

## Réponses à la question 1, b)

G. ABI-SAAB

*Professeur à l'Institut Universitaire  
des Hautes Etudes Internationales de Genève*

L. CONDORELLI

*Professeur à l'Université de Genève*

La réponse à la question 1. a, concernant la responsabilité d'Etat (qui ne nous est pas posée), apparaît simple : c'est un non catégorique. Mais elle n'est pas apte en soi à influencer la réponse à la question 1. b, qui a trait à la responsabilité individuelle. A son tour, la réponse donnée à la question 1.b ne saurait affecter celle relative à la responsabilité d'Etat (Statut, art. 24, par. 4).

La réponse à la question 1.b, est plus compliquée, dans la mesure où l'art. 31 couvre, au titre des « motifs d'exonération de la responsabilité pénale », toute cause jouant dans le sens d'exclure la responsabilité, voire la punition, de l'auteur du crime. Or, il en existe assurément, malgré le caractère absolu des interdictions : ainsi, l'effet exonératoire de l'« ordre supérieur irrésistible » est traité à l'art. 31, par 1, d, en ce sens que si la volonté de l'auteur est totalement annihilée, sa responsabilité l'est aussi. Par exemple, le fait de tuer un prisonnier de guerre est un crime dont l'auteur ne répond pas pénalement s'il a agi sous une réelle menace de mort (dans ce cas, la responsabilité incombera à l'auteur de la menace). Voir aussi les lettres a et b de l'art. 31, par. 2.

Quant à la lettre c, l'hypothèse envisagée, plus que remettre en cause le caractère absolu des interdictions, apparaît — si l'on y réfléchit de près — logiquement absurde parce que de réalisation impossible, tout au moins dans les cas du génocide et des crimes contre l'humanité.

Prenons le génocide. Celui-ci ne peut pas exister si l'acte interdit n'est pas commis avec le *dolus specialis* représenté par l'**intention** de détruire en tout ou en partie un groupe... (etc.) Il s'ensuit qu'un acte, dont la matérialité pourrait le faire rentrer théoriquement parmi les actes de génocide, ne saurait être qualifié de tel en réalité s'il est commis « ... pour se défendre ou pour défendre autrui... contre un recours imminent et illicite à la force... », puisqu'alors il n'est pas soutenu par « l'intention de détruire » le groupe. En somme, ou l'une ou l'autre : les deux intentions se sauraient se cumuler auprès de la même personne pour le même acte. Il n'en va pas différemment — nous semble-t-il — pour les crimes contre l'humanité, dans la mesure où le caractère intentionnel de l'acte (qui doit s'insérer en **connaissance de cause** dans le cadre d'une attaque généralisée contre une popula-

tion civile, présupposant un but persécutoire) est requis, soit spécifiquement à l'art. 7 du statut, soit en général à l'art. 30.

*Mutatis mutandis*, ces propos pourraient être répétés pour certains crimes de guerre dont la définition englobe le *dolus specialis* ou en suppose nécessairement la présence, du moins toutes les fois où un tel *dolus specialis* est incompatible avec le but de se défendre contre un recours imminent et illicite à la force : ainsi, par exemple, le recours à l'excuse de la « défense » ne saurait pas être envisageable pour justifier, soit des expériences médicales ou scientifiques sur les personnes au pouvoir de la partie adverse, soit le fait de tuer le combattant « n'ayant plus les moyens de se défendre ». En revanche, le cas de la destruction et de l'appropriation de biens « non justifiées par des **nécessités militaires** et exécutées sur une grande échelle de **façon illicite et arbitraire** » est typiquement celui dans lequel le but de la défense proportionnée exclurait d'emblée et en amont la possibilité d'envisager l'existence d'un crime de guerre.

Mais pour tous les autres cas l'art. 31, par. 1, c, ne peut pas fonctionner pour une autre raison. Il introduirait, en effet, une cause d'exonération qui est incompatible avec les principes fondamentaux existants du droit humanitaire : par exemple, il rendrait justifié le fait d'attaquer délibérément la population civile s'il pouvait être allégué qu'une telle attaque est un mode raisonnable et proportionné de se défendre contre une attaque imminente et illicite contre sa propre population civile. Les exemples pourraient être multipliés en songeant à l'utilisation d'armes empoisonnées, de gaz asphyxiants et, plus en général, à l'ensemble des crimes de guerre ayant trait aux moyens et méthodes de combat. En fait, on dirait que le but véritable de l'art. 31, par. 1, c, est de revenir en arrière, concernant les crimes de guerre, par rapport au mode de criminalisation des infractions au « droit de La Haye » caractérisant le Protocole I de 1977, et ce en réintroduisant la logique de la réciprocité, de *inadimplenti non est adimplendum* et des représailles contre les personnes et les biens protégés, qui est proscrite par les principes en vigueur. En somme, c'est une sorte de bénédiction donnée à ce « *tu quoque principe* » que condamne très pertinemment le TPIY dans son jugement du 14 janvier 2000 (affaire *Kupreskic et autres*).

L'art. 31, par. 1, c, contredit donc de front, pour ce qui est des crimes de guerre (notamment pour ceux se rapportant aux *combat rules*), la notion-clé suivant laquelle les interdictions prévues par le droit des conflits armés doivent être considérées comme soustraites au jeu général de la nécessité militaire en ce sens qu'elles sont appelées à s'appliquer justement à l'heure du conflit armé, c'est-à-dire quand l'« état de nécessité » est à son apogée. On enseigne donc couramment (et à juste titre) que la nécessité militaire (qui englobe, en droit des conflits armés, l'état de nécessité, la détresse, la légitime défense et les représailles) ne saurait être considérée comme une cause justificative, en droit international humanitaire, sauf quand elle est

explicitement et spécifiquement prise en compte à ce titre par des dispositions de ce droit.

En conclusion, l'art. 31, par. 1, c, n'est pas préoccupant pour les cas du génocide et des crimes contre l'humanité. Il constituerait par contre une inacceptable régression en matière de crimes de guerre (notamment, ceux résultant de violations des *combat rules*), que rend encore davantage préoccupante le fait de savoir qu'il incombera à la C.P.I. de décider — on ne sait pas sur la base de quels critères — si le motif d'exonération éventuellement invoqué est vraiment applicable dans chaque cas (art. 31, par.2).

(3 février 2000)