

Aspects juridiques du procès Eichmann

In: Annuaire français de droit international, volume 9, 1963. pp. 150-190.

Citer ce document / Cite this document :

Green Leslie. Aspects juridiques du procès Eichmann. In: Annuaire français de droit international, volume 9, 1963. pp. 150-190.

doi : 10.3406/afdi.1963.1027

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1963_num_9_1_1027

ASPECTS JURIDIQUES DU PROCÈS EICHMANN

LESLIE GREEN

« Les monarques et ceux qui possèdent un pouvoir égal au leur ont le droit d'exiger des sanctions non seulement pour des crimes dont eux ou leurs sujets sont victimes mais également pour ceux qui ne les concernent point particulièrement mais forment à l'égard d'une quelconque personne une violation flagrante du droit naturel ou du droit des gens. » (*Grotius, De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Livre 2, Ch. 20, S. 40.1).

Point n'est besoin aujourd'hui de rappeler l'histoire passionnante de la recherche, de l'enlèvement et du retour en Israël de Ad. Eichmann (1), promoteur et principal dirigeant de la mise en application de « la solution définitive » du problème juif (2) selon les conceptions de l'Allemagne nazie.

Pour le juriste international qui examine ce procès Eichmann, cette question n'est importante que dans la mesure où elle a soulevé des problèmes de fond au cours de la poursuite judiciaire exercée contre Eichmann (3).

Il n'est pas nécessaire de s'attacher aux raisons politiques ou sentimentales qui ont pu conduire Israël et ses dirigeants politiques à faire ce procès (4) et conduire l'accusation à apporter des témoignages quant à l'origine sociologique et historique de l'antisémitisme (5).

(*) Leslie GREEN, Professeur à la Faculté de Droit de Singapour, Directeur de l'Institut des Hautes Etudes juridiques.

(1) Voir par exemple REYNOLDS, *Minister of Death*, 1960; PEARLMAN, *The Capture of Adolf Eichmann*, 1961.

(2) Voir par exemple POLIAKOV, *The Harvest of Hate*, 1954, (le nom d'Eichmann est cité quarante fois à l'index).

(3) Pour un examen des problèmes juridiques relatifs à l'enlèvement, voir GREEN, « The Eichmann Case », 23 *Modern L. R.*, 1960, p. 507; MELO, « El Caso Eichmann y la Soberania Argentina », 8 *Revista de Derecho Internacional*, 1960, p. 99; BAADE, « The Eichmann Trial », *Duke L. J.*, 1961, p. 400; SILVING, « In Re Eichmann : A Dilemma of law and Morality », 55 *Amer. J.I.L.*, 1961, p. 307.

(4) Ainsi, M. Ben-Gourion aurait, paraît-il, dit : « Un de nos motifs est de faire connaître les détails de ces procès aux générations d'Israéliens nés après l'holocauste », *New York Times*, déc. 18, 1960.

(5) Voir témoignage du Prof. SALO BARON, Prof. d'Histoire juive, Columbia Univ., *Transcript of Trial of A.G., Israël v. Adolf, Son of Adolf Karl Eichmann*, Crim. Case 40/61 (cité ci-après - *Transcript* - C'est une version non corrigée de la minute, fournie par le Dr. S. ROSENNE, Jurisconsulte du Département des Affaires étrangères d'Israël.

En réalité les juges ont expressément rejeté de telles preuves en rendant leur arrêt (6).

ENLÈVEMENTS INTERNATIONAUX

La récupération d'Eichmann soulève cependant un point qui, à proprement parler n'a rien à voir avec Eichmann lui-même bien que le Dr Servatius, son conseil, ait soutenu que les tribunaux israéliens n'eussent point dû avoir le droit de le juger du fait que c'était à la suite de ce que le Dr Servatius assurait être une violation du droit international que l'accusé se trouvait devant eux : or, nul Etat ne devrait être autorisé à tirer parti des illégalités par lui commises. On doit se rappeler néanmoins qu'en contrepartie du principe « *ex injuria jus non oritur* » existe l'adage « *ex factis jus oritur* » auquel on peut rattacher le principe « *summum jus summa injuria* ».

Avant de nous occuper du procès, il est donc nécessaire de rechercher si Israël a effectivement violé une règle de droit international, soit par l'enlèvement, soit par le fait même d'entreprendre ce procès. En cette matière le principe de base du droit international est le suivant : ce qui n'est point expressément interdit est autorisé; il a été clairement établi par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt rendu dans l'affaire du Lotus où il s'agissait aussi d'un problème de compétences juridictionnelles (7), « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat ». Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs

(6) *Transcript, Jugement, section 2, pp. 1-2.*

(7) (1927) A.10, p. 4, p. 18-19, 21.

et les plus convenables... La Cour doit donc en tout état de cause, examiner s'il existe ou non, une règle de droit international limitant la liberté des Etats d'étendre la juridiction pénale de leurs tribunaux à une situation réunissant les circonstances du cas d'espèce ».

On ne peut nier qu'opérer une arrestation en territoire étranger ne soit une tentative d'exercice de sa juridiction. Si l'arrestation a eu lieu avec l'accord du pouvoir local, il ne peut y avoir violation du droit international, les seuls droits susceptibles d'être invoqués sont ceux que le prévenu tirerait du droit local, par exemple le bénéfice d'une procédure d'*habeas corpus* (8). Si l'accord de l'autorité compétente n'a pas été donné, une violation du droit international a été à première vue commise (9). Cette violation ne concerne cependant que l'Etat qui a opéré l'arrestation et pas celui où elle a eu lieu. En ce qui concerne l'individu arrêté, il ne peut en appeler à aucune instance internationale, puisque l'individu n'a pas de personnalité (10) juridique en droit international. Il est réduit à faire valoir que la Cour qui se propose de le juger n'a pas compétence pour ce faire, étant donné qu'il est devant elle par suite d'une violation du droit international. C'est ce qui a été avancé dans le cas *Molvan v. Att. gen. de Palestine* (11) quand la section judiciaire du Conseil privé signala que même la liberté des mers (12), principe fondamental s'il en est du droit international, ne s'applique pas au bénéfice d'un navire, mais à celui d'un pavillon.

Toute ingérence en territoire étranger n'entraîne pas forcément violation de la souveraineté et du droit international rendant des réparations internationales exigibles. Cela est limité aux ingérences impliquant la responsabilité de l'Etat et aucun Etat ne peut être tenu pour responsable de tous les actes commis par ses ressortissants. Sinon on pourrait soutenir qu'un immigrant illégal, en commettant un crime, entraîne la responsabilité de l'Etat dont il est ressortissant. En revanche l'ingérence d'organes ou de représentants de l'Etat, ou de particuliers à l'instigation de l'Etat, entraîne une responsabilité en droit international. En matière d'enlèvement, la différence entre les deux types d'actes ressort clairement d'une déclaration faite en 1822 par le Secrétaire d'Etat Adams au sujet du transfert d'un certain Hooper de New York au Canada : « une note a été adressée par le Gouvernement canadien au ministre-résident anglais d'ici, déclarant que le transfert de M. Hooper de l'Etat de New York au Canada a été entièrement réalisé par des citoyens ou

(8) Voir par ex. (U. K.) Extradition Acts, 1870-1932.

(9) *Collier v. Vaccaro* (1931) 51 F. 2d 17, 19 : « Seules les plus hautes autorités officielles peuvent faire extraditer un prévenu pour le faire passer en jugement et cela en observant les clauses sur l'extradition prévue dans le traité. Une arrestation illégale est une simple offense à la paix et à la dignité d'un Etat. Le transfert hors frontière d'un citoyen afin de le soumettre aux lois d'un autre Etat constitue une violation de la souveraineté de l'Etat d'origine ».

(10) Voir GREEN, « The Individual and his Status in International Law », 1 *Indian J. Int. Law*, 1961, p. 415.

(11) [1948] A.C. 351.

(12) SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », *R.C.A.D.I.* 87, 1955, p. 195, notamment p. 358.

des résidents de l'Etat de New York et sans aucune participation de sujets canadiens. « Si cela se révèle exact, le seul recours contre la violation de notre juridiction semble être une action en justice à l'intérieur de l'Etat de New York contre les coupables » (13).

LE DIFFÉREND OPPOSANT L'ARGENTINE A ISRAËL

Quand on sut qu'Eichmann avait été emmené d'Argentine en Israël, le Gouvernement argentin accusa Israël de violation de son territoire par exercice sur celui-ci d'une autorité illégale. Israël soutint d'abord qu'Eichmann avait quitté l'Argentine de son plein gré mais abandonna ensuite cette position. Bien plus importante fut la déclaration qu'il n'avait pas été enlevé par des représentants officiels d'Israël mais pas des volontaires dont une partie seulement était citoyens israéliens. Israël exprima ses regrets au sujet de ces faits, mais attira l'attention sur les circonstances annexes qui avaient motivé l'enlèvement en prétendant que celles-ci le justifiaient et justifiaient également l'intention d'Israël de faire passer Eichmann en jugement. Cette explication rencontra de la part de l'Argentine la prise de position suivante : il y a violation de souveraineté même si les auteurs étaient des personnes privées et même si elles ont été accompagnées par Eichmann en Israël de son plein gré. On alléguait plus tard qu'avoir exprimé des regrets équivalait à admettre une culpabilité et que par sa décision de garder et de juger Eichmann le Gouvernement d'Israël avait assumé la responsabilité de l'acte commis. En déclarant qu'Israël avait par l'expression de regrets admis sa responsabilité, le Gouvernement argentin ne tenait toutefois pas compte de la forme de la note israélienne qui n'admettait pas qu'il y ait eu violation de la souveraineté argentine : « *au cas où le groupe de volontaires aurait violé le droit de l'Argentine ou se serait immiscé dans des affaires relevant de sa souveraineté, le Gouvernement d'Israël désire exprimer ses regrets* » (14).

Il est clair que les auteurs de l'enlèvement ont enfreint le droit pénal argentin mais on peut soutenir que leur incursion ne forme pas plus une violation de souveraineté que ne le ferait un cambriolage-éclair dans une banque. De ce point de vue le Gouvernement d'Israël ne reconnaissait point sa responsabilité mais faisait seulement preuve de ses regrets d'avoir porté atteinte à la dignité argentine, comme il est d'usage entre pays entretenant des relations diplomatiques et de bons rapports internationaux. Dans toute la mesure où l'on peut assurer qu'assumer la juridiction pénale échoit à l'Etat,

(13) 24 janv., 1822, MOORE, *Digest of Int. Law*, vol. 4, p. 328. Voir aussi McNAIR, *Int. Law Opinions*, vol. 2, p. 288.

(14) 3 juin 1960 (UN DOC. S/4342), c'est nous qui soulignons. Pour une discussion de la correspondance diplomatique et des débats du Conseil de Sécurité, voir SILVING, *loc. cit.*

il est vrai qu'un Tribunal est un organe d'Etat et celui-ci sera sûrement responsable si les jugements ou les actions de celui-là se révèlent des dénis de justice (15). D'autre part, bien qu'en de nombreux cas des enlèvements aient conduit à des protestations diplomatiques (16), il n'est que peu ou point d'exemples où la mise en jugement en elle-même ait été considérée comme constituant une violation du droit international, quand bien même l'enlèvement aurait été réalisé par des agents de l'Etat et alors même que l'extradition des auteurs de l'enlèvement ait parfois été accordée (17).

Enfin l'Argentine exigeait réparation sous la forme de la restitution d'Eichmann et de sanctions prises par Israël contre les auteurs de l'enlèvement. Du fait qu'il n'existe pas de convention d'extradition en vigueur entre l'Argentine et Israël, celle-ci n'avait pas le pouvoir légal d'exiger qu'on lui livre les auteurs. Elle n'était pas non plus en mesure d'exiger qu'un Etat tiers entreprenne des poursuites criminelles envers quiconque relevant de sa juridiction territoriale; enfin elle n'avait pas non plus, en l'absence d'un accord ou de règles non équivoques du droit coutumier, le droit d'exiger qu'un Etat n'intente pas des poursuites criminelles contre un individu à l'intérieur de son propre territoire. Ce point-ci a été depuis longtemps établi par la Cour Internationale ainsi que nous l'avons dit plus haut (18).

Israël repoussa les exigences de l'Argentine laquelle porta le débat devant le Conseil de Sécurité en vertu des art. 33 et suivants de la Charte des Nations Unies qui visent: « tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales... ». Israël soutint, et cela ne nous surprendra sans doute pas, qu'une atteinte isolée aux lois de l'Argentine par des personnes privées — et il en serait sans doute de même dans le cas de représentants officiels — ne pouvait être considérée comme mettant la paix en danger. Durant la discussion qui s'ensuivit, il apparut clairement qu'aucun membre du Conseil de Sécurité n'était disposé à excuser les actes d'Eichmann ou à nier qu'il ne dut être jugé pour les avoir commis. L'Argentine ne soutint point non plus qu'on avait porté atteinte à son droit de protéger Eichmann, ni qu'un droit d'asile à lui accordé eût été violé. Il apparut d'autre part clairement que s'il comparait devant un tribunal international où siègeraient des représentants de l'Europe de l'Est, ou devant un Tribunal de ces pays de l'Est européen où avaient été situés les camps d'extermination ou dont les ressortissants avaient été ses victimes, il était très probable alors que le procès serait utilisé dans la guerre froide, au bénéfice politique des pays de l'Est et pour

(15) Par ex. *Chattin Claim* (1927), U.S. - Mexican General Claims Commission, 4 U.N. Reports of Int. Arb. Award, p. 282.

(16) Voir MOORE, *Digest*, 2, p. 382; HACKWORTH, *Digest of Int. Law*, 2, pp. 309-313, 320, 321.

(17) Voir *Martinez kidnapping*, 2 HACKWORTH, p. 321, et *Ker v. Illinois* (1886) 119 U.S. 436, où la Cour suprême fait allusion au fait qu'un agent de l'Etat est passible d'extradition pour un tel enlèvement. Voir aussi O'HIGGINS, « Unlawful Seizure and Illegal Extradition », 36 *Brit. Y.B. Int. L.*, 1960, p. 279.

(18) Voir note n° 7 ci-dessus et au texte.

monter une attaque violente contre les postes d'autorité détenus encore par certains ex-nazis en Allemagne fédérale. Etant donné qu'on n'eût pas laissé passer de tels propos mais qu'ils eussent été contrés par des « *tu quoque* », la nature et le but même du procès eussent été transformés. La résolution qu'adopta le Conseil de Sécurité (19) participe de la justice de Salomon en cherchant à rendre un verdict en faveur des deux contestants. Le Conseil affirma que « la violation de la souveraineté d'un Etat membre est incompatible avec la Charte des Nations Unies; ... que le renouvellement de faits tels que celui qui est à l'origine de cette situation signifierait la rupture des principes sur lesquels repose l'ordre international, créant un climat d'insécurité et de méfiance incompatibles avec le maintien de la paix ». Néanmoins, « tenant compte de la condamnation unanime de la persécution subie par les juifs de la part du nazisme et du souci universel des peuples de voir Eichmann conduit pour les crimes dont il est accusé devant une justice qualifiée, cette Résolution ne doit en aucune manière être interprétée comme tendant à excuser les crimes répréhensibles dont Eichmann est accusé, (le Conseil) déclare que des faits tels que celui qui est examiné, qui affectent la souveraineté d'un Etat membre et par conséquent entraînent un désaccord international peuvent, s'ils se renouvellent, mettre en danger la paix et la sécurité internationales; (il) demande au Gouvernement d'Israël de procéder aux réparations qui conviennent conformément à la Charte des Nations Unies et aux règles du droit international ».

Puisque le Conseil rejetait expressément « toute intention de manifester de l'indulgence à l'égard des crimes odieux dont Eichmann était accusé » et déclarait être au courant « du désir des gens de tous pays de conduire Eichmann devant les juges qu'il mérite » pour ces crimes, il est évident qu'il n'envisageait point sa restitution à l'Argentine comme élément de la *réparation convenable* recommandée.

En droit international satisfaction pour une infraction peut aller des éclaircissements aux indemnisations (20) et puisqu'Israël avait déjà exprimé des regrets à l'Argentine, on peut difficilement concevoir quelle forme de réparation le Conseil de Sécurité envisageait. L'offense faite à la dignité argentine résultant des actions de personnes privées, ou même de celles d'agents de l'Etat, ne pouvait pas être plus importante que l'empiètement imposé à la souveraineté albanaise lors de l'enlèvement de mines dans les eaux territoriales de l'Albanie, sans son consentement, par des vaisseaux de guerre britanniques. Cependant, dans le cas du canal de Corfou, l'Albanie déclara expressément qu'elle était disposée à considérer une reconnaissance de l'atteinte portée à sa souveraineté comme satisfaction adéquate (21).

(19) 23 juin 1960, UN Doc. S/4349; *Revue des Nations Unies*, n° 2, 1960, p. 15.

(20) BISSONNETTE, *La Satisfaction comme mode de Réparation en Droit International*, 1952.

(21) C.I.J., *Recueil* 1949, p. 35.

En fait, les points de désaccord entre Israël et l'Argentine furent vite réglés après le débat du Conseil de Sécurité. Les relations diplomatiques avaient été rompues mais le 3 août 1960 un communiqué commun fut publié annonçant que « les Gouvernements d'Israël et de la République Argentine, pénétrés du désir de mettre en pratique la résolution du Conseil de Sécurité du 23 juin 1960 qui exprimait l'espoir de voir se continuer les relations traditionnellement amicales entre les deux pays, ont décidé de considérer comme clos l'incident soulevé par l'acte de ressortissants israéliens enfreignant des droits fondamentaux de l'Etat d'Argentine » (22). Deux mois plus tard les relations diplomatiques complètes étaient renouées.

LA POSITION DE L'ALLEMAGNE

Le procédé de règlement adopté par les deux Etats a de l'importance car il supprime toute réclamation future que l'Argentine eût pu élever contre le procès d'Eichmann, et ceci que les auteurs de l'enlèvement aient été des personnes privées ou des agents de l'Etat. Tout ceci signifie que le seul autre pays pouvant élever une protestation était celui dont Eichmann était ressortissant. Tout au contraire l'Allemagne annonça qu'elle était disposée à fournir à l'accusation toutes les preuves en sa possession qui pourraient se révéler utiles (23) et contribua à fournir des *affidavits* de personnes qui craignaient de se trouver dans les mêmes difficultés qu'Eichmann s'ils se rendaient en Israël pour fournir leur témoignage. C'est là un fait significatif car certains critiques (24) du procès ont fait grand bruit autour du projet de Convention de Harvard sur la juridiction en matière de crimes (25) dont l'article 16 déclare que « dans l'exercice de sa juridiction selon cette Convention, nul Etat ne poursuivra en justice une quelconque personne conduite sur son territoire ou en un lieu soumis à son autorité au moyen de mesures enfreignant le droit international ou une Convention internationale ». La Convention ajoute cependant que « la juridiction peut être exercée si l'Etat ou les Etats dont les droits ont été atteints par de telles mesures, ont donné leur accord ». Comme nous l'avons indiqué si l'Argentine n'a jamais donné son accord pour le jugement Eichmann, son entente avec l'Israël déclarant l'incident clos excluait clairement la poursuite de ses protestations. Qui plus est l'Argen-

(22) ROSENNE, *6,000,000 Accusers : Israël's Case Against Eichmann*, 1961, pp. 210-211 (qui donne les discours d'ouverture du Conseil, l'acte d'accusation et la loi israélienne sur le châ-timent des Nazis).

(23) Sur la conformité de ceci et du point de vue allemand contemporain sur la non-validité de certaines lois nazies, voir SILVING, *loc. cit.*, pp. 342-345 et *infra* au texte au para-graphe « *Ungerichtes Recht* ».

(24) ROGAT, *The Eichmann Trial and the Rule of Law*, 1961, p. 28 et s.

(25) 29 *Amer. J. Int. L.*, 1935, Sp. Supp., p. 435. *Harvard Draft Convention on jurisdiction with respect to crime*.

tine était, bien avant l'affaire Eichmann (26), soumise à certaines obligations internationales en ce qui concerne l'extradition des criminels de guerre. Il convient aussi de signaler que dans leurs commentaires les auteurs du « projet de Convention » ont reconnu « franchement que le présent article relève en partie de *lege ferenda*... En Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et peut-être ailleurs, la loi nationale n'est pas en accord avec cet article, dans les cas où une personne a été amenée à l'intérieur d'un Etat ou en un lieu soumis à son autorité aux moyens de procédés qui enfreignent le droit international coutumier » (27).

En coopérant avec les autorités israéliennes, l'Allemagne donna au procès son accord dans la mesure où cela était nécessaire. En fait, un des représentants du Ministère public de l'Allemagne fédérale, chargé principalement des enquêtes sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, déclara que la Cour israélienne jugeait Eichmann par délégation de pouvoir, à titre de représentant des pouvoirs légaux détenus par la République fédérale (28).

Il y a cependant certains aspects du droit allemand qui demandent qu'on les étudie. En premier lieu, l'Allemagne pouvait difficilement admettre l'enlèvement d'un citoyen allemand dans des circonstances où l'on pouvait soutenir que l'objectif réel aurait été sous l'apparence d'un procès contre une personne, de faire le procès d'une politique de persécution et il est des gens qui ont ainsi dépeint le procès Eichmann (29). La « loi sur la protection de la liberté » de 1951 (30), a modifié le Code pénal allemand de telle sorte que « toute personne qui par ruse, menace ou coercition, emmène une autre personne en dehors du territoire auquel s'applique la présente loi — et par là lui fait courir le risque de persécution politique — sera passible de détention pénale à perpétuité..., (quoique) s'il y a des circonstances atténuantes, le châtement sera de trois mois de prison au moins ». En outre, les ressortissants allemands jouissent d'un droit à la protection diplomatique comme envers d'autres Etats (31) et ce droit est sanctionné par les tribunaux administratifs (32). L'action du gouvernement est néanmoins laissée à la discrétion de celui-ci et la tentative faite dans le but d'obliger la R.F.A. à prendre en charge la défense d'Eichmann échoua (33). On s'en tint à ceci : l'assistance

(26) Voir GREEN, « Recent Trends in the Law of Extradition », 6 *Current Legal Problems*, 1953, p. 274, not. p. 289; et « Political Offences, War Crimes and Extradition », 11 *Int. & Comp. L. Q.*, 1962, p. 329, not., p. 345.

(27) *Loc. cit.*, note 25, *supra*, pp. 624, 628.

(28) Dr. SERVATIUS, *Transcript*, Session 120, p. H 1.

(29) Pour une critique reposant sur le caractère « politique » du procès, voir ROGAT, *op. cit.*, pp. 4-5, 12, 16-19, 36-37.

(30) U.N., *Y.B. on Human Rights for 1951*, p. 110.

(31) Loi consulaire allemande de 1867 : 1 : Les consuls d'Allemagne... doivent donner aux nationaux allemands... conseil, aide et protection... ».

(32) Constitution fédérale, art. 19 (4). Voir GECK, « Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschen Recht », 17 *Zeitschrift für Ausländische Recht und Völkerrecht*, 1957, p. 476 (cité par BAADE, *loc. cit.*, note 3 *supra*, p. 410).

(33) *Eichmann v. Auswärtiges Amt. Bonn*, Oberwaltungsgericht, Cologne, 30 oct. 1961 (cité par SCHWARZENBERGER, « The Eichmann Judgment », 15 *Current Legal Problems*, 1962, p. 248, not. p. 249). Pour le rejet de l'appel par la Cour supérieure administrative de Munster, voir *The Times* (Londres), 1^{er} nov. 1961.

légale à l'étranger étant laissée à son libre choix, le ministre des Affaires étrangères avait le droit de décider qu'assumer la responsabilité de la défense aurait nui considérablement à la réputation du Gouvernement et qu'il convenait de tenir compte d'abord de l'intérêt général.

On aurait également pu opposer à l'intervention du Gouvernement allemand la doctrine de l'estoppel. En effet, selon le Code pénal allemand, la loi criminelle s'applique à des actes commis à l'étranger par un étranger au cas où ceux-ci sont répréhensibles d'après le droit du lieu de leur exécution pourvu que le contrevenant soit sur le territoire allemand et non extradé, ceci alors même que l'extradition serait possible étant donné la nature du délit (34).

Dès lors la conséquence suivante était juste : « si l'Allemagne revendique le droit de juger un Eichmann israélien pour des crimes commis en Israël, elle ne peut de bonne foi s'opposer à la prétention d'Israël de juger un Eichmann allemand pour des crimes commis en Allemagne » (35).

L'argument que les moyens illégaux utilisés pour amener le prévenu devant ses juges invalidaient le procès fut à la base du plaidoyer de la défense. La Cour israélienne aurait pu aisément prendre ceci sous l'angle suivant : étant obligée d'appliquer les lois du Knesset, pour elle, la question était réglée (36). Elle examina néanmoins les problèmes en détail, prêtant aux usages juridiques des autres pays toute l'attention voulue.

DE L'IMPARTIALITÉ DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

Avant de considérer cet aspect de la défense, il convient de regarder une autre objection soulevée par le Dr Servatius. Il soutint qu'il n'était pas possible de juger impartialement Eichmann en Israël à cause de l'atmosphère émotionnelle et politique qui entourait ce procès et dont l'indépendance d'esprit des juges eux-mêmes risquait de souffrir (37). Etant donné le grand nombre de juifs assassinés au cours du processus de « solution définitive », les juges, êtres humains, ont dû ressentir de l'émotion. Ils étaient certes des juges entraînés, endurcis à la pratique d'un système qui leur avait appris à mettre de côté tout sentiment de sympathie ou de liens personnels. Mais à moins d'être des robots, il fallait bien qu'ils éprouvent des sentiments personnels à l'exposé de cas aussi horribles et révoltants que ceux de *Heath* (1946) ou de *Haigh* (1949) (38). On n'avait point jusqu'ici suggéré qu'un magistrat britannique ne devrait pas être autorisé à juger quelqu'un inculpé de

(34) S. l. (4) (iii), 1871, amendé en 1953 et 1957.

(35) BAADE, *loc. cit.*, p. 420.

(36) *Transcript*, Jugement, section 10, p. 8.

(37) ROSENNE, *op. cit.*, pp. 179-181.

(38) CRITCHLEY, *Trial of Neville Heath*, 1951; DUMBOYNE, *Trial of J. G. Haigh*, 1953.

trahison envers le Royaume-Uni — bien qu'en 1962 on ait essayé d'amener le juge Lawton à se déclarer incompétent sous le prétexte que le prévenu avait été détenu dans une prison dont le père du magistrat était gouverneur (39) — ni qu'un noir ne puisse juger un prévenu noir ou quelqu'un accusé de délits envers des noirs. Il arrive aussi que des magistrats catholiques rendent la justice dans des affaires de divorce et au sein de juridictions internationales il s'est trouvé des juges pour statuer contre leur propre pays (40). La façon dont le juge Bucknill s'acquitta de son devoir dans le cas Seddon, en 1912 (41), en découvrant que le prévenu était un de ses frères en franc-maçonnerie, démontre bien qu'un magistrat sait faire abstraction de ses sentiments personnels.

L'affaire Eichmann n'est pas la première où les juges d'un pays ont eu à traiter de litiges opposant leurs compatriotes à une puissance étrangère et ce n'est pas la première fois non plus qu'ils se sont avisés de ce qu'un sentiment national risquait de teinter leurs vues en tant que juges. Les membres de la Commission arbitrale instituée en vertu du Traité de Floride « étaient profondément sensibles à la délicatesse de leur position... En tant que citoyens américains, ils ne pouvaient qu'être pleins de sympathie envers leurs compatriotes ayant subi des torts. En de telles circonstances ils se sont appliqués à étouffer tous sentiments que doivent normalement ressentir des citoyens d'un peuple dont les droits ont été ainsi supprimés et se sont efforcés d'examiner ces litiges avec le regard impartial de gens tout à fait étrangers aux causes qui les ont produits; c'est la voie que la Commission a suivie » (42).

Si l'on avait, sur ce sujet, accepté l'argumentation de la défense, il eut été à peu près impossible de juger, où que ce soit des criminels de guerre. D'ailleurs il est expressément prévu dans la Déclaration de Moscou de 1943 que les criminels de guerre seraient ramenés sur les lieux de leurs crimes et jugés sur place par leurs victimes (43).

Il est exact que l'un des juges avait, dans un procès antérieur, et antérieurement à la capture d'Eichmann (44) exprimé des avis à son sujet mais nul observateur au procès, et le défenseur moins que personne, ne critiqua en rien la conduite des juges. On doit aussi reconnaître que pendant le cours du procès (45) des personnalités israéliennes de premier plan firent des déclarations qui auraient pu être retenues comme « injures à magistrat » (*contempt*

(39) *The Times* (London), 21 nov. 1962. Voir, pourtant, *Johnson v. Darr* (1925) 272 S.W., 1908, n., et plus général, FRANCK, « The Quest for Impartiality in Legal Systems », 2 *Current Law and Social Problems*, 1961, p. 177 et 182.

(40) Par ex. Lord McNair dans l'*Affaire du canal de Corfou*, C.I.J., Rec. 1949, p. 4, not. p. 36.

(41) YOUNG, *Trial of the Seddon*, 1914, p. xxvi.

(42) (1824) 5 MOORE, *International Arbitrations*, p. 4512. Par le Traité du 22 février 1819, l'Espagne céda aux Etats-Unis la Floride.

(43) 1^{er} nov. 1943, H.M.S.O., *History of the U.N. War Crimes Commission*, 1948, p. 107.

(44) ROSENNE, *op. cit.*, p. 180.

(45) Voir les déclarations de Rabbi Nurock, membre du Knesset, le jour des Martyrs, 13 avril 1961, *The Times* (Londres), 14 avril 1961; ou de M. Ben-Gourion, *ibid.*, 21 avril 1961.

of Court) en d'autres lieux. On doit faire attention à ne pas considérer ses propres règles et usages judiciaires comme étant d'application universelle et à ne pas taxer d'insuffisance légale un Etat ne les appliquant pas. Cela n'est en rien exact. C'est une confusion semblable qu'opèrent ceux qui confondent les principes de droit généralement admis par les nations civilisées (46), eux-mêmes estimant être au summum de la civilisation, avec « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » (47) c'est-à-dire avec les règles du droit international (48). En fait, les règles de droit diffèrent tellement d'un pays civilisé à un autre qu'on peut presque dire que seul « le meurtre est un crime et punissable en tant que tel » est une règle tout à fait générale. Ce critère de civilisation (49) est d'une importance particulière en face d'un des aspects du procès et se rattache aux droit et règles de la preuve. C'est en traitant de la Loi sur les châtimement des nazis et de leurs coloborateurs de 1950 (50) qu'il conviendra de traiter de cette question.

Nous n'avons pas l'intention ici d'analyser le développement du procès ni les preuves fournies. Dans l'ensemble les détails de la tragédie du monde juif d'Europe étaient bien connus longtemps avant l'enlèvement d'Eichmann et c'est pour cela même que celui-ci a été réalisé. Une longue série de procès et de témoignages mirent en évidence l'horreur dans tous ses détails et dès le procès de Nuremberg le rôle d'Eichmann était signalé (51). La différence essentielle entre le procès d'Eichmann et les précédents consiste en ceci que les premiers traitaient de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité en général. Pour les tribunaux qui s'en occupèrent, l'holocauste juif était un simple épisode. A tel point que le Tribunal militaire international de Nuremberg se déclara formellement incompétent pour connaître des crimes contre les juifs, si révoltants et atroces qu'aient pu être beaucoup de ces crimes (52). A Jérusalem au contraire le tribunal s'intéressait à titre principal sinon unique au programme juif de l'Allemagne nazie. Le prévenu était accusé d'atrocités contre les juifs, non à titre subsidiaire mais en tant que principal responsable de leur organisation. Les témoignages apportés au procès complétèrent le tableau de toute cette misérable opération dans tous ses détails et mirent en évidence à quel point l'Allemagne avait manqué non seulement au Droit mais à la civilisation.

D'un autre côté, il y a quelques ressemblances entre la conduite d'Eichmann et celle d'un autre exterminateur allemand. Pendant la guerre civile

(46) Voir *Cheni v. Cheni* [1963], 2 W.L.R., 17, 30.

(47) GREEN, « General Principles of Law and Human Rights », 8 *Current Legal Problems*, 1955, p. 162, not. pp. 177-178, 179-180, 183.

(48) C.I.J., Statut, art. 38 (c).

(49) SCHWARZENBERGER, « The Standard of Civilization in International Law », 8 *Current Legal Problems*, 1955, p. 212.

(50) ROSENNE, *op. cit.*, p. 309.

(51) *Nuremberg Judgment*, Cmd. 6964 (1946), pp. 62, 64.

(52) *Ibid.*, p. 65. Voir aussi SCHWELB, « Crimes Against Humanity », 23 *Brit. Y.B. Int. L.*, 1946, p. 178, not., pp. 204 et suiv.

américaine Henri Wirz avait été responsable du mauvais traitement de quelque trente mille prisonniers fédéraux et de la mort d'un tiers par mauvais traitements, exposition au froid, manque de nourriture, fusillade, mise en pâture aux chiens et expérimentation médicale... Comme Eichmann, Wirz se félicitait de son œuvre et exprima son intention de continuer quoiqu'ordonnent ses supérieurs. Il se vantait de « faire mourir de faim tous les sacrés Yankees qui se trouvaient là, d'en tuer plus que le Général Lee et de ne s'arrêter point, même sur l'ordre du général Winder ou de tout autre général avant que cela ne lui plût » (53).

L'ENLÈVEMENT ET LA SITUATION DE L'ACCUSÉ

En ce qui concerne Eichmann l'enlèvement soulevait des problèmes à la fois de droit international et de droit interne. Comme nous l'avons vu (54), la question en droit international n'intéresse qu'Israël et l'Argentine et, comme l'a fait remarquer la Cour en son jugement, étant donné l'entente argentino-israélienne, il ne subsistait plus de violations du droit international. Dans ces conditions l'accusé ne pouvait prétendre parler au nom de l'Argentine et ne pouvait réclamer des droits dont cet Etat souverain s'était désisté (55). Ici, la Cour a une attitude comparable à celle du juge Bissonnette de Québec : « Octroyer par décision judiciaire des immunités à un Etat qui n'en demande pas serait porter une atteinte à sa dignité, sa souveraineté; par un geste aussi déplacé qu'inattendu cela donnerait à un simple procès une répercussion internationale et créerait, au moins théoriquement, un conflit diplomatique contre le gré du pouvoir exécutif lui-même (56) ».

Par rapport aux violations du droit interne, la position d'Eichmann était également mauvaise. C'est une règle de droit établie : « une personne qui passe en jugement pour infraction aux lois d'un pays ne peut s'opposer à l'action judiciaire sous le prétexte que son arrestation ou les procédés par lesquels il fut amené en un lieu relevant de la juridiction du pays sont illégaux » (57). En prenant cette position la Cour était dans la ligne de la « jurisprudence constante » de « Palestine et d'Israël ». Dans l'affaire *Katz v. O.C. polish military prison*, Jérusalem, le Chief Justice Fitzgerald arriva à la conclusion que pourvu que la Cour martiale ait été constituée de façon correcte et que l'accusé qui est devant elle relève de sa juridiction, les circonstances de son arrestation et de sa venue devant la Cour sont sans conséquence sur la compétence de celle-ci (58). Si le tribunal n'est pas une cour

(53) *Trial of Wirz* (1865), U.S. Exec. Doct., H. Rep., 2nd Sess., 40th Congress, 1867-68, v. 8, pp. 44, 145, 148.

(54) Texte se rapportant aux notes 10 et 12, ci-dessus.

(55) *Transcript*, Judgment, section 44, p. 41.

(56) *Rose v. The King* [1947] 3 D.L.R. 618, not. 648.

(57) *Transcript*, Judgment, section 41, p. 37.

(58) (1944) 11 P.L.R. 355, *Annual Digest 1943-1945*, p. 165, not. p. 167.

militaire mais une cour civile ordinaire — et Eichmann fut jugé par la Cour de district de Jérusalem — sa constitution ne soulève aucun problème et la présence de l'accusé devant elle constitue une présomption de la compétence de la Cour à connaître de l'affaire. Dans un tel cas, si le chef d'accusation est un crime, la Cour n'a pas à s'occuper des circonstances de l'arrestation (59). Dans la langue pittoresque du Lord Chief Justice Cockburn : « on pourrait dire, Non, vous voilà ici, vous êtes accusé pour un crime et vous allez être jugé, vous vous débrouillerez avec celui qui a peut-être fait une chose illégale en vous mettant dans cette situation, arrangez-vous avec lui » (60). La plus récente déclaration d'un juge anglais sur ce sujet est celle du Lord Chief Justice Goddard dans « *Ex parte Elliot* » (61) : « une fois un prisonnier en situation d'arrestation légitime dans ce pays, il n'est pas en notre pouvoir de considérer les circonstances qui peuvent l'y avoir conduit. Les conditions de l'arrestation de l'appelant ne concernent pas ce tribunal ».

L'usage est le même aux Etats-Unis. Selon le *Corpus Juris Secundum* (62) : « ... la manière utilisée pour amener un accusé devant la Cour est en général sans conséquence en ce qui concerne la compétence à son égard... Le fait d'avoir été arrêté illégalement, ou d'avoir été conduit à l'intérieur des limites de la compétence territoriale d'un tribunal d'Etat ou d'un tribunal fédéral par la ruse, par la force, en l'absence des autorités compétentes ou par des moyens illégaux, ne retire pas à la Cour sa compétence. Même au cas où il se présenterait un conflit de compétence entre plusieurs tribunaux, le prévenu qui passe en jugement devant l'une d'elles ne peut tirer profit du fait que sa présence est due à des moyens illégaux ou irréguliers ». Cette déclaration rend compte d'un usage courant qui dérive de *Ker v. Illinois* (63) et triomphe dans *Frisbie v. Collins* (64). Elle s'applique non seulement au conflit entre Etats souverains, mais aussi au conflit entre Etats des Etats-Unis. L'exercice de la compétence dans ces conditions n'entraîne nullement violation de la Constitution des Etats-Unis car « on a satisfait à une bonne justice quand un accusé est condamné pour crime, après avoir été avisé selon les règles des charges retenues contre lui et jugé impartialement conformément aux garanties constitutionnelles de procédure. Il n'est aucun article de la Constitution qui impose à un tribunal d'accorder l'autorisation d'échapper au châtement à un individu coupable et légalement condamné, sous le motif d'avoir été amené contre son gré devant la Cour (65) ».

(59) *Ex parte Scott* (1829) 9 B & C 446, opinion de Lord Tenterden C.J. 448.

(60) *R. v. Nelson and Brand* (1867) cité par O'Higgins, *loc. cit.*, note 17, *supra*, p. 285, voir aussi *Re Walton* (1905) 11 O.L.R. 94.

(61) [1949] 1 All E.R. 373 at 377. Voir aussi *Re Walton et LA FOREST, Extradition to and from Canada*, 1961, p. 30.

(62) Vol. 22, paras. 144, 146.

(63) (1836) 119 U.S. 436.

(64) (1952) 342 U.S. 519, 96 L. Ed. 541.

(65) *Ibid.*, 545. Voir aussi *Hatfield v. Warden of State Prison of S. Michigan* (1950) 88 Fed. Supp. 690, not. 691.

L'auteur de l'enlèvement peut, lui, naturellement passer en jugement pour cette infraction s'il est pris dans le pays où l'enlèvement a eu lieu. En outre le délit d'enlèvement relève en général de l'extradition et l'Etat où il a été commis peut réclamer l'extradition. Ce point apparaît clairement dans le cas *Collier v. Vaccaro* (66) : « le fait d'avoir pu croire qu'on avait le droit d'arrêter et de conduire hors frontière la personne arrêtée ou celui de n'avoir pas eu l'intention d'enfreindre la loi, ne supprime pas le chef d'accusation d'enlèvement. C'est le transfert de force hors d'un Etat qui constitue le délit. Dès que cette dernière intention est démontrée avoir existée, il est sans importance de démontrer que l'accusé ait pu croire rester dans la légalité ».

Le droit d'un tribunal américain de juger un prévenu présent s'étend même jusqu'au pouvoir de juger un individu venu sous la protection d'un sauf-conduit dans le ressort de sa juridiction. Dans le cas *Wirz*, le prévenu prétendit être couvert par la Convention de 1865 autorisant les hommes de troupe et les officiers à rentrer dans leurs foyers sans être inquiétés par les autorités fédérales, à la seule condition d'observer le droit local. Il soutint en outre qu'il n'avait obtempéré qu'en échange d'une promesse du général Wilson, au quartier général duquel il se trouvait, qu'on ne lui ferait rien. Or, « en violation des susdits accords et promesses, il avait été saisi et mis en prison ». La Cour fit sien l'avis du rapporteur à savoir : « Si le général Wilson, ayant fait quérir un prisonnier de guerre pour un motif quelconque, lui promet de rentrer chez lui en sûreté, puis découvre qu'il a commis les crimes les plus atroces, il est pleinement justifié en revenant sur la garantie qu'il avait lui-même accordée et en prenant des mesures immédiates pour que le criminel passe en jugement. Un général a toujours le droit de revenir sur les ordres donnés par lui et je pense qu'il aurait difficilement pu se justifier devant ses supérieurs s'il avait relaxé et autorisé à rentrer chez lui un criminel tel que le prévenu était accusé d'être, plutôt que de violer la promesse qu'il avait faite et dont on argue dans le procès... Quant à une amnistie accordée par le Président le maximum de ce qu'on pouvait plausiblement réclamer était qu'on veuille bien considérer comme pardonnés tous les actes de guerre commis en tant que belligérant et appartenant à la catégorie des faits admis en temps de guerre entre civilisés. En revanche on ne peut envisager un seul instant que rien de moins qu'une grâce spéciale du Président des Etats-Unis, énumérant de façon précise les crimes pardonnés puisse exempter de jugement des actes violant les lois et coutumes de la guerre civilisée et en particulier alors qu'ils comprennent des crimes aussi horribles et gigantesques que ceux dont le prisonnier ici traduit en justice avait à répondre » (67).

(66) (1931) 51 F. 2d 17, 19. En fait le Département d'Etat refusa d'extrader Vaccaro.

(67) *Op. cit.*, note 53, *supra*, pp. 13, 15.

Le problème des sauf-conduits apparut aussi dans toute son importance au procès Eichmann. La défense essaya de prouver qu'Eichmann n'avait pas joué un rôle de direction en chef comme le soutenait l'accusation. Elle s'efforça aussi de jeter des doutes sur des déclarations où d'autres membres de la hiérarchie nazie, qui n'avaient pas tous été jugés comme criminels de guerre faisaient porter à Eichmann la responsabilité principale de « la solution définitive ». Son intention consistait à montrer que beaucoup de ces déclarations étaient parjures, ayant été faites pour tenter de cacher la participation et la responsabilité de leurs auteurs. Certaines de ces personnes étaient connues comme collaborateurs d'Eichmann, et leur passé, connu de la défense, ne l'était pas toujours de l'accusation. Le Dr Servatius désirait que ces individus soient soumis à contre-interrogation mais beaucoup d'entre eux craignaient de se retrouver au banc des accusés plutôt qu'à la barre des témoins s'ils venaient en Israël. Le Procureur général Hausner montra bien que ces craintes n'étaient pas sans fondement. « Si un homme responsable d'un crime contre la nation juive vient dans ce pays et que l'enquête prouve sa culpabilité, il sera traduit en justice » (68); aussi la Cour signale qu'elle ne pouvait ordonner au pouvoir exécutif de garantir la liberté à de tels gens (69). Par ailleurs, le Procureur général confirma que dans deux cas où « il n'avait pas connaissance de crimes contre le peuple juif », il était prêt à offrir des sauf-conduits bien que ces personnes aient été membres d'organisations tenues pour criminelles par la loi israélienne (70). D'après la section 12 de la Loi sur le châtement des nazis et de leurs collaborateurs, sur la base de laquelle Eichmann passait en jugement, les poursuites pour appartenance à de telles organisations étaient prescrites après vingt années. A la lumière du procès Wirz, on peut cependant se demander si le Procureur général eût été lié par son engagement au cas ou des recherches subséquentes eussent montré que lesdites personnes avaient commis des crimes contre le peuple juif. En effet, dans *Re Friston* (71) Brett M.R. déclare spécifiquement « il est évident qu'il n'y a pas de garantie contre l'arrestation dans le cas d'accusation de crime ».

Les Tribunaux ayant antérieurement jugé des individus accusés d'atrocités ont rencontré les mêmes problèmes. Des officiers supérieurs de l'Armée nationale indienne ont été jugés en 1946 avec charge, entre autres, de meurtres et blessures corporelles graves sur des prisonniers de guerre indiens. Lors du procès principal, qui se déroula au Fort Rouge à Delhi (72) un certain nombre de représentants japonais, militaires ou fonctionnaires, furent cités par l'accusation pour le compte de la défense et aucun d'entre eux ne fut

(68) *Transcript*, Session 16, p. S. 1.

(69) *Ibid.*, Session 20, p. B. 1.

(70) *Ibid.*, Session 17, p. Ff. 1.

(71) (1883) 11 Q.B.D. 545, not. 552.

(72) Voir GREEN, « The Indian National Army Trials », 11 *Modern L.R.*, 1948, p. 47, not. p. 55. RAM, *Two Historic Trials in Red Fort*, 1946, pp. 120-125.

appréhendé. Toutefois Lord Schuster a laissé savoir que l'Administration militaire alliée en Autriche n'avait pas toujours pratiqué une telle indulgence (73).

TÉMOIGNAGES INDIRECTS

Le refus de la garantie de sauf-conduits ne signifie pas qu'Eichmann n'eût pas les moyens de produire des témoignages devant la Cour à l'appui de sa défense. Selon la Loi sur le châtement des Nazis, la Cour peut s'écarter des règles en matière de preuve si elle est convaincue que cela contribue à assurer la vérité et le juste traitement du cas. Une telle mesure est quasi-essentielle dans les procès de crimes de guerre en particulier quand l'accusé est sous le coup de délits constituant ainsi un crime contre l'humanité. En pareil cas, les meilleures preuves contre l'accusé sont souvent des documents officiels, pas toujours signés de lui, émanant de son quartier général national ou d'autres bureaux de direction. Il y a en outre les déclarations dans lesquelles l'accusé est impliqué, ou bien décrivant des événements d'où ont dû découler ses crimes; déclarations faites par des personnes jugées et parfois exécutées lors de procès antérieurs. En dehors de ce type de preuves, des documents ont parfois été trouvés dans les ruines des camps de concentration et des ghettos et, c'est là, avec quelques photographies trouvées sur des soldats allemands, les seuls témoignages de ce qui s'est produit. Le Procureur général souligna que tandis que les pays occupés comptaient leurs morts, c'était pour le peuple juif les survivants qu'il fallait compter. Si on avait tenu à des preuves seulement orales on aurait constaté que, dans bien des cas, aucune preuve d'aucune sorte n'était possible. Dans d'autres cas, cela aurait obligé à rouvrir de vieilles blessures et à torturer des vivants. Le Tribunal de Nuremberg qui jugea Goering et les autres principaux criminels de guerre avait déjà eu à faire face à ce problème. Par l'article 19 de l'Accord de Londres créant le Tribunal militaire international (74) on établissait « qu'il ne devait pas être lié par les obligations formelles en matière de preuve : Il adoptera et appliquera autant que possible une procédure rapide et non formaliste et admettra tout moyen qu'il estimera avoir une valeur probante ». Il lui était aussi enjoint de tenir compte « des documents et rapports officiels des Gouvernements des Nations Unies y compris ceux dressés par les Commissions établies dans les divers pays alliés pour les enquêtes sur les crimes de guerre, ainsi que des procès-verbaux des audiences et les décisions des Tribunaux militaires ou autres Tribunaux de l'une quelconque des Nations Unies » (75). Les instructions concernant les procès pour crimes de guerre

(73) Lord Schuster en réponse à une question, à la suite d'une conférence sur l'administration militaire en Autriche, in *Journal of Soc. Public Teachers of Law*, n° 1, Part 2 (N.S.), 1947, p. 80.

(74) 8 août 1945, *Cmd.* 6903.

(75) *Ibid.*, art. 21.

comportent des règles semblables quel que soit le pays des Nations Unies qui les ait édictées pendant ou après la deuxième guerre mondiale (76). On peut peut-être dire que c'est maintenant un principe généralement admis : en de tels procès tout témoignage peut être accepté pourvu qu'il puisse aider la Cour à établir la vérité. En tous cas, on devait prendre garde à ne pas vouloir être « plus saint que Dieu lui-même »; certains critiques ont tendance à considérer toutes libertés prises avec les règles de preuve qu'ils pratiquent comme montrant que le système légal qui prend ces libertés ignore toutes règles de droit (77). Il faut, en outre, signaler au sujet de la loi israélienne, qu'il était expressément enjoint à la Cour d'enregistrer les raisons qui motivaient son autorisation de s'écarter des lois normales de la preuve en Israël et que cette possibilité de s'en écarter était donnée tant à la défense qu'à l'accusation (78).

Les pièces du genre mentionné plus haut ne peuvent jamais remplir tout à fait le rôle d'un témoin qui peut être interrogé par l'accusation et par la défense. Dans le but de remplacer partiellement ceci, des arrangements furent faits par l'intermédiaire du Ministère des Affaires étrangères israélien afin que les personnes dont le témoignage était requis par la défense soient interrogées, par exemple par un magistrat instructeur en Allemagne, en présence d'un représentant des deux parties (79). La défense ne pouvait pas invoquer pleinement la loi israélienne d'assistance légale aux Etats étrangers (1956) car celle-ci demande complète réciprocité. En vertu de cette loi et d'un échange de lettres entre Israël et la R.F.A., cette dernière doit accorder à Israël la même assistance légale qu'elle en a reçu, par exemple des témoins allemands pourraient être assignés à comparaître devant une Cour étrangère pourvu qu'ils aient reçu pour huit jours une immunité et un sauf-conduit. Ceci ne pouvait s'appliquer cependant, étant donné qu'il n'y avait pas réciprocité, puisque le Procureur général ne pouvait obliger un Israélien à comparaître devant une Cour étrangère (80). En tout cas, le Procureur général avait déjà fait clairement savoir qu'il ne pouvait être question d'immunité au profit de quelques individus recherchés pour crimes contre le peuple juif et quand il s'agit de Von Thadden, chargé des questions juives au Ministère des Affaires étrangères, le Procureur général déclara que cet homme serait arrêté dès qu'il mettrait le pied en Israël (81).

(76) Voir par ex. British Royal Warrant, 14 juin 1945, Army Order 81/45 (analysé en annexe 1 à U.N. War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 1, p. 105), Reg. 8.

(77) Pour une même attitude en matière de nullités de mariage, voir *Cheni v. Cheni* [1963] 2 W.L.R. 17.

(78) *Transcript*, Sessions 16, pp. C. 1, J. 1; 20, p. B 1 (actual ruling by Court); 25 pp. A 1, B 1; et jugement, section 140, p. 128.

(79) Session 17, p. Dd 1.

(80) *Transcript*, Session 17, p. Cc 1. Voir *The Times* (Londres) 1^{er} avril 1963, pour référence à un procès à Bonn dans lequel des témoins venant d'Israël comparurent.

(81) *Ibid.*, pp. Ee 1/Ff 1.

DE LA RÉTROACTIVITÉ DU DROIT PÉNAL

Un autre argument avancé par la défense était basé sur le caractère rétroactif de la loi sur le châtimeut des nazis. Cette loi, qui est de 1950, traite des sanctions pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes contre le peuple juif, certains crimes spéciaux définis par le Code pénal (pourvu qu'ils aient été commis contre des individus persécutés) et enfin du délit de participation à des « organisations ennemies ». Ces crimes devaient avoir été perpétrés en « territoire ennemi », c'est-à-dire, en Allemagne nazie, dans les pays de l'Axe, ou en un territoire se trouvant *de facto* sous le contrôle de l'Allemagne ou d'autres puissances de l'Axe pendant le régime nazi, c'est-à-dire entre le 30 janvier 1933 et le 8 mai 1945 — ou bien pendant la deuxième guerre mondiale, c'est-à-dire entre le 1^{er} septembre 1939 et le 14 août 1945. Dans le choix des dates, le Parlement israélien différait du Tribunal de Nuremberg : Celui-ci interprétait l'acte juridique qui l'avait établi comme lui interdisant de s'occuper de crimes contre l'humanité non directement reliés à l'un des autres délits pour lesquels il avait reçu compétence; il était d'avis que « tout révoltants et ignobles que fussent beaucoup de ces crimes, on n'avait pas de preuves suffisantes de ce qu'ils avaient été commis en relation ou dans l'exécution des crimes sus-définis; en conséquence, le Tribunal ne put déclarer de façon générale que les actes commis avant 1939 étaient des crimes contre l'humanité au sens de sa charte, bien que depuis le début de la guerre, en 1939, des crimes de guerre qui étaient aussi des crimes contre l'humanité (82) eussent été commis sur une vaste échelle ». Et pourtant puisque le Tribunal avait compétence sur le délit de préparation de guerre d'agression, il aurait pu inclure dans ses attributions les atrocités commises à l'encontre des Allemands avant l'ouverture des hostilités. Les Tribunaux créés en vertu de la loi n° 10 du Conseil allié de contrôle pour l'Allemagne, non plus que le Tribunal de Tokyo, n'étaient limités à la durée de la deuxième guerre mondiale : le Tribunal de Tokyo et la Commission militaire américaine en Extrême-Orient remontèrent jusqu'à l'incident de Moukden en 1931 (83). En fait, bien que les compétences de la Cour d'Israël remontent à l'arrivée des Nazis au pouvoir, elle trouva qu'il n'y avait point de preuves de la participation d'Eichmann à des persécutions de masses jusqu'à sa nomination à Vienne en 1938 et qu'il n'avait pas pris part au Pogrom de la « nuit de cristal » de cette ville (84).

La Loi sur le châtimeut des Nazis différait aussi du Tribunal de Nuremberg sur le délit de participation à une « organisation criminelle ». Alors que

(82) *Op. cit.*, n° 51, *supra*, p. 65.

(83) Voir SCHWELB, *loc. cit.*, note 52, *supra*, pp. 214-221.

(84) *Transcript*, Jugement, section 184, p. 164.

le Tribunal de Nuremberg ne retenait pas la simple adhésion en tant que membre comme engageant une responsabilité personnelle (85), selon la loi israélienne : « toute personne qui pendant la durée du régime nazi et en pays ennemi a été membre inscrit, a tenu un poste ou exercé une fonction quelconque dans une organisation ennemie est passible d'emprisonnement pour une période n'excédant pas sept ans ». De même, la définition d' « organisation ennemie » est plus large que celle d' « organisation criminelle » donnée à Nuremberg : elle comprend les organisations reconnues criminelles à Nuremberg et aussi « tout groupement de personnes ayant existé en un quelconque pays ennemi et dont le but était d'exécuter ou de contribuer à l'exécution des actes d'une administration ennemie envers les individus persécutés ». Cette définition est assez large pour inclure les administrations gouvernementales dans tous les territoires occupés et en 1963 la Cour de district de Tel-Aviv fut priée de juger lors du procès Barenblat que la police des ghettos juifs tombait sous le coup de cette définition (86).

Eichmann était membre d'organisations criminelles au sens de Nuremberg mais on le tint quitte de sa participation d'avant mai 1940 en vertu de la prescription de vingt ans contenue dans la loi israélienne (87).

Etant donné que les dates citées dans la Loi sur le châtement des nazis s'appliquent toutes à une période antérieure à l'apparition de l'Etat d'Israël, on ne peut nier qu'elle ne soit apparemment rétroactive. Cela a d'ailleurs été confirmé par la Cour Suprême siégeant en qualité de Cour de Cassation criminelle. Dans le cas *Honigman v. Attorney general* (88), cette Cour décrivait cette loi comme « fondamentalement différente de tout autre texte de législation criminelle habituellement consigné dans les codes, par son esprit, ses caractères et les principes légaux et moraux sur lesquels elle est basée. La loi est rétroactive et extraterritoriale et son but, entre autres, est de fournir une base pour sanctionner des crimes non prévus dans le code pénal israélien car ils sont conséquence spécifique du régime nazi et de ses persécutions... Elle est plus sévère que les lois criminelles... Quelle est la raison de tout cela ? Une seule réponse est possible : les circonstances qui ont entouré ces crimes étaient extraordinaires et par conséquent il est juste et convenable que cette loi, sa portée, son utilisation et, le but même de l'Etat en la promulguant, soient, aussi, extraordinaires ». En conséquence on ne doit peut-être pas être surpris que la loi s'applique aussi à des membres du groupe persécutés : « Un individu lui-même persécuté et sequestré dans le camp même de ses victimes peut, au point de vue légal, être coupable d'un crime contre l'humanité s'il a accompli envers ses camarades de prison des actes inhumains. A l'opposé du criminel de guerre, l'auteur d'un crime contre

(85) *Op. cit.*, note 51, supra, p. 67.

(86) *The Times* (Londres), 1^{er} avril 1963.

(87) *Transcript*, Jugement, section 244, p. 197.

(88) (1953) *Int. Law Rep.* 1951, p. 542, not. p. 543.

l'humanité n'a pas forcément à s'identifier avec le régime persécuteur ou avec les intentions de celui-ci » (89).

Le Dr Servatius avait été l'un des défenseurs au procès de Nuremberg et malgré le rejet de l'exception de rétroactivité par le Tribunal militaire international et les autres tribunaux de crimes de guerre en Allemagne, il soutint encore que la législation pénale rétroactive était contraire aux principes mêmes du Droit. Afin de soutenir son argumentation, le Dr Servatius cita la Déclaration universelle des droits de l'homme (90) et la Convention Européenne des droits de l'homme (91). L'une et l'autre garantissaient que « nul ne sera condamné pour des actions qui au moment où elles ont été commises ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international ». Cet argument ignorait le fait que la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est qu'une déclaration de principes et non un texte juridique officiel imposant des obligations à qui que ce soit (92). Par ailleurs, la Convention européenne ne lie que les États qui l'ont signée et Israël n'en fait pas partie. On ne doit pas non plus négliger le fait que les deux textes admettent qu'en cas d'actes ou d'omissions équivalents à un crime contre le droit international, l'exception de rétroactivité ne serait pas recevable. Or, en ce qui concerne les crimes de guerre *stricto sensu*, il y a longtemps qu'on les considère comme des atteintes au droit international. Même en faisant exception de la résolution de l'Assemblée générale (93) qui confirme les principes du droit international admis par le jugement de Nuremberg au sujet des autres atrocités commises, il est fort peu d'arguments à opposer à la déclaration du juge Musmanno dans le *Einsatzgruppen case* (94) : « Nul ne peut arguer avec la moindre vraisemblance que la loi sur le meurtre soit teintée de rétroactivité ».

Le Dr Servatius lui-même admit : « qu'en période de crise on peut avoir besoin d'une législation d'exception. Celle-ci peut aussi être juste si son but est la Justice mais le droit d'exception dont nous nous occupons a un but pénal. Le but du châtement devrait être d'assurer la protection de l'État et celle des citoyens de l'État qui sévit. Cette protection est assurée par la détention du criminel et de ceux qui envisagent de faire comme lui. Toutefois le châtement que cette loi présuppose ne peut servir ces buts là. L'idée de vengeance y apparaît et l'État d'Israël a repoussé la notion de vengeance » (95).

(89) *Att. Gen. v. Enigster* (1952) *ibid.*, p. 540, not. p. 542. Voir aussi procès de Barenblat, accusé en tant que membre de la police d'un ghetto juif d'avoir livré des individus persécutés à une administration ennemie, *The Times* (Londres) 5 février et 1^{er} avril 1963.

(90) *Y.B. on Human Rights for 1948*, p. 466 (art. 11 (2)).

(91) *Ibid.* 1950, p. 420 (art. 7 (1)).

(92) Voir par exemple les déclarations des représentants anglais et australiens lors de son élaboration (UN Doc. A/C. 3/SR. 164, p. 8, 24 nov. Doc. A/PV, 181, p. 11, 10 déc. 1948). Voir aussi la déclaration de M^{me} Roosevelt, président du Comité de Rédaction, DOC E/CN 4/SR. 48, p. 17 et 19; *Dept. State Bull.*, 1948, p. 751; celles du Premier ministre Attlee à la Chambre des Communes, le 18 janvier 1949, *Hansard*, H.C., vol. 460, col. 17.

(93) Res. 95 (I), 11 déc. 1946 (*U.N.Y.B.*, 1946-1947, p. 254).

(94) (1948) *Annual Digest 1948*, p. 656, not. p. 658.

(95) ROSENNE, *op. cit.*, p. 182.

Nous nous permettrons de faire observer qu'ici l'avocat de la défense expose une conception quelque peu rétrécie des buts du châtement et des procès de crimes de guerre en général. Il ignore ce faisant les raisons de toute compétence criminelle reconnue sur des bases universelles, comme dans le cas de piraterie. Il aboutirait à dire que si un accusé avait réussi à supprimer un peuple de la surface de la terre il n'y aurait plus aucune raison de le châtier puisqu'il n'y aurait plus aucun citoyen de ce peuple à protéger. Cette opinion explique peut-être l'avis exprimé par l'avocat : « l'humanité n'a rien à craindre de la part de l'accusé, quand le régime hitlérien cessa d'exister il devint un citoyen paisible » (96).

Loin de prétendre que c'était la loi israélienne qui avait créé son crime Eichmann lui-même déclara qu'il voyait « dans l'assassinat des juifs, dans leur extermination, l'un des crimes les plus hideux de l'histoire de l'humanité... Dès cette époque, je vis dans cette solution par la violence du problème juif quelque chose d'illégal, de hideux et d'odieux... Je suis coupable pour ma contribution à ce programme sans aucun doute; dans cette mesure, je ne puis fuir mes responsabilités et je ne l'essayerai pas, car en termes de droit je suis complice, cela je le vois et je l'admets » (97). Etant donné les nettes reconnaissances et conceptions de culpabilité exprimées dans ces phrases, on est surpris de voir qu'Eichmann ait trouvé possible de dire : « légalement, je ne me considère pas coupable; humainement, je suis coupable » (98). Georges Heuser montra une attitude semblable lors de son procès en Allemagne en octobre 1962. « Je me sens coupable en partie, mais non en tous points (99) ».

La loi sur le châtement des nazis et de leurs collaborateurs n'a pas créé de nouveaux chefs d'accusation. Ce qu'elle a fait, au point de vue du droit positif, c'est d'introduire une nouvelle série d'appellation pour des crimes connus dès longtemps. Ce n'est pas créer un nouveau délit que de qualifier les assassinats commis en masse sur des personnes juives de « crimes envers le peuple juif ». Le principe « *nullum crimen sine lege* » n'est pas un axiome immuable du droit naturel (100). Ce n'est pas non plus une limitation de souveraineté, mais c'est, généralement parlant, un principe de justice (101) et comme tel on doit le peser au regard d'autres principes de justice car « *summum jus, summa injuria* » (102). Comme l'a fait remarquer la Cour spéciale de cassation des Pays-Bas (103), le principe « Nul acte n'est sanctionnable sauf en vertu d'un texte légal antérieur l'ayant prévu vise à garantir légalement la sécurité et la liberté individuelles. Ces intérêts de droit seraient en danger au cas où des actes, au sujet desquels il serait permis

(96) *Ibid.*, p. 299.

(97) *Transcript*, Sessions 95, pp. V 1, W 1; 11, p. F 1.

(98) *Ibid.*, session 88, p. S 1.

(99) *The Times* (Londres), 16 oct. 1962.

(100) *In re S* (1947) *Annual Digest* 1947, p. 245.

(101) *Op. cit.*, note 51, *supra*, p. 39.

(102) *Phillips v. Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

(103) *In re Rauter* (1949) *Annual Digest* 1949, p. 526, not. p. 543.

de douter si oui ou non ils sont passibles de sanction, pouvaient être, après coup, considérés comme tels. Ce principe n'a néanmoins aucun caractère absolu. Son application peut être affectée par d'autres principes dont la reconnaissance est également d'un intérêt supérieur pour la justice. Au nom de celle-ci, on ne peut permettre que de très graves violations des principes généralement admis par le droit international — violations dont le caractère criminel a été établi sans le moindre doute au temps où elles ont été commises — ne soient pas tenues pour punissables pour la seule raison qu'elles n'étaient pas lors de leur commission menacées de sanctions ».

RÉTROACTIVITÉ ET CHATIMENT

Peut-être la principale innovation opérée par la loi israélienne consiste-t-elle dans la création d'une Cour habilitée à juger de violations extrêmement graves des principes du droit généralement reconnus. Le droit ne requiert ni tribunal ni sanctions, « mais là où la loi existe surgira inévitablement un tribunal. Ainsi donc le Tribunal de l'Humanité, si on peut le nommer ainsi, ne pourra jamais clore les débats » (104). De nombreux pays ayant subi l'occupation allemande éprouvèrent après la deuxième guerre mondiale le besoin de créer une législation donnant à leurs tribunaux compétence sur les crimes de guerre, alors que ceux-ci ne possédaient pas précédemment semblable compétence ou bien que le code pénal ne prévoyait pas expressément ce délit. Par exemple la Constitution norvégienne interdit toute législation pénale rétroactive et selon elle, le droit international n'y est pas partie intégrante du droit interne. Pourtant, en vertu de la Loi sur le châtement des crimes de guerre (1946) (105) « des actes qui, par leur caractère, relèvent de la législation pénale norvégienne sont passibles de sanctions en fonction du droit norvégien au cas où ils ont été commis en infraction aux lois et coutumes de la guerre par des citoyens ennemis, ou autres étrangers au service de l'ennemi dès lors que lesdits actes ont été commis en Norvège ou dirigés contre des intérêts norvégiens... Le texte ci-dessus s'applique aussi *aux actes commis à l'étranger au préjudice des intérêts légitimes des alliés ou au préjudice d'intérêts qui, en vertu de l'énoncé de la Proclamation royale sont estimés équivalents à ceux-ci* ». Le texte de Loi norvégien prévoit aussi la peine de mort dans un certain nombre de cas où le code pénal ordinaire ne le fait pas. Dans le procès « *Public prosecutor v. Klinge* » (106), la défense prétendit que la loi et les mesures pénales étaient inconstitutionnelles parce que rétroactives. Le juge Skau, que la plupart des magistrats soutinrent, fit remarquer néanmoins : « les Puissances alliées belligérantes y compris la

(104) *Op. cit.*, note 94, supra, p. 665.

(105) *Op. cit.*, note 76, supra, vol. 3, Annexe 1, p. 83 (c'est nous qui soulignons).

(106) (1946) *Annual Digest 1946*, p. 262, not. p. 264.

Norvège ont réclamé en fait le droit de punir les criminels de guerre après que les crimes eussent été commis. C'était là une action fondée et déterminée par les règles du droit international en matière de lois et coutumes de la guerre. Le but de cette législation est donc simplement d'autoriser les tribunaux norvégiens à prendre des mesures pratiques au sujet de châtiments déjà exigés, conformément à des Conventions existantes ».

La disposition norvégienne en matière de châtiment serait relevante dans le cas Eichmann. Selon le droit d'Israël, la peine de mort est prévue pour les crimes contre le peuple juif et l'humanité et pour les crimes de guerre. En 1954 (107) Israël supprima la peine de mort pour meurtres et avec elle le paragraphe du Code pénal qui prescrivait la pendaison comme mode d'exécution. Ceci permit d'alléguer que la peine de mort avait été spécialement réintroduite pour Eichmann, preuve supplémentaire du caractère rétroactif de la législation (108). En fait, cela n'est pas exact. Quand la Loi sur le châtiment des nazis fut discutée au Knesset en 1950, on suggéra qu'elle prévoie une sanction équivalente à celle prévue en cas de meurtre, mais cette proposition fut rejetée par le Parlement israélien qui stipula expressément « peine de mort ». Etant donné qu'entre-temps, « en 1954, le Knesset abolit la peine de mort pour meurtre et prévint que l'emprisonnement à vie « et cette sanction seulement » serait applicable en cas de meurtre, des problèmes furent soulevés. Mais ladite loi stipulait expressément qu'au cas où un individu serait convaincu de crimes selon le § 2 (6) de la « loi sur le châtiment des Nazis et de leurs collaborateurs », il recevrait le traitement infligé aux meurtriers avant l'abolition de la peine de mort... c'est-à-dire qu'il serait condamné à mort sans que sa peine puisse être commuée. L'Attorney Général rappela ce point pour prouver que le Knesset, même après avoir aboli la peine de mort pour meurtre, entendait que les tribunaux continuent à appliquer cette sanction, et à l'exclusion de toute autre, envers ceux coupables de crimes à la période du Désastre. Le Knesset ne s'occupa pas du § 1 de la Loi sur le châtiment des Nazis étant donné que l'abolition de la peine de mort s'appliquait au meurtre pur et simple mais non d'une manière générale aux crimes graves pour lesquels le coupable eût encouru cette peine » (109).

Il est évident que là où la peine de mort existe il doit y avoir les moyens de l'exécuter. Comme nous l'avons dit, la pendaison avait été supprimée en même temps que la peine de mort pour meurtre. En conséquence, quand fut promulguée la décision de composition du Tribunal du district ayant à connaître de délits entraînant la peine de mort, le § supprimé de « l'Ordonnance portant Code pénal » fut réintroduit. Il n'y a pas là un phénomène de législation rétroactive car cela n'introduit pas une sanction plus grande que celle existant à la date où fut commis le délit, ce qui serait contraire, à la fois,

(107) Code of Laws 5714, p. 74.

(108) Voir par ex. GOLLANZ, *The Case of Adolf Eichmann*, 1961.

(109) *Transcript*, Session 120, pp. B 1/2.

à la Déclaration Universelle et à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cette mesure se contente d'indiquer les moyens d'exécution de la sanction déjà existante.

La Cour n'accepta pas l'affirmation du Procureur général, à savoir que la peine de mort était obligatoire. Elle fit remarquer que quelle qu'ait pu être la situation à l'origine en vertu de la loi de 1954 sur la réforme du droit pénal (définition des peines), toute peine prévue par la loi l'était à titre de maximum et par conséquent il était laissé à la Cour toute liberté pour déterminer la mesure dans laquelle elle devait appliquer le châtement. Etant donné le caractère grave des crimes dont Eichmann était reconnu coupable, la Cour soutint ne pouvoir faire autrement que de le condamner à mort (110). Ce fut confirmé par le Tribunal d'Appel qui mit l'accent sur le point suivant « la connaissance de ce fait que nul traitement compté à la mesure de l'appelant n'était adéquat non plus qu'aucune sanction ou qu'aucun châtement qu'on pourrait lui infliger, ne pouvait nous amener à oser adoucir la sanction. En vérité il n'y aurait point de sens à condamner à mort, en vertu de la Loi sur le châtement des Nazis, un individu coupable de la mort de cent personnes (111) si on élargissait en même temps, ou même gardait en détention, tel autre qui en a tué des millions » (112).

ISRAËL ET LE PEUPLE JUIF

Un autre point nous intéresse dans la loi norvégienne. On se rappellera que les Cours norvégiennes recevaient compétence juridictionnelle sur des actes commis par des étrangers à l'étranger au préjudice d'intérêts légitimes alliés ou assimilés. Ceci veut dire que les conditions normales de compétence à savoir la nationalité de l'accusé ou de la victime et la commission du crime dans les limites géographiques de la juridiction n'étaient pas tenues pour nécessaires. Il suffisait, selon la Proclamation royale, de certifier que des intérêts équivalents à des intérêts légitimes des alliés avaient été blessés. Cet écart des conditions normales de juridiction n'est point rare dans les procès pour crimes de guerre. Ainsi un Tribunal militaire britannique de Singapour condamna à mort par pendaison Tomono Shimio pour avoir illégalement tué des prisonniers américains à Saïgon (Indochine française) (113). En outre des Tribunaux militaires américains à Nuremberg jugèrent fréquemment des individus responsables de crimes de guerre antérieurement à l'entrée en guerre des Etats-Unis (114). On a enfin suggéré que si un pays

(110) *Ibid.*, Session 121, pp. A 1/2.

(111) Voir, par ex. *War Crimes Cases* (Israël), *Int. Law Reports* 1951, p. 538.

(112) *Transcript*, jugement d'appel, III 14.

(113) *Op. cit.*, note 76, *supra*, vol. 1, p. 106.

(114) BAXTER, « Municipal and International Bases of Jurisdiction over War Criminals », 28 *Brit. Y.B. Int. L.*, 1951, p. 382, not. p. 391 (citant les affaires Altstötter, Ohlendorf et Milch).

neutre se trouvait être, par la présence de l'accusé, des témoins ou des preuves, le lieu le plus adéquat pour juger un criminel de guerre, il n'y avait nulle raison pour que cet Etat ne s'acquitte pas de cette tâche (115). Le *Manuel de droit militaire* britannique déclare expressément que « les tribunaux militaires ou civils des Etats neutres peuvent aussi exercer leur juridiction en matière de crimes de guerre... Les crimes de guerre sont des crimes « *ex jure gentium* » et relèvent à ce titre de la juridiction des Tribunaux de tous les Etats (116) ».

Cette explication répond amplement aux prétentions du Dr Servatius quand il développait l'argument que « l'Etat d'Israël n'a pas le droit de demander des comptes aux auteurs de crimes contre l'humanité, ni de crimes commis sur un quelconque territoire sous le soleil. L'Etat d'Israël ne peut avoir à connaître que des crimes commis dans la limite de sa juridiction, contre son peuple (117) ».

Malgré cette reconnaissance implicite de la part de l'avocat de la défense, de la compétence de la Cour israélienne à juger des torts subis par le peuple juif — compétence reconnue par la Déclaration de Moscou quand elle dit que les criminels de guerre devraient passer en jugement devant le peuple qu'ils ont maltraité — l'avocat en fait attaqua aussi ce chef d'accusation (118). Outre qu'il attachait de l'importance au fait que lesdits crimes avaient été commis à l'étranger, par quelqu'un qui n'était pas un ressortissant israélien, sur des victimes ressortissants de la moitié des pays d'Europe, le Dr Servatius fit largement état du fait que les victimes étaient mortes avant qu'Israël vit le jour et, par conséquent, ne pouvaient en avoir possédé la nationalité; ou encore que la guerre avait pris fin et que la « solution définitive » avait échoué avant la création de cet Etat. Pour ces raisons, il soutint qu'il n'y avait aucune base valable à la prétention d'Israël d'exercer sa compétence. L'avocat ne tenait pas compte du fait qu'Israël était un Etat juif à compétence suffisante pour juger d'infractions commises envers des coreligionnaires même avant que l'Etat ne soit créé: « qu'est-ce que la Nation juive? Le droit international ne reconnaît que le concept de l'Etat et du peuple de cet Etat. Chaque Etat a pouvoir et compétence pour accroître les privilèges de ses citoyens comme il le juge bon. C'est le devoir naturel de l'Etat de défendre ses citoyens, mais l'extension de la juridiction de ses lois est contraire au droit international. Puisqu'à l'époque du forfait l'Etat juif n'existait pas, on ne peut avoir commis un crime contre lui. Pas même par l'entremise d'une fiction légale. On comprend également avec difficulté l'affirmation de l'accusation... Pourquoi tenir à crime la destruction des biens per-

(115) *Ibid.*, p. 392. Voir aussi COWLES, « *Universality of Jurisdiction over War Crimes* », 33 *Calif. L.R.*, 1945, p. 177.

(116) Part III, *The Law of War on Land*, 1958, para. 637.

(117) *Transcript, Appeal*, Session 1, p. N 1.

(118) *Loc. cit.*, note 43, *supra*.

mettant l'exercice du culte ? Cela ne rentre pas dans le cadre du droit international (119) ».

Le Dr Servatius ignore le point suivant mis en évidence par l'arrêt du Lotus qu'un Etat peut étendre sa juridiction en dehors des limites ordinairement reconnues s'il n'y a pas de règles de droit international clairement établies le lui interdisant (120).

Il néglige aussi la véritable nature des délits dont Eichmann a été accusé envers le peuple juif. Ceux-ci sont sans rapport avec la destruction de l'appareil d'une religion organisée. Il est vrai que la pratique du Judaïsme orthodoxe était quasi impossible dans l'empire nazi. Mais l'accusation ne réside pas en cela mais dans l'essai organisé de destruction du peuple juif que comportait la « solution définitive ».

L'avocat de la défense n'admettait pas non plus que le tribunal israélien était le plus qualifié pour juger Eichmann pour les raisons suivantes : sa présence en Israël, celle de survivants, le grand nombre de témoins de ses activités, la masse de documents ayant trait à l'holocauste qui se trouvent en Israël grâce aux recherches d'instituts spécialement créés à cet effet. Il prétendit que l'Allemagne était le pays le plus indiqué pour y tenir le procès, en tant que pays dont l'accusé ainsi que beaucoup de victimes étaient ressortissants, lieu de nombre des infractions, dépositaire d'une grande partie des documents originaux et lieu de résidence de la plupart des témoins qui refusaient de venir en Israël. Cette argumentation néanmoins n'était pas utilisable par la défense car elle imputait à Israël de tenter à l'égard de l'Allemagne un détournement de compétence. Cette plainte n'aurait été formulable que par l'Allemagne ou, sous réserve de modification de lieu, par l'un des autres pays intéressés aux activités d'Eichmann. Or, ainsi que nous l'avons vu, l'Allemagne, loin de protester, coopéra avec Israël.

On ne peut nier qu'au premier abord il n'y ait quelque chose de frappant dans l'argumentation du Dr Servatius, au sujet de la date de fondation d'Israël. Par ailleurs, on doit étudier jusqu'à quel point on peut soutenir, en dépit des facteurs historiques, qu'Israël a néanmoins le droit d'exercer sa juridiction au sujet d'infractions commises contre des Juifs dès avant sa création en 1948.

Nous avons déjà parlé de l'universalité de compétence sur les crimes de guerre et il y a assurément des relations plus étroites entre les Juifs d'Europe et Israël où vivent beaucoup de survivants ainsi que de membres des familles des victimes, qu'entre un Etat neutre et les victimes de crimes de guerre. En outre, le but de la « solution définitive » était l'extermination totale du peuple juif : d'abord en Europe et ensuite dans le monde entier. La « solu-

(119) *Transcript*, Session 114, p. H 1.

(120) Voir note 7, *supra*.

tion définitive » a été étendue à tous les territoires occupés à mesure qu'ils sont tombés sous la botte nazie.

Des essais furent faits pour convaincre les alliés de l'Allemagne d'y participer à l'égard de leur propre population juive. Il y a une importante documentation parmi celle offerte à la Cour qui indique par exemple comment les gouvernements italien et hongrois irritaient Eichmann et ses collègues par leur résistance. Même des ressortissants neutres, y compris des argentins, furent envoyés à la mort à Belsen (121). La déclaration même de l'accusé « l'émigration en Palestine ne saurait avoir l'approbation de l'Allemagne » (122) montre très nettement la liaison fort étroite existant entre la « solution définitive » et Israël en tant qu'Etat juif. De même le témoignage indiquant que le Mufti de Jérusalem avait dit à Eichmann « qu'Himmler à sa demande était d'accord pour qu'un membre des services de l'accusé vienne à Jérusalem servir de conseiller personnel au Mufti, après le retour de ce dernier à Jérusalem à la suite de la victoire des puissances de l'Axe » (123).

Selon les mots de la Cour « le peuple est un et le crime est un, le crime dont est prévenu l'accusé est d'avoir tué des millions de Juifs avec l'intention d'exterminer le peuple juif. La population juive qui habite maintenant dans l'Etat d'Israël où le *Yishuv* juif qui vivait en Palestine avant la création de l'Etat font aussi partie de ce peuple juif que l'accusé cherchait à exterminer. Bien qu'une part en ait été sauvée, il a couru le risque de l'extermination comme le montre l'histoire de la guerre mondiale. En tout cas l'extermination des Juifs d'Europe qui étaient exécutée avec l'intention d'exterminer le peuple juif était dirigée non seulement contre ceux qui l'ont été, mais aussi contre le peuple juif tout entier, y compris la population juive d'Israël. Soutenir qu'il n'y a point de rapport c'est trancher les racines et les branches d'un arbre en disant au tronc « je ne t'ai pas fait mal » (124).

Au vu de ce raisonnement, on ne sera pas surpris de ce que la Cour reconnut à Israël « le droit de juger en fonction de deux motifs conjoints : l'un universel, appartenant à toute l'humanité, qui habilite à poursuivre et châtier les crimes de cet ordre tout Etat faisant partie de la Famille des Nations; l'autre, spécifique et national, qui donne à la Nation victime le droit de juger quiconque a attaqué son existence » (125).

Cette vue des choses fut confirmée par le jugement en appel. « En l'absence d'une règle positive de droit international interdisant la législation pénale avec effet rétroactif et en l'absence d'une justification morale ayant pour effet d'écarter l'application d'une telle législation aux délits sur lesquels porte cet appel, il ressort qu'il n'est pas possible... de soutenir... que de la non

(121) *Transcript, Jugement*, section 154, p. 138.

(122) *Ibid.*, section 155, pp. 140-141.

(123) *Ibid.*, section 156, p. 142.

(124) *Ibid.*, section 35, p. 33.

(125) *Ibid.*, section 30, p. 30.

existence de l'Etat d'Israël à l'époque de la commission des crimes découle l'incompétence à infliger des châtiments à des non ressortissants » (126).

ISRAËL SUCCESSEUR DE LA PALESTINE ?

Il est un autre motif pour établir la compétence juridictionnelle. C'est celui fondé sur l'argument que bien qu'Israël en tant que tel n'ait pas existé à l'époque et n'ait pu, par conséquent, être belligérant, il est en fait ennemi de l'Allemagne, à titre de successeur de l'Etat chargé de mandat sur la Palestine et qu'il a droit à tous les pouvoirs qui eussent appartenus au Royaume-Uni en tant que belligérant, si le mandat avait été prorogé. C'est ce qui s'est passé pour les territoires coloniaux devenus indépendants après 1945. Ainsi, on n'a pas soulevé de problèmes quant aux droits du Cambodge, de l'Indonésie, du Laos et du Vietnam à signer le Traité de Paix japonais en 1951.

La subrogation absolue est inconnue en droit international (127). Chaque fois qu'un nouvel Etat est créé, il hérite dans une certaine mesure des droits et devoirs de la puissance qui l'a précédé (128). Pourtant on peut douter si cela va aussi loin que le pensait le Chief justice de Palestine Fitzgerald. Celui-ci soutint, dans le cas *Shehadeh v. Commissioner of Prisons-Jérusalem* (129), que le passage d'Etat sous mandat à celui de République indépendante n'était qu'un changement de forme de gouvernement et n'affectait pas la validité de l'Accord d'extradition de 1921 entre les territoires sous mandat de Palestine et du Liban.

Quand Israël devint un Etat séparé, des textes de lois furent promulgués d'urgence (130) bien que la succession soit suffisante pour éviter toute lacune ou rupture en matière de lois. Dans le cas *Forer v. Guterman* (131) le Tribunal du district de Tel-Aviv confirma une ordonnance du Conseil privé, promulguée avant la déclaration de l'indépendance mais qui n'avait atteint les Parties qu'après celle-ci. Dans le cas *Katz-Cohen v. Attorney general* (132) on décida également que les tribunaux d'Israël avaient compétence pour juger un résident pour un homicide commis avant que l'Etat vit le jour : « le sens de la justice et du bien public exige qu'il y ait continuité entre le pouvoir de sanction des souverainetés ancienne et nouvelle et que ce pouvoir soit applicable à des crimes commis avant l'avènement du nouveau régime. Bien plus il y a nombre d'avis autorisés en faveur de cette continuité après un changement de pouvoir, même sans acte législatif à cet effet ».

(126) *Transcript*, jugement d'Appel, I 5.

(127) SCHWARZENBERGER, *International Law*, vol. 1, 1957, pp. 166, 174; *Manual of International Law*, 1960, p. 81.

(128) O'CONNEL, *The Law of State Succession*, 1956, *passim*.

(129) (1947) 14 P.L.R. 461 (*Annual Digest 1947*, p. 42).

(130) Law and Administration Ordinance, 1948, *Official Gazette*, n° 2, supp. n° 1, p. 1.

(131) (1948) *Annual Digest 1948*, p. 58.

(132) (1949) *Annual Digest 1949*, p. 68, not. p. 70.

La meilleure déclaration formelle au sujet de la position d'Israël est peut-être celle du Dr Rosenne, juriste du Ministère des Affaires étrangères d'Israël : « le droit interne en vigueur sur un territoire le demeure après un changement de souveraineté que celui-ci ait eu lieu en conséquence d'une cession ou d'une émancipation. En matière de droit, les conséquences de cet usage entraînent l'application du droit comme s'il était celui du nouveau souverain. Sauf textes législatifs à cet effet, il est présumé l'avoir édicté comme sien » (133). Cela signifie qu'Israël hériterait de tous droits que pourrait avoir eu le Royaume-Uni contre l'Allemagne à titre de puissance ennemie, ou envers des Allemands à titre de ressortissants d'une puissance ennemie, y compris celui de les juger pour crimes de guerre (134).

Dire que le droit continue n'équivaut pas à dire que l'Etat continue. Dans le cas *Albohar v. Attorney General* (135), il fut décidé que : « l'Etat d'Israël n'est pas le successeur du Gouvernement de Palestine. Il n'y a pas continuité légale fondée soit sur un traité entre les deux pays soit sur le droit international entre l'Etat anciennement mandataire et l'Etat d'Israël ». Les puissances étrangères ne semblent pas être aussi certaines de la non-identification d'Israël à l'Etat mandataire. Ainsi selon la loi n° 54 de la Haute Commission Alliée pour l'Allemagne, l'expression *Nations Unies* est assez large pour recouvrir « une nation devenue indépendante après le 8 mai 1945 et dont le territoire à cette date faisait partie d'une des Nations Unies originelles ». Bien qu'il ne fasse aucun doute que « la conception du système des mandats ait été, au départ, de laisser en dehors des hostilités les territoires sous mandat..., en réalité les titulaires s'en servirent comme base militaire pendant la deuxième guerre mondiale » (136) et les traitèrent à tout point de vue comme partie intégrante de leur propre territoire. Que cela soit l'opinion des Tribunaux de Palestine en matière de relations internationales ressort nettement du cas *Kidma Miriam Abdal Mariam v. Filippo Crudelini* (137) par lequel il fut décidé qu'en l'absence d'instructions contraires des mandataires, la reconnaissance par le Royaume-Uni du Roi d'Italie comme Empereur d'Ethiopie était valable pour la Palestine. De même dans la *Pétition d'Ajoulny* (138), la Cour de Michigan affirma expressément que la Palestine n'était pas neutre : « elle était gouvernée par la Grande-Bretagne au titre de puissance mandataire et celle-ci était en guerre... La vie politique et industrielle de la Palestine était rattachée à celle de la Grande-Bretagne son mandant en vue de l'effort de guerre... et... en décembre 1943, la Palestine

(133) « The Effect of Change of Sovereignty upon Municipal Law », 27 *Brit. Y.B. Int. L.*, 1950, p. 267, not. p. 280.

(134) Pour une opinion quelque peu semblable des droits du Royaume-Uni bien que sans référence au problème de succession d'Etat, voir STONE, *The Eichmann Trial and the Rule of Law*, 1961, p. 11.

(135) (1951) *Int. Law Rep.* 1950, p. 94.

(136) CASTREN, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 139.

(137) (1939) *Annual Digest, 1919-1942*, p. 51. Cette décision devrait être comparée avec celle du Dr. Lushington in *The Ionian Ships* (1855) 2 Sp. 212.

(138) (1948) 77 F. Supp. 327 (*Annual Digest 1948*, p. 693).

fut rayée de la liste des pays neutres ». Même les pays ennemis la tenaient pour théâtre de guerre, Tel-Aviv et Haïfa furent bombardés (139).

Cette conception de l'état de belligérance de la Palestine et d'Israël fut confirmée en 1950 par les trois puissances occidentales en rapport avec leurs propositions d'intégrer l'Allemagne occidentale à l'O.T.A.N. En octobre elles avisèrent le Gouvernement d'Israël de leur décision « de prendre les mesures législatives nécessaires pour mettre fin à l'état de guerre avec l'Allemagne. Elles espéraient que d'autres gouvernements, notamment celui d'Israël s'il le jugeait bon, trouveraient les moyens d'en faire autant... à la même époque » (140). Dans la même ligne, la déclaration britannique de cessation d'hostilités avec l'Allemagne incluait expressément Israël, au titre du successeur du Gouvernement mandaté de Palestine, parmi les Etats souscrivant à cette décision (141). L'Allemagne aussi admit ce point de vue. Le procès sur la *Nationalité palestinienne* 1951 (142) spécifia que « la partie de la Palestine qui est devenue l'Etat d'Israël prit part à la guerre contre l'Allemagne du fait que le Royaume-Uni était en guerre avec celle-ci ».

On peut enfin citer le jugement Eichmann : « au cas où l'Etat mandataire aurait promulgué une loi sur l'extraterritorialité en matière de châtiement des criminels de guerre... il est évident que la Justice israélienne eut été compétente pour juger, au titre de cette loi, des infractions commises à l'étranger avant la création de l'Etat. Le principe de continuité s'applique aussi au pouvoir législatif : le Parlement israélien est habilité à modifier ou à compléter les lois de l'Etat mandataire de façon rétroactive en promulguant des lois applicables à des actes commis avant la création de l'Etat. En fait, cette loi rétroactive est destinée à remplacer une lacune dans les lois de l'Etat exerçant le mandat pour la Palestine » (143).

DES ORDRES SUPÉRIEURS

On devait s'attendre à ce qu'Eichmann mit en avant pour sa défense des ordres supérieurs. Le fait que la Loi sur le châtiement des nazis excluait expressément les dispositions du Code pénal qui admettent comme une défense valable les actes accomplis en vertu d'ordres supérieurs, rendait cet argument irrecevable par la Cour de Jérusalem. Les critiques ont beau jeu de dire que c'est là encore un exemple de législation rétroactive fabriquée à l'usage d'un type de procès en particulier. Leur opinion est encore renforcée par le fait que le Tribunal de Nuremberg lui aussi se voyait interdire par la Charte de

(139) *Detroit News*, 8 sept. 1940, 28 janv. 1943.

(140) ROSENNE, *op. cit.*, p. 280.

(141) *London Gazette*, Supp., 6 juillet 1951. Voir *The Times* (Londres) 10 juillet 1951 pour la réaction d'Israël.

(142) *Int. Law Rep.*, 1951, p. 55.

(143) *Transcript*, Jugement, section 38, p. 34.

Londres d'accepter l'argument que « le prévenu agissait sur les ordres de son Gouvernement ou de ses supérieurs » (144); cette critique veut ignorer à la fois l'histoire et le droit pénal interne.

Dès 1474 au procès de Pierre de Hagenbach à Breisach, l'accusé plaida devant une Cour internationale « ne reconnaître aucun autre juge et maître que le Duc de Bourgogne dont il tenait sa charge et ses ordres. Il n'avait pas le droit de discuter les ordres qu'il était chargé d'exécuter et son devoir était d'obéir. Ne sait-on pas que les soldats doivent obéissance absolue à leurs chefs » (145). On peut supposer que les chevaliers qui se trouvaient parmi les juges dudit Pierre eussent été enclins à tenir compte des nécessités de l'obéissance militaire, mais ils rejetèrent la défense. De même en 1660 au cours des procès des régicides, l'argument fut repoussé alors qu'il était avancé par un soldat qui commandait la garde à l'exécution du roi. Il avait soutenu n'avoir agi qu'en soldat sur les ordres de son supérieur hiérarchique, à qui l'on doit obéir sous peine de mort. La Cour décida qu'il n'y avait pas là une excuse, puisque l'officier était un traître comme tous ceux qui avaient lié partie avec lui et que, là où l'ordre est trahison tel est aussi l'obéissance (146). On tient ici compte de la présomption de connaissance de l'illégalité de l'acte. La Cour souligna que même un simple soldat devait savoir qu'il était illégal d'exécuter un roi ou de participer à une telle exécution (147).

C'est d'un procès d'Afrique du Sud *R. v. Smith* (148) que part la théorie moderne sur ce point. L'accusé, prévenu d'avoir tiré sur des prisonniers civils pendant la guerre des Boers, argua avoir agi en fonction d'ordres supérieurs. Dans son jugement, le juge Salomon déclara : « il est monstrueux de supposer qu'un soldat soit couvert au cas d'un ordre aussi brutalement illégal mais la Cour ne peut accepter qu'il soit responsable dans tous les cas d'obéissance à un ordre qui n'est pas absolument légal... L'obéissance immédiate est requise particulièrement en temps de guerre. Je crois sage d'établir que si un soldat croit en conscience avoir fait son devoir en obéissant et que les ordres ne soient pas si évidemment illégitimes qu'il n'ait du savoir qu'ils sortaient de la légalité, il doit être couvert par les ordres ».

C'est aussi cette attitude à l'égard des ordres supérieurs qui régnait dans les armées allemandes. Selon le paragraphe 47 (2) du Code pénal militaire de 1882, tout membre des forces armées obéissant à l'ordre d'un supé-

(144) *Loc. cit.*, n° 74, *supra*, art. 8.

(145) SCHWARZENBERGER, *International Law*, vol. 1, 1949, pp. 308-309.

(146) *Artell* (1660) KELYNG 13. La Cour évite d'appliquer le 1494 Statute (11 H 7 c. 1) reconnaissant l'allégeance due au « Roi et souverain du moment présent » — c'est nous qui soulignons — pour le motif que Charles II ayant été illégalement chassé de son royaume par des traîtres s'était trouvé depuis l'exécution de Charles I^{er} roi à la fois *de facto* et *de jure* (KELYNG 10).

(147) Une attitude semblable dans une affaire de trahison peut être vue dans les conclusions de l'Avocat général dans le procès de l'Indian National Army, voir GREEN, *loc. cit.*, note 72, *supra*, pp. 53-54.

(148) (1900) 17 Cape S.C. Reports 561. Voir aussi *R. v. Werner* [1947] 2 S.A.L.R. 828 (*Annual Digest* 1947, p. 202).

rieur peut être puni comme complice d'un acte criminel s'il s'avère que cet ordre concernait un acte considéré comme crime par le Code militaire ou civil. Ce Code pénal militaire resta en vigueur pendant la durée du régime nazi. Le sens du § 47 s'éclaire par le jugement de la Cour supérieure allemande sur l'affaire du navire hôpital *Llandovery Castle* coulé en 1918 (149) : « toute violation du droit international en temps de guerre est un délit sanctionnable dans la mesure où, en général, ce fait comporte une sanction. L'action de tuer des ennemis à la guerre est conforme à la volonté de l'Etat qui fait la guerre — et dont les lois décident de la légalité et de l'illégalité du fait de tuer, — seulement dans la mesure où ce fait est conforme aux conditions et limitations imposées par le droit international. Le fait qu'une action constitue une violation du droit international doit être dûment connu de son auteur, en dehors des cas de négligence où l'ignorance par suite également de négligence constitue une excuse suffisante. En examinant cette question de l'existence de la connaissance, on ne doit pas oublier l'ambiguïté de maintes règles internationales non plus que les circonstances précises du cas considéré. En temps de guerre, en effet, des décisions de grande importance doivent souvent être prises avec une documentation très insuffisante. Cette considération néanmoins ne peut s'appliquer au cas actuellement devant la Cour. La règle de droit du droit international dont il s'agit est simple et universellement connue (*Les bateaux hôpitaux ne doivent pas être attaqués*). Il n'y a pas le moindre doute qu'elle ne soit applicable. La Cour, dans ce cas, doit affirmer la culpabilité pour meurtre de l'accusé en opposition avec le droit ».

Entre les deux guerres, cette décision fut fortement critiquée, en particulier par ceux qui croyaient à la nécessité de maintenir la discipline militaire. Ainsi, dans la première édition de son « *Droit international* » (150), Oppenheim affirmait que : « au cas où des membres des forces armées commettent des violations sur ordre de leur chef, ils ne peuvent être punis, car les chefs seulement sont responsables et peuvent en conséquence être châtiés comme criminels de guerre une fois pris par l'ennemi ». Dans l'édition postérieure à la première guerre mondiale, on trouve la même déclaration, mais une note de l'éditeur indique que certains soutiennent l'opinion inverse, toutefois, ajoute-t-il, « la loi ne peut requérir le châtement d'un individu pour un acte qu'elle lui imposait de commettre » (151). Dans la quatrième édition, celle de McNair, cette règle est qualifiée de « règle coutumière du droit international » (152). Ce n'est que dans la cinquième édition, la première publiée par Lauterpacht qu'il est fait mention du *Llandovery Castle*, en note de bas de page, mais sans que l'on considère que cela ait rien changé à la

(149) (1921) Cmd. 1450 CAMERON, *The Peleus Trial*, 1948, App. IX, p. 167, not. p. 180; *Annual Digest* 1923-24, p. 202.

(150) Vol. 2, 1906, s. 253.

(151) ROXBURGH ed., 1921, s. 253, p. 342, n. 3.

(152) 1926, s. 253, p. 410, n. 2.

règle coutumière (153). Dans la sixième édition et dans la sixième édition révisée, publiées par Lauterpacht en 1940 et 1944, l'opinion précédente est complètement transformée. On y déclare que « le fait qu'une règle du droit de la guerre ait été violée sur les ordres soit d'un gouvernement belligérant soit d'un supérieur hiérarchique, n'enlève pas à l'acte considéré le caractère d'un crime de guerre. En principe cela ne confère pas non plus d'immunité aux auteurs à l'égard des sanctions que le belligérant, victime de l'acte, pourrait vouloir leur infliger... sans aucun doute, un tribunal, en face d'une tentative de justifier par des ordres supérieurs un crime de guerre, devra prendre en considération le fait qu'obéir aux ordres militaires, non évidemment illégaux, est le devoir de tout membre des forces armées et qu'on ne peut, dans l'exercice de la discipline militaire, demander au soldat de peser scrupuleusement les mérites légaux de l'ordre reçu... Néanmoins... la question est dominée par le principe majeur que les membres des forces armées ne doivent obéir qu'aux ordres légaux et ne peuvent éviter d'être responsables si, en obéissant à un ordre, ils commettent des actes qui violent à la fois les lois indiscutées de la guerre et le sens de l'humain en général » (154). Cet exposé de la loi est appuyé par une référence au jugement sur le *Llandovery Castle*.

Lauterpacht admet que cette déclaration s'écarte de la position prise antérieurement par Oppenheim lui-même et les rédacteurs des éditions successives de son Manuel. Aussi reconnaît-il « qu'une opinion différente a parfois été retenue dans les manuels militaires et par les auteurs mais qu'on peut difficilement la considérer comme légalement saine » (155). Pour expliquer son allusion aux auteurs, il ajoute en note : « voir par ex. § 253 des éditions précédentes de ce volume. Néanmoins la grande majorité des auteurs est d'accord avec l'opinion avancée dans ce texte ».

En ce qui concerne les manuels militaires, s'il est exact que le Code pénal militaire allemand impose des limites au terrain de la défense, par contre les manuels de droit militaire britannique et américain s'en tiennent fidèlement aux principes de l'obéissance aux ordres. Ainsi le paragraphe traitant des « Lois et usages de la guerre sur terre » (manuel britannique, édition de 1914) déclarait : « les membres des forces armées qui commettent des violations des règles reconnues du droit de la guerre, sur les ordres de leur gouvernement ou de leur chef, ne sont pas des criminels de guerre et ne peuvent en conséquence être punis par l'ennemi. Celui-ci peut sévir contre les membres des gouvernements ou les chefs d'armée responsables de ces ordres s'ils viennent à tomber entre ses mains; autrement, il ne peut avoir recours qu'à d'autres moyens pour obtenir réparation » (156). Les *Règles de l'état de*

(153) 1935, s. 253, p. 454, n. 1.

(154) 1944, s. 453, pp. 452-453 et 453, n. 2.

(155) *Ibid.*, p. 453.

(156) Para. 443 (OPPENHEIM fut co-auteur de cette partie du *Manuel*).

guerre sur terre des Etats-Unis sont semblables. « Des membres individuels des forces armées ne seront pas passibles de sanctions pour ces infractions au cas où elles sont effectuées sur ordre ou autorisation de leur gouvernement ou de leur chef militaire... » (157). Ces dispositions furent néanmoins changées au cours de la deuxième guerre mondiale et dans les deux cas on établit que l'existence d'ordres supérieurs n'était pas une défense valable en cas de crimes de guerre, bien que cet argument puisse, à juste titre, être tenu comme circonstance atténuante (158). Le nouveau texte britannique déclarait nettement que cette « question est déterminée par le principe majeur que les membres des forces armées ne doivent obéir qu'aux ordres légaux et ne peuvent éviter d'être responsables, si en obéissant à un ordre, ils commettent des actes qui violent à la fois les lois indiscutées de la guerre et le sens de l'humain en général ». On trouve de semblables clauses dans les Codes militaire français et soviétique (159).

On s'agita beaucoup autour des désaccords existant entre les diverses éditions du Manuel et au sujet des citations faites par l'avocat de la défense au procès Peleus (160). L'avocat d'Eichmann ignorait néanmoins le fait que les opinions d'auteurs ne sont que « des moyens subsidiaires dans la fixation des règles de Droit » selon les propres termes de l'article 38 du Statut de la Cour mondiale. Ceci est également vrai des manuels publiés par des services ministériels. Les textes énoncés ne font autorité que s'ils corroborent des règles de droit soit déjà clairement établies, soit devant d'évidence être admises par la justice dans certains cas. On sait d'autre part, dans les milieux militaires, que les manuels tant britannique qu'américain n'ont pour rôle que de guider les officiers. D'ailleurs, le Manuel des Etats-Unis indique « les réglementations du Manuel qui ne sont ni texte de loi, ni texte de traité signé par les Etats-Unis, ne peuvent être tenus comme liant les Cours et tribunaux ayant à connaître des lois de la guerre. Cependant elles sont d'une valeur indiscutable dans la mesure où elles portent sur des problèmes de coutumes et d'usages » (161).

En conséquence, on se doit d'examiner si les textes originaux admettant qu'un ordre supérieur peut constituer un moyen de défense peuvent être tenus comme preuves d'une coutume et de la pratique dans le droit interne du Royaume-Uni et des Etats-Unis. En ce qui concerne le premier, nous avons déjà fait état du procès d'*Axtell*, mais, à moins de considérer ceci comme une vengeance de la Restauration, on doit signaler que Dicey estimait que « le Ministre ou serviteur de la Couronne qui participe à l'expression

(157) Paragraphe 347.

(158) Le paragraphe 443 fut modifié par l' « amendement 34, 1944 » et le « Change n° 1 of Nov. 15, 1944 ». L'original et le texte amendés sont dans CAMERON, *op. cit.*, note 149 *supra*, pp. 147-152).

(159) Voir GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, 1959, p. 491.

(160) *Op. cit.*, note 149 *supra*, pp. 110-111, 113-14.

(161) 1956 éd., section 1.

de la volonté royale est légalement responsable de ses actes, il ne peut se décharger de sa responsabilité en arguant qu'il a agi en obéissance aux ordres royaux. Au cas où cet acte est illégal le ministre en question est passible de poursuite criminelle ou civile devant une Cour de justice » (162). Ceci s'accorde avec la déclaration qu'on trouve dans les « Lois de l'Angleterre » (163) de Halsbury : « le seul fait pour un individu de commettre un acte criminel en obéissance aux ordres d'un supérieur légitime qualifié, ne décharge pas l'auteur de l'acte de sa responsabilité criminelle... Les soldats de terre ou de l'air sont soumis à la loi criminelle tout comme d'autres sujets... L'obéissance à des ordres ne suffit pas en soi à couvrir d'une accusation criminelle ». C'est à la lumière de l'arrêt *R. v. Trainer* qu'il faut lire ces commentaires (164) : « dans une affaire criminelle un subalterne doit être considéré comme justifié s'il a agi sur les instructions d'un supérieur à la seule condition que celles-ci ne se présentaient pas d'une manière évidente, en opposition ou en contradiction avec la loi ». Le sens de ce principe dans le droit anglais d'aujourd'hui apparut clairement en décembre 1962 quand un officier de police plaida coupable d'avoir tenté de fausser le cours de la justice dans une affaire de poursuite criminelle. Sur ordre l'agent avait agrandi un trou dans une porte qu'il savait devoir être examinée par les magistrats. Au procès, le juge Howard déclara : « nul ordre fût-il même donné par un officier supérieur ne peut vous faire pardonner d'avoir essayé de faire cela » (165).

La situation aux Etats-Unis est semblable. Dans le cas *Wirz* (166) — où les charges étaient très semblables à celles portées contre Eichmann — et étant donné que la Cour martiale déclare *Wirz* coupable, on peut penser qu'elle suivit le rapporteur dans son raisonnement qu'« un officier supérieur ne saurait ordonner à un subalterne d'accomplir un acte illégal mais si un subordonné obéit à un tel ordre et qu'il en résulte de désastreuses conséquences, le supérieur et le subalterne sont conjointement responsables. Le Général Winder ne devait pas ordonner au prisonnier de violer les lois de la guerre, non plus que celui-ci ne le devait faire sans ordres. La conclusion est simple. Là où de tels ordres ont existé, les deux sont coupables... vous ne pouvez pas ne pas être frappé par ce fait que l'exigence d'une stricte justice réclame le châtement du conspirateur n° 1 lui-même... l'accusé a exécuté la besogne sanguinaire avec un zèle presque surhumain et une jubilation à faire honte à un démon... Il ne pouvait y avoir de heurts puisque le subalterne ne visait qu'à surpasser son chef pourtant hors ligne... Si l'accusé répond encore, en admettant ces faits à charge, qu'il a accompli cela dans

(162) *The Law of the Constitution*, 1915, p. 322 (le texte est reproduit sans changement dans l'édition de 1959, p. 326).

(163) 3rd éd., vol. 10, ss. 541, 1169.

(164) (1864) 4 F & F 105, 111, per Willes J. (c'est nous qui soulignons).

(165) *The Times* (Londres), 15 déc. 1962.

(166) *Op. cit.*, note 53 *supra*, pp. 773, 774, 802.

l'exercice d'un pouvoir à lui confié légalement, je lui répondrai par les mots de Lord Mansfield (167) : « En jugeant de la légalité d'actes accomplis par des officiers de l'armée dans l'exercice de leurs fonctions — en particulier outre-mer où des problèmes peuvent se poser sans possibilité de demander un avis qualifié — on doit leur laisser beaucoup de liberté et ils ne devraient point être punis pour un manquement à la forme *si leurs intentions se révèlent, par preuve, avoir été bonnes*. Il en va de même au sujet des plaintes qui peuvent s'élever contre des magistrats civils subalternes, tel que des Juges de paix, pour des actes commis dans l'exercice de leur devoir. En ces matières, l'enquête principale à faire par le Tribunal instructeur porte sur le cœur et si de ce côté là, rien de mauvais n'apparaît, on fera droit à beaucoup d'erreurs ou de malentendus. Mais si au contraire, le cœur est mauvais (168), si la cruauté, la méchanceté, l'oppression paraissent avoir causé ou aggravé l'emprisonnement ou tout autre dommage dont on se plaint, alors le voile ténu de la légalité ne les protégera pas et, sous le couvert d'une justification au plus haut point régulière dans les formes, ils n'échapperont pas à ce châtement qu'il vous appartient en conscience d'infliger pour avoir aussi scandaleusement mal usé d'une charge publique ».

Les tribunaux civils ont jugé cette défense de la même façon. Aussi, dans *Riggs v. State* (169), on décida que « tout ordre donné par un officier à un de ses hommes et ne montrant pas expressément et clairement par son libellé ou son contenu qu'il est illégal doit obligatoirement être obéi et, un tel ordre met celui-ci à couvert ». Les tribunaux américains ont aussi fait ressortir « qu'on peut supposer dans certains cas des ordres si évidemment odieux autant qu'illégaux qu'on devrait sentir d'instinct qu'ils ne devraient pas être obéis même donnés par qui que ce soit (170)... Dans ce cas, on ne peut éviter d'être responsable, pour cause d'obéissance à des ordres supérieurs, à propos d'un acte quelconque qu'un homme de sens moyen doit obligatoirement avoir reconnu pour un crime » (171). En fonction de ces arrêts et d'autres, le droit des Etats-Unis, en l'état, est résumé dans le *Corpus juris secundum* (172) : « tout soldat exécutant un ordre illégal est assignable en dommages et intérêts par action civile envers la personne lésée ou offensée par l'exécution de l'ordre... Les règles de droit en matière de responsabilité d'un soldat dans l'exécution d'ordres de ses supérieurs sont les mêmes au civil et au criminel. Aussi il n'est pas responsable au criminel pour avoir exécuté un ordre légitime, ou paraissant tel. *Mais un ordre apparaissant comme illégal, ne constitue pas une justification à commettre un crime* ».

(167) *Wall v. M'Namara* (1779) 1 T.R. 537 (c'est nous qui soulignons).

(168) Voir texte, note 173 *infra*.

(169) (1866) 3 Coldw. 85 (Tennessee).

(170) *McCALL v. McDOWELL* (1887) 1 Abb. 212.

(171) *Frank v. Smith* (1911) 142 Ky. 232.

(172) Vol. 6, s. 37, pp. 420, 421 (c'est nous qui soulignons). Voir aussi 1 *Wharton's Criminal Law and Procedure*, 1957, p. 258; 135 A.L.R. 37; and HARE, *Constitutional Law*, 1889, p. 920.

Israël a aussi adopté une attitude semblable quant à la défense que constituent des ordres supérieurs. En octobre 1956, époque de l'ouverture des opérations de Suez, des troupes israéliennes tirèrent sur les villageois arabes de Kfar Kassem en Israël et à la suite de ceci les officiers israéliens et leurs hommes passèrent devant le juge Halevy, un des juges qui devait plus tard juger Eichmann. Dans son jugement, rejetant l'argumentation il déclara : « ce n'est pas une simple illégalité de forme, non plus qu'une de celles que laboricusement vont déterrer les experts en droit, mais c'est une violation flagrante et manifeste du droit, *une illégalité certaine et indiscutable, visible dans l'ordre lui-même, le caractère nettement criminel de l'ordre ou des actes ordonnés, une illégalité qui saute aux yeux et révulse le cœur*, pourvu que les yeux ne soient pas aveugles ni les cœurs endurcis et corrompus. Tels sont les caractères de l'illégalité évidente requise pour relever un soldat de son devoir d'obéissance et le rendre criminellement responsable de ses actes » (173).

Ces décisions de droit prises par des Tribunaux de droit commun en face de l'argument de la défense tiré de l'existence « d'ordres supérieurs », rendent inutiles d'étudier les nombreux cas qui se sont présentés depuis 1945 aux législations exceptionnelles traitant de procès de criminels de guerre. Il en est spécialement ainsi pour Eichmann qui lui-même déclara avoir su que ce qu'il faisait était illégal mais être lié par son serment (174). Les arrêts de 1961 de la Cour suprême fédérale allemande lui sont par conséquent applicables : « en vertu de l'article 47 du Code pénal militaire, il suffit que le subordonné étant donné ses idées et conceptions, par le processus de pensée qui lui est habituel et particulier, ait été au courant de ce que l'acte à lui enjoint était mauvais » (175). Cette attitude de la justice allemande est également visible dans un jugement de 1963 de la Cour d'Assises de Bonn. Celle-ci soulignait « que les accusés avaient soutenu trop activement l'appareil de mort nazi et pour cette raison ne pouvaient arguer de l'obéissance aux ordres de leurs supérieurs. Ils savaient parfaitement que l'extermination du peuple juif était un crime » (176).

UNGERICHTES RECHT

Tout proche de ce rejet des ordres supérieurs en tant que défense, on trouve l'opinion que le droit nazi était un droit illégal, un « ungerichtes Recht ».

(173) *Chief Military Prosecutor v. Melink* (1958) 13 *Pisakim Mehoziim*, p. 90; voir aussi *World Jewry* (Londres), vol. 1, n° 11, janv. 1959, p. 10.

(174) *Transcript*, session 95, p. L 1, voir note 97 *supra*.

(175) *Neue Juristische Wochenschrift*, 23 février 1961, p. 373 (cité par l'Att., Gen., ROSENNE, *op. cit.*, p. 291).

(176) *The Times* (Londres), 1^{er} avril 1963.

Tout d'abord on doit souligner que la « solution définitive » n'a jamais fait l'objet d'une loi. Comme Eichmann lui-même l'a indiqué, « la solution définitive de la question juive, la mise à mort ne faisait pas partie du droit du Reich. C'était l'ordre du Führer et selon les conceptions légales de l'époque, généralement acceptées d'ailleurs, ses paroles avaient force de loi » (177). C'est un point de vue semblable qu'adopta le Dr Servatius quand il s'éleva contre l'idée d'une responsabilité criminelle d'un groupe : « il n'est pas admissible de persécuter un groupe d'individus sans chercher à prouver leur culpabilité, mais seulement en fonction de la tendance du législateur. C'est précisément ce que fit Hitler pour les juifs. Il décida d'eux sans promulguer aucune loi, sans déranger les juristes. Il les tint pour membres d'organisations criminelles. Il ne devait pas être possible de se servir de ce principe et de l'élever au rang de loi. Nul groupe ni collectivité ne doit être poursuivi en justice collectivement » (178). Si la défense était disposée à soutenir de tels arguments pour contester la légalité de la législation israélienne en matière d'organisation criminelles, elle devait être prête à admettre semblables objections quant à la « loi » qu'Eichmann prétendait avoir servie.

Il est exact qu'en common law, le concept d'une loi s'exerçant en contradiction avec une loi naturelle et supérieure et rendue non valable de ce fait n'est pas acceptable (179), bien que dans le cas *McCall v. McDowall* (180), on concéda qu'un ordre, une loi, peut être « si visiblement atroce... qu'on devrait sentir d'instinct qu'il ne doit pas y être obéi ». Sur le continent en revanche, et en particulier en Allemagne depuis 1945, on admet que les décisions des législateurs doivent s'incliner devant des principes du droit universellement admis. Même le Dr Servatius reconnaissait que « il ne suffit pas qu'un législateur décide quelque chose pour que ce soit une loi. Le pouvoir de légiférer a des limites » (181). En fait la position allemande actuelle exprimée dans les arrêts du Bundesgerichtshof se résume comme suit : « au fond, le droit dont on a à connaître est du droit positif mais celui-ci possède un minimum de conformité avec la morale et n'est applicable que dans la mesure où il est conforme à certaines conceptions de base de la justice en vigueur chez les nations civilisées » (182).

Le philosophe du droit qui a le plus fait pour propager la notion du *Un-gerichtes Recht* est Radbruch : « on doit donner priorité au droit positif, proclamé dans les formes et appuyé sur l'autorité d'une puissance en existence, même si la substance d'un tel droit est injuste et ne correspond pas

(177) *Transcript*, session 11, p. D 1.

(178) *Ibid.*, session 114, p. C 1.

(179) Voir AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, (Library of Ideas éd.) 1945, p. 185.

(180) Voir note 170 *supra*.

(181) ROSENNE, *op. cit.*, p. 297.

(182) RYU et SILVING, « *Error Juris : A Comparative Study* », 42 *Univ. Chicago L.R.*, 1956-57, p. 421, not. p. 463.

aux nécessités de la société à moins que l'opposition entre les textes de législation positive et la justice n'atteignent un degré si intolérable que la loi, étant une *loi illégale*, ne doive céder à la justice... Quand la justice n'est même plus le but recherché, quand l'égalité, base même de la justice, est consciemment bafouée par les textes du droit positif, alors il n'y a plus droit injuste mais absence véritable du droit » (183).

Les opinions de Radbruch et l'acceptation de celles-ci par les Tribunaux allemands ont été diversement critiquées, notamment par Hart (184). En 1949, un Tribunal allemand condamna une femme dont le mari avait été illégalement emprisonné à la suite d'une dénonciation faite par elle aux nazis, sur la base d'une loi interdisant toutes paroles portant atteinte au régime nazi. D'après le tribunal, la loi nazie était « contraire à la bonne conscience et au sens de la justice de tout être humain honnête ». Selon le professeur Hart, satisfaire à cette règle qui ne le méritait pas relève de l'hystérie, il soutint que l'impartialité eut été mieux servie par la promulgation d'une législation rétroactive. A son avis il aurait mieux fallu dire avec les « Utilitariens » « les lois sont peut-être du droit mais elles peuvent être trop pernicieuses pour être obéies », que de tenter de dire qu'elles ne faisaient point partie du droit et ne l'avaient probablement jamais fait. En revanche, le professeur Fuller s'en prend à ces opinions de Hart (185). Il attire l'attention sur le fait que certaines des lois nazies demeurèrent secrètes et qu'ayant à faire à des lois ou à des amendements non publiés, il était difficile de savoir ce que pouvait être la loi. En outre, à son avis, « la confusion morale atteint son point culminant quand une cour refuse d'appliquer ce qu'elle reconnaît comme la Loi ».

Peut-être le point le plus frappant chez Fuller réside-t-il dans sa prise de connaissance du dilemme moral devant lequel se trouvèrent les Tribunaux allemands et tout philosophe du droit essayant de rétablir le règne du Droit dans l'Allemagne post-nazie. « L'Allemagne avait à reconstituer à la fois le respect envers le droit et envers la justice. Bien qu'ils ne puissent être relevés l'un sans l'autre, on se heurta à de pénibles contradictions en essayant de réinstaurer les deux à la fois, comme Radbruch ne le vit que trop nettement. En substance Radbruch vit une opposition entre les exigences de l'ordre d'une part et celle du bon ordre de l'autre ».

Les tribunaux qui eurent à faire face à ce dilemme dans la pratique paraissent l'avoir ignoré dans l'ordre de la théorie. Ainsi en 1951, dans un procès au sujet de la validité du *Katastrophenbefehl* de Hitler de mars 1945, la Cour Suprême fédérale ratifia expressément l'avis de Radbruch, à savoir que lorsqu'une règle du droit positif dénie absolument le principe d'égalité elle

(183) *Rechtsphilosophie*, 1950, pp. 335, 347 (voir SILVING, *loc. cit.*, note 3 *supra*, p. 101).

(184) « Positivism and the Separation of Law and Morality », 71 *Harvard L.R.*, 1957-58, p. 593, spécialement pp. 618-620.

(185) « Positivism and Fidelity to Law », *ibid.*, p. 630, spécialement pp. 650-657.

perd tout caractère de droit, aussi rejeta-t-elle l'opinion de certains juristes national-socialistes selon laquelle toute déclaration d'Hitler ayant trait aux questions légales et, qu'on pouvait concevoir comme constituant une règle de droit, avait force de loi. La Cour décrivit ce phénomène comme « une capitulation de la part des membres de la communauté légale au bénéfice d'un autocrate qui ne méritait pas, du point de vue du droit, d'être pris sérieusement en considération » (186). En ce qui concerne l'opinion que les *Führerbefehle* jouissaient de la force de loi, la Cour d'Appel de Neustadt a été tout à fait catégorique : « le *Führerbefehl* du 19 mai 1943 ne peut constituer une base à l'acquisition de la nationalité allemande. Il est vrai que selon l'art. 1^{er} de cette proclamation, tout ressortissant étranger d'origine allemande servant dans la Wehrmacht acquiert automatiquement la nationalité allemande dès la promulgation de l'ordonnance. Mais celle-ci était elle-même sans valeur légale. En vertu de la Loi du 24 mars 1933, telle que subséquentement étendue, seul le Gouvernement et le Reichstag sont habilités à promulguer des règles ayant force de lois. Le Führer et Chancelier n'avait pas le droit d'édicter des lois » (187).

Si Eichmann avait été reconduit, pour y être jugé, en Allemagne, comme devait notamment le suggérer son avocat (188), il se serait trouvé dans la situation suivante : la loi qu'il citait comme motif, à titres d'ordres supérieurs, à ses actes, aurait été considérée comme dépourvue de validité légale, alors que son argumentation des ordres eux-mêmes aurait été repoussée sur la base de ce que l'extermination des juifs était manifestement un crime. Il n'avait donc pas de raison de s'insurger contre le traitement à lui imposé puisque les tribunaux de son pays lui eussent fait subir le même. Ceci est tout particulièrement important du fait que les actes dont il était accusé ont été condamnés par les tribunaux allemands. « Le jugement de la Cour fédérale suprême (189) déclare que les expulsions de juifs avec objectif de mise à mort des déportés, constituent un crime permanent commis par les principaux responsables et exécutants et qu'il y a là quelque chose dont tous les autres exécutants auraient dû être conscients, car on ne peut admettre qu'ils ignorent les principes fondamentaux de la société humaine lesquels constituent un héritage commun à toutes les nations civilisées. Il y a aussi un jugement de 1960 (190) qui traite du meurtre d'aliénés mentaux sur ordres d'Hitler. Le jugement dit qu'en 1940 au plus tard, il était clair, pour toute personne non naïve à l'excès, et certainement pour tous ceux qui faisaient partie de l'appareil directorial, que le régime nazi ne reculait pas devant la perpétration de crimes et que quiconque participait à ces crimes ne pouvait

(186) FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1960, p. 311.

(187) *Compulsory Grant of German Nationality Case* (1951), *Int. Law Rep.* 1951, p. 247.

(188) ROSENNE, *op. cit.*, p. 182, voir aussi le paragraphe appelé « Israël et le peuple juif ».

(189) I St/R 563/51.

(190) BGH/1 St/R 404/60. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1961, 276.

prétendre croire à tort qu'un acte prescrit était permis tant il était clair que ces crimes violaient les principes de base d'une règle du droit » (191).

Il y a encore un point à ce sujet qui mérite d'être cité. Dans la mesure où les activités d'Eichmann furent accomplies en dehors de l'Allemagne dans les territoires occupés, elles devaient — quand bien même elles eussent été couvertes par un ordre ou par une loi nazie — se conformer au droit international en matière d'occupation militaire. Là où elles ont outrepassé les conventions de La Haye, elles ont donc été illégitimes car les décrets d'un occupant ne constituent pas la promulgation d'une loi d'un pouvoir légitime et ne s'incorporent pas au droit ou aux institutions nationales (192).

*
**

Vattel en 1758 déclarait que « si la justice de chaque Etat doit en général se borner à punir les crimes commis dans son territoire, il faut excepter de la règle ces scélérats, qui, par la qualité et la fréquence habituelle de leurs crimes, violent toute sûreté publique, et se déclarent les ennemis du genre humain. Les empoisonneurs, les assassins, les incendiaires de profession peuvent être exterminés partout où on les saisit; car ils attaquent et outragent toutes les Nations, en foulant aux pieds les fondements de leur sûreté commune » (193).

Le procès Eichmann n'est qu'une illustration de cette théorie du « droit des gens ». C'est en même temps une réponse à la demande de cette poétesse inconnue d'Auschwitz qui écrivait (194) (195) :

*« Our army will go forth, skullbone and jawbone,
And bone to bone, a merciless line,
We, the hunted, the hunters; will cry out to you :
The murdered demand justice at your hands ! »*

(191) *Transcript, Jugement*, section 27, pp. 24-25.

(192) Décision de la Cour d'Appel de Liège, 1951 (voir 1 *Amer. J. Comp. L.*, 1952, p. 120).

(193) *Le Droit des Gens*, liv. I, Ch. XIX, s. 233.

(194) ROSENNE, *op. cit.*, p. 167.

(195) La traduction du manuscrit de M. L. GREEN a été faite par M^{me} D. VIGNES.