendre à tuer, mutiler et violer sans en avoir conscience, faisant d'eux de véritables machines

¹³²⁰ SCPI, art. 7 para. 1.

¹³²¹ Sur ce point v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, thèse, Bordeaux, 2020, para. 822-824.

¹³²² CPI, *Le procureur c. Germain Katanga*, jugement, 7 mars 2014, n° ICC-01/04-01/07, para. 1125.

¹³²³ SCPI, art. 31 para. 1 a).

¹³²⁴ Sur ce point v. *infra* n°420.

¹³²⁵ L'intoxication volontaire, qui suppose une absence de faute antérieure, doit être distinguée ici de l'intoxication involontaire. Sur l'intoxication volontaire fautive v. *infra* n°416 et s.

¹³²⁶ CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 225 : « [Mental incapacity] may be a transient condition, as in the case of intoxication » ; VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale*, L.G.D.J., 2010, p. 393.

à tuer¹³²⁷. L'intoxication involontaire est ainsi employée afin de désinhiber totalement le comportement des individus le temps de commettre les exactions voulues par leurs instigateurs. Quelle que soit sa durée, le contexte conflictuel apparaît alors propice à des actes commis dans un état d'intoxication involontaire passager qui conduit les individus à adopter des comportements spontanés et non réfléchis. Le contexte de conflit armé ne limite ainsi pas la mise en œuvre de l'intoxication involontaire, qui pourra trouver un terrain favorable dès lors que l'intoxication était assez forte pour priver l'individu de discernement. Cette exigence formelle est indispensable à la caractérisation du motif d'exonération, ce qui indique qu'un état d'ébriété léger ne sera pas suffisant. De même, l'effet exonératoire de l'intoxication involontaire cessera dès lors que le discernement sera rétabli. Par ailleurs, si l'intoxication n'a entraîné qu'une altération du discernement, et non pas sa disparition, c'est la circonstance atténuante qui pourra s'appliquer¹³²⁸ et non plus le motif d'exonération. Il s'agira donc d'une question d'attribution de la peine mais pas d'une question de non-responsabilité.

367. Influence du contexte des entreprises criminelles sur l'intoxication. Ce raisonnement peut être étendu au contexte du crime contre l'humanité car il est tout à fait possible que les organisateurs de cette entreprise criminelle droguent des individus à leur insu ou contre leur gré pour les pousser à commettre des infractions. Le comportement spontané et irréfléchi résultant de cette intoxication involontaire peut ainsi parfaitement survenir dans le contexte du crime contre l'humanité ou du génocide. Il est en revanche souvent avancé que le contexte des entreprises criminelles s'oppose à l'admission de l'intoxication cette fois volontaire. Il est en effet expliqué que génocide et crime contre l'humanité requièrent en général des plans et préparations continus qui dureront probablement plus longtemps que n'importe quel état d'intoxication auto-infligé¹³²⁹, de sorte que la nature prolongée des activités génocidaires et anti-humanitaire excluront la défense d'intoxication volontaire¹³³⁰. Or c'est sans

¹³²⁷ [Final report of the truth and reconciliation commission of Liberia](#), vol. 1, 2009, p. 51 : « *Thousands of children and youth were forced to take drugs as a means to control and teach them to kill, maim and rape without conscious making them virtual killing machines* ».

¹³²⁸ RPP CPI, Règle 145, para. 2 a) i).

¹³²⁹ OHLIN J., « Intoxication », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 385-386 : « *however, it is perhaps sufficient to note that genocide and crimes against humanity usually require ongoing plans and preparations that are likely to last longer than any self-induced state of intoxication* ».

¹³³⁰ SCHABAS W., *Genocide in international law*, C.U.P., 2^{ème} éd., 2009, p. 398 : « *the protracted nature of genocidal activities will virtually exclude the defence of voluntary intoxication* », qui étend le propos aux crimes contre l'humanité in SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010 p. 642 : « *the nature of the crimes within the Court's jurisdiction, involving planning and preparation, and the policy of States and organizations, is virtually inconsistent with a plea of voluntary intoxication* » (la nature des crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale, qui implique une planification et une

doute moins la nature prolongée de ces infractions internationales qui limitera la mise en œuvre de l'intoxication volontaire comme motif d'exonération que le comportement fautif qu'elle manifeste¹³³¹.

368.Bilan. Les contextes du crime contre l'humanité, du génocide et du crime de guerre, bien que prlongés, n'affectent pas la mise en œuvre de l'intoxication involontaire car l'acte qu'elle cause est instantané et non réfléchi. Le trouble mental, qui implique lui aussi un comportement non réfléchi et momentané, peut également être mis en œuvre dans ces contextes mais l'appréciation globale de ce motif d'exonération par la Cour pénale internationale rend la preuve de l'existence d'un trouble mental ou d'une déficience mentale plus difficile à apporter. Les comportements non-discernants sont ainsi moins affectés que les comportements erronés par les contextes des infractions non-attitrées. Voyons s'il en est de même s'agissant de l'infraction attitrée qu'est le crime d'agression.

2) Les comportements non-discernants dans le contexte de l'infraction attitrée

369.Particularité du crime d'agression. Le crime d'agression a pour particularité d'être une infraction attitrée, applicable uniquement aux individus en position de contrôler ou de diriger effectivement l'activité politique ou militaire d'un État. Il en ressort que si l'individu n'a pas cette qualité ou la perd, il ne pourra pas se voir imputer l'infraction. La question est alors de savoir si l'individu privé de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi¹³³² peut avoir, ou conserver, la qualité nécessaire pour se voir reprocher un crime d'agression. Autrement dit, il faut déterminer si l'individu atteint d'un trouble mental ou dans un état d'intoxication peut toujours effectivement diriger l'action politique ou militaire d'un pays.

préparation, ainsi que la politique des États et organisations, est virtuellement incompatible avec l'invocation de l'intoxication volontaire). V. aussi AKTYPIS S., « Article 31. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012 p. 916 : « étant donné que la commission du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et du crime d'agression présuppose une planification qui s'étale nécessairement dans le temps, les auteurs de ces crimes pourraient difficilement invoquer [l'intoxication volontaire] à leur égard ».

¹³³¹ Sur ce point v. *infra* n°414 et s.

¹³³² Condition que l'on retrouve tant dans le trouble mental de l'article 31 paragraphe 1 a) du Statut de Rome que dans l'intoxication involontaire du paragraphe 1 b).

370. Conditions tenant à l'auteur du crime d'agression. Cette détermination impose au préalable de comprendre ce que l'on entend par individu « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État ». Le terme « effectivement » indique que l'infraction n'est pas réservée aux seuls dirigeants de droit, le dirigeant de fait pouvant se la voir reprocher, dès lors qu'il a la capacité effective de contrôler ou diriger l'action politique ou militaire du pays¹³³³. Les catégories de personnes pouvant se voir reprocher l'infraction seraient en revanche limitées par l'exigence d'un pouvoir de contrôle ou de direction, plus restreint qu'un simple pouvoir d'influence sur l'action de l'État¹³³⁴. Ces termes ont été définis par la Commission du droit international, lorsqu'elle a procédé au commentaire de son Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par les Nations Unies en 2001. Dans le commentaire de l'article 17 relatif aux « directives et contrôles dans la commission du fait internationalement illicite », elle a ainsi défini le contrôle comme « l'exercice d'une domination (...) et non simplement [...] l'exercice d'une surveillance, et encore moins [...] une simple influence ou [...] un simple vœu »¹³³⁵. Quant aux directives, qui se rapprochent ici de l'action de diriger¹³³⁶, elles « n'englobe[raient] pas une simple incitation ou suggestion [mais] sous-entend[raient] une direction effective opérationnelle »¹³³⁷. La Cour internationale de justice a par ailleurs considéré que le « contrôle effectif » impose de vérifier qu'il « s'exerçait, ou que [les] instructions ont été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations »¹³³⁸. Il faudrait donc que l'individu exerce une « véritable autorité sur l'appareil politique de l'État »¹³³⁹ ou qu'il ait « la capacité de déterminer la ligne de conduite martiale de l'État »¹³⁴⁰.

371. Incompatibilité entre le crime d'agression attribué et les atteintes aux facultés mentales. Mais encore faut-il que l'individu soit « en mesure » de contrôler ou de diriger

¹³³³ Dans le même sens v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, p. 537.

¹³³⁴ HELLER K. J., « Retreat from Nuremberg : the leadership requirement in the crime of aggression », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, p. 491 : « *'control or direct' is an extremely restrictive standard* » (le critère de « contrôler ou diriger » est très contraignant).

¹³³⁵ Commentaire de l'article 17, para. 7.

¹³³⁶ La version anglaise du projet d'article 17 emploie d'ailleurs le terme « *direct* », comme la version anglaise de l'article 8 *bis* du Statut de Rome pour évoquer le fait de « diriger ».

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie c. Serbie)*, 26 fév. 2007, *Recueil* 2007, para. 400.

¹³³⁹ BARDET M., *op. cit.*, para. 537.

¹³⁴⁰ *Ibid.* para. 538.

l'action politique ou militaire, c'est-à-dire qu'il soit « à même »¹³⁴¹, d'exercer ce contrôle ou cette direction et donc qu'il en soit conscient. L'exigence d'un contrôle effectif ne peut en effet se satisfaire de la simple position de dirigeant mais explique que cette fonction soit exercée consciemment. Or, un individu privé de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi¹³⁴², n'est pas « en état »¹³⁴³ de diriger ou contrôler effectivement l'action politique ou militaire de son pays. En tout cas, le degré avancé de préparation et d'organisation du crime d'agression devrait avoir pour conséquence soit de permettre aux autres dirigeants de s'apercevoir de l'absence de discernement du premier dirigeant, soit à ce dernier de recouvrer ses facultés mentales à temps pour ne pas commettre le crime. À l'inverse, si l'abolition du discernement dure suffisamment longtemps pour être compatible avec la commission du crime d'agression, l'individu ne devrait pas pouvoir conserver la qualité nécessaire à la caractérisation du crime d'agression. Ici, le trouble mental ou l'intoxication involontaire ne conduiraient donc pas à une exonération de responsabilité mais à une impossibilité d'établir l'infraction sur la tête du dirigeant, ce qui, pour aboutir au même résultat de non-responsabilité, ne correspond pas à la même hypothèse conceptuelle¹³⁴⁴.

372. Hypothèse de l'instrument passif. L'intoxication involontaire implique quant à elle une situation particulière. Confrontée au crime d'agression, cela correspondrait à une situation dans laquelle un dirigeant en mesure de contrôler l'action politique ou militaire d'un État serait intoxiqué à son insu, au point qu'il soit privé de discernement pendant toute la durée de l'emploi de la force armée, c'est-à-dire de l'acte d'agression. Dans ce cas, peut-on considérer que l'individu est encore effectivement en mesure de diriger ? Sans doute pas, et c'est d'ailleurs probablement l'effet recherché par les individus à l'origine de l'intoxication involontaire. Le dirigeant, sans doute de droit, n'est alors plus le dirigeant de fait car il n'est plus « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »¹³⁴⁵. Il n'est rien de plus qu'un instrument passif aux mains des intoxicants et perd ainsi la qualité nécessaire pour pouvoir se voir reprocher l'infraction attitrée de crime d'agression. Il restera cependant possible d'engager la responsabilité pénale des individus à l'origine de l'intoxication

¹³⁴¹ Définition « être en mesure de », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021.

¹³⁴² Expression commune au trouble mental de l'article 31 paragraphe 1 a) et à l'intoxication de l'article 31 paragraphe 1 b).

¹³⁴³ Définition « être en mesure de », *Le Robert*, éd. 2021.

¹³⁴⁴ Sur cette différence v. *supra* n°47.

¹³⁴⁵ *SCPI*, art. 8bis para. 1.

involontaire, si tant est qu'ils possèdent la qualité requise¹³⁴⁶. Or, cela sera nécessairement le cas s'ils contrôlent le dirigeant de droit car ils seront bien « effectivement en mesure de contrôler ou diriger l'action politique ou militaire d'un l'État ».

373. Hypothèse de chaînes de commandements courtes. La même remarque peut être faite à propos des hypothèses de chaînes de commandements courtes. Il est en effet des situations où le degré d'organisation du crime d'agression pourrait être assez peu élevé, notamment lorsque des décisions sont prises dans des chaînes de commandements courtes, c'est-à-dire qui ne nécessitent ni une large concertation ni une durée importante. C'est paradoxalement l'hypothèse de l'emploi de l'arme nucléaire, considérée comme l'arme la plus destructrice qui soit, qui est évoquée par un auteur, lequel explique que « l'usage, dans les pays qui en possèdent, obéit à une chaîne de commandement courte, allant directement du Chef de l'État au chef militaire compétent »¹³⁴⁷. Il ne serait ainsi pas besoin d'une importante préparation ou organisation pour lancer une telle attaque, ce qui permet d'envisager, poursuit l'auteur, « qu'un chef suprême des armées puisse agir sous l'emprise d'une maladie ou d'une déficience mentale incapacitantes, au sens de l'article 31, §1 a) et b) précité du Statut de la CPI »¹³⁴⁸. Cela étant, il est permis de penser que l'individu qui n'est plus en possession de ses facultés mentales ne peut plus être considéré comme « effectivement en mesure de contrôler l'action politique ou militaire d'un État ». Dans une telle situation le premier maillon de la chaîne ne serait peut-être plus considéré comme un dirigeant effectif, tandis que le second, sain d'esprit, pourrait voir sa responsabilité pénale individuelle engagée, sauf à pouvoir invoquer un motif d'exonération. Dans l'exemple de l'emploi de l'arme nucléaire, l'ordre du supérieur ne lui serait sûrement d'aucun secours, la gravité d'un tel acte et l'ampleur de ses conséquences ne pouvant plus échapper à personne depuis les attaques d'Hiroshima et Nagasaki. Mais c'est déjà étudier le caractère mesuré de l'acte exonéré¹³⁴⁹.

374. Conclusion de section. Finalement et contrairement à l'intuition première, le caractère organisé et prolongé des infractions internationales ne s'oppose pas radicalement à la mise en œuvre des motifs d'exonération momentanés. De nombreux actes sous-jacents au caractère

¹³⁴⁶ L'article 25 paragraphe 3 *bis* du Statut de Rome prévoit en effet qu'en présence d'un crime d'agression, les individus doivent être « effectivement en mesure de contrôler ou diriger l'action politique ou militaire d'un État », quel que soit la forme de participation envisagée par l'article.

¹³⁴⁷ KAMTO M., *L'agression en droit international*, Pedone, 2010, p. 361.

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ Sur ce point v. *infra* n°425 et s.

instantané peuvent ainsi être commis par un individu non-discernant ou dans l'erreur, ce que, à considérer strictement les choses, le contexte spécifique de chaque infraction internationale ne remet pas toujours en question. Il faut désormais vérifier si l'acte commis, en plus d'être momentané, était immédiat, car c'est dans cette seule hypothèse que l'acte pourra être exonéré.

Section 2 : Un comportement immédiat

375. Le caractère spontané de l'acte exonéré implique que l'individu ne doit pas avoir prévu son comportement. L'expression de ce caractère spontané se manifeste de façon assez évidente parmi les motifs d'exonération reposant sur une réaction à un danger imminent car ce danger impose alors une réaction immédiate (Paragraphe 1). À l'inverse, le comportement de l'individu perd sa spontanéité toutes les fois qu'il aurait pu prévoir le danger ou, plus largement, qu'il aurait dû prévoir la survenance d'une situation infractionnelle, c'est-à-dire toutes les fois que son comportement pourra être qualifié de fautif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'existence d'un danger

376. Motifs d'exonération conditionné par l'existence d'un danger. Parmi les différents motifs d'exonération soumis à l'étude, la légitime défense, l'état de nécessité, la contrainte et les représailles – applicables uniquement aux crimes de guerre – exigent l'existence d'un danger dont les caractéristiques diffèrent suivant le motif d'exonération. Ce n'est ainsi qu'en présence d'un tel danger que l'acte commis en réaction pourra être qualifié d'immédiat et permettra l'exonération. Pour vérifier si les différentes infractions internationales sont compatibles avec l'existence d'un tel danger, il faut alors confronter cette condition à leurs actes sous-jacents (A) et à leur contexte (B).

A- L'existence d'un danger au sein des actes sous-jacents

377. Au niveau des actes sous-jacents, il n'est pas inconcevable que certains soient commis en réaction à un danger répondant aux conditions d'application de différents motifs d'exonération et, partant, que cet acte puisse être qualifié d'immédiat, ce qui vaut tant pour les atteintes aux personnes que pour les atteintes aux biens (1). Certains actes sous-jacents sont cependant incompatibles avec les formes de danger exigées pour la mise en œuvre des motifs d'exonération (2).

1) Les actes sous-jacents compatibles avec l'existence d'un danger

378. Compatibilité des atteintes aux personnes avec le danger de la légitime défense. Si légitime défense, représailles, état de nécessité et contrainte requièrent l'existence d'un danger imminent, ils se distinguent quant à la source de ce danger. D'abord, l'article 31 paragraphe 1 c) du Statut de Rome exige que l'acte commis en légitime défense réponde à « un recours imminent et illicite à la force », ce qui indique que le danger imminent doit provenir d'un autre individu employant des moyens violents¹³⁵⁰. Si l'on s'en tient strictement à cette condition, il semble que tous les actes sous-jacents supposant une atteinte aux personnes puissent être compatibles avec la légitime défense puisqu'il est possible d'imaginer que la personne victime de l'atteinte ait pu user de la force et attaquer l'auteur. Abstraitement, toutes les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique pourraient résulter d'une réaction à un recours imminent à la force. Il en va ainsi des actes sous-jacents d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique susceptibles de caractériser un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre comme le meurtre¹³⁵¹ ou l'atteinte grave à l'intégrité physique¹³⁵². Envisagés uniquement par rapport au danger, il est même possible, abstraitement, que des atteintes à la liberté puissent être compatibles avec la légitime défense. Par exemple, l'emprisonnement permettant de caractériser un crime contre l'humanité¹³⁵³ ou la prise d'otages caractérisant un crime de guerre¹³⁵⁴ pourraient être commis à l'encontre de victimes qui auraient usé de la force contre l'auteur de l'infraction. En se basant exclusivement sur cette seule condition de danger, l'on peut même aller plus loin et considérer qu'une atteinte à la dignité – par exemple la torture¹³⁵⁵ – ou à la liberté sexuelle – par exemple le viol¹³⁵⁶ – peut répondre au recours à la force par la victime. Dans ces situations, les conditions tenant à la riposte feront sans aucun doute défaut car cette riposte ne sera pas mesurée¹³⁵⁷ mais du strict point de vue du danger aucune incompatibilité ne paraît pouvoir être relevée. Ces exemples choisis montrent que de nombreuses atteintes aux personnes caractéristiques du génocide, du crime contre l'humanité

¹³⁵⁰ Pour une étude détaillée des conditions tenant au danger dans la légitime défense v. *supra* n°176 et s.

¹³⁵¹ SCPI, art. 6 para. a) pour le génocide, art. 7 para. 1 a) pour le crime contre l'humanité et art. 8 para. 2 a) i) et para. 2 c) i) pour le crime de guerre.

¹³⁵² SCPI, art. 6 para. b) pour le génocide, art. 7 para. 1 k) pour le crime contre l'humanité et art. 8 para. 2 a) iii) et para. 2 c) i) pour le crime de guerre.

¹³⁵³ SCPI, art. 7 para. 1 e).

¹³⁵⁴ SCPI, art. 8 para. 2 a) viii) et para. 2 c) iii).

¹³⁵⁵ SCPI, art. 7 para. 1 f) pour le crime contre l'humanité et art. 8 para. 2 a) ii) et para. 2 c) i) pour le crime de guerre.

¹³⁵⁶ SCPI, art. 7 para. 1 g) pour le crime contre l'humanité et art. 8 para. 2 b) xxii) et para. 2 e) vi) pour le crime de guerre.

¹³⁵⁷ Sur l'absence de mesure de la réaction en cas d'atteinte à la dignité ou à la liberté sexuelle v. *infra* n°490.

et du crime peuvent être compatibles avec l'existence d'un recours imminent et illicite à la force. Il est donc possible que l'acte commis soit immédiat.

379. Compatibilité des atteintes aux biens avec le danger de la légitime défense. Dans le Statut de Rome, les actes sous-jacents constitutifs d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité ne visent pas expressément les atteintes aux biens¹³⁵⁸, contrairement aux actes sous-jacents du crime de guerre, qui en visent de nombreuses. Il est ainsi possible que des atteintes aux biens constitutives d'un crime de guerre puissent constituer un acte immédiat répondant à un recours imminent et illicite à la force nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense, notamment lorsque les atteintes aux biens sont des dommages collatéraux¹³⁵⁹. De la même manière, parmi les crimes de guerre, il semble possible qu'une attaque « contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève »¹³⁶⁰ puisse se faire de manière immédiate pour répondre à un danger répondant aux conditions de la légitime défense. Par exemple, la croix rouge, le croissant rouge ou le lion et le soleil rouges sur fond blanc sont des signes distinctifs au sens des Conventions de Genève¹³⁶¹. Il est ainsi possible d'imaginer que les passagers d'une voiture arborant l'un de ces signes tirent sur un soldat, ce qui caractériserait le recours imminent et illicite à la force nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense.

380. Compatibilité des atteintes aux personnes avec le danger de la contrainte. Ensuite, la contrainte suppose l'existence d'un danger imminent provenant d'une autre personne¹³⁶² qui, par hypothèse, cherche à faire commettre une infraction sur quelqu'un ou quelque chose d'autre¹³⁶³. L'acte commis sous la contrainte intervient donc immédiatement en réponse à cette contrainte. Contrairement à la légitime défense, la contrainte se commet donc sur des victimes innocentes, ce qui indique que l'on ne peut pas limiter les actes sous-jacents aux hypothèses dans lesquelles la victime représente elle-même un danger pour l'individu. Le danger présidant à la contrainte doit cependant porter sur la vie ou une atteinte grave à l'intégrité physique de

¹³⁵⁸ Les atteintes aux biens ont toutefois été acceptées par les tribunaux pénaux internationaux comme permettant de constituer un crime contre l'humanité. Sur ce point v. BARDET M., *op. cit.*, para. 425

¹³⁵⁹ SCPI, art. 8 para. 2 b) iv).

¹³⁶⁰ SCPI, art. 8 para. 2 b) xxiv).

¹³⁶¹ *Première Convention de Genève du 12 août 1949*, art. 38.

¹³⁶² Sur cette condition v. *supra* n°138.

¹³⁶³ Si la victime de la contrainte se retourne contre son auteur, l'on passera alors dans une hypothèse de légitime défense, sous réserve que l'auteur de la contrainte ait employé la force.

l'individu soumis à la contrainte et doit être irrésistible¹³⁶⁴. Or ces différentes exigences ne permettent pas de limiter la mise en œuvre de la contrainte à l'égard des actes sous-jacents puisqu'il paraît possible d'être forcé à les commettre par quelqu'un d'autre. Les exemples d'actes sous-jacents incompatibles avec le danger nécessaire à la caractérisation de la légitime défense peuvent ainsi être compatibles avec le danger nécessaire à la caractérisation de la contrainte. Il est en effet possible qu'un soldat soit forcé par autrui de tuer un adversaire hors de combat¹³⁶⁵ puisque l'attitude de cet adversaire est indifférente à la contrainte exercée sur le soldat par autrui. Abstraitement, n'importe quel acte sous-jacent, caractérisant donc n'importe quelle infraction internationale, peut par conséquent correspondre à un acte immédiat commis en raison de la contrainte irrésistible exercée sur un individu par un autre.

381. Compatibilité des atteintes aux personnes avec le danger de l'état de nécessité.

Enfin, comme la contrainte, l'état de nécessité consiste à faire subir un mal à une personne innocente¹³⁶⁶. L'état de nécessité se distingue en revanche de la contrainte en exigeant que le danger provienne non pas d'un individu mais de circonstances objectives¹³⁶⁷. Il faut de plus que ce danger porte sur la vie ou l'atteinte grave à l'intégrité physique et qu'il soit imminent¹³⁶⁸. Les remarques faites à propos de la contrainte, dont les conditions tenant au danger sont similaires, peuvent donc être reproduites : le danger imminent provenant de circonstances objectives ne permet pas de borner les actes sous-jacents compatibles avec l'état de nécessité et, abstraitement, tous paraissent pouvoir constituer des actes immédiats commis en réponse à ce danger. Il est par exemple possible, en présence d'un danger constitué par une catastrophe naturelle, de procéder à un transfert forcé de population¹³⁶⁹ ou au « transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire »¹³⁷⁰.

382. Compatibilité apparente des atteintes aux personnes avec le danger des représailles. Les représailles ont la double particularité d'être un motif d'exonération spécial,

¹³⁶⁴ Pour une étude détaillée des conditions tenant au danger dans la contrainte v. *supra* n°138.

¹³⁶⁵ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) vii).

¹³⁶⁶ Sur ce point v. *supra* n°178.

¹³⁶⁷ *SCPI*, art. 31 para. 1 d). Sur cette condition v. *supra* n°178.

¹³⁶⁸ Pour une étude détaillée des conditions tenant au danger dans l'état de nécessité v. *supra* n°178 et s.

¹³⁶⁹ *SCPI*, art. 7 para. 1 d).

¹³⁷⁰ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) vi).

applicable uniquement aux crimes de guerre¹³⁷¹ et de ne se satisfaire que d'un danger en cours¹³⁷². Il faut donc que la partie adverse soit en train de commettre des violations du droit des conflits armés pour que l'acte immédiat intervienne. Contrairement à la légitime défense qui ne peut s'opérer que contre la personne à l'origine du recours à la force, les représailles peuvent s'effectuer contre l'adversaire au sens large et pas spécifiquement contre la personne en train de commettre la violation du droit des conflits armés. L'idée des représailles est d'ailleurs de ne pas viser la personne en question mais de cibler d'autres personnes ou des biens pour forcer l'auteur de la violation initiale à la cesser¹³⁷³. Ces différentes conditions tenant au danger ne paraissent ainsi exclure aucun acte sous-jacent du crime de guerre du champ des exonérations possibles. Moins que le danger pouvant permettre à un acte immédiat d'être commis en représailles, c'est en réalité le champ d'application des représailles qui est souvent incompatible avec de nombreux actes sous-jacents du crime de guerre. Le domaine des représailles est en effet limité au sein des crimes de guerre par l'interdiction d'être employées « contre des civils et droits fondamentaux de la personne »¹³⁷⁴. Toutes les atteintes aux personnes commises sur des civils ou sur leurs droits fondamentaux sont ainsi incompatibles avec les représailles, peu important alors qu'une violation du droit des conflits armés par l'adversaire soit en cours et qu'un acte immédiat puisse être caractérisé.

383. Compatibilité des atteintes à l'État du crime d'agression. Le crime d'agression est quant à lui particulier, qui vise des formes de commission de l'infraction au titre des actes sous-jacents. L'article 8*bis* du Statut de Rome réprime en effet « la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution »¹³⁷⁵ d'un acte d'agression. Parmi ces actes sous-jacents, le lancement ou l'exécution d'un acte d'agression peuvent constituer des actes immédiats, commis en réponse à un danger provenant d'un recours imminent et illicite à la force¹³⁷⁶, d'une autre personne¹³⁷⁷ ou de circonstances objectives¹³⁷⁸. Les différents actes d'agression listés par l'article 8*bis* du Statut de Rome, permettent de plus de préciser le comportement réprimé par

¹³⁷¹ Sur ce point v. *supra* n°33.

¹³⁷² Sur le moment du danger dans les représailles v. *supra* n°185.

¹³⁷³ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 528 : les représailles peuvent « ne pas viser spécifiquement les auteurs de la violation initiale. On recourt généralement aux représailles lorsque les personnes individuellement responsables de l'infraction sont soit inconnues soit hors d'atteinte. Ces mesures de rétorsion s'orientent alors à défaut contre des personnes ou des groupes plus vulnérables. Ceux-ci peuvent même n'être aucunement solidaires des auteurs présumés de la violation initiale et ne partager avec eux que la nationalité et l'allégeance aux mêmes dirigeants ».

¹³⁷⁴ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 529. Sur ce point v. *supra* n°212.

¹³⁷⁵ SCPI, art. 8*bis* para. 1.

¹³⁷⁶ Caractérisant le danger de la légitime défense.

¹³⁷⁷ Caractérisant le danger de la contrainte.

¹³⁷⁸ Caractérisant le danger de l'état de nécessité.

les actes sous-jacents. L'objet visé par l'acte d'agression est bien sûr l'État ou l'une de ses composantes, mais cela se matérialise concrètement par une atteinte portée soit aux biens soit aux personnes qui font partie de cet État. Par exemple, le lancement d'une attaque des forces terrestres, maritimes ou aériennes, ou des flottes aériennes et maritimes d'un autre État¹³⁷⁹ est concrètement commis sur des membres humains de ces différentes forces ou sur leurs équipements matériels et peut s'entendre d'un comportement immédiat résultant d'un danger imminent, tout comme l'exécution du bombardement par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État¹³⁸⁰. Finalement, de très nombreux actes sous-jacents peuvent être analysés en comportements immédiats répondant à un danger.

2) Les actes sous-jacents incompatibles avec l'existence d'un danger

384. Incompatibilité des atteintes aux personnes avec le danger de la légitime défense.

Si, du strict point de vue de la condition de danger, l'état de nécessité et la contrainte ne paraissent pas pouvoir être limités, la légitime défense et les représailles peuvent quant à eux être incompatibles avec certains actes sous-jacents qui ne peuvent pas être qualifiés d'immédiats. D'abord, certains actes sous-jacents supposant une atteinte aux personnes sont en effet incompatibles avec le recours imminent et illicite à la force exigé par la légitime défense¹³⁸¹ car aucun danger ne paraît pas pouvoir être caractérisé. Par exemple, l'article 6 du Statut de Rome incrimine au titre du génocide les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe¹³⁸². Cet acte sous-jacent consiste à empêcher une grossesse au moyen de « la mutilation sexuelle, [de] la pratique de la stérilisation, [de] l'utilisation forcée de moyens contraceptifs, [de] la séparation des sexes [ou de] l'interdiction des mariages »¹³⁸³. Il peut aussi s'agir de mettre fin à une grossesse en cours par un avortement forcé¹³⁸⁴ ou de s'assurer que la femme est inséminée par un homme d'un autre groupe de façon que l'enfant conçu n'appartienne pas au groupe de la mère que l'on cherche à détruire¹³⁸⁵. Or la grossesse ou l'absence de grossesse ne peuvent s'analyser en « recours imminent et illicite à la force », de sorte qu'il n'existe aucun danger permettant de caractériser la légitime défense, ce qui vaut

¹³⁷⁹ SCPI, art. 8bis para. 2 d).

¹³⁸⁰ SCPI, art. 8bis para. 2 b).

¹³⁸¹ SCPI, art. 31 para. 1 c).

¹³⁸² SCPI, art. 6 para. d).

¹³⁸³ TPIR, *Le procureur c. Jean-Paul Akayesu*, jugement, 2 sept. 1998, n°ICTR-96-4-T, para. 507.

¹³⁸⁴ De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, p. 108.

¹³⁸⁵ TPIR, jugement *Akayesu*, para. 507.

également pour le crime contre l'humanité de grossesse forcée ou de stérilisation forcée¹³⁸⁶. Aucun de ces deux actes sous-jacents ne résulte d'un comportement immédiat. De la même manière, l'article 8 du Statut de Rome incrimine au titre du crime de guerre le « fait de tuer ou de blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion »¹³⁸⁷ ou encore le « fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques »¹³⁸⁸. Dans ces situations, le fait que le combattant ait déposé les armes ou que la personne soit tombée au pouvoir de l'adversaire indique qu'ils ne sont pas ou plus en mesure de faire usage de la force. Ils ne peuvent ainsi constituer un danger appelant une réponse immédiate et permettant de satisfaire aux conditions de la légitime défense. Ces exemples choisis montrent que si de nombreuses atteintes aux personnes paraissent pouvoir être commises en réponse à un recours imminent et illicite à la force, toutes ne le peuvent pas. La condition de danger de la légitime défense n'est ainsi pas compatible avec l'intégralité des actes sous-jacents supposant une atteinte aux personnes.

385. Incompatibilité des atteintes aux civils et aux biens de caractère civil avec le danger des représailles. Ensuite, les représailles étant prohibées lorsqu'elles portent sur des civils ou des biens de caractère civil, c'est moins la condition de danger dont résulte un comportement immédiat que leur nature particulière qui les rend incompatibles avec bon nombres d'actes sous-jacents. De très nombreux actes sous-jacents du crime de guerre n'admettront en effet pas la mise en œuvre des représailles, à l'image du « fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités »¹³⁸⁹, du « transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe »¹³⁹⁰ ou encore du « fait d'affamer délibérément des civils »¹³⁹¹. De la même manière, les représailles portant sur des biens de caractère civil sont prohibées¹³⁹². Aussi, dès lors que l'un des actes sous-jacents du crime de guerre porte sur une atteinte à ce type de personnes ou de biens protégés, il est

¹³⁸⁶ *SCPI*, art. 7 para. 1 g).

¹³⁸⁷ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) vii).

¹³⁸⁸ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) x) et para. 2 e) xi).

¹³⁸⁹ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) i) et 2 e) i).

¹³⁹⁰ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) viii).

¹³⁹¹ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) xxv).

¹³⁹² *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), 8 juin 1977, art. 52 para. 1.

incompatible avec les représailles, peu important qu'un danger remplissant ces conditions d'application existe et permette de caractériser un comportement immédiat.

386. Incompatibilité de certains actes sous-jacents du crime d'agression avec l'existence d'un danger. Enfin, certaines formes de commission du crime d'agression incriminées au titre de ses actes sous-jacents sont incompatibles avec l'existence d'un danger et ne permettent donc pas à un comportement d'être immédiat. Envisagées à l'aune de ce danger, la planification et la préparation d'un acte d'agression sont en effet exclues, quelle que soit la forme de l'acte d'agression puisque ces formes de commission de l'infraction impliquent une certaine durée qui ne paraît pas compatible avec un comportement immédiat répondant à un danger imminent.

387. Bilan. De nombreux actes sous-jacents peuvent finalement être qualifiés d'immédiats et, partant, être commis en réponse à un danger. Les conditions tenant au danger de la légitime défense, de l'état de nécessité et de la contrainte pourraient ainsi être remplies lorsque seuls les actes sous-jacents sont pris en compte. Mais ce serait oublier la seconde composante de l'infraction internationale que constitue l'élément contextuel.

B- L'existence d'un danger dans le contexte de l'infraction internationale

388. Distinction tenant à l'existence possible d'un danger. Lorsque l'acte sous-jacent est replacé dans le contexte de l'infraction internationale, il apparaît plus difficile de caractériser un comportement immédiat qui permettrait la mise en œuvre de la légitime défense, l'état de nécessité, la contrainte ou les représailles. Aucun comportement immédiat ne peut en effet être admis s'il n'existe aucun danger. Il est donc possible de distinguer entre les contextes traduisant une absence de tout danger (1) et ceux permettant à un danger d'exister (2).

1) L'absence de tout danger contextuel

389. Caractéristiques de l'élément contextuel du crime contre l'humanité et du génocide. Parmi les quatre infractions internationales, le contexte du crime contre l'humanité et du génocide se caractérise par une entreprise tournée vers l'oppression voire, dans le cas du génocide, l'anéantissement d'un groupe pris pour cible¹³⁹³. Le crime contre l'humanité s'entend en effet d'un acte « commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée

¹³⁹³ BARDET M., *op. cit.*, para. 104.

contre toute population civile »¹³⁹⁴ tandis que l'acte génocidaire est « commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹³⁹⁵. Il ressort ainsi de ce contexte que les entreprises anti-humanitaires et génocidaires doivent être suffisamment structurées pour avoir la capacité destructrice nécessaire¹³⁹⁶ et qu'elles s'accomplissent nécessairement contre des victimes inoffensives¹³⁹⁷. Ces deux composantes de l'élément contextuel du crime contre l'humanité et du génocide empêchent de caractériser le danger nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense, l'état de nécessité ou la contrainte ce qui, corrélativement, empêche que le comportement commis dans ce contexte soit immédiat.

390. Nécessité d'un projet anti-humanitaire ou génocidaire élaboré. D'une part, l'exigence d'une capacité destructrice indique en effet que crime contre l'humanité et génocide nécessitent une préparation et une commission dans la durée¹³⁹⁸, ce qui est antinomique avec un danger imminent auquel, par définition, l'on ne s'attendait pas, et qui implique une réponse spontanée, opérée dans un laps de temps limité. Que ce danger imminent provienne de circonstances objectives – entrant donc dans le champ d'application de l'état de nécessité – ou qu'il provienne d'un autre individu – menace emportant donc l'application de la contrainte – paraît alors indifférent. Le jugement *Ongwen* illustre d'ailleurs la difficulté à caractériser une menace en se fondant sur l'article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome. Il faut au préalable rappeler que la rédaction actuelle de cet article opère une confusion entre la contrainte et l'état de nécessité¹³⁹⁹. Il est donc logique que la confusion subsiste dans la jurisprudence et que les conditions de l'une et de l'autre soient mélangées. En l'espèce, Dominic Ongwen arguait qu'il avait agi sous la menace de son supérieur et de son appareil militaire¹⁴⁰⁰, ce qui indique que la menace provenait d'autrui et non pas de circonstances objectives. Il est ainsi possible d'y voir plus une référence à la contrainte qu'à l'état de nécessité¹⁴⁰¹. Les éléments du jugement portant sur l'absence de danger imminent, il est toutefois possible d'en tirer également des enseignements sur la façon d'appréhender cette condition de l'état de nécessité. Sur ce point, les juges de l'affaire *Ongwen* ont affirmé que la menace doit se matérialiser suffisamment

¹³⁹⁴ SCPI, art. 7 para. 1.

¹³⁹⁵ SCPI, art. 6.

¹³⁹⁶ BARDET M., *op. cit.*, para. 203.

¹³⁹⁷ *Ibid.* para. 185.

¹³⁹⁸ Sur ce point v. *supra* n°347 et BARDET M., *op. cit.*, para. 203 et s.

¹³⁹⁹ Sur ce point v. *supra* n°88 et s.

¹⁴⁰⁰ CPI, *jugement Ongwen*, para. 2586.

¹⁴⁰¹ Sur la proposition de réserver la menace provenant d'autrui à la contrainte v. *supra* n°95.

rapidement¹⁴⁰². Ils excluent cette possibilité en l'espèce en appréciant le comportement de l'accusé par rapport au contexte global et en observant que sa conduite n'était pas momentanée ou commise sur une courte durée mais était complexe et s'étendait sur une large période¹⁴⁰³.

391. Absence de danger irrésistible provenant d'autrui. De plus, le caractère prolongé du contexte anti-humanitaire et génocidaire rend la caractérisation de l'irrésistibilité difficile car plus la situation dure, plus l'individu a d'opportunités de fuir¹⁴⁰⁴. Le jugement *Ongwen* illustre une nouvelle fois cette difficulté. Dans la mesure où il a été démontré que l'absence de possibilité de fuir n'était pas une condition de l'état de nécessité¹⁴⁰⁵ mais qu'elle pouvait faire partie de l'étude de l'irrésistibilité de la menace constitutive de contrainte¹⁴⁰⁶, les développements du jugement relatifs à la fuite peuvent être utilisés pour étudier les conditions de la contrainte. Le jugement *Ongwen* revient ainsi relativement longuement sur la possibilité de s'échapper ou de quitter l'organisation criminelle et vérifie que l'accusé avait la possibilité et le temps de le faire pour exclure la contrainte¹⁴⁰⁷. Les juges apprécient donc les différents actes sous-jacents commis au regard du contexte global et estiment que les faits objets des poursuites s'étant déroulés entre le 1^{er} juillet 2002 et le 31 décembre 2005, soit sur une durée de plus de trois ans, le fait qu'Ongwen ait entrepris les actions considérées alors qu'il avait la possibilité de fuir ou de quitter l'organisation va dans le sens d'un comportement libre¹⁴⁰⁸. Interprété à l'aune des conditions de la contrainte, les possibilités de fuite non saisies par Ongwen empêcheraient d'établir un danger irrésistible auquel aurait répondu un comportement immédiat. Cette seule décision ne permet bien sûr pas de conclure radicalement qu'aucun danger irrésistible ne sera jamais caractérisé en cas de crime contre l'humanité ou de génocide mais elle augure la façon dont la Cour pénale internationale tiendra compte des motifs d'exonération. Leur mise en œuvre sera ainsi confrontée à l'ensemble de l'infraction internationale, c'est-à-dire tant aux actes sous-jacents qu'à leur contexte global. Ce dernier viendra alors limiter la mise en œuvre des motifs d'exonération fondés sur un danger qui peinera

¹⁴⁰² CPI, jugement *Ongwen*, para. 2582: « *duress is unavailable if the accused is threatened with serious bodily harm that is not going to materialise sufficiently soon* ».

¹⁴⁰³ *Ibid.*, para. 2586 : « *The conduct underlying the charges in the present case is not a single discrete act on the part of Dominic Ongwen, momentary or of a short duration. Rather, the conduct charged is complex and spread over the entire period of the charges between 1 July 2002 and 31 December 2005* ».

¹⁴⁰⁴ KRABBE M., *Excusable evil*, précité, p. 300 : « *A more permanent form of duress is definitely harder to establish: the longer the duress-situation lasts, the more opportunities for the defendant to find a moment to escape* ».

¹⁴⁰⁵ V. *supra* n°203.

¹⁴⁰⁶ V. *supra* n°138.

¹⁴⁰⁷ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2619 à 2635.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, spé. para. 2619 et para. 2635.

à être qualifié d'imminent ou d'irrésistible, voire qui n'existera pas, et qui ne pourra donc conduire l'individu à y répondre par un acte immédiat.

392. Absence de recours imminent et illicite à la force. D'autre part, le crime contre l'humanité et le génocide se commettent respectivement contre la population civile ou un groupe protégé, c'est-à-dire des groupes innocents. Or, le fait de cibler un groupe innocent n'est pas compatible avec la légitime défense qui exige quant à elle que l'action défensive soit menée contre un recours illicite à la force, c'est-à-dire par un individu employant sans droit des procédés violents. Le groupe visé étant inoffensif, il n'existe donc aucun danger propre à caractériser le danger de la légitime défense puisqu'il n'existe aucun recours à la force, ni illicite ni imminent¹⁴⁰⁹. L'acte anti-humanitaire ou génocide commis n'a donc rien de spontané. Pour qu'il le soit et justifie la destruction du groupe visé caractéristique d'un génocide par exemple, il faudrait considérer que l'existence même de ce groupe constitue un recours à la force imminent et illicite, ce qui est impossible à soutenir¹⁴¹⁰.

393. Rejet de la menace putative. Les différents crimes contre l'humanité et génocides commis au cours de l'Histoire montrent cependant que leurs ingénieurs ont assis ces projets criminels dans des discours présentant les groupes à éliminer comme des menaces. Il suffit pour s'en convaincre de se souvenir de la campagne anti-juive organisée par Goebbels, ministre de la Culture et de la Propagande en Allemagne nazie¹⁴¹¹, ou de la propagande anti-tutsi relayée par les médias rwandais qui appelaient les hutu à les supprimer¹⁴¹². La stratégie est ainsi

¹⁴⁰⁹ Dans le même sens v. TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, vol. 6, p. 113 : « art 31 (1)(c) requires that the defendant act against the imminent and unlawful use of force, which appears to exclude the use of defensive force against innocent civilians » ; DUPARC C., « Les limites aux faits justificatifs », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 108 : « Comment peut-on agir dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile (article 7) et, dans le même temps, prétendre agir pour se défendre ou défendre autrui contre un recours imminent et illicite à la force ? » ; AKTYPIS S., « Article 31 – Motifs d'exonération de la responsabilité pénale » FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 920 : « la planification – élément du crime de génocide et des crimes contre l'humanité – se réalise en s'étalant dans le temps, alors que la légitime défense constitue *a priori* une réaction opérée dans un laps de temps limité ».

¹⁴¹⁰ TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, vol. 6, p. 109 : « For art 31 (1)(c) to apply to genocide, therefore, it seems that the very existence of the group, as a separate and distinct entity, would have to pose an imminent and unlawful danger to a person or property ».

¹⁴¹¹ V. par exemple les nombreuses ressources recensées sur la page internet du *United States Holocaust Memorial Museum* relative à la propagande nazie (source accessible à l'adresse suivante : <https://encyclopedia.ushmm.org/content/fr/article/nazi-propaganda>).

¹⁴¹² Les médias rwandais ont d'ailleurs été condamnés pour incitation au génocide par le TPIR lors du procès des médias. V. TPIR, *Le procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze*, jugement, 3 déc. 2003, n°ICTR-99-52-T.

toujours la même : accabler le groupe visé de tous les maux, instiller la peur et la haine dans l'esprit de la population, afin de la convaincre que la destruction du groupe ennemi est nécessaire pour la sauver. Il y aurait ainsi une menace – le groupe ennemi – face à laquelle il faudrait réagir pour survivre¹⁴¹³. Entendue de la sorte, l'existence du groupe pourrait s'apparenter à une menace putative, qui n'existerait donc que dans l'esprit des individus participant aux crimes contre les populations. Cela ne peut cependant constituer une menace putative admissible car elle devrait pour cela être raisonnable¹⁴¹⁴. Or il ne peut être raisonnablement soutenu qu'un groupe non agressif, qui se contente d'évoluer dans le même espace, avec les mêmes prérogatives et les mêmes besoins vitaux à assouvir – vivre, manger, travailler – puisse caractériser le recours imminent et illicite à la force nécessaire à la légitime défense. Le groupe visé étant inoffensif, une personne raisonnable ne devrait pas voir en lui une menace. Cette dernière doit être ramenée à ce qu'elle est : « un prétexte voué à légitimer l'entreprise criminelle sur un plan politique : elle n'a aucune forme de pertinence juridique »¹⁴¹⁵. La soi-disant menace invoquée par les ingénieurs du crime contre l'humanité et du génocide ne peut ainsi permettre de constituer un danger, réel ou supposé, propre à remplir les conditions de la légitime défense puisqu'aucun recours à la force n'existe.

394. Hypothèse de riposte du groupe ciblé. La question de l'existence d'un danger peut néanmoins se poser lorsque le groupe pris pour cible réagit et riposte. Or, en ce que cette riposte constituerait, de la part du groupe attaqué, une réaction à l'emploi de la force à leur encontre, elle serait légitime et n'autoriserait donc pas le participant à l'entreprise anti-humanitaire ou génocidaire à riposter à son tour. Le contexte du crime contre l'humanité et du génocide impliquant que les auteurs de ces crimes soient les premiers à attaquer, aucune violence postérieure ne paraît pouvoir permettre de légitimer un acte constitutif de crime contre l'humanité ou de génocide¹⁴¹⁶. L'on pourrait considérer, par exception, que si le groupe ciblé parvient à se structurer au point d'opérer une riposte susceptible de mettre en péril le groupe anti-humanitaire ou génocidaire, les actions de ce dernier pourraient trouver une certaine justification par la légitime défense en ce qu'elles répondraient, elles aussi, à un recours imminent et illicite à la force et pourraient donc être qualifiées d'immédiates. Mais, comme le

¹⁴¹³ Sur ce point v. SEMELIN J., *Purifier et détruire – Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005, p. 77-93.

¹⁴¹⁴ Sur l'exigence d'une menace putative raisonnable v. *supra* n°106.

¹⁴¹⁵ BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, para. 186 qui rejette également cette menace putative mais en considérant qu'elle ne constitue pas une menace réelle.

¹⁴¹⁶ Dans le même sens v. BARDET M., *op. cit.*, para. 187.

revèle d'ailleurs un auteur, « la situation verserait, le cas échéant, dans un conflit armé »¹⁴¹⁷, de sorte que les actions commises devraient s'analyser non plus en crime contre l'humanité ou génocide mais en crime de guerre dont le contexte ne s'oppose pas à l'existence d'un danger.

2) L'existence potentielle d'un danger contextuel

395. Tout comme le crime contre l'humanité et le génocide, le crime d'agression et le crime de guerre reposent eux aussi sur une organisation et une durée qui cadrent mal avec la spontanéité de l'acte exonéré. Pour autant, il semble que le contexte du crime d'agression (a) et du crime de guerre (b) permettent l'existence potentielle d'un danger et autorisent ainsi un comportement immédiat.

a) L'existence d'un danger dans le crime d'agression

396. Contexte du crime d'agression. Le contexte du crime d'agression se caractérise par « l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies »¹⁴¹⁸, étant entendu que cet acte d'agression doit « par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue[r] une violation manifeste de la Charte »¹⁴¹⁹. Le crime d'agression est ainsi entièrement orienté vers la domination étatique d'un autre État¹⁴²⁰ et suppose que son auteur soit le premier à rompre la paix internationale, ce que les Procès subséquents au procès de Nuremberg avaient déjà relevé s'agissant de la guerre d'agression¹⁴²¹. Il en va de même pour le crime d'agression où l'individu et l'État qu'il représente sont bien les premiers à attaquer. En effet, pour que la Cour pénale internationale exerce sa compétence à l'égard du crime d'agression, le Procureur qui « conclut qu'il y a une base raisonnable pour mener une enquête pour crime d'agression, [doit d'abord s'assurer] que le Conseil de sécurité a constaté qu'un acte d'agression avait été commis par l'État en cause »¹⁴²². Le Statut de Rome ajoute que « lorsque le Conseil de sécurité a constaté un acte d'agression, le Procureur peut mener l'enquête sur ce

¹⁴¹⁷ BARDET M., *op. cit.*, para. 187.

¹⁴¹⁸ SCPI, art. 8*bis* para. 2.

¹⁴¹⁹ SCPI, art. 8*bis* para. 1.

¹⁴²⁰ BARDET M., *op. cit.*, para. 117 à 119.

¹⁴²¹ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Weizsäcker and others (Ministries Trial)*, 11 avril 1949, *L.R.T.W.C.*, vol. XIV. p. 335 : « *self-defence is never available either to individuals or nations who are aggressors* ».

¹⁴²² SCPI, art. 15*bis* para. 6.

crime »¹⁴²³, ce qui laisse à penser que si le Conseil constate l'absence d'un acte d'agression, le Procureur ne peut pas enquêter. De la même manière, la Cour pénale internationale est également compétente lorsque la situation lui est déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁴²⁴, ce qui suggère que, là encore, ce dernier aura procédé au constat d'un acte d'agression. C'est finalement seulement lorsque le Conseil de sécurité ne s'est pas prononcé dans les six mois suivant la demande du procureur que le constat de l'acte d'agression est laissé exclusivement à ce dernier et à la Cour pénale internationale¹⁴²⁵. Hormis cette hypothèse, le Conseil de sécurité aura donc en principe constaté un acte d'agression, c'est-à-dire d'un emploi de la force armée par l'État contre un autre État¹⁴²⁶ avant que la Cour pénale internationale ne se prononce sur le crime d'agression. Or, l'article 2 de la Résolution 3314 sur la définition de l'agression indique que « l'emploi de la force armée en violation de la Charte par un État agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression ». En constatant un acte d'agression, le Conseil de sécurité constate donc que l'État a bien agi le premier, ce qui exercera sans doute une influence sur la façon dont la Cour pénale internationale appréhendera le crime d'agression car, même si elle n'est pas liée par le constat opéré par le Conseil¹⁴²⁷, l'on voit mal ce qui la conduirait à prendre le contrepied du Conseil de sécurité et à conclure à l'absence d'acte d'agression. Cette caractéristique tenant à la position de premier agresseur ne permet pourtant pas de conclure à l'inexistence de tout danger permettant à un acte immédiat d'être commis, ce qui se vérifie différemment suivant que l'on envisage le danger de l'état de nécessité, de la contrainte ou de la légitime défense.

397. Confrontation du danger de l'état de nécessité au crime d'agression. L'état de nécessité et la contrainte impliquent en effet de réagir à un danger provenant de circonstances objectives dans le premier cas et d'autrui dans le second. D'abord, en cas d'état de nécessité, ce n'est pas l'État victime du crime d'agression qui serait à l'origine de la menace mais bien un élément extérieur, qui conduirait le dirigeant d'un État menacé à effectuer le crime d'agression par nécessité, pour se protéger ou protéger autrui contre la menace. Les catastrophes naturelles, par leur caractère souvent imprévisible, pourraient par exemple constituer des menaces extérieures rendant nécessaire l'invasion d'un territoire voisin pour protéger la vie ou l'intégrité

¹⁴²³ SCPI, art. 15bis, para. 7.

¹⁴²⁴ SCPI, art. 15ter.

¹⁴²⁵ SCPI, art. 15bis, para. 8.

¹⁴²⁶ SCPI, art. 8 bis, para. 2.

¹⁴²⁷ SCPI, art. 15bis (renvoi par un État, de sa propre initiative), para. 9 et art. 15ter para. 4 (renvoi par le Conseil de sécurité) : « le constat d'un acte d'agression par un organe extérieur à la Cour est sans préjudice des constatations que fait la Cour elle-même en vertu du présent Statut ».

physique des membres de la population gouvernée par le dirigeant « agresseur »¹⁴²⁸. Dans cette situation, il importerait finalement peu que l'individu soit le premier à attaquer : l'atteinte à la souveraineté de l'État étranger ne constituerait pas une fin en soi mais un moyen de parvenir à l'objectif de protection de la population. Un danger imminent pouvant bien être caractérisé, il semble que l'acte d'agression commis pourrait être qualifié d'acte immédiat. Envisagé uniquement à l'aune de cette condition, le contexte du crime d'agression ne viendrait alors pas limiter la mise en œuvre de l'état de nécessité.

398. Confrontation du danger de la contrainte au crime d'agression. En cas de contrainte ensuite, l'État victime de l'acte d'agression n'est pas non plus à l'origine du danger, qui provient cette fois d'un autre individu. Il faut de plus que l'auteur du crime soit face à une menace irrésistible, c'est-à-dire à laquelle il ne peut pas se soustraire¹⁴²⁹ et qui l'oblige à un acte immédiat. Il faudrait donc que l'individu « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »¹⁴³⁰ soit soumis à une menace tellement forte que sa liberté de choix en serait annihilée, aussi longtemps que dure le contexte du crime d'agression. L'hypothèse paraît assez peu probable, notamment parce qu'il est en pratique rare qu'une seule et unique personne soit en position de diriger politiquement ou militairement un État et donc qu'une seule personne puisse décider d'engager l'État dans un crime d'agression. Il paraît également tout aussi rare que la décision d'attaquer un autre État soit motivée par une contrainte au plein sens légal du terme¹⁴³¹, c'est-à-dire en l'absence totale de liberté de choix. L'hypothèse ne peut cependant pas être radicalement écartée dès lors que certaines situations peuvent impliquer des décisions prises par un nombre restreint de personnes, dans un laps de temps limité, avec un degré de préparation minimal, par exemple lorsque l'on est en présence de chaîne de commandements courtes¹⁴³². Ces situations ne sont pas incompatibles avec une

¹⁴²⁸ WEISBORD N., « The mens rea of the crime of aggression », *Washington University global studies law review*, 2013, vol. 12, p. 502 qui prend l'exemple d'un tsunami conduisant un dirigeant à ordonner l'invasion d'un territoire voisin pour protéger ses citoyens.

¹⁴²⁹ Sur la menace irrésistible en tant que condition de la contrainte, v. *supra* n°138.

¹⁴³⁰ Condition imposée par l'article 8bis para. 1 du Statut de Rome.

¹⁴³¹ DINSTEIN Y., *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 6^{ème} éd., 2017, para. 428 p. 158 : « of course, empirically, when the leaders of a nation deliberate the pros and cons of embarking upon a crime of aggression against a foreign country, the decision is seldom (if ever) motivated by coercion in the full legal sense of the term ». Il faut noter que l'auteur tient ce propos relativement à l'article 31 paragraphe 1 d) mais, parce qu'il ajoute lui-même le critère de l'absence de liberté de choix moral, il semble qu'il voit en cet article la contrainte, et non pas l'état de nécessité.

¹⁴³² Sur cette hypothèse v. *supra* n°373.

réaction immédiate à un danger, de sorte que la mise en œuvre de la contrainte ne peut ainsi être totalement exclue.

399. Confrontation du danger de la légitime défense au crime d'agression. En revanche et enfin, la légitime défense de l'article 31 du Statut de Rome suppose pour l'individu de se défendre ou de défendre autrui contre « un recours imminent et illicite à la force ». Appliqué au crime d'agression, il s'agit donc pour le dirigeant d'un État de commettre l'acte d'agression pour se défendre ou défendre autrui face à un recours imminent et illicite à la force exercé par l'autre État, ce qui ne peut pas être le cas lorsque le dirigeant est le premier à attaquer. Or si l'acte d'agression a été constaté par le Conseil de sécurité de l'ONU, c'est bien que le dirigeant a été le premier à attaquer. Il faudrait donc en conclure que le danger nécessaire à la caractérisation de la légitime défense n'est pas compatible avec le crime d'agression. Deux hypothèses permettent toutefois d'envisager que ce danger soit établi, autorisant ainsi la commission d'un acte immédiat en réponse.

400. Compatibilité d'un danger putatif avec le crime d'agression. D'une part, il est possible de raisonner sur un danger non pas réel mais n'existant que dans l'esprit de l'individu, c'est-à-dire un danger putatif. En effet, si l'individu pense raisonnablement qu'une attaque contre lui ou autrui est en cours ou sur le point de se commettre, il peut légitimement réagir¹⁴³³. Appliqué au crime d'agression, il faudrait donc qu'un individu en position de diriger effectivement l'action politique ou militaire d'un État croie raisonnablement à une attaque imminente provenant d'un autre État et décide de la contrer par l'emploi de la force armée. À ce stade de l'étude, où seul le caractère imminent de la menace est confronté au crime d'agression, rien ne permet alors d'exclure la légitime défense individuelle de l'article 31 du Statut de Rome.

401. Champ d'application de la légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. D'autre part, le fait pour le Conseil de sécurité de l'ONU d'avoir constaté l'existence d'un acte d'agression ne signifie pas nécessairement qu'aucun danger n'existe. Le caractère injustifié de l'acte d'agression implique que le Conseil de sécurité ne conclura pas à un acte d'agression si celui-ci relève de la légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. La légitime défense ici envisagée s'entend du droit reconnu à l'État de se défendre lorsqu'il « est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les

¹⁴³³ Sur l'admission de la légitime défense putative v. *supra* n°106.

mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationale »¹⁴³⁴. Pour le dire autrement, si l'État a agi en légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, il n'y aura pas d'acte d'agression, empêchant corrélativement la constitution d'un crime d'agression. L'État ne peut cependant faire usage de son droit à la légitime défense que lorsqu'une agression armée est en cours, ce qui signifie que si l'agression armée n'a pas débuté, la légitime défense étatique ne peut pas être invoquée¹⁴³⁵. Il n'est toutefois pas nécessaire d'attendre que l'État soit concrètement atteint pour pouvoir déclencher la riposte en légitime défense. Par exemple « un missile qui a été lancé, [...], un bombardier qui a décollé, [ou] un navire militaire qui a pris la mer » caractérisent une attaque en cours, même si le territoire de l'État pris pour cible n'est pas encore touché¹⁴³⁶. En revanche, l'application de l'article 51 de la Charte des Nations Unies est exclue en présence d'une attaque simplement imminente¹⁴³⁷. Cela signifie que le Conseil de sécurité peut avoir constaté un acte d'agression injustifié dans une situation où l'État aurait répondu à une attaque seulement imminente.

402. Compatibilité entre le danger imminent de la légitime défense et le crime d'agression. Si l'on revient à la question du crime d'agression devant la Cour pénale internationale, l'individu poursuivi pour ce crime peut invoquer la légitime défense individuelle prévue par l'article 31 du Statut de Rome. Or, ce dernier – contrairement à l'article 51 de la Charte des Nations Unies – permet à l'individu de se défendre ou de défendre autrui contre « un recours imminent et illicite à la force ». Il est donc permis à l'individu de réagir immédiatement à une menace imminente, c'est-à-dire sur le point de se commettre. La qualification d'acte d'agression opérée par le Conseil de sécurité n'est ainsi pas toujours synonyme d'absence de danger qui peut exister mais n'être qu'imminent et, partant, ne pas atteindre le seuil nécessaire à justifier l'acte de l'État. Or, si le droit international public ne permet pas à l'État de se défendre contre un danger imminent, en droit international pénal, l'individu y est autorisé. Aussi y a-t-il une dichotomie entre ce que le droit international permet à l'État et ce que le droit pénal international permet à l'individu, ce que l'on peut regretter au nom de la cohérence mais que l'autonomie respective des deux ordres juridiques internationaux et l'absence d'autorité de l'un sur l'autre autorisent. Par conséquent, le contexte du crime d'agression peut être compatible

¹⁴³⁴ Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, art. 51.

¹⁴³⁵ CORTEN O., *Le droit contre la guerre*, Pedone, 3^{ème} éd., 2020, p. 649.

¹⁴³⁶ *Ibid.* p. 658.

¹⁴³⁷ *Ibid.* p. 649 : « les termes sont clairs : la Charte n'évoque pas une « agression », terme relativement vague, mais une « agression armée » ou, pour reprendre le texte anglais, une « armed attack ». Soit on est dans le cas d'une agression armée, et l'État victime a le droit de légitime défense, soit on est dans un autre cas, quel qu'il soit, et ce droit ne peut être exercé ».

avec l'existence d'un danger nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense et impliquant un comportement immédiat en réponse. Il en va de même en cas de crime de guerre.

b) L'existence d'un danger dans le crime de guerre

403. Contexte du crime de guerre. Pour recevoir la qualification de crime de guerre, l'infraction doit être commise dans un contexte de conflit armé, qu'il soit international¹⁴³⁸ ou non-international¹⁴³⁹. Le TPIY avait déjà été explicite sur ce point, qui affirmait que « les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis – le conflit armé, ou en dépendent »¹⁴⁴⁰. Le contexte du crime de guerre traduit donc en théorie une relation d'égal à égal entre les adversaires, impliquant ainsi une réciprocité de la violence¹⁴⁴¹.

404. Rejet de l'interprétation du conflit armé en tant que menace en cours. L'on pourrait ainsi voir dans le conflit armé une menace en cours¹⁴⁴² en considérant que ce contexte particulier implique un climat continu de peur d'être attaqué à tout moment¹⁴⁴³. Cela étant, il semble que cela ne corresponde pas à la façon dont est entendue la condition de danger que l'on retrouve tant pour la légitime défense que pour l'état de nécessité, la contrainte et les représailles. Ces quatre motifs d'exonération ne s'analysent en effet pas par rapport à une menace abstraite mais par rapport à une menace concrète, qu'elle soit sur le point de se produire ou en cours, et qui pousse l'individu à réagir immédiatement pour s'en protéger. Le climat continu de peur d'être attaqué ne présente quant à lui pas la matérialité suffisante pour pouvoir être considéré comme une menace en cours. Cette dernière porte au demeurant sur un objet bien précis. Il faut en effet être en présence d'une menace de recours illicite à la force¹⁴⁴⁴, d'une menace de mort imminente ou d'atteinte grave, continue ou imminente à l'intégrité physique¹⁴⁴⁵, d'une atteinte à la vie ou d'une atteinte grave à l'intégrité physique¹⁴⁴⁶ ou d'une

¹⁴³⁸ SCPI, art. 8 para. 2 b).

¹⁴³⁹ SCPI, art. 8 para. 2 c).

¹⁴⁴⁰ TPIY, arrêt *Kunarać*, para. 58.

¹⁴⁴¹ Dans le même sens v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, para. 183.

¹⁴⁴² L'interprétation de l'article 31 para. 1 c) permet en effet d'intégrer une telle menace. Sur ce point v. *supra* n°183.

¹⁴⁴³ TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, vol. 6, p. 96, qui parle plus généralement d'un climat continu de peur, sans faire référence au crime de guerre : « *A threat will only be ongoing if there is a continuing climate of fear – a real threat of attack at any moment – that creates a sense of urgency requiring defensive action* ».

¹⁴⁴⁴ Condition d'application de la légitime défense. Sur ce point v. *supra* n°176.

¹⁴⁴⁵ Condition d'application de l'état de nécessité. Sur ce point v. *supra* n°178.

¹⁴⁴⁶ Condition d'application de la contrainte. Sur ce point v. *supra* n°138.

violation par la partie adverse du droit des conflits armés¹⁴⁴⁷. Encore une fois, le caractère trop abstrait du climat continu de peur d'être attaqué empêche de cerner précisément s'il entrerait dans l'un des objets prévus. Le jugement *Ongwen* rendu par la Cour pénale internationale a d'ailleurs précisé que la menace visée par l'état de nécessité de l'article 31 paragraphe 1 du Statut de Rome doit être une menace susceptible de se caractériser rapidement¹⁴⁴⁸. Aussi, précisent les juges, un danger seulement abstrait ou la simple probabilité élevée qu'une situation dangereuse puisse survenir – même présente en continu – ne suffisent pas à caractériser la menace imminente nécessaire¹⁴⁴⁹. L'argument est transposable à la situation de conflit armé : s'il y a effectivement un danger constant d'être attaqué, ce danger reste abstrait tant qu'une attaque plus précise ne survient pas, ce qui indique que le conflit armé ne peut pas être appréhendé comme une menace en cours. Il ne peut pas non plus s'analyser comme une menace putative car cette dernière s'entend d'une situation subjectivement perçue comme dangereuse alors qu'il n'existe objectivement aucun danger¹⁴⁵⁰. Or, dans la situation examinée, le conflit armé existe bel et bien mais ne suffit pas à caractériser un danger imminent conduisant à un acte immédiat. Ce comportement nécessite en effet d'identifier une menace plus précise.

405. Contexte de conflit armé propice à la survenance de dangers. En revanche, ce contexte belliqueux favorise la survenance de dangers. En effet, si le déclenchement de la guerre peut avoir été préparé et mûri, bref s'il peut avoir été organisé, tout comme certains assauts, il n'en demeure pas moins que le déroulement du conflit est par principe soumis à l'imprévisibilité, parce que l'on ne peut jamais réellement savoir à quoi s'attendre de l'adversaire belliqueux. Le crime de guerre peut ainsi « prendre la forme d'un acte « spontané » » se traduisant par le « comportement d'un membre des forces armées de l'État qui agit sans ordre, et sans que son comportement puisse être réellement rapporté à une volonté ou à une stratégie étatique »¹⁴⁵¹. Dans ce contexte d'instabilité permanente peuvent donc survenir des situations de danger, requérant une action défensive, de sorte que les motifs

¹⁴⁴⁷ Condition d'application des représailles. Sur ce point v. *supra* n°177.

¹⁴⁴⁸ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2582 : « *duress is unavailable if the accused is threatened with serious bodily harm that is not going to materialize sufficiently soon* ».

¹⁴⁴⁹ *Ibid.* : « *a merely abstract or simply an elevated probability that a dangerous situation might occur – even if continuously present – does not suffice* ».

¹⁴⁵⁰ Sur la menace putative v. *supra* n°106.

¹⁴⁵¹ MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, p. 145.

d'exonération reposant sur une telle condition, à savoir la légitime défense¹⁴⁵², l'état de nécessité¹⁴⁵³, la contrainte¹⁴⁵⁴ et les représailles¹⁴⁵⁵ peuvent y trouver un terrain favorable.

406. Absence d'examen de la condition de danger imminent. L'existence d'un danger imminent en tant que condition d'application de certains motifs d'exonération ne paraît cependant pas retenir particulièrement l'attention des juges, qui ne prennent parfois pas la peine de la vérifier. Ainsi, dans l'arrêt *Aleksovski* devant le TPIY, l'accusé a invoqué l'état de nécessité en se fondant sur l'article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome. Il explique qu'à son arrivée à la tête de la prison, le conflit armé était déjà présent, de sorte qu'il aurait « tenté de protéger les civils des plus grands dangers qui les guettaient à l'extérieur de la prison de Kaonik en les maintenant en détention »¹⁴⁵⁶. Aussi, selon l'accusé, l'état de nécessité aurait dû s'appliquer à sa situation. Or, et l'accusé le concède paradoxalement lui-même, ce n'est pas la détention des prisonniers qui lui était reprochée mais les mauvais traitements qu'ils ont reçu durant cette détention¹⁴⁵⁷. La Chambre d'appel du TPIY a donc reformulé l'argument de l'accusé : « la Chambre de première instance aurait dû juger que les mauvais traitements endurés par les détenus — et non le fait de leur détention, qui ne lui est pas reproché — étaient quelque peu justifiés par le fait que ces personnes auraient davantage souffert si elles n'avaient pas été traitées comme elles l'ont été pendant leur détention »¹⁴⁵⁸. La Chambre d'appel a alors rejeté l'état de nécessité en considérant que « l'appelant n'affirme pas et, du reste, il ne saurait le faire en l'espèce, qu'il était face à une alternative stricte, maltraiter les détenus ou les libérer. Confronté au véritable choix, à savoir maltraiter les détenus ou pas, l'Appelant a retenu la première option, ce qui lui a valu d'être condamné »¹⁴⁵⁹. En évoquant le choix de l'individu, la Chambre d'appel paraît ainsi se concentrer sur la condition de proportionnalité et n'étudie absolument pas la condition de danger imminent, alors même que cette dernière, dont la logique voudrait qu'elle soit étudiée avant les conditions relatives à la riposte, aurait sans doute fait défaut en l'espèce. Rien n'indique en effet qu'un danger imminent pour la vie ou l'intégrité

¹⁴⁵² Sur les conditions tenant au danger dans la légitime défense, v. *supra* n°176 et s.

¹⁴⁵³ Sur les conditions tenant au danger dans l'état de nécessité, v. *supra* n°178 et s.

¹⁴⁵⁴ Sur les conditions tenant au danger dans la contrainte, v. *supra* n°138.

¹⁴⁵⁵ Sur les conditions tenant au danger dans les représailles v. *supra* n°177 et s.

¹⁴⁵⁶ TPIY, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, arrêt, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1-A, para. 47.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.* para. 53.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.* para. 54.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

physique de l'accusé ou d'autrui existait, qu'il provienne de circonstances objectives ou des prisonniers eux-mêmes auxquels aucune attitude agressive n'était reprochée dans l'affaire.

407. Examen jurisprudentiel de la condition de danger imminent de la légitime défense.

Les affaires *Gotovina* et *Orić*, qui se fondent sur les dispositions du Statut de Rome, font montre d'une étude plus consciencieuse de la condition de danger imminent, tantôt pour la rejeter, tantôt pour l'accepter, ce qui permet d'apprécier l'acte immédiat nécessaire à l'exonération. Dans la première décision, les accusés invoquaient la légitime défense comme motif d'exonération de trois meurtres¹⁴⁶⁰. Pour étudier les conditions de la légitime défense, la Chambre de première instance du TPIY a alors commencé par établir le statut des victimes au regard du droit international humanitaire. Les juges ont ainsi relevé que les victimes étaient des civils qui n'avaient pas pris les armes¹⁴⁶¹. Ils en ont donc déduit que les incidents ne donnaient pas lieu à une attaque immédiate et illicite pour l'accusé¹⁴⁶². Aucun recours à la force par les victimes ne pouvant en effet être établi, la condition de danger imminent n'était pas remplie, de sorte que le comportement des accusés ne s'analysait pas en acte immédiat rendu nécessaire par un danger.

408. Examen jurisprudentiel du danger imminent de l'état de nécessité. Dans la seconde décision, Nasser Orić, résistant bosniaque de Srebrenica, était poursuivi pour crimes de guerre, notamment pour des actes de pillage. Il faut noter que la décision relative à l'état de nécessité se situe non pas dans le jugement de la Chambre de première instance de 2005 mais dans les transcriptions de décisions orales rendues avant le jugement¹⁴⁶³. Il était reproché à Nasser Orić d'avoir volé du bétail dans les villages serbes pendant le siège de Srebrenica. Ce dernier a alors invoqué l'état de nécessité. Ses arguments ne sont pas retranscrits mais la Chambre de première instance a considéré qu'en l'espèce, ce motif d'exonération était invoqué à l'égard du vol de biens nécessaires pour prévenir une famine¹⁴⁶⁴. Après avoir relevé les conditions de l'état de nécessité, parmi lesquelles l'existence d'une menace actuelle ou imminente¹⁴⁶⁵, la Chambre de

¹⁴⁶⁰ TPIY, *Le procureur c. Gotovina*, jugement, 15 avril 2011, n°IT-06-90-T, para. 1730.

¹⁴⁶¹ *Ibid.* : « *All three victims were civilians and Tišma and Mizdrak had not taken up arms (...). in all three incidents, the victims were civilians not having taken part in hostilities* ».

¹⁴⁶² *Ibid.* : « *the Trial Chamber considered that neither incident presented an immediate illegitimate attack on the perpetrator* ».

¹⁴⁶³ V. ASCENSIO H. et MAISON R., « L'activité des juridictions pénales internationales », *A.F.D.I.*, 2005, vol. 51, p. 267-269.

¹⁴⁶⁴ TPIY, *Le procureur c. Nasser Orić*, Décision orale rendue le 8 juin 2005, affaire n° IT-03-68-T, p. 9027 : « *this Trial Chamber holds that this Defence plea of necessity for the purpose of this case is only of merit when applied to the taking away of necessities which are needed in the context of preventing imminent starvation* ».

¹⁴⁶⁵ *Ibid.* : « *a present or imminent threat of severe and irreparable harm to life existence* ».

première instance a alors caractérisé cette dernière, notant que Srebrenica était non seulement assiégée mais aussi complètement encerclée et isolée et que la population croissante en raison de l'arrivée de réfugiés était en proie à la famine¹⁴⁶⁶. Ici la menace en cours n'était ainsi pas caractérisée par une peur abstraite mais bien par la circonstance concrète du siège de la ville, ce qui autorisait Orić à agir immédiatement pour répondre au danger.

409.Conclusion. Envisagé uniquement par rapport aux actes sous-jacents, le danger nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense, de l'état de nécessité, de la contrainte et des représailles pourrait être caractérisé et autoriser un acte immédiat en réponse. De nombreux actes sous-jacents se sont en effet révélés compatibles avec cette condition tenant au danger. Cependant, replacé dans le contexte de chaque infraction internationale, une dichotomie apparaît entre le crime contre l'humanité et le génocide d'un côté et le crime d'agression et le crime de guerre de l'autre. Le contexte des deux premiers crimes est en effet incompatible avec le danger nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense, de l'état de nécessité et de la contrainte. À l'inverse, le contexte du crime d'agression et du crime de guerre sont compatibles avec l'existence tel d'un danger et permettent que des actes immédiats soient commis pour s'en protéger. L'élément contextuel de certaines infractions internationales constitue donc une limite de taille à la mise en œuvre des motifs d'exonération, ce qui peut paraître particulièrement sévère mais se comprend dès lors que le comportement de l'individu peut de surcroît révéler une faute antérieure conduisant à lui faire perdre de sa spontanéité.

Paragraphe 2 : Une absence de comportement fautif

410.Appréciation de l'absence de comportement fautif au regard du contexte infractionnel. Les motifs d'exonération reposent tous sur une condition d'absence de faute antérieure¹⁴⁶⁷. Il faut donc vérifier que l'évènement qui a conduit au comportement que l'on cherche à reprocher à l'individu n'a pas été en partie créé par lui, ce qui implique de s'assurer qu'il n'a pas contribué aux circonstances ayant entraîné la commission de l'infraction. Cette appréciation ne se fait alors pas au moment du comportement en cause mais suppose de prendre en compte des données plus larges. La recherche de l'absence de tout comportement fautif ne peut ainsi se faire qu'au niveau du contexte entourant la commission de l'infraction. Autrement

¹⁴⁶⁶ *Ibid.* para. 9031 : « not only was Srebrenica under siege, but that in the course of this protracted siege, the town was completely encircled and isolated and that the population which kept increasing in geometric proportions because of the influx of refugees was starving ».

¹⁴⁶⁷ Sur cette condition générale v. *supra* n°113 et s.

dit, seul l'élément contextuel des infractions internationales est pertinent pour vérifier s'il peut empêcher la condition d'absence de faute antérieure d'être remplie et, partant, s'il peut limiter la mise en œuvre des motifs d'exonération en remettant en cause le caractère immédiat de l'acte dont on cherche à être exonéré. Pour procéder à cette confrontation, deux formes de faute antérieure peuvent être distinguées, suivant qu'elle repose sur une participation volontaire (A) ou sur un comportement adopté dans des circonstances telles que l'individu savait qu'il risquait de commettre une infraction internationale (B).

A- La faute antérieure fondée sur la participation volontaire

411. Participation volontaire fautive. Parmi les différentes formes de faute antérieure, la participation volontaire fautive a été définie comme la participation à une « organisation ou [un] groupe qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire »¹⁴⁶⁸. Ce choix répréhensible implique que l'individu ne peut par la suite être exonéré de sa responsabilité pour l'acte commis au sein de cette organisation car il a contribué à sa survenance. L'on retrouve l'absence de participation volontaire fautive comme condition de l'état de nécessité¹⁴⁶⁹, de la contrainte¹⁴⁷⁰ et de la légitime défense¹⁴⁷¹. La participation volontaire fautive à l'entreprise criminelle rend ainsi la présence d'un danger ultérieur indifférente et neutralise la mise en œuvre de ces motifs d'exonération car l'individu aurait dû prévoir que l'on attendrait de lui des actes criminels¹⁴⁷² et, plus largement, que des situations de danger surviendraient.

412. Participation volontaire fautive à un crime contre l'humanité ou un génocide. Or « l'organisation qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire » correspond parfaitement au crime contre l'humanité et au génocide. C'est d'ailleurs pour le crime contre l'humanité que la définition de la participation volontaire fautive a été posée par les tribunaux post-Nuremberg¹⁴⁷³. En effet, que sont les entreprises génocidaires et anti-humanitaires sinon des organisations cherchant à mener des actions contraires au droit international humanitaire ? L'objectif poursuivi par ces deux entreprises en rend compte, qui

¹⁴⁶⁸ TPIY, arrêt *Erdemović*, *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, para. 17. Sur la participation volontaire en tant que faute antérieure v. *supra* n°123.

¹⁴⁶⁹ Sur l'absence de faute antérieure comme condition de l'état de nécessité v. *supra* n°121 et s.

¹⁴⁷⁰ Sur l'absence de faute antérieure comme condition de la contrainte v. *supra* n° 124.

¹⁴⁷¹ Sur l'absence de faute antérieure comme condition de la légitime défense v. *supra* n°126.

¹⁴⁷² Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, p. 481.

¹⁴⁷³ V. notamment Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, p. 481. Sur le développement de cette définition v. *supra* n°123.

s'analyse comme l'oppression d'un groupe inoffensif¹⁴⁷⁴. Ce but passe par « [l']attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile »¹⁴⁷⁵ en cas de crime contre l'humanité et par « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹⁴⁷⁶ en cas de génocide. L'existence de l'entreprise anti-humanitaire ou génocidaire ne s'explique ainsi que par cet objectif criminel, de sorte qu'il s'agit bien d'organisations qui, par nature, cherchent à mener des actions contraires au droit international humanitaire¹⁴⁷⁷. Aussi, s'il peut être reproché à l'individu d'avoir intégré de son plein gré l'organisation génocidaire ou anti-humanitaire, soit en ayant voulu participer à l'entreprise génocidaire¹⁴⁷⁸ soit en ayant connaissance de l'entreprise anti-humanitaire¹⁴⁷⁹, cette participation volontaire fautive empêchera la mise en œuvre de l'état de nécessité, de la légitime défense et de la contrainte.

413. Absence de participation volontaire fautive au conflit armé. En revanche, la participation au conflit armé n'est pas en elle-même fautive car si le déclenchement de la guerre peut être illicite, sa conduite demeure licite dès lors qu'elle respecte les règles du conflit armé¹⁴⁸⁰. Il importe ainsi peu que l'individu fasse partie du groupe agresseur, c'est-à-dire du groupe qui a déclenché la guerre. Le droit des conflits armés fait en effet le départ entre le *jus contra bellum*, qui proscrie le recours illégal à la force, et le *jus in bello*, qui soumet les parties à un conflit à différentes obligations. Or, en vertu du principe d'égalité entre les belligérants, les règles du *jus in bello* s'appliquent de manière égale entre eux¹⁴⁸¹. Un auteur explique ainsi clairement que « [l]a partie ayant violé le *jus contra bellum* n'a pas moins de droits ou plus d'obligations sur le plan du *jus in bello* que la partie agissant conformément au *jus contra bellum* » et « inversement, la partie belligérante qui respecte le *jus contra bellum* n'a pas plus de droits ou moins d'obligations sur le plan du *jus in bello* que son adversaire »¹⁴⁸². L'objectif poursuivi par chacun des belligérants est par ailleurs identique et consiste à « soumettre son ou

¹⁴⁷⁴ BARDET M., *L'infraction internationale par nature*, para. 104. Sur l'influence du caractère inoffensif du groupe ciblé sur la condition de danger imminent v. *supra* n°392.

¹⁴⁷⁵ SCPI, art. 7 para. 1

¹⁴⁷⁶ SCPI, art. 6.

¹⁴⁷⁷ Dans le même sens v. BARDET M., *op. cit.*, para. 185 : « l'atteinte de la collectivité désignée est injuste, par nature et, par conséquent, que l'entreprise d'ensemble est en toutes circonstances criminelle ».

¹⁴⁷⁸ Élément qui ressort du dol spécial exigé par l'article 6 du Statut de Rome. Sur ce point v. *infra* n°412.

¹⁴⁷⁹ Élément qui ressort des *Éléments des crimes* relatifs au crime contre l'humanité. Sur ce point v. *infra* n°412.

¹⁴⁸⁰ DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant 6^{ème} éd., 2019, para. 1.9a.

¹⁴⁸¹ MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, p. 187.

¹⁴⁸² KOUTROULIS V., *Jus ad/contra bellum, Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, 2013, p. 167.

ses adversaires à sa volonté par la force »¹⁴⁸³, de sorte qu'existe une réciprocité de la violence. Il en ressort qu'en cas de crime de guerre, le contexte de conflit armé est « neutre » en termes de coloration pénale »¹⁴⁸⁴. Cela implique que la guerre ne peut s'analyser comme une action « qui, par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire »¹⁴⁸⁵. La participation volontaire de l'individu aux forces armées de son pays et à la guerre ne peut donc être caractérisée de fautive. Aussi, ce n'est pas le contexte de conflit armé qui est en lui-même illicite mais bien plutôt les comportements individuels sous-jacents. La participation de l'individu au conflit armé ne peut ainsi pas être constitutive d'une faute antérieure qui viendrait limiter la mise en œuvre de l'état de nécessité, la contrainte ou la légitime défense à son égard.

B- La faute antérieure fondée sur le risque de commettre une infraction internationale

414.Limite à l'admission de l'intoxication volontaire en cas de crime contre l'humanité et de génocide. L'appréciation de la faute antérieure au regard du contexte de l'infraction internationale ressort clairement de l'article 31 paragraphe 1 b) relatif à l'intoxication volontaire. Pour que ce motif d'exonération soit mis en œuvre, l'article exige en effet que la personne ne se soit pas « volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ». Les circonstances visées renvoient à l'élément contextuel de l'infraction internationale commise et il faut donc, pour empêcher la mise en œuvre de l'intoxication volontaire, que l'individu ait décidé de s'intoxiquer en ayant conscience du contexte dans lequel il évolue¹⁴⁸⁶. Or le crime contre l'humanité et le génocide constituent des entreprises manifestement criminelles¹⁴⁸⁷, de sorte qu'il paraît difficile d'arguer que l'on n'a pas connaissance d'agir au sein d'une telle organisation. L'intoxication volontaire en connaissance d'un tel contexte génocidaire ou anti-humanitaire ne peut ainsi se faire autrement que dans des circonstances telles que l'individu savait qu'il risquait de commettre un crime contre les populations.

¹⁴⁸³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Association Henri Capitant, 13^{ème} éd., 2020, définition « guerre ».

¹⁴⁸⁴ BARDET M., *L'infraction internationale par nature*, para. 182.

¹⁴⁸⁵ *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, para. 17 qui définit ainsi la participation volontaire fautive.

¹⁴⁸⁶ Sur ce point v. *supra* n°115 et s.

¹⁴⁸⁷ Sur cette définition v. *supra* n°412. Sur l'influence de l'illégalité manifeste des entreprises criminelles dans l'appréciation du caractère mesuré des motifs d'exonération v. *infra* n°450 et s.

415. Connaissance du contexte du crime contre l'humanité et du génocide. Un auteur fait cependant valoir que l'on ne pourrait pas empêcher un soldat d'invoquer avec succès l'intoxication volontaire du moment qu'il n'avait pas connaissance du caractère génocidaire ou anti-humanitaire du meurtre, quand bien même il savait qu'il risquait de commettre un meurtre en raison de son ivresse¹⁴⁸⁸. Cette assertion pourrait prospérer à propos du génocide dont le dol spécial traduit précisément l'exigence d'une volonté de participer au projet criminel. Il faut en effet que l'acte soit commis « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹⁴⁸⁹, ce qui ne paraît pouvoir se faire que si l'individu a connaissance du contexte génocidaire. Cette connaissance du contexte infractionnel est par ailleurs imposée explicitement par le Statut de Rome pour le crime contre l'humanité, dont l'article 7 prévoit qu'il est commis « [en connaissance] de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile »¹⁴⁹⁰. Cette exigence de connaissance du contexte infractionnel constitue alors une condition de constitution de l'infraction. Si l'individu n'a pas connaissance du contexte et qu'il s'intoxique volontairement, ce n'est ainsi pas tant l'effet exonératoire de l'intoxication qui s'appliquerait que la non-constitution du crime contre l'humanité ou du génocide pour défaut d'intention puisque l'individu n'agirait pas en connaissance de cause. L'article 30 du Statut de Rome impose en effet que l'infraction soit commise avec intention et connaissance. Si au moment de s'intoxiquer, l'individu n'a pas connaissance du contexte génocidaire ou anti-humanitaire dans lequel il évolue, c'est donc bien cette absence de connaissance qui est prépondérante, et pas l'intoxication subséquente. La connaissance du contexte faisant défaut, le comportement ne relèverait alors plus de la compétence de la Cour pénale internationale mais de celle de la juridiction interne pertinente. À l'inverse, si l'individu connaissait l'existence de ce contexte particulier, l'intoxication volontaire ne pourra pas ensuite prospérer comme motif d'exonération en ce qu'elle suppose nécessairement une faute.

416. Limite à l'intoxication volontaire en cas de crime de guerre. Il en va de même s'agissant du crime de guerre. Interprétées à l'aune de cette infraction, les « circonstances » dans lesquelles l'individu choisit de s'intoxiquer volontairement renvoient ici au contexte de

¹⁴⁸⁸ ESER A. « Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility » in TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 548 : « this means that even in a case in which a soldier is aware that, due to his drunkenness, he might commit a murder, he could hardly be barred from invoking intoxication as a defence as long as he was not aware of the genocidal or antihumanitarian character of the murder in terms of article 6 or 7 of this Statute ».

¹⁴⁸⁹ SCPI, art. 6.

¹⁴⁹⁰ SCPI, art. 7 para. 1.

conflit armé, contexte dont la connaissance par l'individu est nécessaire à la constitution de l'infraction¹⁴⁹¹. Or, si la participation volontaire au conflit armé n'est pas fautive¹⁴⁹², il reste que ce contexte implique la survenance d'évènements imprévus et exige que l'individu fasse preuve d'une vigilance constante. Il ne peut alors ignorer qu'en se plaçant lui-même dans un état d'intoxication, il courra le risque de commettre une infraction. L'individu a ainsi connaissance de ce risque et n'en tient pas compte¹⁴⁹³, ce qui matérialise un comportement fautif qui empêchera l'exonération fondée sur l'intoxication volontaire¹⁴⁹⁴. Le contexte de conflit armé vient donc ici desservir l'intoxication volontaire et empêcher sa mise en œuvre en tant que motif d'exonération, ce qui apparaît paradoxal dans la mesure où c'est pour ce contexte précis que le motif d'exonération a été envisagé. Il ressort en effet des travaux préparatoires qu'un consensus existait pour considérer que l'intoxication volontaire ne constituerait pas un motif d'exonération en cas de génocide ou de crime contre l'humanité mais pourrait s'appliquer à des actes isolés de crime de guerre¹⁴⁹⁵. Malgré ce consensus, la présence de l'intoxication volontaire dans le Statut de Rome a été contestée mais l'objection n'a, semble-t-il, jamais porté sur l'incompatibilité entre l'intoxication volontaire et le contexte du crime de guerre. La contestation se fonde plutôt sur un argument de politique criminelle, reposant sur l'idée que l'hypothèse ne se présentera pas devant la Cour pénale internationale, le procureur choisissant de réserver les ressources de la Cour à des faits plus importants. C'est ainsi qu'un auteur affirme sans ambages que bien que beaucoup de crimes de guerre individuels puissent être commis par des soldats ou malfrats sous l'influence de drogue ou d'alcool, il est hautement improbable que le procureur de la Cour pénale internationale choisisse de consacrer les précieuses ressources de l'institution au procès onéreux d'un ivrogne¹⁴⁹⁶. Le propos n'est sans doute pas faux mais, même si l'affaire arrivait devant la Cour pénale internationale, l'intoxication volontaire ne pourrait pas être mise en œuvre pour exonérer l'individu. L'hypothèse de l'acte de guerre isolé,

¹⁴⁹¹ *Éléments des crimes*, art. 8, introduction, c) : « Il faut seulement que l'auteur ait eu la connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé ».

¹⁴⁹² Sur ce point v. *supra* n°128.

¹⁴⁹³ *SCPI*, art. 31 para. 1 b).

¹⁴⁹⁴ Dans le même sens V. REBUT D., « Article 31. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 2^{ème} éd., Pedone, 2019, p. 1157 : « on peut (...) penser que ce risque devrait être aisé à établir compte tenu du contexte de commission des crimes entrant dans la compétence de la CPI ».

¹⁴⁹⁵ V. UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1 p. 4 note de bas de page 8 « *it was the understanding that voluntary intoxication as a ground for excluding criminal responsibility would generally not apply in cases of genocide and crime against humanity, but might apply to isolated acts constituting war crimes* ».

¹⁴⁹⁶ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 641-642 : « *while many individual war crimes may be committed by soldiers and thugs under the influence of drugs and alcohol [it] is highly unlikely that the Prosecutor of the International Criminal Court would choose to devote the institution's precious resources to an expensive trial of a drunkard* ».

qui a présidé à la consécration de l'intoxication volontaire dans le Statut de Rome, n'est en effet pas satisfaisante car, même isolé, l'acte s'inscrit dans le contexte conflictuel, de sorte que l'intoxication volontaire sera nécessairement fautive dès lors que l'individu se savait évoluer dans ce contexte. L'intoxication volontaire serait ainsi tout aussi incompatible avec un crime de guerre isolé qu'avec un autre crime de guerre et, plus largement avec un crime contre l'humanité ou un génocide.

417.Limite à l'intoxication volontaire en cas de crime d'agression. L'intoxication volontaire pose une problématique différente en cas de crime d'agression. En ce que ce dernier suppose de rompre la paix¹⁴⁹⁷, l'on pourrait considérer que l'emploi de la force armée s'effectue dans un contexte pacifique qui ne présenterait ainsi pas de particularité propre à faire de l'intoxication volontaire une intoxication fautive. En temps de paix, les circonstances ne permettent en effet sans doute pas de savoir que « du fait de son intoxication, [l'on risque] d'adopter un comportement relevant de la compétence de la Cour »¹⁴⁹⁸. Cela étant, le caractère attribué du crime d'agression implique qu'il ne peut être imputé qu'à une « personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »¹⁴⁹⁹. Or il ne paraît pas trop exigeant d'attendre du dirigeant d'un État qu'il ne s'intoxique pas volontairement, en tout cas pas au point d'en perdre son discernement, d'autant qu'il est probable que l'emploi de la force armée ne s'effectue pas au sein d'un contexte strictement pacifique mais plutôt dans un contexte au moins de tensions entre États. Si tel est le cas, la faute du dirigeant pourra être établie en observant qu'il a choisi de s'intoxiquer en connaissance de ce contexte. Le fait que l'intoxication volontaire lui fasse perdre sa qualité de « personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État » ne pourra pas empêcher l'imputation du crime d'agression car cette perte de qualité résultera alors de son comportement fautif. Contrairement à l'intoxication involontaire, l'intoxication volontaire ne pourra pas se muer en cause de non-imputation en raison de la faute antérieure qu'elle suppose¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ Le Préambule de la Résolution 3314 relative à la définition de l'agression indique que l'acte d'agression constitue une rupture de la paix. V. Nations Unies, *Définition de l'agression*, Résolution 3314 (XXIX), 14 déc. 1974, n°A/RES/3314 (XXIX), Préambule : « l'un des buts essentiels de l'Organisation des Nations Unies est de maintenir la paix et la sécurité internationales et de prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix » (nous soulignons).

¹⁴⁹⁸ *SCPI*, art. 31 para. 1 b).

¹⁴⁹⁹ *SCPI*, art. 8bis, para. 1.

¹⁵⁰⁰ Sur l'intoxication involontaire faisant perdre la qualité de dirigeant v. *supra* n°371 et s.

418. Inopérance de la distinction fondée sur la substance absorbée. Il est ainsi peu probable que l'intoxication volontaire puisse jouer efficacement son rôle de motif d'exonération devant la Cour pénale internationale. Il a toutefois été avancé que la prise en compte de l'intoxication volontaire pourrait différer selon la substance ingérée. Un auteur affirme en effet qu'il serait difficile d'invoquer l'intoxication volontaire comme motif d'exonération en cas de consommation d'alcool ou de drogue¹⁵⁰¹. Selon l'auteur, seule une intoxication volontaire de bonne foi, telle une intoxication causée par une autre substance, pourrait exonérer l'individu¹⁵⁰². L'idée suggérée paraît être de considérer que l'ingestion volontaire d'alcool ou de drogue est nécessairement effectuée de mauvaise foi, car les effets de ces substances sont universellement connus, de sorte que l'individu ne peut prétendre qu'il ne pouvait pas savoir qu'il risquait d'adopter un comportement pénalement répréhensible¹⁵⁰³. L'hypothèse rejoint alors la position du TPIY, qui estime que « dans un contexte où la violence et le port d'armes sont de règle, la consommation volontaire de drogues ou d'alcool constitue une circonstance aggravante plutôt qu'atténuante »¹⁵⁰⁴. *A contrario*, d'autres substances pourraient être volontairement ingérées de bonne foi, c'est-à-dire sans traduire un comportement fautif de la part de l'individu. Pour que la distinction ait un effet utile, il faudrait ainsi que les effets de la substance ingérée soient méconnus ou que les effets produits sur l'individu soient différents de ceux produits habituellement, donc imprévisibles pour l'individu. Or, si l'on admet ces hypothèses, la distinction opérée entre alcool et drogues d'un côté et autres substances de l'autre n'est plus opérante puisqu'il est par exemple possible que certains médicaments, qualifiables de drogues, puissent être prescrits à un individu sans qu'il en connaisse tous les effets¹⁵⁰⁵. De la même

¹⁵⁰¹ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 230 : « [Intoxication as a defence] is difficult to uphold when drugs or alcohol caused the voluntary intoxication ».

¹⁵⁰² *Ibid.* : « In practice, it is only bona fide voluntary intoxication, such as intoxication caused by 'other means' than drugs or alcohol, that can exculpate ».

¹⁵⁰³ V. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », *International criminal law review*, 2002, vol. 2, p. 36 qui adopte cette position uniquement pour l'alcool : « a person usually takes a free and autonomous decision to drink alcohol and normally knows that this will affect his or her capacity of self-control and appreciation » (en principe, l'individu prend librement et de manière autonome la décision de boire de l'alcool et sait que cela va affecter sa capacité de se contrôler et son appréciation).

¹⁵⁰⁴ TPIY, *Le procureur c. Kvočka et consorts*, jugement, 2 nov. 2001, n°IT-98-30/1-T, para. 706.

¹⁵⁰⁵ C'est d'ailleurs l'hypothèse la plus souvent citée lorsqu'il s'agit d'envisager une hypothèse dans laquelle l'intoxication volontaire pourrait être envisageable. V. notamment KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, 2^{ème} éd., 2008, p. 119.

manière, et la jurisprudence française l'a illustré récemment¹⁵⁰⁶, il est possible qu'une drogue produise des effets inattendus et imprévisibles sur un individu¹⁵⁰⁷.

419. Connaissance des effets prévisibles de la substance. Moins que le type de substance ingérée, c'est alors le fait que ses effets soient prévisibles et connus de l'individu qui doit compter, ce qui se rapproche de l'appréciation de l'intoxication volontaire effectuée par le droit anglais. Les juges anglais vérifient en effet si l'individu appréciait le risque que la substance puisse conduire à un comportement agressif, imprévisible ou incontrôlable¹⁵⁰⁸, bref si le comportement pouvait être qualifié de spontané. S'il avait conscience de ce risque mais qu'il n'en n'a pas tenu compte, l'individu ne pourra pas se prévaloir de l'intoxication volontaire. Le raisonnement est identique s'agissant de l'intoxication volontaire du Statut de Rome. Si l'individu sait, ou ne tient pas compte du risque, qu'en ingérant une telle substance il risquera de commettre un crime relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, alors l'intoxication volontaire ne sera pas admise. À l'image de ce qui a été suggéré pour la perception du danger, qui doit être raisonnable¹⁵⁰⁹, l'appréciation de la connaissance des effets prévisibles de la substance par l'individu peut être faite par rapport à la personne raisonnable afin de vérifier si, dans la situation de l'individu, elle aurait eu connaissance de ces effets. De la sorte, l'ingestion d'une substance dont les effets sont connus de tous ne permettra pas la mise en œuvre de l'intoxication volontaire car la personne raisonnable aurait été au courant de cet effet. L'individu ne pourra ainsi pas se prévaloir de son ignorance. Ce n'est donc que si les effets de la substance sont méconnus ou si elle ne produit pas les effets attendus que

¹⁵⁰⁶ Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-80.135, *Gaz. Pal.*, 8 juin 2021, n°21 p. 22, obs. BEAUSSONIE G. ; *R.D.P.*, 2021, n°6, comm. 103, obs. CONTE Ph. ; *J.C.P. G.*, 2021, n°19-20, note 522, obs. DREYER E. ; *Lexbase Pénal* n°37 du 29 avril 2021, obs. LÉON A. ; *Recueil Dalloz* 2021, p. 875, obs. MAYAUD Y. ; *J.C.P. G.*, 2021, n°22, note 564, obs. REBUT D. ; *J.C.P. G.*, 2021, n°19-20, note 521, obs. ROUSSEAU F. ; *AJ Pénal*, 2021, p. 254, obs. THIERRY J.-B. ; SAINT-PAU J.-Ch., *La lettre juridique* n°865 du 20 mai 2021.

¹⁵⁰⁷ La Cour de cassation reprend les propos de la chambre de l'instruction, selon laquelle « aucun élément du dossier d'information n'indique que la consommation de cannabis par l'intéressé ait été effectuée avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle manifestation ».

¹⁵⁰⁸ *V. R v. Bailey* [1982] 2 All ER 503. En l'espèce, il était question d'un individu qui n'avait pas suffisamment mangé après avoir pris de l'insuline et qui, dans un accès de crise, a commis des atteintes à l'intégrité physique. La Cour d'appel britannique a estimé que s'il est de notoriété publique que ceux qui prennent de l'alcool ou certains types de drogues peuvent devenir agressifs ou faire des choses dangereuses ou imprévisibles, le même constat ne peut pas être fait s'agissant d'un individu qui ne se nourrit pas suffisamment après une injection d'insuline. *V. aussi R v. Hardie* [1984] 3 All ER 848 à propos d'un individu ayant ingéré une grande quantité de valium, un sédatif dont le but est de calmer les nerfs.

¹⁵⁰⁹ Sur ce point *v. supra* n°106.

l'intoxication volontaire aura une chance de prospérer comme motif d'exonération, pour autant qu'elle dure aussi longtemps que le comportement infractionnel¹⁵¹⁰.

420.Limite mesurée à la mise en œuvre du trouble mental fautif. Si le Statut de Rome ne fait pas de l'absence de faute antérieure une condition de mise en œuvre du trouble mental¹⁵¹¹, il a été proposé d'opérer un rapprochement entre le trouble mental et l'intoxication qui supposent tout deux une abolition du discernement¹⁵¹². Il a ainsi également été admis que le trouble mental devrait satisfaire à une condition d'absence de faute antérieure, impliquant de circonscrire la mise en œuvre du trouble mental aux déficiences ou maladies mentales dont l'individu n'est pas la cause¹⁵¹³. Aussi, si l'individu contribue à sa déficience ou à sa maladie mentale en se sachant évoluer dans un contexte particulier qui risque de conduire à la commission d'une infraction, il ne pourra pas se prévaloir du trouble mental comme cause d'exonération. Comme pour l'intoxication volontaire, le comportement de l'individu doit être apprécié au regard du contexte des infractions internationales, de sorte que des conclusions identiques peuvent être effectuées. En effet, dès lors que l'individu a connaissance du contexte génocidaire, anti-humanitaire, conflictuel ou agressif dans lequel il évolue, le fait de contribuer à sa maladie ou à sa déficience mentale, en refusant de se soigner par exemple, constituera une faute de sa part et empêchera la mise en œuvre du trouble mental exonératoire à son égard¹⁵¹⁴.

421.Conclusion de section. Les éléments contextuels des différentes infractions internationales par nature agissent différemment sur la caractérisation d'une faute antérieure rendant prévisible le comportement adopté par l'individu. Le crime contre l'humanité et le génocide, en ce qu'ils supposent des organisations criminelles par nature, rendent fautive toute participation volontaire à ces organisations, ce qui limite la mise en œuvre des motifs d'exonération reposant sur l'existence d'un danger ou exigeant de ne pas prendre le risque de commettre une infraction. À l'inverse, la participation au conflit armé ne traduit aucun comportement fautif, de sorte qu'elle ne peut, à elle seule, limiter la mise en œuvre des motifs d'exonération reposant sur l'existence d'un danger permettant la commission d'un acte spontané. Cependant, parce qu'il implique d'évoluer dans un environnement hostile et propice

¹⁵¹⁰ Sur les limites à la mise en œuvre de l'intoxication au sein des actes sous-jacents, v. *supra* n°343.

¹⁵¹¹ L'article 31 paragraphe 1 a) du Statut de Rome ne prévoit en effet aucune limite équivalente à celle de l'intoxication.

¹⁵¹² Sur ce rapprochement v. *supra* n°146.

¹⁵¹³ Sur la faute antérieure dans le trouble mental v. *supra* n°129.

¹⁵¹⁴ La position occupée par l'individu ne changera par ailleurs rien à ce caractère fautif. V. *infra* n°586 pour le dirigeant et *infra* n°621 pour l'exécutant.

aux dangers, le conflit armé s'oppose à l'admission de l'intoxication volontaire. Cette dernière peut également être limitée en cas de crime d'agression, dont la nature d'infraction attitrée implique qu'il soit commis par un dirigeant en fonction, dont on peut raisonnablement attendre qu'il ne s'intoxique pas au point d'en perdre tout discernement.

Conclusion du Chapitre 1

422. Caractère spontané des motifs d'exonération et crime d'agression. La nature particulière du crime d'agression comme infraction attitrée exerce une influence particulière sur certains motifs d'exonération. En faisant perdre à l'individu sa qualité de « personne effectivement en mesure de contrôler ou diriger l'action politique ou militaire d'un État », le trouble mental, l'intoxication et la contrainte empêchent que l'infraction lui soit imputée. En ce sens, ces trois moyens de défense jouent un rôle non plus de motif d'exonération mais de cause de non-imputation. L'erreur de droit est quant à elle exclue par les Éléments des crimes, contrairement à l'erreur de fait qui pourrait être mise en œuvre à l'égard du crime d'agression. De la même manière, l'état de nécessité et la légitime défense devraient pouvoir être admis dans des hypothèses dans lesquelles le crime d'agression ne procède pas d'une durée de préparation et d'organisation trop étendue car ils pourraient alors révéler un comportement spontané.

423. Caractère spontané des motifs d'exonération et crime contre l'humanité et génocide. Le crime contre l'humanité et le génocide sont quant à eux des entreprises criminelles par nature, dont le seul but est de parvenir à l'oppression du groupe pris pour cible, voire à son anéantissement s'agissant du génocide. Si certains de leurs actes sous-jacents pourraient être compatibles avec des motifs d'exonération reposant sur des comportements momentanés ou des réactions immédiates à un danger imminent, cette compatibilité disparaît lorsqu'on les replace dans le contexte anti-humanitaire ou génocidaire. Ces contextes particuliers font en effet disparaître la possibilité de comportements parfaitement spontanés, principalement car la participation volontaire à ces entreprises est fautive et rend le comportement de l'individu prévisible, limitant ainsi la mise en œuvre de la légitime défense, l'état de nécessité et la contrainte. L'intoxication volontaire est également exclue car elle se fera toujours dans un contexte de risque de commettre l'infraction, ce qui vaut aussi, dans une moindre mesure, pour le trouble mental.

424. Caractère spontané des motifs d'exonération et crime de guerre. À l'inverse, le contexte de conflit armé, par l'instabilité qu'il implique, favorise les événements imprévus, ce qui s'accorde assez bien avec la légitime défense, qui s'analyse comme « une réaction opérée

en un laps de temps limité »¹⁵¹⁵, l'état de nécessité et la contrainte. De la même manière, les événements pouvant intervenir à cette occasion, sans pouvoir être qualifiés d'imminents, imposent parfois aux individus un comportement rapide qui ne permet pas toujours un temps d'analyse suffisant. Le contexte de conflit armé a ainsi un effet neutralisateur assez faible sur les motifs d'exonération traduisant un comportement instantané comme les erreurs, le trouble mental ou l'intoxication. Il n'empêchera leur admission que si le comportement de l'individu révèle une faute ou s'il perd son caractère momentané, bref si le comportement adopté était prévisible. Or, la participation au conflit armé n'étant pas en elle-même fautive, ce n'est que si l'individu s'intoxique volontairement ou contribue à sa maladie ou déficience mentale qu'une faute pourra être établie et empêcher l'admission de ces motifs d'exonération. De toutes les infractions internationales, le crime de guerre est ainsi celle qui limite le moins la mise en œuvre d'un motif d'exonération. Reste à voir si l'on peut aboutir à la même conclusion lorsque l'on s'intéresse au caractère modéré des motifs d'exonération.

¹⁵¹⁵ AKTYPIS S., « Article 31. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M., *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 920.

Chapitre 2 : Les limites tenant au caractère modéré de l'acte exonéré

425.Introduction. Les motifs d'exonération comprennent tous une certaine forme de modération en ce qu'ils imposent à l'individu d'adopter le comportement de « quelqu'un qui est éloigné de toute position excessive, qui fait preuve de pondération, de mesure dans sa conduite »¹⁵¹⁶. La condition de proportionnalité intervenant les motifs d'exonération fondés sur le choix de commettre l'infraction traduit sans doute le mieux le caractère modéré que doit posséder l'infraction commise en légitime défense, en état de nécessité, par nécessité militaire ou en représailles¹⁵¹⁷, car elle implique une réponse mesurée à un danger. La condition de proportionnalité n'est cependant pas la seule à traduire le comportement modéré de l'individu. La modération irrigue également les motifs d'exonération imposant un comportement nécessaire raisonnable. L'individu doit ainsi agir « selon la raison, le bon sens, la mesure »¹⁵¹⁸. La modération se retrouve également au sein des motifs d'exonération qui imposent d'adopter un comportement ne manifestant aucune illégalité mais elle est cette fois latente. Les trois formes d'erreur que sont l'erreur de fait, l'erreur de droit et l'ordre du supérieur ne doivent ainsi trahir aucun comportement manifestement illégal car ce dernier serait excessif et, partant, ne pourrait pas être exonéré. Pour dévoiler les limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération, il faut alors, en suivant la méthode déterminée, procéder à la confrontation de l'absence de comportement manifestement illégal (Section 1) et de l'exigence d'un comportement mesuré (Section 2) aux infractions internationales par nature.

Section 1 : Un comportement non manifestement illégal

426. L'absence d'ordre manifestement illégal est expressément exigée par l'article 33 du Statut de Rome relatif à l'ordre du supérieur. Pour que ce dernier puisse produire son effet exonératoire, il faut en effet que « l'ordre n'ait pas été manifestement illégal »¹⁵¹⁹. En admettant

¹⁵¹⁶ Définition « modération », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹⁵¹⁷ Sur la proportionnalité comme condition commune aux motifs d'exonération reposant sur le choix de commettre l'infraction, v. *supra* n°83.

¹⁵¹⁸ Définition « raisonnable », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹⁵¹⁹ SCPI, art. 33 para. 1 c).

que l'erreur de fait et de droit de l'article 32 du Statut de Rome doivent s'entendre d'une erreur raisonnable pour ne pas trahir un comportement fautif¹⁵²⁰, l'on peut par conséquent y voir une certaine forme d'absence d'illégalité manifeste en ce que seul un comportement modéré et non excessif pourra caractériser une erreur raisonnable. Autrement dit, seul un comportement non manifestement illégal commis à la suite de l'ordre du supérieur ou d'une erreur de fait ou de droit pourra être exonéré. Reste à vérifier si ce comportement non manifestement illégal peut exister au sein des actes sous-jacents (Paragraphe 1) et dans le contexte des infractions internationales par nature (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un comportement non manifestement illégal au sein des actes sous-jacents

427. L'on trouve, au sein des actes sous-jacents du génocide, du crime contre l'humanité, du crime de guerre et du crime d'agression, des actes sous-jacents incompatibles avec un comportement non manifestement illégal (A) et des actes sous-jacents compatibles avec ce comportement (B). Il ne s'agit bien sûr pas de remettre en cause la gravité de l'un de ces actes mais de montrer que l'on peut, dans certaines circonstances, se méprendre sur leur illégalité et les commettre ainsi par erreur ou en exécution d'un ordre du supérieur.

A- Les actes sous-jacents manifestement illégaux

428. Indifférence aux qualifications nationales. L'étude de la compatibilité ou de l'incompatibilité des actes sous-jacents avec un comportement non manifestement illégal ne se fera qu'à l'égard de ce qui peut être illégal au regard des différents instruments juridiques internationaux. C'est dire que la qualification des différents comportements au niveau des ordres juridiques nationaux demeurera dénuée de pertinence pour déterminer la compatibilité ou l'incompatibilité entre un acte sous-jacent et un comportement non manifestement illégal. Aussi, le fait qu'un acte sous-jacent ne constitue pas une infraction dans un pays donné ne pourra pas conduire à amenuiser son incompatibilité avec un comportement non manifestement illégal devant la Cour pénale internationale.

429. Incompatibilités des infractions sexuelles avec un comportement non manifestement illégal. Typiquement, dans le droit du Statut de Rome, les différentes

¹⁵²⁰ Sur la nécessité d'ajouter cette condition aux erreurs de l'article 32 v. *supra* n°112.

infractions sexuelles ne sont jamais autorisées, quelle que soit l'infraction internationale par rapport à laquelle on raisonne. Le Statut de Rome fait par exemple du viol un crime contre l'humanité et un crime de guerre¹⁵²¹, ce à quoi il faut ajouter les Éléments des crimes qui incluent le viol dans l'acte sous-jacent d'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale¹⁵²². Il ne paraît donc pas difficile d'en percevoir le caractère manifestement illégal, ce qui exclut la possibilité de mettre en œuvre l'ordre du supérieur, l'erreur de droit ou l'erreur de fait, sauf éventuellement, pour cette dernière, à se méprendre sur l'absence de consentement. Les Éléments des crimes viennent toutefois réduire cette possibilité à peau de chagrin, en précisant que le viol doit avoir « été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement »¹⁵²³. Tous ces procédés s'entendent ainsi de procédés violents ou menaçants, indiquant que l'individu qui les emploie a parfaitement conscience que la victime n'était pas consentante. Les infractions sexuelles sont donc manifestement illégales et ne peuvent donc être exonérées par les motifs d'exonération ici étudiés.

430. Incompatibilité des atteintes à la dignité avec un comportement non manifestement illégal. Les mêmes conclusions doivent être faites s'agissant des atteintes à la dignité comme la torture¹⁵²⁴ ou l'esclavage¹⁵²⁵ car elles portent en elles une illégalité manifeste qui s'opposera à l'admission de l'ordre du supérieur ou d'une erreur. Le premier sera ainsi refusé car l'ordre aura été manifestement illégal¹⁵²⁶, de sorte que le comportement commis en exécution de cet ordre le sera tout autant, et les secondes car aucune erreur de fait ou de droit conduisant à torturer ou à réduire en esclavage ne pourra être qualifiée de raisonnable. Il en va de même pour la persécution caractérisant un crime contre l'humanité, qui se définit comme le « déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs

¹⁵²¹ *SCPI*, art. 7 para. 1 g) pour le crime contre l'humanité et art. 8 para. 2 b) xxii) et 2 e) vi) pour le crime de guerre.

¹⁵²² *Éléments des crimes*, art. 6 b), n.b.p. 3 : « ce comportement peut comprendre, mais sans s'y limiter nécessairement, des actes de torture, des viols, des violences sexuelles ou des traitements inhumains ou dégradants ».

¹⁵²³ *Éléments des crimes*, art. 7 para. 1 g)-1 ; 8 2) b) xxii)-1 et 8 2) e) vi)-1.

¹⁵²⁴ *SCPI*, art. 7 para. 1 f) pour le crime contre l'humanité, art. 8 para. 2 a) ii), para. 2 c) i) pour le crime de guerre et *Éléments des crimes*, art. 6 b), n.b.p. 3, qui l'ajoutent au génocide.

¹⁵²⁵ *SCPI*, art. 7 para. 1 c).

¹⁵²⁶ *SCPI*, art. 33 para. 1 c).

liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet »¹⁵²⁷. Il faut en outre que cette persécution soit fondée sur des critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international¹⁵²⁸. En exigeant que le caractère inadmissible des critères soit universellement reconnu, l'article 7 du Statut de Rome exclut que l'on puisse se méprendre sur leur licéité et, partant, que l'on puisse admettre l'ordre du supérieur ou une erreur à l'égard de la persécution.

431. Exclusion de l'erreur de droit par les Éléments des crimes. Les Éléments des crimes viennent également parfois limiter la mise en œuvre de l'erreur de droit et traduisent alors une certaine forme d'illégalité manifeste. En effet, ils précisent, s'agissant de l'utilisation induite « d'un pavillon parlementaire »¹⁵²⁹, « du drapeau, des insignes ou de l'uniforme de l'ennemi »¹⁵³⁰ ou « des signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève »¹⁵³¹, que « l'auteur savait ou aurait dû savoir qu'une telle utilisation est interdite »¹⁵³². Une note de bas de page complète systématiquement ces articles, qui précise que « cet élément mental rend compte de l'interaction entre l'article 30 et l'article 32. Le mot « interdite » dénote l'illégalité du comportement ». En visant le fait que l'auteur « aurait dû savoir », les Éléments des crimes entendent reprocher cette ignorance à l'individu, qui ne peut donc bénéficier d'une erreur de droit comme motif d'exonération. Il en ressort que l'illégalité de ces différentes utilisations indues est flagrante. La comparaison avec les précisions apportées par les Éléments des crimes à propos de « l'utilisation induite du drapeau, des insignes ou de l'uniforme des Nations Unies » achève d'en convaincre. Pour cet acte sous-jacent, les Éléments des crimes adoptent une formulation plus stricte en indiquant que « l'auteur savait qu'une telle utilisation est interdite », sans ajouter l'alternative selon laquelle il « aurait dû savoir »¹⁵³³. La note de bas de page correspondante indique d'ailleurs expressément que « le critère « ou aurait dû savoir » qui apparaît dans la définition des éléments des autres crimes énumérés sous la rubrique 8 2 b vii) n'est pas applicable du fait de la variété et du caractère réglementaire des interdictions pertinentes ». À suivre les Éléments des crimes, l'utilisation induite des signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève constitue donc une infraction plus flagrante que l'utilisation induite des insignes des Nations Unies ». La première infraction ne pourrait admettre l'erreur de droit tandis que la seconde le pourrait. Il ressort également des Éléments des crimes que la

¹⁵²⁷ SCPI, art. 7 para. 2 g).

¹⁵²⁸ SCPI, art. 7 para. 1 h).

¹⁵²⁹ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b vii)-1.

¹⁵³⁰ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b vii)-2.

¹⁵³¹ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b vii)-4.

¹⁵³² Paragraphe 3 de chacun des 3 articles listés.

¹⁵³³ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b vii)-3.

technicité des règles peut rendre l'illégalité d'un comportement moins flagrant que les autres et, partant, que l'individu peut commettre une erreur de droit à son sujet.

432.Exclusion de l'erreur de fait par les Éléments des crimes. De la même manière, il arrive que les Éléments des crimes limitent la mise en œuvre de l'erreur de fait. Par exemple, s'agissant du génocide par transfert forcé d'enfants, ils précisent que l'individu « savait ou aurait dû savoir » que les personnes transférées avaient moins de 18 ans¹⁵³⁴, ce qui limite l'erreur de fait relative à l'âge¹⁵³⁵. En effet, il ne sera pas permis à l'individu de se défendre en expliquant qu'il s'est mépris sur l'âge de l'enfant. Les Éléments des crimes posent une limite similaire à l'erreur de fait s'agissant de « l'utilisation, conscription ou enrôlement d'enfants »¹⁵³⁶ pouvant caractériser un crime de guerre. Le paragraphe 3 des deux articles concernés indique que la constitution de ces deux actes sous-jacents exige que « l'auteur [sache] ou aurait dû savoir que [les personnes] étaient âgées de moins de 15 ans ». Contrairement aux hypothèses précédentes, la précision porte sur l'âge, c'est-à-dire sur un élément factuel et non pas sur un élément juridique, de sorte que c'est bien ici l'erreur de fait qui est exclue. Le comportement est ainsi toujours illégal et ne peut être exonéré.

433.Limitation jurisprudentielle de la mise en œuvre de l'erreur de droit. C'est par ailleurs la Cour pénale internationale elle-même qui a limité la mise en œuvre de l'erreur de droit pour bon nombre d'actes sous-jacents. L'erreur de droit a en effet été invoquée dans l'affaire *Abu Garda*, qui n'a pas dépassé le stade de la confirmation des charges. En l'espèce, Abu Garda était accusé d'avoir mené une attaque contre la Mission de l'Union africaine au Soudan, en attaquant l'une de ses bases¹⁵³⁷. Cette Mission étant une mission de maintien de la paix, ses bases constituaient des installations protégées. L'attaque commise contre la base par Abu Garda relevait donc de l'article 8 paragraphe 2 e) iii) du Statut de Rome et caractérisait un crime de guerre. Or, les Éléments des crimes précisent à ce sujet que l'auteur devait avoir connaissance des circonstances de fait établissant le caractère protégé de ces bâtiments¹⁵³⁸. La Chambre préliminaire a alors indiqué clairement que cette précision « exclut l'exception d'irresponsabilité pour erreur de droit en vertu de l'article 32 du Statut, étant donné que seule

¹⁵³⁴ *Éléments des crimes*, art. 6 e) para. 6.

¹⁵³⁵ SCHABAS W. *Genocide in international law*, p. 396.

¹⁵³⁶ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b xxvi) et 8 2 e vii).

¹⁵³⁷ CPI, *Le procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, décision relative à la confirmation des charges, 8 fév. 2010, n° ICC-02/05-02/09, para. 60.

¹⁵³⁸ *Éléments des crimes*, art. 8 2) e) iii) para. 5.

la connaissance relative aux faits établissant que les installations (...) étaient employé[e]s dans le cadre d'une mission de maintien de la paix est nécessaire, et non la connaissance juridique relative à la protection qui leur est garantie »¹⁵³⁹. Le fait que l'accusé se trompe et pense que la base ne constitue pas une installation protégée est alors indifférent et l'erreur de droit inadmissible. L'illégalité manifeste de l'acte accompli suffit ainsi à exclure l'exonération. L'interprétation des Éléments des crimes opérée par les juges, pour concise qu'elle soit, est parfaitement conforme à celle qui a été proposée à propos des Éléments des crimes relatifs au crime d'agression et doit donc être approuvée.

434. Conséquence sur la mise en œuvre de l'erreur de droit. Cela étant, une telle interprétation conduit à limiter très largement la mise en œuvre d'une erreur de droit pour les actes sous-jacents de l'article 8 du Statut de Rome. En effet, l'étude des Éléments des crimes montre qu'une grande partie des crimes sous-jacents du crime de guerre contient une précision similaire, tenant au statut protégé des personnes ou des biens ou à l'état particulier d'un individu¹⁵⁴⁰. C'est ainsi le cas des onze crimes sous-jacents compris dans les infractions graves aux Conventions de Genève¹⁵⁴¹ ; des infractions commises dans le cadre d'un conflit armé international « d'attaque contre le personnel ou des biens employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix »¹⁵⁴² ; du « fait de tuer ou de blesser une personne hors de combat »¹⁵⁴³ ; de la « destruction ou saisie des biens de l'ennemi »¹⁵⁴⁴ ; de « l'emploi de balles prohibées »¹⁵⁴⁵ ; de la totalité des infractions commises dans le cadre d'un conflit armé non-international¹⁵⁴⁶, de « l'attaque contre le personnel ou des biens employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix »¹⁵⁴⁷, de la « destruction ou saisie des biens de l'ennemi »¹⁵⁴⁸ et de « l'emploi de balles prohibées »¹⁵⁴⁹. Sur les soixante-quatorze crimes de guerre sous-jacents listés par les Éléments des crimes¹⁵⁵⁰, c'est ainsi vingt-cinq

¹⁵³⁹ CPI, *Abu Garda*, décision relative à la confirmation des charges, para. 94.

¹⁵⁴⁰ Le fait qu'un individu soit hors de combat par exemple.

¹⁵⁴¹ *Éléments des crimes*, art. 8 2 a).

¹⁵⁴² *Éléments des crimes*, art. 8 2 b iii) para. 5.

¹⁵⁴³ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b vi) para. 3.

¹⁵⁴⁴ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b xii) para. 4.

¹⁵⁴⁵ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b xix) para. 3. Dans ce cas l'individu doit avoir « connaissance du fait que la nature de ces balles était telle que leur emploi aggraverait inutilement les souffrances ou les blessures infligées ».

¹⁵⁴⁶ *Éléments des crimes*, art. 8 2 c).

¹⁵⁴⁷ *Éléments des crimes*, art. 8 2 e iii) para. 5, infraction envisagée dans l'affaire *Abu Garda*.

¹⁵⁴⁸ *Éléments des crimes*, art. 8 2 e xii) para. 4.

¹⁵⁴⁹ *Éléments des crimes*, art. 8 2 e xv) para. 3. Dans ce cas l'individu doit avoir « connaissance du fait que la nature de ces balles était telle que leur emploi aggraverait inutilement les souffrances ou les blessures infligées ».

¹⁵⁵⁰ Le compte final ne correspond pas à celui de l'article 8 du Statut de Rome car les Éléments des crimes ont parfois détaillé en plusieurs paragraphes différents les infractions listées dans un même paragraphe du Statut.

d'entre eux qui ne pourront faire l'objet d'une erreur de droit, de sorte que seule l'erreur de fait demeure alors un motif d'exonération possible¹⁵⁵¹. Parmi les actes sous-jacents du crime contre l'humanité, l'on retrouve une référence similaire à propos de la déportation ou du transfert forcé de populations.¹⁵⁵² L'exonération fondée sur l'erreur de droit est ainsi exclue pour cet acte sous-jacent et seule l'erreur de fait peut être mise en œuvre.

435. Bilan. Finalement, de nombreux actes sous-jacents font apparaître une forme d'illégalité manifeste qui n'est pas compatible avec l'exigence d'un comportement non manifestement illégal posée par certains motifs d'exonération. Cela étant, certains actes sous-jacents peuvent s'en accommoder.

B- Les actes sous-jacents non manifestement illégaux

436. Compatibilité des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique avec un comportement non manifestement illégal. De nombreux actes sous-jacents constituent des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique. Or, le meurtre peut être compatible avec un comportement non manifestement illégal car il est abstraitement possible de se tromper sur son illégalité. Il suffit, pour le démontrer, de rappeler que le propre de la guerre est d'envoyer des soldats tuer d'autres soldats. Cet acte sous-jacent n'est ainsi pas porteur d'une illégalité manifeste, qui dépendra alors du contexte dans lequel il est commis.

437. Compatibilité des actes sous-jacents techniques avec un comportement non manifestement illégal. De nombreux actes sous-jacents de l'article 8 du Statut de Rome sur le crime de guerre renvoient par ailleurs à des infractions techniques, notamment quant aux armes autorisées ou interdites. L'article 8 du Statut de Rome incrimine par exemple l'usage « [d']armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination en violation du droit international des conflits armés [à condition qu'ils] fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut »¹⁵⁵³. L'annexe n'ayant pas encore été adoptée ni l'interdiction générale exprimée, il faut sans doute en conclure que l'illégalité de l'emploi de

¹⁵⁵¹ Dans le même sens v. CHAUMETTE A.-L., « Les causes de non-responsabilité sont-elles effectives ? », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 213 à propos de l'affaire *Abu Garda*.

¹⁵⁵² *Éléments des crimes*, art. 7 1 d) para. 3 : « L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant la légalité de cette présence.

¹⁵⁵³ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) xx).

ces procédés n'est pas encore manifeste pour le législateur international¹⁵⁵⁴. La détermination de ce qui est superflu ou inutile demeure floue, de sorte qu'il paraît ardu d'affirmer que cette interdiction est « simple et connue de tous » ou encore que n'importe quelle personne, quelle qu'elle soit, peut en comprendre la nature criminelle¹⁵⁵⁵. Plus largement, l'application et la portée de nombreuses normes internationales sont encore débattues, de sorte qu'elles ne sont ni simples ni connues de tous. Comment arguer alors que leur violation est nécessairement manifestement illégale¹⁵⁵⁶ ?

438. Ces exemples choisis montrent que certains actes sous-jacents sont systématiquement manifestement illégaux et s'opposent donc à la mise en œuvre des motifs d'exonération vus ici. En revanche, d'autres actes sous-jacents ne sont pas manifestement illégaux. Ce n'est ainsi pas l'acte sous-jacent *stricto sensu* qui fait du comportement une infraction mais bien sa commission dans un contexte particulier. Différents actes sous-jacents peuvent ainsi être commis par erreur ou en exécution d'un ordre du supérieur et ce n'est qu'en les replaçant dans le contexte de commission l'infraction internationale qu'il sera possible de déterminer leur caractère manifestement illégal.

Paragraphe 2 : Un comportement non manifestement illégal dans le contexte de l'infraction internationale

439. Singularité du contexte du crime d'agression. Pour que le comportement de l'individu puisse être qualifié de non manifestement illégal, autrement dit pour que l'on puisse admettre que ce comportement soit effectué et exonéré par erreur ou sur ordre du supérieur hiérarchique, il faut s'assurer que le contexte des infractions internationales ne s'oppose pas à cette caractérisation. Génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre et crime d'agression disposent chacun d'un contexte singulier. Cela étant, il est possible qu'ils soient caractérisés simultanément, ce dont témoigne les différentes affaires portées tant devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* que devant la Cour pénale internationale et qui cumulent souvent

¹⁵⁵⁴ Pour un avis similaire v. VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 305 n.b.p. 88 qui illustre son propos par l'article 8 para. 2 b) xvii) relatif au « fait d'employer du poison ou des armes empoisonnées » et par l'article 8 para. 2 b) xviii) relatif au « fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues ».

¹⁵⁵⁵ Sur la définition de l'ordre manifestement illégal v. *supra* n°170.

¹⁵⁵⁶ Sur ce point v. SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P., 2010, p. 668-669 qui prend l'exemple des représailles, dont l'interdiction en droit international pénal n'est pas encore tranchée, pour se demander si l'ordre de commettre un acte constitutif d'un crime de guerre en représailles serait « manifestement illégal ».

la qualification de crime contre l'humanité et de crime de guerre¹⁵⁵⁷. Au vu de son contexte particulier impliquant de rompre la paix internationale, le crime d'agression fait cependant figure d'exception car, s'il peut être le point de départ d'autres infractions internationales, il ne peut pas se cumuler avec elles. Le crime d'agression n'est en effet plus ce « crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous »¹⁵⁵⁸. Outre que les atteintes aux populations ont acquis une place essentielle¹⁵⁵⁹ et peuvent parfaitement se commettre au sein d'un seul pays – en témoigne le génocide rwandais – le crime de guerre est lui aussi un crime autonome, non-contenu dans le crime d'agression dont il se distingue. Schématiquement, le crime d'agression sanctionne le déclenchement de la guerre, là où le crime de guerre sanctionne les mauvaises conduites dans le déroulement de la guerre et peut d'ailleurs être commis lors d'un conflit armé non-international¹⁵⁶⁰. En ce sens, la vérification de la compatibilité entre un comportement non manifestement illégal et ce contexte singulier du crime d'agression (A) doit être distingué de celle de la compatibilité de ce comportement avec les contextes pouvant se cumuler (B).

A- Un comportement non manifestement illégal dans le contexte singulier

440. Exigence d'une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. L'article 8bis du Statut de Rome exige la commission « d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »¹⁵⁶¹. Cette condition objective¹⁵⁶², dont l'introduction à l'article 8 bis résulte d'un compromis entre les partisans d'un champ d'application large de l'infraction recouvrant tous les actes d'agression et les partisans d'un champ d'application extrêmement restreint¹⁵⁶³, indique que seul un acte

¹⁵⁵⁷ Sur ce point v. *infra* n°447 et s.

¹⁵⁵⁸ Jugement de Nuremberg, in *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Service d'information des crimes de guerre, coll. « Documents pour servir à l'histoire de la guerre », Office français d'édition (non daté).

¹⁵⁵⁹ DEPREZ Ch., *L'applicabilité des droits humains à l'action de la Cour pénale internationale*, Bruylant, 2016, para.

¹⁵⁶⁰ SCPI, art. 8 para. 2 c).

¹⁵⁶¹ SCPI, art. 8 bis para. 1.

¹⁵⁶² *Éléments des crimes* art. 8bis, introduction, para. 3.

¹⁵⁶³ GILLET M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *International criminal law review*, 2013, vol. 13, n°4, p. 857 citant VAN SCHAACK B., « The grass that gets trampled when elephants fight : will the codification of the crime of aggression protect women ? », *Santa Claus University legal studies research paper n°10-10*, 2010, vol. 1, p. 10 : « [the term « manifest »] emerged as a compromise modifier to bridge the gap between those delegates who wanted no compromise at all, on the theory that every act of aggression should be subject to prosecution, and those who wanted a higher threshold that would limit prosecution to « flagrant » breaches of the Charter » (le terme « manifeste » a été émergé comme un compromis pour rapprocher les délégations refusant tout compromis en considérant que tous les actes d'agression devraient faire l'objet de poursuites, et les délégations qui souhaitaient un seuil plus élevé qui limiterait les poursuites aux violations « flagrantes » de la Charte).

d'agression suffisamment grave emportera la qualification de crime d'agression¹⁵⁶⁴. Elle traduit l'idée que seuls sont visés les actes constituant une violation tellement évidente de la Charte qu'elle sera immédiatement perceptible par l'observateur raisonnable¹⁵⁶⁵.

441. Constat d'acte d'agression par le Conseil de sécurité et violation manifeste de la Charte. L'acte d'agression est donc théoriquement insuffisant à caractériser l'infraction internationale, dès lors qu'il n'est pas manifeste, même s'il a été constaté par le Conseil de sécurité, ce qui peut surprendre. La Résolution 3314 prévoit en effet que le Conseil de sécurité des Nations Unies peut ne pas conclure à l'existence d'un acte d'agression, notamment car « les actes en cause ou leurs conséquences ne sont pas d'une gravité suffisante »¹⁵⁶⁶. La jurisprudence de la Cour internationale de justice révèle en outre que tous les actes agressifs ne revêtent pas le même degré de gravité. Elle a en effet estimé qu'il y a une différence entre « les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) et d'autres modalités moins brutales »¹⁵⁶⁷. Il apparaît donc que lorsqu'un acte d'agression est constaté par le Conseil de sécurité, il présente déjà une gravité importante. Ainsi, il est possible que l'acte d'agression constaté par le Conseil de sécurité s'entende toujours d'un acte d'agression constituant une violation manifeste. Cela ne signifie pas que la Cour pénale internationale est liée par le constat de l'existence d'un acte d'agression, le Statut de Rome prévoyant explicitement qu'elle ne l'est pas¹⁵⁶⁸, mais cela laisse peut-être présager que la violation manifeste de la Charte par l'acte d'agression constaté par le Conseil de sécurité pourrait être présumée¹⁵⁶⁹. Une telle présomption, nécessairement réfragable pour ne pas contrevenir aux droits de la défense prévus par l'article 67 du Statut de Rome¹⁵⁷⁰, conduirait à

¹⁵⁶⁴ Dans le même sens v. PACREAU X., « Article 8 bis – Crime d'agression », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, 1^{ère} éd., p. 702

¹⁵⁶⁵ KOSTIC D., « Whose crime is it anyway ? The International Criminal Court and the crime of aggression », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2011, vol. 22, n°1, p. 124 : « it is likely that « manifest » will be interpreted to include only those situations where the violation of the United Nations Charter is so blatant that it is readily distinguishable by the reasonable observer ».

¹⁵⁶⁶ Résolution 3314, art. 2.

¹⁵⁶⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, *Recueil* 1986, para. 191.

¹⁵⁶⁸ SCPI, art. 15 bis para. 9 et art. 15 ter para. 4.

¹⁵⁶⁹ Pour une idée similaire v. FALKOWSKA M., « L'interaction entre la Cour pénale internationale et le Conseil de sécurité en matière d'agression à l'issue de la conférence de révision du Statut de Rome », *Revue belge de droit international*, 2010, vol. 43, Issue 2, p. 580-581, selon laquelle le fait que la Cour pénale internationale ne soit pas tenue par le constat d'un acte d'agression par le Conseil de sécurité de l'ONU ne l'empêchera pas d'ignorer un tel constat. L'auteur estime en effet que la Cour pénale internationale pourrait « accorder à ces sources une valeur probatoire pour établir l'existence d'un crime d'agression, et partant, d'une responsabilité individuelle ».

¹⁵⁷⁰ SCPI, art. 67, para. 1 i) : l'accusé a le droit de « ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation »

alléger le travail probatoire du procureur en cas de constat d'acte d'agression par le Conseil, sans empêcher l'individu d'apporter des éléments probatoires faisant naître un doute raisonnable quant à l'existence d'un acte d'agression¹⁵⁷¹. Cela étant, qu'il soit présumé ou établi par la Cour pénale internationale, ce caractère manifeste de la violation de la Charte emporte des conséquences sur la mise en œuvre de l'ordre du supérieur, de l'erreur de droit et de l'erreur de fait.

442. Incompatibilité de la violation manifeste de la Charte et de l'ordre du supérieur.

D'abord, la condition de violation manifeste de la Charte des Nations Unies a pour effet immédiat d'empêcher que l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome ne soit retenu lors de la commission d'un crime d'agression. Si le choix a été fait de ne pas exclure expressément l'ordre du supérieur en cas de crime d'agression¹⁵⁷², le caractère attiré de ce dernier aurait *a priori* pu suffire à exclure ce motif d'exonération. Il faut toutefois admettre qu'une certaine hiérarchie peut s'observer parmi les individus en position de commettre un crime d'agression. Parmi les personnes « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État », il est en effet possible que certaines soient soumises à l'autorité d'autres. Par exemple, le général de l'armée est sans doute effectivement en mesure de diriger l'action militaire d'un État et, s'il décide seul de lancer un acte d'agression, il ne pourra pas invoquer l'ordre du supérieur. Si en revanche il lance cet acte parce que le chef de l'État lui en donne l'ordre, il pourrait se prévaloir de l'ordre du supérieur sauf si cet ordre est manifestement illégal. Les Éléments des crimes indiquent d'ailleurs bien, quoi qu'en note de bas de page, que « dans le contexte d'un acte d'agression, il se peut que plus d'une personne réponde [au critère tenant à l'individu effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire de l'État] »¹⁵⁷³. Lors des Procès subséquents au Procès de Nuremberg, les juges avaient également affirmé que quelque part entre le Dictateur et Commandant suprême des forces militaires de la nation et le soldat commun, il y avait une frontière entre la participation criminelle et la participation excusable à l'exécution d'une guerre d'agression par un individu¹⁵⁷⁴. Des rapports hiérarchiques existent donc bien au sein même de

¹⁵⁷¹ Sur ce critère probatoire relativement à la contestation des éléments de l'infraction, v. *supra* n°307 et s.

¹⁵⁷² Sur les débats relatifs à ce choix lors la conférence de Kampala, v. CLARK R. S., « General principles of international criminal law », in KRESS C. & BARRIGA S. (ss. dir.), *The crime of aggression : a commentary*, C.U.P., 2017, p. 599-601.

¹⁵⁷³ *Éléments de crimes*, art. 8 bis, éléments, para. 2, n.b.p. 75.

¹⁵⁷⁴ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *High Command case, Trials of war criminals*, vol. XI, p. 486 : « Somewhere between the Dictator and Supreme Commander of the Military Forces of the nation and the common soldier is the boundary between the criminal and the excusable participation in the waging of an aggressive war by an individual engaged in it ».

la catégorie des dirigeants, capables de contrôler ou diriger effectivement l'action politique ou militaire d'un État¹⁵⁷⁵. L'admission de l'ordre du supérieur, si elle n'est sans doute que résiduelle¹⁵⁷⁶, n'en reste pas moins conceptuellement compatible avec le caractère attiré du crime d'agression¹⁵⁷⁷. C'est donc bien l'exigence d'un acte d'agression manifestement incompatible avec la Charte des Nations Unies pour constituer un crime d'agression qui achève de convaincre de l'impossible admission de ce motif d'exonération en cas de crime d'agression. En effet, le caractère manifeste de la violation de la Charte des Nations Unies est un élément constitutif de l'infraction, de sorte que s'il n'est pas établi, l'infraction n'est pas constituée et le motif d'exonération n'a plus de rôle à jouer¹⁵⁷⁸. À l'inverse, si la violation manifeste est reconnue, la condition d'absence d'illégalité manifeste requise pour l'admission de l'ordre du supérieur fera nécessairement défaut¹⁵⁷⁹ et l'ordre du supérieur ne pourra être reçu comme motif d'exonération.

443. Incompatibilité de la violation manifeste de la Charte et de l'erreur de droit.

Ensuite, l'exigence que l'acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte influe également sur l'erreur de droit. Cette dernière n'est en effet possible que si l'erreur est raisonnable, c'est-à-dire si elle pourrait être commise par une personne raisonnable placée dans des circonstances similaires¹⁵⁸⁰. Or, si la violation manifeste est la violation immédiatement perceptible par l'observateur raisonnable¹⁵⁸¹, l'individu moyen ne peut se tromper sur ce caractère manifeste. Pour le dire autrement, l'erreur de droit sera difficile à admettre si la

¹⁵⁷⁵ Dans le même sens v. GILLET M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *International criminal law review*, 2013, vol. 13, n°4, p. 862 qui envisage l'application résiduelle de la responsabilité du supérieur hiérarchique prévue à l'article 28 du Statut de Rome aux auteurs du crime d'agression.

¹⁵⁷⁶ Dans le même sens v. CLARK R. S., « Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1110 : « *the leadership nature of the crime renders it extremely unlikely that the defence will ever work in this context* ».

¹⁵⁷⁷ CLARK R. S., « Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1110 : « *the leadership nature of the crime renders it extremely unlikely that the defence will ever work in this context* ».

¹⁵⁷⁸ Dans le même sens v. GILLET M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *International criminal law review*, 2013, vol. 13, n°4, p. 864 : « *Although the defence of superior orders is not expressly excluded from applying to aggression, it is effectively precluded because of the requirement that the superior order not be « manifestly unlawful »* » (bien que l'application de l'ordre du supérieur au crime d'agression ne soit pas expressément exclue par le texte, elle l'est dans les faits en raison de l'exigence que l'ordre du supérieur ne soit pas manifestement illégale) ; WEISBORD N., « The mens rea of the crime of aggression », *Washington University global studies law review*, 2013, vol. 12, p. 505 : « *the requirement that there be no manifest unlawfulness essentially guarantees that the leader will be acquitted on other grounds before the defendant has a chance to raise the superior orders defense* » (l'exigence d'une violation non-manifeste garantit que le dirigeant sera acquitté sur d'autres fondements avant d'avoir la chance d'invoquer l'ordre du supérieur).

¹⁵⁷⁹ Sur cette condition v. *supra* n°169 et s.

¹⁵⁸⁰ Sur la nécessité d'ajouter une condition tenant au caractère raisonnable de l'erreur v. *supra* n°112.

¹⁵⁸¹ Sur cette définition v. *supra* n°170.

violation de la Charte est manifeste parce que le crime commis sera manifestement illégal. Partant, l'erreur sera forcément déraisonnable. Les Éléments des crimes paraissent au demeurant exclure l'erreur de droit. En effet, ces derniers indiquent qu'il « n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, le caractère « manifeste » de la violation de la Charte des Nations Unies »¹⁵⁸². Le fait que l'individu ait effectué une évaluation du droit est ainsi indifférente, de sorte que l'erreur qu'il pourrait commettre dans cette évaluation doit l'être également¹⁵⁸³.

444. Compatibilité de la violation manifeste de la Charte et de l'erreur de fait. Enfin et en revanche, l'exigence d'une violation manifeste de la Charte exerce sans doute une influence plus relative sur la mise en œuvre de l'erreur de fait. Les Éléments des crimes précisent en effet que l'individu doit avoir eu « connaissance des circonstances de fait qui avaient établi une telle violation manifeste de la Charte des Nations Unies », ce qui peut rendre possible l'application de l'erreur de fait si l'individu se trompe sur ces circonstances. Il est par exemple possible que l'individu sache que l'emploi de la force armée par son État est un acte d'agression au sens de la Charte mais qu'il ne sache pas que cet acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte¹⁵⁸⁴. L'individu doit donc connaître les faits établissant que la violation de la Charte est manifeste, tout comme il doit connaître les faits établissant que l'acte d'agression est incompatible avec la Charte¹⁵⁸⁵. Encore une fois une dichotomie entre la connaissance du droit et la connaissance des faits est opérée alors qu'elle paraît difficile à mettre en œuvre s'agissant d'une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. Il est en effet difficile de savoir, factuellement, que l'acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte si l'on ne connaît pas le contenu de cette dernière¹⁵⁸⁶. Ne pas se tromper sur les circonstances de fait implique de savoir quel type d'acte est une violation manifeste et quel type d'acte n'en est pas, ce qui est impossible tant que la Cour pénale internationale, seule juridiction amenée à

¹⁵⁸² *Éléments des crimes*, art. 8 bis introduction para. 4.

¹⁵⁸³ Dans le même sens v. KOSTIC D., « Whose crime is it anyway ? The International Criminal Court and the crime of aggression », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2011, vol. 22, n°1, p. 125 : « these provisions nullify any « mistake of law » defense that the accused might raise » (ces éléments excluent toute défense tirée de l'erreur de droit qui pourrait être invoquée par l'accusé). *Contra* DINSTEIN Y., *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 6^{ème} éd., 2017 para. 425 p. 158 : « this does not preclude a claim of mistake of law » (cela n'empêche pas l'invocation d'une erreur de droit).

¹⁵⁸⁴ Assemblée des États-parties à la CPI, « *Chairman's non-paper on the Elements of crimes* », para. 25 : « there may be instances where an accused is aware of facts establishing that a State use of force is an act of aggression, but not aware of other facts establishing that this act of aggression constitutes, by its character, gravity and scale, a manifest violation of the Charter of the United Nations ».

¹⁵⁸⁵ Sur ce point v. *supra* n°357.

¹⁵⁸⁶ Dans le même sens v. PREZAS I., « Crime d'agression », *Jurisque Droit international*, fasc. 450 (actualisation nov. 2014), para. 31.

interpréter ce critère, ne se sera pas prononcée. Il est alors possible pour l'individu de se tromper et de ne pas saisir que son comportement est illégal. Tout au plus peut-on suggérer que les actes d'agression constatés par le Conseil de sécurité pourraient être qualifiés de violation manifeste.

445. Difficultés tenant à l'intervention humanitaire. Cette détermination posera notamment difficulté en présence de l'argument d'intervention humanitaire. Cette hypothèse, nommée aussi « droit d'intervention » ou « devoir d'ingérence humanitaire »¹⁵⁸⁷, consiste pour un État à employer la force armée¹⁵⁸⁸ contre un autre État, afin de prévenir ou de faire cesser des atteintes graves aux droits fondamentaux des individus, et ce sans le consentement de l'État agressé ni l'autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁵⁸⁹. Cette situation est controversée au niveau du droit international public, de sorte que des doutes quant à sa nature justificatrice subsistent¹⁵⁹⁰. D'aucuns considèrent en effet qu'elle doit être appréhendée comme une justification à l'emploi de la force, faisant donc disparaître l'acte d'agression, en se basant sur une lecture *a contrario* de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies, qui interdit aux États-membres « de recourir à la menace ou à l'emploi de la force (...) de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». L'idée serait alors de considérer que « comme, par définition, le droit d'intervention humanitaire aurait pour objectif de faire respecter les droits de l'Homme et que, par ailleurs, le respect de ces droits constitue l'un des objectifs reconnus par les Nations Unies, (...) ce droit ne serait pas incompatible avec l'article 2§4 de la Charte »¹⁵⁹¹. Les partisans de la doctrine de l'intervention humanitaire fondent encore son existence sur le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui suppose donc l'aval du

¹⁵⁸⁷ CORTEN O., DUBUISSON F., KOUTROULIS V. et LAGERWALL A., *Une introduction critique au droit international*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 443.

¹⁵⁸⁸ La menace d'emploi de la force armée, qui fait également partie de la doctrine de l'intervention humanitaire, doit être écartée des développements en ce qu'elle ne fait pas partie du champ d'application de l'article 8 *bis* du Statut de Rome.

¹⁵⁸⁹ CREEGAN E., « Justified uses of force and the crime of aggression », *J.I.C.J.*, 2012, p. 69 : « *The threat or use of force across state borders by a state (or group of states) aimed at preventing or ending widespread and grave violations of the fundamental human rights of individuals ... without the permission of the state in whose territory force is applied* ».

¹⁵⁹⁰ KOLB R., *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012, p. 178 : « il existe une controverse sur le droit d'utiliser la force en droit coutumier [dans le cas de] l'intervention humanitaire » ; DONAT CATTIN D., « Intervention of Humanity or the use of force to halt mass-atrocity crimes, the peremptory prohibition of aggression and the interplay between *jus ad bellum*, *jus in bello* and individual criminal responsibility on the crime of aggression », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity: essays in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 368 : « *The doctrine of humanitarian intervention is one of the most controversial areas of public international law* » (la doctrine de l'intervention humanitaire est l'une des plus controversées du droit international public).

¹⁵⁹¹ CORTEN O., *Le droit contre la guerre*, Pedone, 3^{ème} éd., 2020, p. 785.

Conseil de sécurité¹⁵⁹², ou avancent qu'elle fait partie de la responsabilité de protéger pesant sur les États¹⁵⁹³. Les opposants à l'admission de l'intervention humanitaire estiment au contraire qu'elle ne constitue pas une justification suffisante, en arguant que l'interprétation *a contrario* de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte est rejetée¹⁵⁹⁴, que l'intervention humanitaire ne fait pas partie du concept de responsabilité de protéger¹⁵⁹⁵, ou encore que l'existence d'exemples emportant un doute ne peut constituer une nouvelle règle de droit international coutumier¹⁵⁹⁶. La CIJ tend d'ailleurs à adopter ce dernier point de vue, qui a rappelé que « l'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect [des droits de l'homme] »¹⁵⁹⁷. Sans prendre parti sur ces divergences que ni la doctrine spécialisée ni les États eux-mêmes n'arrivent pour l'instant pas à dépasser, il est toutefois possible de considérer que ces hésitations influenceront l'appréciation de l'erreur de fait invoquée par un individu. Puisqu'il y a un doute sur la légalité de l'intervention humanitaire, l'acte n'est en effet pas manifestement illégal et peut donc faire l'objet d'une exonération. Le caractère controversé de l'intervention humanitaire permettrait ainsi à l'auteur d'un crime d'agression d'avancer que les circonstances factuelles l'avaient raisonnablement conduit à penser que l'acte d'agression commis ne constituait pas une violation manifeste de la Charte¹⁵⁹⁸ et donc qu'il avait agi en pensant de bonne foi ne pas commettre une telle violation.

¹⁵⁹² V. notamment DONAT CATTIN D., « Intervention of Humanity or the use of force to halt mass-atrocity crimes, the peremptory prohibition of aggression and the interplay between *jus ad bellum*, *jus in bello* and individual criminal responsibility on the crime of aggression », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity: essais in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 371 : « *it should go without saying that the relevant intervention of humanity to halt such grave crimes and save the lives of victims should be performed by States(...) within the framework of Chapter 7 of the Charter* » (il devrait aller sans le dire que l'intervention humanitaire pertinente pour faire cesser des crimes aussi graves et sauver les vies des victimes devrait être effectuée par les États dans le système du Chapitre 7 de la Charte).

¹⁵⁹³ FEINSTEIN L. et SLAUGHTER A. M., « A duty to prevent », *Foreign Affairs*, 2004, p. 136, cité par CORTEN O., *Le droit contre la guerre*, p. 779.

¹⁵⁹⁴ CORTEN O., *op. cit.*, p. 788.

¹⁵⁹⁵ *Ibid*, p. 807 et s.

¹⁵⁹⁶ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 3^{ème} éd., 2014, p. 319 : « *The conservative, and perhaps the better, view is that humanitarian intervention is contrary to international law ; a few doubtful examples of humanitarian practice cannot constitute a new rule of customary international law* ».

¹⁵⁹⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, Recueil 1986, para. 268.

¹⁵⁹⁸ GILLET M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *International criminal law review*, 2013, vol. 13, n°4, p. 853 : « *the requirement that the violation of the UN Charter be « manifest » will provide room for arguments based on doctrines of uncertain legal standing, such as humanitarian intervention* » (l'exigence que la violation de la Charte des Nations Unies soit « manifeste » laissera de la place aux arguments basés sur des doctrines au fondement légal incertain, comme l'intervention humanitaire) ; KOSTIC D., « Whose crime is it anyway ? The International Criminal Court and the crime of aggression », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2011, vol. 22, n°1, p. 126 : « *it becomes evident that good-faith errors do not fall under the mens rea requirement because, if the action were taken in good-faith, the actor would not likely expect his actions to constitute a manifest violation in the ordinary course of events* »

446. Problématique des « zones grises » du droit international. La problématique de l'intervention humanitaire induit la question plus générale de la prise en compte des « zones grises » du droit international dans l'appréciation de la responsabilité pénale individuelle devant la Cour pénale internationale. Il a en effet été avancé que l'emploi de l'expression « violation manifeste de la Charte » avait pour objet d'exclure ces fameuses zones grises, dont font notamment partie l'intervention humanitaire, la légitime défense contre des groupes terroristes situés dans d'autres États ou encore la légitime défense étatique préventive¹⁵⁹⁹, c'est-à-dire le fait pour l'État de se défendre avant qu'un acte d'agression n'ait été déclenché contre lui. La façon dont ces situations sont appréhendées par le droit international n'étant pas claire, leur caractère manifeste ne pourrait pas être caractérisé. Ainsi, en avançant l'un de ces arguments, l'accusé viendrait remettre en cause le caractère manifeste de la violation, c'est-à-dire un élément constitutif de l'infraction dont la contestation implique seulement que l'accusé établisse un doute raisonnable¹⁶⁰⁰. Il a à l'inverse été suggéré de faire des zones grises du droit international des motifs d'exonération autonomes invocables en vertu de l'article 31 paragraphe 3 du Statut de Rome¹⁶⁰¹. L'accusé devrait alors satisfaire le standard plus strict de la prépondérance des preuves¹⁶⁰². Faire des zones grises du droit international des motifs d'exonération autonomes n'est cependant pas satisfaisant, qui conduit à confondre circonstances excluant l'illicéité étatique – dans lesquelles les zones grises du droit international pourraient entrer – et motifs d'exonération individuelle¹⁶⁰³. Ces derniers, et plus généralement la responsabilité pénale internationale individuelle, ne peuvent toutefois pas être totalement déconnectés des considérations du droit international public, surtout s'agissant du crime d'agression. Faire entrer la zone grise du droit international dans le champ d'application de l'erreur de fait permet alors de maintenir un équilibre satisfaisant. En effet, contrairement à la

(il devient évident que les erreurs de bonne foi ne satisferont pas la *mens rea* exigée car, si l'action a été faite de bonne foi, l'auteur ne pouvait sans doute pas prévoir que ces actes constitueraient une violation manifeste selon le cours normal des événements). V. cependant KRESS C., « Time for decision : some thoughts on the immediate future of the crime of aggression : a reply to Andreas Paulus », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1141 qui paraît plutôt considérer que la controverse liée à l'intervention humanitaire viendrait remettre en cause le caractère « manifeste » de la violation, avec pour conséquence d'empêcher la condamnation de l'individu.

¹⁵⁹⁹ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. *et al.*, *An introduction to international criminal law and procedure*, précité, p. 321 : « *it has also been suggested that the term means 'manifestly unlawful', with the intention of excluding grey areas of public international law on the use of force including such controversial uses of force as humanitarian intervention, self-defence against terrorist groups in other States, and anticipatory self-defence* ».

¹⁶⁰⁰ Sur ce critère probatoire v. *supra* n°307.

¹⁶⁰¹ GILLET M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », p. 847.

¹⁶⁰² Sur ce critère probatoire v. *supra* n°308.

¹⁶⁰³ PREZAS I., « Crime d'agression », *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 450 (actualisation nov. 2014), para. 33.

légitime défense de l'article 51 ou à l'autorisation du Conseil des Nations Unies de l'article 42, les hypothèses de zones grises du droit international ne sont pas régies par un texte et ne font pas l'objet d'une interprétation homogène. Dans ces circonstances, l'individu peut donc raisonnablement ne pas comprendre qu'il agit en violation manifeste de la Charte et invoquer une erreur. L'exigence d'une violation manifeste de la Charte n'implique ainsi pas nécessairement que le comportement est manifestement illégal car l'individu peut ne pas en saisir l'illégalité, ce qui pourra sans doute être le cas également dans les contextes cumulatifs.

B- Un comportement non manifestement illégal dans les contextes cumulatifs

447. Le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre peuvent tous les trois se commettre par des comportements similaires. Ce rapprochement n'est guère surprenant car l'ensemble de ces infractions ont pour but de protéger les individus bien plus que l'État. Ils reposent en revanche sur des éléments contextuels distincts, dans lesquels doivent être replacés les actes sous-jacents afin de vérifier si un comportement non manifestement illégal peut subsister et emporter la mise en œuvre de l'ordre du supérieur (1) ou de l'erreur (2).

1) L'exécution d'un ordre non manifestement illégal

448. **Champ d'application de l'article 33 du Statut de Rome.** L'article 33 du Statut de Rome paraît exclure l'application de l'ordre du supérieur en cas de crime contre l'humanité ou de génocide. Il indique en effet que « l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal »¹⁶⁰⁴. L'ordre du supérieur est à l'inverse permis en cas de crime de guerre. Les trois infractions n'ont ainsi pas la même influence sur l'appréciation de l'illégalité manifeste de l'ordre du supérieur (a), ce qui se révèle problématique lorsqu'un même fait peut recevoir cumulativement la qualification de crime contre l'humanité ou de génocide et celle de crime de guerre (b).

¹⁶⁰⁴ SCPI, art. 33 para. 2.

a) L'appréciation distincte de l'illégalité manifeste du crime commis sur ordre du supérieur

449. L'article 33 du Statut de Rome, opérant une distinction entre le crime contre l'humanité et le génocide (i) et le crime de guerre (ii), invite à étudier ces différents crimes séparément.

i) L'illégalité manifeste de l'ordre du supérieur dans le contexte des entreprises criminelles

450. **Gravité des entreprises criminelles.** L'exigence que l'acte soit commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile confère au crime contre l'humanité une gravité spécifique¹⁶⁰⁵. De la même manière, le dol spécial requis pour constituer le génocide caractérise cette même gravité¹⁶⁰⁶. Le champ lexical employé pour exprimer cette gravité suprême est vaste, pour l'une et l'autre infraction. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on a ainsi pu parler de « crime des crimes » ou de crime « dépassant l'entendement »¹⁶⁰⁷ pour qualifier le génocide, de crime couvrant « des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui est le plus essentiel »¹⁶⁰⁸ pour qualifier le crime contre l'humanité, l'un et l'autre étant « des crimes d'une extrême gravité »¹⁶⁰⁹, « particulièrement choquant[s] pour la conscience humaine »¹⁶¹⁰.

451. **Ambiguïté de la lettre du Statut de Rome.** L'on retrouve une forme d'appréhension de cette gravité à l'article 33 du Statut de Rome, qui indique que « l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal »¹⁶¹¹. L'ordre du supérieur semble donc exclu *ipso facto* s'agissant de ces crimes¹⁶¹², ces derniers étant « réputés trop graves pour ne pas être illégaux *prima facie* »¹⁶¹³. Cette appréciation repose sur une

¹⁶⁰⁵ FRULLI M., « Are crimes against humanity more serious than war crimes ? », *E.J.I.L.*, 2001, p. 335 : « *the systematic policy or the large scale are constitutive elements of crimes against humanity, this category of offences always includes an inherent element of gravity* ».

¹⁶⁰⁶ FRULLI M., « Are crimes against humanity more serious than war crimes ? », *E.J.I.L.*, 2001, p. 337 ; VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, précité, p. « le caractère massif ne concerne pas tant la matérialité criminelle – les crimes commis – que l'intention criminelle ».

¹⁶⁰⁷ TPIR, *Kayishema et Ruzindana, Sentence*, 21 mai 1999, n°ICTR-95-1-T, para. 9.

¹⁶⁰⁸ TPIY, *Le procureur c. Drazen Erdemović*, jugement, 29 nov. 1996, n° IT-96-22-T, para. 28.

¹⁶⁰⁹ TPIR, *Le procureur c. Jean-Paul Akayesu, Sentence*, 2 oct. 1998, n° ICTR-96-4-T, para. 8.

¹⁶¹⁰ TPIR, *Akayesu*, sentence précitée, para. 8 ; TPIR, *Kayishema*, sentence précitée, para. 9.

¹⁶¹¹ SCPI, art. 33 para. 2.

¹⁶¹² SCHABAS W., *Genocide in international law* précité, p. 384 : « *It appears that the effect of paragraph 2 is to eliminate the defence of superior orders in case of genocide* », ce qui vaut également pour le crime contre l'humanité, expressément visé lui aussi.

¹⁶¹³ SAINT JAMES V., « Article 33- Ordre hiérarchique et ordre de la loi » in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par*

interprétation téléologique du texte, ce qui correspond évidemment à son esprit, mais sa lettre peut malheureusement porter à confusion. Il faut en effet convenir, et l'Histoire le démontre suffisamment, qu'un ordre direct de commettre une telle infraction n'a jamais été donné¹⁶¹⁴. C'est qu'en « voulant justifier des actes considérés jusque-là comme blâmables, on change[...] le sens ordinaire des mots »¹⁶¹⁵. Tout le système de la solution finale nazie reposait d'ailleurs sur un vocabulaire équivoque dont le but était d'éviter que ne transparaisse la réalité des intentions meurtrières du régime.

452. Recours à l'interprétation stricte de l'article 33 du Statut de Rome. Certains auteurs, faisant une interprétation stricte du texte, font ainsi valoir qu'à suivre la lettre de l'article 33, seul cet ordre explicite de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité empêcherait l'admission de l'ordre du supérieur¹⁶¹⁶. Aussi, selon les partisans de cette interprétation, « l'accusé qui, après en avoir reçu l'ordre, a empêché les gens de sortir d'un endroit, en attendant que quelqu'un d'autre y mette le feu », pourrait invoquer l'ordre du supérieur, même en cas de crime contre l'humanité ou de génocide¹⁶¹⁷. Pour mal choisi que soit l'exemple, le fait de participer à la crémation d'individus vivants étant toujours criminel, quel que soit le contexte dans lequel il survient, l'interprétation stricte doit être préférée. Si cette dernière n'est expressément imposée comme technique d'interprétation principale que pour la définition des crimes¹⁶¹⁸, elle doit également être de mise s'agissant des autres règles posées par le Statut de

article, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1183 ; GAETA P., « The defense of superior order : The Statute of the International Court of Justice versus customary international law », *E.J.I.L.*, vol. 10, 1999, p. 189-190 : « [Article 33] has ruled out the possibility of the plea of superior orders for the most odious and egregious international crimes, i.e. genocide and crimes against humanity, offences which normally involve widespread attacks on innocent civilians » (l'article 33 a exclu la possibilité de plaider l'ordre du supérieur pour les crimes internationaux les plus odieux et choquants, à savoir le génocide et le crime contre l'humanité, crimes qui impliquent normalement une attaque généralisée contre des civils innocents).

¹⁶¹⁴ DETRAZ S., DÉCIMA O., VERNY E., *Droit pénal général*, L.G.D.J., coll. « Cours », 4^{ème} éd., 2020, para. 256 p. 144, raisonnant sur l'article 122-4 du Code pénal français relatif à l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, expliquent que « l'autorité légitime n'ordonne généralement pas la commission d'une infraction pénale en tant que telle (...), mais commande la réalisation d'un acte (...) qui, en raison des circonstances, tombe sous le coup de la loi pénale »).

¹⁶¹⁵ THUCYDIDE, *Guerre du Péloponnèse*, Livre III Chapitre 82, cité par FAYE J.-P., *Introduction aux langages totalitaires – Théorie et transformations du récit*, Livre de poche, 2009, p.181

¹⁶¹⁶ DUFOUR G., « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », *R.I.C.R.*, 2000, vol. 82, n°840, p. 987 ; CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J., 2006, p. 715 ; CLARK R. S., « The mental element in international criminal law : the Rome Statute of the International criminal court and the elements of offences », *Criminal law forum*, 2001, vol. 12, p. 333 ; MINOW M., « Living up to rules: holding soldiers responsible for abusive conduct and the dilemma of the superior orders defence », *McGill Law journal*, 2007, vol. 52, p. 8.

¹⁶¹⁷ DUFOUR G., « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », *R.I.C.R.*, 2000, vol. 82, n°840, p. 976.

¹⁶¹⁸ *SCPI*, art. 22 para. 2 : « La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie ».

Rome. Elle a également l'avantage ici, s'agissant d'un texte ambigu, de conduire à l'interprétation la plus favorable pour l'accusé en lui permettant d'invoquer l'ordre du supérieur, interprétation dont le principe est reconnu par le Statut de Rome¹⁶¹⁹ et par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux¹⁶²⁰. Il faut alors conclure que l'article 33 du Statut de Rome n'exclut pas l'ordre du supérieur dans le contexte du crime contre l'humanité ou du génocide.

453. Illégalité manifeste de l'ordre du supérieur. Retenir cette interprétation de l'article 33 n'aboutit en réalité qu'à rendre le motif d'exonération qu'il contient invocable par l'individu. Cela ne signifie pas pour autant que l'ordre du supérieur pourra prospérer en cas de commission d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité puisque l'exigence que « l'ordre n'ait pas été manifestement illégal » demeure¹⁶²¹. Or, un ordre de commettre un crime contre l'humanité ou un génocide ou d'y participer de quelque manière que ce soit, doit être considéré comme manifestement illégal¹⁶²². Comme le relève un auteur, « face à la gravité intrinsèque des crimes contre l'humanité, leur caractère général et systématique et la condamnation unanime dont ils font l'objet depuis soixante ans, il est aisé de conclure avec le Statut de la Cour pénale internationale, que l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est manifestement illégal »¹⁶²³. Aussi, face à des crimes qui heurtent la conscience universelle par leur ampleur et leur gravité et qui constituent une attaque contre le genre humain¹⁶²⁴, puisque l'ensemble de l'humanité sait que l'ordre est illégal, l'individu doit le savoir aussi. L'acte commis est donc manifestement illégal, sauf s'il ne correspond en réalité à aucun acte sous-jacent du crime contre l'humanité ou du génocide. C'est donc bien ici le contexte entourant l'exécution de l'ordre du supérieur qui viendra lui conférer son caractère manifestement illégal. L'individu devant en effet avoir connaissance du contexte dans lequel il évolue, voire avoir la volonté de s'y associer

¹⁶¹⁹ SCPI, art. 22 para. 2 : « En cas d'ambiguïté, [la définition d'un crime] est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, d'une poursuite ou d'une condamnation ».

¹⁶²⁰ Sur ce point v. MALABAT V., « Article 22- *Nullum crimen sine lege* », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 989.

¹⁶²¹ SCPI, art. 33 para. 1 c).

¹⁶²² SCHABAS W., *Genocide in international law*, C.U.P., 2^{ème} éd., 2009, p. 388 emploie l'argument à l'égard du seul génocide, ce qui s'explique par l'objet de l'ouvrage, exclusivement réservé à ce crime : « *an order to commit genocide, or to participate in the crime in whatever fashion, must be deemed manifestly illegal* ».

¹⁶²³ CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, précité, p. 715.

¹⁶²⁴ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2 – Superior orders », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, Oxford University Press, vol 2, 2002, p. 971 : « *Any crime against humanity or act of genocide does not only affect an individual person or persons ; instead they constitute an attack on mankind and human dignity.* »

dans l'hypothèse d'un génocide¹⁶²⁵, il ne peut ignorer que l'ordre qu'on lui demande d'exécuter participera à la réalisation du crime contre les populations, donc qu'il sera manifestement illégal¹⁶²⁶.

454. Réécriture de l'article 33 paragraphe 2. De ce point de vue, une quelconque exclusion expresse de l'ordre du supérieur en cas de crime contre l'humanité ou de génocide peut même apparaître superflue au vu du dol spécial du génocide et de la gravité de ces crimes contre les populations¹⁶²⁷. Cela étant, pour entériner cette exclusion et puisque telle était la volonté des rédacteurs originels, l'article 33 paragraphe 2 du Statut de Rome doit être conservé, sous réserve d'une clarification. Pour que la lettre corresponde à l'esprit du texte, il serait en effet plus rigoureux de formuler le paragraphe 2 autrement, en fondant l'exclusion de l'ordre du supérieur sur la nature de l'infraction commise et non pas sur le contenu de l'ordre reçu¹⁶²⁸. Il pourrait ainsi être indiqué que « le bénéfice de l'ordre du supérieur est exclu en cas de crime contre l'humanité ou de génocide » ou que « le présent article n'est applicable qu'aux crimes de guerre »¹⁶²⁹, ce qui serait par ailleurs l'occasion de clarifier la position des rédacteurs du Statut quant à l'application de cet article en cas de crime d'agression¹⁶³⁰.

ii) L'illégalité manifeste de l'ordre du supérieur dans le contexte du crime de guerre

455. Absence d'illégalité manifeste du crime de guerre. La conduite de la guerre n'est pas en elle-même fautive dès lors qu'elle respecte les règles du *jus in bello*. Les combattants ne sont ainsi pas engagés dans une action criminelle par nature et l'illégalité de certaines actions peut ne pas apparaître frappante. C'est dire que la participation au conflit armé, contrairement à la participation à une entreprise criminelle, n'est pas en elle-même manifestement illégale. En

¹⁶²⁵ Sur ce point v. *supra* n°

¹⁶²⁶ Pour une position similaire v. ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2 – Superior orders », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, précité, p. 971 qui explique qu'au regard du plan ou de la politique nécessaire à la caractérisation d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide, il serait extrêmement compliqué pour un accusé de commettre un acte constitutif de l'un de ces crimes sans avoir connaissance de son illégalité.

¹⁶²⁷ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 296 : « *Strictly speaking, the provision is superfluous. After all, an order to commit either crimes against humanity or acts of genocide can be considered 'manifestly unlawful' under subparagraph 1 (c) bearing in mind the special intent and grave nature of the crimes* ». Dans le même sens v. MASSÉ M., « De la lutte contre l'impunité à un nouveau modèle de responsabilité », in DIGNEFFE F. et MOREAU T. (ss. dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Larcier, 2006, p. 440.

¹⁶²⁸ En ce sens v. DUFOUR G., « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », précité, p. 988.

¹⁶²⁹ Pour une synthèse des propositions effectuées dans la thèse v. *infra* tableau en annexe.

¹⁶³⁰ Sur l'application de l'ordre du supérieur en cas de crime d'agression, v. *supra* n°442.

permettant l'application de l'ordre du supérieur en cas de crime de guerre, l'article 33 du Statut de Rome laisse à penser que les crimes de guerre constituent des violations du droit international humanitaire moins apparentes et moins sérieuses que le crime contre l'humanité ou le génocide¹⁶³¹.

456. Illustration de l'absence d'illégalité manifeste dans les Procès subséquents. Le tribunal militaire américain à Nuremberg partageait d'ailleurs cet avis, qui avait reconnu dans l'affaire *High Command* que l'utilisation de prisonniers de guerre pour la construction de fortifications n'était pas manifestement illégale¹⁶³². Pour ce faire, les juges ont procédé à une étude assez détaillée des règles et de la pratique en la matière. D'une part, ils ont relevé une différence de formulation entre la Convention de la Haye, qui prohibait l'utilisation de prisonniers de guerre pour tout travail en rapport avec les opérations de guerre, et les Conventions de Genève qui prohibaient l'utilisation de ces prisonniers pour tout travail en rapport direct avec les opérations de guerre¹⁶³³. La première couvrait ainsi un champ plus large que la seconde. D'autre part, les juges ont constaté que les russes utilisaient des prisonniers allemands pour des travaux similaires à ceux que l'on reprochait aux nazis d'avoir imposé à leurs prisonniers¹⁶³⁴. S'ils ont rejeté l'argument du *tu quoque*¹⁶³⁵, ils ont estimé que cette donnée était pertinente pour interpréter ce qui constituait une utilisation acceptable des prisonniers de guerre en droit international¹⁶³⁶. Les juges ont ainsi conclu que l'illégalité de l'utilisation des prisonniers de guerre n'était pas claire, de sorte que l'ordre y relatif n'était pas manifestement illégal¹⁶³⁷. Par conséquent, le commandant de terrain appliquant cet ordre pouvait ne pas savoir que l'ordre était illégal. L'acte accompli n'était ainsi pas non plus manifestement illégal, de

¹⁶³¹ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 296 : « *The delegates in Rome considered war crimes a less apparent and less serious breach of international humanitarian law than crimes against humanity and genocide* ».

¹⁶³² Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Leeb and others (High Command case)*, 30 déc. 1947 - 28 oct. 1948, *L.R.T.W.C.*, vol. XII, p. 509 et s.

¹⁶³³ *Ibid* p. 533 : « *the Hague Convention specifically prohibited the use of prisoners of war for any work in connection with the operations of war, whereas the later Geneva Conventions provided that there shall be no direct connection with the operations of war* ».

¹⁶³⁴ *Ibid* : « *There is also much evidence in this case to the effect that Russia used German prisoners of war for such purposes* ».

¹⁶³⁵ *Ibid* : « *It is no defense in the view of this Tribunal to assert that international crimes were committed by an adversary* ». Sur le rejet du *tu quoque* comme motif d'exonération v. *supra* n°38-39.

¹⁶³⁶ *Ibid* : « *as evidence given to the interpretation of what constituted accepted use of prisoners of war under international law, such evidence is pertinent* ».

¹⁶³⁷ *Ibid* : « *This Tribunal is of the opinion that in view of the uncertainty of international law as to this matter, orders providing for such use from superior authorities, not involving the use of prisoners of war in dangerous areas, were not criminal upon their face* ».

sorte que le commandant de terrain a pu être exonéré de ce chef d'accusation sur le fondement de l'ordre du supérieur.

457.Rejet du caractère manifestement illégal *per se* des crimes de guerre. S'il a pu être avancé qu'à l'heure actuelle, peu de crimes de guerre visés par le Statut de Rome « n'apparaissent pas comme manifestement illégaux, surtout si l'on sait que tous les États doivent diffuser le droit international humanitaire auprès de leurs forces et de leur population »¹⁶³⁸, tous les actes sous-jacents du crime de guerre ne le sont pourtant pas¹⁶³⁹ car « il est sans doute illusoire de faire de chaque individu impliqué dans un contexte violent un juriste en puissance »¹⁶⁴⁰. C'est d'autant plus vrai que la liste des crimes sous-jacents de l'article 8 est, contrairement à celle du crime contre l'humanité et du génocide, beaucoup plus détaillée et beaucoup plus technique et contient au demeurant certaines ambiguïtés. Aussi les rédacteurs du Statut ne se sont-ils pas trompés en réservant l'application de l'ordre du supérieur au crime de guerre¹⁶⁴¹.

458.Erreur quant à la légalité de l'ordre. Contrairement aux crimes contre les populations, le crime de guerre ne suppose ainsi pas une illégalité manifeste. Cela signifie qu'un ordre donné dans ce contexte peut ne pas être manifestement illégal¹⁶⁴². L'acte commis par l'individu peut ainsi ne pas apparaître manifestement illégal non plus. Pour que l'ordre du supérieur soit admis comme motif d'exonération, il faudra alors ensuite vérifier que l'individu « n'ait pas su que

¹⁶³⁸ DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant 6^{ème} éd., 2019, p. 1121 et p. 770-775 pour le détail des textes exigeant une diffusion par les États. L'on notera que si le Statut de Rome ne fait pas partie de ces textes, les Conventions de Genève, dont les violations sont réprimées par l'article 8 paragraphe 2 a) du Statut de Rome, en font, elles, partie.

¹⁶³⁹ Sur les actes sous-jacents du crime de guerre non manifestement illégaux v. *supra* n°437.

¹⁶⁴⁰ SAINT JAMES V., « Article 33- Ordre hiérarchique et ordre de la loi » in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1187. Dans le même sens v. VERHAEGEN J., « Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels – Pour une procédure accessible aux subordonnés », *R.I.C.R.*, 2002, vol. 84, n°845, p. 41 ; ESER A., « Mental elements – Mistake of fact and mistake of law », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, Oxford University Press, vol 2, 2002, p. 945 : « *Similarly, even if the crimes prohibited by the ICC Statute are of a nature and gravity commonly known as unlawful, even the soldier who has been informed of the contents of the Geneva Conventions may not be aware of the variety and reach of all relevant prohibitions, particularly insofar as they are of formal character* » (même si les crimes prohibés par le Statut de Rome sont, par leur nature et leur gravité, manifestement illégaux, même le soldat qui a été informé du contenu des Conventions de Genève peut ne pas être au courant de la variété et du champ d'application de toutes les internationales, en particulier celles qui ont un caractère formel). *Contra* SCALIA D. in *G.A.D.I.P.*, n°70 p. 498 ; FOURNET C., « When the child surpasses the father - Admissible defences in international criminal law », *International criminal law review*, 2008, Issue 3, p. 525.

¹⁶⁴¹ *Contra* GAETA P., « The defense of superior order : The Statute of the International Court of Justice versus customary international law », *E.J.I.L.*, vol. 10, 1999, p. 190 : « *Article 8 sets out an exhaustive list of war crimes, which covers acts that are unquestionably and blatantly criminal* ».

¹⁶⁴² Sur ce point v. *supra* n°169 et s.

l'ordre était illégal »¹⁶⁴³. Il est ainsi possible que l'individu se méprenne sur l'illégalité de l'ordre qu'on lui demande d'accomplir, en pensant qu'il doit accomplir un acte légal qui en réalité ne l'est pas. Le contexte du crime de guerre n'a alors pas d'influence particulière sur cette appréciation, qui ne se fait donc que par rapport aux actes sous-jacents. L'article 8 interdit par exemple « le fait d'utiliser des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles »¹⁶⁴⁴. Un colonel de l'armée britannique explique à ce propos que peu de soldats de bas rang sont experts dans les différents types de munition ou les différents effets qu'elles peuvent causer, tout comme peu d'entre eux pourraient identifier les balles concernées par l'interdiction¹⁶⁴⁵. Peu d'entre eux seraient donc à même de savoir que l'ordre donné de tirer de telles balles était illégal. Le fait que les Éléments des crimes imposent que l'individu ait « connaissance du fait que la nature de ces balles était telle que leur emploi aggraverait inutilement les souffrances ou les blessures infligées »¹⁶⁴⁶ ne change ici rien à l'affaire si l'individu n'est pas capable d'identifier les balles en question.

459. Bilan. Quoi qu'il en soit, le contexte du crime de guerre, en ce qu'il n'est pas en lui-même porteur d'une illégalité manifeste, n'a pas de réelle influence sur la mise en œuvre de l'ordre du supérieur, contrairement aux contextes de crime contre l'humanité et de génocide qui s'opposent à son admission. Face à l'antinomie de ces solutions, la question de l'effet exonératoire de l'ordre du supérieur en présence de faits emportant également la qualification de crime de guerre et de crime contre l'humanité ou de génocide doit être posée.

b) L'appréciation de l'illégalité de l'ordre du supérieur en cas de cumul de qualifications

460. Critère du cumul de qualifications. Une problématique particulière se pose s'agissant de l'ordre du supérieur, lorsque les faits peuvent emporter cumulativement l'application du crime de guerre et du crime contre l'humanité ou du génocide. En effet, selon les articles 6, 7 et 8 du Statut de Rome, ces trois infractions internationales peuvent être constituées par des actes identiques. L'étude des condamnations prononcées par la Cour pénale internationale et

¹⁶⁴³ SCPI, art. 33 para. 1 b).

¹⁶⁴⁴ SCPI, art. 8 para. 2 b) xix).

¹⁶⁴⁵ GARRAWAY C., « Superior orders and the International criminal court : justice delivered or justice denied », *R.I.C.R.*, 1999, vol. 81, n°836, p. 792 : « Few private soldiers are expert in the wounding effects or different types or ammunition and few could probably identify bullets to which this prohibition would apply ».

¹⁶⁴⁶ *Éléments des crimes*, art. 8 2 b xix) para. 3.

par les tribunaux pénaux internationaux avant elle montre d'ailleurs que les qualifications de crime de guerre et de crime contre l'humanité sont très souvent retenues de manière cumulée. Ces situations fréquentes sont dues au critère de cumul permissif retenu par le TPIY et repris par la Cour pénale internationale¹⁶⁴⁷. La Chambre d'appel du TPIY a en effet décidé, dans l'affaire *Čelebići*, qu'un même fait pouvait emporter l'application cumulée de deux qualifications, si chacune d'entre elle « comporte un élément nettement distinct qui fait défaut dans l'autre »¹⁶⁴⁸. Et la Chambre d'appel d'ajouter qu'un « élément est nettement distinct s'il exige la preuve d'un fait que n'exigent pas les autres »¹⁶⁴⁹. L'appréciation de l'élément distinct se fait donc au regard de la définition légale de l'infraction et non pas au regard du comportement de l'accusé, ce qui permet de vastes possibilités de cumuls, chaque infraction internationale possédant un élément contextuel nettement distinct des autres¹⁶⁵⁰. Le critère vaut au demeurant tant pour les crimes sous-jacents d'une même infraction internationale que pour deux infractions internationales distinctes, ce qui autorise par exemple à retenir cumulativement deux qualifications de crimes contre l'humanité distinctes pour un même fait ou une qualification de crime contre l'humanité cumulée à une qualification de crime de guerre. De très nombreux cumuls ont ainsi pu être retenus par les tribunaux *ad hoc*¹⁶⁵¹.

461. Application du critère de l'élément nettement distinct par la Cour pénale internationale. La Cour pénale internationale suit le même chemin que ses prédécesseurs *ad hoc*. Sur les cinq condamnations qu'elle a prononcées¹⁶⁵², trois procèdent ainsi à des cumuls de qualifications. Dans l'affaire *Katanga*, dans laquelle ce dernier a été condamné pour un chef de crime contre l'humanité et quatre chefs de crime de guerre, le meurtre est retenu à la fois en tant que crime contre l'humanité et en tant que crime de guerre¹⁶⁵³. Dans l'affaire *Ntaganda*,

¹⁶⁴⁷ CPI, jugement *Katanga*, para. 1695 ; CPI, jugement *Ntaganda*, para. 1202 ; CPI, jugement *Ongwen*, para. 2792.

¹⁶⁴⁸ TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 412.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

¹⁶⁵⁰ Dans le même sens v. BARDET M., « La résolution des concours de qualifications devant la Cour pénale internationale », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 177 ; FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA C., « The International Criminal Court and the Čelebići test », *J.I.C.J.*, 2017, vol. 15, n°4, p. 691.

¹⁶⁵¹ Pour le recensement des décisions des tribunaux *ad hoc* v. MCINTYRE G., « Cumulative convictions », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 289-290 ; VALABHJI N., « Cumulative convictions based on the same acts under the Statute of the ICTY », *Tulane journal of international and comparative law*, 2002, vol. 10, p. 185 et s.

¹⁶⁵² L'on ne tiendra pas compte, ici, de la condamnation prononcée en l'affaire *Bemba*, qui a été annulée par la Chambre d'appel. L'on peut toutefois préciser que deux des trois infractions retenues par le jugement faisaient elles aussi l'objet d'un cumul de qualifications. Les deux autres condamnations, prononcées dans les affaires *Al Mahdi* et *Lubanga* sont relatives exclusivement à des crimes de guerre.

¹⁶⁵³ C.P.I., jugement *Katanga*, dispositif et para. 1693 à 1696 pour la justification du cumul de déclarations de culpabilité.

quatre des cinq crimes contre l'humanité correspondent à des faits emportant également la qualification de crime de guerre. La persécution, dernier crime contre l'humanité retenu, n'a toutefois pas d'équivalent dans le crime de guerre, ce qui explique qu'elle n'ait pas fait l'objet d'un cumul¹⁶⁵⁴. Enfin, dans l'affaire *Ongwen*, qui a emporté la condamnation pour le plus grand nombre de chefs d'accusation à ce jour, trente sont relatifs à des crimes contre l'humanité et trente-et-un à des crimes de guerre¹⁶⁵⁵. Parmi les trente premiers, dix-neuf renvoient à des faits pour lesquels la qualification de crime de guerre a été cumulativement retenue. Les douze autres renvoient à trois infractions différentes, qui ne connaissent pas d'équivalent parmi les actes sous-jacents du crime de guerre : l'esclavage¹⁶⁵⁶, la persécution¹⁶⁵⁷ et le mariage forcé entrant dans la qualification ouverte de l'article 7 paragraphe 1 k)¹⁶⁵⁸. Pour critiquable que soit ce choix du cumul de qualifications¹⁶⁵⁹, gageons donc que la Cour pénale internationale n'est pas près de revenir dessus.

462. Influence du cumul sur l'ordre du supérieur. Or cela conduit à un problème insurmontable s'agissant de l'ordre du supérieur. En effet, s'il est admis pour un acte relevant d'un crime de guerre, c'est que l'ordre n'était pas manifestement illégal, de même que le crime commis en exécution de cet ordre. L'individu ne serait alors pas responsable pour le crime de guerre mais il resterait responsable pour le crime contre l'humanité constitué par le même acte puisque l'ordre du supérieur est exclu pour ce crime¹⁶⁶⁰. Une telle position conduirait très

¹⁶⁵⁴ CPI, *Le procureur c. Bosco Ntaganda*, jugement, 8 juil. 2019, n° ICC-01/04-02/06, chef d'accusation n°10.

¹⁶⁵⁵ CPI, jugement *Ongwen*.

¹⁶⁵⁶ CPI, jugement *Ongwen*, chefs d'accusation n° 8, 20, 33, 46, 57 et 68.

¹⁶⁵⁷ CPI, jugement *Ongwen*, chefs d'accusation n° 10, 23, 36, 49.

¹⁶⁵⁸ CPI, jugement *Ongwen*, chefs d'accusation n° 50 et 61.

¹⁶⁵⁹ V. notamment VALABHJI N., « Cumulative convictions based on the same acts under the Statute of the ICTY », *Tulane journal of international and comparative law*, 2002, vol. 10, p. 185 et s. ; PALOMBINO F. M., « Should genocide subsume crimes against humanity ? », *J.I.C.J.*, 2005, vol. 3, n°3, p. 778 et s. ; ERDEI I., « Cumulative convictions in international criminal law : reconsideration of a seemingly settled issue », *Suffolk transnational law review*, 2011, vol. 34, n°2, p. 317 et s. ; FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA C., « The International Criminal Court and the Čelebići test », *J.I.C.J.*, 2017, vol. 15, n°4, p. 689 et s. ; BARDET M., « La résolution des concours de qualification devant la Cour pénale internationale », précité, p. 165 et s.

¹⁶⁶⁰ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2. Superior orders », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court*, p. 972 : « even where in such a situation the offender might be able to rely on the defence of superior order with regard to Article 8 of the Statute (war crimes), he could still be punished under article 7 and / or article 6 of the Statute for having committed a crime against humanity or an act of genocide » (même si dans une telle situation l'accusé pourrait se voir reconnaître le bénéfice de l'ordre du supérieur relativement à l'article 8 du Statut (crimes de guerre), il pourrait toujours être puni en vertu de l'article 7 et / ou de l'article 6 du Statut pour avoir commis un crime contre l'humanité ou un acte de génocide) ; ZAHAR A., « Superior orders » in CASSESE A., *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 527 qui s'appuie sur l'incohérence de l'articulation entre les deux infractions pour contester l'exclusion de l'ordre du supérieur en cas de crime contre l'humanité : « Moreover, at the ICTY and ICTR one often finds the same set of acts charged cumulatively as a war crime and as a crime against humanity ; it would make little sense in the case of the ICC to allow the defence for one kind of crime but not for the other » (devant le TPIY et le TPIR, il a été fréquent que des actes soient qualifiés cumulativement de crime de guerre et de crime contre l'humanité ; il

certainement à une violation des droits de l'individu et à une application *contra legem* du Statut, dont l'article 33 impose la non-responsabilité si les conditions de l'ordre du supérieur sont remplies¹⁶⁶¹. Cependant, exonérer l'individu du crime contre l'humanité impliquerait une application tout autant *contra legem* de l'article 33, qui exclut le bénéfice de l'ordre du supérieur dans ce cas. Il reste qu'il est tout à fait incohérent de considérer que le même fait est en même temps manifestement illégal s'agissant du crime contre l'humanité et non manifestement illégal s'agissant du crime de guerre. Au demeurant, l'accusation pourrait contourner l'application de l'article 33 en choisissant de qualifier l'acte de crime contre l'humanité, qui exclut l'ordre du supérieur, plutôt que de crime de guerre, qui lui l'admet¹⁶⁶². Face à ces « contradictions invincibles »¹⁶⁶³, il est alors à craindre – ou à espérer – qu'en cas de cumul des qualifications, l'ordre du supérieur perde son effet exonératoire quant au crime de guerre¹⁶⁶⁴. La crainte peut néanmoins être relativisée dans la mesure où les actes relevant à la fois du crime de guerre et du crime contre l'humanité – par exemple la torture ou les différentes infractions sexuelles – seront sans doute qualifiés de manifestement illégaux, même en l'absence d'une hypothèse de cumul de qualifications. C'est donc bien l'acte commis qui déterminera l'illégalité manifeste, laquelle s'opposera à l'admission de l'ordre du supérieur. Il semble alors que ce motif

ferait assez peu sens pour la Cour pénale internationale d'autoriser le moyen de défense pour un type de crime et pas pour l'autre).

¹⁶⁶¹ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, p. 296 : « even in situations in which the defendant can rely on a defence of superior orders with regard to war crimes, he can still be punished for the same acts as crimes against humanity. In our view, this is unacceptable since it would violate the principle of equity and fairness. After all, a successful plea of superior orders implies an order that is not manifestly unlawful ».

¹⁶⁶² SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, p. 669 : « if the idea that commission of a war crime may not be 'manifestly unlawful' is entertained pursuant to article 33(1), why should an order to commit the act be deemed to be 'manifestly unlawful' merely because the Prosecutor and the Pre-Trial Chamber have decided to categorize the act as a crime against humanity rather than a war crime ? » (si l'idée découlant de l'article 33 paragraphe 1 est qu'un crime de guerre peut ne pas être « manifestement illégal », pourquoi un ordre pourrait-il être caractérisé de « manifestement illégal » simplement parce que le procureur et la chambre préliminaire ont décidé de qualifier l'acte de crime contre l'humanité plutôt que de crime de guerre ?). L'interrogation est partagée par O'REILLY A., « Affirmative defenses in international criminal proceedings », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, p. 490 : « it is unclear what the outcome would be where a crime, for example a single rape, is charged both as a war crime and as a crime against humanity. Would the Chamber be permitted, when considering a defense of superior orders, to convict for the rape qua crime against humanity but not for the same rape qua war crime ? » (est-ce que la Cour pénale internationale pourrait, en étudiant la défense de l'ordre du supérieur, condamner pour viol constituant un crime contre l'humanité mais ne pas condamner pour le même viol relevant du crime de guerre ?). Si l'exemple du viol n'est sans doute pas le plus pertinent, l'ordre de commettre ce dernier pouvant être inclus dans la liste des ordres manifestement illégaux, il n'enlève rien à la pertinence de l'interrogation.

¹⁶⁶³ BARDET M., « La résolution des concours de qualifications devant la Cour pénale internationale », p. 178.

¹⁶⁶⁴ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2 – Superior orders », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, p. 972 : « Pour une position plus implicite v. SAINT JAMES V., « Article 33- Ordre hiérarchique et ordre de la loi » in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, p. 1185 : « dans une même affaire devant la Cour, les différents accusés sont poursuivis jusqu'ici pour des faits susceptibles de recevoir plusieurs qualifications pénales, ce qui relativise peut-être cet inconvénient ».

d'exonération ne pourra prospérer qu'en présence d'un acte qualifié exclusivement de crime de guerre¹⁶⁶⁵, ce qui, en l'état de la jurisprudence relative au cumul de qualifications, réduit drastiquement les possibilités qu'il soit retenu.

463. Finalement, l'absence d'illégalité manifeste du crime de guerre indique, à la différence du crime contre l'humanité et du génocide, que la condition y relative de l'article 33 du Statut de Rome pourrait, même si les hypothèses seront certainement limitées, être remplie. Il faut désormais vérifier les différents contextes auront le même effet sur la mise en œuvre d'une erreur exonératoire.

2) La commission d'une erreur non manifestement illégale

464. L'erreur de fait et l'erreur de droit prévues par l'article 32 du Statut de Rome s'entendent d'une erreur raisonnable. Or cette appréciation varie suivant le contexte de commission de l'infraction internationale, de sorte que l'action erronée pourra être manifestement illégale en cas de crime contre l'humanité et de génocide (a) mais ne pas l'être en cas de crime de guerre (b).

a) L'illégalité manifeste de l'action erronée

465. Neutralisation de l'ignorance de l'illégalité de l'ordre par le contexte des entreprises criminelles. L'ampleur démesurée du contexte des entreprises criminelles en fait des crimes flagrants et empêche de douter de leur illégalité. Lorsque l'on replace les actes sous-jacents dans ces contextes, ceux qui auraient pu éventuellement être le résultat d'une action erronée perdent ce caractère. Par exemple, dans un contexte anti-humanitaire ou génocidaire, le meurtre ne peut pas être commis à la suite d'une méprise sur le caractère légal de cette action puisqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique¹⁶⁶⁶ ou dans le but de détruire un groupe protégé comme tel¹⁶⁶⁷. L'illégalité manifeste dont ces deux contextes sont porteurs vient ainsi limiter la mise en œuvre d'une erreur, qu'elle relève de l'ordre du supérieur ou qu'elle soit envisagée de manière autonome. S'agissant de l'ordre du supérieur, l'illicéité

¹⁶⁶⁵ ZIMMERMANN A., « Chapter 24.2 – Superior orders », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, p. 972 : « the possible scope of application of the defence provided for in Article 33 is fortunately limited to those situations where the offender has committed war crimes only ».

¹⁶⁶⁶ SCPI, art. 7 para. 1.

¹⁶⁶⁷ SCPI, art. 6.

manifeste des crimes contre les populations neutralise à la fois la condition objective tenant à l'absence d'illégalité manifeste¹⁶⁶⁸ et à la fois la condition subjective tenant à l'ignorance par l'individu de l'illégalité de l'ordre¹⁶⁶⁹. C'est d'ailleurs précisément cette ignorance qui est reprochée à l'individu puisqu'il n'est pas admis qu'il puisse tromper sur la légalité d'un ordre dont tout individu raisonnable connaît le caractère manifestement illégal. L'erreur sur l'illégalité de l'ordre relevant de l'article 33 est ainsi forcément déraisonnable, donc fautive, dans le contexte du crime contre l'humanité ou du génocide. Partant, elle ne peut être admise comme motif d'exonération.

466. Influence de l'illégalité manifeste sur les erreurs. Le même raisonnement doit être adopté pour l'erreur de droit régie par l'article 32 du Statut de Rome. Si cet article ne pose aucune condition d'absence d'illégalité manifeste, l'erreur de fait ou de droit qu'il prévoit ne peuvent en effet être admises que si elles sont raisonnables, c'est-à-dire si elles auraient pu être commises par n'importe quel individu raisonnable¹⁶⁷⁰. L'erreur de droit suppose donc d'apprécier le caractère clair et universellement admis et reconnu de la règle enfreinte¹⁶⁷¹. Or, puisque le caractère illicite des crimes contre les populations apparaît immédiatement à tout individu moyen¹⁶⁷², bref puisque la commission de ces crimes est manifestement illégale, une erreur de fait ou de droit à ce sujet ne pourra pas être raisonnable. La définition de l'erreur de droit retenue par l'affaire *Lubanga*, qui exige que l'individu ignore « l'existence d'un élément objectif normatif du crime parce qu'il n'avait pas conscience de sa signification sociale (son sens courant) »¹⁶⁷³, va d'ailleurs dans le sens d'une limitation des erreurs pouvant être qualifiées de raisonnables. Le sens courant est en effet le sens premier d'un mot, son sens le plus utilisé. Difficile donc de prétendre raisonnablement commettre une erreur sur ce sens. L'erreur de fait, qui repose sur la même condition d'erreur raisonnable que l'erreur de droit¹⁶⁷⁴, ne pourra pas non plus prospérer.

¹⁶⁶⁸ SCPI, art. 33 para. 1 c).

¹⁶⁶⁹ SCPI, art. 33 para. 1 b).

¹⁶⁷⁰ Sur la définition de l'erreur raisonnable v. *supra* n°112.

¹⁶⁷¹ CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} édition, 2013, p. 298-299.

¹⁶⁷² Dans le même sens v. De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 447 qui applique le propos à l'ensemble des crimes visés par le Statut de Rome et pas seulement aux crimes contre les populations : « peut-on concevoir une « erreur » quelconque face à des crimes qui sont d'une gravité telle – tout en se situant en général dans un contexte de violence généralisée – que tout personne « raisonnable » doit pouvoir en saisir instantanément l'illicéité ».

¹⁶⁷³ CPI, *Lubanga, décision sur la confirmation des charges*, para. 316.

¹⁶⁷⁴ Sur ce point v. *supra* n°112.

b) L'absence d'illégalité manifeste de l'action erronée

467. Absence d'illégalité manifeste et erreurs. Il a été vu que la mise en œuvre de l'ordre du supérieur pouvait être permise en cas de crime de guerre¹⁶⁷⁵. Cela signifie que l'illégalité d'un tel ordre n'est pas manifeste et que l'erreur de droit quant à la légalité de l'ordre est permise. Il est donc possible d'admettre, par voie de conséquence, que l'erreur de droit de l'article 32 peut également être admise à titre autonome. Si la règle n'est pas universellement connue de tous, elle peut alors vraisemblablement ne pas être connue de l'individu qui pourrait donc commettre une erreur de droit à son sujet. La mise en œuvre de cette dernière est toutefois largement limitée par la jurisprudence *Abu Garda* et l'interprétation qu'elle fait des Éléments des crimes. Aussi, si le contexte de conflit armé est propice aux erreurs¹⁶⁷⁶, il ne joue pas de rôle particulier dans la mise en œuvre d'une erreur de droit comme motif d'exonération. Le contexte conflit armé n'influence pas non plus particulièrement la mise en œuvre de l'erreur de fait qui, elle, n'est pas aussi limitée que l'erreur de droit. En effet, les Éléments des crimes précisent souvent qu'il faut avoir « connaissance des circonstances de fait ». Le contexte de conflit armé étant propice aux erreurs par le chaos qu'il implique, il est ainsi possible que l'individu agissant dans un tel contexte commette une erreur sur les circonstances qui l'entourent et, partant, qu'il puisse bénéficier de l'erreur de fait comme motif d'exonération.

468. Conclusion de section. Finalement, le comportement criminel de l'individu ne sera que rarement non manifestement illégal, ce qui limite la mise en œuvre de l'ordre du supérieur, de l'erreur de fait ou de l'erreur de droit. L'illégalité manifeste du contexte du génocide et du crime contre l'humanité conduit d'une part à exclure qu'un acte sous-jacent effectué en leur sein puisse ne pas être manifestement illégal. L'ordre du supérieur, l'erreur de fait et de droit s'en trouvent par conséquent largement neutralisés. En revanche, le contexte du crime de guerre ne paraît pas avoir d'effet particulier sur l'admission de ces motifs d'exonération car il n'est pas porteur par nature d'une illégalité manifeste. Ce sont donc les actes sous-jacents qui le composent, les précisions qui en sont faites par les Éléments des crimes et l'interprétation effectuée par la Cour pénale internationale qui peuvent s'opposer à ce qu'un comportement non manifestement illégal soit caractérisé et, partant, à ce que l'ordre du supérieur, l'erreur de fait et l'erreur de droit puissent être admis ce qui, il faut en convenir, conduit à en limiter la mise

¹⁶⁷⁵ Sur ce point v. *supra* n°352.

¹⁶⁷⁶ KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014, p. 300.

en œuvre¹⁶⁷⁷. Outre ce caractère non manifestement illégal, l'acte exonéré peut également s'entendre d'un comportement mesuré.

Section 2 : Un comportement mesuré

469. La modération dont doit faire preuve l'individu pour voir admettre un motif d'exonération à son égard se traduit de manière patente par l'exigence de mesure que l'on peut retrouver dans les motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction. En effet, la légitime défense, l'état de nécessité, la nécessité militaire et les représailles imposent un comportement raisonnable (Paragraphe 1) et proportionné (Paragraphe 2), supposant pour l'individu de vérifier que son action demeure acceptable ou, à tout le moins, indifférente. Ce n'est donc que s'il fait preuve de mesure que ces divers motifs d'exonération pourront lui bénéficier.

Paragraphe 1 : Un comportement raisonnable

470. Le caractère modéré des motifs d'exonération s'illustre à travers l'exigence d'une action raisonnable, c'est-à-dire d'une action nécessaire et apte à faire cesser le danger¹⁶⁷⁸. Cette exigence conditionne la mise en œuvre de la légitime défense et de l'état de nécessité, qui sont des motifs d'exonération généraux, ainsi que celle de la nécessité militaire et des représailles, qui sont des motifs d'exonération spéciaux applicables uniquement en cas de crime de guerre. Il faut alors confronter l'exigence d'un comportement raisonnable aux actes sous-jacents (A) et au contexte des infractions internationales (B) afin de déterminer les limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération qui nécessitent une telle condition.

¹⁶⁷⁷ TRIFFTERER O. et BOCK S., « Article 33 – Superior orders and prescription of law », in TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 3^{ème} éd., 2016, p. 1196 ; KOLB R., *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012, p. 222 ; GARRAWAY C., « Superior orders and the International criminal court : justice delivered or justice denied », *R.I.C.R.*, 1999, vol. 81, n°836, p. 791.

¹⁶⁷⁸ ESER A., « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1^{ère} éd., 1999, p. 551 : « the act directed at avoiding the threat must be necessary in terms that no other means are available, reasonable in terms or being able to reach the desired effect » v. aussi CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, p. 740. Pour une étude de cette condition v. *supra* n°195 et s.

A- Un comportement raisonnable au sein des actes sous-jacents

471. En faisant abstraction des différents contextes, certains actes sous-jacents sont compatibles avec un comportement raisonnable car ils peuvent être commis par nécessité et être aptes à faire cesser le danger (1). D'autres en revanche ne peuvent s'accorder avec cette exigence d'un comportement raisonnable (2).

1) Les actes sous-jacents compatibles avec l'exigence d'un comportement raisonnable

472. Actes sous-jacents compatibles avec le comportement raisonnable des motifs d'exonération généraux. Il est possible que certains actes sous-jacents traduisent un comportement raisonnable, nécessaire à la mise en œuvre de la légitime défense et de l'état de nécessité, qui sont des motifs d'exonération généraux, applicables à l'ensemble des infractions internationales. On peut ainsi par exemple admettre qu'un meurtre¹⁶⁷⁹ ou une atteinte grave à l'intégrité physique¹⁶⁸⁰ soit une réaction raisonnable à un danger imminent caractérisant une légitime défense ou un état de nécessité, parce que ces actes peuvent constituer une réponse adéquate et efficace pour faire cesser le danger. De la même manière, la déportation ou le transfert forcé de la population¹⁶⁸¹ peut être compatible avec une action raisonnable commise pour répondre à un danger provenant de circonstances objectives et caractérisant l'état de nécessité. L'on peut en effet imaginer par exemple qu'une catastrophe naturelle oblige à déplacer de force cette population pour l'en protéger. La déportation pourrait donc constituer une réponse appropriée et efficace pour échapper au danger. Une catastrophe naturelle de ce type pourrait d'ailleurs sans doute conduire à l'annexion par la force de la totalité ou d'une partie du territoire d'un autre État¹⁶⁸² pour y déplacer la population de son État et la protéger du danger. Réciproquement, le blocus des ports d'un autre État pourrait constituer un comportement apte à empêcher que la population de cet autre État n'arrive en masse sur son territoire¹⁶⁸³.

473. Actes sous-jacents compatibles avec le comportement raisonnable des motifs d'exonération spéciaux. De la même manière, certains actes sous-jacents sont compatibles avec une action nécessaire et raisonnable permettant de caractériser la nécessité militaire ou les

¹⁶⁷⁹ SCPI, art. 6 para. a) ; art. 7 para. 1 a) et art. 8 para. 2 a) i).

¹⁶⁸⁰ SCPI, art. 6 para. b) : art. 7 para. 1 k) et art. 8 para. 2 a) iii).

¹⁶⁸¹ SCPI, art. 7 para. 1 d).

¹⁶⁸² SCPI, art. 8bis, para. 2 a).

¹⁶⁸³ SCPI, art. 8bis, para. 2 c).

représailles, motifs d'exonération spéciaux applicables uniquement en cas de crime de guerre. L'article 8 du Statut de Rome prévoit lui-même qu'un certain nombre de ses actes sous-jacents peut être commis par nécessité militaire¹⁶⁸⁴. Il est donc possible que l'acte soit commis car il est requis pour atteindre un objectif militaire¹⁶⁸⁵. Il en va ainsi par exemple d'une attaque contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement ou à l'art ou des monuments historiques, qui peut s'effectuer si ces bâtiments sont des objectifs militaires¹⁶⁸⁶ ou de l'attaque ou du bombardement des villes, villages, habitations ou bâtiments¹⁶⁸⁷. Parmi les différents actes sous-jacents autorisant la nécessité militaire, certains imposent toutefois une appréciation plus stricte de ce qui est nécessaire. Ainsi le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi est-il interdit, sauf si cela est « impérieusement commandé[...] par les nécessités de la guerre »¹⁶⁸⁸. L'emploi de l'adverbe « impérieusement » indique que la destruction ou la saisie des biens de l'ennemi ne peut intervenir que si elle s'impose avec le caractère d'une obligation qu'il faut absolument satisfaire¹⁶⁸⁹. L'appréciation du caractère nécessaire et raisonnable de l'acte doit donc être opérée plus strictement que pour les autres actes sous-jacents admettant la nécessité militaire. Si l'article 8 ne le prévoit pas expressément, le crime de guerre admet toutefois également la mise en œuvre des représailles dès lors qu'il n'y a pas de moyen légal de faire cesser l'acte illégal de la partie adverse, bref dès lors qu'elles se révèlent nécessaires.

2) Les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement raisonnable

474. Actes sous-jacents durables incompatibles avec un comportement raisonnable.

Parmi les divers actes sous-jacents, certains ne sont pas compatibles avec un comportement raisonnable. D'une part, le caractère durable de certains d'entre eux paraît en effet s'opposer à la qualification d'une réaction raisonnable car l'acte doit cesser dès que le danger est neutralisé, ce qui vaut aussi bien pour la légitime défense que pour l'état de nécessité. Si l'acte de riposte se prolonge, il n'est plus adéquat donc plus raisonnable. La soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle¹⁶⁹⁰, la

¹⁶⁸⁴ Pour le recensement de tous les actes sous-jacents autorisant la nécessité militaire v. *supra* n°35.

¹⁶⁸⁵ HAYASHI N., *Military necessity*, these, Leiden, 2017, p. 256 : « *measure must be required for the purpose's attainment* ». Sur l'exigence d'une nécessité militaire nécessaire et raisonnable v. *supra* n°198.

¹⁶⁸⁶ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) ix).

¹⁶⁸⁷ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) v).

¹⁶⁸⁸ *SCPI*, art. 8 para. 2 b) xiii).

¹⁶⁸⁹ Définition « impérieusement », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹⁶⁹⁰ *SCPI*, art. 6 para. c).

torture¹⁶⁹¹, l'esclavage¹⁶⁹², les disparitions forcées¹⁶⁹³, la persécution qui consiste en une privation des droits fondamentaux de la victime¹⁶⁹⁴, l'apartheid¹⁶⁹⁵, détention illégale¹⁶⁹⁶ ou encore le fait d'affamer délibérément des civils¹⁶⁹⁷ constituent autant d'exemples d'actes sous-jacents qui ne peuvent constituer une réponse raisonnable à un danger car ils supposent un étalement dans le temps. De la même manière, la préparation et la planification du crime d'agression¹⁶⁹⁸, en se prolongeant dans le temps, empêchent de caractériser un comportement raisonnable propre à répondre à un danger.

475. Actes sous-jacents inaptes à faire cesser un danger. D'autre part, certains actes sous-jacents ne s'accordent pas avec un comportement raisonnable car leur commission paraît inapte à atteindre le résultat escompté, à savoir la cessation du danger. Par exemple, le fait de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse¹⁶⁹⁹ ne permet ni de faire cesser un recours illicite à la force ni un danger imminent provenant de circonstances objectives. Il en va de même pour les autres infractions portant sur les droits de l'individu, comme le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement¹⁷⁰⁰ ou les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables¹⁷⁰¹, pour lesquels l'on ne voit pas très bien en quoi ils pourraient faire cesser le recours illicite à la force caractérisant la légitime défense¹⁷⁰² ou permettraient d'écarter le danger provenant de circonstances objectives caractérisant l'état de nécessité. L'extermination, la torture ou les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique peuvent encore être cités parmi les actes sous-jacents qui ne pourront pas constituer des réponses appropriées à un danger. Il faut alors noter que trois des cinq actes sous-jacents visés par le génocide sont ainsi incompatibles avec une réponse raisonnable à un danger provenant de

¹⁶⁹¹ SCPI, art. 7 para. 1 f) et art. 8 para. 1 c) i).

¹⁶⁹² SCPI, art. 7 para. 1 c).

¹⁶⁹³ SCPI, art. 7 para. 1 i).

¹⁶⁹⁴ *Éléments des crimes*, art. 7 para. 1 h).

¹⁶⁹⁵ SCPI, art. 7 para. 1 j).

¹⁶⁹⁶ SCPI, art. 8 para. 2 a) vii).

¹⁶⁹⁷ SCPI, art. 8 para. b) xxv).

¹⁶⁹⁸ SCPI, art. 8bis para. 1.

¹⁶⁹⁹ SCPI, art. 8 para. 2 b) xiv).

¹⁷⁰⁰ SCPI, art. 8 para. 2 b) vi).

¹⁷⁰¹ SCPI, art. 8 para. 2 c) iv).

¹⁷⁰² SCPI, art. 31 para. 1 c).

circonstances objectives. En effet, si ce danger peut être caractérisé, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle¹⁷⁰³, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe¹⁷⁰⁴ et le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe¹⁷⁰⁵ ne paraissent pas constituer une réponse adéquate, ni apte à faire cesser un quelconque danger sauf, éventuellement, pour ce qui est du second cas, à arguer que les mesures visant à entraver les naissances permettent de lutter contre la surpopulation d'un pays ou d'une région¹⁷⁰⁶.

476.Bilan. Quasiment tous les actes sous-jacents du génocide s'opposent par conséquent à l'admission d'un comportement raisonnable. Il en va de même pour bon nombre d'actes sous-jacents du crime contre l'humanité. Le crime de guerre et le crime d'agression paraissent mieux s'accorder avec un comportement raisonnable, ce qu'il faut désormais vérifier en replaçant les actes sous-jacents dans leurs contextes respectifs.

B- Un comportement raisonnable dans le contexte de l'infraction internationale

477. Les quatre infractions internationales ne permettent pas toutes à un comportement raisonnable de pouvoir être caractérisé. Une dichotomie s'opère en effet entre les contextes du crime contre l'humanité et du génocide, incompatibles avec un comportement raisonnable (1) et les contextes du crime de guerre et du crime d'agression, qui peuvent s'accorder avec un comportement raisonnable (2).

1) Les contextes incompatibles avec un comportement raisonnable

478.Difficulté à établir un comportement raisonnable. Il a été démontré qu'en cas de crime contre l'humanité ou de génocide, un danger imminent peindra à être caractérisé¹⁷⁰⁷. S'il parvenait tout de même à l'être, il faudrait, pour mettre en œuvre la légitime défense et l'état de nécessité¹⁷⁰⁸, vérifier que le comportement adopté par l'individu est nécessaire et raisonnable. Il n'est en effet pas tenu de prendre toutes les mesures concevables pour éviter le

¹⁷⁰³ SCPI, art. 6 para. c).

¹⁷⁰⁴ SCPI, art. 6 para. d).

¹⁷⁰⁵ SCPI, art. 6 para. e).

¹⁷⁰⁶ La politique de l'enfant unique mise en place en Chine à partir de la fin des années 70, destinée à lutter contre la surpopulation de la Chine qui venait de dépasser le milliard d'habitants, pourrait par exemple s'analyser en mesures visant à entraver les naissances.

¹⁷⁰⁷ Sur ce point v. *supra* n°389 et s.

¹⁷⁰⁸ Les représailles, qui reposent au demeurant uniquement sur une attaque en cours, ne peuvent être étudiées ici car elles ne s'appliquent qu'au crime de guerre.

danger¹⁷⁰⁹ mais il faut tout de même que la mesure que l'individu prend soit adéquate et apte à atteindre le résultat recherché, c'est-à-dire la cessation du danger¹⁷¹⁰. L'on peut déjà observer que, parmi les actes sous-jacents du crime contre l'humanité et du génocide, très peu peuvent abstraitement constituer des réponses raisonnables¹⁷¹¹, de sorte que la mise en œuvre de la légitime défense et de l'état de nécessité est déjà largement limitée en cas de crime contre l'humanité ou de génocide. Si certains actes sous-jacents peuvent toutefois abstraitement constituer une action raisonnable¹⁷¹², leur appréciation dans le contexte du crime contre l'humanité et du génocide conduit à leur faire perdre ce caractère, ce qui vaut aussi bien pour l'action commise en légitime défense que celle commise en état de nécessité.

479. Incompatibilité de l'action raisonnable en légitime défense et du crime contre l'humanité. D'une part, la légitime défense exige une réaction raisonnable face à un usage illicite de la force contre soi-même ou contre autrui¹⁷¹³. Pour constituer une réponse adéquate et apte à faire cesser le danger, il faut ainsi que l'acte de défense soit tourné contre la personne à l'origine de ce danger, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse des crimes contre l'humanité, qui se commettent en principe contre des personnes innocentes¹⁷¹⁴. Les faits de l'affaire *Chusaburo* durant la Seconde Guerre mondiale, soumis au jugement de la Cour militaire britannique de Kuala Lumpur, peuvent illustrer le caractère déraisonnable d'une action défensive qui n'est pas dirigée contre les auteurs de l'emploi de la force¹⁷¹⁵. En l'espèce, l'accusé, un soldat japonais chargé de protéger les réserves de riz de la base, avait arrêté un civil qui tentait de les piller. Il s'était alors retrouvé encerclé par huit ou neuf individus hostiles qui tentaient de libérer le prisonnier en agrippant l'accusé¹⁷¹⁶. Ce dernier tira alors sur le prisonnier et le tua. Le raisonnement effectué par la Cour militaire britannique pour aboutir à la condamnation n'est pas repris et il faut convenir que les seuls propos du procureur reproduits dans le *Law report* indiquent que l'acte n'a pas été commis en légitime défense car il a été

¹⁷⁰⁹ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2583 : « *The person is not required to take all conceivable action to avoid the threat* ».

¹⁷¹⁰ Sur cette définition de l'action raisonnable v. *supra* n°200.

¹⁷¹¹ Sur ce point v. *supra* n°474.

¹⁷¹² Sur ce point v. *supra* n°472.

¹⁷¹³ *SCPI*, art. 31 para. 1 c).

¹⁷¹⁴ Sur ce point v. *supra* n°392.

¹⁷¹⁵ Cour militaire britannique de Kuala Lumpur, *Trial of Yamamoto Chusaburo*, 30 jan. - 1er fév. 1946, *L.R.T.W.C.*, vol. III, p. 76 et s.

¹⁷¹⁶ *Ibid.* p. 77 : « *At this time a collection of men had gathered around. A few of them started tugging at the accused in an endeavour to free Omar. A few others were hostile in their behaviour* ».

commis après l'arrestation du pillard¹⁷¹⁷. Le procureur paraît alors apprécier le danger par rapport aux actions du pillard. Cependant, les faits rapportés montrent clairement que le danger auquel l'accusé a réagi ne provenait pas de ce dernier mais bien du groupe d'individus menaçants qui tentaient de le libérer. Il est ainsi possible de considérer qu'en répondant à ce danger en tuant une autre personne, l'accusé n'a pas agi raisonnablement, en ce que son acte ne constituait pas une réponse adéquate au danger¹⁷¹⁸. Aussi, parce qu'elle est commise contre des personnes ne faisant pas usage de la force¹⁷¹⁹, la commission d'un crime contre l'humanité ne peut pas être qualifiée de raisonnable¹⁷²⁰.

480. Incompatibilité de l'action raisonnable en légitime défense et du génocide. Il en va de même s'agissant de la commission d'un génocide, dont la nature défie toute notion de rationalité¹⁷²¹. Ce dernier suppose en effet que l'individu veuille subjectivement s'associer au projet génocidaire, ce qui est caractérisé par l'exigence d'un dol spécial¹⁷²². Or, l'acte commis avec la volonté de détruire, en tout ou partie, un groupe particulier, comme tel, ne peut être qualifié de raisonnable car il ne peut constituer ni une réponse nécessaire ni une réponse adéquate, c'est-à-dire « correspondant parfaitement à son objet » ou « appropriée »¹⁷²³ au danger relevant d'une situation de légitime défense. Il y a ainsi une « incompatibilité entre l'objectif poursuivi par la réaction au titre de la légitime défense – la défense de soi ou d'autrui – (...) et l'intention inhérente au crime de génocide »¹⁷²⁴.

¹⁷¹⁷ *Ibid.* p. 78 : « *The Prosecutor further pointed out that there was evidence that the act was not committed in defence of property or person, while Omar was in the process of looting; it was committed after Omar had been taken from his house into custody* ».

¹⁷¹⁸ Dans le même sens v. de FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 444.

¹⁷¹⁹ Sur ce point v. *supra* n°392 et s.

¹⁷²⁰ DUPARC C., « Les limites aux faits justificatifs », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, précité, p. 110 : « la légitime défense implique de réagir à l'encontre de celui qui est à l'origine de l'agression. Or, on peut douter qu'il en soit ainsi en cas de génocide et de crime contre l'humanité dans la mesure où, par hypothèse, d'autres personnes sont touchées ».

¹⁷²¹ TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, vol. 6, p. 109 : « *the very nature of genocide defies all notions of reasonableness* ».

¹⁷²² SCPI, art. 6.

¹⁷²³ Définition « adéquate », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021.

¹⁷²⁴ AKTYPIS S., « Article 31. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in J. FERNANDEZ, PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 1^{ère} éd., p. 920. Dans le même sens v. ABI-SAAB G., L. CONDORELLI L., RONA G. et VANDERMEERSCH D., « L'article 31 par. 1.c) du Statut de la Cour pénale internationale », *Revue belge de droit international*, 2000/2 p. 406. Contra VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 238 qui considère que la légitime défense et le dol spécial du génocide pourraient coexister dès lors que la situation dans laquelle l'individu se trouve pose un danger continu. L'argument ne peut cependant pas être recevable dans la mesure où la légitime défense exige un danger imminent.

481.Compatibilité difficile entre l'action raisonnable de l'état de nécessité et les entreprises criminelles. D'autre part, le contexte du crime contre l'humanité comme celui du génocide limitent la caractérisation d'une réponse raisonnable à un danger provenant de circonstances objectives. La confrontation de cette condition de l'état de nécessité aux crimes sous-jacents a déjà fait apparaître que très peu d'entre eux pourraient s'accommoder d'un comportement raisonnable puisque seuls le meurtre, les atteintes graves à l'intégrité physique et la déportation ou le transfert forcé d'une partie de la population paraissent pouvoir constituer une mesure nécessaire et apte à faire cesser le danger présidant à la mise en œuvre de l'état de nécessité. Cependant, replacés dans le contexte « d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile »¹⁷²⁵, il semble que ces comportements peineront à être qualifiés de raisonnables. La réalité des situations de déportation ou transfert forcé montre par exemple que seule une partie de la population civile – celle dont on veut se débarrasser – est déplacée ou transférée¹⁷²⁶, de sorte que l'acte ne paraît pas répondre pas à une nécessité de la protéger. Puisqu'un danger provenant de circonstances objectives ne discrimine pas entre individus, des deux choses l'une en effet : soit l'intégralité de la population civile présente sur les lieux du danger est déplacée ou transférée, auquel cas l'action est nécessaire pour les protéger du danger et appropriée parce qu'elle permet d'y répondre efficacement ; soit seule une partie de la population est déplacée ou transférée, auquel cas l'action est inadéquate et traduit en réalité une absence de nécessité découlant de l'inexistence d'un réel danger. Au contraire, une telle action révélerait la volonté de se débarrasser de cette partie de la population. Aucun des comportements susceptibles d'emporter la qualification de crime contre l'humanité ne peut alors constituer l'acte raisonnable caractéristique de l'état de nécessité. La même remarque doit être faite s'agissant du génocide – qui n'admet que le meurtre et les atteintes graves à l'intégrité physique parmi les trois actes sous-jacents cités – car l'objectif de destruction d'un groupe particulier pris en tant que tel ne peut jamais être nécessaire, pas plus qu'il ne permet de répondre efficacement à un danger provenant de circonstances objectives. Autrement dit, le dol spécial exigé par l'article 6 du Statut de Rome s'oppose à ce que le comportement qui le matérialise soit raisonnable.

¹⁷²⁵ SCPI, art. 7 para. 1.

¹⁷²⁶ V. par exemple, CPI, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14 nov. 2019, n°ICC-01/19, décision par laquelle le procureur de la Cour pénale internationale a reçu l'autorisation d'enquêter sur la situation au Bangladesh/Myanmar. La Chambre préliminaire a en effet considéré qu'il existait une base raisonnable de croire que des actes de violence généralisés et/ou systématiques pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité de déportation contre la population Rohingya (para. 110).

2) Les contextes compatibles avec un comportement raisonnable

482. Violation manifeste de la Charte des Nations Unies. D'une part, pour qu'un individu soit responsable d'un crime d'agression, l'article 8bis du Statut de Rome exige que soit caractérisé un « acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »¹⁷²⁷. Or cette exigence ne s'oppose pas directement à ce qu'un comportement raisonnable soit caractérisé puisqu'un acte d'agression, même manifestement contraire à la Charte, peut être nécessaire et efficace pour accomplir le but poursuivi, c'est-à-dire la cessation du danger. Par exemple, si un État A prépare des avions pour les envoyer attaquer un État B, l'État B qui attaque ces forces aériennes empêche efficacement cet autre État de lancer son attaque. Dans cette hypothèse l'acte d'agression par l'État B serait caractérisé puisque le droit de légitime défense de l'article 51 de la Charte ne s'applique qu'à une attaque en cours et pas à une attaque imminente¹⁷²⁸. En revanche, l'emploi de la force armée qui caractérise l'élément contextuel du crime d'agression pourrait correspondre à un comportement raisonnable de la part du dirigeant.

483. Conflit armé. D'autre part, le contexte du crime de guerre se caractérisant par une violence réciproque entre les belligérants, il ne traduit pas en lui-même un comportement criminel. Surtout, ce contexte de violence favorise la survenance de différents dangers qui peuvent donner lieu à une réaction nécessaire. Ce n'est donc qu'au niveau des actes sous-jacents que le comportement raisonnable doit être apprécié car ce n'est que par rapport à l'acte sous-jacent commis que l'on pourra vérifier s'il est nécessaire et adéquat, c'est-à-dire apte à faire cesser le danger. Pour qu'il soit exonéré, il reste toutefois encore à s'assurer que l'acte est proportionné.

Paragraphe 2 : Un comportement proportionné

484. Légitime défense, état de nécessité, nécessité militaire et représailles reposent sur une condition de proportionnalité. Cette dernière est sans doute celle qui manifeste le mieux le caractère mesuré du comportement de l'individu puisqu'elle suppose en effet d'évaluer le choix opéré entre deux valeurs en conflit. Si la valeur choisie est égale ou supérieure à la valeur sacrifiée, le comportement ne traduira aucun excès et sera proportionné. Réciproquement, si la

¹⁷²⁷ SCPI, art. 8bis, para. 1.

¹⁷²⁸ Sur ce point v. *supra* n°401.

valeur sacrifiée est plus importante que la valeur choisie, le comportement sera disproportionné car il manquera de mesure et ne pourra être exonéré. Suivant la méthode établie, il faut s'assurer qu'un comportement proportionné existe au sein des actes sous-jacents (A) et subsiste dans le contexte de l'infraction internationale (B).

A- Un comportement proportionné au sein des actes sous-jacents

485. Parmi les actes sous-jacents des différentes infractions internationales, il est possible de procéder à la distinction désormais éprouvée entre les actes sous-jacents compatibles avec un comportement proportionné (1) et les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement proportionné (2).

1) Les actes sous-jacents compatibles avec un comportement proportionné

486. Diversité d'actes sous-jacents compatibles avec les motifs d'exonération généraux proportionnés. Une appréciation de la proportionnalité effectuée uniquement au regard d'un acte sous-jacent peut conduire à admettre que l'acte soit parfois proportionné, par exemple dans un conflit de valeurs entre deux vies, entre une vie et un bien ou encore entre une atteinte à la vie et une atteinte à l'intégrité physique. La valeur atteinte pouvant être équivalente à celle qui est protégée¹⁷²⁹, la condition de proportionnalité exigée pour la mise en œuvre des motifs d'exonération généraux que sont la légitime défense et l'état de nécessité pourrait être remplie à l'égard de bon nombre d'actes sous-jacents, couvrant des comportements variés et portant sur des atteintes à diverses valeurs. La caractérisation d'un comportement proportionné dépendra ainsi de la valeur qui était menacée par le danger.

487. Actes sous-jacents compatibles avec la nécessité militaire proportionnée. La nécessité militaire et les représailles sont réservées aux crimes de guerre, ce qui en restreint le champ d'application pour en faire des motifs d'exonération spéciaux. La restriction tient ainsi bien moins à une condition de proportionnalité difficile à remplir qu'à la nature particulière de ces deux motifs d'exonération. D'une part, la nécessité militaire est restreinte principalement à des atteintes aux biens et autorise par exemple le fait de diriger des attaques contre des biens de caractère civil¹⁷³⁰, le bombardement de villes, villages ou habitations non défendus¹⁷³¹ ou

¹⁷²⁹ Sur ce point v. *supra* n°205 et s.

¹⁷³⁰ SCPI, art. 2 b) ii).

¹⁷³¹ SCPI, art. 2 b) v).

encore le fait de détruire ou saisir les biens de l'ennemi¹⁷³². La nécessité militaire est également permise lorsque l'individu dirige une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel¹⁷³³. Dans ce cas la proportionnalité impose de s'assurer que « les dommages incidents (et involontaires) causés aux civils lors d'une attaque militaire ne [soient] pas disproportionnés à l'avantage militaire direct qu'elle procure »¹⁷³⁴. La formulation de l'article 8 du Statut est même assez compréhensive sur ce point, qui exige un dommage « manifestement excessif ». Autrement dit, il faut que le dommage causé aux civils soit manifestement disproportionné par rapport à « l'avantage concret et direct attendu » par l'acte commis, ce qui laisse une marge de manœuvre plus grande dans la commission d'un tel acte, qui pourrait conduire à l'exonération même s'il est disproportionné, dès lors qu'il ne l'est pas trop¹⁷³⁵. Outre cet acte sous-jacent qui peut se saffaire d'un comportement disproportionné s'il n'est pas manifestement disproportionné, la nécessité militaire ne pourra ainsi être mise en œuvre que si elle est proportionnée.

488. Actes sous-jacents compatibles avec les représailles proportionnées. D'autre part, les représailles constituent également un motif d'exonération spécial applicable uniquement aux crimes de guerre mais qui, à la différence de la nécessité militaire, ne fait pas l'objet de précision dans le Statut de Rome. Dès lors qu'elles ne sont pas interdites par les Conventions de Genève, il est envisageable qu'elles puissent constituer une réponse proportionnée à une violation du droit des conflits armés par la partie adverse¹⁷³⁶.

2) Les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement proportionné

489. Actes sous-jacents incompatibles avec les motifs d'exonération généraux proportionnés. Certains actes sous-jacents protègent des valeurs qui paraissent supérieures à celles qui doivent être visées pour déclencher la mise en œuvre de la légitime défense et de l'état de nécessité. Ainsi, les actes sous-jacents qui sanctionnent une atteinte à la dignité comme

¹⁷³² SCPI, art. 2 b) xiii). Sur la liste exhaustive des actes sous-jacents autorisant la nécessité militaire v. *supra* n°35.

¹⁷³³ SCPI, art. 2 b) iv).

¹⁷³⁴ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 524.

¹⁷³⁵ Dans le même sens v. ARAI-TAKAHASHI Y., « Excessive collateral civilian casualties and military necessity », in CHINKIN C. (ss. dir.), *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honor of James Crawford*, Cambridge University Press, 2015, p. 328.

¹⁷³⁶ Sur cette définition v. *supra* n°208

la réduction en esclavage¹⁷³⁷, la torture¹⁷³⁸ ou, plus globalement, « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants »¹⁷³⁹ ne sont par exemple pas compatibles avec une réaction proportionnée car leur commission sera toujours excessive. Le caractère massif, généralisé, voire institutionnalisé exigé par d'autres actes sous-jacents s'oppose également à qu'ils soient qualifiés de comportements proportionnés. Sans prétendre à l'exhaustivité l'on citera par exemple la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle¹⁷⁴⁰, l'extermination¹⁷⁴¹, la persécution¹⁷⁴² ou encore « le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre »¹⁷⁴³. Parmi ces exemples choisis, le plus évocateur demeure sans doute l'apartheid, défini par l'article 7 du Statut de Rome comme les actes « commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime »¹⁷⁴⁴. L'ensemble de ces actes sous-jacents s'oppose ainsi à tout comportement proportionné et, partant, à la mise en œuvre de la légitime défense ou de l'état de nécessité à leur égard.

490. Actes sous-jacents incompatibles avec les motifs d'exonération spéciaux proportionnés. En revanche, l'identification d'actes sous-jacents incompatibles avec la nécessité militaire ou les représailles ne s'effectue pas par rapport à la condition de proportionnalité mais par rapport à leur nature particulière. Ainsi, la nécessité militaire est exclue pour les actes sous-jacents du crime de guerre qui ne la prévoient pas expressément. De la même manière, différentes dispositions des quatre Conventions de Genève interdisent explicitement le recours aux représailles, notamment « contre les blessés, les malades, le personnel, les bâtiments ou le matériel protégés par la Convention »¹⁷⁴⁵, les prisonniers de guerre¹⁷⁴⁶ ou les personnes civiles en tant de guerre. Pour les actes sous-jacents de l'article 8

¹⁷³⁷ SCPI, art. 7 para. 1 c).

¹⁷³⁸ SCPI, art. 7 para. 1 f) et art. 8 para. 1 c) i).

¹⁷³⁹ SCPI, art. 8 para. 2 b) xxi) et para. 2 c) ii).

¹⁷⁴⁰ SCPI, art. 6 para. c).

¹⁷⁴¹ SCPI, art. 7 para. 1 b), définie par le para. 2 b) comme « le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ».

¹⁷⁴² SCPI, art. 7 para. 1 h).

¹⁷⁴³ SCPI, art. 8 para. 2 b) xxv).

¹⁷⁴⁴ SCPI, art. 7 para. 2 h).

¹⁷⁴⁵ Première Convention de Genève du 12 août 1949, art. 46 ; Deuxième Convention de Genève du 12 août 1949, art. 47.

¹⁷⁴⁶ Troisième Convention de Genève du 12 août 1949, art. 13.

protégeant les mêmes catégories, les représailles sont donc par nature exclues mais cela n'est pas lié à une absence de proportionnalité.

491. La confrontation des différents actes sous-jacents au caractère proportionné de certains motifs d'exonération montre alors que certains pourraient s'en accommoder, en fonction bien sûr du danger auquel ils répondent. Il faut alors s'assurer désormais que ce comportement proportionné subsiste dans le contexte de l'infraction internationale.

B- Un comportement proportionné dans le contexte de l'infraction internationale

492. Replacer l'acte sous-jacent dans le contexte de l'infraction internationale conduit à vérifier si les différents contextes de ces infractions protègent une valeur qui transcenderait celle que l'on peut retrouver au sein des seuls actes sous-jacents. En ce cas, il y aurait alors une absence de comportement proportionné ce qui limitera l'application des motifs d'exonération reposant sur une condition de proportionnalité (1). En revanche, si le contexte de l'infraction internationale ne protège aucune valeur transcendantale, un comportement proportionné pourra subsister (2).

1) L'absence de comportement proportionné

493. Gravité du crime contre l'humanité et du génocide. L'exigence que l'acte soit commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile confère au crime contre l'humanité une gravité inhérente¹⁷⁴⁷. De la même manière, le dol spécial requis pour constituer le génocide caractérise cette gravité¹⁷⁴⁸. Le champ lexical employé pour exprimer cette gravité suprême est vaste, pour l'une et l'autre infraction. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on a ainsi pu parler de « crime des crimes » ou de crime « dépassant l'entendement »¹⁷⁴⁹ pour qualifier le génocide, de crime couvrant « des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui est le plus essentiel »¹⁷⁵⁰ pour qualifier le

¹⁷⁴⁷ FRULLI M., « Are crimes against humanity more serious than war crimes ? », *E.J.I.L.*, 2001, p. 335 : « *the systematic policy or the large scale are constitutive elements of crimes against humanity, this category of offences always includes an inherent element of gravity* ».

¹⁷⁴⁸ FRULLI M., « Are crimes against humanity more serious than war crimes ? », *E.J.I.L.*, 2001, p. 337 ; VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, précité, p. « le caractère massif ne concerne pas tant la matérialité criminelle – les crimes commis – que l'intention criminelle ».

¹⁷⁴⁹ T.P.I.R., *Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, Sentence*, 21 mai 1999, n°ICTR-95-1-T, para. 9.

¹⁷⁵⁰ T.P.I.Y., *Le procureur c. Drazen Erdemović*, jugement, 29 nov. 1996, n° IT-96-22-T, para. 28.

crime contre l'humanité, l'un et l'autre étant « des crimes d'une extrême gravité »¹⁷⁵¹, « particulièrement choquant[s] pour la conscience humaine »¹⁷⁵². Un auteur les qualifie même d'inouïs : « « il s'agit de faire entendre, dans le langage du droit ou de la criminologie, ce qui dépasse le point où était jusque-là rendu l'entendement, ce qui n'avait jamais été « entendu », de dire ce que l'on tenait pour impossible à dire, de faire voir ce qui n'avait pas encore été vu »¹⁷⁵³.

494. Prise en compte globale du comportement de l'individu. L'insertion de l'acte sous-jacent dans le contexte d'attaque généralisée ou systématique commise contre la population civile¹⁷⁵⁴ ou dans le contexte d'un acte commis dans l'intention de détruire un groupe protégé en tant que tel¹⁷⁵⁵ confère à cet acte sous-jacent un caractère hors-norme. Il apparaît alors que cet acte ne pourra pas satisfaire la condition de proportionnalité qui préside à la mise en œuvre de la légitime défense et de l'état de nécessité. Ces motifs d'exonération imposent en effet une mise en balance des intérêts en présence : l'intérêt protégé par l'individu qui agit ne doit pas être inférieur à l'intérêt qu'il atteindra par son acte. Pour que l'acte soit proportionné, il faut ainsi que l'intérêt défendu par l'auteur de l'acte soit supérieur ou, à tout le moins, équivalent à celui de la victime¹⁷⁵⁶. Il faudrait donc que le crime commis contre les populations protège une valeur équivalente ou supérieure à celle qu'il atteint.

495. Objet de protection des crimes contre les populations. Or, au-delà des valeurs envisagées classiquement, comme la vie, l'intégrité physique, la liberté ou encore la dignité, le crime contre l'humanité et le génocide protègent une valeur bien spécifique : la préservation de l'Humanité¹⁷⁵⁷. L'individu n'est ainsi pas atteint pour lui-même mais « en tant que membre

¹⁷⁵¹ TPIR, *Le procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Sentence, 2 oct. 1998, n° ICTR-96-4-T, para. 8.

¹⁷⁵² TPIR, *Akayesu*, sentence précitée, para. 8 ; T.P.I.R., *Kayishema*, sentence précitée, para. 9.

¹⁷⁵³ FIERENS J., « La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse », in DIGNEFFE F. et MOREAU T. (ss. dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Larcier, 2006, p. 491.

¹⁷⁵⁴ SCPI, art. 7 para. 1.

¹⁷⁵⁵ SCPI, art. 6.

¹⁷⁵⁶ Sur la définition de l'action proportionnée v. *supra* n°205 et s.

¹⁷⁵⁷ VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, thèse précitée, p. 198. V. aussi notamment MESEKE S., « La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité », in CHIAVARIO M. (ss. dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 179 : « l'élément caractéristique des « crimes contre l'humanité », « l'attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile » protège donc en premier lieu un bien de droit *supra-individuel*, à savoir « l'humanité » » ou encore SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », *International criminal law review*, 2001, p. 170-171 : « *rules proscribing crimes against humanity address the perpetrator's conduct not only towards the immediate victim but also towards the whole of mankind (...). These observations are even more valid in respect of genocide* » (les règles prohibant les crimes contre l'humanité concernent la conduite du perpétrateur non

d'une collectivité »¹⁷⁵⁸. Les juges du TPIY l'ont d'ailleurs exprimé clairement lors du jugement *Erdemović* : « s'agissant du crime contre l'humanité la Chambre prend en considération qu'il n'y a pas totale équivalence entre la vie de l'accusé et celle de la victime. À la différence du droit commun l'objet de l'atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime mais l'humanité toute entière »¹⁷⁵⁹. Lors de l'évaluation de la proportionnalité de l'acte, il y aurait donc la vie ou l'intégrité physique de l'agresseur face à cette Humanité. L'agresseur ne peut alors que sortir perdant de ce conflit de valeurs, et ce peu importe la valeur menacée de son côté car « on perçoit difficilement celles qui peuvent transcender les valeurs les plus essentielles de la condition humaine que la communauté internationale entend précisément protéger par ces incriminations »¹⁷⁶⁰. Il ne peut ainsi jamais y avoir de proportionnalité en présence de l'un de ces crimes, ce qui est particulièrement relevé à propos du génocide¹⁷⁶¹ mais vaut également à propos d'un crime contre l'humanité¹⁷⁶².

seulement à l'encontre de la victime immédiate mais aussi à l'encontre de l'ensemble de l'humanité (...). Ces observations sont d'autant plus valables relativement au génocide).

¹⁷⁵⁸ PELLA V., « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix », *R.G.D.I.P.*, 1947, p. 18.

¹⁷⁵⁹ TPIY, jugement *Erdemović*, précité, para. 19. En droit français, la Cour de cassation a adopté récemment une position similaire. V. Cass. crim., 7 sept. 2021, n° 19-87.367, para. 64 : « le crime contre l'humanité est le plus grave des crimes car au-delà de l'attaque contre l'individu, qu'il transcende, c'est l'humanité qu'il vise et qu'il nie ».

¹⁷⁶⁰ DUPARC C., « Les limites aux faits justificatifs », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 111 qui applique cette remarque tant à la légitime défense qu'à l'état de nécessité.

¹⁷⁶¹ V. notamment SCHABAS W. *Genocide in international law* précité, p. 392 : « *the standard or proportionality (...) would at first glance seem to eliminate duress altogether as a possible defence of genocide* » (l'exigence de proportionnalité paraît à première vue exclure purement et simplement l'état de nécessité comme motif d'exonération du génocide) ; AKTYPIS S., « Article 31. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 1^{ère} éd. précitée, 2012, p. 920 : « le motif de la légitime défense ne saurait être invoqué dans le but de justifier le crime de génocide en raison (...) du défaut de toute proportionnalité ... » ; TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005, vol. 6, p. 109 : « *it is difficult to imagine circumstances in which genocide could satisfy the requirement of proportionality* » (il est difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles un génocide pourrait satisfaire l'exigence de proportionnalité).

¹⁷⁶² V. notamment ABELLAN HONRUBIA V., « La responsabilité internationale de l'individu », *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 180, p. 413 qui relève que la condition de proportionnalité « semble incompatible avec la nature même du crime contre l'humanité » ; O'KEEFE R., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2017, p. 215 : « *It is difficult to imagine how it could successfully be argued that, for example, killing members of a national, ethnic, racial or religious group with an intent to destroy that group in whole or in part or murder committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population (...) could ever be a reasonable or proportionate response to an imminent and unlawful use of force* » (il est difficile d'imaginer comment l'on pourrait admettre que, par exemple, le meurtre de membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux avec l'intention de le détruire en tout ou partie ou le meurtre commis au sein d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile (...) puisse jamais être une réponse raisonnable et proportionnée à un recours imminent et illicite à la force) ; VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012 p. 237 : « *the argument that genocide and crimes against humanity can never meet the requirement of proportionality is especially persuasive* » (l'argument selon lequel le génocide et les crimes contre l'humanité ne peuvent jamais remplir la condition de proportionnalité est particulièrement convaincant).

496.Rejet de toute hypothèse de proportionnalité. Par exception, un crime contre l'humanité ou un génocide pourrait être proportionné dans une seule situation : celle dans laquelle l'individu doit faire face à une attaque qualifiable elle aussi de crime contre l'humanité ou de génocide¹⁷⁶³. Ce n'est en effet que dans une telle hypothèse que chaque groupe dispose de la capacité destructrice nécessaire à l'oppression, voire à la destruction, du groupe adverse¹⁷⁶⁴. Cependant, le crime contre l'humanité et le génocide nécessitant un contexte infractionnel ou une intention particulière, il paraît conceptuellement difficile que tous les éléments d'un crime contre les populations soient remplis à la fois du côté de l'agresseur et de l'agressé. Sans reprendre toutes les caractéristiques propres à ces crimes, il paraît en effet « difficilement envisageable qu'une action en légitime défense puisse « *raisonnablement* » et « *d'une manière proportionnée* » revêtir l'ampleur et la gravité des crimes contre l'humanité »¹⁷⁶⁵ ou d'un génocide, tout comme il n'est pas possible que la légitime défense, qui est par définition une réaction, soit menée dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique¹⁷⁶⁶ ou en ayant l'intention de détruire le groupe visé. Au demeurant, en cas de crime contre l'humanité, il faudrait que la personne qui se prévaut de la légitime défense soit une personne civile puisque seule la population civile peut être victime d'un crime contre l'humanité¹⁷⁶⁷. Il n'est sans doute pas radicalement impossible qu'une situation de ce type survienne, par exemple si, en cas de famine mondiale, une partie de la population civile cherche à supprimer l'autre pour conserver les ressources restantes et que cette autre partie de la population civile réagit en tentant elle-aussi d'exterminer le groupe agresseur. Mais l'on serait alors dans une situation de mise en péril réciproque et l'on verserait dans le conflit armé¹⁷⁶⁸. L'exigence de proportionnalité est ainsi sans nul doute l'obstacle le plus sérieux à l'admission de la légitime défense ou de l'état de nécessité en cas de crime contre les populations. Quand bien même les obstacles de danger imminent et d'absence de participation volontaire à l'entreprise criminelle pourraient être levés, ce qui apparaît déjà peu probable¹⁷⁶⁹, la proportionnalité semble toujours se dresser en rempart à la mise en œuvre de ces deux motifs d'exonération.

¹⁷⁶³ Dans le même sens v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, para. 187.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, précité, p. 731 (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ *SCPI*, art. 7 para. 1.

¹⁷⁶⁸ Dans le même sens v. BARDET M., *op. cit.*, para. 187.

¹⁷⁶⁹ Sur ce point v. *supra* n°412.

497. Proposition d'un critère d'appréciation de la proportionnalité par le Juge Cassese.

La position est ainsi extrêmement stricte et conduit à rendre indifférent le critère d'appréciation de la proportionnalité proposé par le Juge Cassese dans son Opinion dissidente au jugement *Erdemović*. Il faut au préalable observer que l'argumentation qu'il effectue vaut, de son propre aveu, tant pour la contrainte provenant d'un autre individu que pour la nécessité provenant d'éléments extérieurs¹⁷⁷⁰. Or il a été dit que la contrainte ne pouvait pas être soumise à une condition de proportionnalité, de sorte que les arguments portant sur la proportionnalité ne seront pas exploités à son endroit¹⁷⁷¹. Ils peuvent toutefois l'être à propos de l'état de nécessité. Le Juge Cassese propose en effet de vérifier, dans l'appréciation de la proportionnalité, si le refus de l'auteur de commettre l'infraction aurait eu un impact sur les victimes, autrement dit si les victimes auraient été sauvées. Selon lui, si le refus de céder à la nécessité aurait épargné les victimes, alors la condition de proportionnalité ne peut pas être remplie à l'égard de l'auteur qui y a cédé. En revanche, si le refus de céder à la nécessité n'aurait rien changé pour les victimes qui auraient été tuées dans tous les cas, alors la condition de proportionnalité pourrait être remplie¹⁷⁷².

498. Rejet de la proposition du Juge Cassese. C'est d'ailleurs exactement ce qu'invoquait Erdemović en l'espèce : lorsqu'il avait tenté de refuser de participer au massacre de Srebrenica, ses supérieurs lui auraient dit de rejoindre les victimes au peloton d'exécution pour qu'il soit tué avec elles¹⁷⁷³. Quantitativement l'argument est imparable : si l'individu devait mourir avec les victimes, cela ferait mathématiquement un mort de plus que s'il n'y avait que les victimes. Mais qualitativement, l'argument ne peut pas prospérer car les victimes ne cessent jamais d'incarner l'Humanité, de sorte que leur intérêt est toujours plus grand. Si une telle position place l'individu dans une position insoluble, il faut toutefois se souvenir que la participation à une entreprise criminelle, qui n'existe que pour commettre les exactions, est nécessairement fautive, ce qui implique que l'individu devait avoir conscience qu'y participer le conduirait à commettre lui-même des actes répréhensibles. Cette participation volontaire fautive a d'ailleurs déjà conduit à limiter la mise en œuvre de la contrainte alors même que cette dernière, non

¹⁷⁷⁰ Opinion dissidente para. 14.

¹⁷⁷¹ Sur l'incompatibilité entre contrainte et proportionnalité, v. *supra* n°88.

¹⁷⁷² Opinion dissidente, para. 42.

¹⁷⁷³ TPIY, jugement *Erdemović*, para. 10.

soumise à une condition de proportionnalité, correspond mieux à la situation de l'individu forcé d'en tuer d'autres sous la menace pour sa vie¹⁷⁷⁴.

499. Compromis à adopter. Quoi qu'il en soit, la question est redoutablement ardue car retenir la proposition du juge Cassese ouvrirait la porte à l'exonération¹⁷⁷⁵, peut-être trop largement¹⁷⁷⁶. À l'inverse, exclure sa proposition tend à exiger que l'individu agisse en héros, ce qui est beaucoup trop exigeant et sans doute hypocrite de la part de juges se prononçant sur les faits *a posteriori*, à l'abri de toute menace¹⁷⁷⁷. Le mécanisme des circonstances atténuantes est peut-être alors à même de réconcilier ces deux extrêmes : dans cette hypothèse, la valeur Humanité est prise en compte en empêchant de considérer l'action comme proportionnée, ce qui empêche l'exonération d'être mise en œuvre et conduit, corrélativement, à retenir la responsabilité pénale de l'individu. Mais cette dernière peut être atténuée par les circonstances atténuantes fondées sur des circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération¹⁷⁷⁸, car l'on comprend le choix cornélien qui s'est imposé à l'individu. L'exonération totale n'est en revanche pas possible, à défaut, pour ce qui nous occupe ici, d'action proportionnée.

2) L'existence possible d'un comportement proportionné

500. Le contexte du crime d'agression (a) et du crime de guerre (b) paraissent s'accorder avec l'existence d'un comportement proportionné qui ne s'observera toutefois pas dans les mêmes conditions.

a) L'existence d'un comportement proportionné dans le contexte du crime d'agression

501. Valeur protégée par le crime d'agression. La violation de la Charte rendue manifeste par sa nature, sa gravité et son ampleur traduit une violation hors-norme dont l'intensité sera sans doute difficile à égaler. C'est qu'en effet le crime d'agression protège l'État et ses

¹⁷⁷⁴ Sur la confrontation de la participation volontaire au contexte du crime contre l'humanité et du génocide v. *supra* n°412.

¹⁷⁷⁵ SCHABAS W., *Genocide in international law*, C.U.P., 2^{ème} éd., 2009, p. 392: « *this open the door to a plea of duress for subordinates who participate in genocide* ».

¹⁷⁷⁶ Encore qu'il faudrait que toutes les autres conditions de la légitime défense ou de l'état de nécessité soient remplies, ce qui, on l'a dit, ne peut pas être le cas en présence d'un crime contre les populations.

¹⁷⁷⁷ Dans le même sens v. CHIESA L., « Duress, demanding heroism and proportionality », *Vanderbilt journal of transnational law*, 2008, vol. 41, p. 28.

¹⁷⁷⁸ RPP CPI, Règle 145, para. 2 i).

composantes, ce qui paraît constituer une valeur supérieure à celle que l'on peut observer au sein des seuls actes sous-jacents¹⁷⁷⁹. L'existence d'un acte d'agression constituant une violation manifeste de la Charte exercera alors une influence sur les motifs d'exonération soumis à une condition de proportionnalité, cette dernière supposant une mise en balance des intérêts en présence¹⁷⁸⁰. Parmi ces motifs, il n'y a pas lieu d'étudier les représailles, la nécessité militaire ou la légitime défense des biens, motifs d'exonération spéciaux applicables uniquement en cas de crime de guerre. En revanche, la légitime défense et l'état de nécessité peuvent être mis en œuvre en présence d'un crime d'agression s'ils remplissent cette condition de proportionnalité.

502. Influence de la violation manifeste sur la légitime défense. D'une part, le caractère manifeste de la violation empêchera sans doute l'admission de la légitime défense individuelle. En réalité, c'est ici l'acte d'agression en lui-même qui serait disproportionné. En effet, la légitime défense de soi-même suppose d'être ou, en cas de légitime défense putative de croire raisonnablement être, personnellement attaqué¹⁷⁸¹. Il faudrait alors que le dirigeant subisse ou soit sur le point de subir une attaque contre sa personne et décide, pour contrer cette attaque, de commettre un acte d'agression. Pour que cette riposte soit proportionnée, il faudrait donc que le danger que l'individu court soit d'un niveau de gravité équivalent à l'emploi de la force. Or, la protection d'un seul individu est un intérêt inférieur à la protection d'un État entier de sorte que, quelle que soit l'ampleur du danger qu'il court, l'emploi de la force armée contre un autre État constituerait un moyen excessif, au demeurant inefficace, et, partant, disproportionné, de riposter. En revanche, si le dirigeant agit cette fois pour protéger les membres de sa population – donc autrui selon l'article 31 paragraphe 1 c) du Statut de Rome – contre une attaque imminente, la commission d'un acte d'agression en violation manifeste de la Charte pourrait être proportionnée. Elle ne le sera cependant que si l'attaque a le caractère d'un acte d'agression constituant lui-aussi une violation manifeste de la Charte. Il faut alors convenir que cette situation ne sera sans doute que résiduelle¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁹ Sur ces actes v. *supra* n°486.

¹⁷⁸⁰ Sur cette condition v. *supra* n°83.

¹⁷⁸¹ Sur la définition de la légitime défense putative v. *supra* n°103

¹⁷⁸² Le film « Le chant du loup » (2019, réalisé par Antonin Baudry) peut illustrer cette possibilité. L'intrigue est en effet basée sur les membres d'un sous-marin français qui, sur ordre du président français, se rendent indétectables et injoignables afin de pouvoir effectuer un tir de riposte à l'encontre des Russes, qu'ils pensent être à l'origine d'un tir de missile nucléaire se dirigeant sur le territoire français. Or il est découvert que le bâtiment à l'origine du tir nucléaire n'appartient plus aux Russes. Ce n'est donc pas eux qui sont à l'origine du tir, de sorte que le tir de riposte à leur encontre n'a plus aucune justification. Il est cependant trop tard pour annuler l'ordre de riposte ...

503. Influence de la violation manifeste sur l'état de nécessité. Le caractère manifeste de la violation empêchera d'autre part d'admettre l'état de nécessité dans les mêmes conditions que pour la légitime défense. En effet, dans la pesée des intérêts en présence, la nécessité de protéger sa propre vie ou sa propre intégrité physique¹⁷⁸³ ne sera jamais équivalente à l'emploi de la force armée contre « la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État »¹⁷⁸⁴. Qu'il soit réel ou putatif, l'état de nécessité consistant à se protéger soi-même ne pourra pas répondre à l'exigence de proportionnalité. En revanche, s'il s'agit de protéger la vie ou l'intégrité physique de la population de l'État du dirigeant concerné, l'emploi de la force armée pourrait s'avérer proportionné. Par exemple, si l'éruption d'un volcan, circonstance indépendante de la volonté d'un dirigeant¹⁷⁸⁵, l'oblige à prendre possession d'une partie du territoire d'un État voisin pour y déplacer en urgence sa population et éviter qu'elle ne périsse, l'annexion par la force d'une partie du territoire d'un autre État, constitutif d'un acte d'agression selon le Statut de Rome¹⁷⁸⁶, pourrait constituer un dommage équivalent ou inférieur à la menace pesant sur les individus déplacés¹⁷⁸⁷. Mais gageons que dans ce cas, il ne parviendrait probablement pas à remplir le niveau de gravité exigé pour en faire une « violation manifeste de la Charte des Nations Unies », voire que le Conseil de sécurité ne conclura pas à un acte d'agression. C'est dire que toute hypothèse d'état de nécessité n'est pas exclue en présence d'un crime d'agression mais qu'il sera sans doute rare qu'une affaire permettant de le mettre en œuvre se présente à la Cour pénale internationale.

b) L'existence d'un comportement proportionné dans le contexte du crime de guerre

504. Absence de valeur supérieure protégée par le crime de guerre. Contrairement au crime contre l'humanité et au génocide, le crime de guerre n'implique pas la protection d'une valeur protégée spécifique, qui transcenderait celle des crimes sous-jacents¹⁷⁸⁸. Le contexte de

¹⁷⁸³ Condition d'application de l'article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome. Sur ce point v. *supra* n°179.

¹⁷⁸⁴ SCPI, art. 8 bis para. 2.

¹⁷⁸⁵ Origine de la menace prévue par l'article 31 paragraphe 1 d) ii) du Statut de Rome. Sur ce point v. *supra* n°178.

¹⁷⁸⁶ SCPI, art. 8 bis para. 2 a).

¹⁷⁸⁷ Dans le même sens v. GLASER S., « Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international », *Revue de droit pénal et de criminologie*, mars 1952, p. 577 qui prend l'exemple de l'entrée sur le territoire d'un autre pays par nécessité.

¹⁷⁸⁸ Pour une vision similaire v. SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », *International criminal law review*, 2001, p. 170 : « Whilst rules proscribing war crimes address the criminal conduct of a perpetrator towards an immediate protected object, rules proscribing crimes against humanity address the perpetrator's conduct not only towards the immediate victim but also towards the whole of mankind ».

conflit armé paraît ainsi relativement peu apte en lui-même à limiter la mise en œuvre de la légitime défense, de l'état de nécessité, de la nécessité militaire ou des représailles, dès lors qu'ils peuvent s'analyser en un comportement mesuré. Le TPIY adoptait déjà cette position, qui affirmait clairement que « le but de la guerre est de mettre l'ennemi hors de combat, pas de le faire souffrir au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but »¹⁷⁸⁹. Par ailleurs, si le crime de guerre protège certaines catégories de personnes ou de biens, comme les civils, les prisonniers de guerre ou les membres d'une mission de maintien de la paix, tous les actes commis à leur encontre ne sont pas nécessairement illicites.

505. Proportionnalité envisageable de l'action contre des civils. Il a cependant été avancé que la protection accordée aux civils devait conduire à considérer toute attaque à leur rencontre comme disproportionnée lorsqu'il s'agit de protéger seulement un bien¹⁷⁹⁰. C'est dire que la légitime défense des biens ne devrait jamais pouvoir justifier une attaque contre des civils. Il faut cependant distinguer suivant le comportement des civils. S'ils n'ont pas recours à la force de manière illicite – condition de mise en œuvre de l'article 31 du Statut de Rome – ils sont donc inoffensifs et la légitime défense des biens ne peut en effet alors pas être mise en œuvre. Dans cette hypothèse, ce n'est toutefois pas la condition de proportionnalité qui fait défaut mais la condition de danger. En revanche, si les civils recourent à la force de manière illicite, l'action commise en défense des biens contre des civils pourrait au contraire être proportionnée, notamment s'il s'agit de « défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui »¹⁷⁹¹. La protection de ces biens peut en effet être envisagée comme un moyen de protéger la vie de l'individu menacé. Lorsqu'à travers le bien, c'est la vie de l'individu qui est menacée. Il semble alors qu'une atteinte à la vie ou à l'intégrité puisse être proportionnée à la défense des biens. L'état de nécessité pourrait d'ailleurs lui aussi conduire à une action contre des civils, par définition innocents cette fois, et demeurer proportionné.

506. Tempérament à la protection absolue des civils. Par ailleurs, si une interdiction absolue de s'en prendre à des civils est reconnue en droit coutumier¹⁷⁹², ce principe signifie en

¹⁷⁸⁹ TPIY, arrêt *Kordić et Čerkez*, para. 686

¹⁷⁹⁰ BANTEKAS I., « Defences in international criminal law », in MCGOLDRICK D., ROWE P. et DONNELLY E. (ss. dir.), *The Permanent International criminal court : Legal and policy issues*, Hart Publishing, 2004, p. 279 : « *The use of unlawful weapons or the perpetration of attacks in defence of such property against innocent civilians is not only contrary to jus cogens, it is certainly not warranted by any construction of the principle of 'proportionality'* ».

¹⁷⁹¹ SCPI, art. 31 para. 1 c).

¹⁷⁹² TPIY, arrêt *Galić*, para. 190 ; TPIY, *Le procureur c. Tihomir Blaskić*, arrêt, 29 juil. 2004, n°IT-95-14-A, para. 109.

réalité que les civils ne doivent pas être directement pris pour cible. Cela implique qu'une action menée en représailles contre des civils sera toujours disproportionnée, puisque dans ce cas les civils seront des cibles directes. Ils peuvent en revanche constituer des victimes incidentes lors d'une action menée par nécessité militaire¹⁷⁹³, ce que le Statut de Rome formalise dans l'un des crimes sous-jacents du crime de guerre¹⁷⁹⁴.

507. Particularité de l'appréciation de la proportionnalité de la nécessité militaire. La présence d'une exigence de proportionnalité dans la nécessité militaire – dont il faut rappeler qu'elle n'est envisageable que pour certains crimes sous-jacents spécifiques¹⁷⁹⁵ – s'explique car « la mesure plus grave n'apporte rien de plus que celle moins forte dans le contexte de la poursuite du but légitime de la guerre »¹⁷⁹⁶. Cela signifie que pour être proportionné, l'acte commis par nécessité militaire doit être celui qui peut parvenir à l'objectif militaire en causant le moins de dommage. Comme pour les autres motifs d'exonération, la nécessité militaire suppose ainsi une pesée des intérêts en présence mais, contrairement aux autres, l'intérêt de l'auteur de l'acte ne correspond pas à une valeur menacée ou atteinte. Il s'agit ici de vérifier que l'objectif militaire que l'on cherche à atteindre autorise un dommage à l'ennemi¹⁷⁹⁷. L'appréciation de la proportionnalité doit également se faire « du point de vue de la personne »¹⁷⁹⁸, c'est-à-dire de l'auteur, ce qui confère un caractère subjectif à la proportionnalité de la nécessité militaire. Cette dernière dépendra ainsi notamment de la position de l'individu et des éléments de connaissance à sa disposition¹⁷⁹⁹ mais il est donc possible que la condition de proportionnalité de la nécessité militaire soit remplie et cette dernière mise en œuvre comme motif d'exonération.

¹⁷⁹³ TPIY, arrêt *Galić*, para. 190.

¹⁷⁹⁴ SCPI, art. 8 para. 2 b) iv): « Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » (c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁹⁵ Sur la liste de ces crimes sous-jacents v. *supra* n°35.

¹⁷⁹⁶ KOLB R., « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », in MOLLARD-BANNELIER C. (ss. dir.), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007, p. 164.

¹⁷⁹⁷ O'REILLY A. « Affirmative defenses in international criminal proceedings » in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 508 : « *military necessity is justified in relation to a particular military goal* ». Sur la définition de l'objectif militaire v. *supra* n°188.

¹⁷⁹⁸ TPIY, *Le procureur c. Ljube Boskoski*, 10 juil. 2008, n°IT-04-82-T, para. 357.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.* Sur ce point v. *infra* n°562 et s.

508.Exemple de proportionnalité possible dans l'acte commis contre un prisonnier de guerre. S'agissant des prisonniers de guerre, autre catégorie de personne protégée par l'article 8 du Statut de Rome, il est aussi possible qu'une action à leur encontre soit proportionnée, entraînant ainsi l'exonération de son auteur. Par exemple, si un prisonnier de guerre attaque un soldat qui tente de l'empêcher de fuir, le soldat pourrait réagir en légitime défense. De la même manière, si le prisonnier menace de détruire des biens de grande importance, le soldat devrait pouvoir utiliser la force appropriée, peut-être avec des conséquences funestes, de façon à empêcher le dommage¹⁸⁰⁰.

509.Conclusion de section. Le caractère mesuré que doit revêtir l'acte pour être exonéré s'accorde finalement assez bien avec le contexte de conflit armé caractérisant le crime de guerre. Il est en revanche plus difficile de qualifier de mesuré les actes commis en cas de crime contre l'humanité ou de génocide car la valeur qu'ils protègent transcende toujours celle qui pourrait être protégée par l'individu qui agit. Un acte mesuré pourrait être caractérisé en cas de crime d'agression car il est possible que l'acte d'agression constitue une réponse apte à faire cesser un danger. Cependant, il ne sera proportionné que face à un acte d'une gravité équivalente, c'est-à-dire un acte pouvant lui-même être qualifié d'acte d'agression.

¹⁸⁰⁰ Ces exemples sont employés par SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P, 2010 p. 645: « *for example, if an escaping prisoner of war attacks a soldier who is trying to prevent the escape, should not the soldier be entitled to a defence of self-defence ? or if the escaping prisoner threatens to destroy property of great value and strategic importance, cannot a soldier use appropriate force, perhaps with lethal consequences, in order to prevent possibly catastrophic damage ?* ».

Conclusion du Chapitre 2

510.Exigence d'un comportement non manifestement illégal. Pour qu'un motif d'exonération soit mis en œuvre, il faut que le comportement qu'il exonère puisse être qualifié de modéré. Il faut ainsi que ce comportement ne soit pas manifestement illégal et qu'il soit mesuré. Or, l'absence d'illégalité manifeste de l'acte exonéré ne pourra pas être caractérisée en présence d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide car ils portent en eux une volonté de négation de l'Humanité qui ne peut être que manifestement illégale. L'acte commis en exécution d'un ordre ne pourra ainsi pas apparaître comme légal et aucune erreur raisonnable ne pourra être reconnue. Cela exercera même une influence en présence d'un cumul de qualifications entre l'une de ces deux infractions et un crime de guerre. Le conflit armé n'étant pas par nature illégal, le crime de guerre s'accommode en effet mieux avec des comportements non manifestement illégaux. Le crime de guerre est ainsi plus réceptif à la mise en œuvre d'une erreur ou d'un ordre du supérieur comme motifs d'exonération. Cependant, en présence d'un cumul de qualifications, la mise en œuvre de l'ordre du supérieur qui pourrait être autorisée en cas de crime de guerre sera largement entravée par le fait que l'acte commis sera manifestement illégal au sein du crime contre l'humanité. L'acte exonéré pourra ainsi être non manifestement illégal que s'il se commet exclusivement au sein d'un crime de guerre. Le crime d'agression a quant à lui été isolé car son contexte d'emploi de la force armée est singulier et les actes sous-jacents qui le caractérisent ne peuvent pas se cumuler avec ceux des autres infractions internationales. Parce qu'il exige que l'acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies, l'acte commis sur ordre du supérieur sera toujours manifestement illégal et ne pourra être exonéré. En revanche, une erreur pourrait être acceptable notamment lorsque l'individu commet un acte entrant dans les zones grises du droit international, comme l'intervention d'humanité. Ces actes sont en effet problématiques car leur caractère illégal est contesté. Aussi l'individu, en commettant cet acte, ne commet pas un acte manifestement illégal et peut ainsi bénéficier de l'erreur.

511.Exigence d'un comportement mesuré. La modération de l'acte exonéré implique également que l'acte commis soit mesuré. Or, le crime contre l'humanité et le génocide impliquent une négation de l'Humanité qui confèrent aux actions commises un caractère démesuré. Les exactions sont en effet flagrantes, déraisonnables et disproportionnés, ce qui conduit à neutraliser l'admission de la légitime défense et de l'état de nécessité. Il sera sans

doute tout aussi difficile de qualifier un acte d'agression d'acte mesuré car il faudrait pour cela qu'il réponde à un danger aussi grand, c'est-à-dire à un autre acte d'agression. Or il est dans ce cas très probable que le Conseil de sécurité constate que l'acte d'agression est justifié, autrement dit qu'il ne constitue pas une violation de la Charte des Nations Unies. Dans ce cas aucun crime d'agression ne pourrait être reproché à l'individu devant la Cour pénale internationale, ce qui signifie que cette situation ne relèverait pas d'une question d'exonération. Au contraire, si un acte d'agression est caractérisé, il sera disproportionné et, partant, démesuré, ce qui empêchera l'individu de se prévaloir de la légitime défense ou de l'état de nécessité. À l'inverse, le conflit armé caractérisant le crime de guerre peut tout à fait admettre l'existence d'un acte mesuré. Un individu peut en effet agir raisonnablement et de manière proportionnée pour faire face à un danger survenant au sein de ce contexte, ce qui autorise la mise en œuvre de la légitime défense, de l'état de nécessité, de la nécessité militaire et des représailles.

Conclusion du Titre I

512.Particularités du crime d'agression. L'étude des limites matérielles à la mise en œuvre des motifs d'exonération, fondée sur le caractère spontané et mesuré que doit revêtir l'acte exonéré, révèle que ces caractères ne sont pas compatibles avec toutes les infractions internationales par nature. D'abord, le crime d'agression a souvent dû être isolé en raison de deux particularités : le lien trop fort qu'il entretient avec l'État et, partant, avec les règles du droit international public, et son caractère attitré. Le fait d'exiger que l'infraction soit commise par une « personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État » fait jouer un rôle particulier à l'intoxication et la contrainte, qui se transforment alors en causes de non-imputation et n'ont ainsi plus de rôle exonératoire. Les Éléments des crimes excluent par ailleurs la mise en œuvre de l'erreur de droit mais n'empêchent pas qu'une erreur de fait puisse être admise dès lors qu'elle révèle un comportement spontané. Le crime d'agression n'exclut ainsi pas toute mise en œuvre d'exonération. Cependant, les possibilités demeurent réduites car l'acte d'agression doit constituer une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. Cette violation patente implique qu'il sera difficile de qualifier l'acte commis de mesuré et, partant, tout aussi difficile de mettre en œuvre la légitime défense et l'état de nécessité.

513.Crime contre l'humanité et génocide rétifs à la mise en œuvre des motifs d'exonération. L'étude des caractères spontané et mesuré que doit revêtir l'acte exonéré a ensuite systématiquement conduit à opérer une distinction entre le crime contre l'humanité et le génocide d'un côté et le crime de guerre de l'autre. Les deux premières infractions se révèlent en effet largement incompatibles avec la commission d'un acte spontané et mesuré. Les contextes particuliers d'attaque généralisée ou systématique ou l'intention spéciale de faire disparaître un groupe protégé du crime contre l'humanité et du génocide impliquent en effet une planification une préparation pour réaliser le projet criminel, ce qui empêche de pouvoir caractériser un acte spontané. Aussi, l'admission de l'ensemble des motifs d'exonération est-elle largement limitée. Le crime contre l'humanité et le génocide ayant par ailleurs vocation à porter atteinte à la valeur Humanité, rien ne sera jamais aussi grave que leur commission. Cette dernière, flagrante et hors-norme, s'oppose à ce qu'un comportement mesuré soit qualifié, de sorte que l'ordre du supérieur, et les hypothèses de nécessité ne pourront pas être mis en œuvre.

514. Crime de guerre réceptif à la mise en œuvre des motifs d'exonération. Enfin, les caractères spontané et mesuré de l'acte exonéré s'avèrent à l'inverse plutôt compatibles avec le crime de guerre. En effet, le conflit armé entourant la commission des crimes de guerre favorise la survenance de dangers imminents, ce qui oblige l'individu à réagir de manière rapide et spontanée. Dès lors, ce contexte semble conciliable avec la légitime défense, l'état de nécessité la contrainte, qui supposent cette réaction dans l'urgence. Les comportements momentanés tels le trouble mental et l'intoxication involontaire trouvent eux aussi un terrain favorable. Par exception, l'intoxication volontaire est neutralisée par le contexte de conflit armé qui impose une vigilance constante, sauf si la substance ingérée volontairement produit des effets inattendus. De la même manière, pour graves qu'ils soient, les crimes de guerre ne traduisent pas nécessairement une illégalité manifeste, ce qui s'accorde assez bien avec l'invocation de l'ordre du supérieur ou d'une erreur. Le comportement n'est pas non plus nécessairement hors-norme et peut ainsi constituer une réponse proportionnée. Légitime défense, état de nécessité, nécessité militaire et représailles ont ainsi une chance de prospérer en présence d'un crime de guerre mais il faut vérifier si des limites personnelles à la mise en œuvre peuvent y faire échec.

TITRE II : LES LIMITES PERSONNELLES A LA MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION

515.Introduction. L'étude de la mise en œuvre personnelle des motifs d'exonération renvoie à la question de savoir quel individu peut invoquer un motif d'exonération. La réponse est en apparence simple puisque les motifs d'exonération ne sont pas réservés à une catégorie particulière d'individu, de sorte que n'importe quelle personne devrait pouvoir invoquer n'importe quel motif d'exonération. Deux problématiques sous-jacentes se font cependant jour. Il faut d'une part vérifier qu'un motif d'exonération peut être mis en œuvre quel que soit le degré d'implication de l'individu dans l'infraction internationale. Autrement dit, il faut s'assurer que tous les participants à l'infraction internationale peuvent se voir reconnaître l'application d'un motif d'exonération. Cela conduit à s'interroger sur les limites tenant à la participation personnelle de l'individu (Chapitre 1). Par ailleurs, si n'importe quel individu peut être justiciable de la Cour pénale internationale, il reste que la position occupée par ce dernier peut d'autre part exercer une influence sur la mise en œuvre des motifs d'exonération, qu'elle risque de venir limiter (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les limites tenant à la participation personnelle

516.Introduction. Les motifs d'exonération sont classiquement appréhendés en droit interne par rapport à l'auteur matériel, c'est-à-dire celui qui commet lui-même l'infraction. Le bénéfice d'un motif d'exonération sur le complice n'est par exemple pas envisagé directement sur la tête du complice mais par référence à l'auteur matériel, nommé auteur principal. Ce n'est ainsi pas le complice lui-même qui bénéficie d'un motif d'exonération mais l'auteur matériel, l'effet du motif d'exonération s'étendant au complice si le motif d'exonération a un effet *in rem* ou ne jouant qu'au profit de qui le vérifie en sa personne si le motif d'exonération a un effet *in personam*¹⁸⁰¹. Cette remarque faite à l'égard du complice peut être généralisée à l'ensemble des modes de responsabilité reposant sur une participation et non pas sur une action. Ainsi en va-t-il de la complicité par ordre, sollicitation ou encouragement¹⁸⁰², de la complicité par aide ou assistance¹⁸⁰³, de la contribution à un crime de groupe¹⁸⁰⁴ mais aussi de la responsabilité du supérieur hiérarchique¹⁸⁰⁵. L'on s'interroge cependant moins sur le fait de savoir si le complice ou, plus généralement, le participant à l'infraction internationale peut personnellement et individuellement bénéficier d'un motif d'exonération. Or la question est d'importance car envisager la mise en œuvre d'un motif d'exonération uniquement au regard de l'auteur matériel de l'infraction conduirait à supprimer automatiquement la possibilité pour un dirigeant d'être exonéré de sa responsabilité pénale, puisqu'il n'est que rarement l'auteur matériel de l'infraction internationale¹⁸⁰⁶. Par ailleurs, la responsabilité du participant, si elle dépend dans une certaine mesure de l'infraction commise ou tentée par l'auteur matériel, reste une responsabilité autonome en vertu du principe de responsabilité pénale du fait personnel, même si la formulation adoptée par le Statut de Rome peut faire douter de sa consécration en droit

¹⁸⁰¹ V. par exemple CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd., 2004, para. 288.

¹⁸⁰² SCPI, art. 25 para. 3 b).

¹⁸⁰³ SCPI, art. 25 para. 3 c).

¹⁸⁰⁴ SCPI, art. 25 para 3 d).

¹⁸⁰⁵ SCPI, art. 28.

¹⁸⁰⁶ Dans le même sens v. MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 181. Sur l'influence de la position de dirigeant dans la mise en œuvre d'un motif d'exonération v. *infra* n°542 et s.

pénal international¹⁸⁰⁷. C'est dire que la responsabilité du participant ne dépend pas de celle de l'auteur matériel. Il est alors possible de considérer que l'exonération de l'un et de l'autre, à l'image des responsabilités, est individuelle. À la responsabilité du fait personnel correspondrait donc une exonération du fait personnel, ce qui impose d'envisager directement et de manière autonome l'exonération de chaque protagoniste. Une appréciation individuelle des motifs d'exonération sur la tête de chaque protagoniste de l'infraction internationale paraît ainsi nécessaire (Section 1) mais il faut encore qu'elle soit possible (Section 2).

Section 1 : Une appréciation individuelle des motifs d'exonération nécessaire

517.Représentation insatisfaisante des comportements. Le lien systématique existant entre l'exonération de l'auteur matériel et celle du participant peut être remis en question. Ce lien peut en effet conduire à exonérer des complices dont le comportement demeure blâmable et, à l'inverse, à ne pas les exonérer alors que leur comportement n'est pas blâmable. Bref, prendre invariablement pour point de départ le comportement de l'auteur matériel conduit parfois à une mise en œuvre regrettable des motifs d'exonération. De la même manière, vérifier l'exonération du participant par le truchement de celle de l'auteur matériel empêche la mise en œuvre autonome des motifs d'exonération à l'égard de l'ensemble des modes de participation. Une appréciation individuelle de l'ensemble des motifs d'exonération est alors nécessaire à leur mise en œuvre satisfaisante (Paragraphe 1) à l'égard de l'ensemble des modes de participation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une appréciation individuelle nécessaire à la mise en œuvre satisfaisante des motifs d'exonération

518. L'étude de l'exonération du participant uniquement par le truchement de celle de l'auteur matériel repose sur l'effet que l'on prête aux motifs d'exonération, cet effet dépendant lui-même de la catégorie à laquelle l'on estime que chaque motif d'exonération appartient. Or la référence à la distinction classique entre motifs subjectifs et motifs objectifs d'exonération est insatisfaisante car elle ne permet pas de déterminer avec précision l'effet de chaque motif

¹⁸⁰⁷ MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », *op. cit.*, p. 184 : « Si le principe [de responsabilité du fait personnel] est classique en matière pénale et se comprend au regard de la finalité et des enjeux du procès pénal, on peut douter qu'il soit véritablement consacré par le Statut. L'article 25 évoque en effet le principe de responsabilité individuelle et non véritablement le principe de responsabilité du fait personnel ».

d'exonération sur le participant (A). Lier systématiquement l'exonération du participant à celle de l'auteur matériel conduit par ailleurs à une représentation imparfaite du comportement individuel de chacun des protagonistes (B).

A- La référence insatisfaisante à la distinction classique entre motifs subjectifs et motifs objectifs d'exonération

519.Effet classiquement attribué aux motifs d'exonération subjectifs. La question de l'appréciation personnelle des motifs d'exonération sur la tête de chaque participant n'est que rarement posée. Elle n'est jamais évoquée en droit pénal international, ni dans les instruments juridiques ni dans la doctrine, de sorte qu'il faut se tourner vers le droit interne pour tenter d'y trouver du soutien. La question y est à peine mentionnée et la majorité de la doctrine, qu'elle soit française ou anglo-saxonne, se contente généralement de vérifier que le motif d'exonération s'applique à l'égard de l'auteur matériel pour en tirer ensuite les conséquences relativement au participant¹⁸⁰⁸. Si le motif d'exonération fait partie de ce que les auteurs français nomment causes subjectives d'irresponsabilité et les auteurs anglo-saxons excuses, la position majoritaire est de considérer qu'il n'aura d'effet qu'à l'égard de l'auteur matériel¹⁸⁰⁹. C'est ainsi considérer que les motifs d'exonération subjectifs ont un effet *in personam*, ce qui se traduit par la nécessité d'en vérifier les conditions à l'égard de chaque participant. Tirant les conséquences d'une telle vision, certains auteurs expliquent alors clairement que les motifs d'exonération subjectifs ont une portée subjective et doivent être appréciés sur la tête de chaque protagoniste¹⁸¹⁰. La reconnaissance de l'effet *in personam* dépend cependant de la façon dont

¹⁸⁰⁸ La question est en général étudiée à l'égard du seul complice.

¹⁸⁰⁹ Pour le droit français v. MAYAUD Y., *Droit pénal général*, P.U.F., 7^{ème} éd., 2021, para. 411, p. 490 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, P.U.F., coll. « Thémis », 6^{ème} éd., 2005, p. 357 ; PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 12^{ème} éd., 2021, para. 310 pour l'erreur de droit et 299 pour la contrainte. Pour le droit anglo-saxon, v. ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017 p. 187 ; PADFIELD N., *Criminal law*, O.U.P., 10^{ème} éd., 2016, p. 110 ; CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 210 ; ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, Cambridge university press, 2017, p. 480 ; HAENEN I., « Justifying a dichotomy in defences. The added value of a distinction between justifications and excuses in international criminal law », *International criminal law review*, 2016, vol. 16, p. 551-552 ; KREBS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », *Cambridge journal of international law*, 2013, vol. 2, Issue 3, p. 384 ; KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014, p. 37.

¹⁸¹⁰ Pour une formulation explicite v. MAYAUD Y., *op. cit.*, para. 411 : « [les causes subjectives d'irresponsabilité] se caractérisent par une portée *in personam*, et il est normal que le complice ne puisse en avoir les effets, sauf à y prétendre à titre personnel de son côté » (nous soulignons) ; PIN X., *op. cit.*, para. 310 : « si l'errans peut l'invoquer, en revanche [l'erreur de droit] ne devrait profiter ni à ses coauteurs ni à ses complices, sauf s'ils démontrent qu'ils ont commis la même erreur » (nous soulignons) ; ROBERT J.-H., « Complicité », *Jurisclassseur* fasc. 20 (actualisation avril 2020), para. 54 : « Les conditions subjectives de la responsabilité pénales sont appréciées distinctement chez chacun des deux comparses » ; DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *Droit pénal général*, L.G.D.J., coll. « Cours », 4^{ème} éd., 2020, para. 520 p. 289 : « l'imputabilité étant alors considérée

sont appréhendées les différentes causes subjectives d'irresponsabilité, notamment le trouble mental et la contrainte, envisagés en principe comme des causes de non-imputabilité. L'effet *in personam* prôné par les auteurs évoqués tient alors au fait qu'ils estiment que ces causes ne font pas disparaître l'infraction mais empêchent d'en faire le reproche à l'auteur matériel. Un auteur considère à l'inverse qu'en l'absence d'imputabilité aucune infraction ne peut être établie, de sorte que les causes de non-imputabilité devraient agir aussi bien sur l'auteur matériel que sur le complice¹⁸¹¹.

520.Effet classiquement attribué aux motifs d'exonération objectifs. Cela rejoint l'effet attribué aux motifs d'exonération objectifs, autrement dit aux faits justificatifs, qui bénéficient pour une large majorité de la doctrine tant à l'auteur matériel qu'au complice ou au participant¹⁸¹². C'est donc reconnaître un effet *in rem* aux motifs d'exonération objectifs. Comme la précédente, cette vision de l'effet des motifs d'exonération objectifs dépend de la façon dont ils sont appréhendés. Reconnaître l'effet *in rem* des faits justificatifs suppose en effet de considérer qu'ils font disparaître le caractère délictueux du fait infractionnel¹⁸¹³ ou neutralisent l'élément légal de l'infraction¹⁸¹⁴. Un auteur fait quant à lui valoir, à l'inverse, que les faits justificatifs sont des causes de non-imputation qui ont un effet *in personam*, de sorte qu'ils doivent, comme les motifs subjectifs d'exonération, être appréciés sur la tête de chaque

comme une condition – personnelle à chacun des participants à l'infraction – de la responsabilité pénale » (nous soulignons) ; HAENEN I., « Justifying a dichotomy in defences. The added value of a distinction between justifications and excuses in international criminal law », précité, p. 552: « *Accomplices (...) cannot rely on the defendant's excuse, but will have to bring forward their own defences* » (les complices ne peuvent pas compter sur l'excuse de l'accusé mais doivent invoquer leurs propres motifs d'exonération) (nous soulignons) ; CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 210: « *any accessory to the excused perpetrator may be convicted of aiding and abetting (unless they themselves also benefit from an excuse)* » (chaque complice de l'auteur matériel excuse peut être convaincu d'aide ou assistance (sauf s'ils bénéficient eux-mêmes d'une excuse)) (nous soulignons).

¹⁸¹¹ DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2021, para. 1170 p. 903-904.

¹⁸¹² Pour le droit français v. MAYAUD Y., *op. cit.*, para. 410 p. 486 ; ROBERT J.-H., *op. cit.*, p. 356 ; PIN X., *op. cit.*, para. 325 p. 337 ; DREYER E., *op. cit.*, para. 1169 p. 903. Pour le droit anglo-saxon, v. ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017 p. 187 ; PADFIELD N., *Criminal law*, O.U.P., 10^{ème} éd., 2016, p. 110 ; CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 210 ; O'REILLY A., « Affirmative defenses », in ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, C.U.P., 2017, p. 480 ; HAENEN I., « Justifying a dichotomy in defences. The added value of a distinction between justifications and excuses in international criminal law », p. 551-552 ; KREBS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », *Cambridge journal of international law*, 2013, vol. 2, Issue 3, p. 384 ; KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014, p. 37.

¹⁸¹³ MAYAUD Y., *op. cit.*, para. 426 p. 513.

¹⁸¹⁴ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 285.

protagoniste¹⁸¹⁵. Il affirme ainsi que « chaque participant à l'infraction doit invoquer son *propre* fait justificatif, indépendamment de celui éventuellement retenu au bénéfice de l'auteur »¹⁸¹⁶.

521.Limite de la présentation. On le voit bien, l'effet prêté aux différents motifs d'exonération dépend de la vision que peut en avoir chaque auteur. Outre la question de décider dans quelle catégorie placer chaque motif d'exonération, qui fait déjà débat¹⁸¹⁷, il faut également déterminer sur quel élément, de l'infraction, de l'imputation ou plus largement de la responsabilité, chaque catégorie de motifs d'exonération joue afin de déterminer si un motif d'exonération précis doit avoir un effet *in rem* ou *in personam*. Bref, à faire dépendre l'effet d'un motif d'exonération de son caractère objectif ou subjectif, l'on peut développer autant de points de vue qu'il y a d'auteurs. Certains observent cependant que la distinction entre motifs objectifs et motifs subjectifs peut être dépassée¹⁸¹⁸. Ils expliquent en effet que des motifs d'exonération en principe qualifiés d'objectifs peuvent avoir un caractère subjectif, tout comme, réciproquement, des motifs d'exonération en principe qualifiés de subjectifs peuvent avoir un caractère objectif¹⁸¹⁹. Ils relèvent notamment que les faits justificatifs « trouvent certes leur origine dans des causes étrangères à l'auteur des faits, mais ils supposent presque toujours une certaine attitude de la part de celui-ci »¹⁸²⁰, ce qui leur confère une certaine part de subjectivité. À l'inverse, parmi les motifs subjectifs d'exonération, ils expliquent à propos de la contrainte qu'elle « provient le plus souvent de circonstances objectives extérieures à l'auteur des faits, comme c'est le cas pour la légitime défense ou l'état de nécessité »¹⁸²¹. On retrouve donc une part d'objectivité. Ces différents exemples montrent que « la frontière entre les causes subjectives et objectives d'irresponsabilité pénale n'est pas toujours très nette »¹⁸²², ce qui rend la classification imparfaite¹⁸²³. Aussi la distinction entre motif d'exonération objectif et motif d'exonération subjectif s'avère-elle insatisfaisante à révéler la portée que doivent avoir les

¹⁸¹⁵ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 89, 2009, para. 168.

¹⁸¹⁶ *Ibid.* C'est l'auteur qui souligne.

¹⁸¹⁷ Certains auteurs anglo-saxons rangent par exemple l'ordre du supérieur parmi les excuses, là où la doctrine française s'accorde à le ranger parmi les faits justificatifs. V. notamment O'REILLY A., « Affirmative defenses », p. 487 ; CASSESE A., *International criminal law*, p. 228. Sur la nécessité de dépasser la distinction v. *supra* n°5 et s.

¹⁸¹⁸ BASSIOUNI Ch., *Crimes against humanity – Historical evolution and contemporary application*, C.U.P., 2011, p. 581 ; DESPORTES F. et le GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, Économica, 14^{ème} éd., 2007, para. 693.

¹⁸¹⁹ BASSIOUNI Ch., *op. cit.*, p. 581: « *the subjective and objective conditions may overlap* » (les conditions objectives et subjectives peuvent se chevaucher).

¹⁸²⁰ DESPORTES F. et le GUNEHÉC F., *op. cit.*, 2007, para. 693.

¹⁸²¹ *Ibid.*

¹⁸²² *Ibid.*

¹⁸²³ *Ibid.* Dans le même sens v. PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2016, para. 100 p. 153.

motifs d'exonération. Cela ne permet en effet pas de déterminer avec précision si un motif d'exonération peut être apprécié directement à l'égard de toutes les formes de responsabilité donc de déterminer s'il peut être admis quelle que soit la forme de participation à l'infraction internationale. Or il apparaît que ces différentes formes de participation renvoient à des comportements différents de la part des protagonistes, comportements qui se trouvent imparfaitement appréciés lorsque l'exonération de l'auteur matériel et du participant sont liées.

B- L'appréciation imparfaite du comportement individuel des protagonistes

522.Représentation imparfaite du comportement des protagonistes. Au-delà de la discussion relative au caractère subjectif ou objectif d'un motif d'exonération, prendre systématiquement l'auteur matériel comme point de départ pour vérifier la portée d'un motif d'exonération pose problème quant à la représentation du comportement des différents protagonistes. En effet, lier l'exonération du participant à celle de l'auteur matériel ne permet pas de traduire la réalité du comportement du complice ou, plus largement, du participant. Les deux comportements – action et participation – sont par essence différents et plusieurs hypothèses révèlent la nécessité de les dissocier dans l'étude de l'admission d'un motif d'exonération. Il faut reconnaître d'emblée que les hypothèses envisagées portent uniquement sur des motifs d'exonération traditionnellement présentés comme objectifs, ce qui s'explique car la doctrine majoritaire ne leur confère pas un effet *in personam* nécessitant une appréciation individuelle¹⁸²⁴. C'est donc à leur égard que la divergence de caractère blâmable entre les comportements de l'auteur matériel et du participant se révèle le mieux.

523.Représentation imparfaite du comportement des protagonistes en cas de menace putative. S'agissant d'abord de la légitime défense et de l'état de nécessité, il a été admis qu'ils puissent être putatifs, c'est-à-dire que l'individu puisse réagir à une menace qui n'existe en réalité pas, dès lors qu'il pouvait raisonnablement croire à son existence¹⁸²⁵. Il est ainsi possible d'envisager que l'auteur matériel se défendant contre une menace en réalité inexistante soit aidé par un complice qui, lui, sait très bien que la menace n'existe pas. On peut par exemple imaginer une situation dans laquelle un individu en menace un autre avec une arme factice ou non chargée, ce que le deuxième ignore. Si un troisième individu, sachant l'arme inutilisable, prête tout de même la sienne à l'individu menacé, sa contribution n'a d'autre but que de s'assurer de

¹⁸²⁴ Sur les différentes positions doctrinales à ce sujet v. *supra* n°6.

¹⁸²⁵ Sur cette admission v. *supra* n°106.

la commission de l'infraction par ce dernier. Dans cette hypothèse, l'auteur matériel peut invoquer la légitime défense putative mais il ne paraît pas légitime que le complice de mauvaise foi puisse lui aussi en bénéficier au prétexte que l'effet de la légitime défense du premier se communiquerait à lui¹⁸²⁶. Envisagée à l'égard du complice, l'hypothèse peut également l'être pour le supérieur hiérarchique, entendu au sens du mode de responsabilité de l'article 28 du Statut de Rome. Il est ainsi possible de concevoir une situation dans laquelle le supérieur hiérarchique n'exerce pas son contrôle effectif¹⁸²⁷ sur ses subordonnés et les laisse répondre à une menace qu'il sait ne pas exister. La différence entre le comportement de deux individus peut même se vérifier en présence de coauteurs, alors que ces deux individus jouent pourtant un rôle similaire dans cette hypothèse. L'on peut une nouvelle fois se fonder sur la situation d'un individu qui en attaque deux autres avec une arme factice. Si les deux individus attaqués ripostent et font feu sur leur assaillant, la légitime défense putative peut s'appliquer à chacun d'eux. Cependant, si l'un des deux savait que l'arme était factice et a tout de même riposté, la légitime défense putative ne devrait pas pouvoir être admise à son bénéfice car il savait qu'aucune menace n'existait. À l'inverse, son coauteur qui lui croyait raisonnablement subir une attaque devrait pouvoir en bénéficier car son attitude n'est pas blâmable¹⁸²⁸. Pour vérifier l'absence de caractère blâmable de ces deux comportements qui diffèrent l'un de l'autre et éviter qu'un comportement qui demeure nuisible ne fasse l'objet d'une exonération, il faut donc bien apprécier le motif d'exonération individuellement à l'égard de chacun des protagonistes.

524. Appréciation imparfaite de la proportionnalité de l'acte de chaque protagoniste.

La légitime défense et l'état de nécessité sont ensuite soumis à une condition de proportionnalité¹⁸²⁹. Cela suppose ainsi de vérifier que le comportement de l'individu est proportionné à l'ampleur de la menace encourue. Or, le comportement de l'auteur matériel et

¹⁸²⁶ Dans le même sens v. DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 521 p. 289, selon lesquels il faudrait faire exception à l'effet *in rem* de la légitime défense et retenir l'effet *in personam* pour que la légitime défense putative ne profite « qu'à la personne qui se trouve personnellement dans la situation justificative ».

¹⁸²⁷ Qu'il s'agisse d'un supérieur hiérarchique militaire ou civil, l'article 28 impose en effet qu'il soit dans une position de contrôle effectif de ses subordonnés et qu'il ne l'exerce pas, laissant une infraction se commettre ou n'en réprimant pas la commission.

¹⁸²⁸ DESPORTES F. et Le GUNHEC F., *op. cit.*, para. 693 qui prennent l'exemple de deux individus menacés par un troisième avec une arme factice et expliquent que la légitime défense doit être acceptée pour celui qui ne le savait pas et être refusée pour celui qui le savait. Pour ces auteurs, la légitime défense, bien qu'étant extérieure à l'individu, suppose tout de même « une certaine attitude de la part de celui-ci, attitude qui, dans des hypothèses il est vrai exceptionnelles, peut ne pas avoir existé chez un complice ou un coauteur, dont la responsabilité pénale sera alors engagée ». v. cependant BARON E., *La coaction en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 2012, para. 451 qui considère que faute de véritable entente entre les deux individus, l'exemple « peut faire douter d'une l'existence d'une véritable coaction ». L'auteur considère ainsi que les faits justificatifs étant objectifs, ils doivent avoir un effet *erga omnes* et profiter au coauteur (v. para. 461 pour un résumé de ce point de vue).

¹⁸²⁹ Sur cette condition v. *supra* 206 et s.

du participant étant différents, il est possible que la condition soit remplie pour l'un et pas pour l'autre. Imaginons la situation d'un individu qui en aide d'autres à barricader un chemin en leur fournissant des briques, afin d'empêcher l'accès à des adversaires belliqueux. Au lieu de barricader le chemin, les seconds jettent les briques sur les ennemis. Dans cette situation, l'individu fournit les briques pour aider à barricader le chemin et ainsi se protéger et protéger autrui contre des ennemis. Les seconds, en jetant les briques sur les ennemis le font également pour se protéger et protéger autrui. Leur action pourrait cependant être jugée disproportionnée, notamment si les ennemis ne sont pas eux-mêmes en train d'attaquer. L'aide apportée par le premier pourrait en revanche être jugée proportionnée à la menace. On le voit bien, le comportement des auteurs matériels diffère de celui du complice et autres participants. Opérer une appréciation individuelle et personnelle de cette proportionnalité à l'égard de chaque participant s'avère alors une nouvelle fois préférable en ce qu'elle permettrait de révéler le comportement proportionné de l'un et disproportionné de l'autre. Ici c'est bien le participant qui pourrait être exonéré là où les auteurs matériels ne le pourraient pas.

525.Représentation imparfaite du comportement des protagonistes en cas d'ordre illégal. Outre la légitime défense et l'état de nécessité, le lien entre l'exonération de l'auteur matériel et celle du participant peut enfin être problématique pour la mise en œuvre de l'effet exonératoire de l'ordre du supérieur. Ce motif d'exonération exige en effet que l'individu soumis à l'ordre ne sache pas que l'ordre était illégal¹⁸³⁰. Le subordonné est ainsi exonéré parce qu'il a obéi à un ordre qui n'était pas manifestement illégal¹⁸³¹ et dont il n'a pas perçu l'illégalité. Il est tout à fait possible en revanche que le donneur d'ordre sache quant à lui parfaitement que l'ordre qu'il donne est illégal. Or en droit pénal international le donneur d'ordre peut être appréhendé de deux manières : en tant qu'auteur qui fait commettre l'infraction par l'intermédiaire d'une autre personne¹⁸³² ou en tant que complice par ordre¹⁸³³. Dans l'hypothèse précédemment décrite, faire produire un effet *in rem* à l'ordre du supérieur conduirait donc, une fois l'exonération du subordonné acquise, à devoir exonérer le donneur d'ordre de mauvaise foi, ce qui serait pour le moins « malvenu »¹⁸³⁴ et ne correspondrait pas à

¹⁸³⁰ SCPI, art. 33 para. 1 b). Sur cette condition v. *supra* n°166 et s.

¹⁸³¹ SCPI, art. 33 para. 1 c). Sur cette condition v. *supra* n°169 et s.

¹⁸³² SCPI, art. 25 para. 3 a) si le donneur d'ordre dispose du contrôle sur le crime. Sur la mise en œuvre différenciée des motifs d'exonération quant aux différentes formes d'action prévues à l'article 25 paragraphe 3 a) v. *infra* n°531.

¹⁸³³ SCPI, art. 25 para. 3 b) si le donneur d'ordre ne dispose pas du contrôle sur le crime.

¹⁸³⁴ ROUSSEAU F., *op. cit.*, para. 167. Il faut cependant noter que la position de l'auteur tient également au fait qu'il considère les faits justificatifs comme des causes de non-imputation, dont l'appréciation doit se faire sur la tête de chaque participant. D'autres auteurs, en considérant les faits justificatifs comme des causes de non-

l'esprit du motif d'exonération qu'est l'ordre du supérieur, dont l'objectif est d'exonérer celui qui reçoit l'ordre et de ne faire porter la responsabilité pénale qu'à celui qui donne l'ordre.

526. Illustration de la difficulté par la jurisprudence française. La Cour de cassation française a fait face à cette difficulté à l'occasion d'une affaire portant sur des tirs de grenade opérés par trois brigadiers, agissant sur ordre de leur commissaire, pour disperser un attroupement¹⁸³⁵. Une passante touchée par l'une des grenades perd un œil et porte plainte pour violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité commises avec arme et par personne dépositaire de l'autorité publique. Le juge d'instruction, qualifiant les atteintes d'involontaires, renvoie le commissaire devant le tribunal correctionnel et prononce un non-lieu à l'égard des trois brigadiers. La chambre de l'instruction saisie par la partie civile requalifie quant à elle les faits en violences volontaires et prononce un non-lieu à l'égard de l'ensemble des protagonistes au motif que les faits commis par les trois brigadiers sont justifiés par le commandement de l'autorité légitime¹⁸³⁶. Ce dernier exige que l'ordre donné ne soit pas manifestement illégal¹⁸³⁷, condition identique à celle de l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome¹⁸³⁸. Or selon la chambre de l'instruction, l'ordre de tirer des grenades pour disperser l'attroupement n'était pas manifestement illégal, de sorte que les trois brigadiers peuvent bénéficier du fait justificatif du commandement de l'autorité légitime. La chambre de l'instruction se fonde alors sur la nature de fait justificatif du motif d'exonération pour estimer que, « aussi paradoxal que puisse apparaître la situation en l'espèce, l'ordre illégal donné par [le commissaire] ne constituant pas pour ceux qui l'ont exécuté un ordre manifestement illégal, ceux-ci sont couverts par l'existence d'un fait justificatif rendant les poursuites impossibles à l'encontre [du commissaire] »¹⁸³⁹. Paradoxal il est vrai, le raisonnement de la chambre de l'instruction n'en demeure pas moins cohérent dès lors que l'on accorde aux faits justificatifs une portée objective, qui bénéficie ainsi à l'ensemble des participants. La Cour de cassation préfère quant à elle « évite[r] de prendre parti sur la portée du fait justificatif »¹⁸⁴⁰ et se retranche derrière la qualification donnée à l'infraction pour casser la décision de la chambre de l'instruction. Elle estime en effet que « les agissements ainsi analysés comprenaient des modalités de mise en

responsabilité, relèvent toutefois la même hypothèse. V. DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 278 et para. 521.

¹⁸³⁵ Cass. crim., 27 oct. 2015, n°14-84.952.

¹⁸³⁶ *C. pén.*, art. 122-4 al. 2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ Sur cette condition v. *supra* n°169 et s.

¹⁸³⁹ Cass. crim., 27 oct. 2015.

¹⁸⁴⁰ DETRAZ S., « Culpabilité de l'autorité légitime », *Gaz. Pal.*, 2016, n°4, p. 50.

œuvre susceptibles de constituer des atteintes involontaires à l'intégrité d'autrui ». En ne se prononçant pas clairement, la décision n'est ainsi d'aucun secours quant à la question du sort à réserver au donneur d'ordre lorsque ses subordonnés peuvent se prévaloir du commandement de l'autorité légitime. Or on le voit bien, l'exonération du complice donneur d'un ordre illégal ne paraît pas légitime car il profite de sa situation de supérieur et du devoir d'obéissance imposé aux subordonnés pour leur faire commettre des infractions. Son comportement demeure ainsi blâmable¹⁸⁴¹. Il est donc encore une fois préférable de dissocier les deux situations et de vérifier si le comportement individuel de l'un et de l'autre peut faire l'objet d'un motif d'exonération.

527. Admission de l'appréciation individuelle des motifs d'exonération. Ces différentes hypothèses mettent à mal le lien entre l'exonération de l'auteur matériel et celle du participant et expliquent pourquoi certains auteurs admettent parfois que les conditions d'un fait justificatif soient étudiées directement à l'égard du participant. C'est ce que laissent entendre des auteurs français lorsqu'ils estiment que l'effet *in personam* et l'effet *in rem* conduisent généralement au même résultat et prennent l'exemple de « l'individu qui fournit à une personne agressée les moyens de se défendre »¹⁸⁴² en expliquant qu'il « peut personnellement et directement invoquer le fait justificatif de la légitime défense (d'autrui) »¹⁸⁴³. Un auteur anglo-saxon adopte une position similaire, quoi que plus implicitement, lorsqu'il présente la différence entre les excuses et les justifications. Après avoir expliqué que les excuses sont des moyens de défense personnels qui ne se transfèrent pas aux complices, il indique que lorsque les juges retiennent une justification à l'égard de l'auteur matériel, son complice pourra sûrement mais pas nécessairement bénéficier de la justification¹⁸⁴⁴. De la même manière, un auteur néerlandais fait remarquer que le comportement du complice peut demeurer illicite, même si celui de l'auteur principal est justifié, par exemple si le comportement du complice excède les limites de la

¹⁸⁴¹ Dans le même sens v. *Ibid.* : « Le commandement de l'autorité légitime met d'ailleurs la difficulté en relief, car l'autorité légitime qui ordonne l'accomplissement d'un acte dont l'illégalité – bien qu'avérée – n'est pas manifeste pour le subordonné, peut fort bien, pour sa part, agir en toute connaissance de cause ou faire preuve d'imprudence, en sorte qu'elle ne mérite sans doute pas l'impunité à laquelle conduit le jeu classique des règles de la complicité ».

¹⁸⁴² DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *op. cit.*, para. 278. L'idée est peut-être même plus claire dans une note de bas de page (n°46 p. 289) : « le fait justificatif peut aussi être vérifié directement et personnellement chez le pseudo-complice ».

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ O'REILLY A., « Affirmative defenses », p. 480: « *excuses are personal defenses and do not transfer to any accomplice because, for example, your conduct is not excused if the principal was drunk when you put the gun in his hand. But if the Chamber determines that a direct perpetrator is justified in his conduct, for example, for reasons of military necessity, then one who assists the actual perpetrator will likely (but not necessarily) also be justified* » (nous soulignons).

proportionnalité¹⁸⁴⁵. Il n'est ainsi pas totalement aberrant de considérer que le fait justificatif, comme les excuses, doit être vérifié à l'égard de chaque participant, ce qui peut donner lieu à un examen plus ou moins rapide selon les circonstances factuelles entourant les différents comportements.

528.Bilan. Ces positions paraissent constituer la solution la plus adaptée en consacrant la nécessité d'opérer une appréciation individuelle de l'ensemble des motifs d'exonération. Cette « appréciation individuelle ne consiste pas à se demander si le participant peut profiter de la cause d'irresponsabilité de l'auteur principal, mais s'il peut invoquer à titre personnel cette cause »¹⁸⁴⁶. Pour que les motifs d'exonération reçoivent une mise en œuvre satisfaisante, chaque individu devrait ainsi invoquer individuellement son propre motif d'exonération, dont les conditions seront vérifiées indépendamment pour chacun et sans que la mise en œuvre d'un motif d'exonération à l'égard d'un individu puisse bénéficier automatiquement à un autre. Cette appréciation individuelle est également nécessaire pour pouvoir mettre en œuvre un motif d'exonération à l'égard de l'ensemble des modes de participation.

Paragraphe 2 : Une appréciation individuelle nécessaire à la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard de l'ensemble des modes de participation

529.Dissociation entre auteur et commission matérielle de l'infraction. Le raisonnement suivi jusqu'à présent repose sur l'idée que les motifs d'exonération sont pensés par rapport à l'auteur matériel, c'est-à-dire celui « qui réunit en sa personne tous les éléments constitutifs de l'infraction envisagée [et qui] à ce titre, [...] commet l'infraction »¹⁸⁴⁷. Entendu de la sorte, le critère de l'action est donc la commission matérielle de l'infraction, ce qui ne correspond pas à la théorie de l'action en droit pénal international. L'article 25 paragraphe 3 a) du Statut de Rome liste en effet plusieurs formes d'action, parmi lesquels la commission par l'intermédiaire d'autres personnes, ce qui correspondrait à l'hypothèse française de l'auteur moral¹⁸⁴⁸, c'est-à-

¹⁸⁴⁵ HULLU, J., *Matrieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Fifth Edition, Kluwer, Deventer, 2012, p. 368, cité par KRABBE M., *Excusable evil*, précité, p. 37 n.b.p. n° 167.

¹⁸⁴⁶ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, précité, para. 168.

¹⁸⁴⁷ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 402. Ce sont les auteurs qui soulignent.

¹⁸⁴⁸ Dans le même sens v. MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », *op. cit.*, p. 187. V. aussi MABANGA G., « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1038 qui parle d'auteur intellectuel ; PROUVÈZE R., « Chapitre 40 – Modes individuels de participation à l'infraction », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international*

dire « celui qui *fait commettre* l’infraction par un autre »¹⁸⁴⁹. En droit pénal international, le critère de l’action ne peut ainsi pas être la commission matérielle de l’infraction puisqu’elle englobe la commission par l’intermédiaire d’autres personnes qui n’implique pas une commission matérielle de l’infraction par l’auteur¹⁸⁵⁰. La Cour pénale internationale ne s’y est pas trompée et, tirant les conséquences de la rédaction de l’article 25 paragraphe 3 a) du Statut de Rome, a développé le critère du contrôle sur le crime afin de faire le départ « entre la responsabilité des personnes qui commettent un crime (alinéa a) de l’article 25-3) et la responsabilité de celles qui en sont complices (alinéas b) à d) de l’article 25-3) »¹⁸⁵¹. Il est plus largement à noter que le critère du contrôle sur le crime fait également le départ entre les auteurs de l’infraction internationale, tels qu’entendus au sens de l’article 25 paragraphe 3 a) du Statut de Rome, et les participants à cette infraction internationale, incluant tant les formes de complicité de l’article 25 paragraphe 3 du Statut que la responsabilité du supérieur hiérarchique de l’article 28 du Statut¹⁸⁵². Le propre de ces participants est bien de ne pas avoir le contrôle sur le crime et, surtout, de ne pas en commettre les éléments constitutifs. Aussi, en prenant l’auteur matériel comme point de départ de l’étude de la mise en œuvre des motifs d’exonération et en refusant toute appréciation individuelle des motifs d’exonération, l’on ne pourrait pas étudier leur mise en œuvre à l’égard de l’ensemble de ces modes de participation. Les formes de complicité de l’article 25 paragraphe 3 du Statut de Rome – qui englobent la complicité par instigation¹⁸⁵³, la complicité par aide ou assistance¹⁸⁵⁴ et la complicité par tout

pénal, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, para. 20 qui évoque l’auteur moral ou intellectuel ou l’auteur indirect. Pour une étude de l’auteur moral en droit français v. POUYANNE J., *L’auteur moral de l’infraction*, P.U.A.M., 2003.

¹⁸⁴⁹ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, p. 232.

¹⁸⁵⁰ WERLE G., BURGHARDT B., DUMONT H., « Les formes de participation en droit pénal international », *R.S.C.*, 2012, p. 50.

¹⁸⁵¹ CPI, *Le procureur c. Thomas Lubanga*, jugement, 14 mars 2012, n°ICC-01/04-01/06, para. 999. Le critère du contrôle sur le crime a été posé pour la première fois dans la même affaire, au stade de la confirmation des charges (CPI, *Le procureur c. Lubanga Dyilo, décision sur la confirmation des charges*, 29 janvier 2007, n°ICC-01/04-01/06, para. 338) et confirmé lors de la confirmation des charges de l’affaire *Katanga* (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, décision relative à la confirmation des charges*, 30 sept. 2008, n°ICC-01/04-01/07, para. 484-487).

¹⁸⁵² Sur le critère du contrôle sur le crime v. DUFFOURC M., *La participation à l’infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, para. 16 p. 73 qui emploie le critère pour distinguer les participants principaux, c’est-à-dire « les agents qui prennent effectivement le contrôle ou la direction, matérielle et/ou intellectuelle de la situations infractionnelle », des participants secondaires, c’est-à-dire « ceux qui n’ont pas un tel pouvoir », comme les complices ou les « subordonnés ».

¹⁸⁵³ SCPI, art. 25 para. 3 b) : « Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d’un tel crime, dès lors qu’il y a commission ou tentative de commission de ce crime ».

¹⁸⁵⁴ SCPI, art. 25 para. 3 c) : « En vue de faciliter la commission d’un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d’assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ».

autre moyen¹⁸⁵⁵ – et la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut¹⁸⁵⁶ – qui repose sur une abstention en ce que le supérieur laisse l'infraction être commise par ses subordonnés – ne pourraient ainsi permettre d'envisager la mise en œuvre individuelle d'aucun motif d'exonération.

530. Incidence sur la mise en œuvre des motifs d'exonération en cas d'action. Ne pas reconnaître une appréciation individuelle des motifs d'exonération à l'égard de chaque protagoniste conduirait de plus à des difficultés au sein même des différentes formes d'action consacrées par l'article 25 paragraphe 3 a) du Statut de Rome puisque certaines impliquent une absence de commission matérielle de l'infraction¹⁸⁵⁷. Il faudrait donc, parmi les formes d'action de cet article, apprécier individuellement un motif d'exonération sur la tête de celui qui agit¹⁸⁵⁸ ou co-agit directement¹⁸⁵⁹ puisque ces formes d'action impliquent une commission matérielle de l'infraction par l'auteur. En revanche, il ne serait pas possible d'apprécier individuellement un motif d'exonération sur la tête de celui qui agit « par l'intermédiaire d'une autre personne »¹⁸⁶⁰ ou co-agit indirectement¹⁸⁶¹, puisque dans ces deux hypothèses d'action au sens de l'article 25 du Statut de Rome, l'auteur ne peut pas être qualifié d'auteur matériel. Par exemple, l'attaque d'un hôpital est constitutive d'un crime de guerre, sauf si elle constitue un objectif militaire¹⁸⁶², ce qui peut être le cas si des soldats s'y sont cachés pour faire feu sur les soldats adverses. Si ces derniers attaquent l'hôpital ensemble, ils commettent matériellement le fait infractionnel en qualité de coauteurs et, sous réserve que les conditions en soient remplies, peuvent bénéficier de la nécessité militaire¹⁸⁶³. En revanche, le chef de régiment qui aurait fait commettre l'infraction par d'autres personnes en leur ordonnant d'attaquer l'hôpital ne pourrait pas bénéficier individuellement de la nécessité militaire puisqu'il n'aurait pas commis

¹⁸⁵⁵ *SCPI*, art ; 25 para. 3 d) : « Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert ».

¹⁸⁵⁶ *SCPI*, art. 28 para. a) ii) et b) ii) sanctionnant le supérieur hiérarchique militaire ou civil qui « n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ».

¹⁸⁵⁷ Il en va ainsi de l'action par intermédiaire d'autres personnes et de la coaction indirecte.

¹⁸⁵⁸ *SCPI*, art. 25 para. 3 a) : l'individu commet une infraction internationale « individuellement ».

¹⁸⁵⁹ *SCPI*, art. 25 para. 3 a) : l'individu commet une infraction internationale « conjointement ».

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

¹⁸⁶¹ La notion de coaction indirecte, non présente expressément dans le Statut de Rome, a été dégagée par la Cour pénale internationale dans l'affaire Katanga, par le biais d'une fusion entre deux modes d'action visés par l'article 25 paragraphe 3 a) : la coaction et la commission par l'intermédiaire d'autrui. V. CPI, *Katanga, décision relative à la confirmation des charges*, para. 490-491. Sur la notion de coaction indirecte v. notamment MABANGA G., « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », *op. cit.*, p. 1037 à 1043 ; DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, p. 174 à 186 ; BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, thèse, Bordeaux, 2020, para. 602 à 608, spé. 607.

¹⁸⁶² *SCPI*, art. 8 para. 2 b) ix) et 2 c) iv).

¹⁸⁶³ Sur les conditions de mise en œuvre de la nécessité militaire v. *supra* n°187 et s.

matériellement l'infraction. Son exonération ne pourrait alors être qu'indirecte en bénéficiant des effets de l'exonération des soldats. Or, on l'a déjà dit, son comportement devrait pouvoir être individuellement justifié dans des circonstances dans lesquelles celui des soldats ne le serait pas, notamment si leur attaque excède les directives et se révèle disproportionnée¹⁸⁶⁴. Les deux formes d'action devraient donc recevoir un traitement différencié.

531. Critique de la mise en œuvre différenciée des motifs d'exonération suivant la forme d'action. Une telle dissociation entre les différentes formes d'action serait regrettable et paraît même contraire à l'article 25 du Statut, lequel indique clairement pour la commission par l'intermédiaire d'autrui qu'il est indifférent que cet autrui soit ou non pénalement responsable¹⁸⁶⁵. La Cour pénale internationale l'a également précisé à différentes étapes de l'affaire *Katanga*. Lors de la confirmation des charges, les juges ont expliqué qu'en cas de commission par l'intermédiaire d'autrui, « l'auteur principal (auteur intellectuel) utilise l'exécutant (l'auteur direct) comme un simple outil ou instrument pour commettre le crime »¹⁸⁶⁶. Dans cette hypothèse, l'innocence de l'auteur direct, c'est-à-dire celui qui commet matériellement l'infraction, dépendra « de l'existence de justifications et/ou d'excuses acceptables à ses actes »¹⁸⁶⁷, ce qui n'empêchera pas d'engager la responsabilité de l'auteur intellectuel¹⁸⁶⁸. Les juges de la chambre préliminaire ont précisé ensuite que « dans certains cas de figure, il est possible que les deux auteurs soient pénalement responsables en tant qu'auteurs principaux »¹⁸⁶⁹. Lors du jugement *Katanga*, les juges de la chambre de première instance ont indiqué quant à eux qu'en présence d'une commission par l'intermédiaire d'autrui, « le plus souvent, il s'agira de personnes non pénalement responsables ou bien de celles qui pourront se voir exonérées de tout ou partie de leur responsabilité » en vertu des articles 31 à 33 du Statut de Rome¹⁸⁷⁰. Une fois encore, aucune distinction suivant la nature prêtée au motif d'exonération n'est effectuée. Le motif d'exonération retenu à l'égard de l'exécutant importe donc peu pour

¹⁸⁶⁴ Sur la possible différence entre les différents comportements v. *supra* n°524-525.

¹⁸⁶⁵ SCPI, art. 25 para. 3 a) : la personne commet un crime « par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ».

¹⁸⁶⁶ CPI, *Katanga, décision relative à la confirmation des charges*, para. 495.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*

¹⁸⁶⁸ Notons qu'il importe ainsi peu que le motif d'exonération appliqué à l'exécutant soit qualifié de justification ou d'excuse.

¹⁸⁶⁹ CPI, *Katanga, décision relative à la confirmation des charges*, para. 497. Ils poursuivent en indiquant que « l'auteur direct [sera responsable] parce qu'il a exécuté les éléments subjectifs et objectifs du crime, et l'auteur derrière l'auteur parce qu'il exerce un contrôle sur le crime en contrôlant la volonté de l'auteur direct ». La formulation est sur ce point maladroite car si la volonté de l'auteur direct est annihilée, il pourra se prévaloir d'un motif d'exonération, notamment de la contrainte.

¹⁸⁷⁰ CPI, *Katanga, jugement*, 7 mars 2014, n°ICC-01/04-01/07, para. 1402.

établir la responsabilité pénale de l'individu qui agit par son intermédiaire, tout comme le fait que l'exécutant soit pénalement responsable. Il apparaît ainsi clairement que le Statut de Rome et la Cour pénale internationale opèrent une déconnexion tant entre la responsabilité de l'auteur matériel et celle de l'auteur par l'intermédiaire d'autrui, qui fait ici figure d'auteur intellectuel, qu'entre leur non-responsabilité.

532.Nécessité d'une mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard de l'ensemble des formes de responsabilités. Cette déconnexion exigée par le Statut impose alors une appréciation individuelle des motifs d'exonération à l'égard de chaque protagoniste de l'infraction internationale, de façon que responsabilité et non-responsabilité soient étudiées de manière autonome. Si une telle appréciation est imposée à l'égard de la commission par l'intermédiaire d'une autre personne, rien ne viendrait véritablement justifier qu'il en aille différemment à l'égard des modes de responsabilité fondés sur une participation, qui reposent eux-aussi sur la commission ou la tentative de commission par un auteur matériel¹⁸⁷¹. Une telle solution aurait le mérite de permettre la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'ensemble des modes de responsabilité.

533.Critique du caractère hasardeux de l'exonération des participants. Retenir une appréciation individuelle des motifs d'exonération permettrait par ailleurs que l'exonération des participants soit véritablement étudiée. En effet, en se bornant à étudier les motifs d'exonération exclusivement à l'égard de l'auteur matériel, l'exonération du participant dépendrait pour beaucoup du hasard. Si le point de départ était toujours l'auteur matériel, ce ne serait que si ce dernier était exonéré que l'on vérifierait si son exonération peut bénéficier au complice ou, plus largement, au participant. Or en adoptant cette position, si la responsabilité pénale de l'auteur matériel n'est pas envisagée, sa potentielle exonération ne peut être étudiée et son bénéfice à l'égard du participant non plus. L'objectif de la Cour pénale internationale étant notamment de se concentrer sur les plus hauts responsables et de laisser de côté les simples exécutants¹⁸⁷², il est possible que la responsabilité pénale de l'auteur matériel ne soit jamais

¹⁸⁷¹ Les articles 25 paragraphe 3 b), c) et d) du Statut de Rome le précisent expressément pour les formes de complicité, en indiquant que le complice peut être responsable « dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ». La responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut exige quant à elle que l'infraction internationale soit commise, et non pas seulement tentée, par les subordonnés.

¹⁸⁷² V. notamment SCHABAS W., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4^{ème} édition, 2011, p. 240: « [the International Criminal Court is] established for 'big fish', a relatively small number of leaders, organizers and planners » (La Cour pénale internationale est établie pour les "gros poissons", c'est-à-dire un nombre relativement restreint de leaders, organisateurs et planificateurs).

étudiée par la Cour, donc que la question de son éventuelle non-responsabilité ne le soit pas davantage. Les juges de la Cour pénale internationale affirment d'ailleurs que « l'établissement de la responsabilité des complices est indépendant de la question de savoir si l'auteur principal a été identifié, accusé ou déclaré coupable »¹⁸⁷³. Partant, si le point de départ doit être l'exonération de l'auteur principal et que ce dernier n'est ni identifié, ni accusé, ni déclaré coupable, la question d'un éventuel bénéfice de l'exonération à l'égard des autres participants à l'infraction – qui pourraient faire l'objet d'un procès devant la Cour pénale internationale – ne sera pas étudiée non plus. Il ne paraît ainsi pas satisfaisant de se contenter d'une potentielle exonération par ricochet des participants, laquelle n'interviendrait que de manière aléatoire, à la double condition que l'auteur matériel de l'infraction en question soit jugé par la Cour et soit lui-même exonéré. Il est donc nécessaire d'accepter qu'un motif d'exonération puisse être envisagé de manière individuelle, quelle que soit la participation que l'on cherche à mettre au compte de l'individu.

534. Conclusion de section. L'appréciation individuelle des motifs d'exonération à l'égard de chaque protagoniste permet ainsi une mise en œuvre des motifs d'exonération fondée sur la réalité du comportement blâmable de chacun, tout en assurant leur mise en œuvre à l'égard de l'ensemble des modes de responsabilité. Une telle appréciation individuelle est par conséquent nécessaire. Reste à savoir si elle est possible.

Section 2 : Une appréciation individuelle des motifs d'exonération possible

535. Limite terminologique des articles 31 à 33 du Statut de Rome. Il est possible d'adopter une position en faveur de la mise en œuvre de l'ensemble des motifs d'exonération en cas de participation à une infraction internationale, bref de soutenir que les motifs d'exonération sont envisageables quel que soit le mode de responsabilité envisagé. Le chapeau de l'article 31 du Statut de Rome consacré aux motifs d'exonération pourrait être interprété en ce sens, qui indique que ces derniers suppriment la responsabilité pénale de l'individu s'ils sont constitués « au moment du comportement en cause »¹⁸⁷⁴. Parce que ce texte ne vise pas « l'infraction » mais le simple « comportement », il est possible de considérer que l'admission

¹⁸⁷³ CPI, *Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 19 oct. 2016, n°ICC-01/05-01/13, para. 84.

¹⁸⁷⁴ « *conduct* » dans la version anglaise.

d'un motif d'exonération peut être étudiée par rapport au comportement qui est reproché à l'individu, que ce comportement renvoie à la commission matérielle d'une infraction internationale ou à la simple participation à une telle infraction. Cela étant, au sein de l'article 31, la disposition relative à l'intoxication volontaire¹⁸⁷⁵ comme celle relative à l'état de nécessité¹⁸⁷⁶ font expressément référence à « un crime ». L'article 32 relatif aux erreurs indique également expressément que l'erreur – qu'elle soit de fait ou de droit – n'est un motif d'exonération que si elle fait disparaître « l'élément psychologique du crime »¹⁸⁷⁷, tout comme l'article 33 fait référence au fait « qu'un crime (...) a été commis »¹⁸⁷⁸. Cette référence expresse au crime commis, et non plus au comportement, pourrait alors constituer un obstacle à la mise en œuvre d'un motif d'exonération directement à l'égard d'un individu qui n'aurait pas matériellement commis l'infraction internationale. Ce n'est en effet qu'en cas de commission matérielle d'un crime qu'intoxication volontaire, état de nécessité, erreur ou ordre du supérieur pourraient être envisagés.

536.Nécessité de dépasser la limite terminologique. Or cette différence de rédaction des articles 31 à 33 du Statut de Rome conduirait à opérer une distinction entre les rapports qu'entretiennent les différents motifs d'exonération avec les modes de participation. Les motifs d'exonération faisant référence uniquement au « comportement », c'est-à-dire le trouble mental, l'intoxication involontaire et la légitime défense pourraient ainsi être envisagés à l'égard des participants tandis que ceux faisant référence au « crime », c'est-à-dire l'intoxication volontaire, l'état de nécessité, les erreurs et l'ordre du supérieur ne pourraient être envisagés qu'à l'égard de l'auteur. Rien ne permettrait pourtant d'expliquer une telle différence, pas même une possible résurgence de la distinction entre motifs objectifs et motifs subjectifs d'exonération puisque « crime » et « comportement » sont visés indifféremment pour les uns ou pour les autres. Pour ceux qui retiennent cette distinction, l'intoxication et les erreurs sont des motifs subjectifs et l'état de nécessité et l'ordre du supérieur des motifs objectifs. Les articles relatifs à tous ces motifs d'exonération visent pourtant « le crime »¹⁸⁷⁹. De la même manière, le trouble mental est envisagé comme un motif subjectif tandis que la légitime défense est envisagée comme un motif objectif alors que les textes qui les prévoient sont relatifs au

¹⁸⁷⁵ *SCPI*, art. 31 para. 1 b) qui précise que l'intoxication volontaire ne peut être admise si elle s'est faite dans des circonstances telles que la personne savait « qu'elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime ».

¹⁸⁷⁶ *SCPI*, art. 31 para. 1 d) qui évoque « le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime ».

¹⁸⁷⁷ *SCPI*, art. 32 para. 1 et 2.

¹⁸⁷⁸ *SCPI*, art. 33 para. 1.

¹⁸⁷⁹ Respectivement *SCPI*, art. 31 para. 1 b) ; art. 32 ; art. 31 para. 1 d) et art. 33.

« comportement »¹⁸⁸⁰. La version anglo-saxonne du Statut n'est ici d'aucun secours, qui opère la même dichotomie entre « *conduct* »¹⁸⁸¹ et « *crime* »¹⁸⁸². Aucune forme de logique ne semble ainsi présider à l'emploi des termes « comportement » et « crime », de sorte qu'il ne paraît pas avoir été effectué à dessein. Aussi la rédaction des articles 31 à 33 du Statut ne traduit-elle sans doute pas une conception particulière des motifs d'exonération que les rédacteurs du Statut de Rome auraient voulu inscrire dans le texte. Se fonder sur cette rédaction mettrait par ailleurs dans l'embarras à l'égard des motifs d'exonération non-contenus dans le Statut de Rome. Que faudrait-il décider s'agissant des représailles et de la nécessité militaire ? L'absence de définition écrite dans un instrument juridique ne permet en effet pas de déterminer s'il faudrait les envisager uniquement à l'égard de l'auteur matériel ou s'ils pourraient également être mis en œuvre à l'égard d'un participant, alors même qu'aucun critère éclairant ne ressort des articles 31 à 33 du Statut de Rome.

537. Examen de la jurisprudence de la Cour pénale internationale. Les juges de la Cour pénale internationale ne paraissent au demeurant pas s'être posé la question. Le jugement *Ongwen* rendu par la Cour pénale internationale, par l'examen de l'admission de l'état de nécessité¹⁸⁸³ – dont la disposition y relative du Statut de Rome vise expressément le « crime » – et du trouble mental, dont la disposition y relative vise uniquement « le comportement »¹⁸⁸⁴ est en effet révélateur. Il faut d'emblée relever que ces motifs d'exonération sont étudiés et écartés en l'espèce avant que les juges ne précisent les formes de responsabilité retenues à l'encontre de Dominic Ongwen, en l'occurrence la coaction indirecte¹⁸⁸⁵, la commission par l'intermédiaire d'autres personnes¹⁸⁸⁶ et la commission directe¹⁸⁸⁷. Au stade de l'étude des deux motifs d'exonération du Statut de Rome, la Cour pénale internationale n'opère ainsi jamais de distinction théorique entre les infractions matériellement commises par Ongwen lui-même et les infractions qu'il avait fait commettre par d'autres. Les juges étudient au contraire le trouble mental et l'état de nécessité de manière générale par rapport à l'ensemble des faits objets des poursuites, ce qui apparaît clairement quand, dans l'étude de l'état de nécessité, ils affirment

¹⁸⁸⁰ *SCPI*, chapeau art. 31 para. 1.

¹⁸⁸¹ Traduction du terme « comportement », que l'on retrouve donc dans le chapeau de l'article 31, pour le trouble mental et pour la légitime défense.

¹⁸⁸² Traduction du terme « crime », que l'on retrouve donc pour l'intoxication volontaire, l'état de nécessité, les erreurs et l'ordre du supérieur.

¹⁸⁸³ *CPI*, jugement *Ongwen*, para. 2450 à 2580.

¹⁸⁸⁴ *Ibid* para. 2581 à 2670.

¹⁸⁸⁵ Charges 1 à 10 para. 2874 ; charges 11 à 23 para. 2927 ; charges 61 à 68 para. 3100 ; charges 69-70 para. 3115.

¹⁸⁸⁶ Charges 24 à 36 para. 2973 ; charges 37 à 49 para. 3020.

¹⁸⁸⁷ Charges 50 à 60 para. 3068.

que le comportement visé par les charges ne constitue pas un seul acte isolé de la part d'Ongwen sur une période momentanée mais constitue, à l'inverse, un comportement complexe couvrant l'entière période des charges entre le 1^{er} juillet 2002 et le 31 décembre 2005¹⁸⁸⁸. Il semble ainsi indifférent à la Cour pénale internationale que le motif d'exonération soit invoqué pour empêcher la responsabilité pour une infraction matériellement commise par l'accusé ou qu'il a fait commettre par d'autres.

538.Examen de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. L'étude de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux montre elle aussi que la mise en œuvre d'un motif d'exonération au profit d'un individu qui n'a pas lui-même commis l'infraction mais y a seulement participé n'a pas suscité de controverse. Aucune décision traitant d'un motif d'exonération ne fait en effet apparaître le moindre développement sur la possibilité, ou l'impossibilité, d'admettre un motif d'exonération à l'égard d'un simple participant ou contributeur à l'infraction internationale. Sans se prêter à l'étude exhaustive de l'ensemble des décisions faisant intervenir un motif d'exonération, un exemple suffira pour s'en convaincre. Dans l'affaire *Aleksovski*, l'accusé a été condamné en première instance par le TPIY pour les mauvais traitements infligés aux détenus par les gardiens de la prison qu'il dirigeait. Il a donc été condamné, non pas comme auteur mais comme complice, pour avoir encouragé les gardiens à commettre des infractions et en tant que supérieur hiérarchique pour ne pas les avoir empêchés d'en commettre¹⁸⁸⁹. En appel, Aleksovski invoque l'état de nécessité et explique qu'il n'avait d'autre choix que de garder les détenus dans la prison car la situation était pire à l'extérieur de celle-ci¹⁸⁹⁰. Selon lui, s'il avait fait sortir les détenus, ces derniers auraient connu un sort plus grave que celui qu'ils ont connu à l'intérieur de la prison. Pour répondre à l'argument, les juges d'appel ne font à aucun moment mention du fait que le mode de responsabilité retenu n'est pas compatible avec le motif d'exonération. Pour le dire autrement, ils n'empêchent pas Aleksovski d'invoquer personnellement un motif d'exonération pour échapper à sa responsabilité pour un fait de participation et non pas de commission. Ils se sont contentés d'examiner rapidement l'état de nécessité invoqué et de le rejeter en faisant observer qu'il était tout à fait possible de maintenir les détenus à l'intérieur de la prison sans leur faire subir de mauvais traitements¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸⁸ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2586 : « *the conduct underlying the charges in the present case is not a single discrete act on the part of Dominic Ongwen, momentary or of a short duration. Rather, the conduct charged is complex and spread over the entire period of the charges between 1 July 2002 and 31 December 2005* ».

¹⁸⁸⁹ TPIY, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, jugement, 25 juin 1999, n°IT-95-14/1-T.

¹⁸⁹⁰ TPIY, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, arrêt, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1, para. 47.

¹⁸⁹¹ *Ibid.* para. 52 à 54.

L'applicabilité du motif d'exonération n'est ainsi pas remise en question, contrairement à son application, car ses conditions ne sont pas remplies. C'est dire, donc, qu'un participant à l'infraction internationale peut invoquer personnellement et individuellement un motif d'exonération.

539. Conséquence de l'appréciation individuelle sur les modes de responsabilité. Aussi est-il possible de considérer que les motifs d'exonération peuvent s'appliquer à un individu à qui l'on reproche un fait de participation comme à celui qui se voit imputer un fait de commission. Il faut dans ce cas raisonner non pas sur l'infraction internationale en elle-même, qui doit malgré tout être commise ou tentée pour que les modes de responsabilité reposant sur une contribution à l'infraction soient possibles¹⁸⁹², mais sur le comportement que l'on reproche à l'individu. Il faut ainsi apprécier individuellement le motif d'exonération au regard de la commission individuelle, conjointe, par l'intermédiaire d'autrui ou conjointe indirecte¹⁸⁹³, de l'ordre, la sollicitation ou l'encouragement¹⁸⁹⁴, de l'aide, le concours ou toute forme d'assistance visant à faciliter la commission ou la tentative de commission d'une infraction internationale¹⁸⁹⁵ ou de la contribution de tout autre manière « à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert »¹⁸⁹⁶. S'agissant du mode de responsabilité *sui generis* réservé aux supérieurs hiérarchiques, l'appréciation individuelle du motif d'exonération se fera donc au regard du fait de n'avoir « pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites »¹⁸⁹⁷ et qui traduisent une absence de contrôle exercé sur ses subordonnés.

¹⁸⁹² Les articles 25 paragraphe 3 b), c) et d) du Statut de Rome le précisent expressément pour les formes de complicité, en indiquant que le complice peut être responsable « dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ». La responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut exige quant à elle que l'infraction internationale soit commise, et non pas seulement tentée, par les subordonnés.

¹⁸⁹³ *SCPI*, art. 25 para. 3 a).

¹⁸⁹⁴ *SCPI*, art. 25 para. 3 b).

¹⁸⁹⁵ *SCPI*, art. 25 para. 3 c).

¹⁸⁹⁶ *SCPI*, art. 25 para. 3 d).

¹⁸⁹⁷ *SCPI*, art. 28 para. a) ii) et b) iii).

Conclusion du Chapitre 1

540.Rejet d'une limite tenant à la participation personnelle de l'individu. Le mode de participation de l'individu ne doit pas constituer une limite à la mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international. Pour ce faire il faut privilégier une mise en œuvre individuelle des motifs d'exonération sur la tête de chaque individu, peu importe qu'il soit qualifié d'auteur ou de participant. L'appréciation individuelle des motifs d'exonération a en effet pour avantage de ne pas faire dépendre l'exonération du participant de celle de l'auteur matériel, à l'égard duquel l'exonération est traditionnellement envisagée. Déconnecter l'exonération du participant de celle de l'auteur matériel conduit ainsi à reconnaître que leurs comportements sont différents et que le comportement de l'auteur matériel peut demeurer blâmable même si celui du participant ne l'est pas. La réciproque est également vraie, de sorte qu'une appréciation individuelle des motifs d'exonération permet d'exonérer l'auteur matériel sans que cette exonération ne profite indûment au participant dont le comportement aurait toujours un caractère blâmable. Nécessaire, cette appréciation individuelle est également possible dans la mesure où le Statut de Rome ne semble pas avoir pris position sur la question. Les juridictions pénales internationales paraissent d'ailleurs avoir toujours opéré cette appréciation individuelle en étudiant les conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération invoqués par les accusés, sans se soucier du mode de participation que l'accusation cherchait à leur imputer. Si le mode de participation à l'infraction internationale ne constitue donc pas une limite à la mise en œuvre des motifs d'exonération, il reste à vérifier si la position occupée par l'individu peut en constituer une.

Chapitre 2 : Les limites tenant à la position personnelle

541.Introduction. Si le Tribunal de Nuremberg était réservé aux dirigeants, en tout cas aux « grands criminels de guerre », laissant le jugement des exécutants aux juridictions nationales¹⁸⁹⁸, il n'en allait plus ainsi devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. N'importe quel individu pouvait désormais voir sa responsabilité pénale engagée devant ces juridictions internationales. Le TPIY s'était d'ailleurs saisi de l'opportunité dès sa première affaire en 1996, lors de laquelle il avait affirmé que « la responsabilité à titre individuel de l'accusé se fonde sur les articles 1 et 7.1 du Statut, qui donnent pleinement compétence à ce Tribunal pour juger non seulement (...) de « *grands criminels* » comme à Nuremberg, mais encore des exécutants »¹⁸⁹⁹. Le TPIR avait suivi, rappelant dans le jugement *Akayesu* que « rien n'indique expressément dans les dispositions du Statut que la responsabilité pénale individuelle est limitée à une certaine catégorie de personnes »¹⁹⁰⁰. Il en va aujourd'hui de même devant la Cour pénale internationale, le Statut de Rome précisant simplement qu'elle « est compétente à l'égard des personnes physiques »¹⁹⁰¹ majeures¹⁹⁰². Or, les études relatives à la responsabilité pénale internationale opposent souvent l'exécutant, c'est-à-dire celui qui commet matériellement l'infraction, au décideur¹⁹⁰³, au dirigeant¹⁹⁰⁴, à l'auteur intellectuel¹⁹⁰⁵, au

¹⁸⁹⁸ *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Service d'information des crimes de guerre, coll. « Documents pour servir à l'histoire de la guerre », Office français d'édition (non daté), p. 9. Le jugement reprend ici l'Accord de Londres du 8 août 1945 « concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire », qui distingue entre les soldats allemands et les membres du parti nazi dont le jugement est laissé aux pays libérés, et les grands criminels pour lesquels le Tribunal est institué.

¹⁸⁹⁹ TPIY, jugement *Erdemović*, para. 83.

¹⁹⁰⁰ TPIR, *Le procureur c. Jean-Paul Akayesu*, arrêt, 1^{er} juin 2001, n°ICTR-96-4-A, para. 436.

¹⁹⁰¹ SCPI, art. 25 para. 1.

¹⁹⁰² SCPI, art. 26 : « la Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime ».

¹⁹⁰³ V. par exemple MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », p. 186 : « Ce qui est intéressant en droit pénal international n'est donc pas semble-t-il de distinguer auteur et complice mais bien plutôt exécutant et décideur ».

¹⁹⁰⁴ V. par exemple DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, para. 18 p. 78 selon laquelle les infractions internationales sont « par définition des infractions de dirigeants, donc de concepteur, plus que d'exécutants ».

¹⁹⁰⁵ V. par exemple *ibid* para. 113 et s. qui distingue l'auteur intellectuel, c'est-à-dire celui qui prend la direction ou le contrôle intellectuel de l'infraction internationale (para. 114) de l'auteur matériel, c'est-à-dire celui qui exécute matériellement l'infraction internationale.

supérieur hiérarchique¹⁹⁰⁶, au gouvernant¹⁹⁰⁷ ou encore à l'organisateur¹⁹⁰⁸. La variété de vocabulaire traduit toujours l'idée similaire selon laquelle l'exécutant ne serait que le bras armé des concepteurs de l'infraction internationale. Ces derniers seraient les plus hauts responsables, les « vrais » responsables des infractions internationales, ceux sans lesquels elles n'auraient jamais été ourdies. Il est alors souvent relevé, à regret, que les modes de responsabilité ne traduisent pas cette différence de responsabilité et font peser une responsabilité moins grande sur les dirigeants et concepteurs de l'infraction internationale que sur les exécutants¹⁹⁰⁹. Il est vrai que les instruments pénaux internationaux¹⁹¹⁰, confortés par la jurisprudence pénale internationale, distinguent ceux qui ont commis l'infraction internationale et ceux qui en ont été simplement complices¹⁹¹¹. Or les dirigeants commettant rarement l'infraction eux-mêmes, ils ne peuvent le plus souvent être appréhendés que comme des complices, ou éventuellement comme supérieurs hiérarchiques en vertu du mode de responsabilité *sui generis* développé par l'article 28 du Statut de Rome. La qualification de complice ne traduit toutefois pas que les actes accomplis sont moins graves que ceux de l'auteur. Les juridictions pénales internationales *ad hoc* ont ainsi eu l'occasion de retenir la position de supérieur hiérarchique comme circonstance aggravante¹⁹¹². La Cour pénale internationale a également eu l'occasion d'affirmer

¹⁹⁰⁶ V. par exemple de ANDRADE A., « Chapitre 16 – Supérieurs hiérarchiques », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 1^{ère} éd., 2000, p. 201, qui distingue le supérieur hiérarchique de l'exécutant.

¹⁹⁰⁷ V. par exemple LOMBOIS C., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd. 1979, p. 108, qui explique qu'à la fin de chacune des deux guerres mondiales, « la distinction a été nettement établie entre les dirigeants et les exécutants ».

¹⁹⁰⁸ V. par exemple THYS P., « Contribution à l'étude des violences extrêmes : le criminel de guerre actuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 2004, vol. 57, n°4, p. 489 qui distingue les organisateurs des spécialistes et des exécutants ou encore BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, thèse, Bordeaux, 2020, qui distingue entre les actes d'exécution et les actes d'organisation.

¹⁹⁰⁹ V. de manière non exhaustive, DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, qui propose de se baser sur le contrôle sur l'infraction internationale pour faire le départ entre les formes principales de participation à l'infraction internationale et les formes secondaires ; MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome*, précité, p. 186 qui considère que les modes de participation devraient pouvoir permettre de remonter la chaîne des responsabilités.

¹⁹¹⁰ Le Statut de Rome développe par exemple trois formes de commission à l'article 25 paragraphe 3 a) et plusieurs formes de complicité aux alinéas b), c) et d).

¹⁹¹¹ CPI, jugement *Lubanga*, para. 999 : « Le Statut fait le départ entre la responsabilité des personnes qui commettent un crime (alinéa a) de l'article 25-3) et la responsabilité de celles qui en sont complices (alinéas b) à d) de l'article 25-3) ».

¹⁹¹² V. par exemple TPIR, *Le procureur c. Jean Kambanda*, jugement, 4 sept. 1998, n°ICTR-97-23-S, para. 44 qui considère que « l'abus d'autorité ou de confiance est généralement considéré comme une circonstance aggravante » à l'égard de Jean Kambanda, qui, occupant la fonction de Premier Ministre, a « personnellement participé au génocide » et « failli à l'obligation qui lui était faite de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ses subordonnés de commettre des crimes contre la population » ; TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakić*, jugement, 31 juil. 2003, n°IT-97-24-T, para. 912 qui considère que « la principale circonstance aggravante en l'espèce est la place de Milomir Stakić dans la hiérarchie ».

que « le degré de responsabilité d'une personne augmente au fur et à mesure qu'elle occupe une place plus élevée dans la hiérarchie : plus la personne qui orchestre le crime occupe un rang élevé ou est éloignée de l'auteur du crime, plus sa responsabilité est grande »¹⁹¹³. Dans la même veine, la Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale indique que « l'abus de pouvoir ou de fonctions officielles » est une circonstance aggravante¹⁹¹⁴. Moins explicite que les formules jurisprudentielles, la Règle 145 traduit tout de même l'idée que les individus occupant des fonctions importantes et/ou disposant d'un pouvoir important doivent être sanctionnés plus sévèrement. Leur responsabilité serait donc plus grande que celle des simples exécutants. Peut-on en déduire, corrélativement, que leur exonération serait plus difficile et donc plus rare ? C'est ainsi se demander si la mise en œuvre d'un motif d'exonération pourrait être limitée par la position hiérarchique occupée par un individu. Il faut, pour le vérifier, distinguer entre l'influence de la position de dirigeant (Section 1) et l'influence de la position d'exécutant (Section 2) sur la mise en œuvre des motifs d'exonération.

Section 1 : L'influence de la position de dirigeant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération

542.Choix terminologique. Le vocabulaire choisi pour exposer l'opposition entre dirigeant et exécutant est, on l'a dit, plutôt riche. Parmi les termes employés, celui de « gouvernant » renvoie à l'individu qui exerce un pouvoir politique, qui fait partie du gouvernement¹⁹¹⁵, ce qui réduit la catégorie des dirigeants pour en exclure par exemple les chefs militaires. Le terme de « décideur » paraît plutôt renvoyer à celui qui conçoit l'infraction internationale et qui, la faisant commettre par d'autres, ne commet donc pas matériellement l'infraction¹⁹¹⁶. En ce sens, le décideur renverrait peut-être exclusivement à l'auteur moral, c'est-à-dire à « celui qui *fait commettre* l'infraction par un autre »¹⁹¹⁷. Or cela ne permet pas d'englober l'intégralité des

¹⁹¹³ CPI, *Katanga, décision relative à la confirmation des charges*, para. 503. Les juges de l'affaire *Eichmann* avaient déjà fait une affirmation similaire, quoi qu'à un niveau national : District Court of Jerusalem, *Jugement Eichmann*, 12 déc. 1961, *International law reports*, 1968, vol. 36, p. 236-237: « *the degree of responsibility generally increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher levels of command, the "counsellors" in the language of our law* » (le degré de responsabilité augmente généralement lorsque l'on s'éloigne de celui qui tient l'instrument fatal dans ses mains pour atteindre les plus hauts degrés de commandement, les « conseillers » dans notre langage juridique).

¹⁹¹⁴ RPP CPI, Règle 145, para. 2 b) ii).

¹⁹¹⁵ Définition « gouvernant », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹⁹¹⁶ V. en ce sens MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », p. 186 selon laquelle le décideur est « celui qui a initié le crime, qui l'a conçu, en a prévu ou ordonné la réalisation et a donc joué un rôle déterminant sur la commission du crime ».

¹⁹¹⁷ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 404.

comportements infractionnels qui peuvent être commis par l'individu en position de pouvoir dans la mesure où ce dernier peut très bien commettre matériellement une infraction. Il est par exemple possible d'imaginer la situation d'un chef de milice qui, après avoir conçu les plans d'attaque d'une partie de la population civile, prend comme esclaves des civils enlevés ou viole lui-même une partie de ces civils, commettant ainsi matériellement des infractions internationales¹⁹¹⁸. Quant à l'expression « supérieur hiérarchique », si elle paraît mieux englober tous les comportements auxquels l'individu en position élevée peut se prêter, elle risque de porter à confusion en ce qu'elle renvoie à un mode de participation précis, prévu à l'article 28 du Statut de Rome et fondé exclusivement sur une abstention¹⁹¹⁹. À l'inverse, le terme « dirigeant », entendu comme celui qui dirige, qui exerce un pouvoir, bref le chef¹⁹²⁰, permet de désigner aussi bien le dirigeant d'une milice, d'une entreprise, d'un parti ou d'un État. À lui seul, le terme « dirigeant » ne permet ainsi ni de suggérer un mode de participation particulier ni une position nécessairement au sommet de la hiérarchie. En ce sens, c'est peut-être le terme le plus à même d'appréhender toutes les hypothèses dans lesquelles un individu est en position d'autorité, qu'il exécute l'infraction lui-même, qu'il la fasse exécuter par d'autres ou qu'il la laisse commettre. C'est donc ce terme qui sera préféré ici, sans que cela n'interdise de recourir à ceux évoqués lorsque les développements l'exigeront¹⁹²¹.

543. Ce choix terminologique effectué, il faut désormais déterminer si la position de dirigeant exerce une influence sur la mise en œuvre d'un motif d'exonération. Le Statut de Rome n'en dit rien, qui exclut simplement la qualité officielle d'un individu comme motif d'exonération¹⁹²², mais il semble que deux éléments intrinsèques à la position de dirigeant puissent être identifiés, pour lesquels il faudra vérifier s'ils exercent une influence sur la mise

¹⁹¹⁸ *SCPI*, art. 7 para. 1 c) s'agissant de la réduction en esclavage et para. 1 g) s'agissant du viol. Le jugement *Ongwen* rendu par la Cour pénale internationale est particulièrement éclairant à ce sujet, qui condamne Dominic Ongwen pour la commission, en tant qu'auteur matériel, de plusieurs infractions sexuelles. V. CPI, jugement *Ongwen*, charges 50 à 60, para. 3021 à 3068.

¹⁹¹⁹ L'article 28 du Statut de Rome vise en effet le supérieur hiérarchique, militaire ou civil, qui « n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ».

¹⁹²⁰ Définition « dirigeant », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2022.

¹⁹²¹ Par exemple lorsque sera évoquée l'hypothèse précise de l'auteur intellectuel ou du supérieur hiérarchique.

¹⁹²² *SCPI*, art. 27 para. 1 : « Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine ».

en œuvre des motifs d'exonération : la position d'autorité dans laquelle le place sa fonction de dirigeant (Paragraphe 1) et la connaissance qu'il a de la situation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'influence de l'autorité sur la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard du dirigeant

544. La position de dirigeant donne à l'individu le « pouvoir de décider ou de commander, d'imposer ses volontés à autrui »¹⁹²³. Ce pouvoir de décision, qui implique une liberté de choix¹⁹²⁴, fait obstacle à l'admission de certains motifs d'exonération (A) mais intervient également au soutien de l'admission d'autres motifs d'exonération (B).

A- L'autorité, obstacle à l'admission d'un motif d'exonération

545. Le propre du dirigeant est d'exercer une autorité sur autrui, ce qui pourra faire obstacle à l'admission d'un motif d'exonération (1). Le droit pénal international sanctionne également, dans l'hypothèse particulière de la responsabilité du supérieur hiérarchique, le fait que le dirigeant n'ait pas exercé cette autorité ce qui, là encore, exercera une influence sur l'admission d'un motif d'exonération (2).

1) L'autorité exercée, obstacle à l'admission d'un motif d'exonération

546. Composantes de l'autorité. L'autorité dont dispose le dirigeant lui confère une certaine autonomie car il est libre de décider lui-même de façon indépendante, sans avoir recours à autrui¹⁹²⁵, mais aussi une certaine initiative car c'est en principe lui qui propose, qui est à l'origine des actions¹⁹²⁶. Ces différentes composantes de l'autorité exercée par le dirigeant font obstacle à l'admission de certains motifs d'exonération.

547. Obstacle à l'admission de l'ordre du supérieur. L'autorité conférée au dirigeant et l'autonomie qu'elle engendre font ainsi d'abord obstacle à l'admission de l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome. Ce dernier repose sur une obligation légale d'obéir¹⁹²⁷, qui

¹⁹²³ Définition « autorité », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021.

¹⁹²⁴ Synonyme « décision », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021.

¹⁹²⁵ Définition « autonomie », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021.

¹⁹²⁶ Définition « initiative », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021. Dans le même sens v. MALABAT V., « Les modes de participation à l'infraction internationale », p. 188 : « celui qui a le contrôle est celui qui a un pouvoir d'initiative ou de direction sur la commission du crime et apparaît bien ainsi comme un décideur ».

¹⁹²⁷ SCPI, art. 33 para. 1 a) qui exige que la personne ait « eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ». Sur la critique de cette exigence v. *supra* n°161 et s.

induit que l'ordre doit provenir d'un individu légalement en position d'autorité. L'ordre du supérieur ne paraît donc pouvoir s'envisager qu'au sein d'un système hiérarchisé. Or le dirigeant est chargé de donner les ordres mais n'en reçoit en principe pas¹⁹²⁸. En réalité, seuls les individus situés au sommet de la hiérarchie ne reçoivent d'ordre de personne, de sorte qu'ils sont les seuls à ne pas pouvoir bénéficier de l'ordre du supérieur comme motif d'exonération¹⁹²⁹.

548. Tempérament relatif aux supérieurs intermédiaires. Il faut en revanche tempérer cette affirmation pour les autres individus pouvant être qualifiés de dirigeants parce qu'ils ont une position d'autorité mais qui peuvent être à la fois subordonnant et subordonné¹⁹³⁰. En effet, suivant la place occupée dans la hiérarchie, un individu « peut être à la fois un donneur d'ordre auprès d'exécutants et parfois lui-même un exécutant de l'ordre d'un supérieur »¹⁹³¹. Pour ces individus, qualifiés de supérieurs intermédiaires, il faudra, pour le comportement que l'on cherche à leur reprocher, vérifier qu'ils ne recevaient eux-mêmes aucun ordre venant de plus haut dans la hiérarchie identifiée. Si le comportement de ces supérieurs intermédiaire ne provient pas d'un ordre, l'autonomie qui leur est conférée par leur position de dirigeant reste entière et il ne sera pas possible d'admettre l'exonération par l'ordre du supérieur. Dans le cas contraire, si le supérieur intermédiaire applique des ordres venus de plus haut, il devra être traité comme un subordonné. Sa situation se rapprochera alors plus de celle d'un exécutant, sans toutefois lui être parfaitement identique dès lors que le supérieur, même intermédiaire, peut conserver un certain degré de pouvoir de nature à influencer l'admission de l'ordre du supérieur. En effet, plus il occupera une place élevée dans la hiérarchie, plus les conditions de l'article 33 du Statut de Rome seront difficiles à remplir. Suivant sa place dans la hiérarchie, l'individu sera à même de pouvoir apprécier l'illégalité d'un ordre et s'opposer à un ordre qu'il sait illégal¹⁹³² ou à un ordre manifestement illégal¹⁹³³. S'il agit tout de même, soit en commettant lui-même

¹⁹²⁸ KRABBE M., *Excusable evil*, 2014, p. 299 : « *Superior orders, [is excluded for people in power position], because the defendant himself had a superior position, and thus nobody to receive orders from* » (l'ordre du supérieur est exclu pour les individus en position de pouvoir car l'accusé détient cette position de supérieur, et ne reçoit donc d'ordre de personne).

¹⁹²⁹ de ANDRADE A., « Chapitre 16 – Supérieurs hiérarchiques », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 1^{ère} éd., 2000, p. 202 : « hormis le gouvernant suprême et l'ultime exécutant, chaque maillon est à la fois un subordonné et un supérieur hiérarchique ».

¹⁹³⁰ Dans le même sens de ANDRADE A., « Chapitre 16 – Supérieurs hiérarchiques », p. 202.

¹⁹³¹ WERLE G., BURGHARDT B., DUMONT H., « Les formes de participation en droit pénal international », *R.S.C.* 2012, p. 64.

¹⁹³² *SCPI*, art. 33 para. 1 b) qui exige que l'individu n'ait pas su que l'ordre était illégal. Sur cette condition v. *supra* n°166 et s.

¹⁹³³ *SCPI*, art. 33 para. 1 c) qui exige que l'ordre ne soit pas manifestement illégal. Sur cette condition v. *supra* n°169. Dans le même sens v. MALABAT V., « La responsabilité pénale interne et internationale du subordonné »,

l'infraction soit en transmettant les ordres illégaux, le bénéfice de l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome ne pourra lui être octroyé car il aurait dû y désobéir.

549.Obstacle relatif à l'admission de la contrainte. Le raisonnement est différent s'agissant de la contrainte. En ce que cette dernière suppose une absence totale de choix¹⁹³⁴, elle sera difficile à établir à l'égard des dirigeants les plus hauts placés qui ne sont donc pas soumis à des pressions venant d'un individu mieux placé dans la hiérarchie¹⁹³⁵. Dans ce cas, la position de dirigeant fera obstacle à l'admission de la contrainte. Toutefois, la contrainte peut s'affranchir de tout système hiérarchique en ce qu'elle ne repose pas sur une obligation légale d'obéir, contrairement à l'ordre du supérieur¹⁹³⁶. Il n'est donc pas nécessaire que la contrainte provienne d'un individu mieux placé dans la hiérarchie. Peuvent alors être envisagées des situations dans lesquelles la position de dirigeant sera indifférente, en tout cas n'exercera aucun effet d'entrave sur l'admission de la contrainte. Même au sein d'un système hiérarchisé, un dirigeant pourrait être soudainement contraint par un subordonné ou un individu totalement étranger à la hiérarchie, qui userait de la menace ou de la violence pour contraindre le dirigeant à déclencher une agression armée ou plus largement en lui imposant de commettre ou faire commettre une infraction.

550.Obstacle relatif eu égard à la position de supérieur intermédiaire. Par ailleurs, et comme pour l'ordre du supérieur, au sein d'un système hiérarchisé, le supérieur intermédiaire pourrait faire l'objet d'une contrainte de la part de ses supérieurs. La question de savoir si la contrainte serait telle qu'elle ferait disparaître la possibilité de choisir, bref de savoir si la

in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 27 : « pourra tout d'abord être prise en compte la position du subordonné dans la hiérarchie, étant entendu que plus celui-ci sera haut placé et plus l'ordre paraîtra manifestement illégal ». Le propos sur le subordonné peut être transposé sur ce point au supérieur intermédiaire qui, par définition, ne se situe pas au dernier échelon de la hiérarchie.

¹⁹³⁴ Sur ce critère v. *supra* n°77.

¹⁹³⁵ KRABBE M., *Excusable evil*, précité, p. 299 : « duress is also hard to establish because there is no superior to spread fear and exercise pressure » (la contrainte est aussi dure à établir car il n'y a aucun supérieur pour répandre la peur et exercer des pressions) ; AMBOS K., « Defences in international criminal law », in BROWN B. S., *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011, p. 314 : « the people at the top cannot invoke duress because they cannot be coerced » (les individus au sommet de la hiérarchie ne peuvent pas invoquer la contrainte car ils ne peuvent pas être contraints) ; BASSIOUNI Ch., *Crimes against humanity – Historical evolution and contemporary application*, C.U.P., 2011, p. 615 : « [duress] like intoxication and insanity, apply to those who execute orders, not to those who originate orders or those who give them because they are part of a group of decision-makers » (la contrainte, comme l'intoxication et le trouble mental, s'applique à ceux qui exécutent les ordres, pas à ceux à l'origine des ordres ou à ceux qui les donnent car ils font partie du groupe des décideurs).

¹⁹³⁶ Sur ce point v. *supra* n°161.

contrainte pourrait être irrésistible et constituer un véritable motif d'exonération à l'égard d'un supérieur intermédiaire est cependant discutée. Certains auteurs estiment en effet que le supérieur intermédiaire pourrait être contraint par ses supérieurs dans des circonstances lui permettant en principe d'invoquer la contrainte¹⁹³⁷ tandis que d'autres estiment au contraire que ce motif d'exonération ne peut lui bénéficier¹⁹³⁸. La réponse devra sans doute dépendre du comportement du supérieur intermédiaire et il faudra notamment s'assurer qu'il n'adhère pas à ce qui est exigé de lui puisque son adhésion à l'acte qu'on lui demande d'accomplir traduirait alors une liberté morale de sa part.

551. Hypothèse de soumission volontaire. À cet égard, une étude criminologique centrée sur les auteurs d'infractions commises en ex-Yougoslavie permet d'éclairer la question. L'auteur distingue en effet trois niveaux dans la hiérarchie : les organisateurs, les spécialistes et les exécutants¹⁹³⁹. Les spécialistes pourraient être rapprochés des supérieurs intermédiaires en ce qu'ils sont définis comme « des cadres intermédiaires, des rouages indispensables, l'épine dorsale des administrations, qu'elles soient ou non des entreprises criminelles. Ils sont ceux qui font que ça marche : loyaux, lâches, ravis de leur pouvoir sur autrui, ils aiment qu'on les apprécie pour leur zèle ; ils aiment aussi mettre à profit les espaces de liberté que leur laissent leurs fonctions »¹⁹⁴⁰. On serait donc dans un schéma de soumission volontaire¹⁹⁴¹, ce qui suggère que l'individu a conscience de ce à quoi il participe et y adhère. Or le fait de choisir de se soumettre à l'autorité empêche l'admission de la contrainte dans la mesure où cette dernière exige quant à elle une absence totale de choix¹⁹⁴². Cela ne correspond d'ailleurs pas non plus au schéma de l'ordre du supérieur, tel qu'entendu par l'article 33 du Statut de Rome. Ce dernier suppose en effet que l'individu ne connaisse pas le caractère illégal de l'acte qu'on exige de

¹⁹³⁷ AMBOS K., « Defences in international criminal law », p. 314: « *'mid-level' officials can potentially be coerced by their superiors to an extent that would, in principle, entitle them to invoke duress* ».

¹⁹³⁸ BASSIOUNI Ch., *Crimes against humanity – Historical evolution and contemporary application*, p. 622 qui, il faut le préciser, considère que la contrainte est prévue par l'article 31 du Statut de Rome (sur le rejet de cette position v. *supra* n°95-96). L'auteur considère donc que l'exigence que l'accusé « n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui [qu'il] cherchait à éviter » exclut l'application du moyen de défense aux décideurs ainsi qu'aux exécutants situés en haut ou au milieu de la hiérarchie pour ne la rendre disponible qu'à l'égard des exécutants de bas échelons (« *[The Rome Statute] clearly limits duress to situations where 'the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided'. It excludes decision-makers, senior executors, and even mid-level executors from the defense, leaving it open only to low-level executors, as indeed it should be* »).

¹⁹³⁹ THYS P., « Contribution à l'étude des violences extrêmes : le criminel de guerre actuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 2004, vol. 57, n°4, p. 489.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁹⁴¹ MILGRAM S., *Soumission à l'autorité*, Calmann-Levy, 1974, p. 216.

¹⁹⁴² Sur cette condition v. *supra* n°77.

lui¹⁹⁴³. Il implique aussi une certaine absence de choix de la part de l'individu, qui est soumis à l'autorité de son supérieur et ne peut refuser. Ainsi, pour que l'ordre du supérieur et la contrainte puissent avoir une chance d'être admis pour exonérer un supérieur intermédiaire, il faudra vérifier que celui-ci ne s'est pas volontairement soumis à l'ordre, bref qu'il n'a pas adhéré à l'ordre. C'est alors distinguer entre l'individu soumis et celui qui apporte son « concours enthousiaste »¹⁹⁴⁴ puisque dans ce second cas « il n'est pas nécessaire d'user de la force pour se faire obéir »¹⁹⁴⁵. Or c'est seulement dans le premier cas que l'exonération pourra être envisagée. Dans le second cas, le supérieur intermédiaire conserve sa part de liberté et d'autonomie et ne peut donc voir admettre la contrainte ou l'ordre du supérieur à son bénéfice.

552.Obstacle apparent à l'admission de l'état de nécessité. Un raisonnement similaire peut ensuite être opéré à propos de l'état de nécessité prévu par l'article 31 du Statut de Rome, qui repose sur une menace pour la vie ou l'intégrité physique, provenant de circonstances objectives. La position de dirigeant s'opposera alors à l'admission de l'état de nécessité toutes les fois que le dirigeant aura contribué à la survenance de ces circonstances¹⁹⁴⁶, c'est-à-dire toutes les fois qu'il aura usé de son pouvoir d'initiative pour créer la situation de danger car ce comportement manifesterait alors une faute antérieure¹⁹⁴⁷.

553.Tempérament à l'obstacle à l'admission de l'état de nécessité. En revanche, si le dirigeant n'est pas à l'origine des circonstances menaçantes, l'obstacle que constitue sa position est à relativiser. Comme pour la contrainte, il faudra alors vérifier que le dirigeant n'adhère pas aux circonstances, bref qu'il n'y participe pas volontairement, de sorte que l'état de nécessité ne peut être radicalement exclu à l'égard d'un dirigeant. Le procès *Flick* rendu à l'issue de la Seconde guerre mondiale en fournit une illustration. Les juges ont en effet opéré une appréciation différenciée de l'état de nécessité entre six accusés, tous occupant une fonction de dirigeant au sein de l'entreprise *Flick*¹⁹⁴⁸. Ils ont commencé par reconnaître que les dirigeants

¹⁹⁴³ SCPI, art. 33 para. 1 b). Sur cette condition v. *supra* n°166 et s.

¹⁹⁴⁴ Propos du Président Jorda à Joran Jelisić, extrait du jugement du 14 déc. 1999, cité par THYS P., « Contribution à l'étude des violences extrêmes : le criminel de guerre actuel », p. 498.

¹⁹⁴⁵ THYS P., « Contribution à l'étude des violences extrêmes : le criminel de guerre actuel », p. 498.

¹⁹⁴⁶ C'est ce que semble suggérer Chérif BASSIOUNI lorsqu'il considère que l'état de nécessité et la contrainte ne sont pas applicables aux individus à l'origine des ordres ou à ceux qui les donnent car ils font partie du groupe des décideurs. V. BASSIOUNI Ch., *Crimes against humanity – Historical evolution and contemporary application*, p. 615 : « [coercion and necessity] apply to those who execute orders, not to those who originate orders or those who give them because they are part of a group of decision-makers ».

¹⁹⁴⁷ Sur la faute antérieure dans l'état de nécessité, v. *supra* n°121 et s.

¹⁹⁴⁸ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Flick and others*, 20 avril - 22 déc. 1947, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under Control Council n°10*, vol. VI, p. 3 : « The Flick defendants were leading officials in the Flick Concern or its subsidiary companies ».

de l'entreprise n'avaient aucun contrôle sur les programmes de travaux forcés et avaient été obligés de faire travailler des prisonniers de guerre dans leurs usines¹⁹⁴⁹. Les accusés n'étaient ainsi pas à l'origine des programmes et il est relevé qu'aucun d'eux ne souhaitait exploiter des prisonniers de guerre mais que tous avaient conscience qu'il aurait été futile et dangereux de s'opposer à ce que des prisonniers de guerre leur soient alloués¹⁹⁵⁰. Le procureur lui-même avait d'ailleurs admis que si Flick, à la tête de l'entreprise, avait tenté de fermer ses usines pour s'opposer à l'exploitation des prisonniers de guerre, il aurait à tout le moins perdu la direction de son entreprise et aurait sans doute été envoyé dans un camp de concentration¹⁹⁵¹. Il est donc clairement établi que les accusés connaissaient le contexte dans lequel s'inscrivaient leurs différentes actions. L'objectif des juges a alors été de vérifier qu'aucune de leurs actions ne dépasse ce qui était nécessaire. De manière générale, les juges ont reconnu que les accusés avaient autorisé et mis en place des mesures visant à assurer un traitement humain et de bonnes conditions de travail à tous les travailleurs de leurs usines, emportant la gratitude de bon nombre des travailleurs forcés après la Libération¹⁹⁵². L'exploitation et les mauvais traitements des prisonniers n'ont ainsi été retenus à l'encontre d'aucun des six accusés¹⁹⁵³. Restait pour les juges à déterminer s'ils pouvaient les condamner pour avoir employé des détenus de camps de concentration et des prisonniers de guerre. C'est à ce stade que les juges ont opéré une distinction entre Steinbrinck, Burkart, Kaletsch et Terberger d'une part et Flick et Weiss d'autre part. L'état de nécessité a ainsi été admis à l'égard des quatre premiers car le régime de terreur du Reich constituait un danger clair et présent¹⁹⁵⁴. Si ce régime de terreur existait de la même manière à l'égard de Flick et Weiss, ils ne purent pourtant bénéficier de l'état de nécessité en raison du comportement fautif de Weiss. Ce dernier avait en effet entrepris des démarches

¹⁹⁴⁹ *Ibid.* p. 1196 : « *the evidence indicates that the defendants had no actual control of the administration of such program even where it affected their own plants* ».

¹⁹⁵⁰ *Ibid.* : « *the defendants here involved were not desirous of employing foreign labor or prisoners of war. It further appears, however, that they were conscious of the fact that it was both futile and dangerous to object to the allocation of such labor* ».

¹⁹⁵¹ *Ibid.* : « *It is undoubtedly true that if Flick had suddenly said in so many words, 'I will shut down all my plants immediately because I don't like this idea of using forced foreign labor', the result would at least have been that management of his plants would have been taken away from him, and there was a possibility that he might even have been sent to a concentration camp* ».

¹⁹⁵² *Ibid.* p. 1199 : « *the defendants authorized and caused to be carried out measures conducive to humane treatment and good working conditions for all laborers in their plants (...) Following the collapse of Germany and the liberation of the slave laborers within the plants here under consideration, there were a number of striking demonstrations of gratitude by them toward the management of such plants for the humane treatment accorded while they were there employed* ».

¹⁹⁵³ *Ibid.* : « *It thus appears that the charges of exploitation and mistreatment of the laborers allocated to the plants with which defendants were associated are not sustained by the proof* ».

¹⁹⁵⁴ *Ibid.* p. 1201 : « *The evidence with respect to defendants Steinbrinck, Burkart, Kaletsch, and Terberger in our opinion, however, clearly established that there was in the instant case "clear and present danger" within the contemplation of that phrase* ».

actives pour assurer un quota de production de voitures – qualifiées d'équipement militaire – et s'était procuré un grand nombre de prisonniers de guerre russes, alors même que le fait de se procurer plus de matériel que prévu était interdit¹⁹⁵⁵. Ces actions qui n'avaient pas été initiées par le gouvernement mais bien par la direction de l'entreprise, ont empêché l'admission de l'état de nécessité à l'égard de Weiss. Elle fut aussi exclue à l'égard de Flick car ce dernier, dirigeant à la tête de l'entreprise, avait connaissance des agissements de Weiss et les approuvait¹⁹⁵⁶. Dans les deux cas, la position de dirigeant d'entreprise leur avait permis de prendre l'initiative de faire plus que ce qui leur était demandé par le régime, ce qui démontrait leur participation volontaire au système, incompatible avec l'état de nécessité.

554.Obstacle à l'admission de la légitime défense. Enfin, l'admission de la légitime défense de l'article 31 du Statut de Rome est entravée par la position de dirigeant dans les mêmes conditions que l'état de nécessité. Ainsi, dès lors que le dirigeant est à l'initiative de la situation créant les circonstances de légitime défense, il matérialise une faute antérieure qui fait obstacle à l'admission de ce motif d'exonération¹⁹⁵⁷. Dans le cas contraire, la position de dirigeant est relativement indifférente à la caractérisation de la légitime défense, sauf à ce que le comportement du dirigeant révèle une participation volontaire.

2) L'autorité non-exercée, obstacle à l'admission d'un motif d'exonération

555.Mode d'imputation de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Le droit pénal international sanctionne l'autorité non-exercée par le dirigeant dans le cas particulier de la responsabilité du supérieur hiérarchique. La position de supérieur hiérarchique impose en effet une obligation d'agir, consacrée par le Jugement de Tokyo rendu par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, dont l'acte d'accusation n°55 visait la violation délibérée et imprudente, par les accusés, de leur obligation légale de prendre les mesures adéquates pour assurer le respect des lois et coutumes de la guerre¹⁹⁵⁸. Lors du Jugement de Tokyo, il a donc

¹⁹⁵⁵ *Ibid.* p. 1202 : « *The active steps taken by Weiss with the knowledge and approval of Flick to procure for the Linke-Hofmann Works increased production quota of freight cars which constitute military equipment within the contemplation of the Hague Convention, and Weiss' part in the procurement of a large number of Russian prisoners of war for work in the manufacture of such equipment deprive the defendants Flick and Weiss of the complete defense of necessity. In judging the conduct of Weiss in this transaction, we must, however, remember that obtaining more materials than necessary was forbidden by the authorities just as falling short in filling orders was forbidden* ».

¹⁹⁵⁶ *Ibid.* : « *The active steps taken by Weiss with the knowledge and approval of Flick* » (nous soulignons).

¹⁹⁵⁷ Sur la faute antérieure dans la légitime défense, v. *supra* n°126.

¹⁹⁵⁸ Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, *Jugement du 4 novembre 1948*, (disponible à l'adresse suivante : (https://crimeofaggression.info/documents/6/1948_Tokyo_Judgment.pdf), (ci-après Jugement de

été reproché aux supérieurs hiérarchiques une abstention, en ce qu'ils n'avaient pas exercé leur contrôle sur leurs subordonnés pour prévenir la commission d'infractions¹⁹⁵⁹. Cette obligation d'agir a par la suite été reprise par les statuts des tribunaux pénaux internationaux, qui l'ont étendue à une obligation de punir les auteurs des infractions¹⁹⁶⁰. Le Statut de Rome parachève cette construction en imputant au supérieur hiérarchique les infractions commises par ses subordonnés, s'il « n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites »¹⁹⁶¹. Ce mode d'imputation permet ainsi d'appréhender le supérieur hiérarchique militaire ou civil¹⁹⁶² qui, disposant d'un contrôle effectif sur ses subordonnés – entendu comme la capacité matérielle de prévenir ou punir leurs actes¹⁹⁶³ – n'a pas exercé ce contrôle. Le critère du contrôle effectif, qui ne se satisfait pas d'un état formel mais bien de la possibilité effective de contrôler les subordonnés¹⁹⁶⁴, restreint le champ d'application du mode d'imputation. Ce mode d'imputation est ainsi « généralement mis au service de la condamnation de supérieurs intermédiaires »¹⁹⁶⁵ car seuls ces derniers peuvent satisfaire au critère du contrôle effectif qui est beaucoup plus difficilement rempli à

Tokyo), p. 424 : « *Count 55 charges the same accused with having recklessly disregarded their legal duty by virtue of their offices to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the laws and customs of war* ».

¹⁹⁵⁹ *Jugement de Tokyo*, précité, p. 30 et s. Pour une étude des différentes affaires évoquées dans le jugement, v. MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, p. 337-351.

¹⁹⁶⁰ *STPIY*, art. 7 para. 4 et *S.TPIR*, art. 6 para 3, rédigés identiquement : « Le fait que l'un quelconque des actes visés aux Articles 2 à 4 du présent Statut [2 à 5 pour le Statut du TPIY] a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ».

¹⁹⁶¹ *SCPI*, art. 28 para. a) ii) pour le supérieur militaire et b) ii) pour le supérieur civil.

¹⁹⁶² La distinction entre le supérieur militaire et le supérieur civil tient aux exigences liées à l'élément moral. Sur ce point v. *infra* n°578 et s.

¹⁹⁶³ La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux est constante sur ce point et est reprise par la Cour pénale internationale. Pour les tribunaux pénaux internationaux v. notamment TPIY, arrêt *Čelebići*, para. 256 ; TPIY, arrêt *Blaskić*, para. 67 ; TPIR, arrêt *Kayishema*, para. 293-294 ; TPIR, arrêt *Bagilishema*, para. 50 et s. Pour la Cour pénale internationale v. CPI, jugement *Bemba*, para. 183.

¹⁹⁶⁴ MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in CHIAVARIO M. (ss. dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 298.

¹⁹⁶⁵ BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, thèse précitée, para. 583. V. aussi BONAFÉ B. I. « Command responsibility », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 272 : « *the small number of convictions under the doctrine of command responsibility all concern military commanders, more precisely mid- or low-level commanders* » (les condamnations peu nombreuses rendues en vertu de la responsabilité du supérieur hiérarchique concernent toutes des commandants militaires, plus précisément des commandants en milieu ou bas de hiérarchie).

l'égard de supérieurs plus hauts placés et plus éloignés des exactions commises par les subordonnés¹⁹⁶⁶.

556. Mutation de la contrainte en cause de non-imputation dans le cas de la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28. Quoi qu'il en soit, l'exigence de contrôle effectif au titre des conditions d'imputation de la responsabilité du supérieur hiérarchique donne à la contrainte un effet particulier. Une situation de contrainte peut en effet subvenir, la position de dirigeant de l'individu étant alors indifférente¹⁹⁶⁷. Appliqué à la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut de Rome, cela signifie que le supérieur, parce qu'il n'est plus libre, n'a plus la capacité matérielle de contrôler ses subordonnés et donc de les empêcher de commettre une infraction. Or dans cette hypothèse, c'est bien le contrôle effectif des subordonnés qui disparaît, c'est-à-dire une condition de l'imputation. La contrainte ne joue alors ici pas le rôle d'un motif d'exonération mais d'une cause de non-imputation ce qui, pour aboutir au même résultat de non-responsabilité, participe d'une conception différente¹⁹⁶⁸. Pour que la contrainte empêche totalement le mode d'imputation de l'article 28 du Statut de Rome d'être caractérisé, il faut en outre que l'absence de liberté empêche tant la prévention de l'infraction par les subordonnés que sa répression. La portée de la contrainte est ainsi limitée car le fait d'avoir été contraint de laisser commettre l'infraction n'implique pas que, sa liberté retrouvée, le supérieur hiérarchique soit déchargé de son obligation de punir l'infraction ou d'en référer aux autorités compétentes, ces différentes obligations étant alternatives¹⁹⁶⁹.

557. Mutation de l'intoxication en cause de non-imputation dans le cas de la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28. Un raisonnement similaire peut être effectué s'agissant de l'intoxication involontaire, qui suppose que l'individu soit intoxiqué à son insu ou contre son gré, au point d'en perdre tout discernement¹⁹⁷⁰. Dans cette hypothèse en effet, le supérieur hiérarchique intoxiqué n'a plus le contrôle effectif de ses hommes, de sorte qu'il manque cette condition d'imputation. Cela étant, la responsabilité de l'article 28 du Statut de Rome peut être engagée lorsque le supérieur hiérarchique ne prend pas les mesures

¹⁹⁶⁶ Dans le même sens v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, thèse précitée, para. 586-587. Pour une illustration de la difficulté de retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique à l'égard d'un haut dirigeant, v. CPI, arrêt *Bemba*, para. 171 et s.

¹⁹⁶⁷ Sur ce point v. *supra* n°549.

¹⁹⁶⁸ Sur la distinction entre motif d'exonération et cause de non-imputation v. *supra* n°47.

¹⁹⁶⁹ De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, précité, p. 414.

¹⁹⁷⁰ SCPI, art. 31 para. b). Sur l'intoxication involontaire v. *supra* n°146.

nécessaires pour prévenir la commission de l'infraction mais également pour la réprimer ou pour en référer aux autorités compétentes. L'absence de contrôle effectif, qui certes empêche de lui imputer l'absence de prévention de l'infraction, ne peut ainsi pas empêcher de lui reprocher l'absence de répression ou de dénonciation de l'infraction aux autorités compétentes. Encore une fois, le fait d'avoir été empêché de réaliser la première obligation ne justifie pas de ne pas avoir cherché à accomplir les deux autres. Autrement dit, ce n'est pas parce que le supérieur hiérarchique n'avait pas le contrôle effectif suffisant pour prévenir la commission de l'infraction qu'il en sera de même s'agissant de sa répression. Or il ne paraît pas concevable que l'abolition du discernement causée par l'intoxication involontaire dure éternellement, de sorte que, son discernement recouvré, le supérieur doit en punir les auteurs ou en référer aux autorités compétentes. L'intoxication involontaire, comme la contrainte, ne parviendra ainsi sans doute pas à empêcher totalement de retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique. Il en va toutefois différemment pour d'autres motifs d'exonération soutenus par la position d'autorité du dirigeant.

B- L'autorité, soutien à l'admission d'un motif d'exonération

558. Restriction de l'étude aux dirigeants militaires et politiques. L'autorité dont dispose le supérieur hiérarchique et l'initiative qu'elle suppose peuvent constituer un soutien à l'admission des représailles et de la nécessité militaire, qui constituent toutes deux des motifs d'exonération spéciaux réservés aux crimes de guerre¹⁹⁷¹. Cette restriction aux crimes de guerre implique que ces deux motifs d'exonération ne peuvent s'envisager qu'à l'égard de dirigeants impliqués dans la conduite de la guerre. Cela inclut les dirigeants militaires et politiques qui décident du déroulement du conflit mais exclut en revanche les dirigeants purement civils puisqu'ils n'ont pas autorité sur la façon dont se déroule le conflit.

559. Soutien à l'admission des représailles. D'une part, les représailles exigent au titre de leurs conditions d'être « décidées [à] l'échelon politique ou militaire le plus élevé »¹⁹⁷². Elles ne peuvent ainsi être décidées que par les plus hauts dirigeants en mesure de vérifier que les conditions présidant à la mise en œuvre des représailles sont remplies. Les représailles ne peuvent en effet intervenir qu'en dernier recours, de sorte qu'elles ne peuvent être que le résultat d'une décision mûrement réfléchie, décision que seul un individu placé au plus haut échelon

¹⁹⁷¹ Sur le champ d'application des représailles v. *supra* n°33 et de la nécessité militaire v. *supra* n°35.

¹⁹⁷² TPIY, jugement *Martić*, para. 466 ; TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535.

politique ou militaire est apte à prendre. Il faut alors que le dirigeant s'assure qu'aucun autre moyen n'est efficace¹⁹⁷³. Or, « la marge d'appréciation [étant] la caractéristique du décideur »¹⁹⁷⁴, seul ce dernier a la capacité de vérifier que les représailles sont nécessaires. De la même manière, les représailles supposent un avertissement officiel adressé à l'adversaire afin de faire cesser la violation par lui commise¹⁹⁷⁵ ce qui, là encore, relève de l'initiative des plus hauts gradés. C'est d'ailleurs cette condition qui faisait notamment défaut dans l'affaire *Martić*, la chambre de première instance comme la chambre d'appel du TPIY relevant que les autorités de la République serbe de Krajina – autorité politique serbe autoproclamée – n'avaient adressé aucune mise en garde officielle aux autorités croates avant d'attaquer Zagreb¹⁹⁷⁶.

560.Exclusion des représailles à l'égard des dirigeants de bas échelon. Les conditions des représailles sont telles qu'elles ne peuvent pas être admises au bénéfice des dirigeants de bas échelon. Le TPIY l'indique clairement dans l'affaire *Kupreskić* lorsqu'il précise ce que recouvre l'obligation de prendre des précautions particulières avant de mettre en œuvre des représailles. Il affirme en effet expressément que « la décision ne peut être prise par les commandants sur le terrain »¹⁹⁷⁷. Il semble alors que les représailles ne puissent pas être admises au bénéfice des supérieurs intermédiaires qui ne disposeraient pas du pouvoir d'initiative nécessaire pour décider de les mettre en œuvre.

561.Exclusion des représailles en cas de responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut de Rome. L'exigence que les représailles soient mises en œuvre à l'initiative des plus hauts gradés s'oppose par ailleurs à ce qu'elles soient admises lorsque l'on cherche à engager la responsabilité du supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 du Statut de Rome. Ce mode d'imputation repose en effet sur une abstention de la part du supérieur hiérarchique qui n'a pas exercé son contrôle effectif sur ces subordonnés¹⁹⁷⁸. Or cette abstention est incompatible avec les représailles qui reposent au contraire sur une prise de décision, c'est-à-dire sur une action. C'est dire que seuls les plus hauts dirigeants exerçant activement leur autorité peuvent se prévaloir des représailles. Il se peut néanmoins que le supérieur hiérarchique ait décidé des représailles mais qu'il n'en contrôle pas l'exécution par ses subordonnés qui

¹⁹⁷³ *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ WECKEL Ph., « Hauts responsables, hauts dirigeants et hauts représentants en droit international pénal », *R.P.D.P.*, 2004, p. 113.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁹⁷⁶ TPIY, jugement *Martić*, para. 468 ; arrêt, 8 oct. 3008, n° IT-95-11-A, para. 263.

¹⁹⁷⁷ TPIY, jugement *Kupreskić*, para. 535.

¹⁹⁷⁸ *SCPI*, art. 28 para. a) ii) et b) ii).

feraient preuve d'un excès de zèle. Or dans ce cas, de deux choses l'une : soit l'absence de contrôle effectif empêche l'imputation de l'infraction au titre de l'article 28 du Statut, soit le supérieur hiérarchique doit punir cet excès de zèle ou en référer aux autorités compétentes. S'il ne s'acquitte pas de son obligation, il ne pourra pas échapper à sa responsabilité pénale.

562.Soutien à l'admission de la nécessité militaire. D'autre part, la position d'autorité dans laquelle est placé le dirigeant s'accorde également avec la nécessité militaire. Cette dernière suppose en effet d'identifier un objectif militaire précis¹⁹⁷⁹, ce que seul un individu à la tête des opérations, bref un dirigeant, est en mesure de faire. Lui seul dispose de l'autorité et de l'initiative suffisante pour décider de la stratégie militaire à adopter et pour déterminer ce qui doit constituer un objectif militaire. De la même manière, la position de dirigeant favorise l'appréciation de la nécessité de l'acte, c'est-à-dire son aptitude à atteindre l'objectif militaire requis¹⁹⁸⁰, puisque seule une personne en position d'autorité connaît l'objectif militaire attendu et peut vérifier que l'acte à accomplir est en mesure d'atteindre cet objectif¹⁹⁸¹.

563.Nécessité militaire permise à l'égard des supérieurs intermédiaires. Contrairement aux représailles, la nécessité militaire est par ailleurs permise aux supérieurs intermédiaires, notamment aux commandants de terrain. La nécessité militaire, motif d'exonération survenant exclusivement au cours d'un conflit lors d'opérations militaires, n'est en effet pas conditionnée par une prise de décision par les plus hauts gradés. Elle peut ainsi bénéficier aux dirigeants, quelle que soit leur position hiérarchique. Les commandants de terrain paraissent tout de même être les mieux à même d'apprécier les circonstances de ces opérations. Surtout, ils sont ceux disposant d'une autorité et d'une certaine initiative quant à la conduite à tenir ce qui peut leur permettre de décider certaines attaques, si elles leur paraissent nécessaires à l'accomplissement de l'objectif militaire requis.

564.Exclusion de la nécessité militaire en cas de responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut de Rome. En revanche, et cette fois à l'instar des représailles, la nécessité militaire n'est pas permise au supérieur hiérarchique auquel on

¹⁹⁷⁹ Sur cette condition v. *supra* n°188.

¹⁹⁸⁰ Sur cette condition v. *supra* n°198.

¹⁹⁸¹ Dans le même sens v. VENTURINI G., « Necessity in the law of armed conflict and in international criminal law », *Netherlands yearbook of international law*, 2010, vol. 41, p. 72: « [military necessity] must be assessed by a commanding officer or by a person exercising a comparable authority, as far as possible on objective grounds, during the conduct of military operations » (la nécessité militaire doit être appréciée par un commandant ou par une personne exerçant une autorité comparable, dans la mesure du possible en se fondant sur des éléments objectifs, durant la conduite des opérations militaires).

reproche une abstention au sens de l'article 28 du Statut de Rome. En effet, la nécessité militaire suppose un acte positif de prise de décision qui ne correspond pas à l'attitude de laisser-faire reprochée au supérieur hiérarchique.

565.Bilan. La position de dirigeant, en conférant autorité et initiative à l'individu, opère principalement comme un obstacle à l'admission d'un motif d'exonération. Plus le dirigeant sera haut placé, plus il sera en effet difficile d'admettre l'ordre du supérieur, la contrainte, l'état de nécessité, la légitime défense ou encore l'intoxication. En revanche, la position de dirigeant influence positivement l'admission des représailles et de la nécessité militaire car elle place l'individu en position de décider des mesures à prendre, ce qui ne fonctionne qu'en cas d'autorité exercée. Cette autorité est à compléter par la capacité de disposer des informations pertinentes à la mise en œuvre des mesures nécessaires. À l'autorité du dirigeant s'ajoute ainsi la connaissance des circonstances dont il dispose et qui influence également la mise en œuvre des motifs d'exonération à son égard.

Paragraphe 2 : L'influence de la connaissance sur la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard du dirigeant

566.Influence négative de la connaissance. La position de dirigeant place l'individu dans une position de sachant. En effet, elle implique qu'il dispose ou doit disposer d'informations relatives aux circonstances dans lesquelles il évolue et fait évoluer ses subordonnés. Cette connaissance inhérente à sa position de dirigeant exercera une influence principalement négative sur la mise en œuvre de certains motifs d'exonération. En effet, plus la position de pouvoir du dirigeant est importante, plus il a une connaissance étendue des circonstances et du contexte dans lequel se commet l'infraction. Il se peut même que ce soit lui qui ait créé ou voulu les événements, lorsqu'il est le concepteur ou l'organisateur de l'infraction internationale ou qu'il décide d'un plan d'attaque particulier. Il paraît ainsi difficile de soutenir que le dirigeant a fait une appréciation erronée de la situation qu'il contribue à créer (A). Plus encore, sa position de dirigeant et la connaissance des événements qu'elle implique peut même être le révélateur d'une participation fautive (B).

A- La connaissance, obstacle à l'admission d'une erreur

567.Formes de responsabilité. La jurisprudence pénale internationale prend en compte la position de dirigeant afin de déterminer la responsabilité pénale de l'individu. Plus exactement,

cette position est notamment utilisée par les juges comme un élément facilitant la caractérisation de l'élément psychologique de certains modes de participation ce qui, corrélativement, a des conséquences sur l'admission – ou plus précisément la non-admission – d'une erreur. On retrouve cette analyse tant pour les formes de responsabilité directe (1) que pour la responsabilité indirecte instituée par l'article 28 du Statut de Rome (2)¹⁹⁸².

1) L'obstacle à l'admission d'une erreur en cas de responsabilité directe

568. Prise en compte de la position de dirigeant dans la caractérisation de l'élément psychologique. Il faut, pour que l'erreur de droit ou de fait soit mise en œuvre, que l'individu ait fait une mauvaise appréciation des éléments de droit ou des circonstances de fait relatives à l'infraction, conduisant à faire disparaître l'élément psychologique¹⁹⁸³. Or les différentes juridictions pénales internationales utilisent régulièrement la fonction de l'individu dans la hiérarchie comme facteur pour au contraire caractériser cet élément psychologique, plus précisément pour caractériser la composante de la connaissance¹⁹⁸⁴. Elles déduisent en effet notamment de sa fonction de dirigeant que l'individu avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des circonstances rendant son comportement répréhensible. Un tel raisonnement, qui se retrouvait déjà devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et perdure devant la Cour pénale internationale, affecte l'admission d'une erreur.

569. Prise en compte par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. D'une part, lorsque le TPIY a développé l'entreprise criminelle commune comme mode de participation dans l'arrêt *Tadić*¹⁹⁸⁵, il en a distingué trois formes différentes, auxquelles correspondent trois formes d'élément moral¹⁹⁸⁶. Parmi elles, la deuxième forme, dite « systémique », a été

¹⁹⁸² Sur la dénomination de responsabilité indirecte v. ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *Les Cahiers du droit*, vol. 49, 2008 n°3, p. 413 et s.

¹⁹⁸³ *SCPI*, art. 32. Sur l'étude de cette condition v. *supra* n°157 et s.

¹⁹⁸⁴ *SCPI*, art. 30 para. 1, qui précise que l'élément psychologique se compose de l'intention et de la connaissance et considère cette dernière caractérisée « lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ».

¹⁹⁸⁵ TPIY, *Le procureur c. Dusko Tadić*, arrêt, 15 juil. 1999, n°IT-94-1-A, para. 188 et s. L'entreprise criminelle commune est définie par le TPIY comme correspondant au « cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes. Quiconque contribue à la perpétration d'un crime par le groupe de personnes visé ou par certains de ses membres, en poursuivant un but criminel commun, peut être tenu pénalement responsable sous certaines conditions » (para. 190).

¹⁹⁸⁶ L'arrêt distingue en effet la forme élémentaire (para. 196 à 201), la forme systémique (para. 202 à 203) et la forme élargie (para. 204 à 219). Pour une étude détaillée des différentes formes v. notamment VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, précité, p. 440-448 ; de FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 354-376 ; WERLE G., BURGHARDT B., DUMONT H., « Les formes de

construite en référence aux affaires des camps de concentration et correspond à des situations dans lesquelles existe « un système organisé visant à maltraiter les détenus et à commettre les divers crimes reprochés »¹⁹⁸⁷. Cette forme d'entreprise criminelle commune concerne donc principalement des dirigeants, dont la responsabilité est engagée « compte tenu de la “position d'autorité” qu'ils occupaient objectivement dans le système concentrationnaire »¹⁹⁸⁸. Pour caractériser l'élément moral relatif à cette forme systémique, le TPIY estime que « l'intention requise [peut] aussi être déduite de la position d'autorité que détenait le personnel du camp. En effet, il [n'est] pas réellement nécessaire de prouver l'intention requise lorsque le rang occupé par l'accusé ou l'autorité qu'il exerçait était en soi une indication qu'il avait connaissance du but commun et qu'il avait l'intention d'y contribuer »¹⁹⁸⁹. Cette solution facilite grandement le travail probatoire puisque la position de dirigeant suffit alors, à elle seule, à caractériser l'élément moral de la forme systémique de l'entreprise criminelle commune. Le TPIY a ainsi pu affirmer dans l'affaire *Krnojelac* que l'accusé, « de par ses fonctions de directeur de la prison, savait que des prisonniers non serbes étaient détenus illégalement et qu'il avait admis qu'il savait que des non-Serbes étaient détenus précisément parce qu'ils étaient non-Serbes »¹⁹⁹⁰, permettant ainsi de caractériser la connaissance du système mis en place¹⁹⁹¹. Le TPIR a fait de même en considérant par exemple dans l'affaire *Bagosora* « qu'en tant qu'officiers de haut rang de l'armée, les accusés auraient dû être parfaitement au fait de la situation qui prévalait tant au niveau national que dans les zones se trouvant sous leur contrôle »¹⁹⁹².

570. Prise en compte par la Cour pénale internationale. La Cour pénale internationale a adopté une logique similaire lorsqu'elle a, d'autre part, développé la notion de coaction indirecte dans la décision de confirmation des charges relative à l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*¹⁹⁹³. Ce mode de responsabilité, né de l'union de la coaction et de la commission par

participation en droit pénal international », R.S.C. 2012, p. 52-53 ; DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, para. 33-36 ; BEAUVAIS P. et KHALIFA A. F., « Chapitre 42 – Modes collectifs de participation à l'infraction », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 504 et s.

¹⁹⁸⁷ TPIY, arrêt *Tadić*, para. 202

¹⁹⁸⁸ *Ibid.* para. 203.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.* para. 203. Pour une application subséquente v. TPIY, *Le procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, jugement, 2 nov. 2001, n°IT-98-30/1-T, para. 324 et 414, à propos du commandant en second du camp d'Omarska, confirmé en appel par TPIY, *Le procureur c. Kvočka*, arrêt, 28 fév. 2005, n°IT-98-30/1-A, para. 202

¹⁹⁹⁰ TPIY, *Le procureur c. Milorad Krnojelac*, arrêt, 17 sept. 2003, n° IT-97-25-A, para. 110.

¹⁹⁹¹ *Ibid.* para. 111.

¹⁹⁹² TPIR, *Le procureur c. Théoeste Bagosora et consorts*, jugement, 18 déc. 2008, n°ICTR-98-41-T, para. 2167 (nous soulignons).

¹⁹⁹³ CPI, *Katanga, décision relative à la confirmation des charges*, 30 sept. 2008, n°ICC-01/04-01/07.

l'intermédiaire d'autrui, deux modes principaux de participation visés à l'article 25 paragraphe 3 du Statut de Rome, consiste pour plusieurs individus à convenir d'un plan criminel commun dont l'exécution sera assurée par des intermédiaires sous leur contrôle. Ainsi, chaque coauteur indirect peut se voir imputer l'ensemble des infractions commises par les exécutants, peu importe que le coauteur ne contrôle pas spécifiquement une partie des exécutants¹⁹⁹⁴. La coaction indirecte étant une forme d'action¹⁹⁹⁵, l'élément moral requis est celui prévu à l'article 30 du Statut de Rome. Il faut donc que le coauteur indirect ait agi avec intention et connaissance¹⁹⁹⁶ et la Cour pénale internationale précise qu'en cas de coaction indirecte, cela implique que les individus doivent « a) savoir, de manière partagée, que la réalisation des éléments objectifs du crime résultera de la mise en œuvre de leur plan commun ; b) entreprendre ces activités avec l'intention spécifique de provoquer les éléments objectifs du crime, ou être conscients que la réalisation des éléments objectifs résultera de leurs actions dans le cours normal des événements » et « connaître les circonstances de fait qui leur permettent d'exercer un contrôle sur le crime par l'intermédiaire d'une autre personne »¹⁹⁹⁷. Or la position de dirigeant est largement employée pour caractériser cet élément psychologique, ce qui n'a rien d'étonnant dès lors que, du propre aveu de la Cour pénale internationale, la coaction indirecte constitue « une forme de responsabilité qui fournit à la Cour un instrument bien adapté pour évaluer la responsabilité des "hauts dirigeants" »¹⁹⁹⁸. Le jugement *Ntaganda* fournit un exemple éclairant, dans lequel la Chambre de première instance de la Cour pénale internationale se fonde systématiquement sur la position de Bosco Ntaganda, l'un des dirigeants les plus hauts placés au sein des Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC)¹⁹⁹⁹, pour caractériser les quatre branches de l'élément psychologique de la coaction indirecte qu'elle a déterminées²⁰⁰⁰. Ainsi, s'agissant de la connaissance de l'attaque généralisée, « étant donné la position occupée par Bosco Ntaganda au sein de l'UPC/FPLC », il entendait que les différents crimes « perpétrés par les soldats de l'UPC/FPLC s'inscrivent dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre la population civile »²⁰⁰¹. De même, « eu égard au rôle et à la position qu'il

¹⁹⁹⁴ *Ibid.* para. 493. Pour une étude de la coaction indirecte v. notamment FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 384-385 ; WERLE G., BURGHARDT B., DUMONT H., « Les formes de participation en droit pénal international », *R.S.C.* 2012, p. 59-63 ; DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013, para. 56 et s.

¹⁹⁹⁵ Par opposition aux formes de participation. Sur ce point v. *supra* n°529 et s.

¹⁹⁹⁶ CPI, *Katanga, décision sur la confirmation des charges*, para. 528.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.* para. 533-534.

¹⁹⁹⁸ CPI, *Katanga, décision sur la confirmation des charges*, para. 492.

¹⁹⁹⁹ CPI, *Le procureur c. Bosco Ntaganda*, jugement, 8 juil. 2019, n°ICC-01/04-02/06, para. 1179.

²⁰⁰⁰ *Ibid.* para. 1169.

²⁰⁰¹ *Ibid.* para. 1171.

avait au sein de l'UPC/FPLC (...), Bosco Ntaganda avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé »²⁰⁰². Pour caractériser l'intention relative à son comportement personnel, la Chambre de première instance ne manque pas de rappeler « qu'il occupait à l'époque un rang élevé dans la branche militaire », ce dont elle se sert également pour caractériser l'intention et la connaissance pour chacun des crimes reprochés²⁰⁰³.

571. Conséquence sur l'admission d'une erreur. Dans l'affaire *Ntaganda*, la position de dirigeant est prise en compte pour établir la connaissance du contexte de conflit armé nécessaire à la constitution d'un crime de guerre mais elle peut l'être également pour démontrer la connaissance du contexte des autres infractions internationales, à savoir le crime contre l'humanité²⁰⁰⁴, le génocide²⁰⁰⁵ et le crime d'agression²⁰⁰⁶. De même, l'élément moral caractérisé dans l'affaire correspond à celui de l'article 30 du Statut de Rome, de sorte que le raisonnement de la Cour pénale internationale peut s'appliquer à tous les modes de responsabilité exigeant un tel élément, c'est-à-dire à tous les modes principaux de responsabilité. Autrement dit, la position de dirigeant peut exercer une influence sur la caractérisation de l'élément moral en cas de coaction indirecte, comme ce fut le cas dans l'affaire *Ntaganda*, mais également en cas d'action, de coaction, ou d'action par l'intermédiaire d'autrui²⁰⁰⁷. Or en facilitant la preuve de l'élément moral, et principalement de sa composante relative à la connaissance, la position de dirigeant complexifie, corrélativement, l'admission d'une erreur de droit ou de fait comme motif d'exonération. Si sa position le conduit à avoir connaissance du contexte dans lequel lui et ses subordonnés évoluent, voire le lui impose, il paraît en effet alors difficile pour le dirigeant d'arguer qu'il a opéré une mauvaise appréciation

²⁰⁰² *Ibid.* para. 1173.

²⁰⁰³ *Ibid.* para. 1179 : « De plus, la Chambre a constaté que Bosco Ntaganda était, avec Floribert Kisembo, le dirigeant le plus haut gradé au sein des FPLC et qu'il était le commandant général de l'assaut lancé contre Mongbwalu. Il a lui-même indiqué qu'il n'avait pas de difficulté à exercer son rôle ».

²⁰⁰⁴ BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, thèse précitée, para. 770 : « la connaissance coupable pourra être établie sur le fondement de la situation personnelle de l'auteur. Les fonctions assumées ou le rang hiérarchique de l'agent, au sein de l'organisation criminelle, constituent, notamment, des éléments régulièrement exploités par la jurisprudence à cet effet ».

²⁰⁰⁵ *Ibid.* para. 777 : « les responsabilités assumées par l'agent en son sein pourront, comme en matière de crime contre l'humanité, être utiles à la qualification d'un tel état d'esprit ».

²⁰⁰⁶ *Ibid.* para. 754 : « La preuve que l'agent s'est représenté le caractère injuste de l'entreprise armée peut être rapportée par tout moyen, y compris par présomption, ce qui risque d'être souvent le cas compte tenu de la qualité particulière de l'auteur du crime d'agression. Qu'il soit chef politique ou chef militaire, le dirigeant est en effet supposément averti de la nature de la situation dans laquelle s'est engagé l'État qu'il supervise. Ainsi, même en l'absence de preuves directes de sa connaissance des faits, sa fonction devrait permettre d'établir systématiquement qu'il ne pouvait ignorer – et donc qu'il connaissait – les circonstances de l'emploi de la force armée étatique, et plus particulièrement celles qui établissent l'illicéité des opérations ».

²⁰⁰⁷ Ces trois formes de responsabilité étant celles expressément visées par l'article 25 paragraphe 3 a) du Statut de Rome.

des faits ou du droit. Cela sera d'autant plus difficile si le dirigeant est à l'origine de l'entreprise criminelle, c'est-à-dire s'il fait partie de ceux qui l'ont ourdie.

572. Illustration dans l'affaire Lubanga. C'est alors sans surprise que la position de dirigeant a été prise en compte afin de refuser le bénéfice d'une erreur de droit comme motif d'exonération à Thomas Lubanga. Lors de la confirmation des charges, la chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a en effet fait sienne l'observation du Représentant des victimes, qui a estimé que l'entrée en vigueur du Statut de Rome et des normes qu'il contient, notamment relativement à l'interdiction du recrutement d'enfants soldats, « n'avait pas pu échapper à Thomas Lubanga, qui se di[sait] homme politique et Chef d'État »²⁰⁰⁸. La position de décideur de Lubanga est ainsi employée pour démontrer qu'il avait connaissance des normes internationales. Plus encore, cette position paraît également avoir influé sur l'appréciation de l'erreur relative à l'interprétation de la norme. C'est en effet à l'occasion de cette affaire que la Cour pénale internationale a défini l'erreur de droit comme l'erreur sur la signification sociale (le sens courant) de l'élément normatif²⁰⁰⁹. Or, pour déterminer le sens courant de l'interdiction du recrutement d'enfant soldats, notamment pour vérifier si cela inclut l'interdiction d'enrôler des enfants volontaires, la Chambre préliminaire relève qu'elle existait déjà dans la Convention de Genève et ses protocoles additionnels de 1977. Ces derniers ayant été ratifiés par la République démocratique du Congo et l'Ouganda²⁰¹⁰, la Chambre préliminaire se réfère alors au Commentaire des protocoles additionnels à la Convention de Genève, « qui considère que le principe de non-recrutement comprend également l'interdiction d'accepter l'enrôlement volontaire »²⁰¹¹. Ce faisant, elle paraît présumer que Lubanga, en raison de sa position de dirigeant, connaissait ou devait connaître ces instruments juridiques et le commentaire associé²⁰¹². L'analyse effectuée par la Cour pénale internationale rejoint en ce sens celle opérée par un auteur à propos des dirigeants militaires, qui considère que dans le contexte du droit international humanitaire, ils sont soumis à un niveau d'exigence supplémentaire quant à la connaissance des règles et concepts applicables au droit de la guerre²⁰¹³. Cette position de dirigeant, qu'elle soit militaire ou civile, comme dans le cas de Lubanga, est ainsi utilisée pour

²⁰⁰⁸ CPI, *Lubanga, décision sur la confirmation des charges*, précité, para. 314.

²⁰⁰⁹ *Ibid* para. 316.

²⁰¹⁰ *Ibid.* para. 308-309.

²⁰¹¹ *Ibid.* para. 308.

²⁰¹² KRABBE M., *Excusable evil*, p. 165.

²⁰¹³ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 273 : « *In the context of international humanitarian law, however, a higher standard that just the everyday meaning can be required. Military persons, especially those in command, can be required to know more than the average person about certain specific concepts and doctrines applicable in the field of the laws of war* » (nous soulignons).

démontrer que l'individu avait ou devait avoir connaissance des différentes normes internationales et de leur interprétation. La position de dirigeant constitue alors un obstacle à l'admission d'une erreur de droit, ce qui ne paraît pas contestable dès lors que le pouvoir dont il dispose implique de grandes responsabilités, notamment celle de connaître les normes nationales et internationales²⁰¹⁴.

573. Tempérament relatif à l'erreur de fait. Une position moins stricte pourrait peut-être être effectuée s'agissant de l'erreur de fait. Il est en effet possible qu'un dirigeant, même tout en haut de la hiérarchie, se méprenne sur des éléments factuels et croie par exemple à une attaque, qui en réalité n'existe pas. Les motifs d'exonération putatifs reposant précisément sur une telle erreur – comme la légitime défense ou l'état de nécessité²⁰¹⁵ – pourraient ainsi être admis au bénéfice d'un dirigeant, sous réserve que les autres conditions, notamment celle tenant à la proportionnalité, soient remplies. L'hypothèse a déjà été envisagée à propos d'un chef d'État qui, croyant son pays attaqué par un État étranger, a ordonné le lancement d'un missile de riposte²⁰¹⁶.

574. Bilan. La position de dirigeant, employée pour démontrer sa connaissance des éléments factuels, rend l'admission d'une erreur de fait difficile, sauf à admettre qu'elle donne lieu à un motif d'exonération putatif. L'erreur de droit paraît en revanche impossible à retenir car il est attendu du dirigeant qu'il connaisse les normes juridiques dans lesquelles il évolue. Une rigueur similaire se retrouve dans le cas particulier de la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 du Statut de Rome.

2) L'obstacle à l'admission d'une erreur en cas de responsabilité indirecte

575. Données du problème. L'article 28 du Statut de Rome prévoit la responsabilité du supérieur hiérarchique qui peut s'analyser comme une responsabilité indirecte en ce qu'il permet de sanctionner le supérieur militaire ou civil qui n'a pas exercé son contrôle sur ses subalternes²⁰¹⁷. Cette position de supérieur hiérarchique impose en effet des obligations, parmi

²⁰¹⁴ Dans le même sens v. BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature*, para. 791 : « plus que quiconque, les dirigeants sont censés connaître les normes régissant la conduite des affaires politiques ou militaires ».

²⁰¹⁵ Sur la légitime défense et l'état de nécessité putatifs v. *supra* n°103 et s.

²⁰¹⁶ V. *supra* n°552.

²⁰¹⁷ ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *Les Cahiers du droit*, vol. 49, 2008 n°3, p. 413 et s.

lesquelles une obligation de connaissance. Or cette exigence peut faire obstacle à l'admission d'une erreur et empêcher un dirigeant de s'en prévaloir efficacement.

576.L'obligation de connaissance dans la jurisprudence post Seconde guerre mondiale.

L'obligation de connaissance, qui découle de l'obligation d'agir pesant sur le supérieur hiérarchique²⁰¹⁸, a été établie par la Commission militaire des États-Unis et confirmée par la Cour suprême dans l'affaire *Yamashita*²⁰¹⁹. La Commission militaire a en effet relevé qu'en cas d'infractions étendues, s'il n'y a pas eu de réelle tentative, par le commandant, de découvrir et de contrôler les actes criminels, il peut être déclaré pénalement responsable des actes commis par ses troupes²⁰²⁰. Les membres de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre, chargés de rassembler et commenter les différentes décisions rendues à l'issue de la Seconde guerre mondiale, en ont déduit que l'échec du général Yamashita à s'informer sur le comportement de ses troupes ne pouvait s'analyser que comme un manquement criminel impliquant qu'il avait nécessairement failli à son obligation de découvrir la conduite de ses troupes²⁰²¹. Une exigence similaire est adoptée par les juges du tribunal militaire américain lors des Procès subséquents au Procès de Nuremberg, dont le but était de juger les individus qui n'avaient pu être traduits devant le Tribunal de Nuremberg. Dans l'affaire *Hostages*²⁰²², ils ont en effet estimé que le commandant militaire doit être tenu pour responsable des actes de ses subordonnés s'il en avait connaissance ou aurait dû en avoir connaissance²⁰²³. Ainsi, le supérieur hiérarchique « ne peut utiliser comme moyen de défense le résultat d'un manquement à son obligation de se tenir informé »²⁰²⁴. De la même manière, le Jugement de Tokyo indique très clairement que si une personne en position d'autorité avait connaissance que des crimes

²⁰¹⁸ Sur cette obligation v. *supra* n°555 et s.

²⁰¹⁹ Commission militaire des États-Unis, Manille, *Général Tomoyuki Yamashita*, 8 oct. - 7 déc. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. IV, case n°21.

²⁰²⁰ *Ibid.* p. 35: « *Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops* » (nous soulignons).

²⁰²¹ *Ibid.* p. 94: « *his failure to inform himself (...) could only be considered as a criminal dereliction of duty on his part. (...) he must have failed to fulfill a duty to discover the standard of conduct of his troops* ».

²⁰²² Septième procès subséquent, l'affaire concerne des commandants de terrain accusés d'infractions liées à des prises d'otages ou commises en représailles d'attaque par les Alliés.

²⁰²³ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *List and others (Hostage Trial)*, 08 juil. 1947 - 19 fév. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. XI, p. 1303: « *corps commander must be held responsible for the acts of his subordinate commanders in carrying out his orders and for acts which the corps commander knew or ought to have known about* ».

²⁰²⁴ de ANDRADE A., « Chapitre 16 – Supérieurs hiérarchiques », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 1^{ère} éd., 2000, p. 207.

ont été commis, ou aurait dû en avoir connaissance si elle n'avait pas été négligente ou en position d'inertie, elle ne peut être excusée pour son inaction²⁰²⁵.

577.Exigence de connaissance effective commune à l'ensemble des supérieurs hiérarchiques. L'article 28 du Statut de Rome reprend cette obligation de connaissance effective pesant sur le supérieur hiérarchique²⁰²⁶. Il faut, pour la démontrer, faire une appréciation *in concreto* de ce que le supérieur hiérarchique savait réellement. Un supérieur hiérarchique faisant une mauvaise appréciation des circonstances le conduisant à ne pas comprendre que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre une infraction internationale, pourrait ainsi arguer qu'il n'avait pas effectivement connaissance de l'infraction. Cela étant, la connaissance effective, qui ne peut être présumée, peut être établie par des preuves directes ou indirectes²⁰²⁷. La Cour pénale internationale a ainsi précisé que peuvent être pris en compte pour établir cette connaissance effective « le nombre d'actes illégaux, leur portée, leur caractère généralisé ou non, la période durant laquelle ils se sont produits, le type et le nombre de forces qui y ont participé, les moyens de communication disponibles, le *modus operandi* d'actes similaires, la portée et la nature de la place et de la responsabilité du supérieur au sein de la hiérarchie, le lieu où il se trouvait au moment où les actes ont été accomplis et le lieu géographique des actes »²⁰²⁸. La variété de ces éléments rend plus complexe la possibilité d'invoquer une erreur parce qu'ils introduisent une part d'objectivité dans l'appréciation de la connaissance effective. En effet, en présence de plusieurs de ces indices objectifs de connaissance effective, il sera difficile pour le dirigeant de faire valoir une erreur, sauf à ce que d'autres éléments objectifs le démontrent de manière suffisamment convaincante pour que l'on puisse conclure à une absence de connaissance effective.

578.Éléments moraux alternatifs à la connaissance effective. De surcroît, le Statut de Rome opère une distinction entre le supérieur militaire et le supérieur civil. Alternativement à la connaissance effective, la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique militaire peut ainsi être engagée si « en raison des circonstances, [il] aurait dû savoir »²⁰²⁹ que ses subordonnés

²⁰²⁵ Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, *Jugement de Tokyo*, p. 445 : « « if such a person had, or should, but for negligence or supineness, have had such knowledge he is not excused for inaction ».

²⁰²⁶ SCPI, art. 28 para. 1 a) i) et para. 1 b) i) : le supérieur hiérarchique « savait (...) que ses forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ».

²⁰²⁷ CPI, *Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, décision de confirmation des charges*, 15 juin 2009, n°ICC-01/05-01/08, para. 430.

²⁰²⁸ *Ibid.* para. 431. La Cour reprend ici l'affaire TPIY, *Hadžihasanović*, jugement, 15 mars 2006, n°IT-01-47-T, para. 94.

²⁰²⁹ SCPI, art. 28 a) i).

commettaient ou allaient commettre une infraction internationale et celle du supérieur hiérarchique civile s'il « a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement »²⁰³⁰. Ces éléments moraux sont moins exigeants que celui reposant sur la connaissance effective car leur preuve est plus facile à rapporter par le procureur²⁰³¹. En effet, ces formes d'élément moral permettent de retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique même en l'absence de connaissance²⁰³², dès lors que cette ignorance provient d'un comportement fautif du supérieur²⁰³³. Or on l'a dit, toutes les erreurs ne sont pas nécessairement fautives. L'erreur, qu'elle soit de fait ou de droit n'est fautive que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire si un individu moyen, placé dans les mêmes conditions, n'aurait pas commis la même erreur²⁰³⁴. Cette appréciation *in abstracto* de l'erreur n'empêche cependant pas d'ajouter au modèle de référence des caractéristiques propres à l'individu, comme sa position de supérieur hiérarchique²⁰³⁵. Le test sera ainsi celui du supérieur hiérarchique raisonnable qui, placé dans la même situation que l'accusé, aurait commis la même erreur²⁰³⁶. Il faut alors vérifier si les deux formes de connaissances sont compatibles avec la possible admission d'une erreur raisonnable.

579. Compatibilité entre la négligence et l'admission d'une erreur. D'une part, le supérieur militaire est responsable pour ne pas avoir exercé son pouvoir de contrôle effectif des subordonnés, s'il « savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir » que ces derniers commettaient ou allaient commettre des infractions internationales²⁰³⁷, ce qui a été interprété par la Cour pénale internationale comme renvoyant à une forme de négligence²⁰³⁸. Cela pourrait conduire à estimer que cette forme d'élément moral n'est pas compatible avec une erreur, cette

²⁰³⁰ SCPI, art. 28 b) i).

²⁰³¹ ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *Les Cahiers du droit*, vol. 49, 2008 n°3, p. 421 : « la norme déterminante est la norme la plus basse ou, autrement dit, la norme la plus facile à prouver pour le procureur. En pratique, la norme consistant le plus bas dénominateur commun risque en effet de prendre le pas sur les autres normes, le procureur n'ayant aucun avantage à se limiter à une règle plus astreignante et donc plus risquée ».

²⁰³² SCHABAS W., *Genocide in international law*, C.U.P., 2^{ème} éd., 2009, p. 362 : « *Command responsibility [implicates] the commander in the absence of proof of knowledge* » (la responsabilité du supérieur hiérarchique confond le commandant en l'absence de preuve de la connaissance) ; MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, p. 345 : « en d'autres termes, l'ignorance réelle des faits n'est pas nécessairement une excuse ».

²⁰³³ ZAKR N., « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux », *R.I.D.R.*, 2002, vol. 73, p. 69.

²⁰³⁴ Sur les conditions de l'erreur fautive v. *supra* n°112.

²⁰³⁵ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 273.

²⁰³⁶ Dans le même sens v. ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », précité, p. 426.

²⁰³⁷ SCPI, art. 28 para. a) i).

²⁰³⁸ CPI, *Bemba, confirmation des charges*, para. 429.

dernière contribuant au contraire à établir la négligence en montrant que l'individu a manqué de diligence²⁰³⁹. Or si l'appréciation de l'erreur à l'aune du comportement de la personne raisonnable conduit à démontrer qu'un supérieur hiérarchique raisonnable aurait lui aussi commis l'erreur, la négligence ne pourrait pas être retenue. Il faudra dans ce cas démontrer que les circonstances factuelles étaient telles qu'un supérieur hiérarchique militaire raisonnable se serait lui aussi trompé sur ces circonstances et n'aurait donc pas non plus compris que ses subordonnés allaient commettre ou commettaient des infractions internationales. Cette possibilité d'admettre qu'une erreur de fait puisse empêcher d'établir la négligence est reconnue tant par les auteurs français à propos des infractions non-intentionnelles²⁰⁴⁰ – pour lesquelles le droit français n'opère pas de distinction entre l'imprudence et la négligence²⁰⁴¹ – que par les auteurs anglo-saxons à propos des infractions nécessitant la preuve d'une négligence²⁰⁴² – qui se distingue dans leurs systèmes de l'imprudence²⁰⁴³ –. Il est donc possible, conformément à ce qu'exige l'article 32 du Statut de Rome, que l'erreur fasse disparaître l'élément moral compris ici comme la négligence.

580. Possibilité d'admission de l'erreur de fait au bénéfice du supérieur hiérarchique militaire. La négligence a au demeurant été précisée par la jurisprudence. Les juges de la Cour pénale internationale estiment en effet que l'article 28 du Statut de Rome impose au supérieur militaire de prendre « l'initiative de mettre en place les mesures nécessaires pour s'informer sur le comportement de ses troupes et de se renseigner, indépendamment de la disponibilité ou non d'informations à ce moment-là, sur la commission du crime »²⁰⁴⁴. Cela suppose ainsi au préalable que le supérieur ait mis en place lesdites mesures. Une fois ces mesures prises, c'est donc par rapport aux renseignements qui lui sont transmis que le supérieur hiérarchique tire sa

²⁰³⁹ CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, para. 395.

²⁰⁴⁰ *Ibid.* au sujet de l'erreur de fait : « en ce qui concerne les infractions d'imprudence, il conviendrait de relaxer l'individu victime d'une *erreur légitime*, c'est-à-dire d'une méprise qui, compte tenu des circonstances, aurait été partagée par le bon père de famille normalement diligent » (ce sont les auteurs qui soulignent).

²⁰⁴¹ L'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal prévoit en effet qu'il « y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ».

²⁰⁴² ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017, p. 109 : « *where a particular offence requires only negligence in respect of an element of the actus reus, then the mistake must be a reasonable one if it is to negative negligence* » (lorsqu'une infraction particulière requiert une simple négligence à propos d'une composante de l'élément matériel, l'erreur doit être raisonnable pour supprimer la négligence); CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 223: « *[mistake of fact] would not negate a crime with a lower mental state, such as negligent homicide, if it could not be shown that the mistake, though genuine, was not reasonable* » (l'erreur de fait ne remettrait pas en cause un crime disposant d'un élément moral moins strict, comme l'homicide par négligence, s'il ne pourrait pas être montré que l'erreur, quoique sincère, n'était pas raisonnable).

²⁰⁴³ Sur cette distinction v. *supra* n°118.

²⁰⁴⁴ CPI, *Bemba, confirmation des charges*, para. 433.

connaissance d'infractions en cours ou sur le point d'être commises par ses subordonnés. Si aucun renseignement n'est transmis, aucune négligence ne peut être reprochée au supérieur militaire puisqu'il aura fait ce qu'il fallait pour chercher à se renseigner sur l'attitude de ses subordonnés. En revanche, si des renseignements lui parviennent, il se peut qu'il se trompe à leur sujet. L'erreur potentielle serait donc ici une erreur de fait, qui porterait sur les renseignements factuels relatifs au comportement des troupes. En se trompant sur l'interprétation des informations obtenues, le supérieur hiérarchique militaire pourrait ne pas avoir connaissance des exactions en cours ou sur le point de se commettre. Pour admettre une telle erreur de fait à son bénéfice, il faudra cependant vérifier si, en cherchant à s'informer sur le comportement des subalternes, un supérieur hiérarchique raisonnable aurait également commis une telle erreur. S'il ne se serait pas mépris sur les renseignements obtenus, l'erreur de fait ne pourra pas être qualifiée de raisonnable et, partant, ne pourra pas être admise au bénéfice du supérieur hiérarchique militaire. À l'inverse, si le supérieur hiérarchique militaire raisonnable se serait lui aussi trompé sur les informations obtenues, l'on ne pourra dans ce cas pas reprocher de négligence au supérieur hiérarchique militaire. Le TPIY l'admettait déjà en affirmant que « si un commandant a exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui »²⁰⁴⁵. Contrairement aux hypothèses de responsabilité directe²⁰⁴⁶, il n'est pas question de vérifier ici si le supérieur hiérarchique a connaissance du contexte global dans lequel il évolue, mais bien uniquement s'il a connaissance du comportement précis de ses troupes, ce qui explique qu'une erreur de fait puisse être éventuellement admise.

581. Difficulté d'admission d'une erreur de droit à l'égard du supérieur hiérarchique militaire. Une comparaison avec le supérieur hiérarchique militaire raisonnable conduit en revanche à considérer qu'une erreur de droit ne sera que très difficilement retenue à l'égard d'un supérieur hiérarchique militaire car ce dernier est supposé connaître le contenu des règles de droit relatives notamment à la guerre²⁰⁴⁷. Le supérieur militaire qui ne s'est pas tenu informé de ces règles ne pourra ainsi pas invoquer avec succès une erreur de droit dans la mesure où un supérieur militaire raisonnable se serait quant à lui informé. La jurisprudence retenant que

²⁰⁴⁵ TPIY, *Le procureur c. Tihomir Blaskić*, jugement, 3 mars 2000, n°IT-95-14-T, para. 332.

²⁰⁴⁶ Sur ces hypothèses v. *supra* n°568 et s.

²⁰⁴⁷ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, p. 273: « a commanding officer is supposed to know the content of the rules of war ».

l'erreur de droit porte sur une erreur sur la signification sociale des termes de la règle de droit²⁰⁴⁸, il semble au demeurant possible de dire qu'un supérieur militaire raisonnable connaît nécessairement ce sens courant. Par conséquent, l'erreur de droit ne paraît pas pouvoir supprimer la négligence du supérieur hiérarchique militaire et donc l'exonérer de sa responsabilité.

582. Difficulté d'admission de l'erreur de fait du supérieur hiérarchique civil. D'autre part, le supérieur civil est quant à lui responsable pour ne pas avoir exercé son pouvoir de contrôle effectif des subordonnés s'il savait « ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui [...] indiquaient clairement » que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre des infractions internationales²⁰⁴⁹, ce qui constitue un élément moral plus exigeant que celui relatif au supérieur militaire²⁰⁵⁰. La simple négligence n'est en effet pas suffisante à caractériser l'élément moral ici puisqu'il faut une négligence délibérée, qui se rapproche de l'imprudence consciente²⁰⁵¹ ou de l'aveuglement volontaire²⁰⁵². La responsabilité du supérieur hiérarchique civil est ainsi plus difficile à engager, ce qui s'explique par le fait que le supérieur civil n'est pas soumis à des obligations de connaissance, contrairement au supérieur militaire²⁰⁵³. Le TPIR, reprenant l'article 28 du Statut de Rome, a précisé que le supérieur hiérarchique civil n'est pas soumis à un « devoir d'être informé de chacune des activités menées par les diverses personnes placées sous son contrôle »²⁰⁵⁴. Le supérieur hiérarchique civil n'est ainsi pas soumis à un devoir de connaissance mais n'en doit pas moins agir si des informations lui indiquent clairement que ses subalternes commettent ou vont commettre des exactions. Dans le cas contraire, il lui est reproché d'avoir choisi de ne pas tenir compte de ces informations et de ne pas intervenir²⁰⁵⁵. Contrairement à ce qui prévalait devant le TPIY, qui se contentait d'une

²⁰⁴⁸ CPI, *Lubanga, décision sur la confirmation des charges*, précité, para. 316.

²⁰⁴⁹ SCPI, art. 28 para. b) i).

²⁰⁵⁰ DE HERT P. et al., *Code of international criminal law and procedure annotated*, Larcier, 2013, p. 166.

²⁰⁵¹ SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P, 2010 p. 617 : « the concept of 'consciously disregarding information' amounts to a form of recklessness »; VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, p. 473.

²⁰⁵² ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *op. cit.*, p. 425 ; MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in CHIAVARIO M. (ss. dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 306.

²⁰⁵³ Sur ce point v. *supra* n°575 et s.

²⁰⁵⁴ V. notamment TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, 21 mai 1999, n°ICTR-95-1-T, para. 228.

²⁰⁵⁵ WILLIAMSON J. A., « Some considerations on command responsibility and criminal liability », *International review of the Red Cross*, 2008, vol. 90, n°870, p. 308: en présence des informations, le supérieur hiérarchique civil « chose not to consider or act upon it ».

possibilité de commission d'une infraction internationale²⁰⁵⁶, les informations à disposition du supérieur civil doivent indiquer avec certitude que des infractions internationales sont en train ou sur le point d'être commises²⁰⁵⁷. Les exigences relatives à l'élément moral du supérieur hiérarchique civil sont ainsi plus strictes que celles relatives au supérieur militaire mais, paradoxalement, une erreur de fait ne paraît pas pouvoir être mise en œuvre à son égard. En effet, si des informations « indiquaient clairement », c'est-à-dire de façon évidente, explicitement²⁰⁵⁸, la commission d'infractions internationales en cours ou à venir par les subordonnés, cela suggère qu'un supérieur hiérarchique raisonnable, placé dans les mêmes conditions, ne se serait pas mépris sur ces informations. Difficile alors pour le supérieur hiérarchique d'arguer qu'il s'est trompé sur les circonstances, bref d'invoquer avec succès une erreur de fait.

583. Difficulté d'admission de l'erreur de droit du supérieur hiérarchique civil. La formulation de l'article 28 du Statut de Rome paraît se concentrer sur des circonstances de fait indiquant clairement la commission en cours ou à venir d'infractions internationales par des subordonnés. En effet, ces informations semblent faire référence à des détails relatifs aux comportements des subalternes et pas à des éléments légaux. Aussi, il ne paraît s'agir que de circonstances de fait, qui n'ont donc aucun effet sur l'admission d'une erreur de droit. Ce n'est pas dire pour autant qu'une erreur de droit sera permise au supérieur hiérarchique civil. Cette fonction place en effet l'individu dans une position de sachant, qui le conduit à devoir connaître les normes légales applicables à sa situation. L'erreur de droit paraît ainsi difficile à caractériser à l'égard du supérieur hiérarchique civil.

²⁰⁵⁶ V. notamment TPIY, *Čelebići*, arrêt, 20 fév. 2001, n° IT-96-21-A, para. 238 : « Le simple fait de démontrer qu'un supérieur disposait de certaines informations générales, de nature à le mettre en garde contre d'éventuels agissements de ses subordonnés, suffirait à établir qu'il « avait des raisons de savoir » » (nous soulignons) ; TPIR, *Le procureur c. Ignace Bagilishema*, arrêt, 13 déc. 2002, n° ICTR-95-1A-A, para. 28 : « [*the 'had reasons to know' standard*] merely requires that the Chamber be satisfied that the accused had some general information in his possession, which would put him on notice of possible unlawful acts by his subordinate » (le standard du "avait des raisons de savoir" requiert simplement que la Chambre puisse s'assurer que l'accusé avait des informations générales en sa possession, qui l'auraient alerté des possibles actes illégaux commis par ses subordonnés) (nous soulignons).

²⁰⁵⁷ WILLIAMSON J. A., « Some considerations on command responsibility and criminal liability », précité, p. 308 : « *an element of certainty rather than possibility vis-à-vis the commission of the crimes will therefore have to be met under the ICC Statute for non-military superiors* » ; dans le même sens v. De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, qui s'interroge sur ce point p. 411. *Contra* LAUCCI C., « Article 28 – Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1116 ; SCHABAS W., *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, précité, p. 617.

²⁰⁵⁸ Synonymes de « clairement », *Dictionnaire de français Larousse*, éd. 2021.

584.Bilan. La responsabilité du supérieur hiérarchique militaire peut être retenue s'il a été négligent tandis que la responsabilité du supérieur hiérarchique civil exige un aveuglement volontaire. Par conséquent, une erreur de fait peut éventuellement être admise pour exonérer un supérieur hiérarchique militaire, dès lors qu'un supérieur militaire raisonnable, placé dans les mêmes conditions, aurait commis la même erreur. Cette erreur de fait ne paraît en revanche pas pouvoir être admise s'agissant d'un supérieur hiérarchique civil car un supérieur civil raisonnable, placé dans les mêmes conditions, aurait interprété correctement les informations indiquant clairement la commission en cours ou à venir d'exactions par ses subordonnés. L'erreur de droit n'est quant à elle pas permise au supérieur hiérarchique militaire dont la fonction lui impose de connaître les normes nationales et internationales applicables. Il en va de même s'agissant du supérieur hiérarchique civil dont on attend qu'il connaisse les normes applicables.

B- La connaissance, révélateur d'un comportement fautif

585.Connaissance comme élément de participation fautive. La position de dirigeant implique que l'individu est le mieux à même de connaître le contexte dans lequel il évolue et fait évoluer ses subalternes, ce que la jurisprudence n'a pas manqué de relever à plusieurs reprises pour caractériser l'élément de connaissance à l'encontre de plusieurs dirigeants²⁰⁵⁹. Or, le fait d'agir en ayant connaissance du contexte infractionnel permet de caractériser une participation volontaire fautive, forme de faute antérieure s'opposant à l'admission d'un motif d'exonération²⁰⁶⁰. C'est d'autant plus vrai lorsque le dirigeant fait partie des individus à l'origine de l'entreprise criminelle, c'est-à-dire lorsqu'il a contribué à échafauder le plan criminel commun, comme c'est le cas lorsqu'il lui est reproché une coaction indirecte²⁰⁶¹.

586.Obstacle possible à l'admission du trouble mental. La connaissance dont dispose le dirigeant pourrait toutefois être indifférente à l'admission d'un trouble mental, dès lors que celui-ci est suffisamment important pour empêcher le dirigeant de « comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi »²⁰⁶². Il a pu être considéré comme difficilement concevable qu'un individu dément se voit confier un rôle politique ou de stratégie militaire, bref qu'il soit placé dans une

²⁰⁵⁹ Sur ce point v. *supra* n°568 et s.

²⁰⁶⁰ Sur la faute antérieure v. *supra* n°113 et s.

²⁰⁶¹ Sur la coaction indirecte v. *supra* n°570.

²⁰⁶² *SCPI*, art. 31 para. 1 a).

position de dirigeant, amenuisant alors la vraisemblance du trouble mental à leur égard²⁰⁶³. Cela étant, rares sont les pathologies qui placent un individu dans un état constant de non-discernement, de sorte qu'un individu par exemple bipolaire ou schizophrène pourrait très bien se retrouver à la tête d'une entreprise, d'un bataillon, d'une armée ou même d'un État. Des études révèlent d'ailleurs que parmi les dirigeants les plus connus de l'Histoire, la quasi-totalité souffrait sans doute d'une pathologie mentale²⁰⁶⁴. Une psychopathie ou une psychose paranoïaque ont ainsi pu être diagnostiquées à Hitler par différents psychiatres²⁰⁶⁵ ou psychanalystes²⁰⁶⁶. Bref il est tout à fait envisageable qu'un individu en position de dirigeant souffre d'une maladie ou d'une déficience mentale. L'existence d'un tel trouble n'est toutefois que le point de départ du motif d'exonération, ce que les juges de l'affaire *Ongwen* ont bien compris, qui ont pris soin de vérifier en détail les cinq expertises menées avant de conclure que l'accusé, commandant d'une brigade de l'Armée de résistance du Seigneur en Ouganda, ne souffrait d'aucune maladie ou déficience mentale²⁰⁶⁷. Si ce motif d'exonération reçoit difficilement application à l'égard d'un dirigeant, c'est ainsi plus largement que les différentes pathologies dont peut souffrir un dirigeant n'emportent pas une absence de discernement constante. Or c'est l'attitude du dirigeant lorsqu'il est discernant qui viendra révéler son comportement fautif et empêcher l'admission du trouble mental. Ainsi, le dirigeant qui a connaissance des circonstances dans lesquelles s'inscrivent ses actes et qui contribue à l'existence de sa déficience ou maladie mentale, par exemple en refusant de se soigner, matérialise un comportement fautif qui s'opposera à l'admission du trouble mental²⁰⁶⁸. De même, continuer à exercer sa fonction de dirigeant et à prendre des décisions dans de telles circonstances pourrait constituer une faute contribuant à créer les conditions de réalisation du comportement répréhensible et, partant, à faire obstacle à l'admission du trouble mental.

²⁰⁶³ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », *International criminal law review*, 2002, vol. 2, p. 26 : « *if the Court is meant to take care of top level military and civilian leaders, as often proclaimed, the relevancy of insanity should, in my view, diminish further ; it appears hardly conceivable that a person may be put in charge of a strategic military or political role, while legally insane* » (si la CPI a été pensée pour juger les plus hauts dirigeants militaires et civils, comme c'est souvent proclamé, la pertinence du trouble mental devrait, à mon avis, s'amenuiser ; il apparaît difficilement concevable qu'une personne légalement démente se voit confier un rôle de stratégie militaire ou politique).

²⁰⁶⁴ V. notamment l'étude de LEMOINE P., *La santé psychique de ceux qui ont fait le monde*, Odile Jacob, 2019.

²⁰⁶⁵ V. par exemple GRANGEON M., « La voix : son Maître », *Essaim*, 2007, vol. 2, n°19, p. 183 et s.

²⁰⁶⁶ V. par exemple LANGER W. C., *The mind of Adlof Hitler – The secret wartime report*, Basic Books, 1972.

²⁰⁶⁷ CPI, jugement *Ongwen*, para. 2580.

²⁰⁶⁸ Sur la faute antérieure dans le trouble mental v. *supra* n°129.

587.Obstacle à l'admission de l'intoxication volontaire. De la même manière, la connaissance dont dispose le dirigeant peut faire obstacle à l'admission de l'intoxication volontaire prévue par l'article 31 du Statut de Rome. Cette dernière suppose en effet pour être reconnue que le dirigeant ne se soit pas volontairement intoxiqué dans des circonstances telles qu'il savait qu'il risquait – ou qu'il n'a pas tenu compte du risque – d'adopter un comportement contraire au Statut de Rome²⁰⁶⁹. Dès lors que le dirigeant se sait évoluer dans un contexte particulier d'agression, de conflit armé, génocidaire ou d'atteinte systématique contre la population civile, toute intoxication volontaire sera nécessairement faite en connaissance du risque d'adopter un comportement répréhensible. C'est sans doute ce qui fait dire à certains auteurs que l'intoxication volontaire ne pourra pas être admise à l'égard des dirigeants, organisateurs et planificateurs²⁰⁷⁰.

588.Intoxication volontaire et responsabilité du supérieur hiérarchique. En s'intoxiquant volontairement, le supérieur hiérarchique visé par l'article 28 du Statut de Rome prend le risque de ne plus pouvoir exercer son contrôle sur ses subordonnés et donc de ne plus pouvoir prendre les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'infraction²⁰⁷¹. Aussi, même si l'intoxication volontaire peut matériellement le conduire à ne plus disposer du contrôle effectif sur ses troupes, elle ne pourra, contrairement à l'intoxication involontaire²⁰⁷², constituer une cause de non-imputation en ce qu'elle résultera nécessairement d'une faute antérieure du dirigeant. L'intoxication volontaire paraît même illustrer la négligence du supérieur militaire qui « aurait dû savoir que [s]es forces commettaient ou allaient commettre des crimes »²⁰⁷³, ce qui se traduit par une obligation de chercher à s'informer²⁰⁷⁴. Le supérieur militaire raisonnable n'aurait en effet pas consommé ces substances et aurait donc été en mesure de s'informer sur le comportement de ses troupes²⁰⁷⁵.

²⁰⁶⁹ SCPI, art. 31 para. 1 b). Sur ces conditions v. *supra* n°115 et s.

²⁰⁷⁰ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012 p. 233 : « *it is unlikely that a court that was established to try a relatively small number of leaders, organizers and planners will be confronted with the intoxication plea* » (il y a peu de chance qu'une Cour établie pour juger un nombre relativement faible de dirigeants, organisateurs et planificateurs soit confrontée à la défense d'intoxication) ; BASSIOUNI Ch., *Crimes against humanity – Historical evolution and contemporary application*, C.U.P., 2011, p. 615 : « *[intoxication does not apply] to those who originate orders or those who give them because they are part of a group of decision-makers* » (l'intoxication ne s'applique pas à ceux qui sont à l'origine des ordres ou à ceux qui les donnent car ils font partie du groupe des décideurs).

²⁰⁷¹ SCPI, art. 28 para. a) ii) et b) ii).

²⁰⁷² Sur ce point v. *supra* n°557.

²⁰⁷³ SCPI, art. 28 para. a) i).

²⁰⁷⁴ CPI, *Bemba, confirmation des charges*, précité, para. 433.

²⁰⁷⁵ Sur l'appréciation de la négligence du supérieur militaire au regard du supérieur militaire raisonnable v. *supra* n°581.

Le même raisonnement ne peut cependant pas être repris pour caractériser la négligence du supérieur civil, qui impose de vérifier qu'il a « délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement »²⁰⁷⁶ et requiert donc un aveuglement volontaire, c'est-à-dire un choix du supérieur de ne pas prendre en compte ces informations²⁰⁷⁷. L'intoxication volontaire ne caractérise pas cet aveuglement volontaire, sauf à considérer que le supérieur civil a préféré s'intoxiquer volontairement plutôt que de gérer ces informations. Dans le cas contraire, l'intoxication volontaire ne servira pas à caractériser la négligence délibérée du supérieur civil. Cela étant, le fait d'avoir choisi de s'intoxiquer dans un contexte dont il a connaissance l'empêchera de se prévaloir efficacement de l'intoxication volontaire comme motif d'exonération car c'est bien lui qui aura créé les conditions de son incapacité à prendre des mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer la commission d'une infraction par ses subordonnés.

589. Tempérament de l'obstacle à l'admission de l'intoxication volontaire. Un auteur considère cependant que l'on ne peut pas écarter la possibilité qu'un dirigeant militaire ou civil soit constamment sous sédatifs, sous l'influence de drogues ou souffre d'alcoolisme²⁰⁷⁸. La question renvoie à celle, déjà évoquée, des effets prévisibles de la substance ingérée²⁰⁷⁹. S'il y a un risque que cette dernière conduise à un comportement agressif, imprévisible ou incontrôlable, l'exonération par l'intoxication volontaire ne pourra alors pas prospérer à l'égard du dirigeant, ce qui sera le cas pour l'alcool et de nombreuses drogues, dont les effets sont connus²⁰⁸⁰. En consommant ces substances en connaissance du contexte, le dirigeant prend en effet le risque d'adopter un comportement répréhensible. En revanche, si la substance n'a pas pour effet connu de conduire à ce type de comportement, par exemple parce que son but est de calmer l'individu, le comportement qui en résulterait de manière imprévisible pourrait conduire à admettre l'intoxication volontaire au bénéfice du dirigeant. Il est par exemple tout à fait possible qu'agissant dans un contexte conflictuel dont il a connaissance, un commandant voie

²⁰⁷⁶ SCPI, art. 28 para. b) i).

²⁰⁷⁷ Sur cette définition v. *supra* n°582.

²⁰⁷⁸ BANTEKAS I., *International criminal law*, Hart Publishing, 4^{ème} édition, 2010, p. 115 : « *one should not dismiss the possibility of a military or civilian leader that is constantly under sedation, the influence of drugs or is otherwise suffering from alcoholism* ».

²⁰⁷⁹ Sur ce point v. *supra* n°418.

²⁰⁸⁰ SCALIOTTI M., « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », *International criminal law review*, 2002, vol. 2, p. 36 qui adopte cette position uniquement pour l'alcool : « *a person usually takes a free and autonomous decision to drink alcohol and normally knows that this will affect his or her capacity of self-control and appreciation* » (en principe, l'individu prend librement et de manière autonome la décision de boire de l'alcool et sait que cela va affecter sa capacité de se contrôler et son appréciation).

sa faculté de se maîtriser annihilée par une prise de médicaments nécessaire à la guérison d'une blessure.

590.Bilan. En ce qu'elle révèle un comportement fautif qui peut s'analyser en faute antérieure, la connaissance dont dispose le dirigeant fait obstacle à la mise en œuvre d'une exonération fondée sur son intoxication volontaire. Dans une moindre mesure, elle pourra également faire obstacle à une exonération fondée sur le trouble mental, même s'il faut admettre que ce dernier est moins influencé par la position de dirigeant.

591.Conclusion de section. La position de dirigeant influe donc principalement négativement sur la mise en œuvre des motifs d'exonération. Ordre du supérieur, contrainte, état de nécessité, légitime défense, intoxication et trouble mental trouveront ainsi difficilement à s'appliquer à leur égard en raison de l'autorité et de l'initiative dont ils disposent. En revanche, ces mêmes composantes influencent positivement l'admission des représailles et de la nécessité militaire, dont la mise en œuvre paraît d'ailleurs leur être réservée. Le dirigeant étant présenté à l'opposé de l'exécutant, il faut désormais vérifier si cette opposition se manifeste dans l'influence que la position d'exécutant peut ou devrait exercer sur la mise en œuvre des motifs d'exonération.

Section 2 : L'influence de la position d'exécutant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération

592.Définition de l'exécutant. Contrairement au vocabulaire relatif au subordonnant, le vocabulaire permettant de désigner le subordonné est unique : au dirigeant s'oppose l'exécutant²⁰⁸¹. Ce dernier est ainsi l'individu se situant au stade de la réalisation de l'ordre, c'est-à-dire au stade « auquel est exécuté l'ordre reçu, sans que sa réalisation ne dépende de la transmission à un ordre inférieur. Ceci ne signifie pas que ce soit forcément le dernier échelon tout en bas de la hiérarchie qui doive nécessairement être l'exécutant. Un ordre peut en effet être exécuté, en fonction de son contenu et des responsabilités de chacun, à n'importe quel

²⁰⁸¹ Tous les auteurs cités pour illustrer la diversité du vocabulaire relative au subordonnant emploient l'expression V. les auteurs cités *supra* n°541-542.

niveau de la hiérarchie »²⁰⁸². La position d'exécutant, sans être exonératoire par elle-même²⁰⁸³, induit malgré tout une certaine infériorité qui exerce une influence sur l'admission des motifs d'exonération. Parmi ces derniers, la définition de l'exécutant retenue conduit à devoir réserver une place particulière à l'ordre du supérieur car il est le seul motif d'exonération qui ne peut s'envisager que dans une relation hiérarchique. L'article 33 du Statut de Rome exige en effet que l'individu ait eu l'obligation légale d'obéir à l'ordre, ce qui ne peut être établi que dans une hiérarchie structurée par les autorités officielles du pays²⁰⁸⁴. Sa mise en œuvre requiert ainsi une relation strictement verticale au sein de la hiérarchie, de subordonnant à subordonné, ce qui n'est pas le cas des autres motifs d'exonération, lesquels peuvent s'affranchir de toute hiérarchie. Aussi, l'étude de l'influence de la position d'exécutant sur l'admission de l'ordre du supérieur (Paragraphe 1) doit-elle être distinguée de l'étude des motifs d'exonération indépendants de tout rapport hiérarchique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'influence de la position d'exécutant sur la mise en œuvre de l'ordre du supérieur

593. Champ d'application de l'ordre du supérieur. L'ordre du supérieur a été expressément consacré comme motif d'exonération par le Statut de Rome, à rebours de la pratique jurisprudentielle des statuts des juridictions pénales internationales qui l'ont précédé²⁰⁸⁵. Il peut donc être mis en œuvre de manière autonome devant la Cour pénale internationale (A) et peut également permettre à certains motifs d'exonération en principe non-admissibles au bénéfice d'un exécutant de jouer un rôle indirect (B).

²⁰⁸² CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J., 2006, p. 704. V. aussi LIWERANT O. S., « Chapitre 17 – Les exécutants », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (ss. dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 1ère éd., 2000, p. 212.

²⁰⁸³ Dans le même sens v. MALABAT V., « La responsabilité pénale interne et internationale du subordonné », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 25 ; VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal*, précité, p. 418.

²⁰⁸⁴ L'exigence d'une obligation légale fondant le devoir d'obéir du subordonné impose en effet d'exclure du champ d'application de l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome les groupements de faits qui peuvent se créer et s'organiser selon une certaine hiérarchie. Cela exclut aussi l'admission de l'ordre du supérieur lorsque la relation hiérarchique est fondée non plus sur la loi mais sur un contrat, par exemple un contrat de travail. Sur ces développements v. *supra* n°163.

²⁰⁸⁵ Sur l'évolution de l'ordre du supérieur en tant que motif d'exonération v. *supra* n°15 à 17.

A- La mise en œuvre autonome de l'ordre du supérieur

594. Autonomie de l'ordre du supérieur par rapport à la contrainte. L'ordre du supérieur a été le motif d'exonération le plus souvent invoqué devant les tribunaux militaires d'occupation chargés de poursuivre l'œuvre de justice entreprise à Nuremberg²⁰⁸⁶. Son effet exonératoire était expressément exclu par le Statut de Nuremberg, repris par la Loi de contrôle n°10²⁰⁸⁷ mais il a été appréhendé comme un élément de fait servant à l'établissement éventuel d'autres motifs d'exonération, particulièrement de la contrainte ou de l'erreur de droit²⁰⁸⁸. Sa consécration par le Statut de Rome en fait désormais un motif d'exonération à part entière, qui peut donc être mis en œuvre de façon autonome. Il doit ainsi être distingué de la contrainte. En effet, l'ordre du supérieur implique certes une obligation d'exécuter l'ordre mais l'individu peut et même doit refuser d'obéir s'il sait que l'ordre est illégal ou si l'ordre est manifestement illégal. Il y a alors une différence d'intensité entre le caractère contraignant de l'ordre et la véritable contrainte irrésistible qui supprime la liberté de choisir. Lorsque l'ordre du supérieur est admis en tant que motif d'exonération, c'est parce que l'individu ne savait pas qu'il devait effectuer un choix tandis qu'en présence d'une contrainte, il ne peut faire autrement que commettre l'acte²⁰⁸⁹. En cas de contrainte, peu importe alors que l'individu sache que ce qu'on exige de lui est illégal et peu importe également que l'acte imposé soit manifestement illégal puisqu'il avait perdu sa liberté. L'ordre du supérieur ne peut par ailleurs s'exercer qu'au sein d'un système hiérarchique officiellement organisé et toujours verticalement, du subordonnant au subordonné. La contrainte s'affranchit à l'inverse de toute notion de hiérarchie, de sorte que si elle peut, factuellement, exister au sein d'une relation hiérarchique – dans laquelle elle pourra s'exercer du subordonnant au subordonné et réciproquement ou entre personnes d'un même rang hiérarchique – elle peut également survenir en dehors de toute hiérarchie. Le Juge Cassese résume parfaitement la situation dans son opinion individuelle de l'affaire *Erdemović* : « les ordres émis par un supérieur peuvent l'être sans être accompagnés d'aucune sorte de menace

²⁰⁸⁶ *L.R.T.W.C.*, vol. XV, p. 157 : « *The plea of superior orders has been raised by the Defence in war crime trials more frequently than any other* ».

²⁰⁸⁷ *Statut de Nuremberg*, art. 8 ; *Loi n°10 du Conseil de contrôle interallié en Allemagne*, art. II para. 4 b).

²⁰⁸⁸ Cette position est particulièrement claire dans l'affaire *Erdemović*. V. *Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah*, para. 34 : « Nous souscrivons à l'idée que l'obéissance aux ordres supérieurs n'est pas un moyen de défense en soi mais constitue plutôt un élément matériel qui peut être pris en compte, en conjonction avec d'autres circonstances de l'affaire, pour évaluer si les moyens de défense invoquant la contrainte ou l'erreur matérielle sont ou non fondés ».

²⁰⁸⁹ Sur l'absence de conscience d'un choix à effectuer dans l'ordre du supérieur v. *supra* n°80. Sur l'absence de liberté caractéristique de la contrainte v. *supra* n°77.

sur la vie ou sur l'intégrité physique »²⁰⁹⁰ et inversement, « la contrainte peut être soulevée tout à fait indépendamment de celle des ordres donnés par un supérieur, par exemple dans les cas où la menace émane d'un autre soldat de même rang »²⁰⁹¹. Il faut cependant convenir que l'ordre du supérieur entretient des liens avec la contrainte²⁰⁹², ce que la jurisprudence pénale internationale n'a pas manqué d'observer²⁰⁹³. Plus précisément, l'ordre du supérieur peut se muer en contrainte si la pression exercée par le subordonnant finit par supprimer toute liberté de choisir. L'on passe alors de l'ordre du supérieur à la contrainte, pour laquelle il faudra étudier l'influence que peut exercer la position d'exécutant²⁰⁹⁴.

595. Difficulté d'appréciation de la légalité de l'ordre. L'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome conserve en revanche un lien structurel avec l'erreur de droit puisqu'il repose sur une appréciation erronée de la légalité de l'ordre reçu. L'article 33 exige en effet que l'individu ne sache pas que l'ordre était illégal²⁰⁹⁵. La position d'exécutant rend alors la survenance d'une erreur sur cette légalité plus probable car l'individu ne dispose en principe pas de suffisamment d'informations sur le contexte exact dans lequel il est amené à exécuter les ordres reçus. Le TPIY, lorsqu'il s'est adonné à l'étude de l'ordre du supérieur dans la jurisprudence des tribunaux militaires postérieurs au Tribunal de Nuremberg, avait ainsi déjà observé que ces derniers avaient « eu tendance à faire preuve de plus de clémence dans les cas où l'accusé, soulevant l'excuse de l'ordre supérieur, occupait un rang peu élevé dans la hiérarchie militaire ou civile »²⁰⁹⁶. C'est d'autant plus vrai pour l'exécutant militaire évoluant au sein d'un conflit car à son manque de connaissance peut s'ajouter une nécessité d'exécution rapide des ordres. C'est ce qui fait dire à un auteur que « vouloir exiger de lui qu'il examine la légalité de chaque ordre reçu est impraticable car le soldat ne sera souvent pas en possession des informations nécessaires à un tel raisonnement, sans compter les risques courus par la troupe entière dans de telles circonstances suite à des délais d'obéissance ou des risques d'erreurs

²⁰⁹⁰ *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, précité, para. 15.

²⁰⁹¹ *Ibid.*

²⁰⁹² TRIFFTERER O., « Article 33- Superior orders and prescription of law », in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2^{ème} éd., 2008, p. 928.

²⁰⁹³ V. notamment TPIY, *Le procureur c. Miroslav Bralo*, jugement, 7 déc. 2005, n°IT-95-17-S, 53, approuvé en appel, 2 avril 2007, n°IT-95-17-A, para. 22 : « Si la contrainte ne se ramène pas forcément à l'obéissance aux ordres des supérieurs, la Chambre d'appel observe que ces deux notions renvoient souvent aux mêmes éléments de fait, ce qui n'a pas échappé à la Chambre de première instance qui a conclu que « [l]a contrainte et l'obéissance aux ordres des supérieurs sont deux concepts distincts, mais liés » ».

²⁰⁹⁴ Sur ce point v. *infra* n°606 et s.

²⁰⁹⁵ SCPI, art. 33 para. 1 b). Sur cette condition v. *supra* n°166 et s.

²⁰⁹⁶ TPIY, jugement *Erdemović*, para. 53.

d'appréciation »²⁰⁹⁷. La licéité de certains comportements diffère de plus suivant les circonstances, ce dont l'exécutant n'aura potentiellement pas connaissance, notamment au cours d'un conflit armé durant lequel il est censé pouvoir faire confiance à son supérieur²⁰⁹⁸. Par exemple, l'article 8 du Statut de Rome incrimine au titre du crime de guerre le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des civils, sauf s'ils participent directement aux hostilités²⁰⁹⁹. Il est alors tout à fait imaginable que des soldats appelés en renfort doivent exécuter l'ordre d'attaquer sans pouvoir prendre le temps de vérifier que les civils en question participent réellement aux hostilités²¹⁰⁰.

596. Obligation de désobéir pesant sur l'exécutant. Les difficultés possibles d'apprécier la légalité de l'ordre reçu ne doivent cependant pas occulter l'obligation pour l'exécutant de vérifier, dans la mesure du possible, la légalité de l'ordre²¹⁰¹. S'il découvre que l'ordre est illégal, il doit alors y désobéir. Il en va de même en présence d'un ordre manifestement illégal, donc d'un ordre dont l'illégalité, connue de tous, doit l'être également de l'exécutant. Le TPIY a d'ailleurs affirmé clairement qu'en présence d'un tel ordre, l'obligation d'obéissance pesant sur l'exécutant « devrait même se muer en devoir de désobéissance »²¹⁰². Le Comité international de la Croix-Rouge confère un caractère coutumier à ce devoir²¹⁰³. L'obligation de désobéir serait ainsi « le contrepoint essentiel à l'obligation d'obéir à l'ordre légal »²¹⁰⁴.

²⁰⁹⁷ CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, précité, p. 708, citant OSIEL, M. J., *Obedying orders : atrocity, military discipline and the law of war*, Transaction Publishers, 2002, p. 64.

²⁰⁹⁸ MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, p. 359 : « Il est censé, dans une certaine mesure, pouvoir se reposer sur l'appréciation de son supérieur dans le cadre d'ordres non manifestement illicites » ; ZAHAR A., « Superior orders » in CASSESE A., *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 526 : « a soldier is, in effect, trained to presume that superior orders are lawful » (le soldat est entraîné à présumer que les ordres de son supérieur sont légaux).

²⁰⁹⁹ SCPI, art. 8 para. 2 b) i) : « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités ».

²¹⁰⁰ Dans le même sens v. CURRAT P., *op. cit.*, p. 710 prenant l'exemple de l'ordre de tuer qui « peut être parfaitement légal s'il concerne des combattants ennemis (...). La légalité de l'ordre dépendra ainsi grandement de son contexte et des circonstances dont l'exécutant n'aura pas forcément connaissance ». V. aussi MAISON R., *op. cit.*, p. 359 : « la licéité de certains actes de guerre (crimes de guerre) dépend parfois des circonstances qui ont entouré leur commission, circonstances dont l'exécutant peut ne pas avoir pleinement connaissance ».

²¹⁰¹ LIWERANT O. S., « Chapitre 17 – Les exécutants », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (ss. dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 1^{ère} éd., 2000, p. 215 ; MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », *op. cit.*, p. 323-324.

²¹⁰² TPIY, *Erdemović*, jugement (ou arrêt) précité para. 18.

²¹⁰³ « base de données sur le droit international humanitaire », C.I.C.R., Règle 154 (disponible à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule154).

²¹⁰⁴ CURRAT P., *op. cit.*, p. 711.

597. Absence de mise en œuvre de l'ordre du supérieur en cas de soumission volontaire.

L'ordre du supérieur est par ailleurs exclu toutes les fois que l'exécutant est d'accord avec l'ordre donné, c'est-à-dire toutes les fois qu'il adhère à l'ordre qu'il exécute. Les juges du procès *Einsatzgruppen* l'avaient déjà clairement affirmé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale : le subordonné qui accepte les ordres criminels et les exécute avec une malveillance personnelle ne peut pas plaider l'ordre du supérieur comme circonstance atténuante²¹⁰⁵. Les juges du TPIY ont par la suite repris l'argument et considéré que « si l'ordre n'a eu aucune influence sur le comportement illégal, puisque l'accusé était déjà disposé à l'exécuter, il n'y a pas alors de circonstance atténuante à ce titre »²¹⁰⁶. Notons que les juges des deux tribunaux évoqués se prononcent sur la mise en œuvre de l'ordre du supérieur en tant que circonstance atténuante, ce qui est cohérent au vu de leurs statuts qui excluent expressément l'ordre du supérieur comme motif d'exonération²¹⁰⁷. L'argument vaut toutefois de la même manière à propos de l'ordre du supérieur consacré comme motif d'exonération par le Statut de Rome et renvoie à la question de la soumission volontaire, déjà évoquée à propos du dirigeant²¹⁰⁸. Or les conflits yougoslaves et rwandais ont montré que bon nombre d'exécutants ont exercé leurs tâches funestes avec beaucoup de zèle et d'inventivité dans l'art de faire du mal. Une étude criminologique sur les violences commises en ex-Yougoslavie explique à ce sujet que parmi les exécutants, « plus ou moins zélés, plus ou moins loyaux, plus ou moins convaincus, se trouvent *in fine* des individus qui montrent de l'enthousiasme et du zèle, qui ajoutent le sadisme et la cruauté à l'horreur »²¹⁰⁹. À l'instar du dirigeant, si l'exécutant apporte son concours enthousiaste à l'ordre qu'il accomplit, l'ordre du supérieur ne pourra pas être mis en œuvre, principalement parce que dans ce cas l'exécutant sait que l'ordre qu'il accomplit est illégal. Il peut cependant en aller différemment lorsque l'ordre porte sur un acte de représailles ou de nécessité militaire, dont l'ordre du supérieur sera le vecteur.

²¹⁰⁵ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, précit, p. 470-471 : « *the subordinate is bound only to obey the lawful orders of his superiors and if he accepts a criminal order and executes it with a malice of his own, he may not plead superior order (in mitigation of his offense)* ».

²¹⁰⁶ TPIY, *Erdemović*, arrêt précité, para. 53.

²¹⁰⁷ *Statut de Nuremberg*, art. 8 : « 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 » ; *STPIY*, art. 7 para. 4.

²¹⁰⁸ Sur ce point v. *supra* n°551 et s.

²¹⁰⁹ THYS P., « Contribution à l'étude des violences extrêmes : le criminel de guerre actuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 2004, vol. 57, n°4, p. 489.

B- L'ordre du supérieur, vecteur d'influence de motifs d'exonération

598. Données du problème. L'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome repose sur un ordre illégal, dont l'illégalité ne doit pas être manifeste ni connue de l'exécutant qui se prévaut du motif d'exonération. Dès lors qu'il remplit ces deux conditions, l'ordre peut porter sur n'importe quel objet, ce qui permet au motif d'exonération de prendre en compte pléthore d'ordres. Parmi eux, deux suscitent l'intérêt ici en ce qu'ils peuvent également constituer des motifs d'exonération autonomes. L'ordre donné peut en effet porter sur une mesure de représailles ou de nécessité militaire. Parce que ces deux motifs d'exonération ne peuvent pas être mis en œuvre directement à l'égard d'un exécutant, l'ordre du supérieur agit alors comme un vecteur permettant leur prise en compte.

599. Impossible mise en œuvre des représailles et de la nécessité militaire à l'égard de l'exécutant. Les représailles exigent en effet, au titre de leurs conditions d'application, d'être décidées à l'échelon politique ou militaire le plus élevé, ce qui implique qu'elles ne peuvent être admises qu'à l'égard d'un dirigeant²¹¹⁰. La restriction se comprend dans la mesure où, contrairement au dirigeant, l'exécutant ne dispose pas de l'autorité suffisante pour prendre une telle décision ni pour envoyer un avertissement officiel à l'ennemi. Sa position de subalterne l'empêche également d'avoir connaissance des circonstances précises du conflit, donc de savoir si le recours aux représailles est justifié ou si la mesure décidée est une réaction proportionnée à la violation commise par l'adversaire. De la même façon, la nécessité militaire est réservée aux dirigeants car l'exécutant ne dispose pas de l'autorité et de la connaissance nécessaires pour décider ce qui est un objectif militaire ni quel acte est nécessaire à l'accomplissement de cet objectif²¹¹¹. C'est ainsi la position d'exécutant qui empêche l'individu de voir admettre la nécessité militaire à son bénéfice²¹¹².

600. Influence des représailles et de la nécessité militaire au travers de l'ordre du supérieur. Si les représailles et la nécessité militaire constituent, sous réserve que leurs conditions soient remplies, des motifs d'exonération pour le dirigeant, elles constituent des

²¹¹⁰ Sur ce point v. *supra* n°559 et s.

²¹¹¹ Sur l'admission de la nécessité militaire au bénéfice du dirigeant v. *supra* n°562 et s.

²¹¹² Dans le même sens, quoique de manière plus implicite, v. HAYASHI N., « Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law », *Boston University international law journal*, 2010, p. 100 : « *under certain circumstances, a person's reliance on military necessity may become invalid by virtue of his status alone* » (dans certaines circonstances, l'argument de la nécessité militaire peut devenir invalide en vertu du seul statut de la personne).

ordres pour l'exécutant. C'est en effet le plus souvent l'exécutant qui va accomplir l'acte ordonné en représailles ou pour atteindre un objectif militaire. Par exemple, le bombardement d'un entrepôt en réponse à une violation illicite des lois de la guerre par l'ennemi ou pour atteindre un objectif militaire particulier est certes ordonné par le dirigeant mais c'est en principe l'exécutant qui arme le canon et vise le bâtiment. Or, si les représailles ou la nécessité militaire sont admises comme motif d'exonération à l'égard du dirigeant, cela implique que l'ordre donné est légal. L'exécutant n'a donc pas exécuté un ordre illégal et sa responsabilité ne pourra pas non plus être engagée. Si les conditions des représailles ou de la nécessité militaire ne sont en revanche pas remplies, l'ordre donné à l'exécutant est alors illégal et c'est là que le recours à l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome prend tout son sens.

601. Ignorance de l'illégalité de l'ordre. L'exécutant qui reçoit l'ordre d'accomplir un acte fondé sur les représailles ou la nécessité militaire peut en effet raisonnablement penser que cet ordre est légal puisqu'il n'a pas la connaissance suffisante pour en apprécier les conditions. Il peut donc commettre une erreur sur la légalité de l'ordre. Si l'exécutant doit apprécier la légitimité de l'ordre qu'il reçoit²¹¹³, il ne peut le faire que dans la mesure du possible, notamment au regard de sa place dans la hiérarchie et des circonstances telles qu'elles lui apparaissent. Au sein de la hiérarchie militaire, une certaine forme de présomption de légalité de l'ordre peut au demeurant être reconnue²¹¹⁴, qui autorise l'exécutant à ne pas effectuer de recherches extensives sur la légalité de l'ordre reçu.

602. Ordre non manifestement illégal. L'exonération par ordre du supérieur ne peut toutefois pas être admise au bénéfice de l'exécutant si l'ordre d'accomplir un acte en représailles ou par nécessité militaire était manifestement illégal. Or, on l'a dit, le champ d'application de la nécessité militaire est discuté, notamment quant à la question de savoir si elle n'est possible que lorsqu'elle est expressément prévue pour certains crimes sous-jacents du crime de guerre de l'article 8 du Statut de Rome ou si elle est permise pour l'ensemble des crimes que l'article prévoit en vertu de l'article 31 paragraphe 1 c)²¹¹⁵. C'est par ailleurs

²¹¹³ LIWERANT O. S., « Chapitre 17 – Les exécutants », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (ss. dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 1ère éd., 2000, p. 215 ; MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », *op. cit.*, p. 323-324.

²¹¹⁴ LIWERANT O. S., « Chapitre 17 – Les exécutants », *op. cit.*, p. 215 ; De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, précité, p. 432. Sur la présomption de légalité de l'ordre v. *supra* n°167.

²¹¹⁵ Sur ce point v. *supra* n°189-190.

l'existence même des représailles en tant que motif d'exonération qui est controversée²¹¹⁶. De telles hésitations conduisent considérer que l'ordre n'est pas manifestement illégal. Il paraît en effet difficile d'affirmer, de manière générale, que le caractère illégal de l'ordre d'accomplir un acte en représailles ou par nécessité militaire est perceptible par tous lorsque juges et juristes ne parviennent pas à identifier avec certitude l'existence ou le champ d'application des règles fondant l'ordre. Les juges de la Cour pénale internationale apporteront sans doute un jour une réponse à ces épineuses questions mais, en attendant, elles demeurent irrésolues. Aussi l'ordre de commettre un acte en représailles ou par nécessité militaire ne peut-il être considéré comme manifestement illégal.

603.Exception en cas d'ordre de cibler des civils. Cela ne vaut cependant pas lorsqu'est donné l'ordre de prendre des civils pour cible. L'interdiction globale de prendre des civils pour cible directe paraît en effet ancrée dans les règles relatives tant à la nécessité militaire²¹¹⁷ qu'aux représailles²¹¹⁸, de sorte qu'il ne paraît y avoir aucun doute sur son existence. Toute personne, quelle qu'elle soit, comprendrait ainsi sans doute que l'ordre conduisant à violer cette interdiction est illégal. Aussi, l'exécutant qui obéit à un tel ordre, obéit à un ordre manifestement illégal, l'empêchant ainsi de bénéficier du motif d'exonération de l'article 33 du Statut de Rome.

604.Bilan. L'ordre du supérieur prévu par l'article 33 du Statut de Rome peut ainsi être le vecteur d'autres motifs d'exonération pourtant non-admissibles à titre autonome au bénéfice d'un exécutant. L'ordre du supérieur, qui peut également être admis de manière autonome, s'étend alors assez largement, ce qui n'est guère surprenant dès lors qu'il a été pensé pour les individus en position d'exécutant. Cette position influence également la mise en œuvre de motifs d'exonération susceptibles de se développer indépendamment de toute rapport hiérarchique.

²¹¹⁶ Sur ce point v. *supra* n°31.

²¹¹⁷ Sur ce point v. *supra* n°212.

²¹¹⁸ TPIY, jugement *Martić*, para. 467.

Paragraphe 2 : L'influence de la position d'exécutant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération non-conditionnés par un rapport hiérarchique

605. La position d'exécutant le place dans une situation d'infériorité car le propre de l'exécutant est de ne pas pouvoir décider par lui-même. À cela s'ajoute que, contrairement au dirigeant, l'exécutant n'est en principe pas à l'origine du contexte de commission de l'infraction internationale dont il peut ne pas connaître certains détails. Manque d'autorité (A) et manque de connaissance (B) exercent alors une influence sur la mise en œuvre des motifs d'exonération non conditionnés par un rapport hiérarchique.

A- L'influence du manque d'autorité

606. Soutien à la mise en œuvre de la contrainte. La position d'exécutant conduit l'individu à être soumis à une autorité supérieure, donc à manquer lui-même d'autonomie et d'initiative²¹¹⁹. Cette position paraît alors s'accorder avec la contrainte, qui suppose une menace provenant d'un tiers²¹²⁰. Elle peut, contrairement à l'ordre du supérieur, s'exercer en dehors de toute hiérarchie et donc être causée par un individu indépendamment de toute relation hiérarchique. Les systèmes hiérarchisés, de droit ou de fait, fournissent toutefois un terrain propice à des situations de contrainte, qui proviennent alors du subordonnant. Dans cette situation l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut de Rome constitue non pas un motif d'exonération mais bel et bien un élément de fait servant à caractériser la menace irrésistible²¹²¹, qu'il s'agisse d'un ordre du supérieur mué en contrainte²¹²² ou d'une hypothèse ne permettant pas d'envisager la mise en œuvre de l'article 33²¹²³. Dans les deux cas, plus le rang hiérarchique du récepteur de l'ordre sera bas, plus le sentiment d'obligation sera élevé et moins l'individu aura de chance de disposer d'un réel choix moral²¹²⁴.

²¹¹⁹ MALABAT V., « La responsabilité pénale interne et internationale du subordonné », p. 23 : le « pouvoir d'initiative est justement incompatible avec la condition de subordonné ».

²¹²⁰ Sur la restriction de la contrainte à une menace provenant d'un tiers, v. *supra* n°95.

²¹²¹ Sur cette condition v. *supra* n°138.

²¹²² Sur cette hypothèse v. *supra* n°594.

²¹²³ Dans l'hypothèse où l'exécutant n'a pas d'obligation légale d'obéir à l'ordre de son supérieur, qui ne dispose ainsi que d'une autorité de fait et non de droit.

²¹²⁴ J.-J. PAUST J.-J., *International criminal law: cases and materials*, Carolina Academic Press, 1996, p. 125. Dans le même sens v. KRABBE M., *Excusable evil*, p. 302 : « *As a consequence of their position, small fish are more susceptible to superior orders and duress* » (la position d'exécutant le rend plus sujet à l'ordre du supérieur ou à la contrainte).

607. Risque d'une mise en œuvre exorbitante de la contrainte. Ce n'est pas dire pour autant que tout ordre donné peut constituer une contrainte car il faut encore que cet ordre se double d'une menace d'atteinte à la vie ou d'atteinte grave à l'intégrité physique²¹²⁵. Aussi, les sanctions disciplinaires encourues par le soldat qui refuse d'exécuter un ordre ne suffisent par exemple pas à voir admettre la contrainte à son bénéfice, même si elles conduisent à une privation de liberté ou à un renvoi de l'armée. Or, parce qu'elles sont désormais les sanctions privilégiées par la plupart des armées officielles des pays, la contrainte causée par les supérieurs hiérarchiques se dirige ainsi sans doute vers une certaine désuétude. Elle peut en revanche toujours être constituée entre soldats du même rang, par un soldat sur son supérieur ou par un individu extérieur à la hiérarchie. Par ailleurs, des menaces d'atteinte à la vie ou d'atteinte grave à l'intégrité physique peuvent provenir de supérieurs hiérarchiques au sein de groupes paramilitaires ou au sein d'armées auto-proclamées. L'un des exécutants des massacres commis au Rwanda explique par exemple le dilemme auquel devaient répondre les exécutants lors de ce conflit : « celui qui avait l'idée de ne pas tuer un jour, il pouvait s'esquiver sans difficulté. Mais celui qui avait l'idée de ne pas tuer du tout, il ne devait pas dévoiler cette idée, sinon il allait être tué à son tour devant une assistance »²¹²⁶. C'est exactement la problématique qui s'est présentée aux juges du TPIY lors de l'affaire *Erdemović* : soit le soldat Erdemović participait au peloton d'exécution, soit il refusait et rejoignait les prisonniers du peloton afin d'être tué avec eux. La menace irrésistible provenant de ses supérieurs pouvait ainsi sans doute être caractérisée. Or les juges y ont vu un risque de mise en œuvre exorbitante de la contrainte et ont développé deux limites à cette mise en œuvre, l'une critiquable, l'autre acceptable.

608. Limite jurisprudentielle à la mise en œuvre de la contrainte en cas de meurtre de personnes innocentes. D'une part, le TPIY a estimé que « la contrainte n'est pas un argument de défense suffisant pour exonérer entièrement un soldat accusé de crime contre l'humanité et/ou de crime de guerre impliquant le meurtre d'êtres humains innocents »²¹²⁷. La règle, déjà énoncée après la Seconde guerre mondiale par l'avocat général dans l'affaire *Sawada*, qui considérait que le meurtre d'un innocent ne pouvait jamais être justifié²¹²⁸, provient du droit anglo-saxon, origine clairement assumée par les juges de l'opinion majoritaire de l'arrêt

²¹²⁵ Sur cette condition v. *supra* n°138.

²¹²⁶ Propos d'un détenu de la prison de Rilima au Rwanda, recueillis par un journaliste français lors de son étude sur le génocide rwandais. V. HATZFELD J., *Une saison de machettes*, Seuil, 2003, p. 91.

²¹²⁷ TPIY, arrêt *Erdemović*, para. 19.

²¹²⁸ Commission militaire américaine, Shanghai, Général Shigeru Sawada, 27 février 1946 - 15 avril 1946, L.R.T.W.C., vol. V, p. 16 : « *the killing of an innocent can never be justified* ».

*Erdemović*²¹²⁹. Il faut dès à présent noter que les juges se focalisent sur le crime contre l'humanité et le crime de guerre car ce sont ceux qui sont reprochés à Drazen Erdemović en l'espèce. De la même manière, l'Opinion individuelle des juges est exprimée au sujet du soldat car c'est la position qu'occupait l'accusé²¹³⁰. Il ne faut pas pour autant en conclure que la règle ne porte que sur ces infractions précises et pour cette fonction particulière. Le droit de *Common law*, dont elle est issue, l'applique en effet au meurtre en général et à l'ensemble des individus, qu'ils soient d'ailleurs auteur ou participant²¹³¹. Autrement dit, la limite à la mise en œuvre de la contrainte s'appliquerait au meurtre relevant tout autant du crime contre l'humanité ou du crime de guerre que du génocide, et concernerait tant le soldat que le civil, peu important au demeurant sa place dans la hiérarchie.

609. Critique de la limite jurisprudentielle à la mise en œuvre de la contrainte en cas de meurtre personnes innocentes. Cette limite à la mise en œuvre de la contrainte en cas de personnes innocentes doit toutefois être rejetée, d'une part parce qu'elle ne constitue pas la pratique unanime, ni même majoritaire des États, ce que les juges de l'opinion majoritaire concèdent²¹³², et qu'aucune raison ne vient justifier de retenir une pratique plutôt qu'une autre. Le Juge Cassese relève d'ailleurs que l'absence de consensus sur la question aurait dû conduire les juges de la majorité à admettre l'absence de règle spéciale et, partant, à appliquer la règle générale relative à la contrainte²¹³³. L'on pourrait cependant objecter que rien n'empêchait les juges du TPIY de créer des règles relatives à la contrainte, ce qui était d'ailleurs facilité par l'absence de toute référence à ce motif d'exonération dans le Statut de ce tribunal comme, de

²¹²⁹ *Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah*, para. 49 : « La position claire adoptée dans les divers pays du monde appliquant la *Common law* se démarque très nettement de cette acceptation de la contrainte comme excuse du meurtre d'innocents. Ces systèmes issus de la *Common law* rejettent catégoriquement que l'on puisse invoquer la contrainte comme moyen de défense en cas de meurtre ».

²¹³⁰ Ces deux précisions sont expliquées par les juges para. 32.

²¹³¹ ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017, p. 202 : « *duress is not a defence to murder whether as a principal or secondary party* » (la contrainte n'est pas un moyen de défense applicable au meurtre, que la personne qui s'en prévaut soit auteur ou participant) ; CARD R. et MOLLOY J., *Criminal law*, O.U.P., 22^{ème} éd., 2016, p. 711 : « *the excuse of duress by threats applies to offences in general (...) except murder [and] attempted murder* » (la contrainte est applicable à toutes les infractions, excepté le meurtre et la tentative de meurtre) ; HORDER J., *Ashworth's principles of criminal law*, O.U.P., 8^{ème} éd., 2016, p. 235 : « *[the House of Lords] unanimously favour[ed] a rule which renders duress and necessity unavailable as defences in all prosecutions for murder* » (la Chambre des Lords a unanimement préféré la règle rendant la contrainte et l'état de nécessité inapplicables en cas de poursuites pour meurtre).

²¹³² *Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah*, para. 67 : « les règles des divers systèmes juridiques qui prévalent dans le monde ne s'accordent pas sur la question de savoir si la contrainte peut constituer un moyen de défense totalement exonératoire à un combattant accusé d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité ayant causé la mort de personnes innocentes ».

²¹³³ *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese*, para. 11.

manière générale, dans un quelconque instrument juridique international. Cependant et d'autre part, la création d'une telle limite à la mise en œuvre de la contrainte conduirait le droit pénal international à imposer une conduite héroïque utopiste à chaque individu²¹³⁴. Les juges des tribunaux militaires post-Nuremberg étaient sur ce point beaucoup plus réalistes, qui avaient estimé « qu'aucune cour ne punira un homme qui, menacé par un pistolet chargé braqué sur sa tempe, est forcé d'actionner un levier létal »²¹³⁵. La raison en est que rares sont les hommes prêts à mourir pour sauver la vie d'un autre, ce qu'on ne peut sans doute reprocher à personne. Cette limite rejetée, la contrainte pourrait être mise en œuvre à l'égard d'un exécutant pour toutes les catégories d'infractions sous-jacentes prévues par le Statut de Rome, dès lors que la menace est irrésistible.

610.Limite à la mise en œuvre de la contrainte en présence d'un devoir de protection.

Une autre limite intervient cependant dans l'appréciation de ce caractère irrésistible. Pour que la contrainte soit admise, il faut en effet et d'autre part s'assurer que l'exécutant n'avait pas le devoir de résister à la menace²¹³⁶ en raison d'un devoir de protection envers la victime²¹³⁷. Cela concerne notamment des policiers, des pompiers ou encore des soldats²¹³⁸, qui doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour protéger les personnes innocentes. Parce que leur raison d'être est de protéger d'autres individus, ces professions imposent à celui qui les exerce un devoir de résistance au danger supérieur à celui d'un individu ordinaire²¹³⁹. Les différents juges de l'affaire *Erdemović* sont d'ailleurs d'accord sur ce point et estiment que « les soldats ou les combattants doivent faire preuve de plus de force d'âme et de plus de résistance face à la menace que des civils, au moins lorsque la menace concerne leur propre vie. Les soldats, du fait de la nature même de leur profession, doivent avoir envisagé la possibilité d'une mort violente dans la lutte pour leur cause »²¹⁴⁰. L'appréciation du caractère irrésistible de la menace

²¹³⁴ *Ibid.* para. 44.

²¹³⁵ Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, précité, p. 480 : « *No court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever* ».

²¹³⁶ TPIY, *Erdemović*, jugement précité, para. 19 : « la Chambre se doit d'examiner si l'accusé en situation d'agir n'avait pas le devoir moral de résister ».

²¹³⁷ Nommé « *duty of care* » en droit anglo-saxon ou encore « *Garantenstellung* » en droit allemand. V. VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012, p. 220.

²¹³⁸ CHIESA L., « Duress, demanding heroism and proportionality », *Vanderbilt journal of transnational law*, 2008, vol. 41, p. 765 : « *Cases involving law enforcement agents, firefighters, soldiers, and seamen are paradigmatic examples of this type of situation* ».

²¹³⁹ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, précité, p. 220 : « *a person can be required to act in a more firm and steadfast way than the ordinary citizen because of his or her function (police officer, soldier, doctor)* ».

²¹⁴⁰ TPIY, *Erdemović*, opinion individuelle des juges McDonald et Vohrah, para. 84. Le juge Cassese, dans son opinion dissidente, partage point de vue. V. para. 16 : « En outre, la législation nationale pertinente étaye le principe

doit ainsi tenir compte de cette particularité²¹⁴¹, ce qui indique qu'elle sera plus sévère à l'égard d'un individu soumis à ce devoir de protection. À l'inverse, l'appréciation du caractère irrésistible de la menace de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique sera plus souple à l'égard d'un exécutant civil non soumis à ce devoir de protection d'autrui²¹⁴².

611.Limite à la mise en œuvre de l'état de nécessité en présence d'un devoir de protection. Le devoir de protection pouvant peser sur l'exécutant en raison de sa profession limite également l'admission de l'état de nécessité. Il joue cette fois un rôle dans l'appréciation de la proportionnalité²¹⁴³.

612.Exception en cas de soumission volontaire. Au-delà de cette limite tenant à la profession exercée par l'exécutant, sa position ne l'empêchera par ailleurs pas d'être pénalement responsable dès lors qu'il aura adhéré au système auquel il a participé. On retrouve ici le schéma de la soumission volontaire qui empêche l'admission de la contrainte²¹⁴⁴. Or cette soumission volontaire implique que l'individu ait conscience de ce à quoi il adhère, donc qu'il ait connaissance des circonstances caractérisant l'infraction internationale.

B- L'influence du manque de connaissance

613.Influence positive du manque de connaissance.. Si l'exécutant est indispensable à la mise en œuvre de l'entreprise criminelle, il ne fait par hypothèse pas partie de ceux qui l'ont décidée. La place occupée par l'exécutant l'empêche ainsi d'avoir accès à l'intégralité des informations concernant la stratégie à adopter, l'objet de sa mission ou l'environnement dans lequel il évolue. Ce manque de connaissance exerce alors une influence assez positive sur la mise en œuvre des motifs d'exonération. Cette influence est particulièrement visible à propos de l'erreur (1) et peut l'être dans une moindre mesure à l'égard d'autres motifs d'exonération dès lors qu'il pourra être plus difficile d'établir une faute antérieure (2).

selon lequel l'existence en droit de tout devoir particulier d'un accusé envers la victime peut exclure la possibilité d'invoquer la contrainte comme argument de défense ».

²¹⁴¹ VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, précité, p. 220.

²¹⁴² HEIM S. J., « The applicability of the duress defense to the killing of innocent persons by civilians », *Cornell International Law Journal*, 2013, vol. 46, Issue 2, p. 167.

²¹⁴³ CHIESA L., « Duress, demanding heroism and proportionality », *Vanderbilt journal of transnational law*, 2008, vol. 41, p. 765.

²¹⁴⁴ Sur la soumission volontaire comme limite à la mise en œuvre de l'ordre du supérieur à l'égard de l'exécutant v. *supra* n°612.

1) Le manque de connaissance, soutien à la mise en œuvre d'une erreur

614. Mise en œuvre de l'erreur en dehors de toute hiérarchie. Le manque de connaissance induit par la position d'exécutant agit positivement sur la mise en œuvre d'une erreur, qu'elle intervienne au sein d'une hiérarchie ou en dehors²¹⁴⁵. D'une part, l'erreur de fait ou de droit peut être commise par l'exécutant en dehors de toute relation hiérarchique, c'est-à-dire lorsqu'aucun ordre ne vient imposer son acte. La connaissance limitée dont dispose l'exécutant peut en effet lui permettre d'invoquer une erreur de fait, qui s'analyse comme « une mauvaise perception de la réalité »²¹⁴⁶. L'exécutant peut par exemple bombarder un bâtiment sans savoir qu'il a été transformé en hôpital, détruire une ambassade en pensant, à cause d'informations erronées, qu'il s'agit d'un entrepôt d'armement, le tout en croyant de bonne foi qu'il lui est permis d'effectuer ces actions.

615. Mise en œuvre de l'erreur au sein d'une hiérarchie. D'autre part, l'étude de l'erreur sur la légalité de l'ordre dans l'ordre du supérieur a démontré qu'au sein de la hiérarchie, l'exécutant est en principe largement dépendant de son supérieur pour connaître les différentes circonstances entourant son acte²¹⁴⁷. Ce manque de connaissance conduit, comme pour l'ordre du supérieur, à faciliter la mise en œuvre d'une erreur de droit ou de fait prévues par l'article 32 du Statut de Rome. Elles pourraient ainsi être admises dans des hypothèses n'emportant pas application de l'article 33 du Statut de Rome, c'est-à-dire en présence d'une relation d'autorité de fait et non de droit, par exemple au sein d'un groupe de rebelles armés ou lorsque la relation de subordination est d'origine contractuelle, par exemple au sein d'une entreprise²¹⁴⁸. L'ordre donné par le subordonnant sera alors ici un élément de fait dans la caractérisation de l'erreur de l'exécutant à laquelle il confère un terrain favorable. L'erreur de fait et l'erreur de droit ont d'ailleurs été invoquées de nombreuses fois par des exécutants devant les tribunaux militaires d'après-guerre.

²¹⁴⁵ Dans le même sens v. KRABBE M., *Excusable evil*, précité, p. 302, selon lequel c'est le niveau de responsabilité moins exigeant qui permet d'accueillir plus favorablement une erreur de la part d'un exécutant (« *due to a lower level of responsibility, mistakes will sooner be excused* »).

²¹⁴⁶ MARIE A., « Article 32. Erreur de droit ou erreur de fait », in FERNANDEZ J. PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M., (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 932.

²¹⁴⁷ Sur ce point v. *supra* n°167.

²¹⁴⁸ L'article 33 du Statut de Rome ne s'appliquant à l'heure actuelle qu'à un individu ayant l'obligation légale d'obéir. Sur la critique de cette restriction v. *supra* n°163 et s.

616. Admission jurisprudentielle de l'erreur de droit. La Cour martiale des Pays-Bas a par exemple retenu l'erreur de droit au bénéfice d'un soldat membre de la résistance néerlandaise qui, après avoir capturé des néerlandais nazis collaborant avec les allemands, avait donné l'ordre de les exécuter en pensant son acte licite, notamment parce qu'il pensait que les prisonniers, en tant que francs-tireurs, avaient perdu la protection accordée par le droit²¹⁴⁹. Bien que l'accusé ait été qualifié de commandant et poursuivi pour l'ordre qu'il a lui-même donné, la Cour martiale a expressément pris en compte la position de l'accusé dans la hiérarchie et a estimé qu'il « devait prendre une décision sans pouvoir consulter son supérieur ; il fut placé dans une situation pour laquelle il n'était pas formé et dans des circonstances dans lesquelles il est pratiquement impossible de calmement considérer la valeur des différents intérêts en présence »²¹⁵⁰. L'accusé paraît ainsi être appréhendé comme un exécutant, en tout cas comme un individu situé en bas de la hiérarchie, ce qui contribue à faire admettre l'erreur de droit à son bénéfice.

617. Admission jurisprudentielle de l'erreur de fait. De la même manière, la Cour fédérale allemande s'est prononcée sur le cas d'un soldat allemand ayant exécuté la peine de mort d'un prisonnier de guerre polonais²¹⁵¹. L'erreur de fait a ici été retenue pour exonérer cet individu ayant exécuté une victime sur ordre de la Gestapo en croyant à tort qu'elle avait été condamnée à mort par un jugement régulier. En réalité le jugement n'avait jamais eu lieu et l'accusé se trompait sur l'existence même de cette décision, ce qui indique qu'il a commis une erreur de fait et non de droit car cette dernière aurait supposé qu'il ne comprenne pas les conséquences légales d'un jugement régulier²¹⁵². L'accusé ne s'est en effet pas trompé sur ce que signifiait, en droit, un jugement régulier condamnant à mort un individu. Si ce jugement régulier avait existé, l'accusé aurait ainsi bien dû procéder à l'exécution du condamné et cette exécution aurait été légale. Si elle lui est reprochée en l'espèce c'est ainsi parce que le jugement n'existait pas, donc qu'il se méprenait sur un élément de fait. Les circonstances de fait entourant son comportement venant attester de la bonne foi de l'accusé, son erreur a été retenue et sa responsabilité exonérée. Il est à noter que, devant la Cour pénale internationale, cette hypothèse entrerait dans le champ d'application de l'ordre du supérieur de l'article 33 du Statut en raison

²¹⁴⁹ Cour martiale des Pays-Bas, *B.*, 2 janvier 1951, in *G.A.D.I.P.* n°70 p. 479-482.

²¹⁵⁰ *Ibid.* p. 480. Sur l'influence du contexte dans la prise en compte de l'erreur de droit v. *supra* n°352.

²¹⁵¹ Cour fédérale de justice allemande, *Affaire des prisonniers de guerre polonais*, 12 décembre 1950 in CASSESE A., SCALIA D., THALMANN V, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2021, n°69 p. 475-477.

²¹⁵² Dans le même sens v. *ibid.* p. 477 ; CASSESE A., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2013, p. 238.

de l'obligation légale d'obéir pesant sur le militaire. Quoiqu'il en soit, la position hiérarchique de l'individu le plaçait ici dans une position d'infériorité par rapport à l'officier de la Gestapo dont il recevait les informations, ce qui a permis l'admission d'une erreur de fait.

618. Erreurs déraisonnables non admises. La problématique de l'erreur sur l'existence d'un jugement régulier a beaucoup occupé les tribunaux d'après-guerre, devant lesquels la position d'exécutant n'a pas suffi à faire admettre toutes les erreurs puisqu'il fallait encore qu'elles soient raisonnables, ce qui n'a pas toujours été le cas²¹⁵³. Ainsi, le tribunal militaire britannique n'a-t-il par exemple pas retenu l'erreur dans l'affaire *Almelo*²¹⁵⁴. En l'espèce, quatre sous-officiers, c'est-à-dire des soldats de bas rang, avaient capturé un pilote britannique recherché par les allemands et caché par la résistance néerlandaise. Le commandant du détachement allemand avait indiqué à l'un des sous-officiers que le pilote avait été condamné à mort et lui avait ordonné d'exécuter cette sentence avec deux de ses camarades²¹⁵⁵. Les événements se sont déroulés de la même façon à propos de l'exécution d'un civil néerlandais, recherché par les autorités allemandes. Au procès, les accusés ont expliqué que pour autant qu'ils le savaient, il était tout à fait possible qu'un jugement régulier ait été rendu²¹⁵⁶. Pour l'avocat général, la question était de savoir si les accusés croyaient honnêtement qu'un tel jugement existait²¹⁵⁷. Selon l'avocat général, pour retenir l'erreur et exonérer les individus, il faudrait que les juges s'assurent que les circonstances étaient telles qu'un homme raisonnable aurait pu croire à l'existence d'un jugement régulier²¹⁵⁸. Le jugement n'est pas reproduit mais les accusés ayant été condamnés, l'on peut en déduire que l'erreur sur l'existence du jugement régulier n'a pas été jugée raisonnable²¹⁵⁹. Le manque de connaissance de l'exécutant n'est ainsi

²¹⁵³ Sur la nécessité de ne retenir que des erreurs raisonnables v. *supra* n°112.

²¹⁵⁴ Tribunal militaire britannique, *Otto Sandrock et autres (Almelo)*, 24-26 nov. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. 1, p. 35 et s.

²¹⁵⁵ *Ibid.* p. 36 : « On the 21st March, 1945, Hardegen told Sandrock that the British airman had been condemned to death and that two men must be detailed to accompany Sandrock to a wood on the outskirts of Almelo, where Hood was to be shot ».

²¹⁵⁶ *Ibid.* p. 37 : « So far as the accused knew, it was quite possible that the two victims were in fact liable to be shot ».

²¹⁵⁷ *Ibid.* p. 40 : « The Judge Advocate asked whether there was any evidence upon which the court could find that, on the night of 21st March, 1945, these three men or any of them honestly believed that this British officer had been tried according to the law, and that they were carrying out a lawful execution ».

²¹⁵⁸ p. 41 : « if the court felt that circumstances were such that a reasonable man might have believed that this officer had been tried according to law, and that they were carrying out a proper judicial legal execution, then it would be open to the court to acquit the accused ».

²¹⁵⁹ Pour d'autres décisions des tribunaux militaires en ce sens v. notamment Tribunal militaire britannique, *Wielen and 17 others (The StalafLuft III case)*, 3 sept. 1947, *L.R.T.W.C.*, vol. XI, p. 31 et s ; Tribunal militaire britannique, *Buck and others*, 10 mai 1946, *L.R.T.W.C.*, vol. V, p. 39 et s.

pas inéluctable et ne pourra aider à admettre une erreur que s'il ne traduit pas une faute de sa part.

2) Le manque de connaissance, entrave à la caractérisation d'un comportement fautif

619. Influence du manque de connaissance sur la caractérisation d'une faute antérieure. La position d'exécutant implique que l'individu n'est pas à l'origine du contexte infractionnel dont il peut alors ne pas connaître l'ensemble des circonstances. De ce fait, il peut ne pas être à l'origine de la situation de danger et donc pouvoir se prévaloir d'un motif d'exonération sans que ne soit caractérisée une faute antérieure. Notamment, l'exécutant peut s'engager volontairement au sein d'un groupe sans avoir suffisamment de détails sur ces activités pour comprendre qu'il s'agit d'une organisation qui, « par nature, cherche à mener des actions contraires au droit international humanitaire »²¹⁶⁰ ou d'une unité militaire ou paramilitaire dont l'objectif principal est de mener des actions criminelles²¹⁶¹. Dans cette situation, son manque de connaissance pourrait jouer en sa faveur en empêchant de caractériser une faute antérieure. Cela ouvrirait la voie à certains motifs d'exonération comme la légitime défense²¹⁶², l'état de nécessité²¹⁶³ ou la contrainte²¹⁶⁴. De la même manière, l'individu peut également participer volontairement à une organisation dont le but n'est pas criminel mais qui, en raison de l'évolution de circonstances, peut adopter des pratiques criminelles. C'est l'exemple topique du soldat qui s'engage volontairement au sein de l'armée officielle de son pays. Ce faisant, il n'intègre pas une organisation criminelle, de sorte que cela ne peut pas constituer un comportement fautif entravant l'admission d'un motif d'exonération pour les potentielles activités criminelles auxquelles l'armée s'adonnera²¹⁶⁵.

620. Tempérament à l'influence positive du manque de connaissance. En revanche, lorsque le caractère criminel de l'organisation est manifeste et que tout individu peut donc raisonnablement se rendre compte de ce caractère criminel, la faute antérieure reprendra un rôle prépondérant. Le manque de connaissance de l'exécutant viendra alors le desservir car on lui

²¹⁶⁰ *Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese* précité, para. 17.

²¹⁶¹ CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013, p. 216 : « *military or paramilitary unit whose main purpose is to engage in criminal action* ».

²¹⁶² Sur la condition de faute antérieure dans la légitime défense v. *supra* n°126.

²¹⁶³ Sur la condition de faute antérieure dans l'état de nécessité v. *supra* n°121 et s.

²¹⁶⁴ Sur la condition de faute antérieure dans la contrainte v. *supra* n°124.

²¹⁶⁵ Sur ce point v. *supra* n°128.

reprochera précisément d'ignorer ce que tout le monde aurait su dans sa situation²¹⁶⁶. Il ne pourra ainsi plus bénéficier de la légitime défense, de l'état de nécessité ou de la contrainte.

621. Absence d'influence du manque de connaissance sur l'admission du trouble mental. Le manque de connaissance des circonstances entourant l'acte infractionnel ne paraît en revanche jouer aucun rôle sur l'admission d'un trouble mental. Un auteur a d'ailleurs fait observer que la présence du trouble mental dans le Statut de Rome était incongrue car il a été très peu invoqué devant les juridictions pénales internationales, notamment parce que les organisations criminelles prenaient le soin de ne pas recruter d'individus ayant des troubles mentaux²¹⁶⁷. L'auteur prend notamment l'exemple des *Einsatzgruppen* nazis dont les organisateurs avaient pris soin d'exclure les psychopathes et les sadiques des unités car ils craignaient qu'ils ne soient pas des tueurs suffisamment efficaces et fiables²¹⁶⁸. Il ne peut cependant être exclu qu'un exécutant soit atteint d'une déficience ou d'une maladie mentale le privant de tout discernement²¹⁶⁹. La même limite que celle posée pour le dirigeant s'applique toutefois : si l'exécutant contribue à sa déficience ou à sa maladie, il matérialisera un comportement fautif²¹⁷⁰. En effet, même sans connaître l'ensemble des circonstances entourant l'acte infractionnel, il paraît assez peu vraisemblable que l'exécutant n'ait pas eu conscience d'évoluer au sein d'un environnement au moins conflictuel, de sorte qu'il deviendra fautif s'il contribue à son trouble mental.

622. Absence d'influence du manque de connaissance sur l'admission de l'intoxication volontaire. C'est ce même argument qui rend difficile l'admission de l'intoxication volontaire à l'égard de l'exécutant. Il pourrait en effet être avancé que ce dernier, manquant de connaissance quant aux circonstances qui l'entourent, pourrait s'intoxiquer volontairement, au point d'en perdre tout discernement, sans se rendre compte qu'il risque de commettre une infraction internationale²¹⁷¹. Cette position paraît néanmoins être difficilement tenable,

²¹⁶⁶ Sur la participation à une organisation manifestement criminelle v. *supra* n°123.

²¹⁶⁷ XAVIER I., « The incongruity of the Rome Statute insanity defence and international crime », *J.I.C.J.*, 2016, vol. 14, p. 794.

²¹⁶⁸ *Ibid.* : « *psychopathology was found to be equally rare among the rank-and-file killers : indeed, a systematic effort was made to exclude psychopaths and sadists from the Einsatzgruppen killing units since there was a fear that they would not be as efficient, effective and dependable as killers* ».

²¹⁶⁹ Dans le même sens v. KRABBE M., *Excusable evil*, p. 302.

²¹⁷⁰ Sur cette condition à l'égard du dirigeant v. *supra* n°586.

²¹⁷¹ L'article 31 paragraphe 1 b) du Statut de Rome limite en effet l'admission de l'intoxication volontaire comme motif d'exonération si la personne s'est volontairement intoxiquée « dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ».

notamment en ce qui concerne l'exécutant militaire²¹⁷². Sans avoir à connaître l'ensemble des circonstances, ce dernier a en effet au moins connaissance du contexte conflictuel dans lequel il évolue. Il doit donc avoir conscience que s'il n'est plus en pleine possession de ses moyens dans cet environnement instable et hostile, il risque d'adopter un comportement constitutif d'une infraction internationale. Il peut sans doute en aller de même s'agissant de l'exécutant civil car il paraît difficile d'admettre qu'il n'ait pas connaissance au moins du contexte conflictuel. Ce constat apparaît comme paradoxal dans la mesure où l'intoxication semble avoir été ajoutée, après de nombreux débats, spécifiquement pour l'exécutant²¹⁷³.

623. Conclusion de section. La position d'exécutant se prête finalement assez bien à l'admission d'un motif d'exonération. L'ordre du supérieur, pensé pour lui, paraît ainsi pouvoir être envisagé de manière autonome et constituer le vecteur de la nécessité militaire ou des représailles, alors même que ces deux motifs d'exonération ne peuvent pas être invoqués de manière autonome par l'exécutant. Situé en bas de la hiérarchie, ce dernier manque par ailleurs d'autonomie, ce qui favorise la mise en œuvre de la contrainte. Contrainte et état de nécessité seront toutefois plus difficiles à mettre en œuvre lorsque l'exécutant occupera une profession impliquant un devoir de protection d'autrui car l'on exigera de lui plus de résistance. La place de l'exécutant implique également qu'il manque de connaissance, favorisant l'admission d'une erreur dès lors qu'elle demeure raisonnable et rendant plus difficile la caractérisation d'un comportement fautif. Cela étant, lorsque le comportement de l'exécutant manifestera une soumission volontaire ou une participation volontaire à l'entreprise criminelle, il perdra la possibilité de voir un motif d'exonération mis en œuvre à son égard.

²¹⁷² KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, 2^{ème} éd., 2008 p. 116 : « [there is some] skepticism as to the practical relevance of the intoxication plea within international criminal proceedings, particularly when it concerns the military ».

²¹⁷³ V. UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1/Rev.1 p.4 note de bas de page 8 « it was the understanding that voluntary intoxication as a ground for excluding criminal responsibility would generally not apply in cases of genocide and crime against humanity, but might apply to isolated acts constituting war crimes » (l'idée est que l'intoxication volontaire en tant que motif d'exonération ne s'appliquerait pas en cas de génocide ou de crime contre l'humanité mais pourrait s'appliquer à un acte isolé constitutive d'un crime de guerre).

Conclusion du Chapitre 2

624. Influence négative de la position de dirigeant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération. L'étude de l'influence de la position de l'individu sur l'admission des motifs d'exonération a permis de révéler que la position de dirigeant constitue une limite importante à la mise en œuvre des motifs d'exonération tandis que la position d'exécutant s'y prête au contraire assez bien. Le dirigeant est en effet suffisamment bien placé dans la hiérarchie pour bénéficier d'une autorité qui lui confère autonomie et initiative. Il sera ainsi difficile de mettre en œuvre l'ordre du supérieur et la contrainte à son égard, même si le fait que cette dernière puisse survenir indépendamment de tout lien hiérarchique peut conduire à ce qu'elle soit exceptionnellement admise. La fonction de dirigeant le place également en position de sachant, ce qui facilitera la preuve de la connaissance du contexte infractionnel et, corrélativement, conduira à considérer que le dirigeant y a participé volontairement. Ce comportement fautif empêchera alors l'admission du trouble mental, de l'intoxication, de la légitime défense et de l'état de nécessité. De la même manière, l'erreur de droit ne paraît pas lui être permise. L'erreur de fait semble également difficile à mettre en œuvre à son égard mais, par exception, il n'est pas totalement exclu qu'elle fasse disparaître la négligence du supérieur hiérarchique militaire. Elle n'affectera en revanche pas la négligence du supérieur hiérarchique civil qui s'apprécie au regard des informations indiquant clairement qu'une infraction est sur le point d'être commise ou est en train d'être commise par ses subordonnés. La responsabilité du supérieur hiérarchique étant conçue comme une technique d'imputation, intoxication et contrainte se transformeront par ailleurs en causes de non-imputation si elles conduisent à empêcher le supérieur d'exercer un contrôle effectif de ses subordonnés. De manière générale, la position de dirigeant résiste ainsi à la mise en œuvre d'un motif d'exonération. Les représailles et la nécessité militaire font cependant figure d'exception, la capacité inhérente de prendre des décisions au dirigeant s'accordant en effet assez bien avec leur possible mise en œuvre. Seul le supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 du Statut de Rome ne pourra y prétendre car cette forme de participation repose sur une abstention incompatible avec le comportement actif de prise de décision exigé par les représailles et la nécessité militaire.

625. Influence positive de la position d'exécutant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération. À l'inverse, la position d'exécutant offre un terrain fertile à la mise en œuvre des motifs d'exonération. Contrairement au dirigeant, l'exécutant se trouve en effet dans une

position propre à limiter son autonomie. Aussi, l'ordre du supérieur, créé pour lui et la contrainte ont des chances de prospérer. L'ordre du supérieur est d'autant plus important qu'il peut également être le vecteur de motifs d'exonération que l'exécutant ne pourrait invoquer à titre autonome. En effet, la nécessité militaire et les représailles ne sont pas compatibles avec la position d'exécutant car ce dernier ne dispose pas de l'autonomie suffisante pour décider de leur mise en œuvre. En revanche, parce que c'est lui qui exécutera les actes décidés par nécessité militaire ou en représailles, il pourra invoquer l'ordre du supérieur si l'acte se révèle illégal. Nécessité militaire et représailles seront ainsi perçues comme des ordres non manifestement illégaux, permettant à l'exécutant de se tromper sur leur légalité. Cette erreur sur l'illégalité de l'ordre qu'on lui demande d'accomplir est également favorisée par le manque de connaissance qui peut caractériser l'exécutant. L'erreur de droit et l'erreur de fait auront ainsi également plus de facilités à être mises en œuvre à son égard.

Conclusion du Titre II

626.Rejet de la limite tenant à la participation personnelle. L'étude des limites personnelles à la mise en œuvre des motifs d'exonération montre que la participation personnelle de l'individu à l'infraction internationale ne doit pas constituer une limite à la mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international. Pour cela, il faut se détacher des distinctions nationales tenant à l'effet *in rem* de certains motifs d'exonération, qui se vérifient sur l'auteur matériel et bénéficient ensuite aux autres participants, et à l'effet *in personam* d'autres motifs, qui doivent se vérifier sur la tête de celui qui les invoque. Il est en effet préférable d'opérer une appréciation individuelle de chaque motif d'exonération à l'égard de l'individu qui s'en prévaut et ce, quelle que soit la forme de participation qui lui est reprochée. Aussi la situation du complice et, plus largement, des participants, doit-elle être dissociée de la situation de l'auteur matériel pour que le comportement individuel de chaque protagoniste soit apprécié de façon plus satisfaisante. Rien dans le Statut de Rome n'interdit une telle solution puisque, si certains motifs d'exonération font référence à « un crime », qui renverrait uniquement à la commission matérielle de l'infraction, plutôt qu'à « un comportement », qui peut comprendre différentes formes de participation, cela ne paraît traduire aucune volonté particulière des rédacteurs du Statut d'en limiter l'application au seul auteur matériel. La Cour pénale internationale ne s'intéresse d'ailleurs jamais à la forme de participation reprochée à l'accusé lorsqu'elle examine les différents motifs d'exonération qu'il invoque. L'appréciation individuelle des motifs d'exonération est d'autant plus nécessaire que le droit pénal international met à mal la distinction entre auteur et complice en la fondant non pas sur la commission matérielle de l'infraction mais sur le contrôle sur le crime. Aucune forme de participation ne doit donc exclure la mise en œuvre des motifs d'exonération, qui doivent être appréciés individuellement pour chaque protagoniste. C'est finalement considérer qu'au principe de la responsabilité pénale individuelle doit correspondre un principe de non-responsabilité pénale individuelle.

627.Limites tenant à la position personnelle de dirigeant. Le second pan de l'étude des limites personnelles à la mise en œuvre des motifs d'exonération révèle au contraire que cette mise en œuvre est affectée par la position occupée par l'individu. La position de dirigeant – parce qu'elle lui confère autorité et connaissance – limite en effet largement la mise en œuvre d'un motif d'exonération à son égard. L'autorité dont il dispose implique ainsi qu'il est

autonome et peut prendre des initiatives. Ces caractéristiques s'accordent alors assez mal avec la mise en œuvre de l'ordre du supérieur, de la contrainte, de l'état de nécessité et de la légitime défense. En revanche, la position de dirigeant se prête assez bien à la mise en œuvre des représailles et de la nécessité militaire, qui nécessitent de pouvoir prendre l'initiative d'attaquer. Ces deux motifs d'exonération impliquent également que l'individu doit avoir une connaissance assez étendue des circonstances, ce qui est le cas du dirigeant. Cette position de sachant favorise d'ailleurs la preuve de la connaissance du contexte dans lequel se déroulent les faits répréhensibles et facilite ainsi la caractérisation de la participation volontaire fautive du dirigeant au contexte infractionnel. Cette faute antérieure limite considérablement la mise en œuvre du trouble mental, de l'intoxication, de la légitime défense et de l'état de nécessité. De la même manière, la connaissance étendue des circonstances dans lequel le dirigeant évolue et fait évoluer ses subordonnés conduit à limiter la mise en œuvre d'une erreur de fait ou de droit qu'il pourrait invoquer.

628. Mise en œuvre privilégiée des motifs d'exonération à l'égard de l'exécutant. À l'inverse, la position d'exécutant favorise la mise en œuvre des motifs d'exonération car l'exécutant dispose d'une autonomie et d'une connaissance limitées. L'ordre du supérieur se révèle ainsi particulièrement approprié à sa situation et peut même être le vecteur de motifs d'exonération qui ne sont en principe pas offerts à l'exécutant. En effet, si son absence d'autorité et de connaissance empêche généralement la mise en œuvre des représailles et de la nécessité militaire à son égard, elle n'empêche pas leur prise en compte à travers l'ordre du supérieur car c'est sans doute l'exécutant qui commettra les actes décidés par nécessité militaire ou en représailles. La reconnaissance de ces deux motifs d'exonération n'étant pas encore acquise devant la Cour pénale internationale, qui n'a pour l'instant pas eu l'occasion de se prononcer sur le sujet, l'ordre donné ne pourra pas apparaître comme manifestement illégal et l'exécutant pourra donc se tromper sur la légalité d'un tel ordre. De la même manière, l'exécutant sera plus prompt à commettre une erreur de fait ou de droit et il sera plus difficile de caractériser un comportement fautif, sauf si le comportement de l'exécutant traduit une soumission volontaire ou une participation volontaire à l'entreprise criminelle. Dans le cas contraire, le manque d'autorité et de connaissance qui le caractérise permettra au trouble mental, à la légitime défense, à l'état de nécessité et à la contrainte d'être mis en œuvre.

Conclusion de la Partie 2

629. Difficultés à admettre l'exonération pour une infraction internationale par nature.

L'étude des limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international révèle que l'exonération d'un individu accusé de l'une des infractions internationales sera difficile. L'examen des limites matérielles, conduit en confrontant le caractère spontané et le caractère modéré de l'acte exonéré aux deux composantes de chaque infraction internationale par nature a montré qu'elles étaient souvent revêches à la mise en œuvre d'un motif d'exonération. L'ampleur et la gravité du crime contre l'humanité et du génocide, dont la commission minutieusement murie et échafaudée démontre toute l'ingéniosité dont l'homme peut faire preuve pour détruire ses semblables, dépassent les limites acceptables et neutralisent très largement toute possibilité d'exonération. Le crime d'agression est lui aussi plutôt résistant à la mise en œuvre d'un motif d'exonération en raison des liens trop étroits qu'il entretient avec le droit international public. Il faut en effet que l'acte d'agression qui caractérise l'élément contextuel de cette infraction internationale soit constaté par le Conseil de sécurité des Nations Unis et qu'il constitue une violation manifeste de la Charte. Au sein des quatre infractions internationales, le crime de guerre fait ainsi figure d'exception en ce qu'il est plus réceptif aux motifs d'exonération. La confrontation des motifs d'exonération aux différentes infractions du Statut de Rome vient alors donner corps à « cette idée ou ce sentiment qui se rencontre plus ou moins explicitement dans les positions exprimées par les États, à savoir que les crimes de guerre, quoique graves, seraient finalement plus excusables que le génocide ou les crimes contre l'humanité »²¹⁷⁴.

630. Difficultés à admettre l'exonération d'un individu en position de dirigeant.

L'examen des limites personnelles à la mise en œuvre des motifs d'exonération a conduit à refuser toute limite tenant à la participation personnelle. L'effet *in rem* attribué parfois à certains motifs d'exonération conduisant à lier l'exonération du participant à celui de l'auteur matériel

²¹⁷⁴ HEUGAS-DARRASPEN E., « Article 33 – Ordre hiérarchique et ordre de la loi », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 953. V. aussi DEPREZ Ch., *L'applicabilité des droits humains à l'action de la Cour pénale internationale*, Bruylant, 2016, p. 274 : « par leur nature et par le contenu même des éléments contextuels qu'ils réclament, les crimes de génocide et contre l'humanité supplantent le crime de guerre sur l'échelle de gravité des faits infractionnels internationaux » ; ou encore SCHABAS W., *An introduction to the International criminal Court*, Cambridge University Press, 4^{ème} éd., 2011, p. 94-95.

a en effet été rejeté pour mieux apprécier le comportement individuel de chacun des protagonistes de l'infraction. Aussi les motifs d'exonération doivent-ils pouvoir être appréciés individuellement à l'égard de chaque individu, quelle que soit la façon dont il a participé à l'infraction internationale. La fonction qu'il occupe peut en revanche limiter la mise en œuvre des motifs d'exonération, surtout si l'individu joue un rôle de dirigeant. L'autorité et la connaissance conférées par cette position privilégiée conduit en effet à limiter la mise en œuvre de quasiment tous les motifs d'exonération. La nécessité militaire et les représailles, par exception, sont particulièrement adaptées à la position de dirigeant car elles nécessitent justement une connaissance étendue des circonstances et la capacité de prendre des décisions.

631.Facilité à admettre l'exonération d'un individu en position d'exécutant. C'est d'ailleurs ce qui explique que la nécessité militaire et les représailles ne peuvent pas, en principe, être mises en œuvre de façon autonome à l'égard d'un exécutant. Cette position implique en effet que l'individu manque d'autorité – et donc d'autonomie et d'initiative – mais également de connaissance. Cela étant, la position d'exécutant est la position privilégiée de la mise en œuvre de l'ordre du supérieur. Ce dernier permet même de prendre en compte indirectement la nécessité militaire et les représailles car si elles sont décidées par le dirigeant, elles sont souvent mises en œuvre par l'exécutant. Finalement, la porte de l'exonération est assez largement ouverte à l'exécutant, ce que l'on peut comprendre compte tenu de la préparation et de l'organisation qu'impliquent les crimes internationaux et qui invitent donc à considérer la responsabilité des décideurs comme plus grave.

632.Réunion des limites matérielles et personnelles à la mise en œuvre des motifs d'exonération. La réunion des deux catégories de limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international amène alors à conclure que ces derniers pourraient être relativement bien accueillis en cas de commission d'un crime de guerre par un exécutant. Les autres situations, à savoir la commission d'une autre infraction internationale par un exécutant ou la commission de l'une des quatre infractions internationales par un dirigeant, ne laissent que peu de possibilités à un motif d'exonération d'être admis.

CONCLUSION GENERALE

633. Si « l'indicible n'est pas l'apanage de la Cour pénale internationale »²¹⁷⁵, il n'en demeure pas moins que cette dernière n'a compétence qu'à « l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »²¹⁷⁶. Cette particularité tenant à l'extrême gravité des crimes commis est propre au droit pénal international et rend difficile la construction de l'exonération en la matière. L'étude des motifs d'exonération a toutefois porté ses fruits en permettant d'en saisir les conditions de mise en œuvre et les limites.

634. **Structure substantielle de l'exonération en droit pénal international.** La construction de l'exonération en droit pénal international devait en premier lieu passer par l'étude des conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération dans cette matière spécifique. L'examen de leurs conditions substantielles de mise en œuvre a tout d'abord permis de les organiser selon le rapport que chacun d'eux entretient avec le choix de commettre l'infraction. Le trouble mental, l'intoxication, l'erreur de fait, l'erreur de droit, l'ordre du supérieur et la contrainte ont ainsi été classés au sein des motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction, les cinq premiers car ils supposent une absence de conscience du choix de commettre l'infraction et le dernier car il implique une absence de liberté d'effectuer ce choix. À l'inverse, la légitime défense, l'état de nécessité, la nécessité militaire et les représailles ont été placés dans la catégorie des motifs d'exonération fondés sur le choix de commettre l'infraction. Cette classification s'est révélée cruciale pour la construction de l'exonération entreprise car elle a permis d'exclure la condition de proportionnalité des conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international. En effet, la proportionnalité consiste à évaluer le choix opéré par la personne de sacrifier une valeur pour en protéger une autre. Or, si cette proportionnalité est une condition commune aux motifs d'exonération fondés sur le choix de commettre l'infraction, elle ne peut en revanche conditionner les motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction puisqu'il n'y a alors aucun choix à évaluer. Par ailleurs, si la diversité des motifs d'exonération impliquait des conditions spéciales de mise en œuvre pour chacun d'eux, il a été

²¹⁷⁵ DEPREZ Ch., *L'applicabilité des droits humains à l'action de la Cour pénale internationale*, Bruylant, 2016, para. 175 p. 260.

²¹⁷⁶ Préambule du Statut de Rome.

possible de leur donner une cohérence d'ensemble. L'étude des conditions substantielles de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international a ainsi permis de les unir autour de deux conditions générales : une condition reposant sur le caractère raisonnable et une condition reposant sur l'absence de faute antérieure. L'exonération en droit pénal international implique alors que le comportement de l'individu soit raisonnable et dénué de faute.

635. Structure procédurale de l'exonération en droit pénal international. L'étude des conditions de mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international n'aurait toutefois pas été complète sans procéder ensuite à l'examen de leurs conditions procédurales de mise en œuvre. Il a ainsi fallu s'intéresser à l'invocation d'un moyen de défense tiré d'un motif d'exonération, qui supposait dans un premier temps de procéder à la catégorisation procédurale de ces motifs. Il en ressort que, procéduralement, les motifs d'exonération constituent des défenses exonératoires qui peuvent être invoquées par l'accusé pour justifier ou excuser une conduite qui serait autrement infractionnelle, en faisant référence à des circonstances dont l'absence n'est pas un élément constitutif de l'infraction. Ces défenses exonératoires, catégorie particulière de défenses au fond, peuvent ainsi être invoquées à tout moment de la procédure par l'accusé, qui est libre de renoncer à cette invocation. La renonciation à une défense exonératoire conditionne d'ailleurs la procédure d'aveu de culpabilité. L'invocation d'une défense exonératoire ne doit au demeurant pas être entravée. Or, le droit positif n'est pas satisfaisant sur ce point et doit donc être modifié. En effet, en l'état actuel du droit pénal international, une dichotomie est opérée entre l'invocation des motifs d'exonération prévus par le Statut de Rome et celle des motifs d'exonération non prévus par le Statut. L'invocation des premiers n'est soumise à aucune limite, ce qu'il faut approuver. En revanche, l'invocation des seconds est soumise à une procédure spéciale d'autorisation régie par le Règlement de procédure et de preuve qui peut donc aboutir à ce que l'accusé ne puisse pas invoquer une défense exonératoire lors de son procès. Cette procédure spéciale porte alors atteinte au droit de l'accusé de faire valoir des moyens de défense, consacré à l'article 67 du Statut de Rome²¹⁷⁷, et doit être supprimée. Face à des crimes qui heurtent la conscience universelle, la tentation est en effet grande de s'affranchir des règles protectrices des droits des individus. Un auteur résume toutefois bien le danger occasionné par ce qui serait alors un droit d'exception : « on dit : ce sont des bandits, contre des bandits tout est permis. Oui, c'est possible, mais ne dites pas, en vous affranchissant des règles juridiques ordinaires, que vous

²¹⁷⁷ SCPI, art. 67 para. 1 e).

faites de la justice »²¹⁷⁸. Le droit pénal international a en grande partie résisté à cette tentation mais il faut en supprimer les dernières traces. En revanche, pour parvenir à une construction cohérente de l'exonération, tous les motifs d'exonération, quelle que soit leur place dans le Statut de Rome ou à l'extérieur, devraient faire l'objet d'une obligation de communication à l'accusation, ce qui n'est pas le cas en l'état du droit positif puisque seuls les motifs d'exonération de l'article 31 du Statut sont soumis à une telle exigence.

636.Preuve des motifs d'exonération. La structure procédurale de l'exonération en droit pénal international devait être complétée dans un second temps par l'étude de la preuve des motifs d'exonération. Cette étude a ainsi mis en lumière les difficultés de l'individu à réunir des éléments de preuve relatifs à des défenses exonératoires, d'une part parce que les États peuvent refuser de coopérer avec la défense et d'autre part car le procureur peut adopter des stratégies de dissimulation des éléments à décharge. La Cour pénale internationale risque de peiner à atténuer ce déséquilibre. La charge de la preuve des motifs d'exonération a conduit à une autre difficulté, fondée cette fois sur l'articulation entre le droit, pour l'accusé, de « ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation »²¹⁷⁹ et la pratique des juridictions pénales internationales faisant peser une certaine charge sur l'accusé lorsqu'il invoque des motifs d'exonération. Cette difficulté a pu être surmontée en opérant une distinction tenant au standard de preuve, c'est-à-dire au seuil que doit atteindre l'individu afin de se décharger de son fardeau probatoire. Ainsi, lorsque l'accusé invoque un motif d'exonération il doit prouver, sur la base de la prépondérance des preuves, que l'application de ce motif d'exonération à sa situation est plus probable que sa non-application. L'accusation doit quant à elle établir l'absence du motif d'exonération au-delà du doute raisonnable, ce qui constitue un standard probatoire plus élevé que celui que l'accusé doit satisfaire. De cette façon, le système probatoire des motifs d'exonération est équilibré et traduit bien les devoirs respectifs de chacun. L'attribution d'une certaine charge probatoire sur l'accusé évite en effet qu'il n'invoque pléthores de motifs d'exonération dont l'accusation devrait ensuite prouver l'absence au-delà du doute raisonnable.

637.Résistance des infractions internationales par nature à l'exonération. Une fois les règles substantielles et procédurales de mise en œuvre des motifs d'exonération réorganisées, la construction de l'exonération en droit pénal international devait également passer par

²¹⁷⁸ RENAULT L., « De l'application du droit pénal aux faits de guerre », *JDI*, 1915, p. 342.

²¹⁷⁹ *SCPI*, art. 67 para. 1 i).

l'examen des limites à leur mise en œuvre. Il fallait pour ce faire confronter les motifs d'exonération à l'infraction internationale commise ainsi qu'à la personne susceptible de la commettre. S'agissant des limites matérielles, la méthode suivie a consisté à confronter les caractères principaux des actes exonérés – spontanéité et modération – aux deux composantes de l'infraction internationale : son acte sous-jacent et son contexte. La méthode s'est révélée efficace en ce qu'elle a permis de mettre au jour ce qui, dans chaque infraction internationale, constitue une limite à la mise en œuvre des motifs d'exonération : tout ce qui fait perdre à l'acte son caractère spontané ou modéré empêchera en effet qu'il puisse être exonéré. Les caractères spontané et modéré que doit présenter l'acte exonéré résistent ainsi très mal à la confrontation au crime contre l'humanité et au génocide. Ces deux infractions nécessitent en effet une structure entièrement tournée vers l'élaboration et la réalisation d'un projet criminel consistant à opprimer voire à supprimer un groupe inoffensif. Si certains des actes sous-jacents de ces crimes pourraient s'accorder avec la spontanéité et la modération, caractéristiques exigées pour l'exonération, le contexte d'attaque généralisée ou systématique du crime contre l'humanité et l'intention de faire disparaître un groupe protégé du génocide s'opposent à toute spontanéité et, peut-être surtout, à toute modération. Finalement l'entreprise criminelle corrompt tout. Le crime de guerre est en revanche moins rétif à la mise en œuvre des motifs d'exonération car le conflit armé n'est pas en lui-même porteur d'illégalité. C'est donc principalement par rapport à l'acte sous-jacent commis que doivent s'apprécier les motifs d'exonération. Les rédacteurs du Statut de Rome pressentaient peut-être déjà cette dichotomie lorsqu'ils ont consacré les divers motifs d'exonération au sein du Statut et ont réservé l'application de l'ordre du supérieur, de la légitime défense des biens et de la nécessité militaire au crime de guerre. L'étude des motifs d'exonération conforte alors l'idée parfois suggérée que si toutes les infractions internationales sont d'une extrême gravité, peut-être le crime de guerre l'est-il un peu moins.

638. Mise en œuvre différenciée de l'exonération suivant la position de l'individu.

S'agissant des limites personnelles, la participation personnelle a été distinguée de la position personnelle de l'individu. La confrontation des motifs d'exonération à la forme de participation a conduit à plaider pour une absence de limite tenant à ces formes de participation personnelle et à prôner une appréciation individuelle de chaque motif d'exonération par rapport à la personne qui l'invoque. En revanche, la confrontation des motifs d'exonération à la position personnelle de l'individu a permis d'établir une distinction entre le dirigeant et l'exécutant. Le premier se verra en effet très difficilement exonéré dans la mesure où sa position lui confère autorité et connaissance et s'accorde ainsi mal avec les motifs d'exonération. Le second est à

l'inverse dans une position qui suppose un manque d'autorité – donc d'initiative et d'autonomie – et un manque de connaissance qui s'accommodent mieux avec la mise en œuvre des motifs d'exonération. La différence se comprend dans la mesure où la particularité des infractions internationales et leur gravité suprême doivent conduire à considérer les dirigeants comme les plus hauts responsables. Finalement, l'exonération en droit pénal international sera sans doute réservée à l'exécutant d'un crime de guerre, si tant est qu'il parvienne jusqu'à la Cour pénale internationale. Les ressources financières et humaines limitées de cette dernière peuvent en effet conduire le Bureau du procureur à réserver ces moyens à la poursuite des plus hauts responsables, c'est-à-dire des dirigeants. Difficile alors à l'exonération d'être mise en œuvre.

639. Nécessité de préserver l'exonération en droit pénal international. C'est sans doute ce qui a poussé un auteur à proposer, non sans cynisme, de renommer l'article 31 intitulé « motifs d'exonération de la responsabilité pénale » en « motifs de diminution de la peine »²¹⁸⁰. Que l'exonération n'intervienne que de manière exceptionnelle ne peut être contesté mais il faut toutefois se garder de céder à cette tentation pour éviter qu'une « injustice faite à un seul [soit] une menace faite à tous »²¹⁸¹.

²¹⁸⁰ JANSSEN S., « Mental condition defences in supranational criminal law », *I.C.L.R.*, 2004, vol. 4, Issue 1, p. 98 : « Article 31 could be renamed "grounds for mitigating punishment" ».

²¹⁸¹ Charles-Louis de Secondat, dit Montesquieu.

Annexe : Propositions de modifications des instruments juridiques de la Cour pénale internationale

L'étude des motifs d'exonération en droit pénal international a permis de procéder à une construction cohérente de l'exonération en la matière. Pour cela, des propositions de réécriture, de suppression ou d'ajout aux différents textes des instruments juridiques de la Cour pénale internationale ont été faites. La présente annexe les regroupe en les opposant aux versions actuelles des textes.

Version actuelle des textes	Version proposée des textes
<p>Intoxication et trouble mental, Article 31 paragraphe 1 a) et 1 b) du Statut de Rome : la personne n'est pas pénalement responsable si « Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi »</p> <p>« Elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ».</p>	<p>Intoxication et trouble mental :</p> <p>la personne n'est pas pénalement responsable si « Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale, ou était dans un état d'intoxication, qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi.</p> <p>Le bénéfice de ce motif d'exonération est exclu si la personne a contribué à son état dans des circonstances telles qu'elle savait qu'elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour ».</p>

<p>Légitime défense, Article 31 paragraphe 1 c) du Statut de Rome :</p> <p>« Elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa ».</p>	<p>Légitime défense, suppression des biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire : « Elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa ».</p>
<p>État de nécessité, Article 31 paragraphe 1 d) du Statut de Rome : « 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 :</p> <p>i) Soit exercée par d'autres personnes;</p> <p>ii) Soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté ».</p>	<p>État de nécessité :</p> <p>« Le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour a été adopté en réponse à une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, que cette atteinte soit continue ou imminente, et si elle a agi raisonnablement et de manière proportionnée pour écarter cette menace. La menace provient de circonstances objectives auxquelles l'individu n'a pas contribué ».</p>

<p>Contrainte, non-prévue par le Statut de Rome.</p>	<p>Contrainte : « 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 ou d'une atteinte grave à l'intégrité physique exercée par d'autres personnes, à condition que cette menace ait été irrésistible ».</p>
<p>Erreur de fait ou de droit, Article 32 du Statut de Rome : « 1. Une erreur de fait n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime.</p> <p>2. Une erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33 ».</p>	<p>Erreur de fait ou de droit :</p> <p>« 1. L'erreur n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle est raisonnable et fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33.</p> <p>2. L'erreur portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale ».</p>
<p>Ordre hiérarchique et ordre de la loi, Article 33 du Statut de Rome : « 1. 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 :</p> <p>a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ;</p>	<p>Ordre hiérarchique et ordre de la loi :</p> <p>« 1. 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 :</p> <p>a) Cette personne n'ait eu l'obligation d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ;</p> <p>b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et</p>

<p>b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et</p> <p>c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal.</p> <p>2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal ».</p>	<p>c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal.</p> <p>2. Le bénéfice de l'ordre du supérieur est exclu en cas de crime contre l'humanité ou de génocide ».</p>
<p>Nécessité militaire, présente pour certains actes sous-jacents du crime de guerre de l'Article 8 du Statut de Rome.</p>	<p>Nécessité militaire : « 1. La nécessité militaire [...] s'entend de la nécessité de mesures proportionnées pour atteindre des objectifs militaires précis, et légales selon les lois et coutumes de la guerre.</p> <p>2. Telle que décrite dans le paragraphe 1, la nécessité militaire s'applique exclusivement aux crimes de guerre visés aux articles suivants : art. 8 para. 2 a) iv) ; art. 8 para. 2 b) ii) ; art. 8 para. 2 b) iv) ; art. 8 para. 2 b) v) ; art. 8 para. 2 b) ix) ; art. 8 para. 2 b) xiii) ; art. 8 para. 2 e) iv) ; art. 8 para. 2 e) viii) ; art. 8 para. 2 e) xii) ».</p>
<p>Procédure spéciale d'invocation d'un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome, Article 31 paragraphe 3 du 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. La procédure d'examen de ce motif d'exonération est fixée dans le Règlement de procédure et de preuve ».</p> <p>Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve : « 1. La défense doit notifier à la</p>	<p>Prise en compte d'un motif d'exonération non prévu par le Statut de Rome : Article 31 paragraphe 3 du Statut :</p> <p>« Lors du procès, la Cour peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1 ».</p> <p>Suppression sans remplacement de la Règle 80 du Règlement de procédure et de preuve.</p>

<p>Chambre de première instance et au Procureur son intention d'invoquer un motif d'exonération de la responsabilité pénale en application du paragraphe 3 de l'article 31. Cette notification doit être faite suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour que le Procureur ait le temps de préparer convenablement celui-ci.</p> <p>2. Une fois reçue la notification prévue par la disposition 1 ci-dessus, la Chambre de première instance entend le Procureur et la défense avant de déterminer si la défense peut invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale.</p> <p>3. Si la défense est autorisée à invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale, la Chambre de première instance peut autoriser l'ajournement du procès pour donner au Procureur le temps d'examiner le motif en question ».</p>	
<p>Divulgarion des éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération par la défense, Règle 79 paragraphe 1 b) du Règlement de procédure et de preuve : La défense informe le Procureur de son intention d'invoquer « un des motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus au paragraphe 1 de l'article 31, auquel cas doivent être précisés dans la notification le nom des témoins et tous autres éléments de preuve que l'accusé a l'intention d'invoquer pour établir son moyen de défense ».</p>	<p>Divulgarion des éléments de preuve relatifs aux motifs d'exonération par la défense, Règle 79 paragraphe 1 b) du Règlement de procédure et de preuve : La défense informe le Procureur de son intention d'invoquer « un motif d'exonération de la responsabilité pénale, auquel cas doivent être précisés dans la notification le nom des témoins et tous autres éléments de preuve que l'accusé a l'intention d'invoquer pour établir son moyen de défense ».</p>

<p>Fixation de la peine, Règle 145 Règlement de procédure et de preuve : « 2. Outre les considérations susmentionnées, la Cour tient compte, selon qu'il convient : a) De l'existence de circonstances atténuantes telles que :</p> <p>i) Circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, comme une altération substantielle du discernement ou la contrainte ».</p>	<p>Fixation de la peine, Règle 145 Règlement de procédure et de preuve : « 2. Outre les considérations susmentionnées, la Cour tient compte, selon qu'il convient : a) De l'existence de circonstances atténuantes telles que :</p> <p>i) Circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, comme une altération substantielle du discernement ».</p>
--	---

BIBLIOGRAPHIE

I- Dictionnaire, lexiques juridiques et ouvrages non juridiques

A- En langue française

ARENDE H.:

- *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961.
- *Eichmann à Jérusalem*, Folio, 1991.
- *Responsabilité et jugement*, Petite bibliothèque Payot, 2009.

BEAUVALLET O. (ss. dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, 2017.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Association Henri Capitant, 14^{ème} éd., 2022.

FAYE J.-P., *Introduction aux langages totalitaires – Théorie et transformations du récit*, Livre de poche, 2009.

FERENCZ B., *Mémoires de Ben – Procureur à Nuremberg et avocat de la paix mondiale*, Pocket, 2016.

LEMOINE P., *La santé psychique de ceux qui ont fait le monde*, Odile Jacob, 2019.

MASSIAS J.-P., PHILIPPE X. et PLAS P., *Annuaire de justice pénale internationale et transitionnelle*, Institut universitaire Varenne, coll. « Transition et justice », 2014.

MAUPAS S., *Le joker des puissants : le grand roman de la Cour pénale internationale*, éd. Don Quichotte, 2016.

MILGRAM S., *Soumission à l'autorité*, Calmann-Levy, 1974.

SEMELIN J., *Purifier et détruire – Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005.

Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie de droit international*, Sirey 1960.

B- En langue anglaise

LANGER W. C., *The mind of Adlof Hitler – The secret wartime report*, Basic Books, 1972.

II- Encyclopédies juridiques

A- En langue française

BERNARDINI R., « Légitime défense », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation février 2018).

BONIS E., « Troubles psychiques – Malades mentaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation mai 2021).

BUISSON J., « Preuve », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation octobre 2020).

DANTI-JUAN M., « Ordre de la loi », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation janvier 2022).

JUROVICS Y., EUDES M., « Crime de guerre », *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 412 (mise à jour 5 janv. 2011).

LEBEN Ch., « Contre-mesures », *Répertoire de droit international*, Dalloz, (actualisation décembre 1998).

LEMASSON A., « Justice internationale pénale (procédure) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (actualisation octobre 2019).

LEMASSON A.-Th., TRUCHE P. et BOURETZ P., « Justice internationale pénale (crimes) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (actualisation octobre 2019).

MAYAUD Y., « Violences involontaires : théorie générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation mai 2021).

PÉTEL-TEYSSIÉ I., « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz (actualisation juin 2021).

PREZAS I., « Crime d'agression », *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 450 (actualisation 13 nov. 2014).

STERN B., « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Dalloz (actualisation janvier 2019)

VIRIOT-BARRIAL D., « L'erreur sur le droit », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz (actualisation février 2020).

B- En langue anglaise

HAYES N., McDERMOTT Y. et SCHABAS W. (ss. dir.), *The Ashgate research companion to international criminal law: critical perspectives*, Ashgate, 2013.

WELLER M. (ss. dir.), *The Oxford Handbook of the use of force in international law*, O.U.P., 2015.

III- Ouvrages généraux, manuels et traités

A- En langue française

ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (ss. dir.) :

- *Droit international pénal*, Pedone, 1^{ère} éd., 2000.
- *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012.

BELLIVIER F., EUDES M. et FOUCHARD I., *Droit des crimes internationaux*, P.U.F., coll. « Thémis », 2018.

BETTATI M., *Droit humanitaire*, Dalloz, coll. « Précis », 1^{ère} éd., 2012.

BICHOVSKY A., MASSROURI M. et MOREILLON L. (ss. dir.), *Droit pénal humanitaire*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2009.

BOULOC B. :

- *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 26^{ème} éd., 2019.
- *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis », 27^{ème} éd., 2019.

CARBONNIER J., *Droit civil*, t.1, Quadrige, 2004.

CASSESE A., SCALIA D., THALMANN V., *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, 2010.

CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L. et GUINCHARD S., *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. « Précis », 35^{ème} éd., 2020.

CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd., 2004.

CORTEN O., *Le droit contre la guerre*, Pedone, 3^{ème} éd., 2020.

CORTEN O., DUBUISSON F., KOUTROULIS V. et LAGERWALL A., *Une introduction critique au droit international*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017.

DAVID E. :

- *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, vol. 2, 2^{ème} éd., 2018.
- *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant 6^{ème} éd., 2019.

De FROUVILLE O., *Droit international pénal*, Pedone, 2012.

DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, coll. « U », 1971.

DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, Économica, coll. « Corpus droit privé », 4^{ème} éd., 2015.

DESPORTES F. et Le GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Économica, 16^{ème} éd., 2009.

DÉCIMA O., DETRAZ S., VERNY E., *Droit pénal général*, L.G.D.J., coll. « Cours », 4^{ème} éd., 2020.

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., coll. « Manuel », 3^{ème} éd., 2015.

DEYRA M., *Le droit dans la guerre*, Lextenso éditions, 2009.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1938.

DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016.

DUPUY P.-M. & KERBRAT Y., *Les grands textes de droit international public*, Dalloz, coll. « Grands textes », 9^{ème} éd., 2016.

DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, Dalloz, coll. « Précis », 15^{ème} éd., 2020.

FIERENS J., *Droit humanitaire pénal*, Larcier, 2014.

GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t.1, Sirey, 3^{ème} éd., 1913.

GLASER S., *Introduction à l'étude du droit international pénal*, éd. Bruyant et Sirey, 1954.

GUINCHARD S. et al. (ss. dir.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz., coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2015.

GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2021.

HUET A. et KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, P.U.F., coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2005.

JEULAND E., *Droit processuel général*, L.G.D.J., coll. « Précis Domat droit privé », 4^{ème} éd., 2018.

KOLB R. :

- *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2009.
- *Droit international pénal*, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} éd., 2012.

LARGUIER J. et CONTE Ph., *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Mémentos », 25^{ème} éd., 2019.

LOMBOIS C. :

- *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd. 1979.
- *Droit pénal général*, Hachette, 1994.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, P.U.F., 7^{ème} éd., 2021.

MELZER N., *Droit international humanitaire*, Manuel du C.I.C.R., 2018.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel : procédure pénale*, t.2, Cujas, 5^{ème} éd., 2001.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997.

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 12^{ème} éd., 2021.

PLAWSKI S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, L.G.D.J., 1972.

PRADEL J. :

- *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2016.
- *Droit pénal général*, Cujas, 22^{ème} éd., 2019.
- *Procédure pénale*, Cujas, 20^{ème} éd., 2019.

RASSAT M.-L. :

- *Procédure pénale*, Ellipses, 3^{ème} éd., 2017.
- *Droit pénal général*, Ellipses, coll. « Cours Magistral », 4^{ème} éd., 2017.

REBUT D., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., 2019.

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, P.U.F., coll. « Thémis », 6^{ème} éd., 2005.

VERGÈS E., VIAL G. et LECLERC O., *Droit de la preuve*, P.U.F., 2015.

VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t.2, Librairie Rousseau, 6^{ème} éd., 1921.

B- En langue anglaise

ALLEN M. J., *Criminal law*, O.U.P., 14^{ème} éd., 2017.

ASHWORTH A. & HORDER J., *Principles of criminal law*, O.U.P., 7^{ème} éd., 2013.

BAKER D. J., *Textbook of criminal law*, Sweet and Maxwell, 4^{ème} éd., 2015.

BANTEKAS I., *International criminal law*, Hart Publishing, 4^{ème} éd., 2010.

BASSIOUNI Ch., *Introduction to international criminal law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 439.

BOAS G. et al., *International criminal procedure*, vol. III, C.U.P., 2011.

CARD R. et MOLLOY J., *Criminal law*, O.U.P., 22^{ème} éd., 2016.

CASSESE A., *International criminal law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2013.

CHILD J. et ORMEROD D., *Essentials of criminal law*, O.U.P., 2^{ème} éd., 2017.

CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 3^{ème} éd., 2014.

CURRIE, *International and transnational criminal law*, Irwin law, 2010.

DINSTEIN Y., *Non-international armed conflicts in international law*, C.U.P., 2014.

FLETCHER G. P.:

- *Rethinking criminal law*, Little Brown, 1978.
- *Basic concepts of criminal law*, O.U.P., 1998.

GUILFOYLE D., *International criminal law*, O.U.P., 2016.

HORDER J., *Ashworth's principles of criminal law*, O.U.P., 8^{ème} éd., 2016

JEFFERSON M., *Criminal law*, Pearson, 12^{ème} éd., 2015.

JESSBERGER F., WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2014.

- KEANE A. & MCKEOWN P., *The modern law of evidence*, O.U.P., 9^{ème} éd., 2011.
- McALHONE Ch. et WORTLEY N., *Criminal law*, Sweet & Maxwell, 4^{ème} éd., 2016.
- O'KEEFE R., *International criminal law*, O.U.P., 3^{ème} éd., 2017.
- PADFIELD N., *Criminal law*, O.U.P., 10^{ème} éd., 2016.
- PAUST J.-J., *International criminal law : cases and materials*, Carolina Academic Press, 1996.
- SCHABAS W., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4^{ème} édition, 2011.
- SIVAKUMARAN S., *The law of non international armed conflict*, O.U.P., 2012.
- SLYE R., *International criminal law*, Aspen Publishers, 2009.
- TRIFFTERER O. (ss. dir.):
- *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1^{ère} éd., 1999.
 - *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2^{ème} éd., 2008.
- TRIFFTERER O. et AMBOS K. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 3^{ème} éd., 2016.
- ZAHAR A. & SLUITER G., *International criminal law*, O.U.P., 2008.

IV- Ouvrages spécialisés, monographies et thèses

A- En langue française

- BABAN B. S., *La mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'État*, Larcier, 2012.
- BARDET M., *La notion d'infraction internationale par nature. Essai d'une analyse structurelle*, thèse, Bordeaux, 2020.
- BARDONNET D., COMBACAU J., DUPUY P.-M. & WEIL P. (ss. dir.), *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Pedone, 1991.
- BERGEAUX-WETTERWALD A., *Le droit à la preuve*, L.G.D.J., 2010.
- BLOCH L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003.

BOURDON W. et DUVERGER E., *La Cour pénale internationale. Le Statut de Rome commenté*, éd. Seuil, 2000.

BULLIER A. J., *La Common law*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 4^{ème} éd., 2016.

CABON S.-M., *La négociation en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 66, 2016.

CALVO-GOLLER K., *La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale*, Gazette du Palais, Lextenso éditions, coll. « Guide pratique », 2012

CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 122, 2013.

CASSELLA S., *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

CASSESE A. et DELMAS-MARTY M. (ss. dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, P.U.F., 2002.

CONTE Ph., *L'apparence en matière pénale*, thèse, Grenoble 2, 1984.

CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruylant, 1997.

CRAWFORD J., *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Pedone, 2003.

CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J., 2006.

DAOULAS H., *Présomption d'innocence et preuve pénale*, thèse, Université de Perpignan, 1999.

de VISSCHER Ch., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, 1963.

DELIVANIS J., *La légitime défense en droit international public moderne*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971.

DELMAS-MARTY M. FRONZ E. et LAMBERT-ABDELGRAVAD E. (ss. dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004.

DELMAS-MARTY M., *Raisonnement la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, P.U.F., 1989.

DEPREZ Ch., *L'applicabilité des droits humains à l'action de la Cour pénale internationale*, Bruylant, 2016.

DUFFOURC M., *La participation à l'infraction internationale*, thèse, Bordeaux, 2013.

FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.) :

- *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012 (2^{ème} éd., 2019)
- *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019.

FINCK F., *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. Essai sur la commission d'un fait illicite par un État ou une organisation internationale*, thèse, Strasbourg, juin 2011.

FOFÉ DJOFIA MALEWA J.-P., *L'administration de la preuve devant la Cour pénale internationale : règles procédurales et méthodologiques*, L'Harmattan, 2015.

FORIERS P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, thèse, 1951.

FURET M.-F., MARTINEZ J.-C., DORANDEU H., *La guerre et le droit*, Pedone, 1979.

GARAPON A. et PAPADOPOULOS I., *Juger en France et en Amérique*, Odile Jacob, 2003.

GARAPON A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner, pour une justice internationale*, éd. Odile Jacob, 2002.

GLASER S., *Infraction internationale. Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

HAZAN E. T., *L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international*, Pedone, 1949.

HENRY E., *Le principe de nécessité militaire : histoire et actualité d'une norme fondamentale de droit international humanitaire*, Pedone, 2016.

HENZELIN M. et ROBERT R. (ss. dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, L.G.D.J., 2002.

HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020.

JACQUELIN M., *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses », 2012.

KAMTO M., *L'agression en droit international*, Pedone, 2010.

KOLB R., *Théorie de jus cogens international. Essai de relecture du concept*, P.U.F., 2001.

KOUTROULIS V., *Jus ad/contra bellum, Le droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, 2013.

LA ROSA A.-M., *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, P.U.F., 2003.

Le procès de Nuremberg, Le verdict, Service d'information des crimes de guerre, Office français d'édition.

LINGANE Z., *Punir, amnistier ou nier : le crime international de Nuremberg à la Haye*, L'Harmattan, 2014.

MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004.

MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1999.

MOLLARD-BANNELIER C. (ss. dir.), *La nécessité en droit international, Colloque de Grenoble*, Société française pour le Droit International, Pedone, 2007.

MÜLLER-RAPPARD E., *L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné*, Pedone, 1965.

NIANG B., *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, L'Harmattan, 2014.

NICOLAS-GRÉCIANO M., *L'égalité des armes devant les juridictions pénales internationales*, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses », n°134, 2016.

NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruylant, 2005.

NOLLEZ-GOLDBACH R. et SAADA J. (ss. dir.), *La justice pénale internationale face aux crimes de masse. Approches critiques*, Pedone, 2014.

PIN X., *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 36, 2002.

POUYANNE J., *L'auteur moral de l'infraction*, P.U.A.M., 2003.

ROBACZEWSKI C., *Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale*, thèse, Lille, 2002.

ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 89, 2009.

RUIZ FABRI H. et SOUL J.-M. (ss. dir.), *La preuve devant les juridictions pénales*, Pedone, 2007.

SCALIA D., *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruylant, 2011.

SICILIANOS L. A., *Les réactions décentralisées à l'illicite*, L.G.D.J., 1990.

SOURZAT C., *La renonciation en procédure pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 56, 2013.

SZUREK S., *La force majeure en droit international*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1996, t. II.

TERGALISE N. E., *La protection des droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale*, L'Harmattan, 2012.

VAN STEENBERGHE R., *La légitime défense en droit international public*, Larcier, 2012.

VAURS-CHAUMETTE A.-L., *Les sujets de droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale*, L.G.D.J., 2010.

YOKARIS A., *La répression pénale en droit international public*, Bruylant, 2005.

B- En langue anglaise

ARIMATSU L., *Understanding defences in international criminal law*, thèse, London School of Economics and Political Science, octobre 2006.

BANTEKAS I., *Criminological approaches to international criminal law*, Cambridge university press, 2014.

BASSIOUNI Ch., *Crimes against humanity – Historical evolution and contemporary application*, C.U.P., 2011.

BOHLANDER M., BOED R. & WILSON R. (ss. dir.), *Defense in international criminal proceedings : cases, materials and commentary*, Transnational, 2006.

Book 25 : Materials on the responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations legislative series, 2012.

CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD, *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, Oxford University Press, vol 2, 2002.

CHINKIN Ch. & BAETENS F. (ss. dir.), *Sovereignty, statehood and State responsibility, Essays in honour of James Crawford*, C.U.P., 2015.

CRAWFORD J., *State responsibility*, C.U.P., 2013.

D'ASCOLI S., *Sentencing in international criminal law*, Hart Publishing, 2011.

DARCY S., *Judges, law and war : the judicial development of international humanitarian law*, C.U.P., 2014.

DE HERT P. et al., *Code of international criminal law and procedure annotated*, Larcier, 2013.

DINSTEIN Y.:

- *The defence of « obedience to superior orders » in international law*, Leiden: Sijthoff, 1965
- *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 5^{ème} éd., 2012.
- *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, C.U.P., 3^{ème} éd., 2016.

FEDOROVA M., *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, Intersentia, coll. « Human rights research series », 2012.

FLETCHER G. P., *The grammar of criminal law - American, Comparative and International, Volume 1 : foundations*, O.U.P., 2007.

GARDAM J, *Necessity, proportionality and the use of force by states*, C.U.P., 2004.

GAZZINI T. & TSAGOURIAS N. (ss. dir.), *The use of force in international law*, Ashgate, 2012.

GREEN L. C., *Superior orders in national and international law*, Leiden: Sijthoff, 1976.

HAYASHI N., *Military necessity*, thèse Leiden, 2017.

HEATHCOTE S., *State of necessity and international law*, thèse, Université de Genève, 2005.

HELLER K. J., *The Nuremberg military tribunals and the origins of international criminal law*, O.U.P., 2011.

HENCKAERTS J.-M. et DOSWALD-BECK L., *Customary international humanitarian law*, vol. 1, C.U.P., 2005.

JACKSON J. D. et SUMMERS S. J., *The internationalisation of criminal evidence. Beyond the common and civil law traditions*, C.U.P., 2012.

JALLOH Ch. Ch. (ss. dir.), *The Sierra Leone Special Court and its legacy : the impact for Africa and international criminal law*, C.U.P., 2014.

JORGENSEN N., *The responsibility of States for international crimes*, O.U.P., 2000.

KAZAZI M., *Burden of proof and related issues. A study on evidence before international tribunals*, Kluwer, 1996.

KHAN K. A. A., BUISMAN C. et GOSNELL Ch., *Principles of evidence in international criminal justice*, O.U.P., 2010.

KLAMBERG M.:

- *Evidence in international criminal trials : confronting legal gaps and the reconstruction of disputed events*, Leiden, 2013.
- *Commentary on the law of the International criminal court*, Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2017.

KNOOPS G. J., *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, 2^{ème} éd., 2008.

KRABBE M., *Excusable evil : an analysis of complete defenses in international criminal law*, Intersentia, 2014.

KREBS C. & BARRIGA S. (ss. dir.), *The crime of aggression : a commentary*, C.U.P., 2017.

LEPARD B. D., *Customary international law : a new theory with practical applications*, C.U.P., 2010.

LUBELL N., *Extraterritorial use of force against non-State actors*, O.U.P., 2010.

MAY R. et WIERDA M., *International criminal evidence. International and comparative criminal law*, Transnational Publishers, 2003.

McDOUGALL C., *The crime of aggression under the Rome Statute of the International criminal court*, C.U.P., 2013.

OLUSANYA O., *Sentencing war crimes and crimes against humanity under the ICTY*, Europa Law Publishing, 2005.

POLITI M. et NESI G. (ss. dir.), *The Rome Statute of the International criminal court: a challenge to impunity*, Ashgate, 2005.

RAUXLOH R., *Plea bargaining in national and international law*, Routledge, 2012.

ROBINSON P., *Criminal law defenses*, West Publishing Co, 1987.

ROHAN C., *Defence perspectives on international criminal law*, Cambridge university press, 2017.

SCHABAS W.:

- *Genocide in international law*, C.U.P., 2^{ème} éd., 2009.
- *The international criminal court, A commentary on the Rome Statute*, O.U.P, 2010.
- *Trial of the Kaiser*, O.U.P., 2018

SCHMITT M. N., PIJIC J. (ss. dir.), *International law and armed conflict : exploring the faultiness*, Martinus Nijhoff, 2007.

SCHWÖBEL Ch., *Critical approaches to international criminal law : an introduction*, Routledge, 2014.

SOURIS R. N., *Does defective moral development ever excuse ? Adult soldiers recruited as children*, thèse, American University, 2014.

STAHN C. & EL ZEIDY M. M., *The International criminal court and complementarity*, C.U.P., 2011.

TURNER J. I, *Plea bargaining across borders*, Aspen Publishers, 2009.

VAN SLIEDREGT E., *Individual criminal responsibility in international law*, O.U.P., 2012.

V- Articles, notes, études et chroniques

A- En langue française

ABELLAN HONRUBIA V., « La responsabilité internationale de l'individu », *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 180, p. 408 à 422.

ABI-SAAB G., CONDORELLI L., RONA G. et VANDERMEERSCH D., « L'article 31 par. 1c) du Statut de la Cour pénale internationale », *Revue belge de droit international*, 2000/2, p. 406-407, 447 et 454.

AKAKPO K. D. L., *Les enfants accusés de crimes internationaux : d'une justice hétérogène à une homogénéité des théories et des pratiques*, thèse, Ottawa, 2013.

AKTYPIS S., « Article 31 - Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 911 et s.

ALLAND D., « La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du droit international de la responsabilité », *J.D.I.*, 1983, p. 728 et s.

ASCENSIO H. et MAISON R., « L'activité des juridictions pénales internationales », chronique in *A.F.D.I.*

ASCENSIO H., « La responsabilité selon la Cour internationale de justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *R.G.D.I.P.*, 2007-2, p. 285 et s.

AUSSEL J.-M., « La contrainte et la nécessité en droit pénal », in STEFANI G. (ss. dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 254 et s.

BACHELET O., « La hiérarchie des preuves », in GIUDICELLI-DELAGE G. (ss. dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées*, Société de législation comparée, 2006, p. 67 et s.

BANNELIER K., « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un État est-il responsable pour ce crime : analyse de l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro », *Revue belge de droit international*, 2007, vol. 40, p. 257 et s.

BARDET M., « La résolution des concours de qualification devant la Cour pénale internationale », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 165 et s.

BASSIOUNI Ch., « Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu » *R.I.D.P.*, 1981, vol. 52, p. 41 et s.

BLONDEL A., « Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour permanente internationale de justice et de la Cour internationale de justice », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 201 et s.

BREILLAT D., « La responsabilité des gouvernants », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 35 et s.

CABON S.-M., « L'aveu dans la procédure accusatoire américaine », in BERGEAUD-WETTERWALD A. et SAINT-PAU J.-C. (ss. dir.), *La preuve pénale : problèmes contemporains en droit comparé*, 2013, p. 112 et s.

CADIET L., « La distinction entre *civil law* et *common law* a-t-elle encore un sens ? », in MEKKI M., CADIET L. et GRIMALDI C. (ss. dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 175 et s.

CAHN O. :

- « Le jugement en France par délégation d'une juridiction pénale international », *R.S.C.*, 2008, p. 273 et s.
- « L'hypothèse de l'applicabilité directe des dispositions matérielles du Statut de Rome », in PLAS P. et ROETS D. (ss. dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut universitaire Varenne, coll. « Transition et justice », 2018, p. 37 et s.

CARTIER M.-E. :

- « Contrainte et nécessité », *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Journée d'études de l'Association française de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 27 et s.
- « Brèves remarques sur la preuve devant la Cour pénale internationale », in PUIGELIER C. (ss. dir.), *La preuve*, Economica, 2004.

CASORLA F., « La preuve en procédure pénale comparée, Le droit français », *Revue internationale de droit pénal*, 1992, p. 183 et s.

CASSESE A., « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales », in FLUSS J.-F. (ss. dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthémis, 2005, p. 33 et s.

CAVISE L. L., « La preuve en procédure pénale comparée, Le droit américain », *Revue internationale de droit pénal*, 1992, p. 171.

CEDRAS J., « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.*, 1995, p. 18 et s.

CHAUMETTE A.-L., « Les causes de non-responsabilité sont-elles effectives ? », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 201 et s.

CHAUMONT Ch., « L'ambivalence des concepts essentiels du droit international », in MAKARCZYK (ss. dir.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, 1984, p. 56.

CHRISTAKIS Th. & BANNELIER K., « La légitime défense en tant que circonstance excluant l'illicéité », in KHERAD R. (ss. dir.), *Légitimes défenses*, L.G.D.J., 2007, p. 233 et s.

CONTE Ph., « Observations sur le concept de responsabilité pénale », in ZABALZA A. et GRARD C. (ss. dir.), *Les personnes et les choses du droit civil à la philosophie du droit et de l'État : Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Marc Trigeaud*, éd. Bière, 2020, p. 519 et s.

CORTEN O. :

- « La référence au droit international comme justification du recours à la force : vers une nouvelle doctrine de la guerre juste ? », in DILLANS A.-M. (ss. dir.), *La guerre et l'Europe*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 69 et s.
- « L'état de nécessité peut-il justifier un recours à la force non constitutif d'agression ? », *The Global community yearbook of international law and jurisprudence*, 2004, vol. I, p. 11 et s.
- « L'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire du crime de génocide : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un État pour génocide ? », *A.F.D.I.*, 2007, vol. 53, p. 249 et s.

COSTE-FLORET P., « La répression des crimes de guerre et le fait justificatif tiré de l'ordre supérieur », *Recueil Dalloz*, 1945, chron. IV, p. 21 et s.

COTTE B. et SEROUSSI J., « La manifestation de la vérité en droit pénal international », *Archives de philosophie du droit*, t. 53, *Le droit pénal*, 2010, p. 86 et s.

CURRAT P., « L'interprétation du Statut de Rome », *Revue québécoise de droit international*, 2007, p. 137 et s.

DAOUD E., « La défense devant la Cour pénale internationale », *AJpénal*, 2018, p. 453 et s.

DAVID E., « Les travaux de la Conférence de Londres (26 juin - 8 août 1845) sur le Statut du TMI de Nuremberg, une lecture parfois surprenante », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity : essais in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 323 et s.

DE VISSCHER C., « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *R.G.D.I.P.*, 1917, vol. XXIV, p. 74.

DELLA MORTE G., « La preuve à l'épreuve : trois cas-limites pour le juge international (pénal) », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity: essais in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 339 et s.

DELMAS-MARTY M., « Droit comparé et droit international : interactions et internormativité », in CHIVARIO M. (ss. dir.), *Justice pénale entre passé et avenir*, Giuffrè, 2003.

DELMAS-MARTY M., « La preuve pénale », *Droits*, 1996, n°23, p. 53 et s.

DETRAZ S., « Culpabilité de l'autorité légitime », *Gaz. Pal.*, 2016, n°4, p. 50.

DIGNEFFE F., « Attribution de responsabilité et sentiment vécu de responsabilité – Réflexions sur les contours de la responsabilité pénale à propos du génocide au Rwanda », in DIGNEFFE

F. et MOREAU T. (ss. dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Larcier, 2006, p.409 et s.

DION G., MARTIN-CHANTAL M. & YAHYA HAAGE M., « La double attribution de la responsabilité en matière de génocide », *Revue québécoise de droit international*, 2007, p. 173 et s.

DONNEDIEU DE VABRES H., « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit international pénal », *R.C.A.D.I.* 1947-I, p. 477 et s.

DUFOUR G., « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », *R.I.C.R.*, 2000, vol. 82, n°840, p. 969 à 992.

DUPARC C., « Les limites aux faits justificatifs », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 97 et s.

DUPUY P.-M. :

- « Observations sur le crime international de l'État », *R.G.D.I.P.*, 1980, vol. 3, p. 449 et s.
- « Crime sans châtement ou mission accomplie ? », *R.G.D.I.P.*, 2007-2, p. 243 et s.

ESTUPIÑAN SILVA R., « La gravité dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale à propos des crimes de guerre », *R.I.D.P.*, 2011, vol. 82, p. 541 et s.

ETIENNE J., « La morale formelle et le droit positif face à l'humainement inacceptable », in VERHAEGEN J. (ss. dir.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruylant, 1982, p. 23 et s.

EUDES M., « Droit international pénal et droit international des droits de l'homme », in FERNANDEZ J. (ss. dir.), *Justice pénale internationale*, CNRS éditions, 2016, p. 138 et s.

FALKOWSKA M., « L'interaction entre la Cour pénale internationale et le Conseil de sécurité en matière d'agression à l'issue de la conférence de révision du Statut de Rome », *Revue belge de droit international*, 2010, vol. 43, n°2, p. 572 et s.

FAUVEAU IVANOVIC N., « Quelle réalité pour les droits de la défense au sein de la Cour pénale internationale ? », *La revue des droits de l'Homme*, 2014, vol. 5.

FERENCZ B. B., « Pour mettre un terme à l'impunité du crime d'agression », *R.S.C.*, 2009, n°4, p. 739 et s.

FIERENS J., « La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse », in DIGNEFFE F. et MOREAU T. (ss. dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Larcier, 2006, p. 479 et s.

FOFÉ DJOFIA MALEWA J-P., « La preuve des faits similaires devant la Cour pénale internationale : mécanisme sous surveillance », *R.S.C.*, 2011, p. 343.

FOURÇANS C., « Les droits de la défense devant la Cour pénale internationale », *Rev. dr. hom.*, 2013, n°3.

FRANCON A., « L'erreur en droit pénal », in STEFANI G. (ss. dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 228 et s.

FRÉSARD J.-J., « Des laboratoires de Milgram aux champs de bataille : quelques éléments de compréhension du comportement des combattants », *R.I.C.R.*, 2004, n°853, p. 147 et s.

FRONZA E., MALARINO E. et SOTIS C., « Le principe de précision et la justice pénale internationale », in DELMAS-MARTY M., FRONZA E. et LAMBERT-ABDELGRAVAD E. (ss. dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 157 et s.

FUCINI S., « L'abolition du discernement par le fait de l'agent : l'*actio libera in causa*, une alternative à l'irresponsabilité pénale ? », *Lexbase Pénal*, 2021, n°40.

GAETA P., « Génocide d'État et responsabilité pénale individuelle », *R.G.D.I.P.*, 2007-2, p. 273 et s.

GALAND R. et DELOOZ F., « L'article 31 par. 1c) du Statut de la Cour pénale internationale : une remise en cause des acquis du droit international humanitaire ? », *R.I.C.R.*, juin 2001, vol. 83, p. 533 à 538.

GINOSSAR S., « Éléments du système anglais de la preuve judiciaire », in PERELMAN Ch. et FORIERS P. (ss. dir.), *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 99 et s.

GIRAUD E., « La théorie de la légitime défense », *Recueil des Cours*, t. XLIX, 1934-III, p. 691 et s.

GLASER S. :

- « L'acte d'État et le problème de la responsabilité individuelle », *Revue belge de droit pénal et de criminologie*, oct. 1950, p. 1 et s.
- « Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international », *Revue de droit pénal et de criminologie*, mars 1952, p. 570 et s.
- « L'ordre hiérarchique en droit pénal international », *Revue de droit pénal et de criminologie*, janvier 1953, p. 283 et s.

- « La culpabilité en droit international pénal », *R.C.A.D.I.*, 1960, p. 467 à 621.

GOGORZA A., « L'incidence du processus de justice transitionnelle colombien sur la compétence de la Cour pénale internationale », HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 375 et s.

GRADITZKY T., « La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé », *R.I.C.R.*, 1998, p. 829 et s.

GRANGEON M., « La voix : son Maître », *Essaim*, 2007, vol. 2, n°19, p. 183 et s.

GRAVEN J. :

- « Les crimes contre l'humanité », *Recueil des cours*, t. LXXVI, 1950-1, p. 433 et s.
- « Principes fondamentaux d'un Code répressif des Crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 1950.

GUYON G., « Lions are not cats. La preuve en droit anglais à l'épreuve de l'œuvre codificatrice de James Fitzjames Stephen », in HERVOUET B. (ss. dir.), *L'évolution des modes de preuve : du duel judiciaire de Carrouges à la preuve scientifique*, Presses universitaires de Limoges, 2014, p. 101 et s.

HEATHCOTE S., « Est-ce que l'état de nécessité est un principe du droit international coutumier ? », *Revue belge de droit international*, 2007, p. 53 et s.

HENAO J. C., « Justice transitionnelle : le cas de la Colombie », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 357 et s.

HEUGAS-DARRASPEN E., « Article 33 – Ordre hiérarchique et ordre de la loi », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 945 et s.

HOSNI N., « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *R.S.C.*, 1999, n°4, p. 711 à 727.

HUET V., « Les circonstances excluant l'illicéité et le recours à la force », *J.D.I.*, 2008, doct. 3.

JACQUELIN M., « L'exigence d'un plan concerté dans la définition française du génocide », in in PLAS P. et ROETS D. (ss. dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut universitaire Varenne, coll. « Transition et justice », 2018, p. 77 et s.

JUNG H., « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », *Le procès pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 805.

KEÏTA X.-J., FOURÇANS C., DANHOUI G., MASSELOT M., PREIRA D. D., MBAYE A. A. et SHOAMANESH S. S., « Article 67 - Droits de l'accusé », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1821 et s.

KLEIN P., « Vers la reconnaissance progressive d'un droit à des représailles armées ? », in BANNELIER K., CHRISTAKIS Th. et CORTEN O. (ss. dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 253 et s.

LAGRANGE E., « La cohérence de la chose jugée (l'affaire du génocide devant la Cour internationale de justice) », *A.F.D.I.*, 2007, vol. 53, p. 1 et s.

LAMBERT-ABDELGAWAD E., « La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ? », *R.S.C.*, 2008, p. 184 et s.

LARGUIER J., « La preuve d'un fait négatif », *R.T.D.C.*, 1953, p. 1 et s.

LEGEAIS R., « Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, P.U.F., 2001, p. 255 et s.

LEMASSON A.-Th., « Le crime contre la paix ou le crime d'agression », *R.S.C.*, 2006, n°2, p. 275 et s.

LEPOINTE E., « Le diagnostic judiciaire du fait justificatif », *R.S.C.*, 1969, p. 547.

LEVASSEUR A. et FONTENOT H. W., « Le droit de la preuve aux États-Unis », in MEKKI M., CADIET L. et GRIMALDI C. (ss. dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 183 et s.

LEVIVIER J., « Article 66 - Présomption d'innocence », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 1485 et s.

LOMBOIS C., « Présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, vol. 55, p. 81 et s.

MALABAT V. :

- « La responsabilité pénale interne et internationale du subordonné », in DANTI-JUAN M. (ss. dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2008, vol. 26, p. 21 et s.

- « Article 22- Nullum crimen sine lege », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 979 et s.
- « Les modes de participation à l'infraction internationale », in HERRAN T. (ss. dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 188 et s.

MANACORDA S., « Les peines dans la pratique du tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie : l'affaiblissement des principes et la quête de contrepois », in FRONZA E., MANACORDA S. (ss. dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc: étude des Law Clinics en droit pénal international*, éd. Giuffrè, 2003, p. 169 et s.

MAREK K., « Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 429 et s.

MARGUERITE Th. « Le recours au droit comparé par le juge répressif international : quelle légitimité ? », in DI MANNO Th. (ss. dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, 2014, p. 49 et s.

MARIE A., « Article 32 - Erreur de droit ou erreur de fait », FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 931 et s.

MARTIN P. M., « L'affaire Erdemović devant le Tribunal pénal international sur l'Ex-Yougoslavie : prudence et audace », *Petites affiches*, 28 février 1997, n°26, p. 6 et s.

MARTIN P. M., « Quelques précisions sur le crime de génocide », *D.* 2007, p. 2121 et s.

MASSÉ M. :

- « De la lutte contre l'impunité à un nouveau modèle de responsabilité », in DIGNEFFE F. et MOREAU T. (ss. dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Larcier, 2006, p. 429 et s.
- « Article 65 - Plaidoyer de culpabilité », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1787 et s.
- « Article 66 - Présomption d'innocence », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1801 et s.

MAUGERI A., « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in CHIAVARIO M. (ss. dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 295 et s.

MAYAUD Y., « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJPénal* 2004, p. 303.

MÉGRET F., « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 71, n°2, p. 83 et s.

MÉRIGNHAC, « De la sanction des infractions au droit des gens », *R.G.D.I.P.*, 1917, p. 53 et s.

NIANG MAME M., « Les obligations du procureur face à la défense devant le tribunal pénal international pour le Rwanda », *R.S.C.*, 2001, n°2, p. 278.

OUÉDRAOGO E., « Le procès *Al Madhi* : un « pas de géant » pour la Cour pénale internationale ? », *Revue québécoise de droit international*, 2017, vol. 1-1, p. 101 et s.

PATARIN J., « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in G. STEFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.

PECH M., « Les excuses et les dispenses », *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Journée d'études de l'Association française de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 113 et s.

PELLA V., « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix », *R.G.D.I.P.*, 1947, p. 1 et s.

PELLET A. « Nouveau regard sur les sources du droit applicable par la Cour pénale internationale », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity : essais in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 453 et s.

PENIGUET M., « CPI : Jean-Pierre Bemba, chronique d'un acquittement surprise », *Dalloz actualité*, 22 juin 2018.

PERRAKIS S., « La réparation des victimes des violations du droit humanitaire et le droit individuel d'accès à la justice : état de lieu et perspectives d'avenir », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity: essais in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 279 et s.

PIN X., « La privatisation du procès pénal », *R.S.C.*, 2002, p. 245 et s.

PLAWSKI S., « L'erreur de droit », *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Journée d'études de l'Association française de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 131 et s.

POURZAND P., « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *R.S.C.*, 2014, p. 1.

PRADEL J., « La preuve en procédure pénale comparée : Rapport général », *Revue internationale de droit pénal*, 1992, p. 13 et s.

PUECH M., « L'erreur en droit pénal », *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Journée d'études de l'Association française de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 65 et s.

QUIRICO O., « La théorie de la négligence dans le Statut de la Cour pénale internationale », *R.G.D.I.P.*, 2009-2, p. 333-364.

RAMBAUD P., « La définition de l'agression par l'ONU », *R.G.D.I. publ.*, 1976, p. 835.

RAUCH E., « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la Guerre », *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1980, vol. 19, p. 205 et s.

REBUT D., « Article 31 – Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in FERNANDEZ J., PACREAU X. et UBEDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1151 et s.

RENAULT L., « De l'application du droit pénal aux faits de guerre », *J.D.I.*, 1915, vol. 42, p. 313 et s.

ROBERT M.-P., « La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international », *Les Cahiers du droit*, vol. 49, 2008 n°3, p. 413 et s.

ROBERT P., « Chapitre 67 – La procédure du jugement en droit international », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 877 et s.

ROBLEDO A. G., « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *R.C.A.D.I.*, 1982, t. 172, p. 9 et s.

ROUJOU DE BOUBÉE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Journée d'études de l'Association française de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 11 et s.

ROUSSEL G., « Seul le prévenu peut invoquer l'erreur, à défaut l'élément intentionnel est constitué », *AJPénal* 2005, p. 328.

SALAND P., « International criminal law principles », in LEE R. S. (ss. dir.), *The International criminal court. The making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999.

SALMON J., « La conception du raisonnable en droit international », in *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981.

SALVAGE Ph., « La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudance pénale », *J.C.P. G.*, 2000, n°51.

SAMSON M. et BÉLANGER C., « La règle *ejusdem generis* – La règle relative aux choses du même genre » Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe Pigeon, Université Laval, (<https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/files/capsule-regle-ejusdem-generis-vf.pdf>).

SAVARESE E., « Complicité de l'État dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme », *A.F.D.I.*, 2007, vol. 53, p. 280 et s.

SCALIA D., « Constat sur le respect du principe *nulla poena sine lege* par les tribunaux pénaux internationaux », *R.I.D.C.*, 2006, vol. 1, p. 185 et s.

SCHABAS W., « Common law, « civil law » et droit pénal international : Tango (le dernier ?) à la Haye ? », *Revue québécoise de droit international*, 2000, vol. 13-1, p. 287 et s.

SCHABAS W., « Le Règlement de procédure et de preuve du T.P.I.Y. depuis 1991 », *Revue Québécoise de droit international*, études p. 112 et s.

SICILIANOS L.-A., « Le contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense », in Société française de droit international, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies - 50^{ème} anniversaire des Nations Unies*, Colloque de Rennes, Pedone, 1995, p. 62 et s.

SIERPINSKI B., « La légitime défense en droit international : quelques observations sur un concept juridique ambigu », *Revue québécoise de droit international*, 2006, p. 79 et s.

SOREL J.-M., « Les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *R.G.D.I.P.*, 2007-2, p. 259 et s.

SPENCER J., « La preuve en procédure pénale comparée, Le droit anglais », *Revue internationale de droit pénal*, 1992, p. 85 et s.

SPEYER H., « Les règles de la preuve en droit pénal anglais », *Revue de droit international et légistique comparée*, 1898, vol. 30, p. 478 et s.

STAHN C. et BRAGA DA SILVA R., « Chapitre 69 – Preuve », in FERNANDEZ J. et UBÉDA-SAILLARD M. (ss. dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Pedone, 2^{ème} éd., 2019, p. 1901 et s.

TACHOU SIPOWO A.-G., « Chef d'État à Khartoum et criminel de guerre au Darfour. La responsabilité pénale du fait d'un intermédiaire en droit pénal international. Le cas Hassan Omar Al Bashir devant la Cour pénale internationale », *Revue québécoise de droit international*, 2011, vol. 24.2, p. 183 et s.

TEANI A.-L., « L'arrêt de la Cour internationale de justice du 26 février 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *R.S.C.*, 2007, p. 765 et s.

THYS P., « Contribution à l'étude des violences extrêmes : le criminel de guerre actuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 2004, vol. 57, n°4, p. 480 et s.

TOUZÉ S., « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 2011, p. 517 et s.

VARAUT J.-M., « L'irresponsabilité pénale des délinquants aliénés et anormaux mentaux », *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Journée d'études de l'Association française de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXX, 1982, p. 83 et s.

VERDROSS A., « Les principes généraux du droit dans le système des sources du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 521 et s.

VERHAEGEN J. :

- « L'humainement inacceptable en droit de la justification », in VERHAEGEN J. (ss. dir.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruylant, 1982, p. 137 et s.
- « L'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale internationale. Un autre négationnisme ? », *Actualité du droit international humanitaire*, La Charte, collection « Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie », 2001, p. 93 à 110.
- « Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels – Pour une procédure accessible aux subordonnés », *R.I.C.R.*, 2002, vol. 84, n°845, p. 35 et s.

VIRALLY M., « Réflexions sur le *jus cogens* », *A.F.D.I.*, 1966, p. 5 et s.

WECKEL Ph. :

- « Hauts responsables, hauts dirigeants et hauts représentants en droit international pénal », *R.P.D.P.*, 2004, p. 113 et s.
- « L'arrêt sur le génocide : le souffle de l'Avis de 1951 n'a pas transporté la Cour », *R.G.D.I.P.*, 2007-2, p. 305 et s.

WERLE G., BURGHARDT B., DUMONT H., « Les formes de participation en droit pénal international », *R.S.C.* 2012, p. 47 et s.

ZAKR. N., « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux », *R.I.D.R.*, 2002, vol. 73, p. 59 et s.

ZOUREK J. :

- « Enfin une définition de l'agression », *A.F.D.I.*, 1974, p. 9 et s.
- « La notion de légitime défense en droit international - Rapport provisoire », *Ann. inst. dr. int. I*, 1975, p. 12 et s.

B- En langue anglaise

AKEHURST M., « Reprisals by third States », *B.Y.I.L.*, 1970, vol. 44, p. 1 et s.

AKHAVAN P., « Beyond impunity : can international criminal justice prevent future atrocities ? », *A.J.I.L.*, jan. 2001, vol. 95, n°1 p. 7 et s.

ALOISI R., « The relationships between the International criminal court and the Security Council », *International criminal law review*, 2013, vol. 13, p. 147 et s.

AMBOS K.:

- « General principles of criminal law in the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, 1999, vol. 10, p. 1 et s.
- « Defences in international criminal law », in BROWN B. S., *Research handbook on international criminal law*, Elgar, 2011.

ANDERSON K., « The rise of international criminal law : intended and unintended consequences », *E.J.I.L.*, 2009, vol. 20, n°2, p. 331 et s.

ANGGADI F., FRENCH G. et POTTER J., « Negotiating the Elements of the Crime of aggression », in BARRIGA S. et KRESS C. (ss. dir.), *The Travaux préparatoires of the crime of aggression*, C.U.P., 2012, p. 58 et s.

ARAI-TAKAHASHI Y., « Excessive collateral civilian casualties and military necessity », in CHINKIN C. (ss. dir.), *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honor of James Crawford*, Cambridge University Press, 2015, p. 325 et s.

ASHWORTH A., « Testing fidelity to legal values : Official involvement and criminal justice », in SHUTE S. & SIMESTER A. P. (ss. dir.), *Criminal law theory : doctrines of the general part*, O.U.P., 2002, p. 299 et s.

BAKER M., « Terrorism and the inherent right of self-defence (a call to amend article 51 of the UN Charter) », *Hous. J. Int'l.*, 1987, vol. 10, p. 33.

BANTEKAS I.:

- « The contemporary law of superior responsibility », *A.J.I.L.*, 1999 p. 573 et s.
- « Defences in international criminal law », in MCGOLDRICK D., ROWE P. et DONNELLY E. (ss. dir.), *The Permanent International criminal court : Legal and policy issues*, Hart Publishing, 2004, p. 263 et s.
- « Mundo and Weiss », in CASSESE A., *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 828 et s.

BENISON A., « War crimes : a human rights approach to a humanitarian law problem at the ICC », *Georgetown law journal*, 2000, vol. 88, p. 141 et s.

BERESFORD S., « Unshackling the paper tiger : the sentencing parties of the *ad hoc* International criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda », *International criminal law review*, vol. 1, 2001, p. 33 et s.

BERSTER L. C., « Duty to act and commission by omission in international criminal law », *International criminal law review*, 2010, vol. 10, n°5, p. 619 et s.

BIANCHI A.:

- « State responsibility and criminal liability of individuals », in CASSESE A. (ss. dir.), *The Oxford companion to international criminal law*, O.U.P., 2009, p. 16 et s.
- « The international regulation of the use of force : the politics of interpretive method », *Leiden journal of international law*, 2009, vol. 11, p. 651 et s.

BLOKKER N., « The crime of aggression and the United Nations Security Council », *Leiden journal of international law*, 2007, p. 867.

BLUM G., « The laws of war and the 'lesser evil' », *Yale journal of international law*, 2010, vol. 35, p. 1 et s.

BODANSKY D., CROOK J.R. and ROSENSTOCK R., « The ICL and State responsibility », *American journal of international law*, 2002, vol. 96, p. 792 et s.

BOHLANDER M., « Radbruch redux : the need for revisiting the conversation between common and civil law at root level at the example of international criminal justice », *Leiden journal of international law*, 2011, p. 393 et s.

BOND J. & FOUGERE M., « Omnipresent threats : a comment on the defence of duress in international criminal law », *International criminal law review*, 2014, vol. 14, p. 471 et s.

BOSLY J., « Admission of guilt before the ICC and in continental systems », *J.I.C.J.*, 2004, vol. 2, Issue 4, p. 1040.

BROWNLEE D., « Superior orders - Time for a new realism ? », *Criminal law review*, 1989, p. 396 et s.

CANNIZZARO E., « The role of proportionality in the law of international countermeasures », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, p. 889 et s.

CARCANO A., « Sentencing and the gravity of the offense in international criminal law », *International and comparative law quarterly*, 2002, p. 583 et s.

CARPENTER A. C., « The International Criminal Court and the crime of aggression », *Nordic journal of international law*, 1995, vol. 64, p. 223 et s.

CASSESE A.:

- « The Statute of the International Criminal Court : some preliminary reflections », *E.J.I.L.*, 1999, p. 144 à 171.
- « On some problematical aspects of the crime of aggression », *Leiden journal of international law*, 2007, p. 841 et s.
- « On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide », *J.I.C.J.*, 2007, p. 875 et s.
- « Under what conditions may belligerents be acquitted of the crime of attacking an ambulance ? », *J.I.C.J.*, 2008, vol. 6, p. 385 à 397.

CASSINATIS A. E., « International humanitarian law, international human rights law and fragmentation of international law », *International and comparative law quarterly*, 2007, vol. 56, p. 629.

CHIESA L., « Duress, demanding heroism and proportionality », *Vanderbilt journal of transnational law*, 2008, vol. 41, p. 741 et s.

CHILD J., « Prior fault : blocking defences or constructing crimes », in REED A. and BOHLANDER M. (ss. dir.), *General defences in Criminal Law : Domestic and Comparative Perspectives*, Routledge, 2014.

CHILD J. & REED A., « Automatism is never a defence », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2014, vol. 65, p. 167.

CHRISTODOULIDOU Th. & CHAINOGLU K., « The principle of proportionality from a *jus ad bellum* perspective », in WELLER M. (ss. dir.), *The Oxford Handbook of the use of force in international law*, O.U.P., 2015, p. 1187 et s.

CLARK R. S.:

- « The mental element in international criminal law : the Rome Statute of the International criminal court and the elements of offences », *Criminal law forum*, 2001, vol. 12, p. 291 et s.
- « Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1103-1110.

COHEN A. & SHANY Y., « A development of modest proportions : the application of the principle of proportionality in the targeted killings case », *J.I.C.J.*, 2007, vol. 5, p. 319 et s.

COMBACAU J., « the exception of self-defense in UN practice », in GAZZINI T. & TSAGOURIAS N. (ss. dir.), *The use of force in international law*, Ashgate, 2012, p.189 et s.

COMBS N. A., « Procuring guilty pleas for international crimes : the limited influence of sentence discounts », *Vanderbilt law review*, 2006, vol. 59, Issue 1, p. 69 et s.

CREEGAN E., « Justified uses of force and the crime of aggression », *J.I.C.J.*, 2012, p. 59.

CRYER R., « Of custom, treaties, scholars and the gavel : the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study », *Journal of conflict and security law*, 2006, vol. 11, p. 259 et s.

DANILENKO G. M., « International jus cogens : issues of law-making », *E.J.I.L.*, 1991, vol. 2, n°1, p. 42 et s.

DARCY S.:

- « The evolution of the law of belligerent reprisals », *Military law review*, 2003, vol. 174, p. 184 et s.
- « Defences to international crimes », in W. A. SCHABAS and N. BERNAZ, *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, 2011, p. 231 et s.
- « Retaliation and reprisal », in WELLER M. (ss. dir.), *The Oxford Handbook of the use of force in international law*, O.U.P., 2015, p. 879 et s.

DeGUZMAN M. M., « How serious are international crimes ? The gravity problem in international criminal law », *Columbia journal of transnational law*, 2012, vol. 51, p. 18 et s.

DENNIS I., « Reverse onuses and the presumption of innocence : in search of principle », *Criminal law review*, 2005, dec., p. 901-936.

DIMOCK S., « Actio libera in causa », *Criminal law and philosophy*, oct. 2013, p. 549 et s.

DINGWALL G.:

- « Intoxicated mistakes about the need for self-defence », *Modern law review*, 2007, vol. 70, p. 127 et s.
- « Self-defence : difference between civil and criminal law », *Journal of criminal law*, 2007, vol. 71 (2), p. 119-124.

DINSTEIN Y., « The distinction between war crimes and crimes against peace », *Israel yearbook on Human rights*, 1994, vol. 24, p. 6 et s.

DOHERTY J. W. et STEINBERG R. H., « Punishment and policy in international criminal sentencing : an empirical study », *A.J.I.L.*, 2016, n°110, p. 49 et s.

DONAT CATTIN D., « Intervention of Humanity or the use of force to halt mass-atrocity crimes, the peremptory prohibition of aggression and the interplay between *jus ad bellum*, *jus in bello* and individual criminal responsibility on the crime of aggression », in ACCONCI P. (ss. dir.), *International law and the protection of Humanity: essais in honor of Flavia Lattanzi*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, p. 353 et s.

DUNBAR N. C. H., « Military necessity in War crimes trials », *B.Y.I.L.*, 1952, vol. 29, p. 442 et s.

DUTTWILER M., « Liability for omission in international criminal law », *International criminal law review*, 2006, vol. 6, n°1, p. 1 et s.

EHRENREICH BROOKS R., « Law in the heart of darkness : atrocity and duress », *Virginia journal of international law*, 2003, vol. 43, p. 861 et s.

ELLIOTT C., « The French law of intent and its influence on the development of international criminal law », *Criminal Law Forum*, 2000, vol. 11, Issue 1, p. 35 et s.

EPPS V., « The soldier's obligation to die when ordered to shoot civilians or face death himself », *New England law review*, 2002, vol. 37, p. 987 et s.

ERDEI I., « Cumulative convictions in international criminal law : reconsideration of a seemingly settled issue », *Suffolk transnational law review*, 2011, vol. 34, n°2, p ; 317 et s.

ESER A.:

- « Defences in war crime trials », *Israel yearbook on human rights*, 1994, vol. 24, p. 201 et s.
- « Defences in war crime trials », in DINSTEIN Y. & TABORY M. (ss. dir.), *War crimes in international law*, Martinus Nijhoff, 1996, p. 255.
- « Article 31 – Grounds for excluding criminal responsibility », in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1ère éd., 1999, p. 537 et s.

FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA C., « The International Criminal Court and the Čelebići test », *J.I.C.J.*, 2017, vol. 15, n°4, p. 689 et s.

FINKELSTEIN C., « Changing notions of State agency in international law: the case of Paul Touvier », *Texas international law journal*, 1995, vol. 30, p. 261 et s.

FOURNET C., « When the child surpasses the father - Admissible defences in international criminal law », *International criminal law review*, 2008, Issue 3, p. 509 et s.

FRANCK T. M., « On proportionality of countermeasures in international law », *American journal of international law*, 2008, vol. 102, p. 715 et s.

FRIMAN H., « Inspiration from the international criminal tribunals when developing law on evidence for the International criminal court », *The law and practice of international courts and tribunals*, 2003, vol. 3, p. 373 et s.

FRULLI M., « Are crimes against humanity more serious than war crimes ? », *E.J.I.L.*, 2001, p. 329 et s.

GAETA P.:

- « The defense of superior order : The Statute of the International Court of Justice versus customary international law », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, p. 177 et s.
- « May necessity be available as a defense for torture in the interrogation of suspected terrorist ? », *J.I.C.J.*, 2004, vol. 2, p. 785 et s.
- « On what conditions can a State be held responsible for genocide ? », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, p. 631 et s.

GAJA G., « Jus cogens beyond the Vienna Convention », *R.C.A.D.I.*, 1982, t. 172, p. 271 et s.

GARDNER J., « Fletcher on offenses and defences », *Tulsa law review*, 2004, vol. 39, Issue 4.

GARRAWAY C. H. B.:

- « Superior orders and the International criminal court : justice delivered or justice denied », *R.I.C.R.*, 1999, n°836, p. 785 et s.
- « The defence of superior orders », in DUYX P. et al., "War crimes law and the Statute of Rome : some afterthoughts? Report on the Seminar of Rijswijk", *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 2000, vol. 39 p. 97 et s.

GATTINI A., « Smoking/No smoking : some remarks on the current place of fault in the ILC Draft articles on state responsibility », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, p. 397 et s.

GEARTY C., « Necessity : a necessary defence in criminal law ? », *Cambridge Law Journal*, 1989, p. 357.

GHAREH BAGHI V., « Critical study on mental incapacity in International criminal court », *Acta Universitatis Danubius Juridica*, 2011, vol. 2, p. 78 et s.

GILADI R. M., « Reflections on proportionality, military necessity and the Clausewitzian War », *Isreal law review*, 2012, p. 323 et s.

GILBERT J., « Justice not revenge : the International criminal court and the 'grounds to exclude criminal responsibility': defences or negation of criminality ? », *Journal of Human Rights*, 2006, p. 144 et s.

GILLET M., « The Anatomy of an International Crime : Aggression at the International Criminal Court », *International criminal law review*, 2013, vol. 13, n°4, p. 829 et s.

GROVER L., « A call to arms: fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome Statute of the International criminal court », *E.J.I.L.*, 2010, vol. 21, n°3, p. 543 et s.

GULAYETS M., « Exploring differences between successful and unsuccessful mental disorder defences », *Revue canadienne de criminologie et de justice pénale*, avril 2016, p. 161 et s.

HAENEN I., « Justifying a dichotomy in defences. The added value of a distinction between justifications and excuses in international criminal law », *International criminal law review*, 2016, vol. 16, p. 547 et s.

HAMER D., « The presumption of innocence and reverse burdens : a balancing act », *Cambridge law journal*, 2007, p. 142-171.

HAYASHI N.:

- « Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law », *Boston University international law journal*, 2010, p. 134 et s.
- « Contextualizing military necessity », *Emory international law review*, 2013, vol. 27, p. 189 et s.

HEIM S. J., « The applicability of the duress defense to the killing of innocent persons by civilians », *Cornell International Law Journal*, 2013, vol. 46, Issue 2, p. 165 et s.

HELLER K. J.:

- « Beyond the reasonable man ? A sympathetic but critical assessment of the use of subjective standards of reasonableness in self-defense and provocation cases », *A.J.I.L.*, 1998.
- « Mistake of legal element, the common law, and article 32 of the Rome Statute », *J.I.C.J.*, 2008, vol. 6, p. 419 et s.
- « Retreat from Nuremberg : the leadership requirement in the crime of aggression », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, p. 477 et s.

- « The uncertain legal status of the aggression understandings », *J.I.C.J.*, 2012, p. 229.

HO H. L., « Comparative observations on the burden of proof for criminal defences », *International commentary on evidence*, 2011, vol. 9, Issue 2.

HOLA B., « Sentencing of international crimes at the ICTY and ICTR », *Amsterdam law forum*, 2012, vol. 4, p. 3 et s.

HORDER J., « Self-defense, necessity and duress : understanding the relationship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, vol. 11, p. 143.

HUIGENS K., « Duress is not a justification », *Ohio state journal of criminal law*, 2004, vol. 2, p. 303 et s.

HUSAK D., « On the supposed priority of justification to excuse », *Law and philosophy*, 2005, vol. 24, p. 557 et s.

INGLE J., « Aiding and abetting by omission before the International criminal tribunals », *J.I.C.J.*, 2016, vol. 14, n°4, p. 747 et s.

JACOBS D., « Standard of proof and burden of proof », in, G. SLUITER et al., *International criminal procedure: principles and rules*, O.U.P., 2013, p. 1129 et s.

JAGOTA S.P., « State responsibility: circumstances precluding wrongfulness », *Netherlands yearbook of international law*, 1985, vol. 16, p. 267 et s.

JANSSEN S., « Mental condition defences in supranational criminal law », *I.C.L.R.*, 2004, vol. 4, Issue 1, p. 83 et s.

JAWORSKI E., « ‘Military necessity’ and ‘civilian immunity’ : where is the balance ? », *Chinese journal of international law*, 2003, vol. 2, p. 175 et s.

JENNINGS M., « Determination of sentence », in TRIFFTERER O. (ss. dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International criminal court*, (*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1^{ère} éd., 1999.

JONES T. H., « Insanity, automatism, and the burden of proof on the accused », *Law quarterly review*, 1995, p. 475 et s.

JOYCE M., « Duress : from Nuremberg to the International criminal court, finding the balance between justification and excuse », *Leiden journal of international law*, 2015, p. 623 et s.

KARSTEN N., « Distinguishing between military and non-military superiors », *J.I.C.J.*, 2009, vol. 7, n°5, p. 983 et s.

KATZMAN R., « The non-disclosure of confidential exculpatory evidence and the Lubanga proceedingd : how the ICC defense system affects the accused's right to a fair trial », *Northwestern journal of international human rights*, 2009, vol. 8, p. 77 et s.

KEITA X-J., « Disclosure of evidence in the law and practice of the ICC », *International criminal law review*, 2016, vol. 16, p. 1018 et s.

KELSEN H., « Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals », *California law review*, 1943, vol. 31, p. 556.

KELT K., VON HEBEL H., « General principles of criminal law and the Elements of crimes » in LEE R. S., *The international criminal court : Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, 2001, p. 29 et s.

KNOOPS G.-J. A., « International criminal law liability for interrogation methods by military personnel under customary international law and the International criminal court Statute », *International criminal law review*, 2004, vol. 4, p. 211 et s.

KOSTIC D., « Whose crime is it anyway ? The International Criminal Court and the crime of aggression », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2011, vol. 22, n°1, p. 109 et s.

KREB C., « Time for decision: some thoughts on the immediate future of the crime of aggression : a reply to Andreas Paulus », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1129 et s.

KREBS B., « Justification and excuse in article 31(1) of the Rome Statute », *Cambridge journal of international law*, 2013, vol. 2, Issue 3, p. 382 et s.

KRUG P., « The emerging mental incapacity defense in international criminal law: some initial questions and implementation », *A.J.I.L.*, avril 2000, p. 317 à 335.

KRZAN B., « The relationships between the International criminal court and the Security Council », *Polish Yearbook of international law*, 2009.

LEHNARDT C., « Individual liability of private military personnel under international criminal law », *E.J.I.L.*, 2008, vol. 19, p. 1015 et s.

LEVIE H. S., « The rise and fall of an internationally codified denial of the defense of superior orders », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 1991, vol. 31, p. 183 et s.

LOBO DE SOUZA I.-M., « Revisiting the right of self-defence against non-state armed entities », *Annuaire Canadien de droit international*, 2016, vol. 53, p. 202 et s.

LOWE V., « Precluding wrongfulness or responsibility : a plea for excuses », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, p. 405 et s.

MALANCZUK P., « Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the international law Commission's draft articles on State responsibility », *Zaörv*, 1983, p. 705 et s.

MARSTON DANNER A., « Constructing a hierarchy of crimes in international criminal law sentencing », *Virginia Law Review*, 2001, vol. 87, p. 415.

MARTINES F., « The defences of reprisals, superior orders and duress in the Priebke case before the Italian military tribunal », *Yearbook of international humanitarian law*, 1998, vol. 1, p. 354 et s.

MAY R. et WIERDA M., « Trends in international criminal evidence : Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha », *Columbia journal of transnational law*, 1999, vol. 37, p. 725 et s.

MAY R., « The relationship between the International criminal court and the International criminal tribunal for Ex-Yugoslavia », in VON HEBEL H. A. M., LAMMERS J. G. & SCHUSSING J. (ss. dir.), *Reflections on the International criminal court : Essays in honor of Adrian Bos*, T.M.C. Asser Press, 1999.

MCCOUBREY H., « The nature of the modern doctrine of military necessity », *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1991, vol. 30, p. 217 et s.

MINOW M., « Living up to rules: holding soldiers responsible for abusive conduct and the dilemma of the superior orders defence », *McGill Law journal*, 2007, vol. 52, p. 1 et s.

MULRINE T. V., « Reasonable doubt : how in the world is it defined ? », *American University journal of international law review*, 1997, vol. 12, Issue 1, p. 195 et s.

MUNDIS D.A., « The legal character and status of the Rules of procedure and evidence of the ad hoc international criminal tribunals », *I.C.L. review*, 2001, p. 191 et s.

MURPHY P., « Excluding justice or facilitating justice ? International criminal law would benefit from rules of evidence », *International journal of evidence and proof*, 2008, vol. 12, p. 1 et s.

MURPHY S. D.:

- « The doctrine of preemptive self-defense », *Villanova law review*, 2005, p. 699 et s.
- « The crime of aggression at the International Criminal Court », in WELLER M. (ss. dir.), *The Oxford Handbook of the use of force in international law*, O.U.P., 2015, p. 533 et s.

NEGRI S., « The principle of « equality of arms » and the evolving law of international criminal procedure », *International criminal law review*, 2005, vol. 5, p. 513 et s.

NEWMAN J. O., « Madison Lecture : Beyond reasonable doubt », *New York university law review*, 1993, vol. 68, p. 979 et s.

NOLLKAEMER A., « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », *International and comparative law quarterly*, 2003, vol. 53, p. 616 et s.

NORTJE W., « Victim or villain : exploring the possible bases of a defence in the Ongwen case at the International criminal court », *I.C.L.R.*, 2017, vol. 17, p. 186 et s.

OCHOA-RUIZ N. et SALAMANCA-AGUADO E., « Exploring the limits of international law relating to the use of force in self-defense », *E.J.I.L.*, 2005, p. 499 et s.

OHLIN J., « The bounds of necessity », *J.I.C.J.*, 2008, vol. 6, p. 289 à 308.

OLUSANYA O.:

- « Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes ? », *I.C.L.R.*, 2004, vol. 4, p. 431 et s.
- « Excuse and mitigation under international criminal law : redrawing conceptual boundaries », *New criminal law review*, 2010, n°13, p. 30 et s.

PACK S., « Targeting child soldiers : striking a balance between humanity and military necessity », *Journal of humanitarian legal studies*, 2016, vol. 7, p. 183 et s.

PALOMBINO F. M., « Should genocide subsume crimes against humanity ? », *J.I.C.J.*, 2005, vol. 3, n°3, p. 778 et s.

PAPHITI A. S., « Duress as a defence to war crime charges », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 1999, p. 255 et s.

PARTSCH K. J., « Reprisals », in BERNHARD R. (ss. dir.), *Encyclopedia of public international law*, 1986, vol. 4, p. 203 et s.

PAULUS A., « Second thoughts on the crime of aggression », *E.J.I.L.*, 2009, p. 1117 et s.

PETRIG A., « Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals », *Chicago-Kent journal of international and comparative law*, 2008, vol. 8, p. 1 et s.

REDDI V. J., « The ICC and the crime of aggression: a need to reconcile the prerogatives of the SC, the ICC and the ICJ », *International criminal law review*, 2008, Issue 4, p. 655 et s.

ROBERTS P., « Taking the burden of proof seriously », *Criminal law review*, 1995, oct., p. 783 à 798.

ROBINSON D., « The identity crisis of International criminal law », *Leiden journal of international law*, 2008, vol. 21, p. 925 et s.

RUYS T., « Armed attack » and article 51 of the United Nations Charter : evolutions in customary law and practice, C.U.P., 2010.

RYNGAERT C., « State responsibility, necessity and Human rights », *Netherlands yearbook of international law*, 2010, vol. 41, p. 79 et s.

SAFFERLING Ch., « The rights and interests of the defence in the Pre-trial phase », *J.I.C.J.*, 2011, vol. 9, n°3, p. 651 et s.

SALAND P., « International criminal law principles », in LEE R. S. (ss. dir.), *The International criminal court. The making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999.

SATO H., « The defense of superior orders in international law : some implications for the codification of international criminal law », *International criminal law review*, 2009, vol. 9, p. 117 et s.

SAUNDERS K. W., « The mythic difficulty in proving a negative », *Seton Hall law review*, 1985, p. 276 et s.

SCALIOTTI M.:

- « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1 », *International criminal law review*, 2001, p. 111 et s.
- « Defences before the International criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2 », *International criminal law review*, 2002, vol. 1, p. 46 et s.

SCHABAS W. A.:

- « Sentencing by the International Tribunals: a human rights approach », *Duke journal of comparative and international law*, 1997, n°7, p. 461 et s.
- « General principles of criminal law », *E.J.I.L.*, 1998, p. 84 et s.
- « Mens rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *New England Law Review*, 2003, vol. 37:4, p. 1015 et s.

SCHEFFER D., « The complex crime of aggression under the Rome Statute », *Leiden journal of international law*, 2010, p. 897 et s.

SCHOMBURG W. et PETERSON I., « Genuine consent to sexual violence under international criminal law », *A.J.I.L.*, 2007, p.121 et s.

SHEAD Ch., « Diminished responsibility and the burden of proof », *Scottish criminal law*, 2000, sep., p. 819-821.

SIMESTER A. P.:

- « Why distinguish intention from foresight », in SIMESTER A.P. & SMITH A. (ss. dir.), *Harm and culpability*, Clarendon Press, 1996, p. 71 et s.
- « Intoxication is never a defence », *Criminal law review*, 2009, p. 3 et s.
- « Wrongs and reasons », *Modern law review*, 2009, vol. 72, p. 648 et s.
- « On justifications and excuses », in Zedner L. and ROBERTS J. (ss. dir.), *Principles and values in criminal law and criminal justice : essays in honor of Andrew Ashworth*, O.U.P., 2012, p. 95 et s.

SIMONS K. W., « Dimensions of negligence in criminal and tort law », *Theoretical inquiries in law*, 2002, p. 283 et s.

SLOANE R. D.:

- « Sentencing for the "Crime of Crimes", the evolving "Common law" of sentencing of the ICTR », *J.I.C.J.*, 2007, vol. 5, n°3, p. 713 et s.
- « On the use and abuse of necessity in the law of state responsibility », *American journal of international law*, 2012, vol. 106, n°3, p. 447 et s.

SLUITER G., « Human rights protection in the ICC pre-trial phase », in STAHN C. et SLUITER G. (ss. dir.), *The emerging practice of the International criminal court*, Leiden Nijhoff, 2009, p. 459 et s.

SOURIS R. N., « Child soldiering on trial : an interdisciplinary analysis of responsibility in the Lord's Resistance Army », *International Journal of law in context*, 2017, vol. 13, Issue 3, p. 316 et s.

SPARR L. F., « Personality disorders and criminal law : an international perspective », *Journal of the American academy of psychiatry and the law*, 2009, vol. 37, p. 168 et s.

SPINEDI M.:

- « Crimes of States : a bibliography », in WEILER J., CASSESE A. & SPINEDI M. (ss. dir.), *International crimes of States*, De Gruyter, 1989, p. 339 et s.
- « On the non-attribution of the Bosnian Serb's conduct to Serbia », *J.I.C.J.*, 2007, p. 831 et s.

SULLIVAN G. R., « Involuntary intoxication and beyond », *Criminal law review*, 1994, p. 272.

SUY E., « The concept of jus cogens in public international law », in Conférence of international law, *The concept of jus cogens in international law*, Carnegie Endowment for international peace, 1967, p. 17 et s.

TADROS V., « The structure of defences in Scots criminal law », *Edinburgh law review*, 2003, p. 60 et s.

TIGAR M. E., CASEY S. C., GIORDANI I. et MARDEMOOTO S., « Paul Touvier and the crime against humanity », *Texas international law journal*, 1995, vol. 30, p. 285 et s.

TOBIN J., « The psychiatric defence and international criminal law », *Medicine, Conflict and survival*, 2007, vol. 23, p. 111 et s.

TONKIN H., « Defensive force under the Rome Statute », *Melbourne journal of international law*, 2005.

TSAGOURIAS N., « Necessity and the use of force : a special regime », *Netherlands yearbook of international law*, 2010, vol. 41, p. 11 et s.

VAGIAS M. et FERENCZ J., « Burden and standard of proof in defence challenges to the jurisdiction of the International criminal court », *Leiden journal of international law*, 2015, vol. 28, p. 133 et s.

VALABHJI N., « Cumulative convictions based on the same acts under the Statute of the ICTY », *Tulane journal of international and comparative law*, 2002, vol. 10, p. 185 et s.

VENTURINI G., « Necessity in the law of armed conflict and in international criminal law », *Netherlands yearbook of international law*, 2010, vol. 41, p. 45 et s.

VERDROSS A., « Jus dispositivum and jus cogens in international law », *A.J.I.L.*, 1966, p. 55 et s.

WALLERSTEIN S., « Why English law should not incorporate a defence of superior orders », *Criminal law review*, 2010, p. 109.

WEIGEND T.:

- « Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga decision on confirmation of charges », *J.I.C.J.*, 2008, vol. 6, p. 471 à 487.
- « Kill or be killed », *J.I.C.J.*, 2012, vol. 10, p. 1219 et s.

WEISBORD N., « The mens rea of the crime of aggression », *Washington University global studies law review*, 2013, vol. 12, p. 487 et s.

WELSH J. et BANDA M., « International law and the responsibility to protect : clarifying or expanding States' responsibilities », *Global responsibility to protect*, 2010, vol. 2, p. 213 et s.

WESTEN P., « Offences and defences again », *Oxford Journal of legal studies*, 2008, vol. 28, p. 563 et s.

WESTEN P. K. and MANGIAFICO J., « The criminal defense of duress : a justification, not an excuse - and why it matters », *Buffalo criminal law review*, 2003, vol. 6, p. 833 et s.

WILLIAMS R., « Voluntary intoxication - A lost cause ? », *Law quarterly review*, 2013, vol. 129, p. 264 et s.

WILLIAMSON J. A., « Some considerations on command responsibility and criminal liability », *International review of the Red Cross*, 2008, vol. 90, n°870, p. 303 et s.

WILSON W., « The structure of criminal defences », *Criminal law review*, 2005, p. 108.

WING CHEONG C., « The burden of proof of provocation in murder », *Singapore journal of legal studies*, 1995, p. 229 et s.

WU T. et KANG J., « Criminal liability for the action of subordinates : the doctrine of command responsibility and its analogies in United States law », *Harvard journal of international law*, 1997, vol. 38, p. 272 et s.

XAVIER I., « The incongruity of the Rome Statute insanity defence and international crime », *J.I.C.J.*, 2016, vol. 14, p. 793 et s.

YEE S., « The tu quoque argument as a defence to international crimes, prosecution or punishment », *Chinese Journal of International Law*, 2004, p. 87 et s.

YEO S., « Intoxication and mental disorder defences », *Singapore academy of law journal*, 2004, vol. 16, p. 488 et s.

ZAHAR A., « Command responsibility of civilian superiors for genocide », *L.J.I.L.*, 2001, p. 591 et s.

ZAPPALA S., « The rights of the accused », in CASSESE A., GAETA P., JONES J. RWD. (ss. dir.), *The Rome Statute of International Criminal Court : a commentary*, O.U.P., vol. 2, 2002.

ZEDALIS R. J., « Preliminary thoughts on some unresolved questions involving the law of anticipatory self-defense », *Case Western reserve journal of international law*, 1987, vol. 19, p. 129 et s.

VI- Instruments internationaux

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907

Première Convention de Genève du 12 août 1949

Deuxième Convention de Genève du 12 août 1949

Troisième Convention de Genève du 12 août 1949

Quatrième Convention de Genève du 12 août 1949

Nations Unies, *Définition de l'agression*, Résolution 3314 (XXIX), 14 déc. 1974, n°A/RES/3314(XXIX)

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977

Régulation n°2000/15 du 6 juin 2000 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences

Loi du 27 octobre 2004 relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchea démocratique

VII- Rapports

Nations Unies, Rapport du comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, n°A/CONF.183/2/Add.1.

Nations Unies, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Volume II, n°A/51/22.

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour pénale internationale*, 15 mai 2003.

Final report of the truth and reconciliation commission of Liberia, vol. 1, 2009 (source disponible à l'adresse suivante: <https://www.trcofliberia.org/resources/reports/final/trc-final-report-volume-1-summary.pdf>).

Assemblée des États-partis à la CPI, « Informal inter-sessional meeting on the Crime of Aggression », 10 juil. 2009, n°ICC-ASP/8/INF.2, Annexe II, « Chairman's non-paper by the Chairman on the Elements of Crimes », Appendix II, « Explanatory note ».

CPI, Le Bureau du Procureur, « Principes directeurs de l'accord relatif à l'aveu de culpabilité », octobre 2020, (<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20201009-Guidelines-for-agreement-regarding-admission-of-guilt-fra.pdf>).

United States Holocaust Memorial Museum relative à la propagande nazie (source accessible à l'adresse suivante : <https://encyclopedia.ushmm.org/content/fr/article/nazi-propaganda>)

VIII- Jurisprudence

A- Jurisprudence internationale

1) Tribunaux militaires internationaux

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Jugement de Nuremberg), 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946, Édité à Nuremberg, Allemagne, 1947 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/>).

Tribunal militaire britannique, *Otto Sandrock et autres (Almelo)*, 24-26 nov. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. I, affaire n°3.

Tribunal militaire britannique, *Heinz Eck et autres (Peleus)*, 17-20 oct. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. I, affaire n°1.

Commission militaire des États-Unis, Manille, *Général Tomoyuki Yamashita*, 8 oct. - 7 déc. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. IV, case n°21.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen case)*, 10 avril 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. IV.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Flick and others Flick and others*, 20 avril - 22 déc. 1947, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. VI.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *IG Farben*, 14 août 1947 - 29 juil. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. VII et VIII.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Krupp and others*, 17 nov. 1947 - 30 juin 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. IX.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Leeb and others (High Command case)*, 30 déc. 1947 - 28 oct. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. X et XI.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *List and others (Hostages case)*, 08 juil. 1947 - 19 fév. 1948, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals*, vol. XI.

Tribunal militaire américain à Ludwigsburg, *Weiss and Mundo*, 9 - 10 nov. 1945, *L.R.T.W.C.*, vol. XIII, affaire n° 81.

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Von Weizsäcker and others (Ministries Trial)*, 11 avril 1949, *L.R.T.W.C.*, vol. XIV.

Tribunal militaire britannique, *Willi Tessmann and others*, 1^{er} – 4 septembre 1947, *L.R.T.W.C.*, vol. XV.

Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, Jugement du 4 novembre 1948, (https://crimeofaggression.info/documents/6/1948_Tokyo_Judgment.pdf).

2) Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Décisions

Affaire Aleksovski

- Jugement, 25 juin 1999, n°IT-95-14/1-T.
- Arrêt, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1.

Affaire Blagojević et Jokić

- Arrêt, 9 mai 2007, n°IT-02-60-A.

Affaire Blaskić

- Jugement, 3 mars 2000, n°IT-95-14-T.

Affaire Boskoski

- Jugement, 10 juil. 2008, n°IT-04-82-T.

Affaire Delalić, Mucić, Delić et Landžo (affaire Čelebići)

- Décision relative à la requête de l'accusé Zejnil Delalić aux fins de divulgation d'éléments de preuve, 26 sept. 1996, n°IT-96-21.
- Arrêt, 20 fév. 2001, n°IT-96-21-A.

Affaire Erdemović

- Jugement, 29 nov. 1996, n°IT-96-22-T.
- Arrêt, 7 oct. 1997, n°IT-96-22-A.

Affaire Furundzija

- Jugement, 10 décembre 1998, n°IT-95-17/1-T.

Affaire Galić

- Jugement, 5 déc. 2003, n°IT-98-29-T.
- Arrêt, 30 nov. 2006, n° IT-98-29-A.

Affaire Gotovina

- Jugement, 15 avril 2011, n°IT-06-90-T.

Affaire Hadžihasanović et Kubura

- Jugement, 15 mars 2006, n°IT-01-47-T.

Affaire Halilović

- Arrêt, 16 oct. 2007, n°IT-01-48-A.

Affaire Kordić et Čerkez

- Jugement, 26 fév. 2001, n°IT-95-14/2-T.

- Decision on the motions to extend time for filing appellant's briefs, 11 mai 2001, n°IT-95-14/2.

- Arrêt, 17 déc. 2004, n°IT-95-14/2-A.

Affaire Krnojelac

- Arrêt, 17 sept. 2003, n° IT-97-25-A.

Affaire Krstić

- Arrêt, 19 avril 2004, n°98-33-A.

Affaire Kunarać, Kovać et Vuković

- Jugement, 22 fév. 2001, n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T.

- Arrêt, 12 juin 2002, n°IT-96-23-A.

Affaire Kupreskić et al.

- Jugement, 14 janv. 2000, n°IT-95-16-T.

Affaire Kvočka

- Jugement, 2 nov. 2001, n°IT-98-30/1-T.

Affaire Martić

- Jugement, 12 juin 2007, n° IT-95-11-T.

- Arrêt, 8 oct. 3008, n° IT-95-11-A.

Affaire Mrda

- Jugement, 31 mars 2004, n° IT-02-59-S.

Affaire Orić

- Décision orale rendue le 8 juin 2005, n° IT-03-68-T.

Affaire Stakić

- Jugement, 31 juil. 2003, n°IT-97-24-T.

Affaire Strugar

- Jugement, 31 janv. 2005, n°IT-01-42-T.

Affaire Tadić

- Arrêt, 15 juil. 1999, n° IT-94-1-A.

Affaire Vasiljević

- Jugement, 29 nov. 2002, n°IT-98-32-T.

Opinions

Le Procureur c. Dusko Tadić, Opinion séparée et dissidente de Mme le Juge McDonald relative à la requête de l'accusation aux fins de production de dépositions de témoins à décharge, 27 nov. 1996, n°IT-94-1-T.

Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah, annexée à la décision TPIY, *Le procureur c. Drazen Erdemović*, arrêt, 7 oct. 1997, n°IT-96-22.

Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese, annexée à la décision TPIY, *Le procureur c. Erdemović*, arrêt, 7 oct. 1997, n°IT-96-22.

3) Tribunal pénal international pour le Rwanda

Décisions

Affaire Akayesu

- Jugement, 2 sept. 1998, n°ICTR-96-4-T.

- Arrêt, 1^{er} juin 2001, n°ICTR-96-4-A.

Affaire Bagilishema

- Decision on the request of the Defence pursuant to Rule 73 of the Rules of procedure and evidence for summons on witnesses, 8 juin. 2000, n°ICTR-95-1A-T.

- Arrêt, 13 déc. 2002, n°ICTR-95-1A-A.

Affaire Bagosora

- Decision on the defence motion for inadmissibility of disclosure based on the decision of 11 june 1998, 7 déc. 2008, n°ICTR-96-7-T.

- Jugement, 18 déc. 2008, n°ICTR-98-41-T.

Affaire Gacumbitsi

- Arrêt, 7 juil. 2006, n°ICTR-2001-64-A.

Affaire Kajelijeli

- Jugement, 1^{er} déc. 2003, n°ICTR-98-44A-T.

- Arrêt, 23 mai 2005, n°ICTR-98-44A-A.

Affaire Kambanda

- Jugement, 4 sept. 1998, n°ICTR-97-23-S.

Affaire Kamuhanda

- Arrêt, 19 sept. 2005, n° ICTR-99-54A-A.

Affaire Kayishema et Ruzindana

- Jugement, 21 mai 1999, n°ICTR-95-1-T.

Affaire Muhimana

- Jugement, 28 avril 2005, n°ICTR-95-1B-T.

Affaire Musema

- Jugement, 27 janv. 2000, n°ICTR-96-13-T.

Affaire Ndindabahizi

- Jugement, 15 juil. 2004, n°ICTR-2001-71-T.

Affaire Niyitegeka

- Arrêt, 9 juil. 2004, n°ICTR-96-14-A.

Affaire Ntagerura, Bagambiki et Imanishimwe

- Arrêt, 07 juil. 2006, n°ICTR-99-46-A.

Affaire Rutaganda

- Arrêt, 26 mai 2003, n°ICTR-96-3-A.

Affaire Rutaganira

- Jugement, 14 mars 2005, n°TPIR-95-1.

Affaire Semanza

- Jugement, 15 mai 2003, n°ICTR-97-20-T.

Affaire Serushago

- Jugement, 14 déc. 1998, n°ICTR-97-39-T.

Affaire Zigiranyirazo

- Arrêt, 16 nov. 2009, n°ICTR-01-73-A.

Opinions

Opinion individuelle du Juge Asoka Gunawardana, annexée à la décision TPIR, *Le procureur c. Ignace Bagilishema*, arrêt, 13 déc. 2002, n°ICTR-95-1A-A.

4) Cour pénale internationale

Situation en République centrafricaine

Affaire Bemba

- Décision relative aux exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure, 24 juin 2010, n°ICC-01/05-01/08-802.
- Décision relative à la communication de pièces par la Défense et à d'autres questions s'y rapportant, 24 fév. 2012, n°ICC-01/05-01/08-2141-tFRA.
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 8 juin 2018, n°ICC-01-05/01-08 A.

Affaire Bemba et al.

- Jugement, 19 oct. 2016, n°ICC-01/05-01/13.
- Arrêt relatif aux appels interjetés par Jean-Pierre Bemba Gombo et *al.* contre la décision de la Chambre de première instance VII intitulée « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » (arrêt Bemba *et al.*), 8 mars 2018, n°ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5.

Situation en République démocratique du Congo

Affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui

- Décision relative à la confirmation des charges, 30 sept. 2008, n°ICC-01/04-01/07.
- Décision relative à la requête de l'Accusation concernant la communication d'éléments par la Défense en application des règles 78 et 79-4, 14 sept. 2010, n°ICC-01/04-01/07-2388-tFRA.
- Jugement, 7 mars 2014, n°ICC-01/04-01/07.
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance II intitulée « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » (arrêt Ngudjolo), 7 avril 2015, n°ICC-01/04-02/12 A.

Affaire Lubanga Dyilo

- Décision relative à la requête de la Défense tendant à ce que soit ordonnée la communication d'éléments à décharge, 2 nov. 2006, n°ICC-01/04-01/06-649-tFR.
- Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, n°ICC-01/04-01/06.
- Décision sur la communication de certains éléments par la défense, 20 mars 2008, n°ICC-01/04-01/06.
- Décision relative à des questions de communication, aux responsabilités concernant les mesures de protection et à d'autres points de procédure, 24 avril 2008, n°ICC-01/04-01/06-1311-Anx2-tFRA.
- Décision relative à l'admissibilité de quatre documents, 13 juin 2008, n°ICC-01/04-01/06.

- Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, 13 juin 2008, n°ICC-01/04-01/06-1401-tFRA.
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, rendue par la Chambre de première instance I, 21 oct. 2008, n° ICC-01/04-01/06-1486-tFRA.
- Reasons for Oral Decision lifting the stay of proceedings, 23 janv. 2009, n°ICC-01/04-01/06-1644.
- Decision on the admission of material from the « Bar table », 24 juin 2009, n°ICC- 01/04-01/06
- Corrigendum to the decision on the admissibility of four documents, 21 janv. 2011, n°ICC-01/04-01/06-1399-Corr.
- Jugement, 14 mars 2012, n°ICC-01/04-01/06.
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre sa condamnation (arrêt Lubanga), arrêt, 1 déc. 2014, n°ICC-01/04-01/06 A 5.

Affaire Ntaganda

- Jugement, 8 juil. 2019, n°ICC-01/04-02/06.

Situation en République du Kenya

Affaire Ruto et Sang

- Cinquième Décision relative à la conduite du procès (principes et procédure régissant les requêtes en insuffisance des moyens à charge), 3 juin 2014, n°ICC-01/09-01/11.

Situation en République du Mali

Affaire Al Mahdi

- Jugement, 27 sept. 2016, n°ICC-01/12-01/15.

Situation en Ouganda

Affaire Ongwen

- Defence request for the Chamber to issue an immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome *Statute*, 28 janv. 2019, n°ICC-02/04-01/15.
- CLRV's Response to « Defence Request for the Chamber to Issue an Immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute », 7 fév. 2019, n°ICC-02/04-01/15.

- Prosecution Response to the « Defence Request for the Chamber to Issue an Immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute », 7 fév. 2019, n°ICC-02/04-01/15.
- Decision on Defence Request for the Chamber to Issue an Immediate Ruling Confirming the Burden and Standard of Proof Applicable to Articles 31(1)(a) and (d) of the Rome Statute, 5 avril 2019, n°ICC-02/04-01/15.
- Jugement, 4 fév. 2021, n°ICC-02/04-01/15.

Opinions

Opinion de la Minorité présentée par la juge Christine Van den Wyngaert, n°ICC-01/04-01/07-3436-AnXI-tFRA, annexée à la décision CPI, *Le procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, jugement, 7 mars 2014, n°ICC-01/04-01/07.

Opinion dissidente de la juge Anita Usacka n°ICC-01/04-01/06 A 5, annexée à la décision CPI, *Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA.

5) Juridictions pénales internationalisées

Chambre extraordinaire au sein des tribunaux cambodgiens

Kaing Guek Eav alias Duch, arrêt, 3 fév. 2012, n°001/18-07-2007-ECCC/SC.

Tribunal spécial pour la Sierra Leone

Fofana et Kondewa, arrêt 28 mai 2008, n°SCSL-04-14-A.

6) Cour internationale de justice

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, *Recueil* 1986.

CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie c. Serbie)*, 26 fév. 2007, *Recueil* 2007.

B- Jurisprudence interne

Cass. crim., 28 avr. 1866, *D.P.* 1866, vol. 1, p. 356.

Cass. crim., 7 aout 1873, *D.* 73. I. 385.

Cass. crim., 23 juin 1887, *B.*, 237.

Cass. crim. 16 juil. 1897, *B.*, 249.

Cass. crim., 28 avr. 1866, *D.P.* 1866, vol. 1, p. 356.

T. corr. Lyon, 16 juil. 1948, *D.* 1948, p. 550 ; *Gaz. Pal.*, 1948, vol. 2, p. 198.

Cass. crim., 14 fév. 1957, *B.C.*, n°155.

Cass. crim., 4 oct. 1989, n°89-80.643.

Cass. crim., *Touvier*, 20 oct. 1993, n° 93-83325, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, Somm. 16.

Cass. crim., 17 sept. 2003, n°03-80.524, *D.* 2004, somm. 666, obs. PRADEL J. ; *R.D.P.*, 2004, n°1, comm. 5, obs. VÉRON M.

Cass. crim., 13 avr. 2005, n° 04-83.939, *Bull.* n° 131 ; *D.* 2005, 2920, note LENNON J.-L. ; *R.S.C.*, 2006, 419, obs. BUISSON J.

Cass. Crim., 28 mars 2006, n° 05-81.706, *Bull.* n° 88 ; *D.* 2006, 2721, note CHAVENT-LECLÈRE A.-S. ; *R.S.C.*, 2006, 601, obs. MAYAUD Y.

Cass. crim., 8 juil. 2015, *Rev. pénit.*, p. 888 et s., obs. GRÉGOIRE L. ; *Dr. pén.*, 2015, n°138, obs. CONTE Ph.

Cass. crim., 27 oct. 2015, n°14-84.952, *Gaz. Pal.*, 2016, n°4, p. 50, obs. DETRAZ S.

Cass. crim., 14 avril 2021, n° 20-80.135, *Gaz. Pal.*, 8 juin 2021, n°21 p. 22, obs. BEAUSSONIE G. ; *R.D.P.*, 2021, n°6, comm. 103, obs. CONTE Ph. ; *J.C.P. G.*, 2021, n°19-20, note 522, obs. DREYER E. ; *Lexbase Pénal* n°37 du 29 avril 2021, obs. LÉON A. ; *Recueil Dalloz* 2021, p. 875, obs. MAYAUD Y. ; *J.C.P. G.*, 2021, n°22, note 564, obs. REBUT D. ; *J.C.P. G.*, 2021, n°19-20, note 521, obs. ROUSSEAU F. ; *AJ Pénal*, 2021, p. 254, obs. THIERRY J.-B. ; *La lettre juridique* n°865 du 20 mai 2021, obs. SAINT-PAU J.-Ch.

C- Jurisprudence européenne

CEDH, *Salabiaku c. France*, 7 oct. 1988, n°10519/83.

CEDH, *A et autres c. Royaume-Uni*, 19 fév. 2009, n°3455/05.

Comm. EDH, *Jespers c. Belgique*, 14 déc. 1981, Rapport, n°8403/78.

D- Jurisprudence étrangère

M'Naghten's case (1843), 8 England law reports, 718

Cour suprême de Leipzig, *Dithmar and Boldt (Llandovery Castle)*, jugement, 16 juillet 1921, *A.J.I.L.*, 1922, vol. 16, n°4, p. 721

Miller v. Minister of pensions (1947), 1 *All ER* 373.

District Court of Jerusalem, *Jugement Eichmann*, 12 déc. 1961, *International law reports*, 1968, vol. 36.

R v Julien [1969], 1 *WLR* 843.

United States v William L. Calley Jr, United States Court of military appeals, 21 déc. 1973, 22 *USCMA* 534.

DPP for Northern Ireland v Lynch, [1975] *AC* 653, HL.

R v. Bailey [1982] 2 *All ER* 503.

R v. Hardie [1984] 3 *All ER* 848

R v Sullivan [1984] *AC* 156, HL.

R v Gladstone Williams (1984), 78 *Cr. App. R.* 276.

R v Bird [1985], 1 *WLR* 816.

R v Burgess [1991] 2 *All ER* 769.

Blake v DPP [1993], *Crim. L.R.*, p. 586.

R v Cairns [1999], *Cr. App. R.*, vol. 2, p. 137.

re A (Children) (Conjoined twins : surgical separation) [2001], *Law report family division*, 147.

R v Safi [2003], *EWCA Crim*, 1809.

R v Quayle [2005], *EWCA Crim.*, 570.

VIX- Articles de presse

Communiqué de la FIDH, 8 juin 2018, « Acquittement de Jean Pierre Bemba en appel : un affront aux milliers de victimes » (disponible à l'adresse suivante : <https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/republique-centrafricaine/la-condamnation-definitive-de-jean-pierre-bemba-ouvre-enfin-la-voie-a>).

TV5 Monde, 9 juin 2018, « Après l'acquittement de Jean-Pierre Bemba, les victimes entre colère et résignation » (disponible à l'adresse suivante : <https://information.tv5monde.com/info/apres-l-acquittement-de-jean-pierre-bemba-les-victimes-entre-colere-et-resignation-242575>)

JusticeInfo.net, 11 juin 2018, « l'acquittement de Bemba : un fiasco lourd de conséquences pour la CPI » (disponible à l'adresse suivante : <https://www.justiceinfo.net/fr/37679-cpi.html>)

TV5 Monde, 13 juin 2018, « La Centrafrique encaisse le choc de l'acquittement de Jean-Pierre Bemba » (disponible à l'adresse suivante : <https://information.tv5monde.com/afrique/video-la-centrafrique-encaisse-le-choc-de-l-acquittement-de-jean-pierre-bemba-243421>).

Le Monde, 14 juin 2018, « L'acquittement de Jean-Pierre Bemba révèle les échecs de la CPI » (disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/06/14/l-acquittement-de-bemba-revele-les-echecs-de-la-cour-penale-internationale_5314784_3212.html)

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

– A –

Abu Garda, 435, 469.

Accord de confidentialité, 271, 286.

Acte d'agression, v. *contexte crime d'agression*

Acte sous-jacent, 335 et s., 340 et s., 344 et s., 351, 382, 386, 390, 430 et s., 433, 436, 438, 440, 470, 485, 488 et s., 494, 496, 639.

Actio libera in causa, 117, 119.

Affaire des prisonniers de guerre polonais, 619.

Affirmative defense, v. *moyens de défense (défense exonératoire)*

Âge, 106, 331, 433, 539.

Akayesu, 543.

Aleksovski, 230, 408, 537.

Alibi, 36, 42, 46 et s., 229, 291-292, 305, 307-308, 325.

Al Mahdi, 241 et s.

Almelo, 112, 620.

Amnistie, 19.

– B –

Bagosora, 568.

Bemba, 12, 316.

– C –

Cause de non-imputabilité, 5, 518.

Cause de non-imputation

- application, 418, 423, 518, 554-555, 586, 625.
- définition, 47.

Cause d'irresponsabilité

- objective, 3 et s., 74, 146, 434, 519, 526.
- subjective, 3 et s., 74, 146, 434, 517, 519, 526.

Charge de la preuve, 29, 233, 297 et s., 326, 329, 331 et s., 638.

- titulaire de,
 - o accusé, 299 et s.
 - o procureur, 313 et s.
- standard de, v. *standard de preuve*

Čelebići, 47, 225, 227, 299, 308 et s., 435.

Chusaburo, 481.

Circonstance aggravante, 117, 420, 540.

Circonstance atténuante, 500, 595.

Coaction

- directe, 569 et s.
- indirecte, 536, 569 et s.

Commission par l'intermédiaire d'autrui, 528, 530 et s., 536, 569.

Communication des preuves des motifs d'exonération, 280 et s.

- par l'accusé, 289 et s.
- par le procureur, 281 et s.

Complicité, 515, 528.

Conflit armé, v. crime de guerre

Consentement, 36, 42 et s., 231, 430, 446.

Contrainte, 17, 24, 28-29, 36, 42, 44, 50, 55 et s., 67, 77, 88 et s., 123 et s., 132, 134-135, 137 et s., 174, 179, 202, 212, 236, 244, 246, 261, 298, 305-306, 335, 353, 376, 378, 381-382, 385, 388 et s., 397 et s., 405-406, 410, 412 et s., 423 et s., 430, 498-499, 517, 519, 547 et s., 551, 554-555, 563, 589, 592, 604 et s., 613, 620-621, 624 et s.

Cour internationale de justice, 372, 443, 447.

Crime contre l'humanité

- crime sous-jacent, v. *acte sous-jacent*
- contexte, 349 et s., 361, 363 et s., 367, 369 et s., 391 et s., 396, 411, 416 et s., 422, 425, 454 et s., 467, 479 et s., 483, 498, 586, 639.

Crime d'agression

- crime sous-jacent, v. *acte sous-jacent*
- contexte, 357, 398 et s., 411, 422, 441 et s., 444, 479 et s., 502 et s., 586.

Crime de guerre

- crime sous-jacent, v. *acte sous-jacent*
- contexte, 354 et s., 361, 363 et s., 368, 370, 405 et s., 411, 415, 418, 422, 426, 457 et s., 468 et s., 479 et s., 485, 506, 570, 586.

Culpabilité, 5, 20, 69, 119, 227, 229, 231, 233 et s., 264-265, 269, 272, 280-281, 295-296, 301, 304, 309 et s., 315 et s., 326.

– D –

Danger

- imminent, 186, 188, 193, 216, 218, 335, 353, 375, 378, 381, 382, 384,

387, 391, 398, 403, 405, 407 et s., 424, 473, 476, 479, 497.

- irrésistible, 96, 139, 335, 392, 399, 604-605.
- Putatif, 102, 394, 401, 405, 521.

Dirigeant, 372 et s., 399, 401, 419, 423, 504 et s., 515, 540 et s.

- autorité, 544 et s.
- connaissance, 565 et s.
- supérieur hiérarchique, v. *responsabilité du supérieur hiérarchique*

Discernement

- abolition, 117, 146, 148 et s., 224, 338, 345, 362, 365, 373, 422, 556.
- Altération 146, 148, 299, 368.

Droits de l'accusé, 222 et s., 242, 246, 251, 264, 276 et s., 284, 294.

Droits de la défense, v. droits de l'accusé

Droit pénal international, 6 et s., 12, 17, 31 et s., 36, 50 et s., 54, 56 et s., 61, 66-67, 71-72, 88, 98, 106, 135, 138, 143, 205, 214, 219, 221, 230, 261, 295, 321, 326 et s., 331, 345, 403, 513-514, 517, 523, 527, 538, 543, 553, 607.

Duty of care, 609 et s., 625.

– E –

Einsatzgruppen, 66, 124, 596, 623.

Élément moral, 105, 119, 153, 417, 433, 569.

Éléments des crimes, 35, 44, 53, 346, 355 et s., 359, 423, 430, 432, 433 et s., 443 et s., 459, 468-469.

Enquête à charge et à décharge, 268, 271, 273 et s., 283, 288, 296.

Entreprise criminelle commune, 568.

Erdemović, 17, 91, 124 et s., 244 et s., 497, 499 et s., 548, 606 et s., 609.

Erreur

- de fait, 17, 25, 50, 53, 55 et s., 69, 79, 104-105, 100 et s., 132, 135, 137, 151 et s., 157, 159, 220, 306, 339, 346, 348, 352 et s., 357 et s., 423, 426-427, 430-431, 433, 435, 442, 445 et s., 465, 467 et s., 571-572, 577-578, 580, 582, 615-616, 618, 625-626.
- de droit, 25, 50, 53, 55 et s., 69, 79, 105, 110 et s., 132, 135, 137, 150 et s., 163, 168, 220, 306, 339, 346, 348, 352 et s., 359, 423, 426-427, 430 et s., 442, 444, 465 et s., 566, 569, 570, 572, 579, 581-582, 592-593, 616-617, 625-626.
- raisonnable, 112, 135, 428, 466, 468, 577.
- sur la victime, 159, 351 et s.

État de nécessité, 17, 24, 29-30, 50, 53, 55 et s., 63, 81, 83, 88 et s., 102, 104, 106, 108 et s., 115, 121 et s., 133 et s., 138 et s., 174 et s., 179 et s., 186, 188, 193 et s., 199, 203, 205, 211 et s., 216, 218, 220, 228, 261, 306, 335, 353, 376, 378, 382, 385, 388 et s., 397-398, 405 et s., 409-410, 412 et s., 423 et s., 470-471, 473, 475-476, 479, 482, 485, 487, 490, 495, 497-498, 502, 504 et s., 519, 521 et s., 533 et s., 550 et s., 563, 571, 589, 609, 620-621, 624-625.

Excuses, 517, 525, 529.

Exécutant, 17, 354, 530, 532, 540 et s., 547, 550, 569, 590 et s.,

- autorité (manque de), 605 et s.
- connaissance (manque de), 615 et s.

– F –

Fait justificatif (définition), 123, 518-519, 524-525.

Faute antérieure

- absence de, 57, 98, 113 et s., 119 et s., 134-135, 177, 219, 362, 410 et s.,

414-415, 418, 421-422, 554, 556, 587, 590, 592, 615, 621-622.

- participation volontaire fautive, 124, 127, 129, 412 et s., 499, 583.

Flick, 89, 123, 165, 187, 552.

– G –

Gacumbitsi, 43, 233.

Génocide

- crime sous-jacent, *v. acte sous-jacent*
- contexte, 349 et s., 352, 361, 363 et s., 367, 369 et s., 391 et s., 396, 411, 416 et s., 422, 425, 454 et s., 467, 479 et s., 483, 498, 586, 636.

Gotovina, 213, 350, 409.

– H –

Hadžihasanović, 304, 307 et s.

High Command, 17, 89, 112, 168, 485.

Hostages, 71, 101, 106, 112, 575.

– I –

IG Farben, 89, 123.

Illégalité manifeste, *v. ordre du supérieur*

Immunité, 19, 49.

Imprudence, 119, 577, 580.

Intervention humanitaire, 447 et s.

Intoxication

- involontaire, 22, 50, 53, 55 et s., 68, 78, 84, 97-98, 132, 135, 143, 147 et s., 217, 220, 225, 306, 335-336, 340-341, 343-344, 360-361, 366 et s., 371-372, 421, 423, 425, 434, 555, 563, 625.
- volontaire, 22, 50, 53, 55 et s., 68, 78, 84, 97-98, 115 et s., 130, 132,

135, 143, 147 et s., 217, 220, 225, 306, 335-336, 340-341, 343-344, 360-361, 367, 369, 415 et s., 433-434, 563, 585 et s., 623, 625.

Invocation d'un motif d'exonération

- autorisation à invoquer, 252 et s.,
- moment de l'invocation, 230, 234.
- principe, 223.
- renonciation à invoquer, 235 et s., 248 et s., 251, 267, 328, 634.

– J –

Juridictions internationalisées

- Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, 27.
- Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 27, 41.
- Tribunal spécial pour le Liban, 27.

Jus contra bellum, 415.

Jus in bello, 415.

Juste cause, 36, 40-41.

– K –

Kamuhanda, 309.

Katanga, 463, 530, 568.

Kayishema, 309.

Krnojelac, 568.

Krstic, 285.

Krupp, 34, 89, 91.

Kunarać, 43.

Kupreskić, 559.

– L –

Légitime défense

- application, 335, 357, 376, 378-379, 381, 383, 385, 388 et s., 393 et s.,

397, 400 et s., 405-406, 408, 410, 412 et s., 423 et s., 447, 470-471, 473, 475-476, 479 et s., 483, 485, 487, 490, 495, 497, 502 et s., 509, 519, 521 et s., 525, 534, 552, 563, 571, 589, 620-621, 625.

- définition, 17, 30, 50, 53, 55 et s., 62, 81, 83, 95, 97 et s., 102 et s., 106, 108 et s., 123, 127-128, 133 et s., 174 et s., 185-186, 188, 191 et s., 199, 203 et s., 208, 211 et s., 216, 218, 220, 223, 225, 293, 305-306.
- des biens, 23, 182-183, 218, 332, 502, 506.
- étatique, 357, 402, 447.
- putative, 103-104, 503, 521.

Lubanga, 45, 111, 156, 260, 286 et s., 316, 358, 468, 571.

– M –

Manifestation de la vérité, 273, 280, 291.

Martić, 558.

Menace, *v. danger*

Moyen de défense

- défense exonératoire, 231 et s., 236-237, 240-241, 246, 250, 254, 265-266, 283, 291, 303-304, 306, 308-309, 326.
- au fond, 231 et s., 267.
- procédural, 229 et s., 234.

Mundo et Weiss, 103.

– N –

Nécessité militaire, 28, 34 et s., 50, 55-56, 58, 64, 81, 83, 97-98, 101, 106, 108 et s., 133-134, 174-175, 183, 188 et s., 200, 203, 207 et s., 213 et s., 218, 220, 262, 308, 331, 334, 427, 471-472, 475, 486, 489-490, 492, 503, 506, 508-509, 513, 516, 532, 538, 560, 564 et s., 593, 599 et s., 603, 604, 605, 625, 626, 627, 629, 630, 632, 633, 636, 639.

Négligence, 119, 278, 581 et s., 590, 626.

Ngudjolo, 316.

Ntaganda, 463, 572 et s.

– O –

Objectif militaire, 64, 101, 189 et s., 193, 200, 206, 216, 475, 509, 532, 564 et s., 601 et s.

Obligation d’agir, 557, 578.

Obligation de connaissance, 577 et s.

Ohlendorf: v. *Einsatzgruppen*

Ongwen, 186, 198, 292, 231, 263, 300 et s., 316 et s., 321, 324, 345, 365, 392, 393, 406, 463, 539, 588.

Ordre du supérieur

- absence d’illégalité manifeste, 17, 99-100, 155, 167, 170-171, 427, 431-432, 436-437, 443, 449, 454, 456-457, 459-460, 464, 466 et s.
- ignorance de l’illégalité, 167 et s., 467, 582, 603.
- obligation légale d’obéir, 26, 160 et s., 167 et s., 549, 551, 594, 619.

Orić, 411.

– P –

Participant, 517 et s., 535, 538, 540, 542, 610, 628, 632.

Participation volontaire

- fautive, v. *faute antérieure*
- non-fautive, 129, 407, 415.

Plaidoyer de culpabilité, 235 et s., 239 et s., 266.

Prescription, 19.

Principe d’humanité, 214.

Proportionnalité

- application, 408, 427, 486 et s., 492 et s., 496, 498, 501 et s., 526, 529, 532, 575, 601, 613, 636.
- définition, 58, et s., 63, 65, 74, 82 et s., 88, 94, 97, 104 et s., 132 et s., 174, 190, 196, 198 et s., 207 et s., 212 et s., 215, 216, 218, 220, 331.

– R –

Recherche des preuves

- accusé, 275 et s.
- coopération des Etats, 275 et s.
- procureur, 271 et s.

Règlement de procédure et de preuve

- de la Cour pénale internationale, 20, 29, 48, 53, 112, 141, 146, 148, 222, 227, 229 et s., 252, 254 et s., 257 et s., 262, 265, 267, 288, 292 et s., 294 et s., 543.
- des tribunaux pénaux internationaux, 43, 224, 227, 230, 247, 272, 285, 293 et s.

Représailles, 17, 28, 30 et s., 36, 50, 55-56, 58, 65, 81, 83, 97-98, 107, 128, 133 et s., 174 et s., 184, 187-188, 193-194, 201, 203, 207-208, 210, 213 et s., 218, 220, 262, 308, 334, 380, 384, 386-387, 390, 406-407, 411, 427, 471-472, 475, 486, 489-490, 492, 503, 506, 508, 513, 516, 538, 560 et s., 565 et s., 593, 600 et s., 625 et s., 629-630, 632-633, 636.

Responsabilité du supérieur hiérarchique

- supérieur hiérarchique civil, 580, 584 et s., 626.
- supérieur hiérarchique militaire, 165, 557, 580 et s., 626.

Riposte

- nécessaire, v. *raisonnable*
- raisonnable, 195 et s.
- proportionnée, v. *proportionnalité*

– S –

Soumission volontaire, 553, 599, 614, 625, 630.

Standard de preuve, 300, 303, 305 et s., 320, 323, 329, 638.

- au-delà du doute raisonnable, 297, 300, 303, 305 et s., 310, 313 et s., 326 et s., 332, 638.
- intime conviction, 323.
- prépondérance des preuves, 300, 306 et s., 310 et s., 312 et s., 321, 326, 329, 331 et s., 448, 638.

Supérieur intermédiaire, 550, 552 et s.

– T –

Tadić, 278, 571.

Touvier, 123, 127.

Tribunaux militaires internationaux

- américain, 13, 17, 30, 34, 38, 66, 71, 89, 103, 106, 112, 123, 127, 138, 174, 186, 211, 320, 398, 414, 444, 458, 555, 578, 599, 611.
- Britannique, 112, 203, 211, 620.
- Nuremberg, 13 et s., 30, 34, 37, 49, 63, 71, 73, 77, 89, 103, 106, 112, 127, 140, 355, 398, 441, 444, 543, 578.
- Tokyo, 557, 578.

Tribunaux pénaux internationaux

- pour l'ex-Yougoslavie, 16, 17, 19, 31, 32, 34, 38, 42, 43, 47, 65, 72, 91, 92, 101, 117, 123, 125, 138, 140, 148, 164, 170, 174, 191, 201, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 223, 224, 225, 227, 230, 231, 232, 244, 245, 246, 248, 272, 278, 285, 288, 299, 301, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 315, 320, 321, 322, 363, 384, 405, 408, 409, 410, 413, 420, 452, 462, 489, 497, 500, 506, 508, 509, 540, 543, 557, 561, 562, 571, 579, 582, 584, 596, 597, 598, 599, 605, 609, 610, 611, 612.

- pour le Rwanda, 16, 17, 42, 43, 233, 248, 272, 278, 285, 286, 294, 299, 305, 307, 308, 309, 315, 318, 320, 321, 343, 352, 386, 395, 452, 495, 543, 557, 571, 584.

Trouble mental, 21, 50, 53, 55, 56, 57, 68, 78, 84, 97, 98, 117, 130, 132, 135, 143 et s., 217, 220, 224, 227, 232, 297, 300, 306, 307, 308, 311, 337, 338, 342, 343, 345, 346, 362 et s., 370, 371, 373, 422, 424, 425, 426, 516, 521, 538, 539, 588, 593, 623, 626, 629, 630, 636.

Tu quoque, 36 et s., 458.

– V –

Vasiljević, 148.

Violation de la Charte des Nations Unies, 348, 398, 443 et s., 503.

Violation manifeste de la Charte des Nations Unies, 335, 398, 442 et s., 484, 503 et s., 631.

– Y –

Yamashita, 578.

– Z –

Zone grise du droit international, 448.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	7
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 : LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL	37
TITRE I : LES CONDITIONS SUBSTANTIELLES DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL	39
<i>Chapitre 1 : Les conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération</i>	<i>41</i>
Section 1 : L'identification négative des conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération	42
Paragraphe 1 : L'identification des liens entre motif d'exonération et choix de commettre l'infraction	43
A- L'identification des fondements des motifs d'exonération.....	43
1) Les fondements spéciaux des motifs d'exonération	43
2) Le fondement général des motifs d'exonération	48
B- L'influence des fondements sur les liens entre motif d'exonération et choix de commettre l'infraction	51
1) Les motifs d'exonération fondés sur une impossibilité de choisir de commettre l'infraction	51
2) Les motifs d'exonération fondés sur la possibilité de choisir de commettre une infraction	53
Paragraphe 2 : L'influence du rapport au choix de commettre l'infraction sur la proportionnalité	54
Section 2 : L'identification positive des conditions générales de mise en œuvre des motifs d'exonération	64
Paragraphe 1 : Le caractère raisonnable	65
A- Le standard d'appréciation fondé sur la personne raisonnable	66
B- La condition autonome fondée sur le caractère raisonnable	74
Paragraphe 2 : L'absence de faute antérieure	77
A- La condition explicite d'absence de faute antérieure	78
1- La condition d'absence de faute antérieure de l'intoxication volontaire.....	78
2) La condition d'absence de faute antérieure dans l'état de nécessité	83
B- La condition implicite d'absence de faute antérieure	86
Conclusion du Chapitre 1	91
<i>Chapitre 2 : Les conditions spéciales de mise en œuvre des motifs d'exonération.....</i>	<i>93</i>
Section 1 : Les conditions spéciales des motifs d'exonération fondés sur une absence de choix de commettre l'infraction.....	94
Paragraphe 1 : L'absence de liberté d'exercice du choix	94
Paragraphe 2 : L'absence de conscience de l'existence d'un choix.....	96
A- L'absence de conscience d'un choix due à une absence de discernement	97
B- L'absence de conscience d'un choix due à une erreur	102
1) Les erreurs entraînant la disparition de l'élément psychologique	102
a) L'objet des erreurs	103
b) L'effet des erreurs.....	107
2) L'erreur relevant de l'ordre du supérieur.....	108
a) Les conditions tenant à l'individu.....	109
i) L'obligation légale d'obéir aux ordres.....	109
ii) L'ignorance subjective de l'illégalité de l'ordre	113
b) La condition tenant à l'ordre.....	115
Section 2 : Les conditions spéciales des motifs d'exonération fondés sur un choix de commettre l'infraction.....	117
Paragraphe 1 : Les conditions relatives au contexte de commission de l'acte	118
A- L'acte commis dans un contexte dangereux	118
1) La source du danger	118
2) L'objet du danger	120
3) Le moment du danger	122
B- L'acte commis dans un contexte de stratégie militaire	125
Paragraphe 2 : Les conditions relatives à l'acte commis	129
A- Un acte nécessaire et raisonnable.....	129
B- Un acte proportionné	135
1) L'appréciation commune de la proportionnalité.....	135
2) L'appréciation spéciale de la proportionnalité.....	139
Conclusion du Chapitre 2	141

Conclusion du Titre I	143
TITRE II : LES CONDITIONS PROCEDURALES DE MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL ...	145
<i>Chapitre 1 : L'invocation du moyen de défense tiré des motifs d'exonération</i>	147
Section 1 : La catégorie procédurale des motifs d'exonération	148
Section 2 : Les règles d'invocation du moyen de défense tiré des motifs d'exonération.....	156
Paragraphe 1 : La renonciation à l'invocation d'une défense exonératoire.....	156
A- Le principe de la renonciation à l'invocation d'une défense exonératoire	156
B- La renonciation à l'invocation d'une défense exonératoire comme condition de validité de l'aveu de culpabilité.....	162
Paragraphe 2 : L'obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire	166
A- L'identification de l'obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire.....	167
B- La remise en cause de l'obstacle à l'invocation d'une défense exonératoire	173
Conclusion du Chapitre 1	179
<i>Chapitre 2 : La preuve des motifs d'exonération</i>	181
Section 1 : L'administration des preuves des motifs d'exonération	181
Paragraphe 1 : La recherche des preuves des motifs d'exonération	182
A- La réunion des preuves des motifs d'exonération par le procureur facilitée.....	182
B- La difficile obtention des preuves des motifs d'exonération par l'accusé.....	186
Paragraphe 2 : La communication des preuves des motifs d'exonération	189
A- La communication des preuves des motifs d'exonération par le procureur	189
B- La communication des preuves des motifs d'exonération par l'accusé	196
Section 2 : La charge de la preuve des motifs d'exonération	201
Paragraphe 1 : La charge de la preuve des motifs d'exonération pesant sur l'accusé.....	202
A- L'accusé, titulaire possible de la charge de la preuve des motifs d'exonération	203
B- L'intensité probatoire de la charge de la preuve des motifs d'exonération pesant sur l'accusé	208
Paragraphe 2 : La charge de la preuve de l'absence des motifs d'exonération pesant sur le procureur.....	216
A- Le contenu de la charge probatoire pesant sur le procureur	216
B- L'intensité probatoire de la charge de la preuve de l'absence de motifs d'exonération	219
Conclusion du Chapitre 2	225
Conclusion du Titre II	227
Conclusion de la Partie 1	229
PARTIE 2 : LES LIMITES A LA MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION EN DROIT PENAL INTERNATIONAL	231
.....	
TITRE I : LES LIMITES MATERIELLES A LA MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION	233
<i>Chapitre 1 : Les limites tenant au caractère spontané de l'acte exonéré</i>	235
Section 1 : Un comportement momentané	236
Paragraphe 1 : Un comportement momentané au sein des actes sous-jacents	236
A- Les actes sous-jacents compatibles avec un comportement momentané.....	236
B- Les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement momentané	239
Paragraphe 2 : Un comportement momentané dans le contexte de l'infraction internationale.....	241
A- Les comportements erronés.....	241
1) L'erreur non limitée par les Éléments des crimes	242
2) L'erreur limitée par les Éléments des crimes	247
B- Les comportements non-discernants	250
1) Les comportements non-discernants dans le contexte des infractions non-attitrées	251
2) Les comportements non-discernants dans le contexte de l'infraction attitrée	256
Section 2 : Un comportement immédiat	260
Paragraphe 1 : L'existence d'un danger	260
A- L'existence d'un danger au sein des actes sous-jacents.....	260
1) Les actes sous-jacents compatibles avec l'existence d'un danger	261
2) Les actes sous-jacents incompatibles avec l'existence d'un danger	265
B- L'existence d'un danger dans le contexte de l'infraction internationale.....	267
1) L'absence de tout danger contextuel	267
2) L'existence potentielle d'un danger contextuel	272
a) L'existence d'un danger dans le crime d'agression.....	272
b) L'existence d'un danger dans le crime de guerre	277
Paragraphe 2 : Une absence de comportement fautif.....	281
A- La faute antérieure fondée sur la participation volontaire	282
B- La faute antérieure fondée sur le risque de commettre une infraction internationale	284
Conclusion du Chapitre 1.....	293
<i>Chapitre 2 : Les limites tenant au caractère modéré de l'acte exonéré</i>	295

Section 1 : Un comportement non manifestement illégal.....	295
Paragraphe 1 : Un comportement non manifestement illégal au sein des actes sous-jacents.....	296
A- Les actes sous-jacents manifestement illégaux.....	296
B- Les actes sous-jacents non manifestement illégaux.....	301
Paragraphe 2 : Un comportement non manifestement illégal dans le contexte de l'infraction internationale ...	302
A- Un comportement non manifestement illégal dans le contexte singulier	303
B- Un comportement non manifestement illégal dans les contextes cumulatifs	311
1) L'exécution d'un ordre non manifestement illégal	311
a) L'appréciation distincte de l'illégalité manifeste du crime commis sur ordre du supérieur	312
i) L'illégalité manifeste de l'ordre du supérieur dans le contexte des entreprises criminelles	312
ii) L'illégalité manifeste de l'ordre du supérieur dans le contexte du crime de guerre	315
b) L'appréciation de l'illégalité de l'ordre du supérieur en cas de cumul de qualifications	318
2) La commission d'une erreur non manifestement illégale	322
a) L'illégalité manifeste de l'action erronée	322
b) L'absence d'illégalité manifeste de l'action erronée	324
Section 2 : Un comportement mesuré.....	325
Paragraphe 1 : Un comportement raisonnable.....	325
A- Un comportement raisonnable au sein des actes sous-jacents	326
1) Les actes sous-jacents compatibles avec l'exigence d'un comportement raisonnable.....	326
2) Les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement raisonnable.....	327
B- Un comportement raisonnable dans le contexte de l'infraction internationale	329
1) Les contextes incompatibles avec un comportement raisonnable	329
2) Les contextes compatibles avec un comportement raisonnable	333
Paragraphe 2 : Un comportement proportionné	333
A- Un comportement proportionné au sein des actes sous-jacents.....	334
1) Les actes sous-jacents compatibles avec un comportement proportionné	334
2) Les actes sous-jacents incompatibles avec un comportement proportionné	335
B- Un comportement proportionné dans le contexte de l'infraction internationale	337
1) L'absence de comportement proportionné	337
2) L'existence possible d'un comportement proportionné	342
a) L'existence d'un comportement proportionné dans le contexte du crime d'agression	342
b) L'existence d'un comportement proportionné dans le contexte du crime de guerre.....	344
Conclusion du Chapitre 2.....	349
Conclusion du Titre I	351
TITRE II : LES LIMITES PERSONNELLES A LA MISE EN ŒUVRE DES MOTIFS D'EXONERATION	353
<i>Chapitre 1 : Les limites tenant à la participation personnelle</i>	355
Section 1 : Une appréciation individuelle des motifs d'exonération nécessaire	356
Paragraphe 1 : Une appréciation individuelle nécessaire à la mise en œuvre satisfaisante des motifs d'exonération	356
A- La référence insatisfaisante à la distinction classique entre motifs subjectifs et motifs objectifs d'exonération.....	357
B- L'appréciation imparfaite du comportement individuel des protagonistes	360
Paragraphe 2 : Une appréciation individuelle nécessaire à la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard de l'ensemble des modes de participation	365
Section 2 : Une appréciation individuelle des motifs d'exonération possible	370
Conclusion du Chapitre 1	375
<i>Chapitre 2 : Les limites tenant à la position personnelle</i>	377
Section 1 : L'influence de la position de dirigeant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération	379
Paragraphe 1 : L'influence de l'autorité sur la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard du dirigeant	381
A- L'autorité, obstacle à l'admission d'un motif d'exonération.....	381
1) L'autorité exercée, obstacle à l'admission d'un motif d'exonération	381
2) L'autorité non-exercée, obstacle à l'admission d'un motif d'exonération.....	387
B- L'autorité, soutien à l'admission d'un motif d'exonération	390
Paragraphe 2 : L'influence de la connaissance sur la mise en œuvre des motifs d'exonération à l'égard du dirigeant	393
A- La connaissance, obstacle à l'admission d'une erreur.....	393
1) L'obstacle à l'admission d'une erreur en cas de responsabilité directe	394
2) L'obstacle à l'admission d'une erreur en cas de responsabilité indirecte.....	399
B- La connaissance, révélateur d'un comportement fautif.....	407
Section 2 : L'influence de la position d'exécutant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération.....	411
Paragraphe 1 : L'influence de la position d'exécutant sur la mise en œuvre de l'ordre du supérieur.....	412
A- La mise en œuvre autonome de l'ordre du supérieur.....	413
B- L'ordre du supérieur, vecteur d'influence de motifs d'exonération.....	417

Paragraphe 2 : L'influence de la position d'exécutant sur la mise en œuvre des motifs d'exonération non-conditionnés par un rapport hiérarchique	420
A- L'influence du manque d'autorité	420
B- L'influence du manque de connaissance	424
1) Le manque de connaissance, soutien à la mise en œuvre d'une erreur	425
2) Le manque de connaissance, entrave à la caractérisation d'un comportement fautif	428
Conclusion du Chapitre 2	431
Conclusion du Titre II	433
Conclusion de la Partie 2	435
CONCLUSION GENERALE	437
Annexe : Propositions de modifications des instruments juridiques de la Cour pénale internationale	443
BIBLIOGRAPHIE	449
INDEX ALPHABETIQUE	503
TABLE DES MATIERES	509

Les motifs d'exonération en droit pénal international

Résumé : En droit pénal international, les motifs d'exonération ont été invoqués dès le Jugement de Nuremberg et ont fait l'objet d'un examen jurisprudentiel par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Pourtant, leur reconnaissance au sein d'un instrument juridique international n'a été opérée qu'en 1998 avec la création du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Cette consécration tardive révèle la difficulté du droit pénal international à concevoir que l'auteur d'une infraction internationale par nature puisse faire l'objet d'une exonération. La possibilité de bénéficier d'un motif d'exonération s'inscrit en effet mal dans la volonté de punir qui implique nécessairement une responsabilité pénale. Face à cette antinomie apparente entre la lutte contre l'impunité et l'admission d'un motif d'exonération, l'objet de l'étude est alors, à partir de la façon dont les motifs d'exonération sont prévus et appliqués, d'élaborer les caractéristiques propres à l'exonération en droit pénal international. Il faut pour ce faire déterminer leurs conditions de mise en œuvre, ce qui permet de proposer leur modélisation autour des conditions substantielles et procédurales, et confronter ces conditions tant aux infractions internationales par nature qu'aux individus qui les commettent, ce qui permet de dresser les limites à la mise en œuvre des motifs d'exonération en droit pénal international.

Mots clés : motifs d'exonération ; causes de non-responsabilité ; trouble mental ; intoxication ; légitime défense ; état de nécessité ; contrainte ; erreur de fait ; erreur de droit ; ordre du supérieur ; droit pénal international ; Cour pénale internationale ; génocide ; crime contre l'humanité ; crime de guerre ; crime d'agression.

Grounds to exclude criminal responsibility in international criminal law

Abstract : In international criminal law, grounds to exclude criminal responsibility have been argued by defendants as soon as the Nuremberg Judgment. Since then, all *ad hoc* international criminal tribunals have examined grounds to exclude criminal responsibility. Yet, their recognition in an international legal instrument had to wait until 1998 and the creation of the Rome Statute of the International Criminal Court. This late recognition highlights that accepting the idea of a core crime's perpetrator being exonerated is a hurdle. Indeed, the possibility of being exonerated does not go well with the will to punish that requires finding the defendant guilty. Faced with the conflict between the fight against impunity and the admission of a ground to exclude criminal responsibility, the purpose of the study is to verify how they are received in international criminal law. To do so, the study must determine the conditions needed to accept a ground to exclude criminal responsibility. Those conditions can be organized into two categories: substantial conditions and procedural conditions. Once the modelling is done, the conditions needed by the grounds to exclude criminal responsibility will be confronted with the core crimes and the people committing them, thus revealing how hard their admission in international criminal law is.

Keywords : grounds to exclude criminal responsibility ; defences ; insanity ; intoxication ; self-defense ; necessity ; duress ; mistake of fact ; mistake of law ; superior orders ; international criminal law ; International Criminal Court ; genocide ; crime against humanity ; war crime ; crime of aggression.