

15 décembre 1999
Français
Original: anglais

Commission préparatoire de la Cour pénale internationale

Groupe de travail sur les éléments constitutifs des crimes

New York

6-26 février 1999

26 juillet-13 août 1999

29 novembre-17 décembre 1999

**Demande émanant des Gouvernements de l'Afrique du Sud,
de la Belgique, de la Finlande, de la Hongrie, du Mexique
et de la République de Corée ainsi que de la Mission
d'observation permanente de la Suisse, relative au texte
proposé par le Comité international de la Croix-Rouge
sur l'élément psychologique en *common law* et en droit civil
et sur les notions d'erreur de fait et d'erreur de droit
en droit interne et en droit international**

**Note verbale reçue le 15 décembre 1999, adressée au Secrétariat
par les Missions permanentes de l'Afrique du Sud, de la Belgique,
de la Finlande, de la Hongrie, du Mexique et de la République de Corée
ainsi que par la Mission d'observation permanente de la Suisse
auprès de l'Organisation des Nations Unies**

Les Missions permanentes de l'Afrique du Sud, de la Belgique, du Mexique, de la Finlande, de la Hongrie et de la République de Corée et la Mission d'observation permanente de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies présentent leurs compliments à la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies et ont l'honneur de lui communiquer ci-joint le texte d'un document établi par le Comité international de la Croix-Rouge qui devrait aider la Commission préparatoire à élaborer les éléments constitutifs des crimes relevant de la compétence de la Cour. Ce document porte sur l'élément psychologique (*mens rea*) en *common law* et en droit civil et sur les notions d'erreur de fait et d'erreur de droit en droit interne et en droit international.

Les Missions permanentes de l'Afrique du Sud, de la Belgique, du Mexique, de la Finlande, de la Hongrie et de la République de Corée ainsi que la Mission d'observation permanente de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies demandent que le texte de la présente note et de ses annexes soit distribué en tant que document de la Commission préparatoire.

Annexe

Document établi par le Comité international de la Croix-Rouge sur l'aspect psychologique des crimes en *common law* et dans les systèmes de droit civil et sur les notions d'erreur de fait et d'erreur de droit en droit interne et en droit international

Table des matières

	<i>Page</i>
L'élément psychologique en <i>common law</i> et dans les systèmes de droit civil	4
Notions d'erreur de fait et d'erreur de droit en droit interne et en droit international	9

L'élément psychologique en *common law* et dans les systèmes de droit civil

Dans tous les systèmes modernes de droit pénal, l'auteur d'un acte doit répondre à deux conditions pour être pénalement responsable : 1) son comportement doit avoir causé une certaine situation interdite par le droit pénal (*actus reus*); 2) il doit s'être trouvé dans un état d'esprit particulier quant à la création de cette situation (*mens rea*). Pour ce qui est de ce dernier élément, il se subdivise en des notions qui diffèrent dans les systèmes de *common law* et dans les systèmes de droit civil. La brève analyse qui suit a pour objet de jeter quelques lumières sur ce point.

I. La tradition de la *common law*

Le droit pénal et les auteurs anglais et américains définissent trois attitudes mentales fondamentales qui doivent être présentes pour que l'on puisse conclure que l'auteur d'un acte est pénalement responsable. Ces trois attitudes sont au cœur de la notion générale de *mens rea*.

1. L'intention

Pour beaucoup d'infractions, il faut prouver qu'il y a eu intention expresse de provoquer un résultat particulier. D'une manière générale, il y a intention quand il y a :

- i) Soit intention directe de faire advenir un résultat, c'est-à-dire que l'auteur de l'acte agit dans le dessein de produire le résultat obtenu.

Exemple : Intention expresse ou directe de A de provoquer la mort de B.

- ii) Soit intention de provoquer un acte que l'on désire en sachant ou en prévoyant que le comportement adopté provoquera, de manière au moins fortement probable, un certain résultat.

Exemple : Intention de causer des lésions corporelles graves en sachant ou en prévoyant qu'elles provoqueront la mort de la victime. En droit anglais, la condition relative à la prévoyance ou à la connaissance est réalisée a) soit quand le résultat est une condition *sine qua non* de la réalisation du dessein; b) soit quand l'auteur sait avec un degré substantiel de certitude que ce résultat accompagnera la réalisation du dessein¹.

¹ Pour le droit anglais, voir J. C. Smith/B. Hogan, *Criminal Law*, 7e éd., Londres/Dublin/Edimbourg, 1992, p. 53 à 59. «1) Un résultat est intentionnel quand il constitue le dessin de l'auteur de l'acte. 2) Un tribunal ou un jury peut également conclure qu'un certain résultat est intentionnel, même s'il n'est pas désiré, quand a) ce résultat est une conséquence quasi certaine de l'acte et b) que l'auteur de l'acte sait qu'il en est une conséquence quasi certaine» (par. 54). Selon le projet de code pénal de l'Angleterre et du Pays de Galles [Law Com. No 177, 1989, art. 18 b)] : «Une personne agit intentionnellement [...] quant à un certain résultat quand elle agit soit pour provoquer ce résultat, soit en sachant qu'il adviendra dans le cours normal des événements» (ibid., p. 55). La Commission juridique de la réforme du droit pénal (Law Com. No 122), 1992, a proposé la définition suivante : «Une personne agit [...] intentionnellement quant à un certain résultat : i) quand elle a pour dessein de causer ce résultat; ii) ou quand même sans intention de causer ce résultat, elle sait qu'il adviendra dans le cours normal des événements si elle réalise son dessein de causer quelque autre résultat» (ibid., p. 59).

Aux États-Unis, le *Model Penal Code* fait place à une distinction analogue entre l'intention (intention directe) et l'acte accompli avec connaissance ou prévoyance : voir art. 2.02 a) et b). C. W. Thomas/D. M. Bishop, *Criminal Law*, Newbury Park/Londres, 1987, p. 48 à 52.

2. La négligence coupable

Comme on l'a dit au paragraphe i) ci-dessus, certains crimes supposent que l'auteur a agi, ou s'est abstenu d'agir, intentionnellement ou en connaissance de cause. La responsabilité pénale peut également découler de l'acte de négligence ou de l'omission par négligence, ou du fait qu'un certain résultat a été causé par négligence.

La négligence coupable (*recklessness*)² correspond d'une manière générale à l'état d'esprit de celui qui n'a pas l'intention de provoquer un effet dommageable mais qui prend un risque injustifiable, dont il a conscience, et produit ainsi un résultat répréhensible.

En droit anglais, il y a «*recklessness*» : i) si l'auteur est conscient de sa négligence même; ii) ou si l'auteur a négligé un risque manifeste. Dans certaines juridictions de *common law*, certaines variations de ce deuxième élément sont qualifiées d'«aveuglement délibéré» (*wilful blindness*).

Dans le droit pénal des États-Unis, pour qu'un acte soit qualifié de négligence coupable, il faut que son auteur ait été conscient que l'acte créait un risque de dommage substantiel et qu'il en ait poursuivi néanmoins la réalisation sans se soucier de ce risque. Aux États-Unis³, la négligence coupable est définie comme le comportement de celui qui «néglige consciemment un risque substantiel et injustifiable de porter atteinte à la personne d'autrui et à des biens». Pour établir la négligence coupable en droit américain, on considère en général la nature et le but de l'acte, les circonstances dont l'auteur a conscience et le fait que l'acte diffère ou non considérablement du comportement attendu d'une personne respectueuse des lois qui serait placée dans la même situation [*Model Penal Code*, art. 2.02 2) c)].

La différence entre l'intention et la connaissance constitutives de certains crimes, d'une part, et la responsabilité découlant de la négligence coupable, de l'autre, tient à la mesure dans laquelle l'auteur est conscient que son acte produira un certain résultat. Ces deux niveaux de la *mens rea* sont en général considérés comme «subjectifs». Pour ce qui est de la négligence coupable (*criminal recklessness*), la distinction entre cette figure et celle de l'imprudence au sens pénal (*criminal negligence*), distinction qui n'est pas toujours cohérente, tient à ce que, dans le dernier cas, le niveau de conscience requis est moins élevé. Autrement dit, l'auteur doit avoir eu connaissance du risque substantiel et injustifiable de causer un dommage que comportait son acte. La condition que l'auteur de l'acte «devrait» avoir eu connaissance de ce risque est en général considérée comme un aspect objectif de la *mens rea*.

Pour qu'il y ait négligence coupable, il n'est pas nécessaire qu'il y ait intention effective de causer un dommage, ni qu'il y ait connaissance, au moment de l'acte, qu'un dommage particulier résulterait probablement de celui-ci. Il suffit qu'il y ait conscience du fait qu'un dommage particulier risque de résulter de l'acte.

Exemple : Une personne entend causer des lésions corporelles en étant consciente qu'il y a risque d'homicide, mais n'en poursuit pas moins son acte en faisant fi de ce danger potentiel. Dans certaines juridictions américaines par exemple, le législateur a présumé que certains actes comportaient en eux-mêmes une négligence coupable. Par exemple, il y a responsabilité pour mise en danger de la vie d'autrui par témérité si l'on pointe sciemment une arme à feu chargée sur quelqu'un, même sans intention de blesser.

² Pour le droit anglais, voir SMITH/HOGAN, op. cit. (voir *supra*, note 1), p. 60 à 69.

³ THOMAS/BISHOP, op. cit. (voir *supra*, note 2), p. 50.

3. Imprudence pénalement répréhensible

L'imprudence pénalement répréhensible (*criminal negligence*)⁴ consiste à prendre un risque injustifié sans y prêter attention. La personne qui, consciente du risque, agit avec imprudence, ne désire pas causer un dommage et ne s'attend pas qu'un dommage résultera de son acte.

La grande différence entre cette figure et la négligence coupable (*recklessness*) tient à ce que dans ce dernier cas l'auteur prend sciemment un risque. Dans la négligence, il est conscient du risque qu'il crée, alors que dans l'imprudence, il ne l'est pas, mais à tort. Comme c'est le fait de ne pas prêter attention au risque qui est incriminé, l'élément relatif à la *mens rea* est en général d'ordre objectif. Si l'auteur d'un acte n'avait pas conscience du risque alors qu'il aurait dû en être conscient, il y a imprudence de sa part.

Sur le plan objectif, le comportement en question est incriminé parce qu'il marque un aveuglement injustifié ou un défaut d'attention considérable par rapport à la circonspection dont ferait preuve dans la même situation une personne normale.

Le *Model Penal Code* des États-Unis définit l'imprudence de la manière suivante : i) comportement accusant «un manquement grave aux règles de prudence auxquelles obéirait une personne normale placée dans la même situation»; ii) acte dont l'auteur n'a pas conscience du risque qu'il comporte alors qu'il «aurait dû avoir conscience de l'existence d'un risque substantiel et injustifiable» [(art. 2.02, 2 c)]⁵.

Exemple : Imprudence coupable dans la conduite d'un véhicule provoquant la mort d'autrui. Le cas se présente lorsque la manière de conduire diffère de façon appréciable ou considérable du comportement attendu d'une personne normale, alors que le conducteur aurait dû avoir conscience qu'il prenait un risque injustifiable en se comportant de cette manière.

II. La tradition de droit civil

1. Le droit pénal issu de la tradition de droit civil fait une distinction très nette entre l'intention, au sens large, et l'imprudence⁶. Celle-ci, si grave qu'elle soit, n'entraîne pas la responsabilité pénale à moins qu'elle ne soit réprimée au titre d'un crime particulier. L'imprudence pénalement répréhensible se définit comme un manquement conscient ou inconscient aux normes de prudence provoquant une conséquence réprimée par le droit pénal. Cela se produit i) soit parce que l'auteur de l'acte s'abstient indûment de prêter attention aux conséquences de ses actes (imprudence inconsciente); ii) soit parce que l'auteur, qui a envisagé l'éventualité des conséquences a estimé, à tort, que celles-ci ne se réaliseraient pas (imprudence consciente)⁷. Dans aucun cas, donc, l'auteur n'avait l'intention de causer tel résultat, n'a accepté l'idée que ce résultat se réaliserait ou n'a su qu'il se réalisera.

2. La *mens rea* source de responsabilité pénale correspond donc à l'intention, au sens large, et couvre diverses notions secondaires sur lesquelles nous allons nous pencher⁸.

⁴ Pour le droit anglais, voir SMITH/HOGAN, op. cit. (voir *supra*, note 1), p. 69 à 70 et 92.

⁵ Voir THOMAS/BISHOP, op. cit. (voir *supra*, note 2), p. 50.

⁶ Pour l'analyse de l'ensemble du sujet de la *mens rea* dans la tradition de droit civil, se reporter à la doctrine allemande qui est bien développée. Voir par exemple H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3e éd., Berlin, 1982, p. 232 et suiv.

⁷ Ibid., p. 456.

⁸ La conception théorique exposée ici est essentiellement la même dans toutes les traditions de droit civil, même si la terminologie varie.

L'intention, au sens large, vise toutes les situations dans lesquelles l'auteur de l'acte agit à la fois en engageant sa volonté et en ayant connaissance des circonstances⁹. La volonté et la connaissance doivent être présentes pour tous les éléments constitutifs de l'*actus reus*. Cette intention générale relève des trois catégories suivantes¹⁰ :

a) Dolus directus

La notion de *dolus directus* présente fondamentalement deux formes différentes, que l'on peut qualifier de forme du premier degré [intention au sens étroit, voir, ci-dessous, i)] et de forme du second degré¹¹ [voir, ci-dessous, ii)].

i) L'auteur de l'acte a pour intention de provoquer le résultat criminel. Il n'importe pas de savoir si ce résultat est tenu pour certain ou considéré comme simplement possible, du moment que l'auteur a désiré l'obtenir. La volonté et la connaissance tendent au même résultat, la volonté dominant ici.

Exemple : A déteste B et veut le tuer. Il tire contre B un coup de revolver. B en meurt.

ii) L'auteur tient le résultat criminel de son acte pour certain ou pour très probable. Mais ce résultat n'est pas son (premier) objectif. Il peut s'agir d'une conséquence secondaire non souhaitée de l'acte considéré. Comme l'auteur n'en a pas moins agi, on peut par construction lui imputer la volonté de désirer aussi ce résultat accessoire. La volonté et la connaissance ne s'appliquent pas également à la même matière. C'est la connaissance des conséquences qui domine, la volonté faisant défaut.

Exemple : A cache une bombe sur un navire dans l'intention de toucher l'argent de l'assurance qui couvre des marchandises se trouvant à bord. Il sait que des êtres humains vont périr, même si ce n'est pas là son mobile. S'il agit quand même, il sera réputé avoir voulu aussi les morts en question selon la figure du *dolus directus*.

b) Dolus éventuel

L'auteur prévoit que ses actes auront pour conséquence un résultat raisonnablement probable, ou en tout cas possible, et accepte cette éventualité si elle doit se réaliser. Il ne désire pas le résultat, mais le fait sien s'il se produit.

Exemple : A traverse un village en voiture à vitesse excessive. Il peut penser qu'il risque de causer un dommage. S'il accepte cette éventualité dans son for intérieur, même s'il lui est indifférent que le dommage se produise ou non, il est, aux yeux de la loi, réputé avoir souhaité un tel dommage. Il est donc punissable.

Si l'auteur de l'acte ne fait pas sien le résultat, mais croit à tort que celui-ci n'adviendra pas, il est simplement gravement téméraire et peut, selon le crime dont il s'agit, ne pas être punissable.

Exemple : Dans l'exemple ci-dessus, le conducteur peut imaginer les conséquences dommageables mais penser à tort que le risque ne se matérialisera pas, peut-être parce qu'il se croit un excellent conducteur familier des rallyes. En tel cas, n'ayant pas par avance accepté le résultat, il ne fait preuve que de témérité consciente.

⁹ Voir par exemple l'article 18 du Code pénal suisse : «Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté».

¹⁰ Voir JESCHECK, op. cit (voir *supra*, note 8), p. 238 à 240.

¹¹ Dans certains pays de droit civil, cette figure est appelée «*dolus indirectus*».

III. Conclusion : Comparaison rapide des deux traditions juridiques

Malgré les différences d'architecture des systèmes pénaux, et malgré les différences qui en découlent au niveau des notions opératoires, on peut soutenir qu'en matière de *mens rea*, les théories se chevauchent largement. L'analyse qui précède aura montré que l'intention en *common law* correspond au *dolus directus* du premier et du deuxième degré des traditions de droit civil¹². La négligence coupable (recklessness) couvre à la fois le dol éventuel et certains cas d'imprudence grave reconnus par ces traditions. Sur ce dernier point, il y a une différence dans la portée des attitudes répréhensibles. Dans les systèmes de droit civil, le cas de la mise en danger d'autrui par inadvertance relève de l'imprudence. En tant que tel, il ne semble pas répréhensible sauf s'il est incriminé au titre d'une infraction précise. En *common law*, d'une manière générale, l'inadvertance est incriminée dans certaines circonstances comme relevant de l'imprudence pénalement répréhensible. Finalement, les notions de négligence sont essentiellement analogues.

On peut donc conclure qu'il y a des différences réelles entre les deux traditions juridiques dans le contexte qui nous occupe, mais que ces différences sont plus théoriques que fondamentales.

¹² Voir *supra*, II, 2 a), i) et ii).

Notions d'erreur de fait et d'erreur de droit en droit interne et en droit international

I. Droit interne

1. Tant dans les systèmes de *common law* que dans les systèmes de droit civil, la connaissance des faits sur lesquels repose l'*actus reus* est un élément essentiel de la responsabilité pénale.

Dans les systèmes de *common law*¹³, l'erreur de fait est reconnue comme moyen de défense. Ainsi, en droit anglais – comme il est déclaré dans l'affaire *Morgan* (English Court of Appeals)¹⁴ – il a été statué qu'une erreur de fait constituait un moyen de défense lorsqu'elle empêchait l'auteur d'avoir la *mens rea* nécessaire. Lorsque la loi prévoit que l'intention ou la négligence coupable est nécessaire en ce qui concerne un élément de l'*actus reus*, une erreur, qu'elle reste ou non dans les limites du raisonnable, exonérera de la responsabilité pénale. Lorsque la loi prévoit que la négligence suffit à engager la responsabilité, seule une erreur qui reste dans les limites du raisonnable peut constituer un moyen de défense, puisqu'une erreur déraisonnable constitue en soi une négligence. Ce que l'on peut ajouter, c'est que la *common law* n'élabore pas de théorie générale de l'erreur de fait comme moyen de défense. La question dépend dans une large mesure des caractéristiques particulières de chaque crime et des critères applicables à ce crime.

Dans les systèmes de *common law*, la *mens rea* de l'auteur doit être présente dans tous les éléments de l'*actus reus*. L'erreur de fait est donc considérée comme une circonstance éliminant toute intention de commettre le crime considéré¹⁵. Il s'ensuit que l'auteur ne peut être condamné pour des crimes qui n'engagent la responsabilité pénale que lorsqu'ils ont été commis intentionnellement¹⁶. En revanche, l'auteur peut être condamné pour négligence i) s'il avait pu éviter l'erreur en agissant avec la prudence à laquelle on peut raisonnablement s'attendre et ii) si le crime est également possible de sanctions en cas de négligence¹⁷.

On voit donc que l'erreur de fait est plus largement acceptée comme moyen de défense dans les systèmes de droit civil. De la sorte, elle peut aussi avoir une plus grande portée quant au fond.

2. Tant dans les systèmes de *common law* que dans les systèmes de droit civil, l'**ignorance de la loi** est traitée différemment de l'ignorance des faits (même si la distinction entre les deux peut être difficile à établir dans un cas spécifique). Elle ne constitue un bon moyen de défense en droit pénal que dans des circonstances exceptionnelles.

¹³ Voir J. C. SMITH/B. HOGAN, *Criminal Law*, 7e éd., Londres/Dublin/Edimbourg, 1992, p. 215 à 218.

¹⁴ Ibid., p. 215 et 216.

¹⁵ Voir l'article 19 du Code pénal suisse. Voir également P. NOLL/S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2e éd., Zurich, 1986, p. 96 à 100. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3e éd., Berlin, 1978, p. 245 et suiv.

¹⁶ L'intention dans ce contexte couvre l'acte exécuté dans le but d'obtenir le résultat criminel, *dolus directus* et *dolus eventualis*. Sur ces notions, voir la communication intitulée «*The Subjective Criminal Element in the Common Law and in the Civil Law Systems*».

¹⁷ Voir l'article 19 2) du Code pénal suisse NOLL/TRECHSEL, op. cit., (*supra*, note 3), p. 97. JESCHECK, op. cit., (*supra*, note 1), p. 248.

Dans les systèmes de *common law*, l'ignorance de la loi est généralement considérée comme ne pouvant être invoquée comme moyen de défense¹⁸. Cette règle est appliquée de façon très stricte en droit anglais. Des tribunaux anglais ont considéré que même s'il était tout à fait impossible que l'auteur connaisse l'interdiction faite par la loi, il ne pouvait invoquer l'ignorance comme moyen de défense. Il en va de même pour l'avis juridique compétent, dont il a été jugé qu'il ne pouvait être utilisé comme moyen de défense. Il ne peut être fait exception à cette règle que si l'*actus reus*, dans le cas d'un crime particulier, est défini comme permettant d'envisager la possibilité d'une erreur de droit, ce qui l'exclut du domaine de la culpabilité criminelle¹⁹.

Dans les systèmes de *common law*, la responsabilité pénale de l'auteur n'est engagée que dans les cas suivants : ses actes (i) correspondent objectivement à la conduite interdite dans le cas d'un crime donné, (ii) sont illégaux, et (iii) sont en outre coupables, l'auteur ayant commis une faute individuelle en les exécutant²⁰. Cette faute – qui est nécessaire pour condamner – peut être exclue dans un cas particulier du fait d'une erreur pertinente ou de l'ignorance de la loi²¹. La règle générale est la même dans les systèmes de droit civil que dans les systèmes de *common law*. Elle est énoncée dans le vieux adage juridique selon lequel on ignore toujours la loi à ses propres risques (*ignorantia iuris nocet*)²². En raison de la condition relative à l'imputation de la faute individuelle, les systèmes de droit civil sont plus généreux en matière d'exceptions. Tous ces systèmes ont en commun que l'auteur ne s'est pas rendu compte de la faute commise. Par exemple, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, les raisons suivantes ont pu être invoquées avec succès comme moyens de défense : 1) avis juridique erroné, donné par une autorité officielle; 2) acquittement préalable par un tribunal pour la même conduite; 3) pratique illégale de longue date n'ayant jamais été contestée auparavant; 4) lois totalement incompréhensibles; 5) absence de doute quant à la légalité des actes en raison de considérations particulières à l'auteur et de sa personnalité²³.

On voit donc que les systèmes de droit civil permettent à l'auteur de profiter plus largement des aléas subjectifs qui peuvent avoir obscurci sa conscience d'agir contre la loi.

II. Droit pénal international

¹⁸ SMITH/HOGAN, op. cit., (*supra* note 1), p. 80 à 83. Dans *Grant c. Borg* (2 All. ER., p. 263), Lord Bridge a déclaré que «*the principle that ignorance of the law is no defence in crime is so fundamental that to construe the word ‘knowingly’ in a criminal statute as requiring not merely knowledge of facts material to the offender’s mind, but also knowledge of the relevant law, would be revolutionary, and, to my mind, wholly unacceptable*» («le principe selon lequel l'ignorance de la loi n'est pas un moyen de défense en cas de crime est si fondamental que d'interpréter les termes 'en toute connaissance de cause' dans un statut ou code pénal comme exigeant non seulement une connaissance des faits se rapportant à l'état d'esprit de l'accusé mais aussi une connaissance du droit applicable serait révolutionnaire et, à mon avis, totalement inacceptable»).

¹⁹ SMITH/HOGAN, op. cit., (*supra* note 1), p. 83 à 85.

²⁰ Voir NOLL/TRECHSELL, op. cit., (*supra*, note 3), p. 127 et suiv.; JESCHECK, op. cit., (*supra*, note 3), p. 363 et suiv.

²¹ Voir l'article 20 du Code pénal suisse. Voir aussi NOLL/TRECHSEL, op. cit., (*supra*, note 3), p. 140 à 144; JESCHECK, op. cit., (*supra*, note 3), p. 368 à 372.

²² Voir le Gloss «*Qui sciens*» ad *Codex Justinianus*, 2, 11, (12), 15.

²³ Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral (dans : Arrêts du tribunal fédéral, vol. 104, sect. IV, p. 221 et suiv.) était saisi du procès d'un Sicilien âgé de 19 ans, habitant la Suisse depuis cinq ans, qui avait eu des relations sexuelles avec son amie, une Sicilienne âgée de 15 ans. Le Tribunal a considéré que le seul crime aurait été d'avoir de telles relations sans épouser la jeune fille. Or, telle était l'intention du jeune homme. Il ignorait complètement, du fait de ses racines culturelles, l'existence d'une limite d'âge de 16 ans.

1. Le droit pénal international suit dans une large mesure les principes élaborés en droit interne. On peut dire que les procès de Nuremberg et de Tokyo ont déjà établi le droit sur ces points.

2. Pour ce qui est de l'**ignorance des faits**, les divers tribunaux pour crimes de guerre créés après la Deuxième Guerre mondiale ont fait des efforts spéciaux pour montrer que chaque condamné connaissait personnellement les faits relatifs au crime qu'il avait commis²⁴. Si l'absence de connaissance ou une connaissance insuffisante pouvait être prouvée, l'accusé était acquitté²⁵. Si la connaissance pouvait être prouvée, mais si l'implication criminelle de l'accusé dans les faits n'était pas suffisamment prouvée, l'accusé était acquitté²⁶. Parfois, les tribunaux ont déclaré que l'accusé «avait dû connaître» ou «n'avait pu ignorer» les faits²⁷. Ceci ne devrait pas être considéré comme une imputation constructive d'absence de connaissance, mais comme une question de preuve. Le tribunal avait acquis la certitude dans ces affaires qu'étant donné les circonstances, l'accusé connaissait les faits. Il s'agit donc d'une question de preuve indirecte.

La question de l'erreur sur les faits s'est posée dans plusieurs contextes et les tribunaux l'ont réglée en étudiant soigneusement l'état d'esprit de l'accusé et la crédibilité des moyens de défense, compte tenu des circonstances. Elle a été étudiée par exemple dans les cas suivants : 1) le bourreau croyait que l'exécution à laquelle il procédait était légale, c'est-à-dire qu'elle faisait suite à une condamnation à mort prononcée à l'issue d'une procédure régulière²⁸; 2) des prisonniers de guerre ont été fusillés alors qu'on croyait qu'ils essayaient de s'évader²⁹; 3) une erreur a été commise quant à la qualité de certaines

²⁴ Voir aussi K. Brandt (*The Medical Trial*), dans : *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. II, Washington (sans date), p. 194 et 195, 201 et 202, 206, 209, 224, 226, 237, 239, 256 et 257, 260 à 262, 266, 271, 279, 284, 295 et 296. J. Altstötter (*The Justice Trial*), ibid., vol. III, Washington, 1950, p. 1079 à 1081 (généralement), p. 1084, 1093 et 1094, 1099, 1129, 1142 à 1144, 1176. O. Ohlendorf Trial, ibid., vol. IV, Washington, 1950, p. 543, 550, 570 et 571, 577, 580. O. Pohl Trial, ibid., vol. V, Washington, 1950, p. 978 à 980 (généralement) p. 984, 989, 995, 1007, 1009, 1017, 1020 à 1022, 1031-1, 1033, 1036, 1039, 1043 à 1046, 1049 et 1050. I.G. Farben Trial, ibid., vol. VIII, Washington, 1952, p. 1155 et 1156, 1159 et 1160, 1162 et 1163, 1165, 1167, 1169, 1189, 1193, 1195. Voir aussi the Von Leeb (*The High Command Trial*), ibid., vol. XI, Washington, 1950, p. 553 et suiv. et the W. List Trial, ibid., vol. XI, Washington, 1950, p. 1262 et suiv.

²⁵ Voir également K. Brandt (*The Medical Trial*), ibid., vol. II, Washington (sans date), p. 218, 227, 249, 251. O. Pohl Trial, ibid., vol. V, Washington, 1950, p. 1009, 1017. I.G. Farben Trial, ibid., vol. VIII, Washington, 1952, p. 1163 et 1164, 1165, 1193, 1195.

²⁶ Voir également K. Brandt (*The Medical Trial*), ibid., vol. II, Washington (sans date), p. 250 et 251, 276. O. Pohl Trial, ibid., vol. V, Washington, 1950, p. 1002. E. Milch Trial, ibid., vol. II, Washington, (sans date), p. 814, par le juge Musmanno.

²⁷ J. Altstötter (*The Justice Trial*), ibid., vol. III, Washington, 1950, p. 1106, 1116 et 1117 (*ignorance «overtakes the credulity of this tribunal»; «could hardly have escaped the attention of [...]»*) (l'ignorance «exigerait par trop de crédulité de la part de ce tribunal»; «peut difficilement avoir échappé à l'attention de»). O. Pohl Trial, ibid., vol. V, Washington, 1950, p. 1055 (*«it was his duty to know»*) («il avait le devoir de savoir»). Von Leeb (*The High Command Trial*), ibid., vol. XI, Washington, 1950, p. 538. W. List Trial, ibid., vol. XI, Washington, 1950, p. 1281.

²⁸ United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. V, Londres, 1948, p. 79 et 80 (dans le cadre du procès T. Hisakasu).

²⁹ Ce moyen de défense a été refusé compte tenu des faits de la cause. Voir la synthèse de la jurisprudence de Nuremberg dans : *Law Reports...* (supra, note 16), vol. XV, Londres, 1949, p. 186 et 187.

personnes qui étaient des prisonniers de guerre évadés³⁰; 4) des erreurs ont été commises de bonne foi quant à l'existence des conditions relatives à d'autres moyens de défense, nécessité militaire par exemple³¹. La question s'est posée le plus souvent en ce qui concerne l'obligation des commandants militaires de contrôler leurs troupes : ces commandants étaient-ils au courant des crimes (généralisés) commis dans la zone relevant de leur commandement? Les critères fixés par les tribunaux quant à cette obligation étaient très stricts dans ces cas particuliers³².

On voit que l'ignorance des faits est un moyen de défense en droit pénal international, mais que les conditions d'application sont strictes. Cela s'explique aisément compte tenu du contexte. Il était difficile de soutenir que les grands criminels de guerre jugés par les divers tribunaux créés après la Deuxième Guerre mondiale n'avaient pas connaissance de certains faits manifestes et largement répandus.

3. **L'ignorance de la loi** est un moyen de défense spécifique qui n'est admis que dans des circonstances encore plus exceptionnelles : on ne présume pas que l'accusé connaissait les faits (il faut prouver cette connaissance) mais on présume qu'il connaît la loi. Aucun système juridique ne pourrait retenir l'hypothèse contraire. Les tribunaux créés après la Deuxième Guerre mondiale n'ont jamais examiné la mesure dans laquelle un accusé connaissait la loi comme ils le faisaient pour savoir s'il connaissait les faits. Ils ont exceptionnellement soulevé cette question lorsque l'accusé avait manifestement ou prétendument agi sous l'emprise d'une telle erreur qui, si elle était excusable, conduisait à son acquittement³³. Le principe a été énoncé dans l'affaire *Flick* : «[L'accusé] est censé vérifier quel est le droit applicable et rester dans les limites de ce droit. L'ignorance à cet égard n'exonère pas de la culpabilité, mais peut justifier un adoucissement de la peine³⁴. Selon le principe général *ignorantia iuris neminem excusat*, la preuve exigée a été fixée à un niveau élevé. En particulier, on a jugé que ce principe ne serait pas libératoire pour des crimes qui violent les normes élémentaires de la moralité et qui doivent donc être tenus pour illégaux (*mala per se*)³⁵. En revanche, des exceptions ont

³⁰ Voir l'affaire *Stalag Luft III*, *Law Reports...* (*supra*, note 16), p. XI, Londres, 1949, p. 31 et suiv., p. 35, 39 et 44. La défense a plaidé une erreur de fait, à savoir que l'accusé ne s'était pas rendu compte que les personnes recherchées étaient des prisonniers de guerre évadés mais croyait qu'elles étaient des espions ou des saboteurs. Le tribunal a refusé ce moyen de défense compte tenu des faits de la cause.

³¹ *A. Krupp Trial*, *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. X, Londres, 1949, p. 148.

³² Les normes ont été décrites dans le *W. List Trial*, *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. VIII, Londres, 1949, p. 70 : «Le commandant d'un corps d'armée ne sera pas autorisé normalement à déclarer qu'il n'était pas au courant de renseignements reçus par son quartier général, étant donné que ces renseignements avaient été envoyés spécialement à son intention. Il ne sera normalement pas autorisé à déclarer qu'il n'était pas au courant d'événements qui se sont produits dans la zone relevant de son commandement pendant qu'il se trouvait dans cette zone. Voir également *Yamashita Trial*, *ibid.*, vol. IV, Londres, 1948, p. 3 et 4, 30, 33, 35 (jugement); l'affaire *S. Kou*, l'affaire *Y. Sakamoto*, l'affaire *Y. Tachibana* (*ibid.*, p. 86); *K. Meyer Trial*, *ibid.*, p. 100 et 108; *B. Masao Trial*, *ibid.*, vol. XI, Londres, 1949, p. 56 à 61. Les affaires *E. Shimichi* et *A. Hatzao*, *ibid.*, p. 59 et 60. *Von Leeb Trial*, *ibid.*, vol. XII, Londres, 1949, p. 76 et 77. Le *Tokyo Trial*, dans : B. V. A.

ROELING/C. F. RUETER (eds.), *The Tokyo Judgment*, Amsterdam, 1977, p. 30 et 31.

³³ Voir par exemple *J. Altstötter (The Justice) Trial*, *Trials...* (*supra*, note 12), vol. III, Washington, 1950, p. 1138 (connaissance de la violation du droit international). *I. G. Farben Trial*, *Trials...* (*supra*, note 12), vol. VIII, Washington, 1952, p. 1157 à 1160.

³⁴ *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. IX, Londres, 1949, p. 23. Voir également le *Buck Trial*, *ibid.*, vol. V, Londres, 1948, p. 44.

³⁵ *Von Weizsäcker (The Ministries) Trial*, *Trials...* (*supra*, note 12), vol. XIV, Washington, 1952, p. 339 : «[L'accusé] ne peut pas prétendre qu'il ne savait pas que les actes en question étaient criminels. Des mesures qui conduisent au meurtre, aux mauvais traitements, à l'esclavage et à d'autres actes inhumains perpétrés contre des prisonniers de guerre, à la déportation, l'extermination, l'esclavage et la persécution pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, au pillage et à la spoliation de biens

étés faites dans certains cas où la loi était vague ou manquait de précision³⁶. Dans l'affaire *Von Leeb (The High Command) Trial*, on a déclaré que l'accusé ne pouvait être tenu pénalement responsable pour une simple erreur de jugement sur des questions juridiquement contestables, qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'il fasse des distinctions subtiles entre les ordres donnés par ses supérieurs et parvienne à des conclusions quant à la légitimité de ces ordres³⁷. Dans l'affaire *Latza*, un tribunal norvégien a jugé que l'accusé avait cru que la législation nationale était obligatoirement applicable dans son cas et a donc considéré que l'accusé avait agi, dans ces circonstances particulières, sous l'emprise d'une erreur d'appréciation excusable de la loi³⁸.

La question de l'erreur quant à l'illégalité a souvent été plaidée dans le contexte d'ordres illégaux. Si l'illégalité n'était pas apparente, il avait pu y avoir absence de *mens rea* de commettre un crime. On ne peut s'attendre à ce que l'accusé fasse des distinctions juridiques subtiles³⁹. Dans l'affaire *Almelo*, le juge militaire a choisi le critère suivant : qu'en penserait un homme raisonnable⁴⁰? Mais si l'accusé avait des connaissances juridiques spécifiques, les tribunaux appliquaient des critères beaucoup plus stricts⁴¹. La question de l'absence de *mens rea* en ce qui concerne les ordres illégaux se confond en grande partie avec celle plus large des ordres donnés par des supérieurs, question qui n'est pas examinée ici.

On peut conclure de ce qui précède que l'ignorance de la loi a été invoquée avec succès dans des cas tout à fait exceptionnels, où on ne pouvait reprocher à l'accusé une culpabilité personnelle. Dans certaines des affaires – par exemple en cas d'obscurité ou de manque de précision de la loi –, on recourt à des catégories qui sont connues dans la jurisprudence interne.

III. Conclusion

L'élément subjectif de la *mens rea* joue aussi un certain rôle dans le droit régissant les conclusions de la défense, en particulier dans les cas d'erreur portant sur les faits incriminés ou sur le droit applicable. La connaissance des faits doit être démontrée selon les règles ordinaires de la preuve. Il n'existe pas de présomption en ce qui concerne cette connaissance. La règle ordinaire de la preuve dans les affaires pénales peut s'appliquer dans ce cas : *in dubio pro reo* (en cas de doute, pour l'accusé) – il appartient donc à l'accusation de prouver que l'accusé connaît (ou ne pouvait ignorer) les faits pertinents. Lorsqu'on parle d'erreur ou d'ignorance en tant que moyen de défense, il s'agit généralement d'une erreur de fait ou de l'ignorance d'un fait; en effet, seule une erreur de fait constitue un moyen de défense de caractère général.

Au contraire, l'ignorance de la loi ne constitue qu'un moyen de défense tout à fait exceptionnel car aucun système de droit pénal ne pourrait fonctionner de façon

publics et privés sont des actes qui révoltent la conscience de tout être humain digne de ce nom. Ce sont des crimes en soi».

³⁶ Voir en général *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. XV, Londres, 1949, p. 183 à 186.

³⁷ *Ibid.*, vol. XII, Londres, 1949, p. 73 et 74.

³⁸ *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. XIV, Londres, 1949, p. 69. Le tribunal a également statué de la sorte parce que le droit international était considéré comme manquant de précision sur ce point (*ibid.*, par. 59 et 60).

³⁹ Voir ci-dessus, note 25.

⁴⁰ *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. I, Londres, 1947, p. 41.

⁴¹ Voir par exemple *J. Buhler Trial*, *Law Reports...* (*supra*, note 16), vol. XIV, Londres, 1949, p. 38 et *W. Von Leeb Trial*, *ibid.*, vol. XII, Londres, 1949, p. 116 et 117.

satisfaisante en cas d'exception générale de ce type. La paix sociale, qui est un objectif essentiel, ne pourrait être assumée. En outre, on inciterait les intéressés à ne pas prendre connaissance de la loi. La connaissance de la loi ne doit donc pas être prouvée, elle est présumée. Une telle connaissance peut être présumée de façon particulièrement justifiée dans des secteurs juridiques tels que le droit pénal, qui s'occupent normalement des déviations sociales les plus graves par rapport à un comportement légal. Il appartient alors à l'accusé de prouver que dans les circonstances particulières de l'affaire et dans sa situation spécifique, il n'a pas appliqué la loi pour de bonnes raisons. La jurisprudence a créé quelques catégories où ce moyen de défense peut être invoqué avec succès. Si l'accusé ne réussit pas à s'acquitter de la lourde charge de la preuve qui lui incombe, il ne peut échapper à la condamnation : *in dubio contra reum* (en cas de doute, contre l'accusé). Tout cela montre le caractère exceptionnel de l'erreur concernant la loi en tant que moyen de défense dans les affaires pénales.
