

Département fédéral de justice et police

**Mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal
nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la
Cour pénale internationale**

Avant-projet et rapport explicatif

Table des matières

Liste des abréviations	7
Condensé	8
1 Partie générale	10
1.1 Cour pénale internationale	10
1.1.1 Rappel des faits	10
1.1.2 La Suisse et la Cour pénale internationale	11
1.1.2.1 Première étape: ratification du Statut de Rome et coopération avec la CPI	11
1.1.2.2 Deuxième étape: mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal suisse	11
1.1.2.3 Le rôle de la Suisse dans les négociations sur les crimes visés par le Statut de Rome et sur les «éléments des crimes»	12
1.2 Droit pénal international	13
1.2.1 Intérêt et évolution du droit pénal international	13
1.2.2 Droit pénal international et législation nationale	16
1.3 Les grandes lignes de l'avant-projet	19
1.3.1 Description de nouveaux actes pénalement répréhensibles	19
1.3.1.1 Raisons d'une réglementation spécifique des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans la législation pénale suisse	19
1.3.1.2 Portée de la révision du droit pénal	25
1.3.1.2.1 Choix des crimes visés par les nouvelles dispositions	25
1.3.1.2.2 Prise en compte de principes généraux du droit pénal international	26
1.3.1.2.3 Peines	27
1.3.1.3 Choix de la forme: modification du code pénal et du code pénal militaire ou création d'une loi spécifique relative au droit pénal international?	28
1.3.1.3.1 Possibilités envisageables	28
1.3.1.3.2 Comparaison internationale	29
1.3.1.3.3 Les experts privilégient la modification du code pénal et du code pénal militaire	30
1.3.1.4 Technique législative	31
1.3.1.4.1 Mise en oeuvre dans le droit pénal	31
1.3.1.4.2 Aperçu comparatif des solutions choisies à l'étranger	34

1.3.1.4.3	Combinaison des différentes options pour une solution optimale	34
1.3.2	Compétence de la Suisse pour poursuivre pénalement les auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre	36
1.3.2.1	Contenu du principe d'universalité en droit international	36
1.3.2.2	Le principe de la compétence universelle tel qu'il est appliqué dans la Partie générale du code pénal en vigueur et tel qu'il devrait être appliqué après la révision de la Partie générale	37
1.3.2.3	Application du principe de la compétence universelle en Suisse dans le contexte de la poursuite des auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre	39
1.3.2.3.1	Première condition: l'auteur doit se trouver en Suisse	40
1.3.2.3.2	Deuxième condition: l'extradition de l'auteur doit être impossible	40
1.3.2.3.3	Condition supplémentaire posée pour la poursuite des criminels de guerre: l'auteur doit avoir un «lien étroit» avec la Suisse	41
1.3.2.4	Application du critère du «lien étroit» à la poursuite du crime de génocide et des crimes contre l'humanité	42
1.3.3	Redistribution des compétences pour la poursuite des auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre entre la justice civile et la justice militaire	47
1.3.3.1	Compétence selon le droit en vigueur	48
1.3.3.2	Modèles de redistribution des compétences entre juridiction ordinaire et juridiction militaire	49
1.3.3.2.1	Modèle 1: assujettissement complet à la juridiction ordinaire	49
1.3.3.2.2	Modèle 2: assujettissement complet à la juridiction militaire	50
1.3.3.2.3	Modèle 3: solutions mixtes: assujettissement de certains crimes à la juridiction militaire, d'autres à la juridiction ordinaire	51
1.3.3.3	Solution la plus pragmatique: répartition des compétences en fonction de l'auteur (civil ou militaire)	53
1.3.4	Réglementation de la juridiction ordinaire: justice fédérale ou justice cantonale?	54
1.3.4.1	Droit en vigueur	54
1.3.4.2	Choix de la compétence fédérale	56
1.3.5	Rapport avec les dernières révisions et les récents projets de réforme dans les domaines du droit pénal, de la procédure pénale et de l'organisation judiciaire	56
2	Partie spéciale	57
2.1	Modification du code pénal	57

2.1.1	Art. 75 ^{bis} AP-CP (Imprescriptibilité)	58
2.1.1.1	Imprescriptibilité selon le Statut de Rome	58
2.1.1.2	Situation juridique en Suisse	59
2.1.1.3	Digression: Conventions de l'ONU et du Conseil de l'Europe relatives à l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre	60
2.1.2	Art. 259, al. 1 ^{bis} , AP-CP (Provocation publique au génocide)	61
2.1.3	Art. 260 ^{bis} AP-CP (Actes préparatoires délictueux)	62
2.1.4	Titre douze ^{bis} AP-CP (Crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale)	63
2.1.4.1	Art. 264 AP-CP (Génocide)	63
2.1.4.1.1	Adaptations nécessaires	63
2.1.4.1.2	Détail des modifications apportées à l'art. 264 AP-CP	64
2.1.4.2	Art. 264 ^{bis} AP-CP (Crimes contre l'humanité)	67
2.1.4.2.1	Champ d'application	67
2.1.4.2.2	Principal élément constitutif de l'infraction: l'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile	68
2.1.4.2.3	Art. 264 ^{bis} , al. 1, let. a à k, AP-CP (les différentes formes de crimes contre l'humanité)	70
2.1.4.2.4	Peines	85
2.1.5	Titre douze ^{ter} AP-CP (Crimes de guerre)	86
2.1.5.1	Punissabilité des crimes de guerre selon le droit suisse en vigueur et selon les adaptations prévues	86
2.1.5.2	Nouvelles dispositions destinées à réprimer les infractions au droit international humanitaire en cas de conflits armés (crimes de guerre)	87
2.1.5.2.1	Art. 264 ^{ter} AP-CP (Champ d'application)	87
2.1.5.2.2	Art. 264 ^{quater} AP-CP (Infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949)	91
2.1.5.2.3	Art. 264 ^{quinquies} à art. 264 ^{decies} AP-CP (Autres crimes de guerre)	92
2.1.5.3	Peines	102
2.1.6	Titre douze ^{quater} AP-CP (Dispositions communes)	103
2.1.6.1	Art. 264 ^{duodecies} AP-CP (Punissabilité du supérieur)	103
2.1.6.1.1	Fondements de droit international	103
2.1.6.1.2	Responsabilité des chefs militaires et des supérieurs civils	104
2.1.6.1.3	Punissabilité du supérieur selon le droit suisse en vigueur	105
2.1.6.1.4	Principe juridique de la responsabilité du supérieur au sens de l'art. 264 ^{duodecies} AP-CP	106

2.1.6.1.5	Distinction par rapport à d'autres formes d'infractions directes	107
2.1.6.2	Art. 264 ^{terdecies} AP-CP (Actes commis sur ordre d'autrui)	107
2.1.6.3	Art. 264 ^{quaterdecies} AP-CP (Actes commis à l'étranger)	108
2.1.6.4	Art. 264 ^{quinquiesdecies} AP-CP (Exclusion de l'immunité relative)	111
2.1.7	Art. 340, ch. 2, AP-CP (Juridiction fédérale)	112
2.2	Modification du code pénal militaire	112
2.2.1	Champ d'application du code pénal militaire à raison des personnes	113
2.2.2	Art. 9, al. 1 ^{bis} et al. 1 ^{ter} , AP-CPM (Conditions de lieu)	114
2.2.3	Art. 18, al. 2, AP-CPM (Ordre d'un supérieur)	114
2.2.4	Art. 56 ^{bis} AP-CPM (Imprescriptibilité)	115
2.2.5	Crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale	115
2.2.5.1	Art. 108 AP-CPM (Génocide)	115
2.2.5.2	Art. 109 AP-CPM (Crimes contre l'humanité)	115
2.2.6	Chapitre 6 ^{bis} AP-CPM Crimes de guerre	116
2.2.7	Dispositions communes	116
2.2.7.1	Art. 112 ^{octies} AP-CPM (Punissabilité du supérieur)	116
2.2.8	Art. 171a, al. 1 ^{bis} , AP-CPM (Provocation publique au génocide)	117
2.2.9	Actes préparatoires délictueux	117
2.2.9.1.1	Art. 220, ch. 1, AP-CPM (Tribunaux compétents en cas de participation de civils)	117
2.2.9.1.2	Art. 221, al. 2 et 3, AP-CPM (Tribunaux compétents pour juger les infractions relevant en partie de la juridiction militaire, ou du CPM, et en partie de la juridiction ordinaire, ou du CP)	117
2.3	Révision d'autres lois	118
2.3.1	Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale	118
2.3.2	Modification de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale	119
2.3.3	Modification de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et de la loi fédérale sur l'investigation secrète (adaptation de la liste des infractions)	119
3	Conséquences	120
3.1	Conséquences financières et effet sur l'état du personnel	120
3.2	Conséquences économiques	122
3.3	Conséquences en matière informatique	122
3.4	Conséquences sur les cantons	122
4	Programme de la législature	123
5	Rapport avec le droit européen	123

5.1	Union européenne	123
5.2	Conseil de l'Europe	124
6	Constitutionnalité	124

**Annexe 1: Tableau (Répartition des compétences entre la juridiction ordinaire
et la juridiction militaire) XXX**

**Loi fédérale relative à la modification du code pénal, du code pénal militaire
ainsi que d'autres lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome
de la Cour pénale internationale (avant-projet)**

Liste des abréviations

AP-CP	Avant-projet du DFJP du XX.XX. 2005 en vue de la modification du CP
AP-CPM	Avant-projet du DFJP du XX.XX. 2005 en vue de la modification du CPM
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BO N	Bulletin officiel du Conseil national
BO E	Bulletin officiel du Conseil des Etats
c.	contre
Cf.	confer
CG	Conventions de Genève du 12 août 1949
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPI	Cour pénale internationale
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
Cst.	Constitution fédérale (RS 101)
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
FF	Feuille fédérale
loc. cit.	loco citato
nPg-CP	Modification de la partie générale du code pénal du 13 décembre 2002 (FF 2002 7658), qui n'est pas encore entrée en vigueur)
nPg-CPM	Modification de la partie générale du code pénal militaire du 21 mars 2003 (FF 2003 2494), qui n'est pas encore entrée en vigueur)
OJPM	Ordonnance concernant la justice pénale militaire (RS 322.2)
PA	Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0)
PPM	Procédure pénale militaire (RS 322.1)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse du droit international et du droit européen
STE	Série des traités européens (Conseil de l'Europe)
T.M.I.	Tribunal militaire international
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series (Nations Unies, Recueil des Traités)
vol.	Volume
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue pénale suisse)

Condensé

Le «Statut de Rome» de la Cour pénale internationale (CPI) a été adopté par une Conférence diplomatique de Plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour pénale internationale le 17 juillet 1998 à Rome. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Le Statut de Rome a été signé par 139 Etats, dont 99 y étaient parties le 20 juin 2005. La Suisse a acquis la qualité d'Etat partie le 12 octobre 2001.

Une fois le Statut de Rome adopté, l'objectif prioritaire du Conseil fédéral était d'acquérir la qualité d'Etat membre de la CPI le plus rapidement possible. Compte tenu de cet objectif, le Conseil fédéral s'était concentré sur les modifications législatives indispensables à la ratification du texte dans son Message sur la ratification du Statut de Rome. Il s'agissait alors pour l'essentiel de créer une loi spéciale régissant la coopération avec la CPI ainsi que d'adapter les dispositions du droit pénal relatives aux atteintes à l'administration de la justice. D'autres modifications législatives, comme l'introduction des crimes contre l'humanité et la définition des crimes de guerre dans le droit pénal suisse, avaient été reportées à plus tard pour permettre une ratification rapide du texte. Le 12 octobre 2001, la Suisse a été le 43^{ème} Etat à déposer ses instruments de ratification au siège de l'ONU à New York.

Nous sommes donc maintenant appelés à passer à la seconde étape des modifications législatives nécessaires à la mise en oeuvre du Statut de Rome, à savoir celles qui permettront à la Suisse d'assurer l'efficacité ainsi que la transparence de la répression pénale des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, mais aussi et surtout de combler toutes les lacunes susceptibles d'affaiblir la lutte contre ce type de crimes. Outre certaines précisions apportées dans la partie générale et dans la partie spéciale du code pénal et du code pénal militaire, la révision s'articule essentiellement autour de l'introduction de la notion de crimes contre l'humanité et d'une définition détaillée des crimes de guerre. Alors que les crimes contre l'humanité ne sont pas encore codifiés dans le droit pénal suisse et ne sont donc pas punissables en tant que tels, les crimes de guerre font l'objet d'une disposition dans le code pénal militaire, mais uniquement sous la forme d'une norme générale renvoyant au droit international applicable, ce qui est tout à fait insuffisant compte tenu des exigences résultant aujourd'hui du principe de légalité en matière pénale. Il est également prévu de procéder à une redistribution des compétences entre la justice militaire et la justice ordinaire pour la conduite des procédures pénales en cas de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. De légères modifications devront par ailleurs être apportées à la procédure pénale fédérale, à la loi sur l'entraide judiciaire de même qu'à la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ainsi qu'à la loi fédérale sur l'investigation secrète (remise à jour de la liste des infractions).

Les objectifs visés à travers ces mesures sont au nombre de deux: en se donnant les moyens d'entamer des poursuites pénales contre les auteurs de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, la Suisse écarte le risque de servir de refuge à ce genre de criminels ; le fait de disposer d'une législation complète dans les domaines des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre lui permettra en outre d'éviter

que des crimes commis sur le territoire suisse ou par des ressortissants suisses soient jugés par la CPI.

Rapport explicatif

1 Partie générale

1.1 Cour pénale internationale

1.1.1 Rappel des faits¹

Adopté par une Conférence diplomatique de Plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour pénale internationale le 17 juillet 1998 à Rome, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)² est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Il a, à ce jour³, été signé par 139 Etats, dont 99 ont acquis la qualité d'Etat partie. La Suisse est de ceux-là depuis le 12 octobre 2001. Après l'élection des juges et du procureur au début de l'année 2003, la CPI, qui a son siège à La Haye, a pu se mettre au travail. A ce jour, elle a déjà reçu plus d'un millier de communications en provenance de quatre-vingts Etats différents portant sur des crimes présumés.

La CPI a la compétence de poursuivre et de juger les auteurs de crimes particulièrement graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble : le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Le crime d'agression relèvera lui aussi de la compétence de la CPI dès le moment où les Etats parties se seront mis d'accord sur une définition de ce crime.

La CPI fonctionne selon le principe de la subsidiarité: elle intervient uniquement dans les cas où les autorités nationales compétentes en premier lieu n'ont pas la volonté ou les moyens de poursuivre en justice avec toute la sévérité requise les auteurs des crimes commis sur le territoire national ou perpétrés par leurs ressortissants. Ce fonctionnement est destiné à combler les lacunes fréquemment constatées dans la poursuite pénale des auteurs de ces crimes particulièrement abominables. La CPI n'a en revanche pas l'ambition de se substituer aux juridictions nationales. Trois Etats, l'Ouganda, la République démocratique du Congo et la République centrafricaine, ont jusqu'ici déferé au Procureur de la CPI une situation⁴ dans laquelle des crimes relevant de la compétence de la Cour paraissent avoir été commis sur leur territoire national⁵. Le Bureau du Procureur de la CPI a ouvert des enquêtes pour clarifier la situation en République démocratique du Congo et en Ouganda.⁶

¹ Pour plus de détails, cf. Message du 15 novembre 2000 relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal (message sur la CPI), FF **2001** 359, 382 ss.

² **RS 0.312.1.**

³ Etat au 20 juin 2005.

⁴ Cf. art. 14, par. 1, du Statut de Rome.

⁵ Cf. communiqués de presse de la CPI du 29 janvier 2004, du 19 avril 2004 et du 7 janvier 2005.

⁶ Cf. Communiqués de presse de la CPI du 23 juin 2004 et du 29 juillet 2004.

1.1.2 La Suisse et la Cour pénale internationale

1.1.2.1 Première étape: ratification du Statut de Rome et coopération avec la CPI

Après l'adoption du Statut de Rome le 18 juillet 1998, le Conseil fédéral s'était fixé comme objectif prioritaire d'acquiescer la qualité de partie à la CPI le plus rapidement possible. Il a donc concentré ses travaux sur les modifications législatives directement nécessaires à la ratification du Statut de Rome : création d'une loi spéciale régissant la collaboration des autorités suisses avec la CPI⁷ et extension du champ d'application des dispositions pénales sanctionnant les atteintes à l'administration de la justice aux procédures devant les tribunaux internationaux⁸. D'autres modifications législatives, notamment l'introduction des crimes contre l'humanité et la définition des crimes de guerre dans le droit pénal suisse, avaient été reportées à plus tard pour permettre une ratification rapide du texte. Le 12 octobre 2001, la Suisse a été le 43^{ème} Etat à déposer ses instruments de ratification du Statut de Rome⁹ au siège de l'ONU à New York.

1.1.2.2 Deuxième étape: mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal suisse

Dans son message sur la ratification du Statut de Rome, le Conseil fédéral avait annoncé qu'il prévoyait aussi de réviser les dispositions pénales se rapportant aux crimes qui relèvent de la CPI. Comme il s'agit de mesures législatives ne résultant pas de manière directe des engagements pris aux termes du Statut, il avait prévu de ne procéder à ces adaptations que dans un deuxième temps afin que l'ampleur des travaux législatifs requis dans ce contexte ne vienne pas retarder la ratification du Statut de Rome.¹⁰

Dans le cadre de cette deuxième étape de la mise en oeuvre du Statut de Rome, il est proposé maintenant de procéder aux ajustements législatifs qui permettront d'assurer en Suisse l'efficacité et la transparence de la répression pénale des crimes contre l'humanité et des atteintes au droit international humanitaire (normes juridiques destinées à protéger les victimes de conflits armés), mais aussi et surtout de combler les lacunes subsistant dans ce domaine. Outre certaines précisions apportées dans la partie générale et dans la partie spéciale du code pénal et du code pénal militaire, la révision s'articule essentiellement autour de l'introduction de la notion de crimes contre l'humanité dans le droit pénal. La nécessité de reconnaître au plus vite ce type de crimes en droit suisse avait été soulignée dans les rapports d'experts et dans les réponses à la procédure de consultation sur l'adhésion de la

⁷ Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI), RS **351.6**; pour plus de détails, cf. Message sur la CPI, FF **2001** 422 ss.

⁸ Cf. art. 309 CP (RS **311.0**) et art. 179b CPM (RS **321.0**).

⁹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, RS **0.312.1**, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2002.

¹⁰ Message sur la CPI, FF **2001** 390 et 419/420.

Suisse à la Convention sur le génocide, de même que dans le message sur la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. La reconnaissance des crimes contre l'humanité en droit suisse est également préconisée dans la doctrine¹¹. Il faudra en outre définir dans le détail les éléments constitutifs des crimes de guerre. Pour l'instant, ceux-ci ne sont en effet punissables qu'en vertu du code pénal militaire, qui se contente d'un renvoi général au droit international applicable¹², ce qui est tout à fait insuffisant pour satisfaire ne serait-ce qu'aux exigences résultant aujourd'hui du principe de légalité en matière pénale. Il est également prévu de procéder à une redistribution des compétences entre la justice militaire et la justice civile afin de professionnaliser la conduite des procédures pénales en cas de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Quelques petites modifications devront par ailleurs être apportées à la procédure pénale fédérale, à la loi sur l'entraide judiciaire, à la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et à la loi fédérale sur l'investigation secrète (remise à jour des listes des infractions).

Les objectifs visés à travers ces mesures complémentaires sont au nombre de deux: en se donnant les moyens d'entamer des poursuites pénales contre les auteurs de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, la Suisse écarte le risque de servir de refuge à ce genre de criminels ; le fait de disposer d'une législation complète dans les domaines des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre lui permettra en outre d'éviter que des crimes commis sur le territoire suisse ou par des ressortissants suisses soient jugés par la CPI.

1.1.2.3 Le rôle de la Suisse dans les négociations sur les crimes visés par le Statut de Rome et sur les «éléments des crimes»

La Suisse a été l'un des membres fondateurs du «Groupe des Etats pilotes», une coalition d'Etats qui a lutté et lutte toujours pour une CPI forte et indépendante. Notre pays a pris de nombreuses initiatives dans ce contexte et a souvent été suivi par les autres membres du Groupe : à la Conférence de Rome, qui s'est tenue en 1998, la Suisse a assuré la coordination de parties importantes des travaux de conception de la liste des crimes dans le cadre du Groupe des Etats pilotes, notamment lorsqu'il s'est agi de définir les infractions considérées comme crimes de guerre. La Suisse a fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter que la définition du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, figurant dans le Statut ne représente un retour en arrière par rapport à l'état du droit international tel qu'il se présentait alors. Elle y est parvenue dans une très large mesure.

La Suisse a aussi pris une influence considérable sur le résultat des négociations ayant été menées au sein de la commission préparatoire de la CPI, qui a mis au

¹¹ Cf. p.ex. Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, p. 546, n. 2; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), p. 54.

¹² Cf. art. 109 CPM.

point les «éléments des crimes»¹³ entre 1999 et 2000. Ces «éléments des crimes» apportent des précisions aux définitions des crimes visés par le Statut de Rome, qui n'y sont parfois décrits que de manière sommaire. Bien qu'ils servent de complément au Statut de Rome, les «éléments des crimes» ne sont pas contraignants en tant que tels pour la CPI : leur valeur normative peut être comparée à celle d'un mode d'emploi (ou d'une «liste de contrôle») destiné à faciliter l'interprétation et l'application du Statut par la Cour. Les éléments des crimes ne devaient donc pas être en contradiction avec le Statut de Rome. Pour les autorités chargées d'appliquer le droit en Suisse, ils ne représentent également qu'un moyen d'appoint pouvant les aider à établir le droit. Seul le droit international coutumier et les conventions internationales ratifiées par elle représentent en effet pour la Suisse des sources de droit déterminantes. C'est sur des normes issues de telles sources juridiques que sont fondées les modifications du CP et du CPM qui sont l'objet du présent projet.

Malgré le caractère subsidiaire des «éléments des crimes», on ne pouvait, avant le début des négociations, exclure le risque de voir les dispositions du Statut relatives aux infractions affaiblies par l'imprécision de la définition des crimes visés. Consciente de cette éventualité, la Suisse a usé de son influence dans le cadre de la commission préparatoire pour faire en sorte que le niveau du droit international humanitaire atteint grâce au Statut et à la jurisprudence ne soit pas rabaissé par des «éléments des crimes» définis après coup. Se fondant sur des travaux préparatoires du Comité international de la Croix-Rouge, la Suisse a donc présenté des projets de définitions d'«éléments des crimes» dans le domaine des crimes de guerre¹⁴, auxquels s'est ralliée une impressionnante majorité des autres délégations. Les «éléments des crimes», tels qu'ils se présentent actuellement dans le document approuvé par l'Assemblée des Etats parties à la CPI le 10 septembre 2002, sont très largement inspirés des propositions présentées par la Suisse¹⁵.

1.2 Droit pénal international

1.2.1 Intérêt et évolution du droit pénal international

Mettre fin à l'impunité

En 1651 déjà, les thèmes du crime et de l'impunité a inspiré le philosophe anglais THOMAS HOBBS, dont on retient la réflexion suivante: «Le même acte, s'il a été constamment puni chez les autres, est une infraction plus grave que s'il y a eu de

¹³ Pour ce qui est de la genèse des «éléments des crimes», cf. message sur la CPI, FF **2001** 359, 457 ss.

¹⁴ Cf. U.N. Doc. PCNICC/1999/DP.5; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.8; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.10; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.11; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.20; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.22.

¹⁵ Cf. «éléments des crimes», *Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels* (Doc. ICC-ASP/1/3); ; pour ce qui est de la genèse, du contenu et de l'interprétation des «éléments des crimes» relatifs à tous les crimes relevant de la compétence de la CPI, cf. le commentaire très complet de Roy Lee (édit.), *The International Criminal Court -Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley (2001).

nombreux exemples précédents d'impunité. En effet, ces exemples sont autant d'espoirs d'impunité donnés par le souverain lui-même, et parce que celui qui donne à un homme un espoir et une présomption de grâce tels qu'ils l'encouragent à l'infraction a sa part dans l'infraction, il ne peut pas raisonnablement lui imputer toute l'infraction.»¹⁶

Les guerres et les massacres du passé, de même que les situations d'oppression de la population civile, ont montré que l'impunité des coupables faisait obstacle à la réconciliation, à la paix ainsi qu'à la démocratie à long terme. Lorsqu'une région ou un Etat ne peut pas être pacifié durablement, c'est la communauté internationale tout entière qui en subit généralement les conséquences : les zones contrôlées par des régimes fondés sur l'injustice sont propices à l'émergence de l'extrémisme violent, du racisme et du terrorisme international. Ce fait justifie à lui seul que l'on ne tolère plus ce genre de régimes, qui, en outre, sont en contradiction totale avec notre conception moderne du droit. Aux siècles passés, et il n'y a même encore que quelques décennies, les criminels avaient la possibilité de se soustraire à leurs responsabilités en s'assurant la protection de pouvoirs étatiques ou quasi-étatiques amis ou en profitant du mauvais fonctionnement de la coopération internationale. Compte tenu de cette réalité, la création de la CPI représente un pas décisif dans la lutte contre l'impunité.

En complément de la juridiction pénale internationale, les Etats sont tenus de poursuivre et de punir les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sur leur territoire. Il y a près de trois cents ans, le philosophe français Montesquieu a écrit que le tort subi par un seul représentait une menace pour tous. Si l'on veut que la valeur purement morale de cet aphorisme soit supplantée par un impératif juridique, il faut que les Etats eux-mêmes adressent un avertissement très clair aux criminels potentiels en leur faisant comprendre que leurs actes ne resteront pas impunis.

Codification internationale

Au début, le droit international public se limitait à la réglementation des rapports entre Etats. Fort des expériences faites avec certaines régimes totalitaires, on reconnaît depuis la Seconde Guerre mondiale non seulement que l'individu possède lui aussi des droits ancrés dans le droit international, mais également que le droit international peut directement appeler l'individu à rendre compte de ses actes sur le plan pénal si l'individu a enfreint les dispositions du droit des gens. C'est cette répression des atteintes individuelles aux biens protégés par le droit international qui est l'objet du droit pénal international.

Bien qu'ancien, le droit pénal international est un domaine du droit qui est encore en développement. Il s'articule autour des règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés et autour de la répression des crimes contre l'humanité. La Convention de Genève de 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne est le premier document dans

¹⁶ Thomas Hobbes, *Léviathan* (1651), traduit de l'anglais par Ph. Foliot, chap. XVII, sous <http://perso.wanadoo.fr/philotra/leviat2.htm>

lequel ont été codifiées de telles règles. Ce domaine du droit a ensuite connu un développement constant¹⁷. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, on le qualifie de droit international humanitaire. Mais c'est en 1949 que le droit pénal international va connaître le progrès le plus fulgurant de son histoire avec la signature des quatre protocoles de Genève sur l'amélioration du sort des blessés, des malades, des prisonniers de guerre et des personnes civiles en temps de guerre¹⁸; deux protocoles additionnels sont venus les compléter en 1977¹⁹.

C'est dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg que les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité – des violations graves des droits de l'homme en temps de guerre ou en temps de paix - ont été définis pour la première fois de manière expresse. Il a également fallu attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale pour voir le crime de génocide proscrit par la communauté internationale dans une convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies²⁰. L'interdiction des crimes contre l'humanité, qui relevait jusque là du droit coutumier, a été renforcée dans les années nonante par leur inscription dans les statuts des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et confirmée expressément en 1998 dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Si l'adoption du Statut de Rome a marqué une étape décisive dans le développement du droit international humanitaire, elle n'y a pas mis fin : la signature du Statut de Rome a notamment été suivie, le 26 mars 1999, par l'adoption du deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé²¹ et, le 25 mai 2000, par la signature du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés²².

¹⁷ Notamment en 1899 et en 1907 dans ce que l'on a appelé les «conventions et déclaration de La Haye» concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et l'interdiction de l'emploi de certains types de munitions.

¹⁸ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (CG I), RS **0.518.12**; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (CG II), RS **0.518.23**; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (CG III), RS **0.518.42**; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV), RS **0.518.51**. Ces conventions ont toutes été adoptées le 12 août 1949. Pour la Suisse, elles sont entrées en vigueur le 21 octobre 1950.

¹⁹ Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), RS **0.518.521**; Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux (Protocole II), RS **0.518.522**. Les deux protocoles additionnels ont été adoptés le 8 juin 1977 et sont entrés en vigueur pour la Suisse le 17 août 1982.

²⁰ Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, RS **0.311.11**, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 décembre 2000.

²¹ RS **0.520.33**, entré en vigueur pour la Suisse le 9 octobre 2004 ; cf. aussi message du 20 août 2003, FF **2003** 5555.

²² RS **0.107.1**, ratifié par la Suisse le 26 juin 2002; cf. aussi message du 5 septembre 2001, FF **2001** 5977.

Exécution du droit pénal international

Il ne suffit pas qu'un droit soit codifié : il faut aussi qu'il soit appliqué. L'expérience a montré que les autorités nationales chargées de la poursuite pénale n'avaient pas toujours les moyens d'assurer l'exécution des normes fondamentales du droit pénal international efficacement. Au terme de la Seconde Guerre mondiale, le jugement des principaux criminels de guerre des puissances de l'Axe a été confié à des tribunaux militaires internationaux ad hoc. En plus des crimes de guerre traditionnels, ils étaient appelés à connaître de deux autres types d'actes contraires au droit international: les «crimes contre la paix» (préparation et poursuite d'une guerre d'agression) et les «crimes contre l'humanité» (actes inhumains graves commis systématiquement contre des populations civiles et même contre sa propre population). Dans les statuts des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, le crime de génocide n'était pas encore reconnu comme infraction à part entière. Depuis, les tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont été les premiers à permettre le jugement par une cour internationale d'individus accusés de violations particulièrement graves du droit international humanitaire. En 1998, le Statut de Rome est à l'origine de l'institution d'une autorité judiciaire internationale permanente et indépendante, chargée d'intervenir à chaque fois que les Etats ne veulent ou ne peuvent pas répondre à leur obligation de soumettre à leur juridiction les personnes responsables de crimes réprimés par le droit international. Mettre fin à l'impunité, éradiquer ce fléau vieux comme le monde, tel est l'objectif ambitieux du Statut de Rome. En signant ce traité, la communauté internationale s'est donnée un instrument précieux pour obtenir l'application du droit international humanitaire et le respect des règles fondamentales d'humanité.

1.2.2 Droit pénal international et législation nationale

Intégration du droit pénal international dans le droit suisse

Par principe, chaque Etat est libre de choisir comment mettre en œuvre le droit pénal international dans sa législation nationale. Il peut en décider librement selon la conception qu'il a de la transposition du droit international dans son propre droit. Du point de vue du droit international, la seule chose qui importe en définitive est que les Etats remplissent leurs obligations internationales. Conformément à la conception moniste du rapport entre droit international et droit national qui prévaut dans le système juridique suisse, notre pays assume l'obligation de sanctionner les infractions réprimées par le droit des gens sans reprendre les normes internationales dans sa propre législation. Cette approche présente l'avantage que les infractions au droit international sont traitées comme telles par le système juridique suisse²³. Si toutefois une norme pénale internationale se limite à la description d'un comportement pénalement répréhensible sans faire état concrètement de la peine

²³ En cas de difficultés d'interprétation, l'autorité qui applique le droit se doit par conséquent de reconnaître la validité autonome de la disposition de droit international en question et d'opter pour une interprétation conforme au droit international.

prévue, elle ne pourra malgré tout pas être appliquée directement dans une procédure pénale régie par le droit suisse²⁴.

Validité de certaines normes du droit pénal international en vertu du droit coutumier

Le fait qu'une norme de droit international soit reconnue en vertu du droit coutumier signifie qu'il s'agit d'une règle que la communauté internationale accepte et applique tout naturellement²⁵. Toutes les normes du droit pénal international n'ont pas ce statut juridique privilégié : si la lutte contre le trafic de stupéfiants ou contre le terrorisme est une préoccupation commune à l'ensemble de la communauté internationale, l'étendue de l'interdiction et les moyens de lutte ne procèdent pas d'une conception générale du droit et ne sont pas non plus confirmés par une jurisprudence cohérente des Etats²⁶.

Il est cependant généralement reconnu que l'interdiction du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre relève du droit coutumier²⁷. Les Etats sont donc tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence et de la validité de règles conventionnelles, ce qui signifie qu'ils doivent créer les bases légales dont ils ont besoin pour punir les personnes qui passeraient outre à cette interdiction. Cette obligation ne résulte donc pas d'un engagement synallagmatique (qui implique une obligation réciproque entre les parties), mais d'un devoir que les Etats sont tenus d'accomplir pour préserver les valeurs fondamentales de l'humanité indépendamment de l'attitude des autres Etats (portée «*erga omnes*»). Dans le cas des dispositions impératives du droit des gens («*ius cogens*»), toute ordonnance étatique qui légitimerait, voire encouragerait ce genre de crimes serait nulle et non avenue²⁸. Parmi les règles du *ius cogens*, qu'il est impossible de répertorier de manière exhaustive, relevons notamment l'interdiction du crime de génocide et des crimes contre l'humanité ainsi que l'obligation de respecter les principes élémentaires du droit international humanitaire²⁹.

²⁴ Cf. à ce propos le paragraphe ci-après intitulé « Conditions de l'applicabilité directe des dispositions du droit pénal international en droit suisse ».

²⁵ Cf. Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4915 s.

²⁶ En conséquence, les crimes en rapport avec le terrorisme et le trafic de stupéfiants ne figurent pas sur la liste des crimes qui sont cités dans le Statut de Rome et qui relèvent de la compétence matérielle de la CPI.

²⁷ Cf. par. 33 du rapport du Secrétaire général de l'ONU du 3 mai 1993 relatif à la création d'un Tribunal pénal international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, U.N. Doc S/25704.

²⁸ Cf. p.ex. art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS **0.111**, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990): est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général.

²⁹ Selon le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale (FF **1997** I 369), on compte parmi les principes de base du *ius cogens*, qui ne peuvent pas être énumérés de manière exhaustive, les règles fondamentales du droit international humanitaire, l'interdiction de la violence, l'interdiction des agressions ainsi que l'interdiction du génocide et de la torture ; voir aussi le message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4915, le message sur la CPI, FF **2001** 359, 470, ainsi que la note de la Direction du droit international public du 23 mars 1998, selon laquelle les actes contraires à l'art. 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 doivent être qualifiés de violations des règles impératives du droit des gens (*ius cogens*) (reproduite dans RSDIE 1999, p. 708 ss).

Les individus se voient eux aussi appliquer cette interdiction de manière immédiate, sans qu'il soit nécessaire qu'elle fasse l'objet d'une norme spécifique dans le droit national. Sans définition concrète de la peine encourue par les contrevenants, cette interdiction de droit coutumier ne peut néanmoins pas servir de base directe à une condamnation dans le cadre de la procédure pénale (cf. ci-dessous).

Conditions de l'applicabilité directe des dispositions du droit pénal international en droit suisse

Une convention internationale adoptée par les Chambres fédérales entre en vigueur et devient donc contraignante sur le plan du droit international avec l'échange des instruments de ratification. En même temps qu'elle déploie ses effets en droit international, elle devient applicable en droit national. Conformément à la jurisprudence suisse, les citoyens peuvent l'invoquer en justice et les autorités peuvent fonder leurs décisions sur ses dispositions si elle est directement applicable (*self-executing*). Il faut pour cela que, dans le contexte général ainsi qu'à la lumière de l'objet et du but de la convention, la norme internationale invoquée soit suffisamment précise et claire quant au fond pour être appliquée à un cas concret et pour servir de base de décision dans une situation donnée. La norme doit donc être „utilisable“ par les autorités chargées de l'application du droit: elle doit s'adresser à elles et faire état des droits et des obligations des administrés. Pour ce qui est de la précision requise, ce sont avant tout les articles programmatiques qui ne satisfont pas à ce critère, mais aussi les dispositions qui ne règlent une question que de manière vague, en laissant aux Etats parties une grosse marge de manœuvre ou une grande liberté d'appréciation, ou qui ne contiennent que des considérations d'ordre général et ne s'adressent donc pas aux autorités judiciaires ou administratives, mais au législateur³⁰.

Pour servir de base directe à une accusation et à une condamnation dans une procédure pénale, une norme de droit international doit satisfaire à des critères de précision très stricts si l'on veut que l'auteur de l'infraction puisse prévoir tant le caractère pénalement répréhensible de son acte que les conséquences de son comportement. Il faut qu'il soit garanti, en application du critère de précision, que la norme de droit international permette au citoyen d'y reconnaître au moins grossièrement le risque qu'il court d'être puni. Si une disposition du droit international destinée à réprimer un crime ne contient pas de description contraignante des conséquences pour le contrevenant ou s'il n'existe pas de norme de transposition dans le droit national contenant une définition concrète de la peine encourue³¹, cette disposition ne peut pas servir de base à une condamnation dans le cadre de la procédure pénale. Faute de prévisibilité des conséquences pénales, l'application directe dans une procédure pénale conduite en Suisse de normes pénales issues du

³⁰ Cf. p.ex. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 369; ATF 120 Ia 11; ATF 124 III 90 E.3; ATF 124 IV 23 E.4.

³¹ Comme, p.ex., l'art. 109 CPM.

droit coutumier international visant les crimes contre l'humanité, notamment, est impossible par principe³².

1.3 Les grandes lignes de l'avant-projet

1.3.1 Description de nouveaux actes pénalement répréhensibles

1.3.1.1 Raisons d'une réglementation spécifique des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans la législation pénale suisse

Les dispositions du Statut de Rome relatives aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité ne peuvent pas être appliquées directement dans la procédure pénale en Suisse

On peut tout d'abord se demander pourquoi il est nécessaire de légiférer dans un domaine régi tant par le droit coutumier que par le Statut de Rome. Pour pouvoir répondre à cette question, il faut commencer par déterminer si les dispositions du Statut de Rome sont directement applicables en droit suisse ou si elles doivent être concrétisées par le législateur. N'oublions pas que les normes en question relèvent du droit pénal international et que l'on exige donc qu'elles soient particulièrement précises.

Bien que les dispositions internationales adoptées par la Suisse deviennent automatiquement partie intégrante de notre droit national en vertu du système moniste, les normes du Statut de Rome ayant pour objet la répression des crimes ne constituent des bases légales contraignantes que pour la CPI et sa juridiction. Les art.s 6 à 8 du Statut de Rome, visant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, ne s'adressent en effet pas directement aux Etats parties. Le Statut n'oblige en aucune façon les Etats parties à reprendre ces normes telles quelles ou même ne serait-ce qu'à légiférer en la matière. Il n'est contraignant que de manière indirecte, dans la mesure où les Etats ont intérêt à se munir de bases légales suffisantes s'ils ne veulent pas courir le risque de perdre la maîtrise de la procédure au profit de la CPI (le développement qui suit contient de plus amples détails à ce sujet).

Si l'application directe des dispositions du Statut dans une procédure pénale en Suisse n'est pas possible, c'est aussi parce que le libellé des articles du Statut ne satisfait pas toujours aux exigences auxquelles une norme de droit pénal doit

³² Voir ce qui a déjà été dit à ce propos dans le message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4927. Selon Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2e édition, Berne 1996, p. 87, note 24, le principe «nulle peine sans loi» limite d'emblée de manière très stricte l'application de droit coutumier en matière pénale.

répondre à notre sens³³. Le degré de précision des articles n'est pas en cause puisqu'il suffit à coup sûr pour permettre à la CPI de déterminer dans le cas concret si les éléments constitutifs du crime de génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre sont réunis au sens du Statut. A son art. 77, le Statut de Rome contient bien des dispositions sur les peines devant être infligées par la CPI, mais on y cherche en vain une définition contraignante des peines devant être prévues concrètement par les Etats parties.

Réduction du risque d'une reprise de la procédure par la Cour pénale internationale

L'obligation de punir les auteurs de crimes visés par le Statut de Rome résulte en premier lieu des conventions internationales déjà ratifiées par la Suisse (p.ex. la convention de 1948 sur le génocide ou les quatre conventions de Genève de 1949 visant à protéger les victimes de la guerre et les deux protocoles additionnels de 1977) ainsi que du droit coutumier pertinent. Indirectement, cette obligation peut toutefois aussi être déduite du principe de subsidiarité inscrit à l'art. 17 du Statut de Rome. S'il est vrai que le Statut de Rome n'oblige pas directement les Etats parties à transposer les dispositions visant les crimes qu'il réprime dans leur législation nationale et à rendre ces actes pénalement répréhensibles, la façon dont les actes en question sont traités dans les législations pénales nationales est sans importance à la lumière du principe de subsidiarité uniquement aussi longtemps qu'il n'en résulte pas des lacunes à proprement parler dans le système de répression pénal. La situation est analogue en ce qui concerne les peines encourues : si l'on devait constater un décalage flagrant et inexplicable entre la gravité que revêt un crime en vertu du Statut et le traitement de l'acte pénalement répréhensible dans le droit national, il pourrait arriver que la CPI revendique la compétence en la matière.

Etant donné que le crime de génocide est l'objet de l'art. 264 CP depuis l'an 2000 et que le caractère répréhensible des crimes de guerre a été décrit de manière générale dans le code pénal militaire en vigueur (art. 109 CPM), la législation pénale suisse est en principe suffisante dans deux des trois catégories de crimes relevant de la compétence de la CPI. Dans ces deux cas, elle ne risque donc pas de voir la CPI lui disputer la maîtrise de la procédure. Pour ce qui est des crimes contre l'humanité, par contre, le droit suisse ne compte encore aucune disposition spécifique. Même si de nombreuses facettes de ces crimes tombent aujourd'hui sous le coup d'une ou de plusieurs dispositions pénales en vigueur³⁴, certains types de crimes contre l'humanité restent difficilement saisissables sur le plan pénal³⁵. En créant une disposition exclusivement et spécifiquement consacrée aux crimes contre l'humanité, on réduit donc le risque de voir la CPI reprendre le dossier pour en

³³ Cf. ch. 1.2.2.

³⁴ En ayant recours aux motifs d'aggravation de la peine existant pour certains type de crimes (p.ex. lorsqu'un acte est dirigé contre de nombreuses personnes ou lorsque l'auteur fait preuve d'une cruauté particulière), les juges ont généralement aussi la possibilité d'infliger des peines particulièrement lourdes.

³⁵ Comme le crime d'apartheid, qui peut être décrit comme la perpétration de violations graves des droits de l'homme dans un régime institutionnalisé d'oppression et de discrimination systématiques d'une race par une autre race. Il n'existe pas dans le droit pénal suisse de norme visant la discrimination en général. Les dispositions relatives à la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) ne s'appliquent qu'à certains aspects partiels du crime d'apartheid.

délester une Suisse incapable de mener à terme la procédure par ses propres moyens faute de disposer de bases légales adéquates.

Définition de l'injustice spécifiquement inhérente aux crimes contre l'humanité

Dans le cas des crimes contre l'humanité, le droit international vise essentiellement à sanctionner l'étendue et le caractère systématique de l'agression menée contre la population civile, qui confèrent une dimension internationale à ce type d'infractions. Les actes individuels sont considérés comme crimes contre l'humanité lorsqu'ils participent d'un acte d'agression général, ce qui, d'une part, facilite leur perpétration et, d'autre part, les rend spécialement graves. Cet élément de l'agression contre la population civile, qui est caractéristique des crimes contre l'humanité et qui rend ces derniers particulièrement abominables, est totalement inexistant dans le code pénal en vigueur. Le contexte institutionnel, c'est-à-dire le fait que l'acte individuel vienne s'inscrire dans une opération plus vaste dirigée contre la population civile (ou une partie de la population civile) ne peut pas être pris en compte, voire donner lieu à une aggravation de la peine, en vertu de la législation pénale suisse : conformément au CP, les juges ne peuvent condamner l'auteur que pour l'acte concrètement commis (p.ex. meurtre, coups et blessures ou privation de liberté). Pour remédier à cette lacune et pour permettre à la loi de répondre aux violations des droits de l'homme les plus graves qui sont commises au détriment de civils et plus particulièrement de femmes, d'enfants et de minorités, la création de dispositions spécifiques s'impose.

Spécification du comportement pénalement répréhensible

En ce qui concerne les crimes contre l'humanité et les violations du droit international humanitaire, le principe de légalité résultant de l'art. 5 de la Constitution fédérale³⁶, selon lequel un comportement pénalement répréhensible doit être décrit de manière précise, n'a été, jusqu'à présent, appliqué qu'en partie.

Comme nous l'avons souligné plus haut, la législation suisse en vigueur ne contient pas de norme réprimant les crimes contre l'humanité qui permettrait de punir l'auteur d'un tel acte pour le crime qu'il a réellement commis. Relevons aussi qu'il n'existe à ce jour aucune convention internationale définissant les crimes contre l'humanité d'une manière générale et contraignante pour les Etats. Les quelques instruments internationaux traitant de violations graves des droits de l'homme ont soit été conclus dans un contexte historique particulier³⁷, soit ils ne qualifient pas les actes en question de crimes contre l'humanité³⁸, soit ils sont trop anciens pour répondre encore entièrement aux exigences de notre temps³⁹.

³⁶ RS 101.

³⁷ La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 a été élaborée essentiellement au regard de la situation en Afrique du Sud et ne contient pas de définition abstraite du crime d'apartheid. La Suisse ne l'a pas signée.

³⁸ Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987.

³⁹ Convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage, RS 0.311.37, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1930.

Le Statut de la CPI ne peut pas non plus servir de base légale à une condamnation. Si le Statut et les «éléments des crimes»⁴⁰ qui s'y rapportent contiennent bien des définitions des différents crimes contre l'humanité et de leurs éléments constitutifs, celles-ci s'adressent en premier lieu à la CPI. Bien qu'il soit généralement reconnu que l'interdiction de commettre des crimes contre l'humanité relève du droit coutumier, cela signifie uniquement que la perpétration de tels crimes est interdite indépendamment de l'existence de réglementations conventionnelles. Cette interdiction issue du droit coutumier ne peut toutefois servir de base légale à une condamnation dans le cadre d'une procédure pénale menée en Suisse tant que l'on ne dispose pas d'une définition suffisamment précise – objective ou subjective – du crime visé. Contrairement à l'art. 109 CPM relatif à la répression des crimes de guerre (cf. ci-après), le code pénal ne contient pas de norme d'incorporation définissant concrètement la peine prévue en cas d'infraction. A la lumière du principe de légalité («*nulla poena sine lege*»), il est donc indispensable de légiférer si l'on veut pouvoir punir expressément les crimes contre l'humanité en Suisse.

Les dispositions du droit suisse permettant de punir les infractions au droit international humanitaire, applicable dans le contexte de conflits armés pour en protéger les victimes, se trouvent aujourd'hui au chapitre 6 du code pénal militaire. Les actes pénalement répréhensibles visés par ces dispositions ne sont cependant pas décrits dans la loi elle-même, comme cela se fait habituellement, mais font l'objet, à l'art. 109 CPM, d'un simple renvoi général aux conventions internationales et au droit coutumier applicables. Les sources de droit déterminantes ne sont pas citées nommément⁴¹. Sans compter la difficulté qu'il y a à identifier les normes visées par le renvoi contenu à l'art. 109 CPM, le fait est que les conventions ne contiennent généralement pas de définitions précises des actes interdits et que, par essence, le droit coutumier n'est pas codifié dans son intégralité. Comme toute action de l'Etat doit être fondée sur le droit et compte tenu du fait que le principe de légalité est appliqué de manière particulièrement stricte en droit pénal, la question de savoir si cette façon de procéder permettait de juger du caractère punissable d'un comportement en cas de conflit de manière suffisamment claire s'était déjà posée à l'introduction de l'art. 109 CPM⁴². Cette situation a aussi donné lieu à des critiques dans la doctrine suisse, certains auteurs ayant estimé que le renvoi imprécis au droit international risquait d'affaiblir la sécurité du droit et mettait en péril la fonction de

⁴⁰ Cf. les «Eléments des crimes» de la CPI, *Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels* (Doc. ICC-ASP/1/3), p. 119 ss.

⁴¹ Les art. 110 à 114 CPM contiennent la définition expresse de quelques infractions seulement.

⁴² Cf. Message du 18 février 1981 relatif aux protocoles additionnels aux conventions de Genève, FF **1981** I 973, 1037.

garantie remplie par les dispositions expresses de la législation pénale⁴³. Même si l'art. 109 CPM permet en principe de rendre punissables en Suisse les crimes de guerre devant être réprimés en vertu du Statut de Rome, il paraît aujourd'hui judicieux – pour toutes les raisons indiquées plus haut – d'asseoir la lutte contre ces crimes d'une gravité extrême, qui sont punis de lourdes peines de réclusion, sur des bases légales précises.

Les autorités de poursuite pénale et les tribunaux doivent disposer de bases légales transparentes et efficaces

Sous le régime actuel, la clause générale contenue à l'art. 109 CPM est, avec les art. 110 à 114 CPM, la seule base légale permettant de poursuivre et de punir les auteurs de violations du droit international dans le contexte de conflits armés. Comme nous l'avons relevé précédemment, cette situation n'est pas vraiment satisfaisante, ni pour les justiciables, qui sont aujourd'hui en droit d'attendre une plus grande clarté et une plus grande sécurité du droit, ni pour les autorités de poursuite pénale et les tribunaux, qui déplorent des insuffisances au niveau de la technique législative ainsi que de nombreuses lacunes dans la réglementation, d'autant plus déplorables que la matière est complexe. Le droit international humanitaire ne se présente pas sous la forme d'un code cohérent, mais se compose d'une multitude de réglementations qui reflètent le contexte historique et portent l'empreinte des événements de l'époque, qui ont été négociées au sein d'institutions diverses et que les Etats n'ont pas toujours acceptées avec le même empressement. Certaines de ces réglementations sont complémentaires, d'autres se recoupent. En ce qui concerne les crimes contre l'humanité, la transparence des bases légales est encore bien moindre que dans d'autres domaines du droit international, car les normes appliquées ne sont souvent pas codifiées en tant que telles. Une codification détaillée du droit pénal international dans le droit suisse aurait le grand avantage que les autorités chargées de l'accusation et les tribunaux n'auraient plus de doutes à avoir quant au droit applicable en Suisse puisqu'ils disposeraient en fin de compte d'un recueil bien lisible et facilement utilisable des principales normes admises sur le plan international, qui serait intégré dans la législation pénale suisse.

Promotion et diffusion du droit international humanitaire

Un des grands acquis du Statut de Rome a été la compilation du droit international déterminant (droit conventionnel et droit coutumier), pour permettre à la CPI

⁴³ Cf. Raphaël Barras, *Incidences des dispositions pénales du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 sur le système judiciaire national*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et droit de guerre, Bruxelles 1982, p. 415 ss; Marc Henzelin, *La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés – la situation en Suisse*, dans : *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles 2003, p.162 ss ; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, p. 546 n. 2; Robert Roth/Marc Henzelin, *La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse*, dans: *Répression nationale des violations du droit international humanitaire*, Rapport de la réunion d'experts, préparé par Christina Pellandini, Services consultatifs en droit international humanitaire (CICR), Genève 1997, p. 200 s.; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), p. 49 s.

d'exercer sa juridiction, et l'introduction de la tolérance zéro à l'égard de toute violation du droit international humanitaire. L'institution de la CPI ne manque donc pas d'avoir un effet préventif certain: la CPI peut entamer une procédure uniquement si les Etats qui auraient dû prévenir ou punir un crime de guerre ne tiennent pas leurs engagements. Les Etats sont donc eux aussi invités à adapter leur législation pour garantir l'exécution du droit pénal international et pour mettre définitivement fin à l'impunité des coupables. Outre l'activité législative au sens strict, cette tâche implique également la diffusion du droit international humanitaire au sein des forces armées, mais aussi, dans la mesure du possible, dans la population civile. Il importe de prendre toutes les mesures nécessaires (instruction, intégration dans les mécanismes de commandement, prise en compte lors de toutes les décisions, à tous les niveaux hiérarchiques, que ce soit dans le contexte des forces armées ou au niveau gouvernemental) pour assurer que ce droit est respecté et que les infractions sont sanctionnées. En sa qualité d'Etat partie et d'Etat dépositaire des conventions de Genève de 1949 et de leurs protocoles additionnels de 1977, la Suisse assume une responsabilité particulière en ce qui concerne la codification des règles au niveau national.

Evolution à l'étranger

Avant l'adoption du Statut de Rome en 1998, les Etats qui possédaient des normes expresses et précises réprimant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre dans leur droit national n'étaient encore que très peu nombreux. S'il est vrai que la plupart des Etats étaient bien tenus de poursuivre pénalement les auteurs de ces types de crimes en vertu soit des diverses conventions qu'ils avaient signées soit du droit coutumier international, ce n'est qu'avec la création par l'ONU des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans les années nonante, ainsi qu'avec l'adoption du Statut de Rome, que la communauté internationale a réellement commencé à s'«armer» contre les crimes en question en multipliant les dispositifs de lutte au niveau pénal. C'est plus particulièrement à la suite de l'adoption du Statut de Rome en 1998 que de nombreux Etats ont entrepris des modifications législatives de grande envergure⁴⁴.

Avis exprimés dans la doctrine en Suisse

Les auteurs qui se sont déjà exprimés au sujet de la mise en oeuvre des dispositions du Statut de Rome et du droit pénal international dans la législation suisse plaident en faveur d'une codification aussi précise et complète que possible. Les principales critiques qu'ils formulent à l'encontre du droit en vigueur visent le caractère rudimentaire des normes relatives aux crimes de guerre ainsi que les lacunes subsistant dans la législation destinée à réprimer les crimes contre l'humanité⁴⁵.

⁴⁴ Cf. ch. 1.3.1.3.2.

⁴⁵ Cf. p.ex. Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, p. 546 n. 2; Marco Sassòli, *Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international*, *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2002), p. 163; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, *ZStR* 121 (2003), p. 46 ss.

1.3.1.2 Portée de la révision du droit pénal

1.3.1.2.1 Choix des crimes visés par les nouvelles dispositions

Selon l'art. 5 du Statut de Rome, la compétence de la CPI se limite au jugement des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, soit le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ainsi que le crime d'agression⁴⁶. Ces infractions ont une dimension de droit pénal international parce qu'elles ne représentent pas des actes individuels, mais viennent s'inscrire dans un contexte plus large et ont des effets sur l'ensemble de la communauté des Etats. Les représentants des Etats à la Conférence de Rome de 1998, qui ont adopté le statut de la CPI, sont partis du principe qu'il s'agissait là de crimes relevant du droit coutumier international. La Suisse souhaitait elle aussi que la compétence de la CPI quant au fond soit limitée aux crimes faisant largement l'unanimité au niveau mondial.

La délégation suisse ayant pris part aux négociations du Statut de Rome (1994-1998) ainsi qu'à la Commission préparatoire de la CPI, qui a travaillé à l'élaboration des «éléments des crimes» entre 1999 et 2000, a usé de son influence pour obtenir que les dispositions du Statut viennent concrétiser le droit international en vigueur sans toutefois le remettre en cause⁴⁷. Cette vision des choses se reflète à l'art. 10 du Statut, selon lequel les définitions des crimes ne doivent pas être interprétées comme limitant ou affectant les règles du droit international existant ou en formation qui visent d'autres fins que le Statut.

Le Conseil fédéral est lui aussi d'avis que l'interdiction de commettre les crimes visés par le Statut relève du droit coutumier international dans la très grande majorité des cas⁴⁸, lorsqu'elle ne résulte pas – dans le domaine du droit international humanitaire – des conventions ratifiées par la Suisse. Les normes du droit international humanitaire issues de conventions ont parfois un champ d'application plus large que les dispositions du Statut de Rome qui décrivent la compétence de la CPI quant au fond.

Dans l'avant-projet, les crimes devant être régis par le droit suisse ont dès lors été choisis en fonction des critères suivants: d'abord, il importe que le droit suisse vienne satisfaire aux exigences du Statut de Rome dans tous les cas afin d'exclure tout risque de reprise de procédures par la CPI ; ensuite, les normes juridiques suisses doivent refléter fidèlement et sans restriction le droit international en vigueur ; là où les normes du Statut de Rome sont moins strictes que les règles conventionnelles et

⁴⁶ Pour l'instant, la Cour ne peut cependant pas exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression car les Etats n'ont pas réussi à tomber d'accord sur une définition du crime d'agression lors de l'élaboration du Statut de Rome. Sept ans au plus tôt après l'entrée en vigueur du Statut, une conférence de révision pourra décider de l'adoption d'une disposition définissant ce crime (cf. art. 5, par. 2, du Statut).

⁴⁷ Pour plus de détails, cf. ch. 1.1.2.3 et le Message sur la CPI, FF **2001** 359, 372.

⁴⁸ Message sur la CPI, FF **2001** 359, 456.

le droit coutumier reconnu par la Suisse⁴⁹, les nouvelles dispositions destinées à venir compléter la législation pénale suisse, notamment dans le domaine du droit international humanitaire, devront être fondées sur le contenu et le libellé des normes les plus restrictives; finalement, seul les violations les plus graves du droit international humanitaire doivent être expressément rendues punissables dans le CP et le CPM. Une codification générale et exhaustive dans le droit suisse de l'ensemble du droit pénal international ne serait pas réalisable compte tenu de l'évolution constante de la matière et déclencherait une activité législative sans commune mesure avec le résultat obtenu. En rendant expressément punissables les violations les plus graves du droit international humanitaire et en continuant de soumettre toutes les infractions d'une gravité moindre au régime sommaire de l'art. 109 CPM, on tient compte du principe de légalité applicable en droit pénal.

1.3.1.2.2 Prise en compte de principes généraux du droit pénal international

Lors de l'élaboration du Statut de Rome, on a estimé que la CPI devait elle aussi se conformer à des principes généraux de droit pénal, faute de quoi elle ne satisferait pas entièrement aux exigences du principe de légalité («*nullum crimen sine lege*»). En droit suisse, les principes généraux du droit pénal sont régis dans la partie générale du code pénal et du code pénal militaire. On y trouve la description de formes de participation telles que l'instigation ou la complicité, la définition de la tentative et de l'erreur ou encore l'énumération des motifs d'exonération de la responsabilité pénale individuelle⁵⁰. Selon l'accord trouvé par les représentants des Etats, les principes généraux de droit pénal ne s'appliquent qu'en rapport avec les crimes décrits dans le Statut et dans le cadre de la procédure devant la CPI. Les Etats ne sont donc pas tenus de les reprendre dans leur droit national. Cette dispense est cependant très relative dans la mesure où l'application du droit pénal est soumise dans son intégralité au principe de subsidiarité prévu à l'art. 17 du Statut de Rome. Cela signifie que le droit national ne doit pas comporter des lacunes ou des motifs d'exonération suffisamment graves pour inciter la CPI à acquérir la conviction que l'Etat en question «n'a pas la volonté» ou «est dans l'incapacité» de mener véritablement à bien les poursuites et, par conséquent, à appliquer l'art. 17 du Statut.

L'analyse du droit pénal suisse révèle qu'il ne comporte en principe aucune lacune de ce genre : les dispositions générales du CP et du CPM sont applicables aussi au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre⁵¹. Des normes spéciales sont donc nécessaires uniquement dans les cas où elles se

⁴⁹ Par exemple les quatre conventions de Genève de 1949 destinées à protéger les victimes de conflits armés et leurs protocoles additionnels de 1977 ou encore la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et ses protocoles additionnels.

⁵⁰ Cf. art. 25 ss du Statut de Rome.

⁵¹ Voir aussi le message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4923.

révèlent particulièrement utiles à la mise en oeuvre du Statut de Rome⁵². Concrètement, il est prévu que le droit suisse ne soit précisé qu'en deux endroits. Ces précisions, qui ont pour but d'éviter que l'application du droit international en droit pénal suisse se fasse uniquement par l'interprétation ou la reprise directe de principes du droit des gens dans la procédure pénale en Suisse, répondent à l'objectif fondamental du projet législatif sur lequel porte le présent rapport, qui est d'obtenir une application optimale du principe de légalité en matière pénale dans le domaine du droit pénal international. Ont donc été incluses dans l'avant-projet la disposition relative aux actes commis en réponse à un ordre, dont certains éléments figurent déjà dans le CPM, ainsi que la nouvelle disposition sur la responsabilité pénale des supérieurs militaires ou civils pour les crimes commis par leurs subordonnés.

1.3.1.2.3 Peines

Les peines que les juges de la CPI peuvent prononcer sont décrites au chapitre 7 du Statut de Rome⁵³. Selon l'art. 77 de ce dernier, la peine maximale est une peine privative de liberté de 30 ans au plus. Exceptionnellement, cette peine à temps peut être remplacée par une peine à perpétuité si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient. A la peine privative de liberté, la Cour peut ajouter une amende ou ordonner la confiscation de biens.

Comme les peines maximales prévues dans notre législation nationale sont, dans certains cas, moins lourdes que les peines pouvant être prononcées en vertu du Statut de Rome⁵⁴, on peut légitimement se demander si ce dernier est compatible avec le droit suisse. Or, il est bien précisé à l'art. 80 du Statut que les normes du chapitre 7 n'affectent pas l'application par les Etats des dispositions pénales et des peines que prévoit leur droit interne. Cette norme tombe cependant elle aussi sous le coup de la réserve générale de subsidiarité au sens de l'art. 17 du Statut, selon lequel les peines prononcées par les juridictions nationales ne doivent pas être trop clémentes en comparaison avec les peines prévues par le Statut de Rome, car la CPI risquerait alors d'assumer que l'Etat dans lequel la peine a été prononcée veut manifestement ménager l'auteur et n'a pas réellement l'intention de lui demander des comptes.

⁵² L'Allemagne et les Pays-Bas, qui ont récemment créé de véritables lois de droit pénal international, ont également renoncé à une réglementation complète des principes généraux du droit pénal international.

⁵³ Pour plus de détails au sujet du système et de la durée des peines, cf. Message sur la CPI, FF **2001** 359, 512 ss.

⁵⁴ Aux termes de l'art. 35 CP, la durée maximale d'une peine privative de liberté est de 20 ans. Lorsque la loi le prévoit expressément, la réclusion est à vie. Une peine de réclusion à vie dure en principe jusqu'au décès du condamné. Une libération conditionnelle ne peut pas être envisagée avant que la personne incarcérée ait purgé quinze ans de sa peine (cf. art. 38, ch. 1, al. 2, CP).

Compte tenu des lourdes peines encourues par les auteurs d'actes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, il n'y a pas lieu de revoir à la hausse les peines prévues dans le système en vigueur en Suisse.

1.3.1.3 Choix de la forme: modification du code pénal et du code pénal militaire ou création d'une loi spécifique relative au droit pénal international ?

Comme nous l'avons expliqué dans les pages précédentes, l'introduction d'une norme réprimant les crimes contre l'humanité ainsi que la définition précise des crimes de guerre appellent une modification du droit suisse. Les dispositions du droit international ne font en effet pas mention des peines encourues et sont trop imprécises pour être appliquées directement dans les procédures pénales en Suisse.

Du point de vue du droit pénal, la transposition des éléments de droit international dans la législation suisse peut être obtenue de deux façons:

1.3.1.3.1 Possibilités envisageables

1ère solution: modification du code pénal et du code pénal militaire

Il s'agirait donc de modifier ou de compléter certaines parties du code pénal et du code pénal militaire en vigueur. Cette solution s'articulerait autour de la réglementation du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans le CP, mais aussi dans le CPM. Viendraient s'y ajouter des dispositions générales, concernant notamment la responsabilité pénale des supérieurs pour les actes commis par leurs subordonnés ainsi que les crimes commis sur ordre de quelqu'un. D'autres modifications du CP et du CPM toucheraient les dispositions relatives à la punissabilité des actes commis à l'étranger, aux compétences de la justice civile et de la justice militaire en matière de poursuites pénales ainsi qu'à l'imprescriptibilité des crimes en question.

2ème solution: création d'une loi spécifique relative au droit pénal international

La transposition dans le droit suisse des dispositions relatives aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre se ferait au moyen d'une loi spéciale sur le droit pénal international. Le CP et le CPM, en revanche, resteraient quasiment intacts. Les dispositions en vigueur sur le génocide seraient extraites du code pénal et refondues avec les nouvelles normes relatives aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre sous la forme d'une législation pénale spéciale destinée à venir compléter les codes existants. Il faudrait alors aussi inclure dans la nouvelle loi toutes les autres dispositions se rapportant spécifiquement au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité ou aux crimes de guerre, sans oublier les normes déterminant les compétences respectives de la justice civile et de la justice militaire ainsi que les

dispositions générales sur la responsabilité pénale des supérieurs, les crimes commis sur ordre et la punissabilité des actes perpétrés à l'étranger. Viendraient encore s'y ajouter les dispositions en matière d'imprescriptibilité, d'appel public au génocide et d'actes préparatoires punissables commis en vue de la perpétration des crimes visés par la loi. Les dispositions de la partie générale du CP et du CPM resteraient applicables dans tous les cas où la loi sur le droit pénal international ne contiendrait pas de dispositions spéciales.

1.3.1.3.2 Comparaison internationale

Nombreux sont les Etats qui, après avoir ratifié le Statut de Rome, ont procédé à des travaux législatifs d'envergure dans le domaine du droit pénal international, soit en complétant leur code pénal, soit en édictant des lois spéciales de droit pénal international. Alors que les Etats ayant un système juridique de type anglo-saxon («*Common Law*») ont généralement créé des lois spécifiques (p.ex., Australie⁵⁵, Grande-Bretagne⁵⁶, Irlande⁵⁷, Canada⁵⁸, , , Nouvelle-Zélande⁵⁹, Afrique du Sud⁶⁰), les Etats attachés à la tradition juridique continentale («*Civil Law*») ont opté pour des solutions différentes : l'Allemagne⁶¹, les Pays-Bas⁶², le Portugal⁶³ et la Suède⁶⁴, par exemple, ont eux aussi choisi d'édicter des lois spéciales de droit pénal international, ou, lorsque ces lois spécifiques existaient déjà, y ont ajouté les dispositions du Statut de Rome qui manquaient encore (p.ex. Belgique⁶⁵). En Italie, un groupe de députés a présenté un projet de code pénal international⁶⁶. La Finlande⁶⁷, pour sa part, ne semble pas vouloir modifier sa législation pénale pour le moment, car elle avait déjà introduit les dispositions en question dans son code pénal avant l'adoption du Statut

⁵⁵ *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002* du 27 juin 2002.

⁵⁶ *International Criminal Court Act 2001* du 11 mai 2001.

⁵⁷ *International Criminal Court Bill 2003*, Projet du Gouvernement N° 36/2003 du 12 août 2003.

⁵⁸ Bill C-19, *Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts: the Crimes Against Humanity Act*, en vigueur depuis le 23 octobre 2000.

⁵⁹ *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* du 6 septembre 2000.

⁶⁰ *International Criminal Court Bill* du 26 juin 2002.

⁶¹ *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254).

⁶² *Wet Internationale Misdriften (loi sur les crimes internationaux)* du 17 juin 2003.

⁶³ *Lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário (loi pénale relative aux violations du droit international humanitaire)* N.º 72/IX du 20 mai 2003. Le projet de loi est actuellement examiné par le Parlement.

⁶⁴ Loi sur les infractions au droit pénal international, SOU 2002:98.

⁶⁵ *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire* du 10 février 1999, Moniteur Belge du 23 mars 1999, p. 9286. Cette loi a été abrogée et remplacée par la *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* du 5 août 2003, publiée dans le Moniteur Belge du 7 août 2003, p. 40506 ss. Les dispositions utiles ont été intégrées aux art. 136bis ss du code pénal belge.

⁶⁶ Progetto di legge N. 2724 du 9 mai 2002. On y trouve notamment des dispositions relatives aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Le Gouvernement, pour sa part, a chargé une commission interdépartementale de préparer une loi.

⁶⁷ Code pénal finlandais, chapitre 11 (crimes de guerre et crimes contre l'humanité), adopté le 21 avril 1995, Bulletin officiel finlandais, 1995/578.

de Rome. L'Espagne a adapté son code pénal au Statut de Rome à la fin de 2003, notamment en y prévoyant la répression des crimes contre l'humanité⁶⁸. La France⁶⁹ et la Norvège⁷⁰, finalement, sont en train de préparer des modifications de leur législation pénale pour y introduire les dispositions qui font encore défaut en vue de l'application du droit pénal international.

1.3.1.3.3 Les experts privilégient la modification du code pénal et du code pénal militaire

La question de la forme qu'il convient de donner aux dispositions réprimant les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre est essentiellement une question de technique législative. Qu'elles soient intégrées dans le CP et le CPM ou dans une nouvelle loi de droit pénal international, les nouvelles dispositions pénales auront la même teneur juridique. La décision quant à la forme doit donc être prise en premier lieu en fonction des critères de technique législative applicables dans le domaine du droit pénal suisse.

La première solution (modification du CP et du CPM) présente l'avantage d'introduire les dispositions réprimant les crimes les plus graves au coeur même du droit pénal, dans le code pénal, plutôt que de les ranger dans une législation pénale accessoire. Ce choix permettrait d'accorder aux nouvelles normes l'importance qu'elles méritent et la diffusion nécessaire pour assurer que les administrés en prennent conscience de manière optimale. Du point de vue des autorités de poursuite pénale et des tribunaux, l'intégration des nouvelles dispositions dans la systématique du CP et du CPM permettrait l'application des dispositions contenues dans les parties générales de ces deux codes, règles qui leur sont donc familières (p.ex. en ce qui concerne l'instigation ou la tentative). Il est en outre probable que cette solution aurait l'avantage d'augmenter la fréquence de la prise en compte des nouvelles dispositions dans les travaux des institutions universitaires et dans les ouvrages scientifiques. Le seul inconvénient que l'on puisse trouver à cette solution est qu'elle impliquerait l'adjonction au CP et au CPM d'un nombre assez conséquent de normes qui – espérons-le – ne seraient que rarement utilisées.

La seconde solution (loi de droit pénal international) aurait l'avantage de réunir toutes les dispositions relatives au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre dans une seule et même loi thématique. Cette codification dans une loi pénale accessoire irait toutefois aux dépens de la transparence et aurait

⁶⁸ Ley Organica 15/2003 du 25 novembre 2003.

⁶⁹ Un projet de loi préparé par le Ministère français de la justice (*Avant-projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour pénale internationale*) sera prochainement soumis au Parlement. Il est destiné à venir compléter le code pénal, art. 212-1, al. 1, adopté par la loi n° 92-1336 du 16.12.1992, modifié par la loi n° 93-913 du 19 juillet 1993, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994; cf. aussi la Proposition de loi relative aux crimes de guerre, n° 370 (2002-2003), du 26 juin 2003, présentée par Robert Badinter.

⁷⁰ La Commission permanente de droit pénal a récemment proposé une révision de la législation norvégienne afin d'y intégrer des normes réprimant les crimes visés par le Statut de Rome et de rendre ces derniers punissables des peines maximales qui sont prévues.

l'inconvénient que l'attention accordée à cette matière importante serait moindre qu'elle ne l'aurait été si les dispositions avaient été intégrées dans le code pénal. Sans compter que la réglementation dans une loi spéciale rendrait plus difficile l'application des règles générales du CP et du CPM, éprouvées au fil des ans. Le principal argument que l'on puisse opposer à la création d'une loi spéciale de droit international réside cependant dans le fait que la Suisse – contrairement aux pays anglo-saxons – n'a pas l'habitude de créer des actes normatifs spécialement consacrés à certains crimes, mais d'intégrer les nouvelles dispositions dans son code pénal. Les dispositions pénales que l'on trouve aujourd'hui dans des lois spéciales ont un rapport direct avec le sujet de la loi (p.ex. circulation routière ou stupéfiants). Ces lois ne portent pas essentiellement sur des problèmes de droit pénal, mais régissent des questions techniques et administratives. Le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne représentent pas une matière appelant une réglementation spéciale, mais des infractions qu'il importe purement et simplement d'interdire et de punir, ce qui est précisément l'objet principal du code pénal en sa qualité de pièce maîtresse de la juridiction pénale suisse.

Pour toutes ces raisons, il paraît judicieux de préférer la première solution – introduction de nouvelles dispositions dans le CP et le CPM – à la création d'une loi spéciale.

1.3.1.4 Technique législative

1.3.1.4.1 Mise en oeuvre dans le droit pénal

Indépendamment du mode de transposition choisi – intégration dans le CP et le CPM ou création d'une loi spéciale – il conviendra de décider dans quelle mesure les normes de droit international devront figurer dans le droit suisse. Le législateur suisse est en principe libre d'opter pour une codification détaillée ou de préférer une formulation plutôt sommaire pour autant qu'il réponde aux exigences minimales du principe de légalité en matière pénale. Relevons toutefois que la matière qu'il s'agit de codifier en l'occurrence se présente sous la forme de prescriptions de droit international claires issues du droit coutumier et du droit conventionnel ainsi que du Statut de Rome. En s'écartant du contenu et du libellé de ces dispositions normalisées par le droit international, le législateur risquerait de créer des problèmes d'interprétation puisqu'il obligerait les tribunaux nationaux et internationaux à juger les faits en fonction de définitions trop divergentes.

La formulation des normes de droit international dans le droit pénal suisse peut, en principe, être envisagée de trois façons différentes. Ces trois options peuvent aussi être combinées.

Option no 1: Clause générale assortie d'un renvoi au droit international applicable

Ce choix signifierait que la loi ne contiendrait pas, comme d'habitude, les définitions des différents actes pénalement répréhensibles, mais uniquement un renvoi

sommaire aux conventions internationales et au droit coutumier applicables. Nous qualifions le renvoi de sommaire parce que les différentes sources de droit n'y seraient pas détaillées. Pour ce qui est des violations du droit international humanitaire, cette option équivaldrait au maintien du *statu quo* puisque l'art. 109 CPM punit aujourd'hui déjà les auteurs de toutes les violations de «prescriptions de conventions internationales sur la conduite de la guerre ainsi que pour la protection de personnes et de biens» ou «d'autres lois et coutumes de la guerre reconnues». Parmi les arguments que l'on peut avancer en faveur de cette option, relevons que la justice (militaire) suisse a déjà une certaine expérience de l'application de l'art. 109 CPM. De plus, une clause générale ne peut, par définition, qu'être complète. Elle ne se réfère en effet pas seulement au droit international (coutumier et conventionnel) existant, mais aussi à toutes les conventions qui seront signées à l'avenir, de même qu'aux évolutions futures du droit coutumier.

Cette solution sommaire présente toutefois l'inconvénient de ne pas différencier la peine en fonction de la gravité du crime commis ou plutôt de laisser au tribunal le soin de procéder à cette différenciation. Aux termes de l'art. 109 CPM, le juge a ainsi théoriquement à disposition l'éventail complet des peines comprises entre une peine disciplinaire (p.ex. une réprimande) et vingt ans de réclusion pour punir les violations du droit international humanitaire.

Pour le jugement des crimes contre l'humanité, l'art. 109 CPM constitue cependant en aucun cas une base légale suffisante : cette norme est applicable uniquement aux crimes commis dans le contexte d'un conflit armé; or les crimes contre l'humanité (comme le crime de génocide) sont punissables aussi lorsqu'ils sont perpétrés en temps de paix. La répression des crimes contre l'humanité appellerait donc la création d'une nouvelle disposition générale s'appliquant à ce type d'infractions. L'inconvénient de cette solution réside dans le fait que les règles en matière de crimes contre l'humanité – contrairement au droit international humanitaire – reposent essentiellement sur le droit international coutumier non écrit. Si, du point de vue du principe de légalité en matière pénale («*nullum crimen sine lege*»), l'établissement du caractère répréhensible d'un acte au moyen d'une clause générale combinée avec une norme de renvoi peut déjà susciter certaines interrogations dans le cas des crimes de guerre - pourtant largement régis de manière conventionnelle⁷¹ - ce type de base légale devient plus douteux encore lorsque les règles visées ne sont pas codifiées en droit international. Depuis l'adoption du Statut de Rome, aucun Etat n'a jusqu'ici opté pour cette solution sans y prévoir des compléments.

Option n° 2: Reprise des dispositions du Statut de Rome dans le droit pénal suisse

Cette solution consisterait à reprendre mot pour mot le libellé des dispositions contenues aux art. 6 à 8 du Statut de Rome. On pourrait aussi imaginer procéder de façon plus simple en renonçant à introduire les définitions requises dans le CP et le CPM pour se contenter d'y renvoyer au Statut. Cette option aurait l'avantage de rendre fidèlement les termes du Statut et d'éviter ainsi tout risque de contradiction.

⁷¹ Cf. ch. 1.3.1.1.

On aurait l'assurance que la législation suisse satisferait pleinement aux exigences du Statut de Rome. La jurisprudence de la CPI – ce serait là un autre avantage – pourrait en outre être reprise telle quelle par les tribunaux suisses. Cela ne poserait pas de problèmes puisque les dispositions appliquées sur le plan national et à l'échelle internationale seraient identiques.

On peut d'abord reprocher à cette option de privilégier la fidélité au Statut aux dépens de la fidélité au droit international en général: les dispositions du Statut ont été conçues en premier lieu pour répondre aux besoins de la CPI ; elles ne reflètent donc pas toujours le droit international auquel la Suisse est liée en vertu de la coutume et des conventions. On trouve aussi dans le Statut des formulations dépassées, qui ont été remplacées par des tournures plus modernes dans les conventions récentes. En reprenant exclusivement les dispositions du Statut, l'option n° 2 présente en outre l'inconvénient de ne pas tenir compte de l'évolution du droit international public depuis 1998. Une autre adaptation du CP et du CPM serait donc incontournable.

Cette solution a encore un autre désavantage: en se limitant aux crimes régis par le Statut, elle ne toucherait pas toutes les autres violations, du droit humanitaire notamment, qui sont elles aussi d'une gravité incontestée, mais sur lesquelles les participants à la Conférence de Rome ne sont pas parvenus à tomber d'accord. Citons, entre autres, l'utilisation d'armes, de munitions, de substances et de méthodes de guerre qui sont susceptibles de provoquer des blessures ou des souffrances inutiles ou superflues ou qui, contrairement au droit international régissant les conflits armés, ont par nature des effets indifférenciés. Les infractions de ce type ne seront soumises à la juridiction de la CPI qu'à partir du moment où ces armes, munitions, substances ou méthodes de guerre feront l'objet d'une interdiction globale et où les Etats parties seront d'accord d'inscrire cette interdiction au Statut de Rome. La Suisse, elle, est en revanche aujourd'hui déjà tenue d'honorer les engagements qu'elle a pris en vertu du droit conventionnel ou du droit coutumier (p.ex. contre l'utilisation d'armes chimiques dans des conflits nationaux ou internationaux)⁷² en poursuivant les auteurs d'infractions à cette interdiction.

Finalement, la formulation des dispositions du Statut de Rome ne répond pas toujours aux règles de technique législative appliquées en Suisse pour établir la punissabilité d'un acte. Dans différents cas, le Statut se contente d'une seule expression pour décrire un crime (p.ex. «prise d'otages»⁷³) ou n'en fournit qu'une description rudimentaire, alors que le législateur suisse a l'habitude d'en définir tous les éléments⁷⁴.

⁷² Cf. p.ex. TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/D. Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, IT-94-1-AR72, Arrêt du 2 octobre 1995, §§ 119 ss.

⁷³ Cf. art. 8, par. 2, let. a, ch. viii, du Statut de Rome.

⁷⁴ Cf. art. 185 CP (prise d'otage): «Celui qui aura séquestré, enlevé une personne ou de toute autre façon s'en sera rendu maître, pour contraindre un tiers à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte, (...) sera puni de la réclusion».

Option n° 3: Reformulation des dispositions du Statut en fonction des engagements de droit international que la Suisse se doit d'honorer et suivant les règles de la technique législative suisse

Si l'option n° 3 est fondée sur les crimes visés par le Statut tout comme l'option n° 2, elle permettrait pourtant de mieux prendre en compte les autres infractions que la Suisse se doit de punir en vertu, avant tout, du droit coutumier international. Les différents actes considérés comme crimes de guerre seraient en outre rangés par catégories, déterminées en fonction des régimes conventionnels et des biens juridiques protégés.

Le gros avantage de cette solution est qu'elle assure la proximité de la législation suisse avec le Statut de Rome (et donc avec la jurisprudence de la CPI) tout en permettant au législateur d'avoir recours au langage juridique suisse et en facilitant l'application des dispositions du droit international par les autorités de poursuite pénale en Suisse. Du point de vue des administrés, cette solution garantit la prévisibilité du caractère punissable d'un acte.

Comme nous l'avons déjà relevé dans le cas de l'option n° 2, l'énumération exhaustive des actes répréhensibles sous la forme de définitions complètes présente l'inconvénient d'empêcher toute adaptation future de la législation suisse dans le domaine du droit pénal international sans révision du CP et du CPM.

1.3.1.4.2 Aperçu comparatif des solutions choisies à l'étranger

Alors que les Etats ayant un système juridique de type anglo-saxon (p.ex. Grande-Bretagne, Irlande, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud) reprennent en règle générale à la lettre le libellé des dispositions du Statut, ou choisissent d'y ajouter des titres succincts pour une meilleure description des actes (p.ex. Canada), les Etats attachés à la tradition juridique continentale (p.ex. Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, France, Pays-Bas, Portugal ou Suède) ont plutôt tendance à reformuler les normes du Statut en se servant des tournures usuelles dans leur langage juridique.

1.3.1.4.3 Combinaison des différentes options pour une solution optimale

La forme de la mise en œuvre des dispositions du Statut de Rome dans le droit pénal suisse doit être choisie compte tenu de ces deux impératifs, déjà mentionnés précédemment: d'abord, la législation pénale suisse doit être aménagée de telle sorte que la CPI ne soit pas amenée à reprendre des procédures pour cause d'insuffisance des bases légales ; ensuite, la forme choisie doit tenir compte du droit coutumier que la Suisse se doit de respecter indépendamment du Statut de Rome et rendre ces règles plus transparentes pour les administrés. Les nouvelles dispositions que l'on se propose d'introduire dans le droit suisse devront en outre respecter le contenu et le libellé du droit coutumier et du droit conventionnel applicables en

Suisse, notamment lorsque les dispositions du Statut de Rome sont formulées de manière plus restrictive.

Si les trois options présentées plus haut ont toutes des points faibles, le fait est que chacune d'entre elles a aussi des qualités certaines. Comme ces options ne sont pas exclusives les unes des autres, on pourrait donc envisager de les combiner. Cette solution permettrait à la fois de profiter des avantages de chaque option et d'éliminer les inconvénients.

Les combinaisons envisagées sont différentes pour chaque catégorie de crimes :

Génocide

Depuis le 15 décembre 2000, on trouve dans le droit pénal suisse une disposition réprimant le crime de génocide (art. 264). Cette norme répond à la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ainsi qu'à l'art. 6 du Statut de Rome. Le CP satisfait donc aux exigences internationales. Comme la poursuite du crime de génocide pourra aussi, dans certains cas, relever de la justice militaire⁷⁵, il est prévu d'introduire dans le CPM une disposition analogue à celle de l'art. 264 CP.

Crimes contre l'humanité

Les dispositions du droit pénal «ordinaire» s'appliquent aujourd'hui déjà à certains aspects des crimes contre l'humanité. L'élément de l'agression dirigée contre la population civile, qui est caractéristique des crimes contre l'humanité et qui les rend particulièrement abominables, y est toutefois encore totalement inexistant. Comme il n'existe pas ou peu de normes conventionnelles réprimant les crimes contre l'humanité, la solution, dans ce cas, ne saurait consister en une clause générale renvoyant aux conventions internationales applicables, telle qu'elle existe déjà pour les crimes de guerre. Il est donc nécessaire d'introduire une disposition spécifique dans le CP et le CPM. Celle-ci peut être conçue sur le modèle de l'art. 7 du Statut de Rome, mais devrait, dans toute la mesure du possible, être conforme à la terminologie juridique suisse et satisfaire aux exigences de l'efficacité de la poursuite pénale.

Crimes de guerre (ou violations graves du droit international humanitaire)

L'art. 109 CPM contient aujourd'hui déjà une clause générale renvoyant sommairement aux normes du droit international humanitaire pour ce qui est de la punissabilité des crimes de guerre. En plus de cette clause générale, il convient aujourd'hui de définir expressément les violations du droit international humanitaire qui sont considérées comme crimes de guerre en vertu du Statut de Rome et du droit international en général. Comme la justice civile aura désormais elle aussi compétence pour connaître des crimes de guerre⁷⁶, des dispositions analogues doivent aussi être introduites dans le CP.

⁷⁵ Pour plus de détails, cf. ch. 1.3.3, 2.2.1 et 2.2.2.

⁷⁶ Pour plus de détails, cf. ch. 1.3.3.3.

1.3.2 Compétence de la Suisse pour poursuivre pénalement les auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre

Le droit suisse confère aujourd'hui déjà aux autorités suisses la compétence d'engager des poursuites pénales contre les auteurs de crimes de génocide, de crimes de guerre et de torture quel que soit le lieu où l'acte a été commis et la nationalité de l'auteur. Il est prévu dans l'avant-projet que le principe dit d'universalité ou principe de l'universalité du droit s'applique aussi aux crimes contre l'humanité. Loin d'être générale, la compétence de la Suisse pour poursuivre ces crimes n'existe cependant que si l'auteur séjourne en Suisse et ne peut pas être extradé. Pour ce qui est de la poursuite des crimes de guerre, les Chambres fédérales ont récemment posé l'exigence supplémentaire d'un «lien étroit» de l'auteur avec la Suisse.

1.3.2.1 Contenu du principe d'universalité en droit international

Selon le principe de l'universalité du droit, un pays peut exercer sa juridiction pénale indépendamment du lieu où le crime a été commis (sur le territoire national ou à l'étranger) et quelle que soit la nationalité de l'auteur et de la victime. S'il existe des cas dans lesquels les Etats parties sont obligés d'engager des poursuites pénales - par exemple contre les auteurs de violations graves des conventions de Genève de 1949 ou de la convention de 1984 contre la torture (cf. plus bas) - il est d'autres situations dans lesquelles le droit international ne les contraint pas à intervenir sans restrictions ou à mener des investigations en dehors des frontières nationales. La plupart des conventions internationales sont fondées sur le concept de la souveraineté territoriale (principe de territorialité) ou de la nationalité de l'auteur (principe de personnalité active) ou de la victime (principe de personnalité passive). Dans certaines circonstances, lorsque le rapport avec l'Etat en question ne peut pas être qualifié d'étroit, les Etats ont le droit d'étendre leur juridiction à des affaires sans lien direct avec leur territoire. Ils peuvent toutefois subordonner leur compétence à des conditions exigeant que l'auteur ait un lien concret avec eux (p.ex. qu'il réside sur leur territoire).

Les Etats qui ont l'intention de connaître d'actes n'ayant pas de rapport direct avec eux sont tenus de respecter la juridiction pénale et donc la souveraineté des autres Etats. Pour prévenir toute faille dans le système de poursuite pénale, de nombreuses conventions internationales conclues dans le domaine du droit pénal obligent les Etats parties à poursuivre pénalement les suspects qu'ils n'extradent pas (*aut dedere aut iudicare*). En conséquence, les Etats peuvent prévoir dans leur droit national que la compétence en matière de poursuite pénale revient en priorité à l'Etat d'origine de l'auteur ou à l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise et que leur propre compétence n'est donc que subsidiaire.

Le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont des abominations auxquelles l'opinion publique est très sensible et qui ne sauraient donc

rester impunies. Il faut à tout prix éviter que les auteurs puissent encore trouver refuge dans des lieux où ils sont à l'abri de toute poursuite pénale parce qu'ils bénéficient de la protection du gouvernement ou parce que celui-ci n'est pas en mesure de les poursuivre. Tel est le cas, par exemple, lorsque le système de poursuite pénale d'un pays a été anéanti dans un conflit ou lorsqu'un Etat ne dispose pas des bases légales nécessaires à l'engagement de poursuites pénales. Pour ce qui est du caractère universel de l'obligation de poursuivre le crime de génocide, la Cour internationale de justice (CIJ)⁷⁷ a constaté que le devoir de chaque Etat de prévenir ou de punir le crime de génocide n'était pas, du point de vue du droit international, limité au territoire national⁷⁸. En vertu des conventions de Genève de 1949 et du protocole additionnel I de 1977, les Etats parties sont ainsi tenus de rechercher les personnes prévenues d'une infraction grave au sens de ces instruments internationaux, quelle que soit leur nationalité, et soit de les déférer à leurs propres tribunaux, soit de les remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite⁷⁹.

L'exercice de la juridiction pénale pour réprimer des crimes reconnus par le droit coutumier international n'est d'ailleurs pas subordonné à la punissabilité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis ou dans l'Etat d'origine de l'auteur. Si tel était le cas, les poursuites pénales auraient peu de chances d'aboutir.

1.3.2.2 Le principe de la compétence universelle tel qu'il est appliqué dans la partie générale du code pénal en vigueur et tel qu'il devrait être appliqué après la révision de la partie générale

Hormis les infractions commises à l'étranger qui s'inscrivent dans le champ d'application du principe de la protection de l'Etat (art. 4 CP) ou dont la répression découle d'une obligation fondée sur un accord international (art. 6^{bis} CP), le droit actuel ne permet de poursuivre en Suisse l'auteur d'un acte commis à l'étranger que si les conditions du principe de la personnalité active ou passive, définies aux art. 5 et 6 CP, sont réunies. A cela s'ajoutent les rares infractions qu'une disposition spéciale assujettit au principe de la compétence universelle (cf. art. 185, ch. 5, art. 240, al. 3, art. 245, ch. 1, al. 4, art. 264, al. 2, CP).

Dans le message sur la révision de la partie générale du code pénal⁸⁰, le Conseil fédéral avait estimé qu'il ne se justifiait plus, aujourd'hui, de ne prévoir l'application

⁷⁷ RS 0.193.501

⁷⁸ CIJ, affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt du 11 juillet 1996, comptes-rendus de la CIJ 1996 § 31.

⁷⁹ Art. 49, al. 2, CG I; art. 50, al. 2, CG II; art. 129, al. 2, CG III; art. 146, al. 2, CG IV; art. 85, al. 1, PA I.

⁸⁰ Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 1787, 1805.

du droit suisse aux infractions commises à l'étranger que dans les cas où soit l'auteur soit la victime possède la nationalité suisse ou lorsque la répression de l'acte délictueux relève de la souveraineté pénale de la Suisse en vertu d'un accord international. Il avait précisé que, la solidarité internationale s'avérant indispensable dans la lutte contre la criminalité, notre pays se devait d'étendre le champ d'application du droit suisse aux cas dans lesquels des motifs autres que la nature de l'infraction faisaient obstacle à l'extradition. Conformément au principe de la compétence déléguée⁸¹, la poursuite pénale devait ainsi, selon lui, incomber à l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur de l'infraction. Dans un nouvel art. 7, al. 2, le Conseil fédéral avait donc proposé une réglementation selon laquelle – conformément au principe de la compétence déléguée – le code pénal devait s'appliquer de manière subsidiaire dans les cas où ni l'auteur ni la victime n'avaient un rapport direct avec l'ordre juridique suisse et où la Suisse refusait l'extradition non pas en raison de la nature de l'infraction (p.ex. politique, militaire ou fiscale)⁸², mais pour un autre motif, sans rapport avec la nature de l'acte (p.ex. si l'Etat requérant risque de faire subir des traitements inhumains à la personne extradée ou si, au contraire, il n'a manifestement pas l'intention de poursuivre la personne extradée).

Les Chambres fédérales ont réservé un accueil favorable à la proposition du Conseil fédéral et ont même été encore plus loin en ajoutant au nouvel art. 7, al. 2, une disposition étendant la compétence de la Suisse aux cas dans lesquels «l'auteur a commis un acte particulièrement grave proscrit par la communauté internationale»⁸³. Cette compétence n'est pas subordonnée à l'existence d'une convention internationale que la Suisse aurait ratifiée et aux termes de laquelle elle serait tenue de poursuivre les auteurs de tels crimes, ni d'ailleurs au refus préalable d'une demande d'extradition présentée par un autre Etat. Le Parlement a estimé que cette adjonction était nécessaire pour éviter qu'une personne ayant commis un crime particulièrement grave à l'étranger ne vienne chercher refuge en Suisse pour y vivre en toute impunité⁸⁴.

Cette innovation ne signifie en revanche pas que la Suisse serait tenue d'intervenir aux quatre coins du globe pour demander l'extradition de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité⁸⁵. Par principe, la Suisse ne requiert l'extradition d'une personne en Suisse que dans les cas où soit l'auteur du crime, soit la victime est de nationalité suisse ou alors lorsque le crime a été commis sur territoire suisse. Elle ne présente en revanche jamais de demande d'extradition pour des personnes qui n'ont pas la nationalité suisse, qui ont commis l'infraction à l'étranger et séjournent à l'étranger et dont la ou les victimes n'avaient pas la nationalité suisse⁸⁶. L'exercice de la juridiction

⁸¹ Cf. art. 85 ss EIMP.

⁸² Cf. art. 3 EIMP.

⁸³ Cf. art. 7, al. 2, let. b, de la nouvelle partie générale du CP du 13 décembre 2002, FF **2002** 7658.

⁸⁴ Cf. BO **2001 N** 541 et BO **2002 N** 1178; BO **2001 E** 1060.

⁸⁵ L'art. 7, al. 2, let. b, nCP ne pose pas le principe que l'on demande l'extradition de l'auteur en Suisse. L'extradition est requise uniquement si l'auteur ou la victime est de nationalité suisse.

⁸⁶ Cf. Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins) et du code pénal militaire du 22 janvier 2003, FF **2003** 693, 736.

universelle suppose en effet que l'auteur de nationalité étrangère séjourne déjà en Suisse. Ce n'est qu'à cette condition que les mesures de poursuite pénale, comme les enquêtes et les instructions, sont ordonnées. Toute autre interprétation placerait la Suisse devant une responsabilité entraînant des difficultés immenses. C'est l'expérience qu'a fait récemment la Belgique avec sa loi sur les criminels de guerre, datant des années 1993 et 1999, qui pose le principe de la compétence universelle sans en subordonner l'application à la condition que le prévenu soit arrêté en Belgique. En conséquence, la justice belge s'est vue confrontée à des plaintes déposées contre des dirigeants, des politiques et des généraux étrangers qui ont soulevé des questions de compétence très délicates et ont été jusqu'à provoquer des conflits avec l'étranger. La Belgique a été contrainte de revenir sur cette réglementation. Dans sa version revue et corrigée, la loi en question limite maintenant la compétence de la justice belge aux cas dans lesquels l'auteur ou la victime du crime a la nationalité belge ou son domicile principal en Belgique⁸⁷.

1.3.2.3 Application du principe de la compétence universelle en Suisse dans le contexte de la poursuite des auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre

Relevons tout d'abord que l'introduction du principe de la compétence universelle pour la répression des crimes contre l'humanité ne s'impose pas directement en vertu du Statut de Rome. Selon l'art. 12, par. 2, du Statut, la CPI peut exercer sa compétence uniquement si l'Etat sur le territoire duquel a été commis un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, ou dont l'auteur du crime a la nationalité, est partie au Statut de Rome. En d'autres termes, la CPI n'est, par principe, pas compétente lorsqu'un crime a été commis sur le territoire d'un Etat qui n'est pas partie au Statut et par le ressortissant d'un Etat qui n'est pas, lui non plus, partie au Statut. Si l'auteur d'un crime commis dans ces conditions séjourne dans notre pays, la Suisse, compte tenu du principe de subsidiarité inscrit dans le Statut de Rome, n'a aucune obligation de le poursuivre en vertu du principe de la compétence universelle puisque la CPI ne peut pas lui reprocher de violer le droit international par son inaction.

La Suisse a pourtant un intérêt éminent à étendre sa compétence aux actes commis à l'étranger qui ne relèvent pas de la juridiction de la CPI: si elle ne le faisait pas, elle deviendrait un pôle d'attraction pour les grands criminels, qui viendraient s'y réfugier pour échapper à la justice pénale d'Etats tiers ou de la CPI. En universalisant la compétence de poursuivre pénalement les auteurs d'infractions au droit international telles que les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, on augmente par ailleurs les chances de voir mettre un terme à l'impunité, encore beaucoup trop largement répandue, des criminels de ce type. Il faut cependant aussi être conscient du fait que l'on ne peut pas élargir la compétence

⁸⁷ *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* du 5 août 2003, publiée dans le *Moniteur Belge* du 7 août 2003, p. 40506 ss.

sans un certain risque d'abus et surtout sans risque d'aboutir à des situations de concurrence entre les juridictions. A titre préventif, le droit suisse ne s'applique par conséquent aujourd'hui déjà à la poursuite pénale des crimes de génocide⁸⁸ et des crimes de guerre qu'aux conditions énoncées ci-après.

1.3.2.3.1 Première condition: l'auteur doit se trouver en Suisse

La première condition à laquelle est subordonnée la compétence des autorités de poursuite pénale suisses est la présence de l'auteur sur territoire suisse. On exclut ainsi le risque de devoir ouvrir et mener à terme la procédure par défaut.

1.3.2.3.2 Deuxième condition: l'extradition de l'auteur doit être impossible

La deuxième condition est que l'auteur ne doit pas pouvoir être extradé bien qu'il ait commis une infraction pouvant donner lieu à extradition⁸⁹. En posant cette condition s'appliquant aux auteurs qui n'ont pas la nationalité suisse, on reconnaît la priorité de principe de l'extradition et donc de la procédure pénale dans l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis (en vertu du principe de territorialité) ou dans l'Etat d'origine de l'auteur de l'acte (en vertu du principe de personnalité). En règle générale, le respect de cette priorité est dans l'intérêt tant de la justice dans le cas d'espèce que de l'économie de la procédure en général, car c'est normalement l'instruction sur les lieux du crime qui permet d'obtenir les résultats les plus fiables. Il est par ailleurs évident que la poursuite d'un tel acte en Suisse sans prise de renseignements préalable pour savoir si l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis a l'intention de demander l'extradition de l'auteur peut poser problème dans l'optique de la souveraineté des Etats reconnue en droit international. Dans les cas où l'extradition peut être envisagée, et sous réserve d'autres obstacles à l'extradition, on n'admet donc, par principe, la compétence de la justice suisse que si – consulté à ce propos - l'Etat dans lequel l'acte a été commis renonce expressément ou par acte concluant à engager une procédure pénale contre la personne en question⁹⁰.

L'extradition d'une personne n'est pas non plus possible si cette personne risque de subir des traitements inhumains dans l'Etat dans lequel l'acte a été commis⁹¹ ou si celui-ci ou l'Etat d'origine de l'auteur renonce à demander l'extradition pour le poursuivre⁹². Lorsque l'on a des indices concrets permettant de penser que l'Etat demandant l'extradition n'a pas la volonté de poursuivre sérieusement l'auteur ou

⁸⁸ Pour plus de détails, voir message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4911, 4932 s.

⁸⁹ Cf. art. 35, al. 1, let. a, EIMP.

⁹⁰ ATF 121 IV 145, 148.

⁹¹ Cf. notamment art. 2, let. a, et art. 37, al. 3, EIMP.

⁹² Dans ce cas, il n'est pas non plus possible de fonder la compétence sur le principe de la compétence subsidiaire au sens de l'art. 85 EIMP.

n'est pas en mesure de le faire, ou qu'en cas d'extradition l'auteur ne sera pas condamné à une juste peine, la demande d'extradition est également rejetée⁹³. Si, dans un cas de ce genre, l'Etat dans lequel le crime a été commis ne requiert pas l'extradition, les autorités suisses pourront exceptionnellement renoncer à lui adresser une demande expresse⁹⁴.

Lorsque l'extradition d'un auteur étranger pour un crime commis à l'étranger n'est pas possible pour des raisons juridiques ou pratiques, l'application du droit suisse aux actes commis à l'étranger a pour but d'assurer que la participation à des crimes très graves ou leur perpétration ne reste pas impunie et que les auteurs ne pourront pas abuser de la Suisse en venant y «chercher refuge».

Dans le cas des personnes de nationalité étrangère ayant commis un crime à l'étranger, les tribunaux pénaux internationaux ont eux aussi la priorité sur la juridiction suisse. En décembre 2003, le parlement a précisé dans ce sens l'art. 9 CPM, qui vise les criminels de guerre⁹⁵. Dans l'avant-projet, il est maintenant prévu de reprendre cette précision dans le contexte du génocide et des crimes contre l'humanité. Une personne peut être livrée à un tribunal pénal international uniquement sur requête de ce dernier et à condition que ce tribunal ait été reconnu par la Suisse. Un tribunal qui ne pourrait pas garantir une procédure équitable et assurer que les conditions nécessaires à l'extradition sont réunies sans aucun motif de rejet ne serait pas reconnu par la Suisse⁹⁶.

1.3.2.3.3 Condition supplémentaire posée pour la poursuite des criminels de guerre: l'auteur doit avoir un «lien étroit» avec la Suisse

Le 24 septembre 2003, le Conseil des Etats a décidé⁹⁷ d'ajouter à l'art. 9 CPM un nouvel al. 1^{bis}. Selon cette disposition, les personnes qui n'ont pas la nationalité suisse et qui ont commis un crime de guerre à l'étranger ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales en Suisse que si elles se trouvent en Suisse, ont un lien étroit avec la Suisse et ne peuvent être ni extradées ni livrées à un tribunal pénal international. Le Conseil national a suivi le Conseil des Etats le 15 décembre 2003⁹⁸

⁹³ Dans ces cas, la procédure à l'étranger est entachée d'un «défaut grave» au sens de l'art. 2, let. d, EIMP.

⁹⁴ Cf. *mutatis mutandis* ATF 121 IV 145, 149. Dans son arrêt du 20 mai 2003, la Cour suprême espagnole (Tribunal Supremo) a pris une décision analogue dans le cas du «génocide péruvien» (n° 712/2003). La Cour a limité la juridiction des tribunaux espagnols aux cas dans lesquels les autorités de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis n'ont pas entamé une procédure pénale efficace.

⁹⁵ Modification de la PPM et du CPM du 19 décembre 2003 (FF **2003** 7509).

⁹⁶ Cf. message concernant la modification de la procédure pénale militaire (Protection des témoins) et du code pénal militaire du 22 janvier 2003, FF **2003** 693, 737.

⁹⁷ BO E **2003** 938.

⁹⁸ BO N **2003** 1983.

et cette modification a été adoptée par les deux Chambres le 19 décembre 2003⁹⁹. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004¹⁰⁰.

Dans son message du 22 janvier 2003¹⁰¹, le Conseil fédéral avait d'abord proposé de ne préciser la disposition en vigueur régissant la poursuite de personnes de nationalité étrangère ayant commis un crime de guerre à l'étranger en n'y ajoutant que la condition de leur présence en Suisse. Ce choix avait été dicté d'une part par la nécessité d'adapter le CPM aux règles de la partie générale¹⁰² ainsi qu'aux dispositions spéciales de la partie spéciale du CP¹⁰³ et d'autre part par l'opportunité de codifier une pratique juridique reconnue.

Si l'exigence nouvelle du «lien étroit» que l'auteur doit avoir avec la Suisse pour se voir appliquer le droit pénal suisse vient préciser la pratique actuelle dans certains cas, elle procède aussi du souci de limiter les possibilités de poursuite pénale pour éviter que la Suisse soit submergée par une avalanche de plaintes telle que la Belgique l'a connue dans une certaine mesure¹⁰⁴. Conscient de ce risque, le parlement a donc pondéré le principe d'universalité s'appliquant à la répression de violations graves des droits de l'homme (p.ex. en cas de génocide, de torture ou de crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale)¹⁰⁵ pour mieux tenir compte du besoin qu'a la Suisse de préserver d'autres intérêts nationaux.

Cette décision des Chambres fédérales a suscité certaines critiques chez les spécialistes du droit international et les organisations non gouvernementales. Des voix se sont ainsi élevées pour demander l'abandon de l'exigence du «lien étroit » et un retour à la version d'origine qui figurait dans le message du Conseil fédéral¹⁰⁶.

1.3.2.4 Application du critère du «lien étroit» à la poursuite du crime de génocide et des crimes contre l'humanité

Dans le contexte de l'avant-projet sur les mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en oeuvre du Statut de Rome de la CPI, il est légitime de s'interroger sur les effets que cette décision du parlement relative à l'application du principe d'universalité à la poursuite des crimes de guerre aura sur la poursuite pénale du crime de génocide et des crimes contre l'humanité.

⁹⁹ BO N 2003 1247, BO N 2003 2131.

¹⁰⁰ RO 2004 2691.

¹⁰¹ Message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la procédure pénale militaire (Protection des témoins), FF 2003 693, 733 ss.

¹⁰² Art. 6^{bis} CP, art. 5 à 7 nPg CP.

¹⁰³ Art. 185, ch. 5, art. 240, al. 3, art. 245, ch. 1, al. 4, Art. 264, al. 2, CP.

¹⁰⁴ Cf. ch. 1.3.2.2.

¹⁰⁵ Cf. art. 264, al. 2, CP, art. 6^{bis} CP, Art. 7, al. 2, let. b, nPg-CP.

¹⁰⁶ Retrouvez le texte de l'appel, lancé par 37 professeurs de droit, ainsi que la liste des signataires sous <http://www.trial-ch.org/>; voir aussi le commentaire critique de Hans Vest, *Kriegs- und Menschheitsverbrechen – Strafverfolgung « light » ?*, AJP/PJA (2004) 614s.

Compte tenu de la volonté clairement manifestée récemment par le législateur dans le contexte de la poursuite pénale des auteurs de crimes de guerre, l'exigence du «lien étroit» a aussi été retenue pour les auteurs de crimes de génocide dans l'avant-projet et y a été introduite également pour la poursuite des crimes contre l'humanité. Par souci d'harmonisation du CP avec le CPM, l'exigence du «lien étroit» sera par ailleurs reprise dans les dispositions relatives aux crimes de guerre qu'il est prévu d'introduire dans le CP.

L'introduction du critère du «lien étroit» est le fruit d'une décision politique: le parlement n'a pas voulu que le principe de la compétence universelle soit appliqué sans réserves à la poursuite en Suisse des auteurs d'infractions gravissimes au droit international lorsque ces crimes ont été commis à l'étranger par des personnes n'ayant pas la nationalité suisse. Etant donné les questions liées à l'adoption de l'exigence du «lien étroit», il importe de ne pas taire ici les conséquences d'une telle modification.

Qu'entend-on par le critère du «lien étroit» de l'auteur avec la Suisse?

Au cours des débats aux Chambres fédérales, on a, à titre d'exemple, attribué un «lien étroit» avec la Suisse aux catégories de personnes suivantes: personnes ayant leur domicile ou le centre de leur vie en Suisse, personnes cherchant à rester en Suisse pour d'autres motifs (p.ex. réfugiés ou requérants d'asile), personnes séjournant en Suisse pour subir un traitement médical en milieu hospitalier, personnes ayant en Suisse de la famille proche (p.ex. père, mère, conjoint ou enfants), à condition qu'ils entretiennent avec eux des contacts réguliers, personnes possédant des immeubles en Suisse. De l'avis des députés, n'ont par contre pas de «lien étroit» avec la Suisse les personnes qui n'auraient qu'un compte dans une banque suisse, qui ne seraient que de passage en Suisse ou qui ne séjourneraient dans notre pays que brièvement avec l'intention de repartir rapidement¹⁰⁷.

Le critère déterminant de ces liens personnels ou matériels réside dans le resserrement des rapports que l'auteur a avec la Suisse. Il ne suffit donc pas que l'auteur se trouve sur territoire suisse par hasard ou soit entré en Suisse à dessein peu de temps auparavant: il faut que son séjour en Suisse ait été dicté par sa volonté d'y demeurer à moyen ou à long terme (lien quantitatif objectif), ou alors, si son séjour est de plus courte durée, que son rapport avec la Suisse se distingue par une composante affective particulière (lien qualitatif subjectif). Il est important que la législation suisse continue de s'appliquer à cette seconde catégorie de personnes. Les exemples cités dans le cadre des débats parlementaires ne doivent pas être compris comme une énumération définitive et exhaustive, mais comme des considérations d'ordre général. C'est donc aux autorités compétentes qu'il incombera de décider dans le cas concret si l'auteur d'un crime a un lien étroit avec la Suisse ou non. Si, en raison de l'imprécision cette disposition en ce qui concerne l'applicabilité du code pénal aux actes commis à l'étranger, elle ne représente pas une solution optimale du point de vue du principe de légalité, nous devons néanmoins la mettre en oeuvre puisqu'elle reflète la volonté du législateur.

¹⁰⁷ Cf. BO N 2003 1987 s.

L'exigence du «lien étroit» vue sous l'angle des dispositions (de la partie générale du CP en vigueur et du nCP) régissant le champ d'application territorial et personnel du CP

Dans les cas de compétence extraterritoriale pour la poursuite d'étrangers¹⁰⁸, le code pénal en vigueur ignore le critère du «lien étroit». Le seul rapport personnel que l'auteur étranger doit avoir avec la Suisse se résume à sa présence sur le territoire suisse ou, si la victime est de nationalité suisse, à son extradition en Suisse. C'est en fonction de ces critères que le Conseil fédéral avait formulé les conditions d'application du droit suisse dans son message relatif à la révision de la Partie générale du CP, adoptée par le Parlement à la fin de l'année 2002. Le Parlement avait cependant alors tenu à élargir la compétence extra-territoriale de la Suisse en matière de poursuite pénale : il avait décidé d'établir la compétence des autorités suisses de poursuite pénale dans les cas où l'auteur se trouve dans notre pays et où il «a commis un acte particulièrement grave proscrit par la communauté internationale»¹⁰⁹. Le Conseil fédéral n'avait pas non plus prévu le critère du « lien étroit » dans son message du 22 janvier 2003 relatifs à la révision du CP et du CPM¹¹⁰.

Comme cette nouvelle condition vient déroger aux règles générales établies en ce qui concerne la poursuite des crimes de guerre, nous partons du principe que le Parlement a voulu créer une réglementation spéciale (*lex specialis*) primant les autres dispositions. Par conséquent, les crimes de guerre, comme d'ailleurs le crime de génocide et les crimes contre l'humanité, ne doivent pas être considérés comme tombant sous le coup de la nouvelle réglementation des compétences figurant dans la nouvelle partie générale, même si, en fait, ils font bel et bien partie des «actes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale». Il ne paraît dès lors pas indispensable de procéder à une restriction analogue et systématique des dispositions de la partie générale du code pénal régissant les questions de compétence.

L'exigence d'un «lien étroit» crée-t-elle des circonstances dans lesquelles un criminel pourrait échapper à la justice pénale en Suisse ?

L'application du critère du «lien étroit» en cas de crimes de guerre et – si la version de l'avant-projet devait être adoptée – aussi en cas de génocide et de crimes contre l'humanité a pour effet de limiter les possibilités qu'a la Suisse de poursuivre des personnes responsables de crimes d'une extrême gravité touchant l'ensemble de la communauté internationale (pour reprendre le libellé de l'art. 5 du Statut de la CPI), alors que la poursuite pénale des auteurs d'autres infractions souvent moins graves n'est pas assujettie à de telles restrictions. La Suisse ne serait compétente que si aucun autre Etat ni aucune cour de justice ne revendique la priorité pour l'établissement de sa compétence et si les rapports entre l'auteur et la Suisse ne sont pas simplement le fruit du hasard. En conséquence, une personne de nationalité

¹⁰⁸ Cf. ch. 1.3.2.2.

¹⁰⁹ Cf. art. 7, al. 2, let. b, de la nouvelle Partie générale (nPg) du CP du 13 décembre 2002, FF **2002** 7658.

¹¹⁰ Cf. ch. 1.3.2.3.3

étrangère qui est de passage (qui n'a donc pas un «lien étroit» avec la Suisse) et qui se serait rendue coupable de l'exploitation sexuelle d'un enfant à l'étranger peut être l'objet de poursuites pénales dans notre pays¹¹¹. Contrairement à cela, si cette même personne a participé à des exécutions ou à des viols collectifs ou est responsable de la torture de prisonniers de guerre dans le contexte d'un génocide, d'un conflit armé ou d'une opération de grande envergure menée contre la population civile à l'étranger, elle échapperait à la justice pénale en Suisse. A condition qu'une juridiction pénale étrangère ou internationale ait l'intention de poursuivre cette personne, celle-ci leur serait néanmoins remise par les autorités suisses, sous réserve des immunités de droit international dont cette personne pourrait bénéficier.

L'exigence du «lien étroit» est-elle compatible avec les engagements de droit international pris par la Suisse en ce qui concerne la poursuite pénale des tortionnaires et des criminels de guerre?

Selon l'art. 6^{bis} CP (ou l'art. 6 nCP), les crimes ou délits commis à l'étranger relèvent de la compétence pénale de la Suisse lorsque celle-ci est tenue de les réprimer en vertu d'un traité international qu'elle a ratifié. Une obligation de ce genre résulte par exemple de l'art. 5, par. 2, de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui oblige expressément les Etats parties à établir leur compétence pour connaître des actes visés par la convention dans le cas où l'auteur présumé se trouve sur leur territoire et où il n'est pas extradé dans un autre Etat partie¹¹². La restriction que représente l'exigence du «lien étroit» reste sans effets lorsqu'il s'agit pour la Suisse de remplir ses engagements de droit international.

Les conventions de Genève de 1949 pour la protection des victimes de conflits armés ainsi que leur premier protocole additionnel de 1977 obligent les Etats parties à rechercher les personnes prévenues d'avoir commis une «infraction grave» au sens de ces instruments pour les déférer à leurs propres tribunaux, quelle que soit la nationalité des prévenus, ou afin de les remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite¹¹³. Pour la Suisse, cela signifie qu'elle est tenue d'engager une procédure pénale contre un auteur présumé dès que celui-ci se trouve sur son territoire, que les soupçons pesant sur lui sont suffisamment concrets et qu'elle parvient à l'arrêter. Conformément au droit en vigueur, les «infractions graves» aux conventions de Genève de 1949 sont, à l'instar de toutes les autres violations du droit international humanitaire, punies aux termes de la clause générale figurant à l'art. 109 CPM. Dans l'avant-projet, cette catégorie de crimes est régie par l'art. 264^{quater} AP-CP et par l'art. 111 AP-CPM. L'exigence du «lien étroit» devra là aussi être appliquée et interprétée de manière conforme au droit international par les autorités compétentes¹¹⁴.

¹¹¹ Cf. art. 5 nCP

¹¹² RS 0.105, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987.

¹¹³ Art. 49, al. 2, CG I; art. 50, al. 2, CG II; art. 129, al. 2, CG III; art. 146, al. 2, CG IV; art. 85, al. 1, PA I.

¹¹⁴ Dans le cadre des débats parlementaires sur la révision de la PPM et du CPM, le représentant du Conseil fédéral avait précisé en décembre 2003 que l'interprétation de la loi devra être conforme au droit international, cf. BO N 2003 1987.

Le critère du «lien étroit» est-il nécessaire pour apaiser les craintes ayant incité les Chambres fédérales à introduire cette restriction dans le code pénal militaire?

Il n'y a pas qu'en Belgique et dans d'autres pays (p.ex. en Grande-Bretagne, où une procédure a été ouverte contre l'ancien chef d'Etat chilien Augusto Pinochet) que des plaintes ont été déposées ces derniers temps contre d'anciens ministres ou chefs d'Etats : la Suisse a elle aussi enregistré l'une ou l'autre action de ce genre. Dans le contexte de la révision du CPM et du CP, certains députés aux Chambres fédérales ont exprimé leur crainte des difficultés que ces plaintes pourraient causer dans le domaine de la politique extérieure ainsi que des représailles auxquelles on s'exposerait, notamment eu égard au rôle de Genève en tant que lieu d'accueil de négociations internationales et d'organismes de l'ONU.

Dans l'intérêt de la Suisse, il est légitime de vouloir lui épargner les pressions politiques telles que la Belgique les a subies récemment. Il est également clair qu'il ne sert à rien d'entamer des procédures interminables sans espoir d'aboutir : pour engager une action pénale, il faut se donner de bonnes chances non seulement d'arrêter la personne recherchée, mais aussi de la déférer devant un tribunal ou alors, le cas échéant, de l'extrader.

En ce qui concerne les plaintes déposées contre des chefs d'Etat ou de gouvernement en fonction, contre des ministres des affaires extérieures ou des membres du corps diplomatique accrédités en Suisse ou encore contre des participants à des conférences internationales (p.ex. à Genève), il importe de relever que ces personnes bénéficient d'une immunité de droit international et qu'elles ne peuvent donc pas être arrêtées et jugées en Suisse, à moins qu'il n'existe contre elles un mandat d'arrêt délivré par une cour pénale internationale ou que leur immunité ne soit levée. Les autorités chargées de la poursuite pénale renonceront en outre à donner suite aux plaintes qui ne lui semblent pas raisonnablement fondées. Relevons encore que la condition de la présence de l'auteur sur territoire suisse, qui a été introduite il y a un certain temps déjà et qui n'avait pas son pendant dans la législation belge, a empêché le déferlement d'une vague de plaintes ces dernières années : les procédures entamées contre des criminels de guerre originaires d'ex-Yougoslavie ou du Rwanda ont pu être menées à terme dans des conditions raisonnables.

Législations étrangères relatives à l'application du principe d'universalité à la répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre

Pour éviter les problèmes qu'a connus la Belgique, le Canada, par exemple, a inscrit le principe de «quasi-universalité» dans sa *Loi sur les crimes contre l'humanité*, qui date de l'an 2000. Selon ces dispositions, ne peuvent être poursuivis que les étrangers se trouvant sur territoire canadien. L'existence d'un «lien étroit» n'est par contre pas requise. Le procureur général dispose en outre d'une certaine marge de manœuvre pour décider de l'ouverture d'une procédure pénale¹¹⁵. Aux Pays-Bas, la loi sur les crimes internationaux (*Wet Internationale Misdrijven*) se contente elle aussi

¹¹⁵ Cf. art. 8, let. b, et art. 9, par. 3, de la *Loi sur les crimes contre l'humanité*.

d'exiger la présence sur territoire néerlandais des auteurs étrangers de crimes commis à l'étranger.¹¹⁶. C'est également en vain que l'on cherche une quelconque exigence de lien spécifique avec l'Allemagne dans le *Völkerstrafgesetzbuch* du 26 juin 2002 (loi allemande régissant le droit pénal international)¹¹⁷. Le ministère public ne peut renoncer à l'ouverture d'une procédure pénale que si le prévenu ne séjourne pas sur territoire allemand et s'il ne faut pas s'attendre à ce qu'il y séjourne¹¹⁸. L'*International Crimes and International Criminal Court Act* promulgué par la Nouvelle-Zélande en l'an 2000 fait la part encore plus belle au principe d'universalité puisqu'elle n'exige pas même la présence de l'auteur à l'ouverture de la procédure¹¹⁹.

En comparaison avec les pays que nous venons d'évoquer et qui ont une conception du droit similaire à la nôtre, la Suisse se donnerait une législation relativement restrictive si elle décidait, comme le prévoit le projet de loi, d'assujettir l'application du principe de la compétence universelle à l'existence d'un «lien étroit».

1.3.3 Redistribution des compétences pour la poursuite des auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre entre la justice ordinaire et la justice militaire

Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne sont pas des crimes communs. L'histoire a montré qu'ils venaient toujours s'inscrire dans un contexte plus large. Souvent, les conflits au niveau national ont pour cause l'oppression systématique d'une minorité ou alors des rivalités entre groupements politiques opposés, qui finissent par avoir recours à la force. Les conflits de ce type peuvent prendre des dimensions internationales lorsque des Etats tiers s'en mêlent pour soutenir les opprimés ou pour aider l'une des parties au conflit. Les récents conflits ethniques, notamment, ont montré que les belligérants ne faisaient plus guère la différence entre cibles civiles et cibles militaires. On constate en outre l'intervention de plus en plus fréquente dans les opérations armées de personnes qui ne font pas partie des troupes combattantes et qui, de manière plus ou moins bien organisée, commettent des actes constituant des infractions flagrantes au droit international applicable en cas de conflits armés.

Les autorités de poursuite pénale appelées à établir les responsabilités dans le sillage de ces événements tragiques sont hélas souvent confrontées à l'existence concomitante de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre (p.ex. en ex-Yougoslavie ou au Rwanda). Dans la pratique, les événements font alors l'objet d'une enquête commune aboutissant à une accusation commune. C'est donc au tribunal qu'il incombe en fin de compte de déterminer les types de

¹¹⁶ Cf. § 1, section 2, ch. 1, let. a, de la *Wet Internationale Misdrifven*.

¹¹⁷ Cf. Art.1 du *Völkerstrafgesetzbuch* (BGBl. I, 2254).

¹¹⁸ § 153 s. du code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung*).

¹¹⁹ Cf. Part 2, § 8, ch. 1, let. c, de l'*International Crimes and International Criminal Court Act*.

crimes ayant réellement été commis. Avec l'introduction des dispositions régissant les crimes contre l'humanité dans le droit pénal suisse se pose la question du choix des autorités que l'on se propose de charger de poursuivre et de juger ce type de crimes.

1.3.3.1 Compétence selon le droit en vigueur

Génocide

Contrairement aux Conventions de Genève de 1949, la Convention sur le génocide de 1948 n'est pas applicable uniquement dans le contexte d'un conflit armé. Selon le droit en vigueur, la justice ordinaire est donc compétente pour juger non seulement les civils, mais aussi les militaires prévenus de crimes de génocide (art. 264 et 340, al. 2, CP; art. 7 et 219, al. 1, CPM).

Crimes contre l'humanité

Le droit pénal suisse ne punit pas encore explicitement ce type de crimes en tant que tel. Lorsque les conditions nécessaires à l'application des dispositions «ordinaires» du CP et du CPM sont remplies, les infractions en question sont examinées à la lumière des règles générales du droit pénal par les autorités compétentes en la matière.

Crimes de guerre

Les crimes de guerre - soit les infractions graves au droit international humanitaire dans les conflits armés (art. 108 - 114 CPM) entre Etats, mais aussi dans les conflits nationaux¹²⁰ - relèvent aujourd'hui de la juridiction militaire (cf. art. 2 et 218 CPM), qu'ils aient été commis par des militaires (art. 2, al. 1, ch. 1, 2, 3, 6, et al. 2¹²¹) ou par des civils (art. 2, ch. 9, CPM). Par principe, cette compétence existe tant pour les infractions commises en Suisse que pour celles qui ont été commises à l'étranger (art. 9, al. 1, et art. 218, al. 2, CPM)¹²². Dans le cas des crimes de guerre commis à l'étranger par des personnes n'ayant pas la nationalité suisse, elle s'applique cependant uniquement, selon la modification du CPM du 19 décembre 2003¹²³, à condition que l'auteur se trouve en Suisse, qu'il ait un «lien étroit» avec la Suisse et qu'il ne puisse être ni extradé ni remis à un tribunal pénal international.

Cette compétence très large de la justice militaire pour connaître des crimes de guerre commis à l'étranger par des civils de nationalité suisse ou par des personnes

¹²⁰ Cf. Tribunal militaire de cassation suisse, jugement du 27 avril 2001 en l'affaire *Fulgence Niyonteze*, p. 10.

¹²¹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 portant modification du code pénal militaire (Révision du droit disciplinaire) (FF 2003 6183), entrée en vigueur le 1^{er} mars 2004 (BO 2004 921).

¹²² Cf. Tribunal militaire de cassation suisse, jugement du 13 mai 1996, en l'affaire *M.*, vol. 11, no 91, cons. 2a).

¹²³ En vigueur depuis le 1er juin 2004 (BO 2004 2691).

(civiles ou militaires) n'ayant pas la nationalité suisse, n'existe que dans le cadre d'un conflit armé¹²⁴. Dans ce contexte, ne sont donc punissables que les violations du droit des gens spécifiquement applicable dans le cadre de conflits armés (que l'on qualifie de «droit international humanitaire»). L'instruction et le jugement des infractions au droit international public en général ne relèvent pas de la juridiction militaire. Cela vaut aussi pour l'interdiction du génocide, prévue dans la convention sur le génocide, car le génocide peut en principe – même si ce n'est pas fréquent dans la pratique - être commis dans un contexte qui n'est pas celui d'un conflit armé¹²⁵.

Lorsqu'une personne est inculpée de plusieurs infractions dont les unes sont soumises à la juridiction militaire (p.ex. crimes de guerre) et les autres à la juridiction ordinaire (p.ex. génocide), le Conseil fédéral (art. 221 CPM) ou l'auditeur en chef (cf. art. 46, al. 2, OJPM) peut déférer le jugement de toutes ces infractions aux tribunaux militaires ou aux tribunaux ordinaires.

Conformément à un nouvel al. 2 de l'art. 221 CPM, introduit par la loi fédérale du 24 mars 2000¹²⁶, l'instruction et le jugement des crimes de génocide sont déferés exclusivement aux tribunaux ordinaires lorsque, par un seul et même acte, un individu a enfreint plusieurs dispositions pénales dont les unes entrent dans la compétence de la juridiction militaire, les autres dans la compétence de la juridiction ordinaire, et lorsque les infractions incluent le génocide. Comme les mesures destinées à mettre en oeuvre le Statut de Rome de la CPI appellent une redistribution des compétences entre juridiction militaire et juridiction ordinaire, cette modification n'est pas encore entrée en vigueur.

1.3.3.2 Modèles de redistribution des compétences entre juridiction ordinaire et juridiction militaire

Les solutions envisageables pour déterminer la juridiction dont doivent relever les trois catégories de crimes définies dans le Statut de Rome (génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre), se résument au trois modèles suivants:

1.3.3.2.1 Modèle 1: Assujettissement complet à la juridiction ordinaire

La première solution envisageable consiste à faire relever les trois catégories de crimes de la justice pénale ordinaire. Cette option présenterait l'avantage d'une réglementation uniforme. Grâce au récent renforcement des effectifs dans le contexte de ce que l'on a appelé le «projet d'efficacité», les autorités de poursuite

¹²⁴ Les membres de l'armée suisse, en revanche, sont aussi assujettis à la justice militaire s'ils commettent une infraction en dehors d'un conflit armé.

¹²⁵ Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4928 s.

¹²⁶ FF **2000** 2067

pénale fédérales disposent aujourd'hui de personnel supplémentaire pour poursuivre les auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Sans oublier le Tribunal pénal fédéral, qui fonctionne depuis le 1er avril 2004 et qui pourra donc, le cas échéant, juger en première instance les plaintes pour génocide¹²⁷.

On peut reprocher à cette solution globale d'assujettir les crimes de guerre à la compétence des autorités de poursuite pénale ordinaires alors que celles-ci n'ont aucune expérience en la matière et qu'elles ne sont pas, quant au fond, aussi compétentes que la justice militaire dans ce domaine.

1.3.3.2.2 Modèle 2: Assujettissement complet à la juridiction militaire

Au fil des procédures pénales qu'elles ont conduites pour violation du droit international humanitaire, les autorités judiciaires militaires ont incontestablement acquis certaines compétences. Elles possèdent, d'une manière générale, les connaissances spécifiques nécessaires qui leur permettent de juger de questions d'ordre militaire ainsi que l'expérience pratique de l'instruction et du jugement de crimes de guerre. L'assujettissement des trois catégories de crimes à la juridiction militaire aurait en outre l'avantage de mettre à contribution un système de milice nettement moins coûteux que l'appareil de poursuite pénale professionnel.

Confrontée à des affaires complexes et de longue haleine, la justice militaire ne parviendrait par contre pas, en raison de ses structures de milice, à disposer durablement de capacités suffisantes par leur nombre et par leur compétence pour pouvoir, à terme et sans obtenir de renforts, assurer l'instruction et le jugement en bonne et due forme d'infractions au droit international.

Comme les crimes de chacune des trois catégories peuvent aussi être commis par des civils, la compétence de la juridiction militaire s'étendrait, si ce modèle était retenu, à des affaires sans aucun rapport avec le domaine militaire. Ceci serait contraire au principe que le législateur a toujours appliqué jusqu'ici, selon lequel les civils ne doivent pas être assujettis au droit militaire sans nécessité, mais uniquement lorsqu'il s'agit de protéger des biens juridiques de nature spécifiquement militaire. L'assujettissement complet à la justice militaire élargirait donc la compétence de la justice militaire dans une mesure qui serait probablement mal acceptée par la société civile. Le principal inconvénient de ce modèle réside dans le fait que la justice militaire est rendue par du personnel de milice, dont la disponibilité pour conduire des procédures complexes et de longue haleine n'est pas illimitée.

¹²⁷ Voir le communiqué de presse du DFJP du 26 mars 2003 et celui du Tribunal pénal fédéral du 1er avril 2004.

1.3.3.2.3 Modèle 3: solutions mixtes: assujettissement de certains crimes à la juridiction militaire, d'autres à la juridiction ordinaire

Variante A: Solution fondée sur les catégories des crimes

Cette variante consisterait à régir le crime de génocide et les crimes contre l'humanité dans le CP, les crimes de guerre dans le CPM. La répartition des compétences resterait donc inchangée. Par contre, la justice ordinaire aurait désormais aussi la compétence de poursuivre les crimes contre l'humanité, qui seraient régis exclusivement dans le CP. Cette solution pourrait toutefois poser problème dans la mesure où les crimes de droit international qui sont souvent commis dans le cadre d'un conflit ne peuvent pas être attribués correctement à l'une ou à plusieurs des trois catégories de crimes en question avant l'ouverture de la procédure pénale, cette question ne pourra être tranchée que par le juge de fond. Or, la variante A implique que l'on décide d'emblée du type de délit que l'on se propose de poursuivre puisqu'il s'agirait de déterminer laquelle des autorités civile ou militaire aura la compétence d'ouvrir la procédure pénale. Si cette décision relevait du tribunal chargé de prononcer le jugement, il ne serait donc normalement pas possible de déterminer la compétence avant l'ouverture de la procédure pénale, comme l'exigerait la variante A.

Variante B: solution fondée sur la distinction entre auteurs militaires et auteurs civils

Selon cette variante, les tribunaux militaires seraient compétents pour juger les militaires, les tribunaux ordinaires pour juger les civils. Comme les infractions des trois catégories de crimes peuvent être commises tant par des civils que par des militaires, les dispositions destinées à les réprimer devraient être reprises dans les deux codes pénaux. Il conviendrait ainsi d'ajouter au CP les dispositions relatives aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre et de compléter le CPM par les normes sur le génocide et les crimes contre l'humanité, sans compter que les crimes de guerre – déjà régis dans le CPM – devraient y faire l'objet de dispositions plus détaillées.

La variante B peut être subdivisée en deux sous-variantes: selon la sous variante B.1, la compétence de la juridiction militaire se limiterait aux personnes appartenant à l'armée suisse. En vue d'un traitement uniforme, la justice militaire devrait aussi être compétente lorsque un militaire suisse est victime d'un tel crime. Selon la sous-variante B.2, la compétence de la juridiction militaire suisse s'étendrait aussi aux personnes appartenant à une armée étrangère.

La sous-variante B.1 présente l'avantage de répartir d'emblée les compétences d'une manière claire alors que l'établissement de la compétence n'irait pas sans poser certains problèmes si l'on optait pour la sous-variante B.2: alors qu'il est relativement facile de déterminer si une personne appartient ou non à l'armée suisse, il n'est pas toujours aussi évident de faire la différence à l'étranger entre civils et militaires. Lorsque, dans un Etat en voie de désintégration, on trouve, à côté des forces armées, des milices, des groupements de guérilla et des bandes armées

commandées par des chefs autoproclamés, il peut être très difficile de déterminer si un suspect a agi en qualité de militaire ou s'il a pris part au conflit comme combattant civil armé ou en tant que simple civil. Au cas où les compétences seraient délimitées de cette manière, ce qui aurait vraisemblablement pour effet que 80 à 90 pour cent des cas relèveraient de la juridiction militaire, il faudrait se demander si le maintien de la structure parallèle mise sur pied au ministère public de la Confédération dans le cadre du «projet d'efficacité» est encore justifié.

Variante C: solution fondée sur le critère du conflit armé

Selon cette variante, les tribunaux militaires seraient compétents pour juger des trois catégories de crimes à condition qu'ils aient été commis dans le contexte d'un conflit armé. Peu importe que l'auteur ait agi en tant que militaire ou en tant que civil. Il ne resterait ainsi à la juridiction ordinaire plus que les affaires dans lesquelles l'infraction n'a pas été commise dans le cadre d'un conflit armé. Le CPM devrait être complété par une réglementation du génocide et des crimes contre l'humanité, mais aussi par une disposition limitant la compétence des tribunaux militaires aux cas dans lesquels l'infraction a été commise dans le cadre d'un conflit armé. Le CP, quant à lui, ne devrait être complété que par des dispositions régissant les crimes contre l'humanité étant donné que les crimes de guerre ne peuvent pas être perpétrés en dehors d'un conflit armé.

En choisissant l'existence d'un conflit armé comme critère de répartition des compétences, on s'expose au problème pratique posé par l'appréciation de la situation à l'étranger : par exemple, tous les conflits internes dans lesquels des armes sont utilisées n'appellent pas forcément l'application du droit international humanitaire. Ainsi, il peut être difficile de juger si l'on se trouve véritablement en présence d'un conflit armé au sens du droit international. Cette question ne peut pas toujours être clarifiée d'emblée, cette tâche revenant alors au tribunal chargé de juger l'affaire. Comme la notion de conflit armé a tendance à être interprétée de manière assez large dans la jurisprudence des tribunaux, la justice ordinaire ne serait vraisemblablement appelée à s'occuper que d'une toute petite partie des cas. S'il est vrai que les civils ayant commis des crimes de guerre sont déjà soumis à la juridiction militaire en vertu du droit en vigueur, le fait est que le droit pénal militaire ne doit s'appliquer aux personnes n'appartenant pas à l'armée que dans la mesure où, en temps de danger accru, l'intérêt national commande un renforcement de la défense des intérêts militaires¹²⁸. Tel n'est pas forcément le cas lorsque l'acte a été commis à l'étranger et que la Suisse n'est pas elle-même impliquée dans le conflit armé. En temps de paix, le choix du critère du conflit armé n'entre donc pas en ligne de compte.

Etant donné que le critère du conflit armé est clair et facilement déterminable lorsque la Suisse se trouve elle-même en guerre, ce critère peut malgré tout, dans ces circonstances, constituer un élément déterminant pragmatique et donc envisageable. Dans l'intérêt d'opter pour une solution uniforme, les autorités militaires seraient alors compétentes pour connaître d'actes de génocide, de crimes contre l'humanité et de

¹²⁸ Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, art. 3, p. 68, n. 3.

crimes de guerre, indépendamment du fait que l'infraction ait été commise par un militaire ou par un civil.

1.3.3.3 Solution la plus pragmatique: répartition des compétences en fonction de l'auteur (civil ou militaire)

Après avoir soigneusement pesé les avantages et les inconvénients des modèles et variantes présentés, nous avons estimé que la solution la plus pragmatique consistait à opter pour une compétence mixte (modèle 3) dépendant du statut de l'auteur (militaire ou civil, variante B) avec limitation de la compétence de la juridiction militaire aux membres de l'armée (auteurs ou victimes) en temps de paix (sous-variante B.1.) et extension de sa compétence à l'ensemble des affaires en temps de guerre (variante C). Cette solution nous paraît claire et judicieuse.

Les avantages de cette répartition de la compétence sont multiples. D'abord, elle permet à la juridiction militaire de se concentrer sur sa fonction fondamentale d'instance spécialisée dans le jugement des militaires suisses. Dans les cas où la juridiction ordinaire sera appelée à connaître de crimes de guerre commis par des civils suisses ou des ressortissants étrangers, elle pourra, si besoin, avoir recours à des experts militaires. Ensuite, cette solution prévoit l'assujettissement des trois catégories de crimes à la même juridiction. Il ne faut pas non plus oublier que la juridiction ordinaire repose sur des structures de poursuite pénale permanentes et professionnelles ainsi que sur un tribunal pénal fédéral de première instance, alors que la justice militaire est en grande partie rendue par du personnel de milice, dont la disponibilité pour mener des procédures complexes et de longue haleine n'est pas illimitée. Il faut relever encore que cette répartition des compétences permet de mettre à profit les rapports que le ministère public de la Confédération et la police judiciaire fédérale ont noués avec certaines autorités de poursuite pénale étrangères. Finalement, cette solution n'exige pas que l'on détermine dès la constatation de la compétence si l'auteur a agi en qualité de militaire ou en qualité de civil (une telle décision, nous l'avons déjà souligné plus haut, n'est pas toujours facile à prendre à l'ouverture de la procédure, surtout si l'acte a été commis à l'étranger).

Comme d'ors et déjà précisé, il est prévu que les militaires étrangers soient jugés en Suisse par des tribunaux civils uniquement en temps de paix. Dès que la Suisse devient partie à un conflit armé, la compétence passe intégralement à la juridiction militaire¹²⁹.

La compétence pour poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, ou d'avoir participé à un tel crime, serait répartie de la façon suivante (voir également le tableau comparatif des compétences selon le droit en vigueur et selon le nouveau droit qui figure à l'Annexe 1):

¹²⁹ Par la même occasion, on satisferait ainsi à l'art. 84 de la Convention de Genève (III) du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre (RS **0.518.42**) exigeant que les membres de forces armées étrangères bénéficient du même traitement que les membres des forces armées nationales.

La juridiction ordinaire aurait la compétence de poursuivre et de juger les personnes suivantes:

- civils de nationalité suisse,
- personnes de nationalité étrangère (civils et militaires).

Seraient désormais soumises à la juridiction militaire les trois catégories de personnes suivantes :

- les personnes ayant un statut militaire en vertu du droit suisse (art. 2, al. 1, ch. 1, 2, 3, 6, et al. 2, CPM) ayant commis en Suisse ou à l'étranger un crime de guerre; un génocide¹³⁰ ou un crime contre l'humanité ;
- les personnes (suissees ou étrangères, civiles ou militaires) qui, en temps de paix ou en temps de guerre, ont commis un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, à condition qu'un membre de l'armée suisse en ait été la victime (art. 9, al. 1^{er}, AP-CPM) ;
- les personnes impliquées dans un crime de génocide, dans un crime contre l'humanité ou dans un crime de guerre lorsque la Suisse se trouve elle-même en guerre¹³¹ (cf. art. 4, ch. 2, AP-CPM, combiné avec l'art. 218 CPM).

1.3.4 Réglementation de la juridiction ordinaire: justice fédérale ou justice cantonale?

Lorsque la compétence de poursuivre les auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre revient aux tribunaux civils, il faudra déterminer comment les tâches de poursuite et de répression pourront être réparties entre les cantons et la Confédération le plus efficacement possible.

1.3.4.1 Droit en vigueur

Génocide

Tenant compte du fait que le crime organisé et la criminalité économique prennent de plus en plus souvent des dimensions internationales – ce qui rend la tâche des autorités de poursuite pénale extrêmement difficile – le législateur a adopté en 1999

¹³⁰ Le ch. 2 de l'art. 221 CPM, qui a été édicté avec la loi fédérale du 24 mars 2004 (cf. FF **2000** 2067), mais qui n'est pas encore entré en vigueur jusqu'ici, est rendu caduc par la présente révision. Une adaptation de l'art. 221 CPM est par conséquent prévue dans l'avant-projet.

¹³¹ Selon l'art. 5 CPM (qui reste inchangé dans l'avant-projet), le temps de guerre au sens du CPM existe non seulement quand la Suisse est en guerre, mais aussi lorsqu'en cas de danger de guerre imminent, le Conseil fédéral met en vigueur les dispositions établies pour le temps de guerre.

ce que l'on a appelé le «projet d'efficacité»¹³². Il y est prévu que les types de crimes mentionnés, auxquels est venu s'ajouter le crime de génocide en l'an 2000¹³³, relèvent en priorité de la compétence de la Confédération¹³⁴. Pour décharger le Tribunal fédéral, le ministère public de la Confédération avait la possibilité, au terme de l'enquête fédérale, de confier l'affaire à un tribunal cantonal, chargé du jugement. Pendant le procès, l'accusation était alors assurée par le ministère public lui-même.

Ces dispositions du «projet d'efficacité» régissant la délégation aux cantons, qui étaient entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2002¹³⁵, n'avaient qu'un caractère transitoire : avec l'entrée en vigueur de la réforme de la justice, la Constitution fédérale¹³⁶ prévoit expressément la création d'un tribunal pénal fédéral, compétent pour connaître en première instance des affaires pénales qui sont du ressort de la Confédération et qui, auparavant, étaient jugées par le Tribunal fédéral en première et unique instance (procès directs). Depuis l'entrée en vigueur de toutes les parties de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral¹³⁷ le 1^{er} avril 2004¹³⁸, les affaires de crime organisé, de criminalité économique et de génocide sont aujourd'hui traitées en première instance par le Tribunal pénal fédéral et sont portées devant le Tribunal fédéral lorsque le jugement de première instance est contesté. Ce nouveau régime permet de décharger le Tribunal fédéral, qui n'a plus à s'occuper de ces procédures complexes ayant des implications à l'étranger.

La possibilité de délégation aux cantons créée dans le cadre du «projet d'efficacité» ayant perdu sa raison d'être avec l'entrée en fonction du Tribunal pénal fédéral, elle a été supprimée par la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral. A l'avenir, c'est la Confédération qui sera, par principe, chargée de conduire les procédures relatives au crime organisé, à la criminalité économique et au génocide. Ne font plus exception à cette règle que les cas simples, dans lesquels l'instruction et le jugement peuvent être délégués. Comme les crimes commis contre les intérêts de la communauté internationale sont généralement à l'origine de procédures extrêmement complexes appelant l'intervention de spécialistes et la mise en œuvre de moyens importants, une délégation de ce type d'affaires est très peu probable¹³⁹.

¹³² Loi fédérale du 22 décembre 1999 (Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), FF **2000** 71.

¹³³ Loi fédérale du 24 mars 2000, FF **2000** 2067.

¹³⁴ Cf. art. 340, ch. 2, et art. 340^{bis} CP.

¹³⁵ RO **2001** 3071; RO **2001** 3315.

¹³⁶ Art. 191a, al. 1, cst. (version «réforme de la justice»); cf. arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice (accepté par le peuple et les cantons le 12 mars 2000), RO **2002** 3148, entré en vigueur le 1^{er} avril 2003 par arrêté fédéral du 24 septembre sur l'entrée en vigueur partielle de la réforme de la justice du 12 mars 2000, RO **2002** 3147.

¹³⁷ Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral, RO **2003** 2133.

¹³⁸ Cf. art. 1, al. 2, de l'ordonnance du 25 juin 2003 sur la mise en vigueur de la loi sur le Tribunal pénal fédéral et la mise en vigueur partielle de la loi sur le siège du Tribunal pénal fédéral et celui du Tribunal administratif fédéral, RO **2003** 2131.

¹³⁹ Le procureur de la Confédération ne se charge plus de mener l'accusation devant les tribunaux cantonaux; cf. art. 18^{bis} PPF dans la version figurant en annexe de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral, RO **2003** 2133; cf. aussi message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF **2001** 4000, 4168.

Crimes contre l'humanité

Pour le moment, les crimes contre l'humanité ne sont pas encore réprimés en tant que tels par le droit pénal. Dans la mesure où ils réunissent les éléments constitutifs d'une autre infraction réprimée par le CP ou le CPM, ces crimes sont néanmoins aujourd'hui déjà poursuivis par l'autorité judiciaire cantonale ou fédérale compétente au même titre que toutes les autres infractions.

Crimes de guerre

A l'heure actuelle, les crimes de guerre sont punissables exclusivement en vertu du droit pénal militaire.

1.3.4.2 Choix de la compétence fédérale

Au vu de la dimension des crimes commis contre la communauté internationale et des moyens nécessaires pour mener une procédure pénale dans ces affaires, il semble préférable de centraliser la poursuite de ce type d'infractions au niveau fédéral. Comme ces crimes ont très souvent été commis à l'étranger, il n'existe généralement pas non plus de lien avec un canton en particulier. Dans ce genre d'affaires, les autorités de poursuite pénale sont très souvent confrontées à des questions sensibles sur le plan politique et à des situations juridiques complexes. En confiant la poursuite pénale aux autorités fédérales, on assure une certaine unité d'appréciation et de pratique. Les procédures de ce genre sont suivies de près par les médias internationaux. Par l'assujettissement de ce type d'affaires à la compétence de la Confédération, on démontre au monde que la Suisse accorde une importance particulière à la poursuite de ces crimes.

Le nouveau Tribunal pénal fédéral de première instance s'est mis au travail le 1^{er} avril 2004, à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral. Il est dès lors prévu de ne pas créer de nouvelles procédures pour la poursuite des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre par les autorités pénales civiles, mais de s'en tenir au modèle de l'art. 18^{bis} PPF¹⁴⁰ déjà appliqué dans les cas de génocide. Selon ces dispositions, la procédure doit en principe être menée par les autorités de poursuite pénale de la Confédération, une délégation de l'instruction et du jugement aux autorités cantonales n'étant envisageable que dans les cas simples.

1.3.5 Rapport avec les dernières révisions et les récents projets de réforme dans les domaines du droit pénal, de la procédure pénale et de l'organisation judiciaire

Ces derniers temps, le parlement a adopté divers projets législatifs qui touchent ou qui recoupent même certains aspects du projet de loi qui est l'objet du présent

¹⁴⁰ Tel qu'il figure dans l'annexe à la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral du 4 octobre 2002, RO 2003 2133.

rapport, mais qui ne sont pas encore entrés en vigueur. Ces projets ne concernent pas uniquement le droit pénal en tant que tel, mais aussi la procédure pénale et l'organisation judiciaire. Pareille simultanéité des procédures législatives est inévitable, car certaines questions peuvent être traitées en même temps dans plusieurs projets de réforme dont la matière n'est toutefois pas identique et qui procèdent de démarches différentes. Le traitement de toutes ces questions imbriquées les unes dans les autres dans une grande révision totale de la législation serait inappropriée et retarderait outre mesure l'analyse juridique des réformes nécessaires au niveau national ainsi que des nouveaux engagements à prendre sur le plan international.

Les projets de révision auxquels nous faisons allusion ici sont les suivants :

- révision de la partie générale du code pénal¹⁴¹ ;
- révision de la partie générale du code pénal militaire¹⁴².

Il est vraisemblable que ces révisions ne seront pas encore entrées en vigueur au moment de l'approbation du présent rapport explicatif et de l'avant-projet qui en est l'objet. Cela explique pourquoi nous nous référons encore aux dispositions en vigueur (en signalant les modifications en cours). Au cas où ces deux révisions ne seraient toujours pas entrées en vigueur au moment de l'adoption du message relatif aux mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la CPI, nous renverrions à ces nouvelles dispositions sous la forme de notes de bas de page. Dans tous les cas où des nouvelles normes sont entrées en vigueur, nous nous référons en revanche uniquement au nouveau droit.

2 **Partie spéciale**

2.1 **Modification du code pénal¹⁴³**

La révision du code pénal s'articule essentiellement autour de l'introduction des nouvelles dispositions relatives aux crimes contre l'humanité. La concrétisation du nouveau régime des compétences en matière de poursuite pénale¹⁴⁴ exige en outre que les crimes de guerre, qui ne figuraient jusqu'ici dans la législation pénale que sous la forme d'une disposition générale dans le CPM, soient également réprimés et définis de manière précise dans le CP.

Il est prévu que les dispositions relatives aux crimes contre l'humanité soient introduites dans le CP à la suite de la norme existante sur le génocide (art. 264 CP) sous la forme d'un nouvel art. 264^{bis} AP-CP, qui serait ainsi compris sous le titre

¹⁴¹ Code pénal suisse. Modification du 13 décembre 2002, FF **2002** 7658. L'entrée en vigueur est prévue pour le début de 2007.

¹⁴² Code pénal militaire. Modification du 21 mars 2003, FF **2003** 2494. L'entrée en vigueur est prévue pour le début de 2007.

¹⁴³ **RS 311.0**

¹⁴⁴ Cf. ch. 1.3.3.3

douze^{bis} CP («Crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale») ¹⁴⁵. Les nouvelles normes sur les crimes de guerre (nouvel art. 264^{ter}-264^{undecies} AP-CP), quant à elles, feront leur entrée dans le code pénal sous un nouveau titre douze^{ter} «Crimes de guerre (Infractions graves au droit international humanitaire dans le contexte de conflits armés)». Ce titre est le pendant du nouveau chapitre 6CPM. Le titre douze^{quater}, finalement, réunira les dispositions communes aux titres douze^{bis} et douze^{ter}, à savoir la réglementation de la punissabilité des supérieurs militaires ou civils pour les crimes commis par leurs subordonnés (art. 264^{duodecies} AP-CP), des actes commis sur ordre d'autrui (art. 264^{terdecies} AP-CP), de la compétence de la Suisse pour les actes commis à l'étranger (art. 264^{quaterdecies} AP-CP) ainsi que de la levée de l'immunité relative des députés au parlement (art. 264^{quinquiesdecies} AP-CP). D'autres modifications sont apportées aux normes existantes relatives à l'imprescriptibilité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (art. 75^{bis} CP), à la provocation publique au génocide (art. 259 CP), aux actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis} CP) ainsi qu'à l'assujettissement des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre à la compétence de la Confédération (art. 340, ch. 2, CP).

2.1.1 Art. 75^{bis} AP-CP (Imprescriptibilité)

2.1.1.1 Imprescriptibilité selon le Statut de Rome

Selon l'art. 29 du Statut de Rome, les crimes relevant de la compétence de la CPI ne se prescrivent pas. Le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont des actes si graves que le besoin d'en punir les auteurs ne disparaît pas complètement avec le temps. L'expérience a en outre montré que les principaux responsables de ce type de crimes disposent souvent d'un réseau de relations leur permettant de vivre dans la clandestinité pendant des années. Dans ces conditions, l'ouverture d'une procédure pénale est souvent difficile et ne peut donc parfois intervenir qu'après plusieurs années.

D'un point de vue strictement juridique, cette disposition du Statut ne s'applique qu'aux procédures pénales devant la CPI elle-même et n'oblige donc pas les Etats parties à rendre les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre imprescriptibles dans leur propre législation. En vertu du principe de subsidiarité (art. 17 du Statut de Rome), la CPI peut cependant revendiquer la compétence sur une affaire à chaque fois que l'Etat compétent en premier lieu «n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité» de poursuivre ces crimes de manière efficace.

Les Etats qui ne reprennent pas la norme d'imprescriptibilité courent donc le risque de perdre leur compétence première au profit de la CPI dans les cas où il y a

¹⁴⁵ Ce titre avait été ajouté à la faveur de l'introduction des dispositions régissant le crime de génocide et aménagé de sorte qu'il permette l'adjonction ultérieure d'une norme réprimant les crimes contre l'humanité en prévision de la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale; cf. message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4911.

prescription pour ce genre de crimes en vertu de leur législation nationale et où leurs auteurs ne peuvent donc plus être poursuivis dans le pays en question. La CPI pourrait en effet en conclure que les autorités nationales sont «dans l'incapacité», au sens de l'art. 17, de poursuivre ces crimes de manière efficace. Relevons cependant que la CPI est compétente uniquement si le crime a été commis après le 1^{er} juillet 2002, qui est la date d'entrée en vigueur du Statut de Rome. La question de la possibilité d'une perte de compétence des autorités nationales en raison d'un problème de prescription ne se pose donc pas pour le moment. Compte tenu des raisons d'ordre matériel citées en introduction, il paraît néanmoins judicieux de prévoir dès maintenant dans notre législation l'imprescriptibilité des crimes régis par le Statut de Rome, d'autant plus que la voie dans le droit suisse en est toute tracée depuis deux décennies.

2.1.1.2 Situation juridique en Suisse

En Suisse, le crime de génocide¹⁴⁶ et les crimes de guerre (de même que d'autres infractions qualifiées liées à des actes terroristes) sont déjà imprescriptibles en vertu du droit en vigueur (art. 75^{bis} CP et art. 56^{bis} CPM)¹⁴⁷. Ces dispositions, applicables depuis le 1^{er} janvier 1983, visent les actes pour la poursuite desquels il n'y avait pas encore prescription à l'époque. Comme le Conseil fédéral l'avait précisé dans son commentaire de l'introduction de l'art. 75^{bis} CP figurant dans son message de 1977¹⁴⁸, l'objectif visé à travers cette disposition est double: d'abord, il importe que les auteurs d'infractions au droit international ou de crimes terroristes ne puissent pas invoquer la prescription de l'acte pour s'opposer à leur extradition ; ensuite, ces criminels doivent aussi pouvoir être poursuivis et punis en Suisse indépendamment du temps qui s'est écoulé depuis la perpétration de l'acte. La prescription de ce genre de crimes aboutirait à des situations insoutenables puisqu'elle permettrait à l'inculpé de se soustraire à la justice alors même que les actes en cause sont d'une gravité extrême. L'Etat dont la législation permettrait une telle absurdité serait considéré par le reste du monde comme une terre d'asile pour les criminels de cette trempe. Dans ce même message, le Conseil fédéral avait estimé que la suppression de la prescription de ce type de crimes était justifiée dans la mesure où ils se différencient des crimes ordinaires par leurs objectifs, par les moyens utilisés et par leur envergure.

Il paraît donc logique d'accompagner l'introduction de la nouvelle norme réprimant les crimes contre l'humanité dans le droit suisse d'une extension de l'application de la règle d'imprescriptibilité posée à l'art. 75^{bis} CP (qui deviendra l'art. 101 nCP) à ce nouveau type de crimes. Une adaptation analogue est prévue dans le code pénal

¹⁴⁶ Selon l'art. 75^{bis}, al. 1, ch. 1, let. a, CP, est imprescriptible non seulement le crime d'extermination, mais aussi l'oppression de certains groupes de population équivalant à une réduction en esclavage. Cette définition recouvre certains crimes contre l'humanité, mais ne les saisit pas tous.

¹⁴⁷ Ces dispositions correspondent à l'art. 101 nCP selon la modification de la partie générale du code pénal du 13 décembre 2002 (FF **2002** 7658) ainsi qu'à l'art. 59 nCPM selon la révision du code pénal militaire du 21 mars 2003 (FF **2003** 2494).

¹⁴⁸ FF **1977** II 1217 ss.

militaire (art. 56^{bis} CPM, qui deviendra l'art. 59 nCPM). Ces mesures permettent de garantir que la législation suisse ne permettra plus, elle non plus, la prescription du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre réprimés par le Statut de Rome.

On saisit en outre l'occasion d'adapter la définition des crimes de guerre imprescriptibles selon l'art. 75^{bis}, al. 1, ch. 2, CP à celle du Statut de Rome. Conformément au nouveau titre douze^{ter} AP-CP, les crimes de guerre sont assujettis à la règle d'imprescriptibilité s'ils sont considérés comme graves.

La disposition selon laquelle la prescription des crimes contre l'humanité doit être exclue uniquement dans le cas des actes pour lesquels il n'y avait pas encore prescription au moment de l'entrée en vigueur du projet de loi selon le droit en vigueur à cette date, correspondant à la note de bas de page de l'art. 75^{bis} CP¹⁴⁹ en vigueur, est ajoutée à l'art. 75^{bis} AP-CP sous la forme d'un al. 3.

2.1.1.3 Digression: Conventions de l'ONU et du Conseil de l'Europe relatives à l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre

Dans le contexte des mesures complémentaires nécessaires à la mise en oeuvre du Statut de Rome, il convient, entre autres, d'examiner l'éventualité d'une adhésion de la Suisse à la Convention des Nations Unies de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi qu'à la Convention européenne de 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Bien que l'objectif général des deux conventions soit digne de soutien, différents arguments plaident en défaveur d'une adhésion de la Suisse : il s'agit dans les deux cas de traités qui ne sont pas tout récents et dont les définitions des crimes imprescriptibles sont en décalage avec l'état actuel du droit international. Les Etats ayant ratifié les conventions à ce jour sont d'ailleurs peu nombreux¹⁵⁰. La situation étant ce qu'elle est, la Suisse ne subit aucune pression internationale en ce qui concerne la ratification de ces instruments. Une adhésion de la Suisse ne serait même pas dans l'intérêt de la diffusion du droit international étant donné que l'imprescriptibilité des crimes en question est déjà clairement établie par le Statut de Rome.

La Suisse elle non plus ne retirerait aucun avantage d'une adhésion puisque l'imprescriptibilité des crimes de génocide et des crimes de guerre est déjà prévue dans le droit pénal suisse. L'adjonction prévue des crimes contre l'humanité à la liste des infractions auxquelles s'appliquent les clauses d'imprescriptibilité du CP et du

¹⁴⁹ A l'entrée en vigueur de la révision de la partie générale du code pénal, la note de bas de page relative à l'art. 75^{bis} CP sera transformée en al. 3 de l'art. 101 nPg-CP.

¹⁵⁰ La Convention de l'ONU n'a été ratifiée que par 48 Etats, avant tout d'Europe de l'Est et d'Europe centrale, mais aussi d'Amérique latine, d'Afrique et d'Asie. On ne trouve parmi les signataires aucun Etat d'Europe occidentale. Quant aux Etats parties à la Convention du Conseil de l'Europe, ils ne sont toujours qu'au nombre de trois (Pays-Bas 1981, Roumanie 2000 et Belgique 2003).

CPM permettra de garantir une conformité parfaite du droit suisse avec les exigences du Statut de Rome. Comme la Suisse est déjà partie au Statut de Rome, son adhésion aux deux traités mentionnés semble donc superflue. Une adhésion à la convention de l'ONU de 1968, en particulier, pourrait même se révéler problématique dans la mesure où elle obligerait la Suisse à prendre des engagements en matière d'application de la convention qui pourraient être incompatibles avec l'interdiction contenue dans notre droit national d'une application rétroactive des dispositions pénales. Sans compter que la Convention de l'ONU ne contient pas de dispositions relatives à la dénonciation du traité, point qui aurait pu, à terme, devenir litigieux sur le plan juridique.

2.1.2 Art. 259, al. 1^{bis}, AP-CP (Provocation publique au génocide)

La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide contient à son art. III, let. c, l'obligation pour les Etats parties de réprimer l'incitation directe et publique à commettre le génocide. Une disposition analogue se trouve dans le Statut de Rome de la CPI (art. 25, par. 3, let. e). L'auteur d'une provocation publique au génocide s'adresse à un nombre indéfini de personnes d'une manière susceptible d'éveiller en elles l'intention de commettre un crime de génocide. Il n'est pas nécessaire que l'auteur – comme c'est le cas pour l'incitation – ait l'intention de susciter chez une personne déterminée la volonté de commettre un acte concret de génocide au sens de l'art. 264, al. 1, ch. 1 à 4, CP. Pour ce qui est de la poursuite du crime de génocide, la convention sur le génocide se contente d'exiger des Etats parties l'application du principe de territorialité (art. VI). Cela signifie que la Suisse serait tenue de poursuivre une personne pour provocation publique au génocide uniquement si l'acte a été commis sur son territoire. Selon le Statut de Rome, en revanche, elle doit aussi ouvrir une procédure pénale pour une provocation publique au génocide ayant eu lieu à l'étranger si l'auteur de l'acte a la nationalité suisse.

Selon le droit en vigueur, la provocation publique au génocide est réprimée en tant que telle par l'art. 259 CP (Provocation publique au crime ou à la violence). Toute provocation publique ou campagne d'agitation menée contre un groupe de la population en vue d'obtenir des effets équivalant à un génocide réunit les éléments constitutifs de l'infraction. Cette disposition s'applique aux actes commis en Suisse ainsi qu'aux infractions commises à l'étranger par des personnes de nationalité suisse. La législation suisse satisfait donc aux exigences posées par la convention sur le génocide et par le Statut de Rome sans qu'il soit nécessaire de modifier le champ d'application de l'art. 259 CP.

Déjà dans son message relatif à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le Conseil fédéral avait déclaré qu'il entendait étendre l'application du principe d'universalité non seulement à la perpétration effective d'un acte de génocide, mais aussi – par rigueur législative – aux infractions représentant une forme atténuée de ce crime¹⁵¹. Cela explique l'adjonction du crime de génocide à

¹⁵¹ FF 1999 4932.

la liste des actes préparatoires délictueux. Ceux-ci sont aussi punissables s'ils ont été commis à l'étranger, à condition que l'auteur prévoie de commettre l'infraction en Suisse (cf. Art. 260^{bis}, al. 1 et 3, CP). Dans le cas de la «provocation publique au crime ou à la violence» au sens de l'art. 259 CP, l'adaptation du projet de loi, pourtant annoncée dans le message, a tout simplement été oubliée lors de la rédaction¹⁵².

Il paraît donc indiqué de remédier à cet oubli dans le contexte du présent projet. Comme cette extension n'était jusqu'ici pas prévue dans le champ d'application territorial de l'art. 259 CP, il convient de l'introduire sous la forme d'un nouvel al. 1^{bis}. L'extension territoriale de la punissabilité doit cependant y être restreinte à la provocation publique au génocide. Etant donné que la Suisse n'est pas seule au monde à poursuivre et à punir le crime de génocide et que des limites doivent donc bien être mises à la compétence territoriale de la Suisse, on entend en outre limiter la compétence de la Suisse aux actes de provocation à des crimes devant être commis en Suisse : l'art. 259 CP a essentiellement pour but d'assurer la paix publique en Suisse¹⁵³. Cette disposition n'exclut toutefois pas que l'auteur d'un acte d'incitation ou de complicité au génocide qui a ensuite été perpétré à l'étranger puisse être puni en Suisse. Les formes de participation de l'incitation et de la complicité entrent en effet dans le champ d'application élargi de l'art. 264, al. 2, CP en vigueur, soit du nouvel art. 264^{quaterdecies} AP-CP.

2.1.3 Art. 260^{bis} AP-CP (Actes préparatoires délictueux)

Aux termes de l'art. III, let. b, de la convention sur le génocide, les Etats s'engagent à rendre pénalement répréhensible non seulement le crime de génocide lui-même, mais aussi «l'entente en vue de commettre le génocide». L'art. 25, par. 3, let. d, du Statut de Rome réprime aussi l'entente. Même si cette notion n'y est pas utilisée, on trouve en revanche une description détaillée des actes considérés comme constituant une telle entente. L'élément commun à ces différents actes est la contribution intentionnelle d'un individu à la commission ou à la tentative de commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit soit faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, soit avoir été fournie en connaissance de l'intention du groupe de commettre le crime en question.

Dans son message relatif à l'adhésion à la convention sur le génocide, le Conseil fédéral avait souligné que la répression de l'entente en droit suisse ne pouvait pas reposer sur les dispositions des seuls art. 24 et 25 CP, régissant l'incitation et la complicité, ou encore sur celles de l'art. 260^{ter} CP (organisation criminelle). Il avait en effet estimé que les mesures de planification et d'organisation, en particulier, ne

¹⁵² Cf. FF 1999 4933.

¹⁵³ Une réglementation analogue existe dans le cas des actes préparatoires délictueux au sens de l'art. 260^{bis} CP et dans le cas de la participation à une organisation criminelle ou du soutien d'une telle organisation au sens de l'art. 260^{ter} CP.

pouvaient être jugées correctement qu'à la lumière de l'art. 260^{bis} CP (Actes préparatoires délictueux), raison pour laquelle il avait proposé d'ajouter le génocide à la liste des infractions visées par les dispositions de l'art. 260^{bis}, al. 1, CP¹⁵⁴.

Dans le contexte du présent projet, il est prévu, compte tenu de la gravité de ces crimes, d'inscrire aussi au catalogue des actes de référence figurant à l'art. 260^{bis} CP les crimes contre l'humanité (art. 264^{bis} AP-CP) ainsi que certains crimes de guerre (art. 264^{quater}, al. 1 et 2, art. 264^{quinquies}, al. 1, art. 264^{sexies}, al. 1, art. 264^{septies}, al. 1, art. 264^{octies}, al. 1 et 2, art. 264^{novies}, al. 1, AP-CP), qui, comme le montre leur énumération dans la liste des crimes imprescriptibles, doivent être considérés comme des actes graves.

2.1.4 Titre douze^{bis} AP-CP (Crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale)

2.1.4.1 Art. 264 AP-CP (Génocide)

2.1.4.1.1 Adaptations nécessaires

Préparant l'adhésion à la convention sur le génocide¹⁵⁵, le législateur a introduit une norme réprimant le crime de génocide (art. 264 CP) dans le code pénal à la faveur de la loi fédérale du 24 mars 2000¹⁵⁶. L'art. 264, al. 1, CP est fondé sur l'art. II de la convention sur le génocide et correspond aussi à l'art. 6 du Statut de Rome. Du point de vue de la compatibilité avec le Statut de Rome, aucune modification ne s'impose donc dans le cadre du présent projet.

Lors de la préparation du message relatif à l'adhésion à la convention sur le génocide, divers experts et participants à la consultation¹⁵⁷ avaient néanmoins critiqué certains aspects de la nouvelle norme, objections qui avaient été reprises par la doctrine suisse après l'adoption de l'art. 264 CP. On lui avait notamment reproché de limiter la protection contre le génocide à certains groupes aux dépens d'autres groupes¹⁵⁸. On avait aussi estimé qu'en renonçant à la précision «comme tel», qui se trouve tant dans la convention que dans le Statut, on se privait d'une restriction importante sur le plan pratique dans la mesure où elle précise bien que les victimes

¹⁵⁴ FF **1999** 4934.

¹⁵⁵ Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, RS **0.311.11**. La Suisse a adhéré à la convention le 7 septembre 2000. Cette dernière est entrée en vigueur pour la Suisse le 6 décembre 2000.

¹⁵⁶ RO **2000** 2725, en vigueur depuis le 15 décembre 2000.

¹⁵⁷ Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4911, 4920 s.

¹⁵⁸ Bernard Corboz, *Les Infractions en droit suisse – Vol. II*, Berne 2002, p. 322 note 13; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Berne 2000, p. 214 note 2; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), p. 357 s.; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar - StGB II*, Bâle 2003, note 23 ad art. 264.

doivent avoir été persécutées précisément en raison de leur appartenance à un groupe déterminé¹⁵⁹. Beaucoup avaient aussi remis en cause la peine minimale de dix ans de réclusion valant pour tous les actes relevant de cette disposition, estimant que le niveau élevé de cette peine ne laissait guère de marge de manœuvre au juge¹⁶⁰. Certains avaient finalement craint que l'application du principe de la non-réouverture des procédures closes (art. 264, al. 2, combiné avec l'art. 6^{bis}, ch. 2, CP) risquait de saper les efforts de répression du crime de génocide au niveau international dans les cas où les auteurs ont été condamnés à une peine fictive à l'étranger ou ont été ménagés d'une autre manière et où la Suisse n'a, de ce fait, plus aucun moyen d'action.

Nous estimons que le présent projet de révision complète des dispositions relatives aux crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale est une bonne occasion de combler les lacunes constatées dans le droit en vigueur.

2.1.4.1.2 Détail des modifications apportées à l'art. 264 AP-CP

Art. 264, al. 1

Selon l'art. 264, al. 1, sera puni celui qui aura tué une ou plusieurs personnes ou aura commis des actes équivalant à tuer une ou plusieurs personnes dans le dessein de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, racial, religieux ou ethnique. Bien qu'une extension de cette disposition aux groupes sociaux et politiques ait été demandée dans plusieurs réponses à la procédure de consultation qui avait été organisée en prévision de l'adhésion à la convention sur le génocide, le Conseil fédéral avait alors rejeté l'idée d'un tel élargissement de la définition des groupes visés en invoquant le libellé de l'art. II de la convention sur le génocide, pourtant lui aussi critiqué depuis longtemps¹⁶¹. Il avait cependant déjà signalé à l'époque que cet aspect serait traité plus en détails dans le message concernant le Statut de la Cour pénale internationale¹⁶². Dans son message sur l'adhésion au Statut de la CPI, le Conseil fédéral avait alors relevé que la définition des groupes protégés par la convention sur le génocide, apparemment fondée sur des critères objectifs et destinée à protéger avant tout des groupes stables et permanents dans lesquels on

¹⁵⁹ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Berne 2000, p. 215 note 7; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), p. 355 ss; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar - StGB II*, Bâle 2003, note 38 ad art. 264.

¹⁶⁰ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Berne 2000, p. 215 note 8; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), p. 360; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar - StGB II*, Bâle 2003, note 42 ad art. 264.

¹⁶¹ Hans-Heinrich Jescheck, «Genocide», in: R. Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), p. 543; Cherif Bassiouni, «Remarks on Genocide: The Convention, Domestic Laws, and State Responsibility», in: *American Society of International Law, Proceedings of the 83rd Annual Meeting* (Chicago, 1989), p. 314 ss.

¹⁶² Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4930.

entre par naissance et non pas par adhésion volontaire, avait été remise en question non seulement dans le contexte de travaux scientifiques, mais aussi par des jugements des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda¹⁶³. On y objecte que l'appartenance à un groupe déterminé représente souvent un critère plutôt subjectif qu'objectif, dans la mesure où un groupe peut lui-même se définir comme tel ou être considéré comme tel par des personnes extérieures au groupe, notamment par les auteurs du génocide. Selon ces avis opposés au concept de l'objectivité du critère d'appartenance à un groupe, il arrive souvent que des personnes soient victimes d'un génocide parce qu'elles sont perçues par les auteurs comme appartenant à un groupe déterminé alors qu'en réalité, elles n'en possèdent pas les caractéristiques. Inversement, le flou prétendument caractéristique des groupes sociaux ou politiques n'a jamais empêché les personnes déterminées à les persécuter d'identifier et d'éliminer le groupe visé ainsi que ses membres¹⁶⁴. Ils estiment donc que le concept des groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux est lui aussi imprécis et que l'appartenance à ces groupes ne peut être déterminée qu'en fonction du contexte politique, social et culturel dans lequel ils évoluent. Le Conseil fédéral a estimé que cette vision des choses devait être prise en compte dans l'interprétation du droit en vigueur¹⁶⁵.

Le présent projet semble constituer un cadre approprié pour la transposition de cette évolution dans la législation. Il n'est en effet pas logique que, d'une part, le droit pénal protège les groupes de personnes d'atteintes graves aux droits de l'homme, par exemple au moyen des dispositions réprimant les crimes contre l'humanité, alors que, d'autre part, il la prive de cette protection lorsqu'il s'agit de l'atteinte la plus grave qui soit, à savoir la destruction du groupe. Au XXème siècle, différents groupes sociaux et politiques ont été victimes d'un génocide, à commencer par les malades et les handicapés sous le troisième Reich : les mesures d'«hygiène raciale», ayant pour but la destruction des «vies dépourvues de valeur» («programme d'euthanasie»)¹⁶⁶, visaient à éliminer systématiquement toutes les personnes malades ou infirmes sous prétexte d'écourter leurs souffrances. Le but était l'eugénisme, la «purification de la race» par l'extermination des «vies dépourvues de valeur», qui devait permettre, en fin de compte, d'obtenir un peuple homogène se caractérisant par sa supériorité physique et mentale. D'innombrables hommes, femmes et enfants ont ainsi été assassinés dans les chambres à gaz des hôpitaux et des sanatoriums. D'autres ont été tués par des injections ou par l'absorption de médicaments lorsqu'on ne les

¹⁶³ Cf. TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10, jugement du 14. déc. 1999, § 70; TPIR, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, jugement du 21 mai 1999, § 98; TPIR, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, jugement du 27 jan. 2000, § 161.

¹⁶⁴ Position que l'on retrouve chez Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), p. 357.

¹⁶⁵ Message sur la CPI, FF **2001** 463.

¹⁶⁶ La loi sur la prévention des tares, qui avait été édictée le 14 juillet 1933 déjà, a servi plus tard de base légale à la stérilisation forcée de quelque 400 000 personnes entre le début de 1934 et 1945.

laissait pas tout simplement mourir de faim. Entre janvier 1940 et août 1941, ce génocide a fait plus de 70'000 victimes¹⁶⁷.

Ainsi que nous l'avons déjà relevé plus haut, l'appartenance à un groupe devant être détruit est généralement définie dans la perspective de l'auteur¹⁶⁸ et non pas au moyen de critères objectifs. Ce fait rend impossible la définition de critères généralement applicables, même dans le cas des groupes se définissant par leur nationalité, leur race, leur religion ou leurs racines ethniques. Il serait donc faux de vouloir définir l'objet de la protection assurée par la norme sur le génocide uniquement par des critères objectifs en apparence. Il importe de se fonder également sur la perspective arbitraire de l'auteur, car c'est elle qui l'incite à vouloir tuer ou anéantir d'une autre manière un grand nombre de personnes aux fins de détruire le groupe auquel elle les attribue. Une réglementation conçue sur ces bases se trouve aujourd'hui déjà dans le code pénal français¹⁶⁹. Ce point de vue a aussi été adopté récemment par la Commission internationale chargée d'enquêter sur les crimes commis au Darfour (Soudan)¹⁷⁰. En étendant l'application de la norme réprimant le crime de génocide aux groupes politiques et sociaux, on obtient du reste une harmonisation avec les dispositions du CP et du CPM en vigueur régissant la prescription, de même qu'avec l'art. 3 EIMP, qui incluent l'extermination de groupes sociaux et politiques dans la définition du génocide depuis les années 80.

Le fait de préciser l'objet sur lequel doit porter l'intention de destruction conformément au libellé de la convention sur le génocide et du Statut de Rome, en spécifiant qu'il doit s'agir du groupe «comme tel», permet de restreindre l'application de la norme aux cas dans lesquels l'auteur élimine des personnes uniquement en raison de leur qualité subjective de membres d'un groupe. S'il tue d'autres personnes qui se sont opposées à la destruction du groupe en question sans toutefois en faire elles-mêmes partie, cet acte ne relèvera pas de la norme réprimant le génocide¹⁷¹.

Au vu de la portée de la révision des dispositions sur les crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale ainsi que sur les crimes de guerre, il paraît opportun de reconsidérer la question de l'unité de la fourchette des peines prévues, qui a été définie par souci d'harmonisation, mais que les experts ont critiquée comme étant trop rigide. Selon l'art. 264 CP en vigueur, l'auteur d'un crime de génocide est ainsi passible de la réclusion à vie ou de la réclusion pour dix ans au moins. Dans le cas des actes d'entrave aux naissances (let. c) ou de transfert d'enfants du groupe à un autre groupe (let. d), on peut toutefois imaginer des infractions dont la gravité, en termes d'injustice commise, n'est pas comparable à celle d'autres actes de génocide

¹⁶⁷ D'autres exemples sont donnés par Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), p. 357.

¹⁶⁸ Cf. p.ex. TPIY, Chambre de première instance I, section A, *le Procureur c. Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic*, IT-02-60-T, jugement du 17 janvier 2005, § 667.

¹⁶⁹ Cf. art. 211-1 du Code pénal français.

¹⁷⁰ Rapport du 25 janvier 2005 de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, §§ 498 ss (disponible sur Internet sous : http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf)

¹⁷¹ Voir les exemples donnés par Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), p. 356.

comme le fait de tuer ou de blesser grièvement les membres d'un groupe ou le fait de les soumettre à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction, et pour lesquels la peine minimale de dix ans de réclusion paraît donc trop lourde. Il est par conséquent prévu d'abaisser à cinq ans de réclusion la peine minimale dans le cas des actes de moindre gravité relevant des let. c et d.

Compte tenu de la proposition d'harmoniser la réglementation de la punissabilité des actes commis à l'étranger et de la levée de l'immunité relative des députés dans le cadre des «dispositions communes» aux normes réprimant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, les al. 2 et 3 sont abrogés. Leurs dispositions sont reprises au titre douze^{quater} AP-CP.

2.1.4.2 Art. 264^{bis} AP-CP (Crimes contre l'humanité)

Comme nous l'avons déjà relevé plus haut¹⁷², la notion de crimes contre l'humanité est encore inconnue en droit suisse. S'il est vrai que les actes concrets tombent pour la plupart sous le coup de dispositions pénales existantes, l'étendue et le caractère systématique de l'agression menée contre la population civile ne peuvent pas être pris en compte en vertu de la législation pénale en vigueur. Il importe donc de combler les lacunes subsistant dans le droit pénal suisse, tant au niveau des dispositions matérielles qu'en ce qui concerne les peines applicables, en régissant les différentes formes de crimes contre l'humanité dans un nouvel art. 264^{bis} AP-CP.

2.1.4.2.1 Champ d'application

Les crimes contre l'humanité sont des violations des droits de l'homme gravissimes commises à grande échelle ou de manière systématique dans le cadre d'une attaque menée contre la population civile. Il s'agit d'un type d'infractions pouvant être commises par n'importe qui, tant par des représentants civils de l'Etat, des militaires ou par de simples civils sans aucun rapport avec les pouvoirs publics. La nationalité de la victime importe peu: celle-ci peut avoir la même nationalité que l'auteur du crime, avoir une autre nationalité que lui ou même être apatride¹⁷³. Précisons encore que les crimes contre l'humanité ne sont pas punissables uniquement lorsqu'ils visent des civils qui ne portent pas d'uniforme et qui n'ont aucun rapport avec le pouvoir étatique, mais aussi lorsqu'ils sont dirigés contre n'importe quelle autre personne ne prenant pas directement part aux hostilités. Conformément à la jurisprudence des tribunaux pénaux nationaux et internationaux, sont en effet aussi protégés les membres des forces armées qui ont déposé les armes ainsi que les

¹⁷² Voir ch. 1.3.1.1.

¹⁷³ Cf. TPIY, Chambre de première instance, le *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Jugement du 7 mai 1997, § 635.

personnes hors d'état de combattre pour cause de blessure ou de maladie, parce qu'elles ont été capturées ou pour toute autre cause¹⁷⁴.

Comme le crime de génocide, les crimes contre l'humanité sont punissables tant en temps de paix que s'ils sont commis dans le contexte d'un conflit armé international ou non international. A la différence du génocide, qui se caractérise par l'intention de l'auteur de détruire tout ou partie d'un groupe déterminé, les crimes contre l'humanité se distinguent par le contexte dans lequel ils sont commis, à savoir une attaque généralisée lancée contre la population civile. Un concours de ces deux catégories de crimes n'est pas exclu dans le cas d'espèce¹⁷⁵.

Il peut aussi arriver qu'un acte puisse être considéré à la fois comme crime contre l'humanité et comme crime de guerre, étant donné que les champs d'application et les conditions dans lesquelles les deux catégories de crimes sont commis ne concordent pas en tous points¹⁷⁶ : le champ d'application de la norme réprimant les crimes contre l'humanité est plus large que celui des dispositions sur les crimes de guerre, dont l'application est limitée essentiellement aux conflits armés ;. Inversement, les crimes de guerre ne doivent pas forcément être commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile.

2.1.4.2.2 Principal élément constitutif de l'infraction: l'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile

Les différents crimes énumérés à l'art. 264^{bis}, al. 1, let. a à k, AP-CP constituent des crimes contre l'humanité à condition qu'ils aient été commis «dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile». Pareille attaque dirigée contre la population civile (ou une partie de la population civile), procédant soit d'une stratégie, soit de la politique d'un Etat ou d'une organisation (gouvernementale ou non), rend plus facile la commission de l'acte individuel et plus

¹⁷⁴ TPIR, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement du 2 sept. 1998, § 582; TPIR, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement du 21 mai 1999, §§ 127 s. Dans la jurisprudence, on a aussi considéré comme civils des personnes qui ne peuvent pas être considérées comme étant des «non-combattants» traditionnels (p.ex. membres de la Résistance ayant participé directement à la conduite des hostilités); cf. TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Jugement du 7 mai 1997, § 639 avec renvoi à la jurisprudence dans l'affaire Barbie.

¹⁷⁵ Exemple: l'extermination est une forme de crime contre l'humanité qui se caractérise par une attaque dirigée contre une majorité de personnes qui ne doivent pas obligatoirement constituer un groupe. Si l'on ne parvient pas à prouver que l'auteur avait l'intention de détruire un groupe en tant que tel, soit de commettre un crime de génocide, cela ne signifie pas que l'on ne pourra pas le juger pour crime contre l'humanité.

¹⁷⁶ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32, Jugement du 25 févr. 2004, § 145; TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et al.*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Jugement du 12 juin 2002, § 176; TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10, Jugement du 5 juillet § 82;

difficile la situation de la victime. C'est dans ce déséquilibre que réside l'injustice particulière qui caractérise ce type de crimes et qui justifie les lourdes peines prévues.

L'attaque dirigée contre la population civile ne doit pas être comprise comme une attaque au sens du droit international de la guerre¹⁷⁷, car elle ne présuppose pas que l'agresseur ait recours à la violence. L'attaque, dans ce contexte, désigne l'événement dans le cadre duquel ont été commis les crimes en question. L'inaction intentionnelle d'un Etat ou d'une organisation qui choisirait de ne pas empêcher la perpétration généralisée ou systématique d'actes pouvant constituer des crimes contre l'humanité, peut être vue comme un encouragement passif de ces crimes et donc considérée comme équivalant à une attaque contre la population civile, représentant l'élément constitutif principal des crimes contre l'humanité¹⁷⁸. Pour que cela soit le cas, il est toutefois indispensable que le motif des crimes individuels puisse être mis en rapport avec une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile. Si ce rapport n'existe pas – si le crime ne peut donc pas être considéré comme faisant partie intégrante d'une politique dirigée contre une partie de la population civile – et s'il a été commis pour d'autres motifs (p.ex. par jalousie), il n'entre pas dans la catégorie des crimes contre l'humanité¹⁷⁹.

L'attaque lancée contre la population civile doit être soit généralisée, soit systématique. Il faut donc qu'elle se distingue par son envergure (grand nombre de victimes) *ou* par son degré d'organisation. Bien que ces deux conditions ne soient pas cumulatives, on s'attend à ce qu'il y ait souvent coïncidence au moins partielle des deux. Ces exigences sont posées parce que l'on veut éviter que des actes isolés, sans rapport avec une attaque lancée contre la population civile, soient qualifiés de crimes contre l'humanité. On retrouve dans le texte de loi proposé cette alternative de l'attaque généralisée et de l'attaque systématique bien connue en droit international coutumier et confirmée par la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg et des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda¹⁸⁰. Pour qu'il soit punissable aux termes des dispositions relatives aux crimes contre l'humanité, il suffit que l'auteur qui a commis un acte au sens de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. a à k, AP-CP dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la

¹⁷⁷ Cf. ch. 3 de l'introduction à l'art. 7 des «éléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p.120.

¹⁷⁸ Cf. aussi note 6 ad ch. 3 de l'introduction à l'art. 7 des «éléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p.120.

¹⁷⁹ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Jugement du 15 juillet 1999, § 271.

¹⁸⁰ Cf. TPIR, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement du 2 septembre 1998, § 579; TPIR, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Georges A.N. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Jugement du 6 décembre 1999, § 68. Cette alternative se retrouve en principe aussi à l'art. 7, par. 1, du Statut de Rome. A son art. 7, par. 2, let. a, celui-ci exige toutefois, en plus, et contrairement au droit coutumier international, non seulement qu'il y ait commission multiple d'actes visés par les dispositions relatives aux crimes contre l'humanité, mais aussi que ces crimes soient commis en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation. La CPI considère donc qu'il y a crime contre l'humanité lorsqu'un acte a été commis de manière soit «généralisée» soit «systématique», à condition qu'il ait au moins été commis de façon «multiple» et dans le cadre d'une «politique».

population civile, ait fait une seule victime¹⁸¹. Le critère de l'organisation ou du grand nombre de victimes s'applique en effet au contexte général et non au cas individuel.

Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi «en ayant conscience de l'attaque». Cela ne veut pas dire que l'auteur doit avoir été au courant de tous les détails de l'attaque, mais uniquement qu'il doit avoir eu conscience de commettre son crime dans le contexte général d'une attaque dirigée contre la population civile¹⁸². Les circonstances dans lesquelles l'acte a été commis peuvent suffire à l'établissement de ce fait¹⁸³.

2.1.4.2.3 Art. 264^{bis}, al. 1, let. a à k, AP-CP (les différentes formes de crimes contre l'humanité)

L'historique, les bases de droit international et la nature juridique des crimes contre l'humanité ainsi que leur définition aux termes de l'art. 7 du Statut de Rome ont déjà été présentés de manière circonstanciée dans le message sur la ratification du Statut de Rome de la CPI¹⁸⁴. Comme le libellé des nouvelles dispositions destinées à être introduites dans le droit suisse est très proche de celui du Statut de Rome, les différents crimes énumérés ci-après ne sont en principe commentés que lorsque des explications paraissent nécessaires à la bonne compréhension des dispositions.

2.1.4.2.3.1 Art. 264^{bis}, al. 1, let. a (Meurtre)

Le meurtre, réprimé à l'art. 7, par. 1, let. a, du Statut de Rome, présuppose, comme le précise l'art. 111 CP, que l'auteur ait causé la mort d'une personne de manière intentionnelle. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'il ait eu un motif supplémentaire particulièrement abominable, comme le prévoient par exemple les dispositions de l'art. 112 CP sur l'assassinat.

¹⁸¹ Voir aussi la formulation des dispositions se trouvant au par. 1 des «éléments des crimes» de la CPI relatifs à l'art. 7 (loc. cit. p. 120 ss)

¹⁸² Dans le cas où une attaque contre la population civile est dans sa phase initiale, il suffit, selon les «éléments des crimes» de la CPI, que l'auteur commette son crime en ayant l'intention de mener une telle attaque (cf. ch. 2 de l'introduction à l'art. 7, loc.cit., p. 119).

¹⁸³ Cf. ch. 2 de l'introduction à l'art. 7 des «éléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p. 120; cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et al.*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Jugement du 12 juin 2002, § 102; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Jugement du 14 janvier 2000, §§ 556 s.; TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Jugement du 15 juillet 1999, § 271; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Jugement du 7 mai 1997, §§ 656 ss, avec renvois à la jurisprudence nationale, notamment à celle qui date de l'époque de la Seconde Guerre mondiale.

¹⁸⁴ Message sur la CPI, FF **2001** 359, 467 ss.

2.1.4.2.3.2 Art. 264^{bis}, al. 1, let. b (Extermination)

Selon l'art. 7, par. 2, let. b, du Statut de Rome, le crime d'extermination peut être direct – l'auteur tue des personnes dans le contexte de la destruction massive d'une partie de la population civile – ou indirect, en vertu des règles générales de la causalité adéquate, s'il «impose intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population».

A titre d'exemple, mentionnons le crime abominable du 10 juin 1944, date à laquelle le village l'Oradour sur Glane et ses 642 habitants a été presque entièrement détruit par des membres de la deuxième division blindée «Das Reich» de la Waffen SS. Les agresseurs ont d'abord emmené les hommes dans des granges et les ont exécutés. Les femmes et les enfants ont ensuite été enfermés dans l'église du village et brûlés vifs. Des crimes d'extermination ont aussi été commis en ex-Yougoslavie. En 2001, le tribunal *ad-hoc* pour l'ex-Yougoslavie a reconnu le général serbe Krstic coupable, entre autres, d'avoir ordonné l'exécution sommaire de quelque huit mille personnes de sexe masculin dans la zone de Srebrenica, placée sous la protection de l'ONU, entre le 13 et le 19 juillet 1995¹⁸⁵.

Contrairement au meurtre, le crime d'extermination est dirigé contre plusieurs personnes. Ce n'est pas un individu que l'auteur se propose d'éliminer, mais une collectivité tout entière. Cette infraction se caractérise donc par le nombre de ses victimes et par le caractère anonyme de celles-ci dans l'optique de l'auteur¹⁸⁶. L'aspect de la mise à mort de nombreuses personnes ne constitue cependant pas un élément constitutif du crime au sens strict, car il n'est pas exclu, dans le cas d'espèce, qu'une condamnation pour extermination puisse être prononcée contre un auteur n'ayant tué qu'une seule personne¹⁸⁷ si, subjectivement, celui-ci avait conscience que son acte venait s'inscrire dans le cadre d'une tuerie à grande échelle, c'est-à-dire qu'il y avait une proximité spatiale et temporelle entre les tueries¹⁸⁸. Contrairement à ce qu'exigent les dispositions sur le génocide, il n'est pas nécessaire que les victimes appartiennent à un groupe spécifique. Ce qui est déterminant, c'est la multiplicité des victimes, que l'auteur a choisies indépendamment de leur appartenance à un groupe. Il n'est donc pas nécessaire que l'intention de mise à mort nourrie par l'auteur ait été dirigée contre le groupe auquel appartiennent les victimes¹⁸⁹.

¹⁸⁵ TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Radislav Krstic*, IT-98-33-T, Jugement du 2 août 2001.

¹⁸⁶ Cf. TPIR, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement du 21 mai 1999, § 142; Cherif Bassiouni, loc.cit., p. 302.

¹⁸⁷ Cf. ch. 1 de l'art. 7 1) b) des «éléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p. 120.

¹⁸⁸ TPIR, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement du 21 mai 1999, § 147.

¹⁸⁹ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, § 639.

2.1.4.2.3.3 Art. 264^{bis}, al. 1, let. c (Réduction en esclavage)

Selon la définition figurant à l'art. 7, par. 2, let. c, du Statut de Rome, on entend par réduction en esclavage «le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants». Cette définition est inspirée de la Convention de 1926 relative à l'esclavage¹⁹⁰.

L'élément fondamental de l'esclavage réside dans le fait que l'auteur s'arroge certains ou tous les droits strictement personnels d'une personne contre la volonté de celle-ci. Pour y parvenir, l'auteur doit exercer sur sa victime un contrôle physique ou psychologique, par lequel, en usant ou en menaçant sa victime de violence, en ayant recours à la contrainte, en abusant de la situation de dépendance dans laquelle elle se trouve ou de toute autre manière, il viole son droit inaliénable à l'autodétermination. En décrivant l'acte d'esclavage comme faisant de la victime la «propriété» de l'auteur, le Statut de Rome donne une image très pertinente de la façon dont le droit de la victime à l'autodétermination personnelle est bafoué : l'esclavage a pour effet de réduire la victime au rang d'objet car il détruit sa personnalité et lui dénie toute dignité humaine. Si les formes classiques d'esclavage comme l'achat, la vente, le prêt ou le troc, sont citées à titre d'exemple dans les «éléments des crimes» de la CPI, elles y sont aussi mises sur un pied d'égalité avec toutes les privations de liberté similaires¹⁹¹.

La définition du crime d'esclavage en droit suisse est calquée sur la norme du Statut de Rome. Inspirée de cette dernière ainsi que des «éléments des crimes», la disposition de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. c, CP fait mention des trois formes d'esclavage les plus courantes à l'heure actuelle¹⁹²: la traite des êtres humains, des femmes et des enfants en particulier, que la Suisse s'est déjà engagée à punir dans un traité international datant de 1921¹⁹³ ; ensuite l'exploitation sexuelle, qui est une forme d'esclavage particulièrement grave, et finalement le travail forcé, lorsqu'il n'est pas justifié par des circonstances particulières. Dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg, le travail forcé est considéré comme l'un des éléments de base de l'esclavage¹⁹⁴. En l'an 2000, les trois formes d'esclavage mentionnées ont été proscrites et rendues punissables à l'échelle universelle dans le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, qui est venu s'ajouter à la Convention des Nations unies contre la criminalité

¹⁹⁰ Convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage, RS **0.311.37**, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1930; Convention complémentaire du 7 septembre 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, RS **0.311.371**, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1964.

¹⁹¹ Cf. ch. 1 de l'art. 7 1) c) des «éléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p. 121.

¹⁹² Cf. note 11 ad ch. 1 de l'art. 7 1) c) des «éléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p. 121.

¹⁹³ Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la suppression de la traite des femmes et des enfants, RS **0.311.33**, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1926.

¹⁹⁴ Procédure contre *Schirach et Sauckel*, 22 IMT Trials, p. 565–568.

transnationale organisée¹⁹⁵. Dans ce contexte, le Conseil fédéral a récemment proposé une extension du champ d'application de l'art. 196 CP en vigueur, qui, jusqu'ici, rendait la traite d'êtres humains punissable uniquement si les victimes étaient destinées à la prostitution¹⁹⁶.

Dans tous ces cas, l'élément déterminant de l'esclavage consiste, en définitive, dans le déni ou du moins dans la restriction des droits inaliénables de la personne à l'autodétermination par l'auteur, qui s'arroge le droit de disposer de sa victime comme s'il avait sur elle un droit de propriété¹⁹⁷.

2.1.4.2.3.4 Art. 264^{bis}, al. 1, let. d (Déportation ou transfert forcé de population)

Se rend coupable du crime de déportation celui qui déplace de force tout ou partie de la population civile d'un Etat ou d'une zone occupée dans un autre Etat. La notion de déportation implique donc tant l'extradition que le confinement des victimes dans un lieu à l'étranger (p.ex. dans un camp de concentration). Le crime de transfert forcé de population consiste, en revanche, à chasser tout ou partie de la population civile d'un Etat sans toutefois l'obliger à quitter cet Etat, ou à la déplacer de force dans un lieu situé sur le territoire de cet Etat, où elle vit libre ou confinée. Comme pour tous les autres crimes contre l'humanité¹⁹⁸, l'auteur se rend punissable même s'il n'a lui-même déporté ou transféré de force qu'une seule personne, à condition que son acte se soit inscrit dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile. Peu importe à ce propos que les victimes aient ou non la même nationalité que l'auteur. Les conflits non internationaux de ces dernières années ont en effet montré que les actes de «purification ethnique» visaient souvent des personnes ayant la même nationalité que les auteurs.

Le caractère particulièrement grave de ce crime ne réside pas tant dans l'élément de contrainte ou de séquestration qu'il implique obligatoirement, mais dans le fait que les auteurs obligent les victimes à quitter leur foyer et leur région tout en les empêchant temporairement ou définitivement de rentrer chez elles (p.ex. lorsqu'ils détruisent les maisons et les villages de leurs victimes).

En accord avec l'art. 7, par. 23, let. d, du Statut de Rome, le champ d'application de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. d, AP-CP est limité aux personnes légalement installées. Alors que l'Etat ne peut pas, par principe, extraditer ses propres ressortissants, il a, dans certains cas, la possibilité d'expulser les ressortissants d'un autre Etat en toute

¹⁹⁵ Le Protocole du 15 novembre 2000 visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes est un protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Il a été signé par la Suisse le 2 avril 2002.

¹⁹⁶ Cf. avant-projet et rapport (pour la procédure de consultation) concernant le Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant et la modification correspondante de la dispositions pénale réprimant la traite d'êtres humains.

¹⁹⁷ Cf. aussi TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Jugement du 12 juin 2002, § 117.

¹⁹⁸ Cf. ch. 2.1.4.2.2

légalité ou de les obliger à s'établir dans un lieu déterminé à l'intérieur des frontières nationales. La seule référence pertinente dans tous ces cas est le droit international. Si tel n'était pas le cas, on risquerait de voir un gouvernement justifier une opération de déportation par des dispositions de droit national contraires au droit des gens. Dans certaines situations, celui-ci admet néanmoins les expulsions, notamment lorsqu'elles servent à préserver la sûreté nationale, l'ordre public, les bonnes mœurs, la santé publique ou encore les droits et libertés de tiers.

2.1.4.2.3.5 Art. 264^{bis}, al. 1, let. e (Séquestration)

Le crime de séquestration au sens de l'art. 7, par. 1, let. e, du Statut de Rome peut revêtir deux formes différentes: l'emprisonnement, consistant à garder une personne enfermée dans un lieu exigü, ou alors une autre forme de privation grave de liberté. Cette seconde définition s'applique à toutes les situations dans lesquelles une personne a été fortement restreinte dans sa liberté de mouvement, mais peut néanmoins encore se déplacer dans un périmètre limité (p.ex. internement dans un camp ou dans un ghetto).

La séquestration ne devient particulièrement répréhensible en entrant dans la catégorie des crimes contre l'humanité que si la gravité de l'acte est telle qu'il enfreint les règles fondamentales du droit international. Cette restriction a pour but d'assurer que tous les actes de séquestration illégale commis par l'Etat ne seront pas automatiquement considérés comme des crimes contre l'humanité. Si certaines violations moins graves des règles de procédure (p.ex. une arrestation sans motif suffisant ou au mépris du droit qu'a la personne arrêtée d'être entendue) sont inadmissibles du point de vue des droits de l'homme, ces violations ont généralement pour seule conséquence d'améliorer la position de l'intéressé dans la procédure – il obtiendra peut-être des dommages-intérêts – mais ne motiveront en aucun cas l'ouverture d'une procédure pénale contre le policier zélé pour crime contre l'humanité. Les nouvelles dispositions s'appliqueront ainsi uniquement aux situations dans lesquelles des personnes auront été enfermées arbitrairement et en violation des règles juridiques les plus fondamentales, sans avoir bénéficié d'une procédure en bonne et due forme.

D'un point de vue subjectif, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait conscience d'avoir agi en violation d'une règle fondamentale du droit international. En application du principe de l'«conception usuelle d'un profane» reconnu en Suisse, il suffit que l'auteur ait considéré l'acte commis conformément à l'image que s'en fait normalement un non-juriste¹⁹⁹. On lui demande uniquement de se rendre compte de la nature et de la gravité de son acte²⁰⁰. Dans le cas du crime de séquestration, il suffit dès lors que l'auteur se rende compte que son acte a provoqué une restriction

¹⁹⁹ Cf. ATF 99 IV 59; JT 1974 IV 34.

²⁰⁰ Cf. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2ème édition, Berne 1996, p. 168 notes 67 ss.

grave de la liberté de mouvement de sa victime qui ne semble fondée sur aucun motif valable.

2.1.4.2.3.6 Art. 264^{bis}, al. 1, let. f (Disparitions forcées de personnes)

Au sens de l'art. 7, par. 2, let. i, du Statut de Rome, le crime des disparitions forcées de personnes comprend les éléments suivants: d'abord la privation de liberté (avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment d'un Etat ou d'une organisation politique), puis la non-reconnaissance de cette privation de liberté ou le refus de fournir des renseignements sur le sort réservé à la victime et, finalement, le fait que la victime soit soustraite à la protection de la loi pendant une période prolongée (elle n'a par exemple aucune possibilité de faire vérifier le bien-fondé de son arrestation par un tribunal).

Ce crime a ceci de particulier qu'il est, par essence, commis non pas par une personne, mais par plusieurs auteurs agissant en commun. Dans un premier temps, une personne est arrêtée ou enlevée. Ensuite, l'autorité responsable refuse de donner quelque information que ce soit au sujet de la victime. La probabilité que ces deux éléments de l'acte soient commis par une seule et même personne est faible. Les disparitions de personnes – les exemples des dictatures sud-américaines des années 1970 et du début des années 1980 l'ont bien montré – sont des infractions qui sont planifiées par une autorité, qui font donc partie d'une stratégie et qui sont commises à grande échelle. Sont victimes de ces crimes non seulement les personnes qui disparaissent – et qui souvent ne reparaissent pas vivantes – mais aussi les familles des disparus, qui sont condamnées à vivre pendant des années dans la peur, l'anxiété et l'incertitude, tiraillées entre l'espoir et le désespoir.

Lors de la formulation des «éléments des crimes» de la CPI²⁰¹, on est parti du principe que deux dispositions indépendantes et de même valeur étaient nécessaires si l'on voulait que la norme s'applique tant à la personne s'étant chargée de l'enlèvement qu'à celle qui a refusé de fournir des renseignements à ce sujet. Pour être considérée comme auteur au sens de cette norme, une personne doit donc soit commettre l'acte de séquestration et avoir connaissance du refus d'information (il n'est pas nécessaire qu'elle ait elle-même refusé de fournir les renseignements), soit refuser les informations demandées au sujet du sort d'une personne disparue tout en sachant qu'il y a eu séquestration de cette personne. Cette approche a été reprise dans l'avant-projet.

Cet éclatement de l'infraction en deux variantes équivalentes pourrait cependant entraîner une pénalisation excessive de la personne qui – simple lampiste - n'a fait que refuser le renseignement et ne fait donc pas partie des personnes qui tirent les ficelles en coulisse. Si cette personne n'avait aucune influence sur la privation de liberté et donc sur la libération de la victime, et qu'elle s'est contentée de refuser tout renseignement à la famille, le juge pourra réduire la peine au sens de l'art. 65 CP.

²⁰¹ Cf. «Eléments des crimes» de la CPI, loc.cit., p. 126.

Comme nous l'avons précisé plus haut, l'auteur est punissable au sens de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. f, ch.1, AP-CP même s'il n'a pas lui-même refusé l'information. Cet élément de non-reconnaissance de la séquestration vis-à-vis de tiers constitue donc ce que l'on appelle une «condition de punissabilité objective», qui ne doit pas correspondre à un fait subjectif. Son ignorance du refus de renseignement qui a suivi la séquestration n'est par conséquent pas un motif suffisant pour qu'il y ait erreur sur le crime commis, à l'exclusion de tout acte intentionnel. Si la condition objective requise pour qu'il soit punissable n'est pas remplie, il n'y a pas eu crime au sens de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. f, AP-CP. L'auteur pourra néanmoins être puni pour séquestration au sens de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. e, AP-CP.

Subjectivement, les éléments constitutifs du crime sont réunis uniquement si l'auteur a agi en ayant l'intention de soustraire la victime à la protection de la loi pendant une période prolongée.

2.1.4.2.3.7 Art. 264^{bis}, al. 1, let. g (Torture)

Selon l'art. 7, al. 2, let. e, du Statut de Rome, on entend par torture le fait d'infliger intentionnellement des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle. Contrairement à la Convention de l'ONU contre la torture de 1984²⁰², le Statut n'exige donc pas que la torture soit pratiquée dans un but déterminé. On y avait en effet consciemment renoncé lors de l'élaboration des dispositions du Statut. Il n'est pas non plus nécessaire, aux termes du Statut, que l'auteur ait agi dans l'exercice d'une fonction officielle. Le Statut exclut de la définition du crime de torture «la douleur ou les souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles». Etant donné que, selon le Statut, la légalité d'un acte se mesure essentiellement à l'aune du droit international, il peut arriver que des pratiques légalement admises par le droit national soient néanmoins punissables aux termes de l'art. 7 du Statut.

Le crime de torture est une notion encore inconnue dans le droit pénal suisse en vigueur. Pour s'en rapprocher le plus possible, il faut combiner les dispositions sur la séquestration avec les normes relatives aux lésions corporelles et à la contrainte. Il n'est toutefois pas certain que les souffrances aiguës, physiques ou mentales, infligées dans le contexte d'un acte de torture remplissent dans tous les cas les éléments constitutifs des lésions corporelles simples ou des lésions corporelles graves au sens du CP. Si, par exemple, l'auteur met un couteau sous la gorge de sa victime pour obtenir des informations, cet acte ne sera peut-être même pas considéré comme lésions corporelles simples au sens de l'art. 123 CP. On peut aussi s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 122 CP (lésions corporelles graves). Pour qu'un acte de torture entre dans le champ d'application de cette norme, il faut en effet qu'il implique une blessure mettant en danger la vie de la victime, que celle-ci ait été défigurée ou mutilée de façon irréparable ou qu'il y ait eu une autre atteinte grave à

²⁰² Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS **0.105**, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987.

son intégrité corporelle ou à sa santé physique ou mentale. Or la torture ne vise pas tant à mettre en danger la vie de la victime ou à lui infliger des blessures ou des mutilations irréparables qu'à lui causer des douleurs ou des souffrances aiguës, physiques ou psychiques. Ces dernières pourraient, dans certaines conditions, tomber sous le coup de l'art. 184 CP, régissant la séquestration ou l'enlèvement avec circonstances aggravantes. Ces dispositions s'appliquent lorsque la victime a été traitée avec cruauté ou si sa santé a été sérieusement mise en danger. La torture ne réunit pas forcément non plus les éléments constitutifs de la contrainte. Le but de la torture n'est en effet pas obligatoirement de contraindre la victime à faire, à ne pas faire ou à laisser faire quelque chose : il se peut que l'objectif visé se réalise automatiquement si le mauvais traitement a suffi à intimider la victime et à l'affaiblir psychiquement. Les différentes dispositions du code pénal en vigueur susceptibles de s'appliquer en cas de torture ne correspondent donc pas dans tous les cas à l'injustice spécifique inhérente au crime de torture, même si elles en saisissent les différentes facettes.

Pour réprimer le crime de torture, une nouvelle norme doit donc être introduite dans le droit suisse au chapitre des crimes contre l'humanité. L'acte correspondant à ce crime consiste en une atteinte à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale de la victime. Contrairement au crime de l'acte inhumain (cf. let. k ci-après), les douleurs ou souffrances physiques ou psychiques aiguës résultant de cette atteinte ne sont pas une simple conséquence de l'acte commis, mais en sont l'objectif même. Conformément au Statut de Rome, on a en revanche renoncé à exiger que l'auteur ait eu un motif précis, comme c'est le cas dans la convention contre la torture de 1984²⁰³.

La précision selon laquelle les sanctions étatiques portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne qui en est l'objet doivent être jugées en fonction du droit international, vient concrétiser les dispositions de l'art. 32 CP sur les actes licites en vertu de la loi.

2.1.4.2.3.8 Art. 264^{bis}, al. 1, let. h (Atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle)

L'art. 7, par. 1, let. g, du Statut de Rome est consacré à différentes atteintes au droit à l'autodétermination sexuelle: viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable. De plus en plus souvent, ce genre de crimes portant gravement atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle de la personne, sont utilisés comme moyen d'oppression des minorités et comme méthode de guerre ethnique.

²⁰³ Parmi les motifs mentionnés dans la convention contre la torture, mentionnons l'obtention d'aveux, la punition, l'intimidation, la contrainte ainsi que tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit.

Viol (ch. i)

Dans la plupart des législations nationales, le viol est défini comme un rapport sexuel non consenti (cela vaut en principe aussi pour le droit suisse). Bien que le viol soit considéré comme un crime contre l'humanité aux termes du Statut de Rome (art. 7, al. 1, let. g-1), celui-ci ne le définit pas. Dans la jurisprudence des tribunaux *ad-hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, le viol est décrit comme la pénétration de la victime contre son gré. En termes neutres, cet acte est défini plus précisément comme «une pénétration physique du corps de la victime à caractère sexuel». Est ainsi considéré comme viol non seulement le fait d'imposer à la victime des rapports sexuels forcés, mais aussi la pénétration par un organe sexuel de l'auteur d'une partie du corps de la victime (notamment la pénétration orale) ou l'introduction d'une partie du corps de l'auteur ou d'un objet dans le vagin ou l'anus de la victime. L'auteur doit user de violence ou menacer sa victime de violence, agir lui-même de force ou profiter de circonstances forçant la victime à se laisser faire²⁰⁴. Dans les «éléments des crimes» de la CPI, on a assimilé au recours à ces moyens de contrainte le cas dans lequel l'auteur, en appliquant l'une des formes de pénétration mentionnées plus haut, abuse d'une personne incapable de donner un libre consentement en raison d'une incapacité innée, acquise ou liée à l'âge²⁰⁵.

Selon la jurisprudence et la doctrine, le viol au sens de l'art. 190 CP peut être défini comme des rapports sexuels forcés consistant en la conjonction des organes génitaux d'un homme et d'une femme. Les autres abus sexuels du genre de ceux que nous avons décrits plus haut relèvent de la contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP ou tombent sous le coup des dispositions sur les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, au sens de l'art. 191 CP. Voilà pourquoi la note marginale réunissant les crimes en question dans le contexte des crimes contre l'humanité a été intitulée «Viol et autres formes d'abus sexuels».

Prostitution forcée (ch. ii)

Selon les «éléments des crimes», il y a prostitution forcée (cf. art. 7, par. 1, let. g-3, du Statut de Rome) lorsque l'auteur a obligé sa victime à accomplir des actes de nature sexuelle en obtenant ou en espérant obtenir un avantage en échange. On y considère comme équivalant à l'usage de la force le fait d'amener à se prostituer une personne incapable de consentir librement à l'acte en raison d'une incapacité innée, acquise ou liée à l'âge²⁰⁶.

²⁰⁴ TPIR, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement du 2 septembre 1998, §§ 596 ss; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Jugement du 10 décembre 1998, §§ 175 ss, § 185; TPIR, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, Jugement du 27 janvier 2000, §§ 220 ss; cf. aussi ch. 2 de l'art. 7, al. 1, let. g-1 des «Eléments des crimes» de la CPI, loc.cit., p. 123.

²⁰⁵ Cf. note 16 ad ch. 2 relatif à l'art. 7, par. 1, let. g-1, des «Eléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p. 123; cf. aussi TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kunarac et al.*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Jugement du 22 février 2001, §§ 446 ss;

²⁰⁶ Cf. ch. 1 ad art. 7, par. 1, let. g-3, ainsi que note 16 ad ch. 2 relatif à l'art. 7, par. 1, let. g-1 des «Eléments des crimes» de la CPI, loc.cit., p. 123 s.

Grossesse forcée (ch. iii)

A l'art. 7, par. 2, let. f, du Statut de Rome, l'infraction de la grossesse forcée est décrite comme «la détention illégale d'une femme mise enceinte de force dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international»²⁰⁷. Récemment, dans le conflit qui a déchiré l'ex-Yougoslavie, ce crime a été commis à l'encontre de femmes musulmanes originaires de Bosnie-Herzégovine : après les avoir violées, les auteurs les ont retenues dans des camps jusqu'à ce qu'un avortement ne soit plus possible²⁰⁸. Outre l'élément constitutif de la violence sexuelle, il implique donc que celle-ci soit utilisée comme moyen de « purification ethnique ». Dans différentes cultures, les femmes sont considérées comme le symbole de la caste, de l'ethnie ou même de l'identité nationale. Une agression sexuelle dirigée contre des femmes touche donc l'ensemble de la société et a pour but de démoraliser cette dernière, notamment en portant atteinte à la fierté des hommes. Ce crime peut entraîner le délaissement, la discrimination et l'exclusion de la mère et de l'enfant à l'intérieur même de leur propre communauté ethnique.²⁰⁹

La définition du crime en droit suisse est calquée sur celle du Statut de Rome. Pour que l'auteur de la détention illégale soit réputé réunir les éléments constitutifs de l'infraction, il n'est pas nécessaire qu'il ait lui-même violé la femme qu'il détient ou qu'il soit responsable d'une autre manière de sa grossesse. Le crime est en outre considéré comme consommé même si l'élément subjectif que constitue l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international ne se concrétise pas²¹⁰. Pour que son acte soit pénalement répréhensible, il suffit que l'auteur ait détenu la femme mise enceinte contre sa volonté en ayant cette intention. Comme, dans ce cas, l'intention peut aller bien au-delà du résultat effectivement obtenu, on dit de cette infraction qu'elle se caractérise par une intention transcendante.

Stérilisation forcée (ch. iv)

Le crime de stérilisation forcée (cf. art. 7, al. 1, let. g-5, du Statut de Rome) comprend les actes par lesquels une personne est privée contre sa volonté de la capacité biologique de se reproduire. L'auteur fait usage de la force ou profite du fait qu'une personne est incapable d'y consentir librement en raison d'une incapacité innée, acquise ou liée à l'âge²¹¹.

Le crime de stérilisation forcée peut être commis tant sur des hommes que sur des femmes. Il n'est pas nécessaire que l'intervention elle-même ait représenté un

²⁰⁷ Le libellé de cette définition au sens du Statut de Rome a été choisi de manière intentionnelle, car elle ne devait pas toucher les réglementations nationales en matière d'avortement.

²⁰⁸ Cf. Rapport final de la Commission d'experts pour l'ex-Yougoslavie, U.N.Doc. S/1994/674 du 5 mai 1994, §§ 248 et 250.

²⁰⁹ Pour plus de détails sur les conséquences sociales du crime de grossesse forcée, voir l'étude du CICR « Les femmes face à la guerre », Genève 2001, p. 56.

²¹⁰ P.ex. expériences biologiques illicites.

²¹¹ Cf. ch. 2 ad art. 7, par. 1, let. g-5, et note 16 relative au ch. 2 ad art. 7, par. 1, let. g-1, des «Eléments des crimes» de la CPI, loc. cit., p. 123 s.

danger pour la vie de la victime, qu'elle ait défiguré cette dernière ou qu'elle ait constitué une atteinte grave à sa santé. Le crime ne consiste pas non plus forcément à priver la victime d'une fonction physiologique dont l'absence représente pour elle un grave handicap physique. L'élément fondamental de l'infraction réside dans l'empêchement d'une reproduction potentielle de la victime contre son gré, doublé d'un élément d'hygiène raciale. Pour la victime, les conséquences et la gravité de l'acte sont essentiellement psychiques. Ne relèvent pas de cette norme les stérilisations qui sont justifiées par des indications médicales et auxquelles les personnes qui les ont subies ont donné leur accord.

Esclavage sexuel et autres formes de violences sexuelles

A la base, les éléments constitutifs de l'esclavage sexuel (art. 7, al. 1, let. g-2, du Statut de Rome) sont les mêmes que ceux du crime d'esclavage au sens de l'art. 264^{bis}, al. 1, let. c, AP-CP, à cette différence près que la victime est, en plus, contrainte à accomplir des actes de nature sexuelle. Compte tenu de cette analogie, l'esclavage sexuel est expressément considéré et puni comme une forme d'esclavage (cf. plus haut).

La liste des crimes entrant dans la catégorie des infractions d'ordre sexuel selon le Statut de Rome se termine par « toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable » (art. 7, al. 1, let. g-6). Conformément à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, ce type de crimes recouvre aussi les atteintes à l'intégrité sexuelle n'impliquant pas forcément une pénétration de la victime ou même un autre contact physique. En droit suisse, ce genre d'actes relève de la nouvelle norme réprimant le viol (cf. art. 264^{bis}, al. 1, let. h, ch. i, AP-CP). Une réglementation spéciale est donc superflue.

2.1.4.2.3.9 Art. 264^{bis}, al. 1, let. i (Persécution)

Le crime de persécution tel qu'il est défini dans le Statut de Rome ne doit pas être compris au sens propre, mais au sens figuré: sont visés tous les actes par lesquels l'auteur porte gravement atteinte, en violation du droit international, aux droits fondamentaux d'une personne en raison de son appartenance à un groupe identifiable (cf. définition de l'art. 7, par. 1, let. h, et par. 2, let. g, du Statut de Rome). Peu importe à ce propos, comme nous l'avons déjà vu dans le cas du crime de génocide, que les critères selon lesquels l'auteur a attribué la victime à un groupe soient objectivement corrects. Ce qui compte, c'est au contraire la perspective subjective de l'auteur, selon laquelle une personne est considérée comme appartenant à un certain groupe²¹². La persécution ne doit pas obligatoirement consister en une attaque physique de la victime. Il peut aussi s'agir, par exemple, d'une atteinte à ses droits politiques (p.ex. retrait des droits civiques), à ses droits

²¹² Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence du Tribunal ad hoc pour l'ex-Yougoslavie dans TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, § 734; TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, IT-98-34-T, Jugement du 31 mars 2003, § 636.

économiques (expropriation sans dédommagement) ou à d'autres droits que lui confère la loi (p.ex. refus systématique d'une procédure judiciaire équitable)²¹³. Tous les motifs à caractère discriminatoire peuvent entrer en ligne de compte dans le contexte de cette disposition, à condition qu'ils soient proscrits à l'échelle universelle par le droit international. Font également partie de ces motifs les violations des droits fondamentaux de groupe sociaux déterminés, pour peu qu'elles soient contraires au droit des gens. On trouve dans le Statut plusieurs motifs enfreignant le droit international énumérés à titre d'exemple : motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste.

En Suisse, le droit en vigueur n'est pas suffisant pour réprimer de façon adéquate le crime de persécution de groupes. Le CP ne contient en effet pas de norme permettant de punir l'acte de discrimination d'une manière générale. L'art. 261^{bis} CP ne s'applique en effet qu'à certaines discriminations spécifiques, notamment aux propos et à la propagande discriminatoires ou encore au refus d'une prestation destinée à l'usage public. Le droit suisse va aussi moins loin que le Statut en ce qui concerne les motifs de discrimination. En raison de la façon dont il est libellé, l'art. 261^{bis} CP ne s'applique par principe pas aux discriminations en raison de la nationalité, des origines ou du sexe d'une personne.

Les atteintes aux droits fondamentaux à caractère discriminatoire dont il est question ici dans le contexte des crimes contre l'humanité ne sont pas de simples inégalités de traitement qui pourraient, à la rigueur, être considérées comme illégales en vertu de la Constitution. Il n'est pas non plus question des propos ou actes discriminatoires isolés au sens de l'art. 261^{bis} CP, mais au contraire des situations dans lesquelles des violations très graves et flagrantes des droits de l'homme sont commises de manière discriminatoire dans le cadre d'une campagne généralisée ou systématique menée contre certains groupes de la population civile par l'intermédiaire des personnes qui en font partie.

Contrairement à ce qui est prévu dans les statuts d'autres tribunaux internationaux, le déni de droits fondamentaux décrit plus haut ne représente encore pas, à lui seul, un crime contre l'humanité en vertu du Statut de la CPI. Il faut, selon ce dernier, que le déni de droits fondamentaux soit doublé d'un autre crime relevant de la compétence de la Cour. Même si cette infraction supplémentaire ne doit pas forcément être commise par le même auteur, cette exigence du second crime vient restreindre le champ d'application de la norme relative à la persécution telle qu'elle était appliquée jusqu'ici en vertu du droit international coutumier. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a relevé ce fait à plusieurs reprises²¹⁴. Etant donné, cependant, qu'il est précisé expressément à l'art. 10 du Statut de Rome qu'aucune disposition du Statut ne doit être interprétée comme limitant ou affectant

²¹³ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Jugement du 7 mai 1997, § 710; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Jugement du 14 janvier 2000, §§ 596 ss avec renvois à la jurisprudence de l'après-guerre.

²¹⁴ Cf. TPIY, Chambre de première instance III, *le Procureur c. Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2-T, Jugement du 26 février 2001, §§ 193 ss; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Jugement du 14 janvier 2000, §§ 578 ss.

des règles de droit international existantes ou en formation, la disposition que nous suggérons d'introduire dans le droit pénal suisse a été formulée sur la base du droit international coutumier. Dans le cas concret, la question de savoir si une atteinte aux droits fondamentaux est suffisamment grave pour entrer dans la catégorie des crimes contre l'humanité ne sera pas posée hors contexte, mais à la lumière de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile. De ce point de vue, des violations qui ne paraissent pas suffisamment graves de prime abord peuvent en définitive malgré tout être considérées comme réunissant les éléments constitutifs du crime si elles se sont répétées²¹⁵.

2.1.4.2.3.10 Art. 264^{bis}, al. 1, let. j (Apartheid)

Selon l'art. 7, par. 2, let. h, du Statut de Rome, on entend par crime d'apartheid «des actes inhumains analogues à ceux que vise le par. 1 [crimes contre l'humanité], commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime». Il résulte de la restriction du champ d'application de cette norme du Statut aux actes qui sont punissables selon l'art. 7, par. 1, ou dont la gravité, en termes d'injustice commise, est analogue, qu'est en définitive punissable en vertu du Statut avant tout le fait que les actes répréhensibles ont été perpétrés en rapport avec un régime d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial par un autre groupe racial, associé au fait que l'auteur avait l'intention de mettre ou de maintenir en place un tel régime.

Jusqu'ici, l'apartheid en tant que système d'oppression et de discrimination raciales est une notion inconnue en droit suisse. Les dispositions réprimant la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) ne s'appliquent en effet qu'à certaines facettes du crime d'apartheid. Il paraît donc judicieux de compléter la législation pénale suisse en y introduisant une nouvelle norme. Ce sont d'abord les groupes raciaux, qui se distinguent en règle générale par des caractéristiques biologiques congénitales existant effectivement ou n'existant qu'en apparence, qui constituent le bien juridique protégé. Conformément à l'objectif visé par la norme réprimant la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) et au libellé de ses dispositions, il est prévu que le nouvel article s'applique aussi aux groupes ethniques et religieux. Est généralement considéré comme groupe ethnique une communauté dont les membres ont une langue et une culture communes. Les groupes religieux, pour leur part, se distinguent par une profession de foi commune ainsi que par la manière dont ils pratiquent leurs rites religieux. Il n'est pas nécessaire que le crime vise directement un membre du groupe opprimé; il peut aussi être commis contre un sympathisant si l'auteur avait l'intention de maintenir en place un régime racial, ethnique ou religieux en perpétrant un crime contre l'humanité. Le régime soutenu par l'auteur ne doit pas forcément être

²¹⁵ Voir aussi TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur s. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, § 736; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32-T, Jugement du 29 novembre 2002, § 247; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T, Jugement du 15 mars 2002, § 434.

un régime étatique: il peut aussi s'agir d'un système d'exercice du pouvoir mis en place par des groupes qui, de fait, exercent leur pouvoir sur d'autres groupes. Par ailleurs, l'auteur lui-même ne doit pas nécessairement faire partie du groupe des oppresseurs. Un mercenaire appartenant à une autre race, une autre ethnie ou une autre religion peut lui aussi commettre une infraction relevant des dispositions sur le crime d'apartheid.

2.1.4.2.3.11 Art. 264^{bis}, al. 1, let. k (Autres actes inhumains)

Il est impossible – l'histoire l'a montré – de dresser une liste de toutes les atrocités dont l'être humain est capable et donc de leur faire correspondre une énumération exhaustive des crimes contre l'humanité. Voilà pourquoi les dernières dispositions de ce chapitre consacré aux crimes contre l'humanité sont réunies en une norme d'appoint, s'appliquant subsidiairement à tous les actes inhumains dont la nature et la gravité sont comparables à celles des crimes visés aux let.s a à k, à condition que l'auteur provoque intentionnellement chez sa victime de grandes souffrances, ou une atteinte grave à son intégrité physique ou à sa santé mentale ou physique (définition correspondant à celle de l'art. 7, par. 1, let. k, du Statut de Rome). En cernant et en spécifiant ainsi l'infraction, on empêche que n'importe quel acte de gravité moindre soit considéré comme un crime contre l'humanité et assure donc le respect du principe de légalité. Ce type de norme générale n'est pas nouveau en droit suisse : l'article réprimant les lésions corporelles graves (art. 122 CP), qui ne manquera certainement pas de s'appliquer souvent dans le contexte des crimes contre l'humanité, contient lui aussi une disposition générale comparable.

2.1.4.2.4 Peines

Selon l'art. 5 du Statut de Rome, les crimes contre l'humanité font partie des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. Ils sont en conséquence punis de la peine maximale, soit de la réclusion à vie, ou alors d'une peine de réclusion d'une durée de cinq à vingt ans. Dans les cas de moindre gravité, la peine minimale est abaissée à trois ans de réclusion. En ramenant la peine minimum à un niveau plus bas que dans le cas du crime de génocide, on entend tenir compte du fait que l'auteur d'un crime contre l'humanité n'est pas animé de l'intention destructrice propre au crime de génocide. Le fait que cette peine minimale, prévue dans les cas les moins graves, est plus élevée que la plupart des sanctions minimales dont sont passibles les auteurs d'infractions «ordinaires» s'explique par le lien fonctionnel existant entre l'infraction et une «attaque généralisée ou systématique dirigée contre la population civile», qui d'une part favorise la commission de l'acte et d'autre part affaiblit la résistance des victimes.

2.1.5 Titre douze^{ter} AP-CP (Crimes de guerre)

2.1.5.1 Punissabilité des crimes de guerre selon le droit suisse en vigueur et selon les adaptations prévues

Les crimes de guerre, autrement dit les atteintes graves au droit international humanitaire, réprimés par le droit des gens sont aujourd'hui déjà tous punissables en droit suisse. L'art. 109, figurant au chapitre 6 du CPM, contient en effet une disposition générale renvoyant sommairement au droit international humanitaire en ce qui concerne la punissabilité des crimes de guerre. Comme nous l'avons déjà relevé précédemment²¹⁶, l'établissement de la punissabilité sous la forme d'un simple renvoi ne satisfait pas de manière optimale au principe de la prévisibilité du comportement interdit. Dans l'intérêt de la transparence des bases légales nécessaires à la poursuite et au jugement des crimes de guerre en Suisse, toutes les atteintes au droit international humanitaire qualifiées de graves dans le droit international et le Statut de Rome doivent être définies de manière détaillée et rendues pénalement répréhensibles.

Le plan selon lequel les nouveaux articles sont introduits dans la loi a été établi d'une part en fonction de critères appliqués dans les instruments internationaux (p.ex. «infractions graves» au sens des Conventions de Genève de 1949) et d'autre part d'après les biens juridiques protégés et la nature des infractions. Il est néanmoins prévu de ne pas renoncer complètement à la clause générale contenue à l'art. 109 CPM : il est nécessaire de conserver une disposition s'appliquant à toutes les infractions qui ne sont pas régies expressément car des types de crimes nouveaux vont forcément apparaître au fil de l'évolution du droit international, conventionnel ou coutumier. Parallèlement, la disposition générale de l'art. 264^{undecies} AP-CP permettra, comme jusqu'à présent, de réprimer les infractions au droit international humanitaire qui méritent d'être punies, mais qui n'entrent pas dans la catégorie des infractions graves relevant du Statut de Rome dont sont inspirées les nouvelles dispositions. Comme les crimes de guerre pourront désormais aussi relever de la juridiction ordinaire²¹⁷, les dispositions pénales destinées à les réprimer ne devront pas seulement être complétées dans le CPM, mais aussi être introduites dans le CP.

2.1.5.2 Nouvelles dispositions destinées à réprimer les infractions au droit international humanitaire en cas de conflits armés (crimes de guerre)

Dans le message sur la ratification du Statut de Rome de la CPI, l'historique, les bases de droit international ainsi que la nature juridique des crimes de guerre ont

²¹⁶ Cf. ch. 1.3.1.1

²¹⁷ Cf. ch. 1.3.3.3.

déjà été présentés de manière détaillée, raison pour laquelle nous nous contentons d'y renvoyer²¹⁸. Comme les infractions auxquelles se rapportent les nouvelles dispositions dont nous proposons l'introduction dans la législation pénale sont aujourd'hui déjà punissables en Suisse (par l'intermédiaire de la clause générale de l'art. 109 CPM), elles ne seront l'objet d'un développement que dans la mesure où leur réglementation en droit suisse appelle des précisions supplémentaires.

2.1.5.2.1 Art. 264^{ter} AP-CP (Champ d'application)

Selon le droit international, les crimes de guerre sont des infractions punissables au droit international humanitaire *en cas de conflit armé*. Il est donc logique que les dispositions du titre douze^{ter} AP-CP ne soient applicables qu'en cas de conflit armé (art. 264^{ter}, al. 1, AP-CP). On considère en principe qu'il y a conflit armé lorsque des Etats ont recours aux armes pour régler un différend ou lorsqu'une lutte armée continue a lieu entre des unités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre différents de ces groupes armés à l'intérieur des frontières d'un Etat²¹⁹. Sont assimilés à un conflit armé les cas d'occupation, même si celle-ci ne rencontre aucune résistance militaire²²⁰.

Afin qu'une infraction soit considérée comme crime de guerre, il faut en outre qu'elle ait été commise en rapport avec le conflit armé²²¹. En exigeant ce lien entre le crime et le conflit, on entend assurer que les infractions visées au titre douze^{ter} AP-CP qui ont été commises à l'étranger seront punies en Suisse uniquement (art. 264^{quaterdecies} AP-CP) si les circonstances particulières du conflit armé le justifient²²². N'entrent donc pas dans le champ d'application du titre les crimes commis par exemple pour des raisons personnelles (meurtre par jalousie) durant un conflit armé, avec lequel ils n'ont toutefois aucun lien matériel. Pour peu que ce lien matériel existe, les crimes de guerre peuvent aussi être commis par des civils. Le Tribunal militaire de cassation suisse a ainsi condamné un maire rwandais pour crimes de guerre²²³. Pour que le lien entre l'acte et le conflit armé soit reconnu, il n'est pas nécessaire que des combats se soient déroulés à proximité du lieu du crime au moment où celui-ci a été commis. Il suffit qu'il existe un lien matériel entre l'acte et le conflit armé²²⁴.

²¹⁸ Cf. message sur la CPI, FF **2001** 359, 483 ss.

²¹⁹ En ce qui concerne la définition et l'utilisation de la notion de «conflit armé», voir les art. 2 et 3 communs aux conventions de Genève de 1949; l'art. 1 du PA I du 1977; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, § 568; message sur la CPI, FF **2001** 488.

²²⁰ Art. 2, par. 2, commun aux quatre conventions de Genève de 1949.

²²¹ Voir aussi les alinéas relatifs à ce sujet ad art. 8 du Statut de Rome dans les «Eléments des crimes» de la CPI, loc.cit., p. 127 ss.

²²² Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et al.*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Jugement du 12 juin 2002, § 58.

²²³ Cf. Tribunal militaire de cassation suisse, Jugement du 27 avril 2001, en l'affaire *Fulgence Niyonteze*, consid. 9b), p. 39 ss.;

²²⁴ Cf. TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, IT-98-34-T, Jugement du 31 mars 2003, § 177.

L'al. 1 fait en outre état du principe selon lequel les crimes de guerre sont punissables indépendamment du fait qu'ils ont été commis dans le contexte d'un conflit armé international entre deux ou plusieurs Etats ou dans le cadre d'un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un seul et même Etat. Une telle différenciation n'aurait en effet aucune justification matérielle : pourquoi un certain acte (utilisation d'armes biologiques, torture ou viol) serait-il considéré comme une infraction au droit des gens dans le contexte d'un conflit international, mais non s'il a lieu dans le cadre d'un conflit à caractère interne. Pour les victimes, il importe peu que ce soit dans le cadre d'un conflit international ou d'un conflit non international qu'elles ont subi une attaque aux gaz toxiques, qu'elles ont été blessées par de la munition interdite provoquant des souffrances inutiles ou que l'on s'est servi d'elles comme d'un bouclier humain, qu'elles ont été affamées par des auteurs se servant de cette tactique comme d'une méthode de guerre ou que leur ville ou village a été attaqué bien qu'il n'était pas défendu (la CPI n'a toutefois compétence pour connaître de ces crimes que s'ils ont été commis dans le contexte de conflits internationaux). A ce propos, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a récemment relevé l'absurdité d'une situation dans laquelle les Etats pourraient employer des armes prohibées dans les conflits armés internationaux pour essayer de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire²²⁵.

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la grande majorité des conflits armés a été de nature non internationale. Ce ne sont alors généralement pas des questions de nationalité qui ont divisé les belligérants, mais leur appartenance à des ethnies, des cultures, des religions ou des groupes différents. Dans le Statut de Rome, la tendance au rapprochement que l'on constate dans le droit international coutumier entre le droit applicable dans le contexte des conflits non internationaux et les règles auxquelles sont soumis les conflits internationaux – tendance qui était déjà très forte avant 1998 et qui ne cesse de se renforcer - n'a été prise en compte que partiellement. La liste des crimes de guerre reconnus dans le contexte de conflits armés internationaux que l'on y trouve est nettement plus longue que celle des crimes de guerre dans les conflits internes. Cette différenciation que l'on constate dans le Statut de Rome s'explique par le fait que le développement du droit international humanitaire applicable aux conflits non internationaux est ultérieur à celui du droit de la guerre traditionnel et que sa reconnaissance en droit international coutumier à l'époque de la conception du Statut n'était pas encore établie dans la même mesure que celle des règles de droit international applicables aux conflits armés internationaux. Depuis lors, le droit international coutumier a cependant continué de se développer.

²²⁵ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception juridictionnelle d'incompétence*, IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995, §§ 119 ss.

Compte tenu de cette situation, l'avant-projet s'écarte du Statut de Rome là où des normes conventionnelles plus récentes²²⁶, le droit coutumier ou la jurisprudence des tribunaux internationaux prévoient aujourd'hui une punissabilité plus étendue des crimes de guerre commis dans les conflits internes que le Statut de la CPI²²⁷. L'avant-projet fait donc exception au principe de l'égalité de traitement des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux uniquement dans les cas où une norme n'est pas applicable dans le contexte d'un conflit interne. Une disposition relative au traitement des prisonniers de guerre dans le cadre d'un conflit armé international, par exemple, ne peut pas s'appliquer par analogie dans le cas d'un conflit non international parce que, juridiquement, il ne peut pas y avoir de prisonniers de guerre dans un conflit interne²²⁸. Autre exemple: le transfert par la puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe²²⁹. Il appartiendra aux tribunaux d'interpréter ces exceptions de manière restrictive afin de servir au mieux l'objectif premier du droit international humanitaire, qui est d'atténuer les conséquences des conflits armés, et notamment des conflits non internationaux, sur la population civile en particulier et d'éviter aux combattants des souffrances inutiles. Comme le Conseil fédéral l'avait déjà annoncé dans son message sur la ratification du Statut de Rome de la CPI²³⁰, il procédera, en vue de la Conférence de révision qui doit être convoquée en 2009 pour examiner l'amendement du Statut (cf. art. 123, par. 1), aux travaux préparatoires nécessaires afin d'obtenir que la liste des crimes de guerre commis dans le contexte de conflits non internationaux, mais relevant néanmoins de la compétence de la CPI, soit complétée²³¹.

En mettant sur un pied d'égalité les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux, on tient en outre compte de l'évolution des conflits modernes ainsi que de l'augmentation du nombre des parties qui y sont impliqués. La nature de ces conflits – internationale ou non internationale – est parfois devenue difficile à

²²⁶ Cf. p.ex. l'amendement du 21 décembre 2001 de l'art. 1 de la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination et le message y relatif du 16 avril 2003, FF **2003** 3153 ; Convention du 18 septembre 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction («Convention d'Ottawa»), RS 0.515.092, ratifiée par la Suisse le 24 mars 1998 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} mars 1999, ainsi que le deuxième protocole du 26 mars 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, FF **2003** 5555.

²²⁷ C'est ce qui a aussi été fait en Allemagne dans le nouveau Völkerstrafgesetzbuch du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254).

²²⁸ P.ex. le retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre après la fin des hostilités (cf. art. 85, par. 4, let. b, PA I).

²²⁹ Cf. art. 85, par. 4, let. a, PA I.

²³⁰ Message sur la CPI, FF **2001** 505 s.

²³¹ Dans un contexte similaire, le Conseil fédéral avait, en prévision de la première conférence d'examen de 1995/1996 de la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (RS **0.515.091**), donné à la délégation suisse le mandat d'appuyer l'élargissement du champ d'application de la Convention et de ses protocoles aux conflits armés non internationaux, mandat qu'il a renouvelé pour la deuxième conférence d'examen; cf. FF **2003** 3157.

déterminer. Dans la jurisprudence du Tribunal ad hoc pour l'ex-Yougoslavie, par exemple, le conflit n'a pris une dimension internationale qu'à partir du moment où les troupes des Serbes de Bosnie intervenant sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine étaient contrôlées par la République fédérale de Yougoslavie dans une mesure telle que les crimes de guerre commis par les membres de ces unités ont été attribués à la République fédérale de Yougoslavie²³². Il en a été de même lorsque les actes des troupes des Croates de Bosnie ont été attribués à la Croatie²³³. Logiquement, l'appréciation d'un conflit déterminante dans l'optique des tribunaux et du droit pénal a toujours lieu a posteriori. Le droit international humanitaire a pourtant aussi un but préventif : protéger les victimes de la guerre, mais aussi les combattants, qu'il importe de préserver des armes et des méthodes de guerre allant au-delà de l'objectif légitime de tout conflit armé, qui est de mettre l'adversaire hors d'état de combattre. L'abandon de la distinction faite entre conflits internationaux et conflits non internationaux comme critère de punissabilité selon la loi ne manquera pas de faciliter la formation des soldats et de promouvoir la diffusion et le respect du droit international humanitaire.

D'un point de vue subjectif, il est supposé à l'al. 1 que l'auteur d'un crime de guerre au sens des dispositions qui suivent avait conscience, au moment du crime, que son acte venait s'inscrire dans le contexte d'un conflit armé. L'existence ou l'absence de cet état de conscience peut être déduit des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait eu connaissance de la nature du conflit ou ait cherché à déterminer s'il s'agissait d'un conflit international ou d'un conflit non international sous l'angle juridique²³⁴.

La disposition figurant à l'al. 2 de l'art. 264^{ter} AP-CP, qui assimile aux conflits armés les atteintes à la neutralité ainsi que le recours à la force pour repousser de telles atteintes, correspond à la réglementation en vigueur selon l'art. 108, al. 1, CPM.

2.1.5.2.2 Art. 264^{quater} AP-CP (Infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949)

L'art. 264^{quater} AP-CP contient la liste des actes que l'on qualifie d'«infractions graves» aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949²³⁵. Parmi ces infractions, citons notamment le meurtre, la torture et les traitements inhumains, la destruction ou l'appropriation de biens à caractère civil, l'enrôlement de force de

²³² TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Jugement du 15 juillet 1999, §§ 68-171.

²³³ TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Jugement du 3 mars 2000, §§ 95 ss.

²³⁴ Cf. Introduction à l'art. 8 des «Eléments des crimes» de la CPI, loc.cit., p. 128.

²³⁵ Pour plus de détails, cf. art. 50 CG I, art. 51 CG II, art. 130 CG III et art. 147 CG IV.

prisonniers de guerre, le refus d'une procédure impartiale²³⁶, la déportation et le transfert illégal²³⁷ ainsi que la prise d'otages²³⁸. Ces infractions graves sont considérées comme des crimes de guerre si elles ont été commises dans le cadre d'un conflit armé international ou dans des territoires occupés contre des catégories de personnes protégées²³⁹. Le cercle des personnes protégées diffère d'une convention à l'autre. La première convention de Genève vise ainsi avant tout à protéger les soldats blessés ou malades ainsi que le personnel médical et religieux. La deuxième convention de Genève vient compléter ce cercle de personnes en y ajoutant les membres des forces armées qui ont fait naufrage. La troisième convention protège les prisonniers de guerre et les personnes qui leur sont assimilés. Quant à la quatrième convention de Genève, elle protège les civils qui se retrouvent au pouvoir de la partie adverse et dont elles ne sont pas ressortissantes²⁴⁰ ainsi que les personnes apatrides.

Dans la doctrine et la jurisprudence, la question de savoir si les «violations graves» au sens des conventions de Genève sont aussi applicables dans le contexte des conflits armés non internationaux a donné lieu à des discussions controversées ces derniers temps. Si l'on considère d'une part les actes concrets que recouvre la notion d'infractions graves, on constate qu'une telle interprétation n'est pas exclue puisque le droit international coutumier, comme le confirment notamment l'art. 3 commun aux quatre conventions de Genève ainsi que les art. 4, al. 2, et 17 PA II, oblige les Etats à poursuivre pénalement ces crimes comme des infractions graves au droit international humanitaire même s'ils ont été commis dans des conflits non internationaux. D'autre part, on ne peut pas ignorer le fait que, sur le plan formel, l'application des dispositions relatives aux infractions graves dans le contexte de conflits à caractère interne n'est pas prévue par les conventions de Genève, dont le

²³⁶ Le fait de priver intentionnellement une personne protégée de son droit à être jugée de manière régulière et impartiale (art. 264^{quater}, al. 1, let. f, AP-CP), qui est considéré comme un crime de guerre selon la troisième et la quatrième conventions de Genève ainsi qu'en vertu de l'art. 8, par. 2, let. a, ch. VI, du Statut de Rome, est encore concrétisé à l'art. 8, par. 2, let. c, ch. IV, du Statut de Rome : selon cette disposition, sont également considérées comme crimes de guerre notamment les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables.

²³⁷ La déportation ou le transfert illégal (art. 264^{quater}, al. 1, let. g, AP-CP) constitue une violation de la quatrième convention de Genève lorsqu'une personne protégée est déportée ou transférée de force dans un autre Etat ou dans une autre région à l'intérieur du pays ou d'un territoire occupé.

²³⁸ Pour une analyse plus détaillée du contenu des «infractions graves», nous renvoyons au message sur la CPI, FF **2001** 491 s.

²³⁹ Art. 12, 13 et 24-27 CG I; art. 12 et 13 ainsi que 36 et 37 CG II; art. 4 et 33 CG III, art. 4 et 13 CG IV.

²⁴⁰ Sont aussi punissables les crimes de guerre dont la victime possède la même nationalité que l'auteur, si la victime ne bénéficiait plus de la protection de son pays d'origine ou de la partie au conflit aux mains de laquelle elle se trouvait (p.ex. minorités ethniques); cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Jugement du 15 juillet 1999, §§ 164 ss; confirmé par TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, IT-98-34-T, Jugement du 31 mars 2003, § 207.

libellé doit être replacé dans le contexte de l'époque²⁴¹: en 1949, lorsque les conventions de Genève ont vu le jour, une extension de leur champ d'application aux conflits non internationaux aurait été comprise comme une immixtion inadmissible dans les affaires intérieures des Etats. Relevons encore que certaines des infractions graves ne peuvent pas, en raison de leur nature, être transposées telles quelles dans le contexte des conflits nationaux. Alors que les conventions de Genève interdisent par exemple à un Etat de contraindre les prisonniers de guerre ou la population civile des zones occupées à servir dans ses propres forces armées, il a le droit, sur le territoire relevant de sa souveraineté, de recruter ses propres nationaux pour renforcer ses unités de combat.

Compte tenu de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence internationales en ce qui concerne le champ d'application des infractions graves aux conventions de Genève de 1949, il serait préférable que la validité de l'art. 264^{quater} AP-CP ne soit pas automatiquement étendue aux conflits armés non internationaux. Selon l'al. 2 de l'art. 264^{quater} AP-CP, les actes énumérés à l'al. 1 sont punissables dans le contexte d'un conflit armé non international uniquement s'ils sont dirigés contre une personne protégée par le droit international humanitaire²⁴² ou contre un bien protégé. Cette disposition n'équivaut pas à une transposition automatique de la notion d'infractions graves dans des situations de conflits armés internes, mais à une reprise des éléments essentiels de ces infractions graves, punissables dans le contexte de conflits armés internationaux, et à une extension de leur application aux conflits non internationaux pour des raisons humanitaires²⁴³, le principe de cette opération étant cautionné par l'art. 3 des quatre conventions de Genève ainsi que par l'art. 4, al. 2, et par l'art. 17 PA II.

2.1.5.2.3 Art. 264^{quinquies} à art. 264^{decies} AP-CP (Autres crimes de guerre)

Les fondements de droit international sur lesquels reposent les art. 264^{quinquies} à 264^{decies} AP-CP sont notamment les «convention et déclarations de La Haye» de 1899 et 1907, les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs deux protocoles additionnels du 8 juin 1977, sans oublier le droit international coutumier. L'interdiction des crimes de guerre par le droit international coutumier revêt une importance particulière dans les conflits armés non internationaux parce que plusieurs des instruments cités ne prévoient pas encore l'application de leurs dispositions aux conflits à caractère interne. Contrairement à l'art. 264^{quater} AP-CP, certaines dispositions des art. 264^{quinquies} à 264^{decies} AP-CP ne protègent pas

²⁴¹ Cf. aussi TPIY, Chambre d'appel, le *Procureur c. Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, Arrêt du 2 octobre 1995, §§ 80 ss.

²⁴² En font partie les membres des forces armées et les combattants ennemis qui ont déposé leurs armes ou qui sont hors combat pour cause de maladie ou de blessure, parce qu'ils ont été capturés ou pour toutes autres raisons, la population civile ainsi que le personnel médical et religieux, pour autant qu'ils ne prennent pas directement part aux hostilités.

²⁴³ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *Procureur c. Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, Arrêt du 2 octobre 1995, § 126.

uniquement les civils et les personnes qui ne prennent plus part aux hostilités, mais aussi les combattants qui ne se sont pas rendus et qui ne se trouvent pas non plus hors combat.

Les catégories de crimes suivantes ont été classées en fonction des biens juridiques protégés ou de la nature des infractions visées:

- Attaque contre des civils ou des biens de caractère civil (art. 264^{quinquies} AP-CP) ;
- Atteintes à la dignité de la personne et à l'intégrité physique et sexuelle (art. 264^{sexies} AP-CP) ;
- Recrutement ou utilisation d'enfants de moins de quinze ans dans le cadre d'hostilités (art. 264^{septies} AP-CP) ;
- Violations des règles relatives à la conduite des hostilités (art. 264^{octies} AP-CP) ;
- Utilisation d'armes prohibées (art. 264^{novies} AP-CP) ;
- Rupture d'un armistice ou de la paix. Délit contre un parlementaire. Retardement du rapatriement de prisonniers de guerre (art. 264^{decies} AP-CP) ;
- Autres infractions au droit international humanitaire (art. 264^{undecies} AP-CP).

2.1.5.2.3.1 Art. 264^{quinquies} AP-CP (Attaque contre des civils ou des biens de caractère civil)

En temps de guerre, la priorité absolue doit être accordée à la protection de la population civile et des autres personnes ne prenant pas directement part aux opérations militaires. Il importe également de protéger les biens civils qui ne sont pas utilisés à des fins militaires. Les attaques délibérées dirigées contre la population civile (art. 264^{quinquies}, al. 1, let. a, AP-CP) et des biens civils (art. 264^{quinquies}, al. 1, let. b AP-CP) sont considérées comme des crimes de guerre. Une attaque contre la population civile ou des biens de caractère civil n'est pas non plus admise comme moyen de représailles. Celles-ci sont en effet interdites par le droit international coutumier²⁴⁴. En vertu des dispositions correspondantes du Statut de Rome (art. 8, par. 2, let. b, ch. i et ii) ainsi que des «Eléments des crimes» y relatifs, l'attaque contre des personnes ou des biens qui ne sont pas des objectifs militaires (de même que les actes décrits à l'art. 264^{quinquies}, al. 1, let. c, AP-CP) ne constitue pas une infraction matérielle, mais une infraction de mise en danger. Ce ne sont pas les dommages causés dans la population civile ou aux biens à caractère civil qui constituent l'élément répréhensible de l'acte, mais le déclenchement de l'attaque. Dans ce cas, une attaque ratée n'est donc pas considérée comme une simple tentative, mais comme un crime de guerre accompli.

La protection du personnel, des installations, du matériel, des unités et des véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix

²⁴⁴ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Jugement du 14 janvier 2000, § 515 et §§ 527 ss; cf. aussi art. 51, par. 6, et art. 52, par. 1, PA I.

conformément à la Charte des Nations Unies (art. 264^{quinquies}, al. 1, let. c, AP-CP) est une forme spécifique de la protection absolue accordée à la population et aux biens civils contre toute attaque délibérée. La qualification expresse de ce type d'attaques de crimes de guerre (c'est dans le Statut de Rome qu'elle a figuré pour la toute première fois) est l'expression de la vulnérabilité particulière des personnes engagées dans des missions d'aide humanitaire ou de maintien de la paix : elles ne peuvent très souvent pas compter sur la protection de l'Etat sur le territoire duquel se déroule leur mission ou sur la protection des forces d'occupation. Pour prendre un exemple récent, rappelons le cas de l'attaque du 19 août 2003 contre le quartier général de l'ONU en Iraq, qui avait causé la mort de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurait Sergio Vieira de Mello, envoyé spécial de l'ONU. Ne bénéficient pas de la protection de ces dispositions les missions de l'ONU ayant pour but non seulement de maintenir, mais d'imposer la paix par la force ainsi que les missions ayant pris une telle tournure. Les membres de ces unités ont le statut de combattants et n'entrent donc plus dans la catégorie des personnes protégées par le droit international humanitaire²⁴⁵.

Selon l'art. 264^{quinquies}, al. 1, AP-CP, sont aussi considérées comme crimes de guerre l'attaque contre une localité non défendue ou une zone démilitarisée qui ne constituent pas des objectifs militaires (let. d) ainsi que l'attaque contre un bâtiment, du matériel, des unités sanitaires ou leur matériel, utilisant, conformément au droit international, un signe distinctif ou un autre moyen d'identification indiquant qu'ils sont protégés en vertu des conventions de Genève et du protocole additionnel I. Si le signe distinctif fait défaut, ces dispositions sont néanmoins applicables à condition que l'attaquant ait reconnu le caractère protégé des personnes ou objets visés malgré l'absence du signe distinctif en question (p.ex. dans le cas d'un hôpital de campagne) (let. e). La let. f interdit les attaques contre les biens culturels, les personnes chargées de la protection de biens culturels, les moyens de transport affectés au déplacement de biens culturels, les édifices consacrés au culte religieux, à l'enseignement, à la science ou à l'action caritative ou encore contre des hôpitaux ou des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés. Dans tous les cas, il doit s'agir d'attaques délibérées. Ce type d'actes est déjà réprimé à l'art. 111 CPM en vigueur.

2.1.5.2.3.2 Art. 264^{sexies} AP-CP (Atteintes à la dignité de la personne, à l'intégrité physique, à la santé physique et mentale ainsi qu'au droit à l'autodétermination sexuelle)

L'atteinte à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants ou dégradants (art. 264^{sexies}, al. 1, let. a, AP-CP), est considérée comme un crime de

²⁴⁵ On retrouve cette distinction à l'art. 2, par. 2, de la Convention du 9 décembre 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, qui est entrée en vigueur le 15 janvier 1999, mais qui n'a pas encore été signée par la Suisse.

guerre par le droit international humanitaire lorsque la gravité de l'acte est telle qu'il pouvait être généralement perçu comme gravement attentatoire à la dignité humaine²⁴⁶. La gravité doit être déterminée en fonction de critères objectifs, compte tenu de la situation spécifique de la victime. S'il n'est pas indispensable que la victime ait eu conscience du caractère humiliant ou dégradant du traitement qu'elle a subi, il n'est pas non plus possible de tenir compte de la sensibilité personnelle de chacun. Le contexte culturel de la victime doit toutefois être pris en compte²⁴⁷. Il y a en tous les cas atteinte à la dignité humaine lorsqu'une personne se voit dénier sa qualité d'être humain²⁴⁸. Dans sa jurisprudence, le tribunal ad hoc pour l'ex-Yougoslavie a qualifié d'atteinte à la dignité de la personne l'obligation faite aux prisonniers de danser nus sur les tables ou de faire leurs besoins dans leurs vêtements.

Selon l'art. 264^{sexies}, al. 1, let. b, AP-CP, sont aussi pénalement répréhensibles les atteintes à l'intégrité physique (plus particulièrement les mutilations), notamment dans le contexte d'expériences médicales ou scientifiques sur des personnes protégées, lorsque ces expériences ne sont ni conformes aux principes de la médecine ni effectuées dans l'intérêt du patient. Est ainsi punissable, par exemple, celui qui procéderait à une intervention chirurgicale qui n'est pas commandée par l'état de la victime et qui a pour résultat une mutilation durable, même si la santé de la victime ne s'en trouve pas affectée.

La disposition de l'art. 264^{sexies}, al.1, let. c, AP-CP permet de punir les atteintes graves au droit à l'autodétermination sexuelle, à savoir le viol, l'esclavage sexuel, les actes analogues à l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel d'une gravité comparable, la prostitution forcée, la grossesse forcée ainsi que la stérilisation forcée. Comme ces infractions correspondent exactement à celles qui ont déjà été décrites dans le contexte des crimes contre l'humanité, nous renvoyons au développement figurant à ce chapitre²⁴⁹.

2.1.5.2.3.3 Art. 264^{septies} AP-CP (Recrutement ou participation aux hostilités d'enfants de moins de quinze ans)

Selon l'art. 264^{septies} AP-CP, est punissable celui qui procède à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou qui les fait participer activement aux hostilités ou au soutien des troupes engagées dans les hostilités. Cette disposition s'applique aussi si l'auteur a

²⁴⁶ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et al.*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, jugement du 12 juin 2002, §§ 161 s.

²⁴⁷ Cf. note 49 ad ch. 2 de l'art. 8, par. 2, let. xxi, des «Éléments des crimes» de la CPI, loc. cit. p. 143.

²⁴⁸ Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF **1992** III 265.

²⁴⁹ Ch. 2.1.4.2.3.8 et ch. 2.1.4.2.3.3

négligé de vérifier l'âge des enfants et a donc pris le risque de recruter des enfants de moins de quinze ans.

Relevons à ce propos que la Suisse a déclaré à l'occasion de sa ratification du Protocole facultatif à la Convention sur les droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés²⁵⁰, que l'âge minimum pour l'engagement de volontaires dans ses forces armées était de 18 ans. La législation suisse a été adaptée en conséquence²⁵¹. S'il serait souhaitable que l'âge minimum soit aussi relevé dans la disposition pénale relative aux crimes de guerre, force est de constater que l'âge minimum de 18 ans ne s'est pas encore imposé dans le droit international coutumier. Compte tenu du principe d'universalité, il n'est donc pas encore possible d'appliquer l'âge minimum de 18 ans dans une procédure pénale en Suisse qui porterait sur le recrutement d'enfants à l'étranger, raison pour laquelle les dispositions du CP et du CPM sont basées sur l'âge minimum de quinze ans prévu à l'art. 8, par. 2, let. b, ch. xxvi du Statut de Rome.

2.1.5.2.3.4 Art. 264^{octies} AP-CP (Violations des règles relatives à la conduite des hostilités)

Selon l'art. 264^{octies}, al. 1, let. a, AP-CP, une attaque est considérée comme crime de guerre si l'auteur savait ou devait partir du principe qu'elle allait causer des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dégâts aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui sont excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. En vertu du Protocole additionnel de 1977²⁵², cette norme s'applique non seulement aux conflits armés internationaux, mais aussi, notamment selon le droit international coutumier, aux conflits armés à caractère non-international. Contrairement à l'art. 264^{quinquies}, al. 1, let. a et b, AP-CP, l'attaque au sens de l'art. 264^{octies} AP-CP ne doit pas avoir été dirigée délibérément contre des civils ou des biens de caractère civil : l'auteur est puni pour avoir lancé une attaque contre un objectif militaire en ayant conscience qu'elle risquait de toucher de manière excessive des civils, des infrastructures civiles ou l'environnement (ce que l'on appelle «dommages collatéraux» dans le contexte des attaques menées sans distinction). Sont aussi pénalement répréhensibles les attaques dirigées contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses susceptibles de toucher la population et les biens civils ou l'environnement de manière excessive²⁵³. Subjectivement, l'auteur doit, au moment de l'attaque, avoir eu connaissance des faits responsables de la disproportion entre les dégâts civils et l'avantage militaire

²⁵⁰ RS **0.107.1**. Le Protocole facultatif est entré en vigueur pour la Suisse le 26 juillet 2002.

²⁵¹ Cf. art. 7, al. 2, de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (**RS 510.10**), art. 8 de l'ordonnance sur le recrutement (**RS 511.11**), art. 45 de l'ordonnance concernant les obligations militaires (**RS 512.21**).

²⁵² RS **0.518.521**. Cf. art. 35, ch. 3, art. 51, ch. 4 et 5, art. 55, ch. 1, et 85, ch. 3, let. b et c, PA I.

²⁵³ Cf. art. 85, par. 3, let. c, PA I.

escomptés²⁵⁴. Une erreur d'appréciation commise sur la base des informations disponibles – suffisantes d'un point de vue objectif – n'exclut pas d'emblée la préméditation, mais doit être appréciée en fonction des règles générales en matière d'erreur.

Le crime de guerre consistant à déplacer des civils ou à profiter de leur présence pour empêcher l'attaque de lieux, de zones ou d'unités déterminés (art. 264^{octies}, al 1, let. b, AP-CP) recouvre l'utilisation de ce que l'on qualifie communément de «boucliers humains». L'auteur est punissable non seulement s'il profite de la présence de personnes protégées, de civils par exemple, mais aussi s'il déplace ces personnes dans le seul but de tirer parti de leur présence au lieu de destination. Ces dispositions s'appliquent également si l'auteur procède de manière inverse, en amenant intentionnellement des unités ou des équipements à proximité de civils ou d'autres personnes protégées (p.ex. à proximité de colonnes de réfugiés) pour protéger le personnel ou le matériel militaire de toute attaque. La nouvelle norme vise du reste non seulement l'utilisation de boucliers humains pour éviter l'attaque d'objectifs militaires, mais aussi l'abus de la présence de civils pour protéger, favoriser ou gêner des opérations de combat²⁵⁵.

Le fait de priver des civils de biens indispensables à leur survie constitue une autre violation des règles relatives à la conduite des hostilités (art. 264^{octies}, al. 1, let. c, AP-CP). Cette disposition vise non seulement le fait d'«affamer» la population, pour reprendre le terme utilisé à l'art. 8, par. 2, let. b, ch. xxv, du Statut de Rome, mais s'applique de façon plus large. La privation de nourriture ne représente en effet qu'un aspect de l'infraction plus générale consistant à priver la population civile de biens indispensables à sa survie (médicaments, par exemple) ou à empêcher l'envoi de secours prévus par le droit international humanitaire²⁵⁶. Il n'est pas nécessaire que des personnes meurent à la suite des actes visés par la disposition pour que le crime soit considéré comme accompli. Il suffit, comme le précisent les Eléments des crimes relatifs à l'art. 8, par. 2, ch. xxv, du Statut de Rome, que l'auteur prive des civils de biens indispensables à leur survie comme méthode de guerre.

Selon l'art. 264^{octies}, al. 1, let. d, AP-CP, est punissable celui qui tue ou blesse un adversaire combattant qui s'est rendu ou qui, de toute autre manière, n'a plus les moyens de se défendre et se trouve donc hors combat. Cette définition s'applique aussi aux combattants blessés ainsi qu'aux prisonniers de guerre. L'art. 112, al. 1, CPM contient déjà une disposition analogue.

Tombent sous le coup de la disposition interdisant de tuer ou de blesser un adversaire de manière perfide (art. 264^{octies}, al. 1, let. e, AP-CP) les actes sournois visant à amener l'adversaire à se croire protégé par le droit international humanitaire ou à accorder une telle protection. L'auteur agit en ayant l'intention d'abuser de la

²⁵⁴ La réserve de la Suisse portant sur l'art. 57 PA I prévoit également que sont déterminantes les informations dont l'auteur disposait au moment où il a pris la décision d'attaquer. La restriction de la responsabilité aux militaires de haut rang doit être interprétée d'une manière qui soit compatible avec les obligations de la Suisse résultant du Statut de Rome. Le retrait de cette réserve formulée par la Suisse est actuellement à l'examen.

²⁵⁵ Cf. ch. 2 de l'art. 8, par. 2, let. xxiii, des «Eléments des crimes» de la CPI, loc.cit., p. 146.

²⁵⁶ Cf. aussi art. 54 PA I.

confiance de la victime²⁵⁷. L'injustice particulière inhérente à ce crime réside dans les conséquences de l'abus des normes de protection du droit humanitaire, car cet abus augmente les risques de voir la partie adverse finir par ne plus les respecter elle non plus. Ce qui n'est pas interdit, en revanche, c'est ce que l'on qualifiera de «ruses de guerre» : elles ont pour but de tromper l'ennemi ou de l'inciter à une certaine imprudence. Ces ruses de guerre ne constituent pas des infractions au droit international humanitaire parce qu'elles ne visent pas à inciter l'ennemi à compter sur la protection résultant de ce droit²⁵⁸.

Le fait d'ordonner qu'il ne sera pas fait de quartier est un crime de guerre (art. 264^{octies}, al. 1, let. g, AP-CP) si l'auteur a donné l'ordre de ne laisser la vie sauve à personne, s'il menace l'ennemi de ne pas faire de quartier ou s'il conduit les hostilités sur cette base.

La disposition interdisant le pillage (art. 264^{octies}, al. 1, let. h, AP-CP) a pour but de protéger la propriété privée et les biens publics. Elle vise non seulement les actes individuels de certains soldats, mais aussi la confiscation de biens dans le contexte de la mise à sac systématique de l'économie en zone occupée²⁵⁹. Elle ne s'applique par contre qu'à l'appropriation de biens pour l'usage privé ou personnel et non à la réquisition de biens justifiée par les impératifs du conflit armé qui, elle, est légale. L'infraction est déjà interdite aux termes de l'art. 139 CPM. En temps de guerre, cette disposition s'applique aujourd'hui déjà non seulement aux ressortissants suisses, mais aussi aux personnes de nationalité étrangère²⁶⁰. La nouvelle disposition vise également ce que l'on qualifie de «brigandage de guerre», à savoir le vol commis sur le champ de bataille au détriment de combattants blessés ou malades. Ce type d'infraction est déjà puni aux termes de l'art. 140 du CPM en vigueur. Dans l'avant-projet, l'autre variante d'infraction visée à l'art. 140 CPM ainsi que l'acte réprimé à l'art. 112, al. 2, CPM (mutilation d'un mort) font l'objet d'une disposition spéciale, contenue à l'art. 264^{octies}, al. 1, let. f, AP-CP.

Selon l'art. 264^{octies}, al. 1, let. i, AP-CP, est punissable celui qui, en violation du droit international humanitaire, abuse délibérément du pavillon parlementaire, du drapeau, des insignes militaires ou de l'uniforme de l'ennemi ou des Nations Unies, ou encore des signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève et leurs protocoles (p.ex. Croix-Rouge, Croissant-Rouge, signes distinctifs des biens culturels) ou d'autres signes ou méthodes de protection reconnus. Une disposition analogue se trouve déjà à l'art. 110 CPM en vigueur. Dans toutes ces situations, l'intention de l'auteur est d'abuser de la confiance que l'ennemi place dans ces signes et

²⁵⁷ On trouve à l'art. 37, ch. 1, PA I les exemples suivants de comportements perfides: feindre l'intention de négocier sous le couvert du pavillon parlementaire, ou feindre la reddition, feindre une incapacité de combattre due à des blessures ou à la maladie, feindre d'avoir le statut de civil ou de non-combattant, feindre d'avoir un statut protégé en utilisant des signes, emblèmes ou uniformes des Nations Unies, d'Etats neutres ou d'autres Etats non parties au conflit.

²⁵⁸ On trouve à l'art. 37, ch. 2, PA I les exemples suivants de ruses de guerre non interdites: usage de camouflages, de leurres, d'opérations simulées et de faux renseignements.

²⁵⁹ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-T, Jugement du 16 novembre 1998, §§ 587 ss.

²⁶⁰ Art. 4, al. 2, CPM; voir aussi Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, art. 140, p. 406 n. 4.

emblèmes aux fins de commettre un acte hostile. Conformément à l'art. 110 CPM en vigueur, mais à la différence des dispositions correspondantes du Statut de Rome et du PA I, il est prévu dans l'avant-projet de considérer toute utilisation illégale de ces signes de protection, drapeaux et uniformes comme violation du droit international humanitaire. La punissabilité de l'acte n'est pas subordonnée à la condition qu'il ait causé la mort d'une personne ou l'ait blessée, car l'abus de ces signes distinctifs recèle, en tant que tel, le risque qu'ils finissent par ne plus être observés. Si des personnes sont tuées ou blessées en conséquence de l'abus, l'acte tombera sous le coup de la disposition de l'art. 264^{octies}, al. 1, let. e, AP-CP.

Aux termes de l'art. 264^{octies}, al. 1, let. j, AP-CP, est punissable celui qui, en tant que membre d'une puissance d'occupation, déplace une partie de la population civile de cette dernière dans la zone occupée. Cette interdiction vise essentiellement à empêcher la colonisation de territoires occupés, qui peut avoir des conséquences économiques et existentielles graves pour la population autochtone.

2.1.5.2.3.5 Art. 264^{novies} AP-CP (Utilisation d'armes prohibées)

La disposition interdisant l'utilisation de poison ou d'armes empoisonnées (art. 264^{novies}, al. 1, let. a, AP-CP) vise aussi les cas dans lesquels la libération de substances toxiques n'est pas recherchée délibérément, mais se produit de manière accessoire.

Est aussi considérée comme crime de guerre l'utilisation d'armes biologiques ou chimiques, y compris de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires ou de tous liquides, matières ou engins ayant des effets analogues, au sens de l'art. 264^{novies}, al. 1, let. b, AP-CP²⁶¹. L'interdiction de l'utilisation de telles armes de destruction massive repose sur les principes fondamentaux du droit international humanitaire, considérant comme illégale l'utilisation d'armes ainsi que de moyens et de méthodes de guerre qui touchent civils et combattants sans aucune distinction, qui sont de nature à causer des effets traumatiques excessifs et des maux superflus, ou qui peuvent causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel. Si l'on cherche en vain une interdiction expresse et absolue de l'utilisation des armes biologiques ou chimiques dans le Statut de Rome²⁶², cette lacune existe pour des raisons bien concrètes: au moment de l'adoption du Statut, il n'a pas été possible de trouver un compromis entre les puissances nucléaires d'une part, qui souhaitent interdire uniquement l'utilisation des armes biologiques et chimiques, et un groupe d'autres Etats d'autre part, qui étaient favorables à une interdiction de l'utilisation des armes nucléaires, mais qui voulaient se réserver la possibilité, en cas de guerre, de

²⁶¹ Ne relève en revanche pas de cette disposition l'utilisation de substances chimiques toxiques telles que les gaz lacrymogènes ou le spray au poivre. Ces produits ne sont en effet pas utilisés comme des armes de guerre, mais pour équiper la police et les forces de l'ordre en prévision de leurs engagements de protection de l'ordre public dans le contexte de missions de maintien de la paix.

²⁶² L'art. 8, par. 2, let. b, ch. xviii, s'applique uniquement aux actes visés par le Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, RS **0.515.105**.

répondre à une attaque nucléaire au moyen d'armes biologiques ou chimiques. Soucieux de ne pas mettre en péril l'ensemble du Statut de Rome, on a fini par convenir de renoncer à toute interdiction expresse des „armes ABC“. L'utilisation d'armes biologiques et chimiques est toutefois interdite par des conventions internationales spéciales²⁶³.

L'interdiction de certaines munitions dans le contexte de conflits armés (art. 264^{novies}, al. 1, let. c, AP-CP) vise les balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain et provoquent ainsi des maux superflus («balles doum doum»).

Formulée de façon plus générale, la disposition de l'art. 264^{novies}, al. 1, let. d, AP-CP réprime l'utilisation dans les conflits armés d'armes, de projectiles ou de matières de nature à causer des maux superflus ou, en infraction au droit international humanitaire, à frapper indistinctement civils et combattants²⁶⁴, à condition que ces armes, projectiles ou matières fassent l'objet d'une interdiction générale en droit international. Cette interdiction vise par exemple des armes produisant des éclats qui, dans le corps humain, restent invisibles à la radiographie²⁶⁵ ou certaines armes aveuglantes fonctionnant au laser, destinées à provoquer chez l'adversaire une cécité durable²⁶⁶. En application de cette règle, l'utilisation d'armes nucléaires est elle aussi, sans aucun doute, contraire aux principes fondamentaux du droit international humanitaire²⁶⁷. L'utilisation des mines antipersonnel, par contre, ne fait pas encore l'objet d'une interdiction complète en droit international, même si le nombre des Etats ayant ratifié la convention d'Ottawa, interdisant l'utilisation de mines antipersonnel d'une manière générale, ne cesse d'augmenter²⁶⁸.

L'art. 264^{novies}, al. 1, let. d, AP-CP reprend l'art. 8, par. 2, let. b, ch. xx, du Statut de Rome. Cette disposition a ceci de particulier que la CPI ne pourra exercer sa juridiction qu'à partir du moment où ces armes, projectiles ou matières destinés à être utilisés dans le contexte d'un conflit armé feront l'objet d'une interdiction générale et seront, après amendement du Statut, énumérés dans une annexe à ce dernier. L'adjonction d'une telle annexe pourra être décidée au plus tôt à la faveur de

²⁶³ Cf. Convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (RS **0.515.07**) et Convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (RS **0.515.08**). Cf. art. 7 de la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG), RS **514.51**.

²⁶⁴ Pour ce qui est de l'interdiction absolue d'armes de ce type, voir aussi le message du 16 avril 2003 concernant l'amendement du 21 décembre 2001 de l'art. 1 de la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, FF **2003** 3153.

²⁶⁵ Protocole relatif aux éclats non localisables (en annexe à la Convention sur les armes classiques), RS **0.515.091**.

²⁶⁶ Protocole relatif aux armes à laser aveuglantes, RS **0.515.091.1**.

²⁶⁷ Voir l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé.

²⁶⁸ Cf. Convention du 18 septembre 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, RS **0.515.092**.

la première Conférence de révision du Statut, prévue en 2009²⁶⁹. En vue de cette conférence, le Conseil fédéral a l'intention de soutenir les efforts visant à dresser une liste de ces armes, munitions, substances et méthodes de guerre illicites.

2.1.5.2.3.6 Art. 264^{decies} AP-CP (Rupture d'un armistice ou de la paix)

L'art. 264^{decies}, al. 1, let. a et b, AP-CP correspond à l'art. 113, let. c, CPM en vigueur, l'art. 264^{decies}, al. 1, let. c, AP-CP à l'actuel art. 114 CPM (Infractions contre un parlementaire). L'infraction consistant à retarder d'une manière injustifiée le rapatriement de prisonniers de guerre après la fin des hostilités actives (let. d) est considérée comme une violation grave du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949²⁷⁰ et donc punissable comme crime de guerre.

2.1.5.2.3.7 Art. 264^{undecies} AP-CP (Autres infractions au droit international humanitaire commises dans le contexte d'un conflit armé)

Comme nous l'avons déjà exposé précédemment²⁷¹, le concept de l'avant-projet de loi destiné à la transposition dans notre législation des règles de droit pénal international contraignantes pour la Suisse repose sur deux impératifs: d'une part, le principe de légalité applicable en droit pénal doit être respecté de manière optimale, ce qui signifie que les justiciables doivent pouvoir savoir si leurs actes constituent ou non des infractions pénales au droit des gens, raison pour laquelle les crimes de guerre, en particulier, qui relèvent subsidiairement de la juridiction de la Cour pénale internationale, doivent figurer expressément dans la législation suisse ; d'autre part, il importe d'assurer que les crimes de guerre d'un type nouveau, plus rares ou moins graves, sont punissables en droit suisse même s'ils ne sont pas expressément régis par la loi, mais uniquement par le droit international²⁷².

Selon la clause générale de l'art. 264^{undecies} AP-CP, qui correspond très largement à l'art. 109 CPM en vigueur, les infractions au droit international humanitaire qui ne sont pas réprimées par les art. 264^{quater} à 264^{decies} AP-CP sont donc malgré tout punissables en droit suisse, à condition qu'elles enfreignent une norme du droit international humanitaire dont la violation est punissable en vertu du droit international coutumier, d'une convention internationale ou du statut d'une cour pénale internationale dont la compétence est reconnue par la Suisse.

²⁶⁹ Cf. art. 121 et 123 du Statut de Rome.

²⁷⁰ Cf. art. 85, par. 4, let. b, PA I.

²⁷¹ Cf. ch. 1.3.1.2.1

²⁷² On a ainsi renoncé à reprendre expressément dans le CP et le CPM la disposition de l'art. 8, par. 2, let. b, ch. xiv, du Statut de Rome, issue d'une formulation ancienne reprise de l'art. 23, let. h, du Règlement de la Convention de la Haye IV de 1907.

En introduisant une telle disposition générale dans le CP et en maintenant celle qui existe déjà dans le CPM, on atteint deux objectifs :

Premièrement, on garantit que les actes contraires au droit des gens qui ont été commis dans le contexte d'un conflit armé, mais qui ne tombent pas sous le coup des dispositions pénales commentées plus haut continuent d'être punissables en Suisse sans toutefois surcharger notre législation pénale par la définition expresse de ces actes soit peu courants, soit différents en certains points des infractions décrites de manière précise. La codification exhaustive de tous les interdits reconnus par le droit international humanitaire représenterait un travail énorme et ne permettrait pas, malgré tout, d'éliminer tous les recouvrements et de garantir que tous les comportements punissables ont été pris en compte de manière suffisante.

Deuxièmement, l'art. 264^{undecies} AP-CP s'applique aussi à toutes les conventions qui seront ratifiées à l'avenir, de même qu'à toutes les évolutions du droit international coutumier, évitant ainsi au législateur de devoir modifier la loi dans chaque cas. Cette disposition est donc garante d'une certaine souplesse dans l'application des normes du droit pénal international en Suisse.

2.1.5.3 Peines

Les crimes de guerre visés par le Statut de Rome, en fonction duquel on a choisi les infractions devant être régies dans le CP et le CPM, sont parmi les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble. Cela explique pourquoi la peine prévue dans ces cas est généralement la peine maximale, soit la réclusion à vie, ou alors une peine de réclusion limitée dans le temps. En dépit de la gravité de ces actes, il importe de reconnaître que l'injustice commise est loin d'être la même dans tous les cas d'infraction au droit international humanitaire. Pour en tenir compte, on a parfois opté pour une peine échelonnée en fonction du degré d'injustice inhérent à l'acte dans la situation concrète. Compte tenu de la gravité des crimes en cause, les peines prévues dans l'avant-projet – comme dans le Statut de Rome d'ailleurs – sont toutes des peines privatives de liberté. Le fait qu'elles soient parfois plus lourdes que celles qu'encourent les auteurs de crimes « ordinaires » réprimés par le CP s'explique par les conditions dans lesquelles les crimes de guerre sont commis : elles facilitent la tâche de l'auteur et rendent encore plus difficile la situation de la victime qui cherche à se défendre. Cela vaut tout particulièrement lorsque les crimes sont commis de façon collective.

2.1.6 Titre douze^{quater} AP-CP (Dispositions communes)

Le crime de génocide ainsi que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ont différents points communs appelant une réglementation spécifique. Comme celle-ci n'est toutefois pas applicable aux autres infractions ou ne l'est que de façon très restreinte, il paraît logique de ne pas l'introduire dans la Partie générale du CP, mais

de lui consacrer un titre spécial, à la suite de la réglementation des crimes en question. Cette manière de procéder n'est pas nouvelle puisqu'elle a déjà été appliquée à d'autres catégories d'infractions²⁷³.

2.1.6.1 Art. 264^{duodecies} AP-CP (Punissabilité du supérieur)

2.1.6.1.1 Fondements de droit international

En vertu de l'art. 1 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 destinées à protéger les victimes de la guerre, les parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire. La mise en pratique de cet engagement incombe aux commandants militaires : ils sont tenus de surveiller les troupes dont ils ont effectivement le contrôle et de veiller à ce qu'elles respectent les règles du droit international humanitaire²⁷⁴.

Depuis 1949, le droit international a évolué et ne limite plus la responsabilité aux commandants militaires au sens strict. Toute personne, quel que soit son statut, civil ou militaire, peut être rendue responsable d'infractions au droit international humanitaire commises par ses subordonnés, à condition qu'il existe entre ces personnes un véritable rapport de subordination, permettant au supérieur d'exercer un réel contrôle sur ses subordonnés, de les diriger et de leur donner des ordres.

Le principe juridique de la punissabilité du supérieur est contenu tantôt de manière expresse, tantôt de manière implicite dans les conventions de Genève de 1949²⁷⁵ ainsi que dans le protocole additionnel I de 1977²⁷⁶. Il est aujourd'hui reconnu comme faisant partie intégrante du droit international coutumier²⁷⁷. Sa reconnaissance en droit coutumier est confirmée par sa reprise à l'art. 28 du Statut de Rome, qui établit la responsabilité du supérieur non seulement dans le contexte des crimes de guerre, mais aussi en rapport avec le crime de génocide et les crimes contre l'humanité. Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont eux aussi souligné son importance dans différents jugements, éclairant ses différentes facettes et nuancant son champ d'application.

²⁷³ Cf. art. 172, 200 ou 322^{octies} CP.

²⁷⁴ Cf. art. 87 du Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PA I), RS **0.518.521**.

²⁷⁵ Art. 1 des quatre conventions de Genève (CG) de 1949, art. 4, par. 2, CG III et art. 1 PA I.

²⁷⁶ Art. 86 et 87 PA I.

²⁷⁷ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et. al.*, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, §§ 333 ss. Selon l'art. 6, par. 3, du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, il est, selon le droit coutumier, également applicable aux conflits non internationaux. On trouve aussi une disposition sur la responsabilité du supérieur à l'art. 7, par. 3, du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

2.1.6.1.2 Responsabilité des chefs militaires et des supérieurs civils

Selon l'art. 28 du Statut de Rome, on peut distinguer quatre types de supérieurs:

- les chefs militaires ayant sous leur commandement des forces sur lesquelles ils exercent une autorité et un contrôle effectifs (art. 28, let. a);
- les civils faisant effectivement fonction de chefs militaires, ce qui signifie qu'ils ont une autorité effective sur leurs troupes (art. 28, let. a);²⁷⁸
- les supérieurs hiérarchiques civils responsables de non-militaires sur lesquels ils exercent une autorité et un contrôle effectifs (art. 28, let. b). Dans ce cas, les non-militaires subordonnés peuvent être des autorités civiles, des partis politiques ou des entreprises. Peuvent par conséquent être considérés comme supérieurs au sens de cette définition des dirigeants politiques, des capitaines d'industrie ou encore des hauts fonctionnaires. Ces personnes peuvent cependant être rendues responsables d'un crime uniquement si celui-ci est lié à l'activité spécifique de l'organisation, de l'entreprise ou de l'autorité qu'elles dirigent²⁷⁹. Les infractions que des subordonnés commettent pour des motifs personnels en dehors des unités en question ne peuvent pas être imputées à leur supérieur;
- les supérieurs hiérarchiques qui ont le rang de chef militaire, mais dont l'autorité et le contrôle qu'ils exercent sur leurs subordonnés est de nature non pas militaire, mais civile (art. 28, let. b). Entrent par exemple dans cette catégorie les chefs de section ou les commandants d'arrondissement de l'administration militaire civile.

L'élément déterminant de la responsabilité d'un supérieur est dans tous les cas l'autorité et le contrôle effectifs qu'il exerce sur d'autres personnes et non son grade militaire. L'absence d'une autorité formelle juridiquement fondée n'est donc, en d'autres termes, pas exclusive à elle seule de la responsabilité revenant à une personne en sa qualité de supérieur²⁸⁰.

Alors que les deux premières catégories de personnes sont mises sur un pied d'égalité en vertu du Statut de Rome, les supérieurs civils ayant sous leur autorité et leur contrôle des non-militaires bénéficient, en ce qui concerne l'établissement de leur responsabilité, d'un régime moins strict que celui auquel sont soumis les chefs militaires. Cette différence s'explique par le fait qu'ils ne peuvent pas – contrairement aux chefs militaires et aux personnes qui leur sont assimilées – compter sur une structure hiérarchique leur facilitant l'accès à l'information. Pour établir la responsabilité de la troisième catégorie de supérieurs, il est donc nécessaire de

²⁷⁸ Cf. aussi TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et. al*, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, §§ 354 ss; Chambre de première instance III, *le Procureur c. Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2-T, jugement du 26 février 2001, §§ 416.

²⁷⁹ La responsabilité de l'entreprise (art. 100^{quater} CP) porte elle aussi sur les infractions commises au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts.

²⁸⁰ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et. al*, IT-96-21-T, Jugement du 16 novembre 1998, § 354.

prouver qu'ils disposaient d'informations dont il ressortait clairement qu'il existait un risque considérable que des subordonnés commettent ou soient sur le point de commettre un crime, et qu'ils ont sciemment ignoré ces informations. Les mêmes règles s'appliquent aux supérieurs militaires dirigeant des structures de commandement civiles.

2.1.6.1.3 Punissabilité du supérieur selon le droit suisse en vigueur

Le code pénal suisse ne contient pas de disposition expresse relative à la responsabilité du supérieur. Le droit suisse connaît des concepts juridiques similaires, comme la position de garant en cas d'omissions, notamment dans le contexte de la responsabilité des parents pour leurs enfants ainsi qu'en rapport avec la responsabilité de l'employeur pour les infractions pénales commises dans l'entreprise ou en rapport avec l'entreprise. Ces situations ont ceci en commun qu'elles prévoient la responsabilité pénale d'une personne pour les infractions perpétrées par une autre personne qui se trouve sous son contrôle et sous sa surveillance parce que l'on estime que la personne responsable aurait dû être en mesure d'empêcher l'infraction force de son autorité et de son pouvoir de contrôle²⁸¹. Le principe juridique non écrit de la «responsabilité de l'employeur» déjà évoquée, dont les limites ne sont pas encore établies avec certitude, ne saurait toutefois s'appliquer aux cas dans lesquels un supérieur hiérarchique ne surveille pas ses troupes comme il le devrait.

Le code pénal militaire ne punit pas, lui non plus, tous les manquements aux devoirs des supérieurs réprimés par le Statut de Rome. Son art. 18 vise les supérieurs militaires qui exigent l'exécution d'un ordre constituant un acte punissable, formulation qui inclut les atteintes au droit international humanitaire. Le manquement au devoir du supérieur²⁸² commis par omission en rapport avec des crimes de guerre perpétrés par ses subordonnés n'est pas régi expressément par le CPM²⁸³. Pour l'heure, la responsabilité ne peut être établie dans ce contexte qu'au moyen du renvoi sommaire aux violations des lois de la guerre figurant à l'art. 109 CPM, ce qui n'est pas suffisant à la lumière du principe de légalité en matière pénale²⁸⁴. L'art. 109 CPM n'est cependant pas applicable en cas de génocide et de crimes contre l'humanité. Pour ce qui est de la responsabilité de punir ou de déclarer une infraction pénale aux autorités compétentes, les règles contenues aux art. 204 et 207 CPM se rapportent uniquement à la punition de fautes disciplinaires.

²⁸¹ Cf. Peter Popp, *Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung*, recht 2003, p. 21 ss; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2e édition, Berne 1996, p. 416 note 28 avec renvois.; Stefan Trechsel/Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 4e édition (1994), p. 234; voir aussi ATF 122 IV 103.

²⁸² Selon l'art. 2, ch. 9, CPM, ce terme inclut les supérieurs civils.

²⁸³ L'art. 139 CPM prévoit une telle responsabilité du supérieur uniquement dans le contexte d'actes de pillage.

²⁸⁴ Cf. ch. 1.3.1.1.

2.1.6.1.4 Principe juridique de la responsabilité du supérieur au sens de l'art. 264^{duodecies} AP-CP

Le principe de la responsabilité du supérieur a pour but d'assurer que les Etats prévoient des sanctions pénales en prévision du cas où un supérieur hiérarchique ne remplirait pas son obligation de faire appliquer le droit international humanitaire. La responsabilité du supérieur n'est pas établie de manière causale à chaque crime commis par un subordonné, mais répond au principe de la responsabilité subjective. Il faut en tous les cas pouvoir prouver que le supérieur n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire dans l'accomplissement de ses tâches alors qu'il en aurait eu la possibilité. Les obligations d'intervenir qui sont les siennes en vertu du droit des gens résultent de sa position de supérieur des personnes qui lui sont effectivement subordonné. Lors de l'évaluation du devoir de diligence objectif, il convient de tenir compte en particulier de la nature du rapport de subordination, c'est-à-dire de la catégorie de supérieurs à laquelle appartient l'inculpé (cf. ch. 2.1.6.1.2).

En vertu de l'art. 264^{duodecies}, al. 1, AP-CP, les chefs militaires ou les personnes exerçant effectivement des fonctions similaires sont considérés comme responsables sur le plan pénal s'ils ont intentionnellement omis d'empêcher des personnes sous son contrôle effectif de commettre une infraction. Subjectivement, on part du principe que le supérieur sait que ses subordonnés commettent ou s'apprêtent à commettre des crimes qu'il aurait pu et dû empêcher. Un supérieur peut aussi être puni pour avoir omis intentionnellement de punir l'auteur ou de prendre les mesures appropriées pour assurer la punition de l'auteur (p.ex. en le dénonçant aux autorités ou aux supérieurs compétents) s'il n'en avait pas lui-même la compétence (art. 264^{duodecies}, al. 2, AP-CP)²⁸⁵. Cette seconde forme d'acte doit être punie moins sévèrement que la première, car le tort causé est moindre.

Le supérieur n'est pas puni pour le crime commis par son subordonné, mais pour avoir manqué à ses obligations de supérieur en permettant que le crime soit commis ou en omettant de punir l'auteur. Pour cette raison, tant le droit international que l'avant-projet de loi prévoient de punir aussi les manquements au devoir du supérieur commis par négligence dans la mesure où l'infraction commise par le supérieur consiste à ne pas avoir empêché le crime principal, perpétré volontairement par son subordonné. Subjectivement, on part du principe que le supérieur aurait dû savoir, compte tenu des circonstances et des informations dont il disposait, que ses subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre des crimes qu'il aurait pu empêcher²⁸⁶. Comme la faute est moins grave en cas de négligence, la peine prévue est moins lourde que si l'infraction a été commise volontairement.

²⁸⁵ Cf. aussi TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et. al*, IT-96-21-T, Jugement du 16 novembre 1998, § 346.

²⁸⁶ Pour ce qui est de la punissabilité de la participation par négligence à l'infraction intentionnelle, voir aussi Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^e édition Berne 1996, p. 455, note 53 ss. Un supérieur peut cependant être punissable par négligence même s'il n'existe pas d'acte de négligence correspondant à l'infraction intentionnelle du subordonné.

2.1.6.1.5 Distinction par rapport à d'autres formes d'infractions directes

La responsabilité pénale du supérieur fondée sur l'autorité qu'il exerce du fait de sa position n'est pas comparable à d'autres formes de responsabilité pénale directe. Un supérieur hiérarchique peut en effet aussi avoir une part de responsabilité dans un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre en tant que coauteur (p.ex. pour avoir planifié, organisé et ordonné le crime), en tant qu'auteur indirect (en ayant contraint ses subordonnés ou en les ayant trompé, p.ex. en ce qui concerne l'illégalité des armes utilisées, ou en étant l'auteur moral d'une infraction organisée par les forces au pouvoir²⁸⁷) ou encore en tant qu'instigateur ou complice (notamment en soutenant moralement le subordonné commettant l'acte).

2.1.6.2 Art. 264^{terdecies} AP-CP (Actes commis sur ordre d'autrui)

Selon l'art. 33 du Statut de Rome, le fait qu'un crime ait été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, exonère l'auteur de sa responsabilité uniquement si les trois conditions suivantes sont réunies: l'auteur doit avoir eu l'obligation légale d'obéir aux ordres en question, il ne savait pas que l'ordre était illégal et l'ordre n'était pas manifestement illégal. Cette dernière condition est encore précisée en ce sens qu'un ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est en tous les cas manifestement illégal. Pour ce qui est des crimes de guerre, en revanche, il suffit que l'auteur ait été légalement obligé d'exécuter l'ordre et qu'il n'ait pas eu conscience que celui-ci était illégal, étant donné que l'ordre ne peut pas, dans ce cas, être considéré comme manifestement illégal.

Le motif d'exclusion de la responsabilité que représente l'ordre d'un supérieur est aujourd'hui déjà reconnu à l'art. 18 CPM. A l'art. 20 nCPM²⁸⁸, le principe de la responsabilité pénale est pris en compte d'une manière encore plus conséquente sous la forme d'une obligation faite au juge d'atténuer la peine du subordonné. A l'art. 264^{terdecies} AP-CP, que nous proposons d'introduire dans le CPM à la faveur du présent projet, ce motif d'exclusion de la responsabilité est encore précisé dans la mesure où il y est exigé, outre l'existence d'un ordre, militaire ou civil, non seulement que l'auteur n'ait pas eu conscience de l'illégalité de l'ordre, mais aussi que celui-ci n'ait pas été manifestement contraire au droit. Tout comme c'est le cas des principes régissant l'exclusion de l'ignorance du fait qu'un acte constitue une infraction, les exigences posées à la reconnaissance de ce motif d'exclusion de la responsabilité doivent être très strictes car il ne faut pas oublier qu'il est question ici d'auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. On

²⁸⁷ Voir à ce propos Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2e édition, Berne 1996, p. 346, note 34 avec renvois, qui cite comme exemple les exterminations massives planifiées et ordonnées par les dirigeants du régime national-socialiste ; pour ce qui est de la responsabilité personnelle dans les systèmes fondés sur l'injustice, voir Hans Vest, *Genozid durch organisierte Machtapparate*, Baden-Baden 2002.

²⁸⁸ Cf. FF **2003** 2494; la révision n'est pas encore entrée en vigueur.

renonce en revanche – toujours en application du principe de la responsabilité pénale – à préciser expressément dans la nouvelle disposition que les ordres de commettre un crime de génocide ou un crime contre l’humanité doivent toujours être considérés comme manifestement illégaux.

2.1.6.3 Art. 264^{quaterdecies} AP-CP (Actes commis à l’étranger)

al. 1

Le droit pénal suisse s’applique aujourd’hui déjà aux crimes de génocide (cf. art. 264, al. 2, CP) et aux crimes de guerre²⁸⁹ qui ont été commis à l’étranger. Dans les deux cas, la compétence de la Suisse pour connaître d’actes sans rapport avec la Suisse est subordonnée à la condition que les suspects se trouvent en Suisse et ne puissent pas être extradés. Depuis juin 2004, la poursuite de crimes de guerre est, en plus, assujettie à la condition que l’auteur ait un «lien étroit» avec la Suisse²⁹⁰.

Selon la solution proposée dans l’avant-projet, les conditions auxquelles est subordonnée la compétence de la Suisse pour poursuivre pénalement les auteurs de crimes de génocide, de crimes contre l’humanité et de crimes de guerres doivent être les mêmes dans tous les cas: l’auteur doit se trouver en Suisse, avoir un lien étroit avec notre pays et ne pas pouvoir être extradé. Est considérée comme équivalente à l’extradition la possibilité de transférer l’auteur à un tribunal pénal international²⁹¹. Les tribunaux entrant en ligne de compte dans ce contexte sont, en particulier, la CPI, les tribunaux ad hoc pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda²⁹² ainsi que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone²⁹³. Les seules conditions devant être remplies pour qu’une personne puisse être déférée à un tel tribunal pénal sont que sa compétence doit être reconnue par la Suisse et que le tribunal en question doit avoir requis la remise du prévenu. La Suisse refuserait de reconnaître la compétence d’un tribunal qui n’offrirait pas toutes les garanties nécessaires quant à l’équité du procès ou qui ne veillerait pas à ce que les conditions d’extradition soient réunies ainsi qu’à l’absence de motifs de refus²⁹⁴.

A première vue, on pourrait être tenté de penser que la poursuite des crimes contre l’humanité pourrait aussi être fondée sur l’art. 7, al. 2, let. b, nCP, que le parlement avait approuvé dans le contexte de la modification du CP du 13 décembre 2002²⁹⁵. Cette disposition permet en effet, par l’application du principe d’universalité à titre

²⁸⁹ Voir à ce propos ch. 2.2.2.

²⁹⁰ Pour plus de détails, voir ch. 1.3.2.3.3.

²⁹¹ Modification de la PPM et du CPM du 19 décembre 2003 (FF **2003** 7509).

²⁹² Cf. Arrêté fédéral du 21 décembre 1995 relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire, **RS 351.20**

²⁹³ Cf. Ordonnance du 12 février 2003 sur l’extension du champ d’application de l’arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire au Tribunal spécial pour la Sierra Leone, **RS 351.201.11**.

²⁹⁴ FF **2003** 738.

²⁹⁵ Voir ch. 1.3.2.2.

subsidaire, de punir en Suisse les crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale. Le meilleur exemple en sont les crimes contre l'humanité réprimés par le droit international coutumier. Il est néanmoins prévu à l'art. 7, al. 2, let. b, combiné avec l'art. 7, al. 1, let. a, que ces crimes doivent aussi être punissables à l'endroit où ils ont été commis. Si le jugement des crimes en question était fondé sur ces dispositions, le principe de l'application du droit le plus favorable (art. 7, al. 3, nCP) et le principe *ne bis in idem* (Erledigungsprinzip) (art. 7, al. 4, nCP) s'appliqueraient automatiquement. L'application sans aucune restriction de ces règles générales aux crimes très graves dont il est ici question ne serait toutefois pas opportune (cf. al. 2 ci-après). Une réglementation spéciale, telle qu'elle existe déjà pour le génocide et les crimes de guerre, s'impose donc aussi dans le cas des crimes contre l'humanité.

al. 2

Conformément à la réglementation s'appliquant actuellement au crime de génocide, l'al. 2 de l'art. 264^{quaterdecies} AP-CP confirme la validité des principes de l'imputation des peines et de la non-réouverture d'une procédure close (*ne bis in idem*) selon l'art. 6^{bis}, ch. 2, CP. Cette disposition est toutefois aussi assortie d'une réserve: l'art. 6^{bis}, al. 2, ne s'applique pas si l'acquiescement, la remise de peine ou sa prescription à l'étranger ont été manifestement prononcés dans le seul but de protéger injustement l'auteur de toute sanction. Le parlement a déjà débattu de cette question lors de l'examen de l'art. 7 nCP dans le contexte de la révision de la partie générale du code pénal. Pour éviter qu'un auteur ne puisse plus être poursuivi en Suisse en raison d'un jugement de complaisance ou d'une remise de peine injustifiée à l'étranger, il avait tenu à préciser à l'art. 7, al. 4, nCP²⁹⁶, que la Suisse renonçait à la poursuite pénale uniquement sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel (cst.) et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁹⁷. L'intention du Parlement était de souligner que les jugements étrangers ne pouvaient être reconnus que s'ils étaient conformes à l'«*ordre public*» suisse²⁹⁸. Le fait est que la Constitution et la CEDH ont pour but de protéger les individus contre le pouvoir de l'Etat et non de garantir la punition adéquate des criminels. Nul ne peut prétendre à une certaine quotité de la peine en se fondant directement sur la Constitution et la CEDH. Comme il constitue un principe juridique généralement reconnu, l'«*ordre public*» s'applique dans tous les cas, qu'il soit mentionné dans la loi ou non.

Ainsi qu'on l'a déjà précisé dans les dispositions en vigueur relatives au génocide et aux crimes de guerre, il n'est pas non plus opportun, compte tenu de la gravité des crimes contre l'humanité, que les autorités suisses ne puissent pas poursuivre un crime uniquement parce que l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ne le considère pas comme pénalement répréhensible (p.ex. déni systématique par les talibans des droits fondamentaux des femmes). Sans compter que l'on ne peut pas exclure complètement l'éventualité qu'un crime contre l'humanité soit commis par un

²⁹⁶ Comme aux art. 3, al. 3, 5, al. 2, et 6, al. 3, CP.

²⁹⁷ RS 0.101.

²⁹⁸ Cf. BO N 2001 540; BO E 2001 507.

ressortissant suisse dans un pays où cet acte n'est pas considéré comme pénalement répréhensible. On tient donc à exclure le risque que la Suisse en soit réduite à faire une déclaration d'incapacité au sens de l'art. 17 du Statut de Rome et que ce soit la CPI qui ouvre une procédure contre une personne de nationalité suisse seulement parce qu'une lacune dans la législation du pays dans lequel le crime a été commis rend impossible l'ouverture d'une procédure pénale en Suisse. Il importe donc d'assujettir les crimes contre l'humanité aux mêmes règles que le génocide et les crimes de guerre en renonçant à la condition que le crime doit aussi être punissable dans le pays dans lequel il a été commis²⁹⁹.

Comme dans le cas du crime de génocide et des crimes de guerre, la disposition prévoyant l'application de la législation de l'Etat dans lequel le crime a été commis si celle-ci est plus clémentaire que le droit suisse ne s'applique pas en rapport avec les crimes contre l'humanité. Les crimes dont il est question ici sont parmi les plus graves que l'on puisse commettre en droit international. La Suisse doit donc pouvoir en punir les auteurs d'une manière adéquate sans risquer de voir son attitude rigoureuse à leur égard affaiblie par une disposition d'un droit étranger prévoyant une sanction trop clémentaire.

2.1.6.4 Art. 264^{quinquiesdecies} AP-CP (Exclusion de l'immunité relative)

En prévision de l'adhésion de la Suisse à la convention sur le génocide, le législateur avait adopté une réglementation prévoyant que les règles concernant l'immunité relative dont bénéficient les membres du parlement, les magistrats et les fonctionnaires fédéraux ne sont pas applicables au génocide (cf. art. 264, al. 3, CP). Compte tenu de la volonté clairement exprimée dans la convention sur le génocide (art. IV) de ne pas permettre aux «gouvernants» et aux «fonctionnaires» d'échapper aux sanctions pénales, le Conseil fédéral avait alors estimé dans son message que l'on ne pouvait pas faire dépendre l'ouverture de poursuites d'une autorisation qui, n'émanant pas d'une autorité judiciaire, pourrait être accordée ou refusée en fonction de considérations politiques³⁰⁰.

L'art. 27 du Statut de Rome ne prévoit, lui non plus, aucune immunité, nationale ou internationale, permettant d'empêcher l'ouverture de poursuites pénales. Il y est en effet précisé que le Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. Peu importe, en particulier, que la personne en cause ait la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement ou encore de représentant élu ou d'agent d'un Etat. Avec cette disposition, le Statut de Rome reprend le point de vue adopté par le Tribunal militaire de Nuremberg dans le jugement qu'il avait prononcé contre les plus

²⁹⁹ On a également renoncé à la condition que le crime soit punissable dans les deux pays dans le cas de la prise d'otage au sens de l'art. 185, ch. 5, CP et lors de l'adoption de la future disposition sur les abus sexuels commis sur des enfants au sens de l'art. 5 CP (version nCP).

³⁰⁰ Cf. Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999 4933 s.

grands criminels de guerre et à travers lequel il avait fait œuvre de pionnier il y a de cela plus de cinquante ans : dans les faits, les crimes ne sont pas commis par des Etats, mais par des individus, qui ne doivent donc pas pouvoir invoquer leur immunité pour agir impunément sous le couvert de leur fonction officielle³⁰¹. Si la CPI demande à la Suisse la remise d'une personne n'ayant pas la nationalité suisse et qu'en répondant à cette demande notre pays risquerait d'enfreindre les obligations de la Suisse en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique (art. 98 en relation avec art. 27 du Statut de Rome), c'est, en vertu de l'art. 6 de la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale³⁰², le Conseil fédéral qui tranche³⁰³ sur proposition du Département fédéral de justice et police, formulée après consultation de la Cour par le service central de l'Office fédéral de la justice³⁰⁴. Pour déterminer s'il existe des immunités dans le domaine des crimes les plus graves du droit international et, si tel est le cas, dans quelle mesure de telles immunités peuvent être reconnues, le Conseil fédéral prend en compte les différentes sources du droit international public.

En admettant que des poursuites pénales doivent être engagées en Suisse contre des députés, des magistrats ou des fonctionnaires fédéraux prévenus de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre³⁰⁵, l'ouverture de ces poursuites ne doit pas dépendre d'une autorisation préalable devant être octroyée par des autorités politiques. Il est donc préférable d'exclure l'immunité relative dans ces cas. Par analogie avec la décision qui avait été prise dans le contexte du crime de génocide, on renonce en revanche à supprimer expressément l'immunité absolue garantie par la Constitution fédérale aux membres des Chambres fédérales et du Conseil fédéral pour les propos qu'ils tiennent devant les conseils et leurs commissions³⁰⁶.

2.1.7 Art. 340, ch. 2, AP-CP (Juridiction fédérale)

Comme c'est aujourd'hui déjà le cas du crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre doivent eux aussi être assujettis à la juridiction fédérale³⁰⁷. Cet assujettissement appelle une modification de l'art. 340, ch. 2, CP³⁰⁸.

³⁰¹ Tribunal militaire international de Nuremberg, Jugement du 30. sept. – 1er oct. 1946, Vol. I, p. 235.

³⁰² LCPI, RS **351.6**.

³⁰³ Pour plus de détails, voir le message sur la CPI, FF **2001** 425 et 426.

³⁰⁴ Cf. art. 4, let. d, LCPI.

³⁰⁵ Non seulement s'ils ont effectivement commis le crime, mais aussi, selon les règles généralement applicables en matière pénale, s'ils ont notamment appelé directement et publiquement au génocide.

³⁰⁶ Selon l'art. 162, al. 1, Cst. en relation avec l'art. 2, al. 2, LRCP, il est impossible de rendre les membres des Chambres fédérales et du Conseil fédéral pénalement responsables des propos qu'ils tiennent au parlement et dans les commissions.

³⁰⁷ Pour une motivation plus détaillée de l'introduction de la juridiction fédérale, cf. ch. 1.3.4.

³⁰⁸ L'attribution de la compétence à la Confédération ne touche que les procédures pénales relevant de la juridiction civile. Pour ce qui est de la compétence de la juridiction militaire, cf. ch. 1.3.3.3.

2.2 Modification du code pénal militaire³⁰⁹

Il est prévu que la modification du CP se double d'une modification du CPM. Le chapitre 6 du CPM s'intitulera désormais «Crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale». Il sera consacré au crime de génocide (art. 108 AP-CPM) et aux crimes contre l'humanité (art. 109 AP-CPM). Les «crimes de guerre (Infractions graves au droit international humanitaire dans le contexte de conflits armés)» (art. 110-112^{septies} AP-CPM) seront désormais régis au chapitre 6^{bis} AP-CPM. Les dispositions communes au chapitre 6 et au chapitre 6^{bis}, concernant la punissabilité du supérieur (art. 112^{octies} AP-CPM) sont, quant à elles, l'objet d'un nouveau chapitre 6^{ter} AP-CPM. D'autres modifications ont été apportées au champ d'application du CPM à raison des personnes, y compris une nouvelle répartition des compétences entre juridiction ordinaire et juridiction militaire (art. 2, 4, 6, 220 et 221 AP-CPM), aux conditions de lieu (art. 9, al. 1^{bis} et 1^{ter}, AP-CPM), à la disposition relative aux actes commis sur ordre d'un supérieur (art. 18, al. 2, AP-CPM), aux règles d'imprescriptibilité (art. 56^{bis} AP-CPM), aux actes préparatoires délictueux (art. 171b, al. 1, AP-CPM) et à la provocation publique au génocide (art. 171a, al. 1^{bis}, AP-CPM).

2.2.1 Champ d'application du code pénal militaire à raison des personnes

Selon l'avant-projet, la juridiction militaire s'applique comme jusqu'à présent aux membres de l'armée suisse en temps de guerre comme en temps de paix. Cet assujettissement vaut non seulement en rapport avec les crimes de guerre, mais aussi si ces personnes sont impliquées dans un crime de génocide ou dans un crime contre l'humanité. En vertu de l'art. 2, al. 1, CPM, sont également assujettis à la juridiction militaire – en temps de paix comme en temps de guerre – les personnes astreintes au service militaire lorsqu'elles sont au service militaire (ch. 1) ou lorsqu'elles portent l'uniforme en dehors du service et qu'elles commettent un crime de guerre (ch. 3). Relèvent aussi de la justice militaire les fonctionnaires, employés et ouvriers de l'administration militaire de la Confédération et des cantons, pour les actes intéressant la défense nationale, de même lorsqu'ils portent l'uniforme (ch. 2), les militaires de métier, les militaires contractuels et les membres du corps des gardes-frontières ainsi que les personnes qui, selon l'art. 66 de la loi du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire, effectuent un service de promotion de la paix, pour les infractions commises durant le service ou hors du service si l'auteur les a perpétrées en uniforme (ch. 6). A l'art. 2, al. 2, CPM, en vigueur depuis le 1er mars 2004³¹⁰, il est précisé que les personnes au sens de l'al. 1, ch. 1, 2, 6 et 7, sont soumises au droit pénal militaire pendant la durée totale de leur engagement à l'étranger si elles commettent un acte punissable selon la loi en vigueur.

³⁰⁹ RS 321.0.

³¹⁰ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la révision du droit disciplinaire (FF 2003 6183), entrée en vigueur le 1^{er} mars 2004 (RO 2004 921).

Dans toutes les autres situations, les civils (suisse et étrangers) ainsi que les militaires étrangers qui commettent un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre seront désormais assujettis à la juridiction ordinaire³¹¹. Les dispositions en vigueur selon lesquels les civils (et les militaires étrangers) qui ont commis un crime de guerre relèvent de la justice militaire (art. 6, al. 1, et art. 220, ch. 1, CPM) devront donc être adaptées. Les autorités militaires restent compétentes uniquement dans les cas où un crime commis à l'étranger est dirigé contre un membre de l'armée suisse (art. 2, ch. 9, AP-CPM)

Selon l'art. 4 CPM, la juridiction militaire est étendue en temps de guerre aux civils, aux prisonniers de guerre ainsi qu'aux parlementaires ennemis qui commettent l'une des infractions énumérées. Il est prévu dans l'avant-projet de compléter cette liste afin d'obtenir qu'en temps de guerre les militaires étrangers et les civils qui commettent un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre soient eux aussi soumis au droit pénal militaire. Cette compétence générale des autorités de poursuite pénale militaires permettrait l'application de critères uniformes en temps de guerre.

2.2.2 Art. 9, al. 1^{bis} et al. 1^{ter}, AP-CPM (Conditions de lieu)

Aujourd'hui, les tribunaux militaires suisses peuvent connaître des crimes de guerre au sens des art. 108 ss CPM même si ceux-ci n'ont pas été commis sur territoire suisse (art. 9 CPM). Le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral et la doctrine étaient cependant partis du principe que l'obligation de poursuivre des personnes de nationalité étrangère qui avaient commis un crime de guerre à l'étranger était toujours subordonnée à la condition que le suspect séjourne en Suisse de son plein gré et soit arrêté en Suisse. Ces conditions sont d'ailleurs inscrites dans différentes dispositions du code pénal et se retrouvent par exemple à l'art. 6^{bis} CP sous la forme de la compétence par représentation. Le Conseil fédéral, puis le parlement, ont jugé utile d'obtenir une clarification expresse de la situation juridique³¹² en 2003, à la suite des problèmes que la Belgique avait connus avec sa législation ambitieuse en matière de poursuite des criminels de guerre. Le parlement a finalement ajouté aux conditions devant être remplies pour permettre la poursuite d'étrangers dans notre pays le critère du «lien étroit» avec la Suisse³¹³.

L'art. 9, al. 1^{bis}, AP-CPM, régissant la compétence de la juridiction militaire à raison du lieu, reprend les conditions complémentaires aussi dans le contexte du génocide et des crimes contre l'humanité. Comme les dispositions de la législation pénale

³¹¹ Voir aussi ch. 1.3.3.3.

³¹² FF **2003** 693, 733 ss ainsi que FF **2003** 7509.

³¹³ Pour plus de détails, voir ch. 1.3.2.3.3.

militaire ne s'appliquent qu'aux militaires suisses en temps de paix, cette modification reste sans effets tant que la Suisse ne se trouve pas elle-même en guerre³¹⁴.

Selon le nouvel al. 1^{er} qui a été ajouté à l'art. 9 AP-CPM, il est en outre prévu que la juridiction militaire soit aussi compétente dans tous les cas où un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre est perpétré à l'étranger au détriment d'un membre de l'armée suisse, si l'auteur se trouve en Suisse ou y a été extradé et s'il ne peut être ni extradé ni livré à un tribunal pénal international.

2.2.3 Art. 18, al. 2, AP-CPM (Ordre d'un supérieur)

Le motif d'exclusion de la responsabilité que représente l'ordre d'un supérieur est déjà prévu à l'art. 18, al. 2, du CPM en vigueur (de même qu'à l'art. 20, al. 2, n CPM). Il est cependant prévu qu'il subisse deux modifications à la faveur du présent projet de loi afin que cette disposition devienne le pendant de celle qui figure à l'art. 264^{terdecies} AP-CP³¹⁵: premièrement, on assimile aux ordres militaires les injonctions similaires. Deuxièmement, on précise que le subordonné est malgré tout punissable si l'ordre était manifestement illégal.

2.2.4 Art. 56^{bis} AP-CPM (Imprescriptibilité)

Quant au fond, les modifications de l'art. 56^{bis} AP-CPM (et de l'art. 59 nCPM) sont identiques à celles qui ont été apportées à l'art. 75^{bis} AP-CP (et à l'art. 101 nCP). Nous renvoyons donc au commentaire de ces dernières³¹⁶.

2.2.5 Crimes et délits contre les intérêts de la communauté internationale

2.2.5.1 Art. 108 AP-CPM (Génocide)

Quant au fond, la disposition de l'art. 108 AP-CPM est identique à celle de l'art. 264 CP. En ce qui concerne les modifications apportées à l'al. 1 (définition du groupe), nous renvoyons à ce que nous en avons dit dans le contexte du code pénal³¹⁷. Pour ce qui est des différents actes relevant du crime de génocide ainsi que de l'intention de l'auteur, nous renvoyons aux chapitres consacrés à ces questions dans le message relatif à l'adhésion à la convention sur le génocide ainsi qu'au message

³¹⁴ Tous les autres cas relèvent de la juridiction civile (cf. ch. 1.3.3.3). Les conditions d'établissement de la compétence correspondent toutefois à celles qui sont exigées par le code pénal militaire (cf. ch. 2.1.6.3).

³¹⁵ Cf. ch. 2.1.6.2.

³¹⁶ Cf. ch. 2.1.1

³¹⁷ Cf. ch. 2.1.4.1

concernant la ratification du Statut de Rome de la CPI³¹⁸. En temps de paix, les membres de l'armée suisse prévenus d'un crime de génocide sont soumis au code pénal militaire, indépendamment du lieu où le crime a été commis (en Suisse ou à l'étranger). En ce qui concerne le champ d'application de cette norme dans les cas où l'acte a été commis à l'étranger ainsi qu'en temps de guerre, nous renvoyons aux dispositions de l'art. 2, ch. 9, de l'art. 9, ch. 1^{bis}, et de l'art. 4, ch. 2 et 6, AP-CPM³¹⁹.

2.2.5.2 Art. 109 AP-CPM (Crimes contre l'humanité)

Quant au fond, l'art. 109 AP-CPM est identique à l'art. 264^{bis} AP-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³²⁰.

2.2.6 Chapitre 6^{bis} AP-CPM (Crimes de guerre)

Quant au fond, les art. 110 à 112^{septies} AP-CPM sont identiques aux art. 264^{ter} à 264^{undecies} AP-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ces derniers³²¹. Les violations du droit international humanitaire de peu de gravité au sens de l'art. 112^{septies} AP-CPM peuvent, contrairement à ce qui est prévu dans le CP, être punies d'une sanction disciplinaire. Dans la pratique, il est toutefois vraisemblable que seul le traitement incorrect de prisonniers de guerre internés ou de civils pourrait être réellement considéré comme un « acte de peu de gravité » dans ce contexte. En vertu de la législation pénale ordinaire, il est probable qu'un tel acte serait traité comme une simple contravention³²².

Le CPM a subi des modifications rédactionnelles à ses art. 110 à 114 et 140, dont les dispositions ont été incorporées aux nouvelles normes du présent projet³²³. Grâce à ces changements apportés à la systématique de la loi, les art. 110 à 112 ont pu être libérés pour recevoir de nouvelles dispositions. Quant aux art. 113, 114 et 140 CPM, ils restent pour le moment sans contenu. Dans la mesure où elle est applicable en temps de guerre, la disposition de l'art. 139 a elle aussi été intégrée aux nouveaux

³¹⁸ Cf. Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF **1999** 4921 s. ainsi que le message sur la CPI, FF **2001** 359, 464 ss.

³¹⁹ Cf. ch. 2.2.1.

³²⁰ Cf. ch. 2.1.4.2.

³²¹ Cf. ch. 2.1.5.

³²² Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gall 1992, art. 109, p. 562 n. 45.

³²³ L'art. 110 CPM correspond à l'art. 112^{quater}, al. 1, let. i, AP-CPM; l'art. 111 CPM correspond à l'art. 112, al. 1, let. e-g, AP-CPM; l'art. 112 CPM correspond à l'art. 112^{quater}, al. 1, let. d et g, AP-CPM; l'art. 113 CPM correspond à l'art. 112^{sexies}, al. 1, let. a et b, AP-CPM; l'art. 114 CPM correspond à l'art. 112^{sexies}, al. 1, let. c, AP-CPM; l'art. 140 CPM correspond à l'art. 112^{quater}, al. 1, let. f et g, AP-CPM.

articles du CPM³²⁴. La partie de la disposition relative au pillage en service actif est toutefois maintenue.

2.2.7 Dispositions communes

2.2.7.1 Art. 112^{octies} AP-CPM (Punissabilité du supérieur)

Quant au fond, l'art. 112^{octies} AP-CPM est identique à l'art. 264^{duodecies} AP-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³²⁵. Relevons qu'en application des règles générales de répartition des compétences entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire³²⁶, les supérieurs civils et les supérieurs n'ayant pas la nationalité suisse (civils et militaires) ne peuvent être poursuivis et jugés par les autorités pénales militaires qu'en temps de guerre.

2.2.8 Art. 171a, al. 1^{bis}, AP-CPM (Provocation publique au génocide)

Quant au fond, les éléments nouveaux introduits à l'art. 171a, al. 1^{bis}, AP-CPM sont identiques aux éléments nouveaux de l'art. 259, al. 1^{bis}, AP-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³²⁷.

2.2.9 Actes préparatoires délictueux

Quant au fond, les éléments nouveaux introduits à l'art. 171b, al. 1, AP-CPM sont identiques aux éléments nouveaux de l'art. 260^{bis}, al. 1, AP-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³²⁸.

2.2.9.1.1 Art. 220, ch. 1, AP-CPM (Tribunaux compétents en cas de participation de civils)

Selon le ch. 1 de l'art. 220 CPM en vigueur, les tribunaux militaires sont compétents pour juger toutes les personnes impliquées dans des procédures pour crimes de guerre, même si certains des participants ne sont en principe pas soumis au droit pénal militaire. Comme l'avant-projet prévoit l'introduction du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans le CP comme dans le CPM et que l'on propose par conséquent de limiter la compétence de la juridiction militaire

³²⁴ L'art. 139 CPM correspond à l'art. 112^{quater}, al. 1, let. h, AP-CPM.

³²⁵ Cf. ch. 2.1.6.1.

³²⁶ Cf. ch. 1.3.3.3.

³²⁷ Cf. ch. 2.1.2.

³²⁸ Cf. ch. 2.1.3.

aux membres de l'armée suisse³²⁹, l'art. 220 CPM doit être adapté. Dans un nouveau ch. 1^{bis}, on donne au Conseil fédéral la possibilité de décider, sur proposition de l'auditeur en chef ou du ministère public de la Confédération, de réunir les procédures et d'assujettir toutes les personnes soit à la juridiction civile, soit à la juridiction militaire. Il en va de même lorsqu'une procédure pénale est déjà en cours devant les instances militaires ou ordinaires si les faits sont liés.

2.2.9.1.2 Art. 221, al. 2 et 3, AP-CPM (Tribunaux compétents pour juger les infractions relevant en partie de la juridiction militaire, ou du CPM, et en partie de la juridiction ordinaire, ou du CP)

En adoptant la loi fédérale du 24 mars 2000³³⁰, le législateur a décidé l'assujettissement exclusif de la poursuite et du jugement des actes de génocide à la juridiction ordinaire (cf. art. 221, al. 2, CPM), dans les cas où ces actes enfreignent plusieurs dispositions pénales, dont les unes relèvent du droit pénal ordinaire, les autres du droit pénal militaire. Cette disposition n'est toutefois pas encore entrée en vigueur, car on a préféré attendre de connaître la nouvelle répartition des compétences entre la juridiction militaire et la juridiction civile en matière de poursuite pénale des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre prévue dans le contexte des mesures complémentaires nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la CPI. Selon la solution prévue dans l'avant-projet, les compétences ne sont plus réparties en fonction de la nature du délit, mais en fonction du statut de l'auteur. D'après ce projet, la compétence des autorités judiciaires militaires doit être limitée aux membres de l'armée suisse en temps de paix³³¹, alors qu'elle est générale en temps de guerre³³². L'art. 221, al. 2, CPM doit donc être adaptée en conséquence et complétée par un nouvel al. 3³³³.

³²⁹ Pour plus de détails, cf. ch. 1.3.3.3.

³³⁰ FF **2000** 2067.

³³¹ Les tribunaux militaires sont également compétents dans les cas où un membre de l'armée suisse est victime d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre à l'étranger (cf. art. 9, al. 1^{er}, AP-CPM).

³³² Pour plus de détails à ce sujet, cf. ch. 1.3.3.

³³³ Comme les al. 2 et 3 de l'art. 221 AP-CPM viennent concrétiser l'al. 1 de ce même article et permettre de trancher de manière définitive l'attribution de la compétence à la juridiction militaire ou à la juridiction ordinaire, la marge de manœuvre dont le Conseil fédéral (ou l'auditeur en chef, conformément à l'art. 46, al. 2, OJPM) dispose normalement dans l'attribution de la compétence n'existe pas lorsque celle-ci porte sur la poursuite et le jugement d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre. Ce choix vient s'inscrire dans la logique de la loi fédérale du 24 mars 2000 relative à la modification de l'art. 221, al. 2, CPM (génocide).

2.3 Révision d'autres lois

2.3.1 Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale

Les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons ne sont pas exclus dans les cas où, par exemple, un canton s'estime compétent pour ouvrir une procédure pénale pour meurtre, viol ou enlèvement alors que le ministère public de la Confédération est d'avis que l'auteur doit être poursuivi pour crimes contre l'humanité et que la procédure relève donc de la Confédération. On peut aussi envisager la situation inverse, dans laquelle un canton conteste la décision du procureur général de la Confédération de déléguer une affaire aux cantons parce qu'il estime qu'il s'agit d'un cas simple (au sens de l'art. 18^{bis} PPF). Etant donné que, selon l'art. 28, al. 1, let. g, de la loi sur le Tribunal pénal fédéral³³⁴, c'est la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral qui tranche les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons, une adaptation de l'art. 260 PPF s'impose. Si le conflit de compétence oppose les autorités pénales militaires aux autorités pénales ordinaires, le droit en vigueur (art. 223 CPM) prévoit aujourd'hui déjà que c'est le Tribunal pénal fédéral qui tranche.

2.3.2 Modification de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale

Il est des crimes dont la gravité est telle que leurs auteurs ne doivent pas pouvoir profiter des privilèges prévus dans la législation sur l'entraide judiciaire en matière pénale en cas d'infractions politiques³³⁵. On dénie ainsi d'emblée la qualité d'acte politiquement motivé à certains des crimes les plus graves qui soient. En Suisse, l'allégation selon laquelle l'acte revêt un caractère politique est déjà irrecevable en matière de génocide³³⁶ et de certains crimes de guerre (ainsi que certains actes terroristes graves) (cf. art. 3, al. 2, EIMP).

Si l'on songe à toutes les horreurs dont l'homme est capable, force est de constater que cette restriction à des catégories de crimes bien précises ne se justifie pas. En ajoutant à cette énumération d'autres crimes gravissimes, on affiche non seulement clairement la position de la Suisse face à ces actes abominables, mais on contribue aussi très concrètement à leur répression en étendant le champ d'application de la loi. Dans ce domaine, c'est en effet aux différents Etats que revient la responsabilité

³³⁴ LTPF, RS 173.71.

³³⁵ Par principe, la demande de collaboration en matière pénale est irrecevable si elle porte sur un acte qui, selon les conceptions suisses, revêt un caractère politique prépondérant; art. 3, al. 1, de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; **RS 351.1**).

³³⁶ Selon l'art. 3, al. 2, let. a, EIMP, on trouve parmi les actes «dépolitisés» non seulement l'extermination, mais aussi l'oppression d'un groupe de la population équivalant à une réduction en esclavage. La disposition porte donc sur certains crimes contre l'humanité, mais pas sur tous.

première de poursuivre les crimes en question³³⁷. Dans le cas de la Suisse, cela signifie, sous réserve de certains accords bilatéraux, que l'EIMP s'applique en priorité à toutes les demandes d'entraide judiciaire qui lui sont présentés.

Il est prévu de compléter la liste des crimes «dépolitisés» en y ajoutant les crimes contre l'humanité (art. 3, al. 2, let. b, EIMP), tels qu'ils sont décrits à l'art. 264^{bis}, AP-CP sur la base de l'art. 7 du Statut de Rome. On entend aussi formuler la disposition relative aux crimes de guerre de manière plus générale qu'elle ne l'est aujourd'hui, ce qui devrait permettre d'y inclure non seulement les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, mais aussi, d'une manière générale, toutes les violations du droit des gens en cas de conflit armé (let. c)³³⁸.

2.3.3 Modification de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication³³⁹ et de la loi fédérale sur l'investigation secrète (adaptation de la liste des infractions)³⁴⁰

La loi fédérale sur la surveillance par poste et télécommunication (LSCPT) contient, à son art. 3, al. 2, let. a et b, des listes d'actes punissables pouvant motiver une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. L'art. 4, al. 2, let. a et b, de la loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS) comprend lui aussi une énumération des infractions pénales pour la poursuite desquelles l'investigation secrète peut être ordonnée.

On trouve aujourd'hui déjà dans ces listes le crime de génocide (art. 264 CP)³⁴¹ et les crimes de guerre (art. 108-113 CPM). La révision qui est l'objet du présent rapport va maintenant permettre d'y ajouter les crimes contre l'humanité, dont la gravité justifie qu'ils puissent donner lieu à une surveillance particulière ou à des investigations secrètes.

³³⁷ Cf. Préambule et art. 1 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome; **RS 0.312.1**).

³³⁸ On souhaite que la disposition en question s'applique non seulement aux conventions de la Haye, mais aussi à toutes les nouvelles conventions qui seront signées dans le domaine des méthodes de conduite de la guerre ainsi que de l'utilisation d'armes prohibées. Pour plus de détails, cf. Message sur la CPI, FF **2001** 359, 483 ss. Voir aussi, dans ce contexte, les dispositions prévues dans le CP (nouveau Titre douze^{ter}) ainsi que dans le CPM(**RS 321.0**, Chapitre 6^{bis}).

³³⁹ LSCPT, **RS 780.1**.

³⁴⁰ LFIS, **RS 312.8**. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2005.

³⁴¹ Depuis la modification de la LSCPT du 21 mars 2003, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Une implication directe de la Suisse dans un conflit armé est peu probable dans un futur proche. Les situations dans lesquelles les autorités de poursuite pénale de la Confédération ou les tribunaux militaires pourraient être appelés à entamer une procédure pénale relative à un crime de génocide, à un crime contre l'humanité ou à un crime de guerre sont essentiellement les suivantes :

Juridiction pénale ordinaire

On ne peut pas exclure que des étrangers ayant commis un crime de ce type dans leur pays d'origine ou dans un pays tiers séjournent en Suisse. Il est aussi pensable qu'un civil de nationalité suisse prenne part à un tel crime à l'étranger ou en soit victime. Selon l'avant-projet, c'est la juridiction civile qui serait compétente pour poursuivre et pour juger en Suisse les auteurs de crimes correspondant à ces deux cas de figure. Cette compétence ne dépend pas seulement de la présence de l'auteur en Suisse, mais aussi de l'impossibilité d'extrader l'auteur ou de le livrer à une cour pénale internationale. Depuis juin 2004, la compétence des autorités suisses de poursuite pénale est assujettie à la condition supplémentaire que l'auteur étranger doit avoir un « lien étroit » avec la Suisse³⁴². Comme ces conditions sont très restrictives, il est difficile de faire une estimation du nombre des personnes qui devront être poursuivies par les autorités fédérales et, donc, de prévoir les conséquences financières de ces poursuites. Les procédures pour crimes de guerre que les tribunaux militaires ont conduites jusqu'ici ont cependant montré que les enquêtes et les investigations nécessaires dans ces cas étaient longues, complexes et coûteuses. Les raisons en sont multiples, la principale étant que les infractions ont été commises à l'étranger. Les populations dans les pays où les crimes ont été perpétrés ont énormément souffert de la guerre et ont parfois même été fortement décimées. Les infrastructures – le système judiciaire en particulier – ont été partiellement ou entièrement anéanties.

En admettant qu'il y ait une à deux procédures par année, il faudrait compter qu'elles occupent une équipe d'investigateurs du ministère public de la Confédération ainsi que trois à quatre spécialistes de la police judiciaire fédérale. Comme le soutien des autorités étrangères est souvent insuffisant, voire inexistant, parce qu'elles ont été désorganisées ou même dissoutes par la guerre, les personnes chargées de l'instruction d'une affaire doivent pouvoir disposer d'un équipement logistique suffisant pour leur permettre d'agir de manière autonome. Parmi les éléments les plus importants de ce matériel, relevons les instruments de communication, les moyens d'enregistrement des interrogatoires de suspects et des auditions de témoins ainsi que les équipements permettant d'assurer la sécurité des enquêteurs. Le personnel que le ministère public de la Confédération et la police judiciaire

³⁴² Pour plus de détails, cf. ch. 1.3.2.3.3.

fédérale ont obtenu dans le contexte du «projet d'efficacité»³⁴³ ne leur permet pas de mener de front plus d'une procédure d'investigation importante pour crime de génocide³⁴⁴. En admettant que viennent s'y ajouter d'autres procédures pour crimes contre l'humanité ou pour crimes de guerre, les autorités en question ne parviendraient pas à s'en occuper comme elles le devraient avec le personnel dont elles disposent actuellement. Relevons toutefois que l'on n'a pas eu jusqu'ici – à l'exception de l'affaire du Rwandais F.N.³⁴⁵ – à mener des enquêtes ou des procédures judiciaires de grande envergure en rapport avec ce genre de crimes. Le projet qui est l'objet du présent rapport n'aurait donc des conséquences financières et des effets sur l'état du personnel dignes de ce nom que si le nombre des enquêtes (menées à l'étranger) et celui des procédures judiciaires (conduites en Suisse) augmentaient de manière significative. La probabilité que l'on assiste à une explosion du nombre des procédures en Suisse est cependant très faible et diminuera encore avec l'universalité croissante de la Cour pénale internationale. Comme le montant des frais supplémentaires que provoquerait une multiplication des procédures est difficilement prévisible à l'heure actuelle, on n'autorisera de nouveaux postes que si le besoin en est prouvé.

Juridiction pénale militaire

Il est prévu dans l'avant-projet que les tribunaux militaires suisses se chargent de toutes les affaires dans lesquelles des membres de l'armée suisse ont été auteurs ou victimes d'un crime de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Ce genre de procédures devrait cependant demeurer assez rare, de sorte que les coûts et le travail qu'elles provoqueront ne devraient pas excéder les moyens disponibles. En temps de guerre, l'avant-projet prévoit que les tribunaux militaires seraient aussi compétents pour poursuivre et juger les civils et les militaires étrangers³⁴⁶. Comme les facteurs de risque d'une menace militaire directe de la Suisse ont diminué³⁴⁷, cette réorganisation des compétences n'a pas de conséquences financières pour le moment. En résumé, on peut affirmer que la juridiction militaire ne risque guère d'être submergée par les procédures pour crime de génocide, pour crimes contre l'humanité ou pour crimes de guerre.

³⁴³ Loi fédérale du 22 décembre 1999 (Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), FF **2000** 71, en vigueur depuis le 1er janvier 2002.

³⁴⁴ Les autorités fédérales ont la compétence de poursuivre et de juger les auteurs de crimes de génocide depuis le 15 décembre 2000.

³⁴⁵ Cf. jugement du Tribunal militaire de division 2 du 30 avril 1999, jugement du Tribunal militaire d'appel 1 du 26 mai 2000, jugement du Tribunal militaire de cassation du 27 avril 2001.

³⁴⁶ Pour plus de détails, voir ch. 1.3.3.3.

³⁴⁷ Cf. Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la politique de sécurité de la Suisse (RAPOLSEC 2000) du 7 juin 1999 (FF **1999** 6903).

3.2 Conséquences économiques

On ne s'attend pas à ce que les mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale aient des conséquences économiques.

3.3 Conséquences en matière informatique

On ne s'attend pas à ce que les mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale aient des conséquences dans le domaine de l'informatique. L'équipement dont disposent les autorités de poursuite pénale de la Confédération, le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral est suffisant pour leur permettre d'assumer les tâches impliquées par le projet qui est l'objet du présent rapport.

3.4 Conséquences sur les cantons

On estime que les mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'auront guère de conséquences au niveau cantonal : la poursuite pénale du crime de génocide relève aujourd'hui déjà de la Confédération et les crimes de guerre sont du ressort des tribunaux militaires. La révision qui est l'objet du présent rapport ne provoque en fait qu'un transfert horizontal entre juridiction ordinaire et juridiction militaire (de procédures relevant de la Confédération). Il est donc très probable que la nouvelle compétence des autorités fédérales en matière de poursuite pénale et de jugement des crimes contre l'humanité aura en fin de compte pour effet de décharger les cantons, d'autant plus que la délégation d'affaires aux cantons n'est pratiquement pas possible en vertu de la réglementation prévue.

4 Programme de la législature

Dans le Rapport sur le Programme de la législature 2003–2007³⁴⁸, les mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la CPI ne sont pas prévues en tant que telles. Le Conseil fédéral avait cependant déjà annoncé les mesures complémentaires dans son message sur la ratification du Statut de Rome³⁴⁹. L'ouverture de la consultation au sujet de ces mesures complémentaires est en outre mentionnée dans les objectifs du Département fédéral de justice et police pour l'année 2004³⁵⁰. Selon le rapport de

³⁴⁸ FF **2004** 1035.

³⁴⁹ Message sur la CPI, FF **2001** 390 et 419.

³⁵⁰ Cf. Objectifs 2004 des départements fédéraux et de la Chancellerie fédérale du 1^{er} décembre 2003 (décision du Conseil fédéral du 19 novembre 2003), p.16 (disponible sur Internet: <http://www.admin.ch/ch/f/cf/rg/depziele/depziele2004.pdf>).

l'état major de prospective de l'administration fédérale relatif aux Défis 2003–2007, la collaboration étroite de la Suisse avec la CPI doit permettre de prévenir les violations du droit des gens et de contribuer à la réconciliation ainsi qu'à la promotion de la paix³⁵¹.

5 Rapport avec le droit européen

5.1 Union européenne

Les mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la CPI ne posent pas de problème de conformité avec le droit européen. Les quinze Etats membres de l'Union ont tous ratifié le Statut et la plupart d'entre eux ont soumis leur droit pénal à des adaptations similaires ou ont du moins entamé de telles révisions. De plus, la poursuite du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, est un domaine dans lequel les Etats membres de l'Union européenne collaborent étroitement³⁵². Ils ont d'ailleurs créé un réseau d'information à cet effet³⁵³. Dans une position commune du 16 juin 2003, ils ont en outre exprimé leur soutien et leur engagement en faveur d'une CPI forte et efficace³⁵⁴. Le 4 février 2004, l'Union européenne a adopté un plan d'action destiné à renforcer cette position commune³⁵⁵. Elle y invite les Etats membres à transposer au plus vite les principes du Statut de Rome dans leur législation nationale.

5.2 Conseil de l'Europe

Cela fait quelque temps déjà que le Conseil de l'Europe encourage ses Etats membres ainsi que les pays ayant le statut d'observateurs à ratifier le Statut de Rome et à procéder aux adaptations nécessaires dans leur législation nationale. Le Conseil de l'Europe s'efforce aussi de fortifier la position de la CPI et invite les Etats à contribuer à l'universalité de la CPI.

³⁵¹ Défis 2003 – 2007; Evolution des tendances et thèmes futurs de la politique fédérale, rapport de l'état major de prospective de l'administration fédérale du 23 janvier 2003, p. 89 (disponible sur Internet: <http://www.admin.ch/ch/f/cf/herausforderungen/index.html>).

³⁵² Cf. Décision 2003/335/JAI du Conseil du 8 mai 2003 concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, JO L 118 14.5.2003, p. 12.

³⁵³ Cf. Décision du Conseil du 13 juin 2002 portant création d'un réseau européen de points de contact en ce qui concerne les personnes responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. JO L-167 du 26 juin 2002, p. 1 s.

³⁵⁴ Position commune 2003/444/PESC du Conseil du 16 juin 2003 concernant la Cour pénale internationale, JO L 150 du 18 juin 2003, p. 67 ss; voir aussi les conclusions du Conseil du 30 septembre 2002 sur la CPI, UE Doc. 12386/02, ainsi que le plan d'action du 27 mai 2002 donnant suite à la position commune concernant la Cour pénale internationale du 12 juin 2001, UE Doc. 9019/02.

³⁵⁵ Plan d'action du 4 février 2004 donnant suite à la position commune concernant la Cour pénale internationale, EU Doc. 5742/04.

Dans une Déclaration du 18 avril 2002, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a relevé que la CPI constitue un facteur fondamental de réconciliation, de justice, de paix et de sécurité, et qu'elle contribuera au renforcement de l'Etat de droit, de la protection internationale et du respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il appelle les Etats membres et les Etats observateurs à adopter la législation nationale d'application nécessaire pour être en mesure de coopérer avec la CPI et de mener des enquêtes et des poursuites internes contre les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre³⁵⁶. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a elle aussi insisté sur la nécessité d'ajuster les législations nationales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome dans plusieurs de ses résolutions. Elle a également appelé les Etats membres et les Etats ayant le statut d'observateurs à défendre l'intégrité du Statut de Rome à chaque fois qu'ils en ont l'occasion³⁵⁷.

6 Constitutionnalité

En vertu de l'art. 123, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.), la législation en matière de droit pénal relève de la compétence de la Confédération. Le projet qui est l'objet du présent rapport et qui prévoit les modifications du code pénal et du code pénal militaire nécessaires dans le sillage de l'adhésion de la Suisse au Statut de Rome de la Cour pénale internationale est donc conforme à la Constitution. Il en va de même des modifications devant être apportées à la loi fédérale sur la procédure pénale, à la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et à la loi fédérale sur l'investigation secrète. L'adaptation de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, quant à elle, est fondée non seulement sur l'art. 123, al. 1, Cst., mais aussi sur l'art. 92, al. 1, Cst., selon lequel les services postaux et les télécommunications sont du ressort de la Confédération.

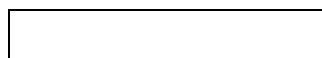
³⁵⁶ Déclaration du Comité des Ministres sur la Cour pénale internationale – prochaine entrée en vigueur du Statut de Rome, du 18 avril 2002; voir aussi la Déclaration du Comité des Ministres sur la Cour pénale internationale, du 10 octobre 2001.

³⁵⁷ Résolution 1336 (2003) du 25 juin 2003, Menaces qui pèsent sur la Cour pénale internationale; Résolution 1300 (2002) du 25 septembre 2002, Risques pour l'intégrité du Statut de la Cour pénale internationale; Recommandation 1408 (1999) relative à la Cour pénale internationale, adoptée le 26 mai 1999.

Annexe 1: Répartition des compétences entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire

		En temps de paix en Suisse			En temps de guerre en Suisse		
		génocide	crimes contre l'humanité	crimes de guerre	génocide	crimes contre l'humanité	crimes de guerre
civils (Suisse ou étrangers)	en vig	264, 340, ch. 2, CP	_____	2, ch. 9, 108 à 114 CPM	264, 340, ch. 2, CP	_____	2, ch. 9, 108 à 114 CPM
	projet	264, 340, ch. 2, CP	264 ^{bis} , 340, ch. 2, CP	Titre 12 ^{ter} , 340, ch. 2, CP	4, al. 2, ch. 4; 9, al. 1 ^{bis} , 108 CPM	4, al. 2, ch. 4; 9, al. 1 ^{bis} , 109 CPM	4, al. 2, ch. 4; 9, al. 1 ^{bis} , chapitre 6 ^{bis} CPM
militaires (Suisse)	en vig	2, 7, 219 CPM, 264, 340, ch. 2, CP	_____	2, 108 à 114 CPM	2, 7, 219 CPM, 264, 340, ch. 2, CP	_____	2, 108 à 114 CPM
	projet	2, 108 CPM	2, 109 CPM	2, chapitre 6 ^{bis} CPM	2 + 108 CPM	2, 109 CPM	2, chapitre 6 ^{bis} CPM
militaires (étrangers)	en vig	264, 340, ch. 2, CP	_____	2, ch. 9, 108 à 114 CPM	264, 340, ch. 2, CP	_____	2, ch. 9, 108 à 114 CPM
	projet	264, 340, ch. 2, CP	264 ^{bis} , 340, ch. 2, CP	Titre 12 ^{ter} , 340, ch. 2, CP	4, al. 6; 9, al. 1 ^{bis} , 108 CPM	4, al. 6; 9, al. 1 ^{bis} , 109 CPM	4, al. 6; 9, al. 1 ^{bis} , chapitre 6 ^{bis} CPM
militaires suisses victimes d'un crime à l'étranger	en vig	264, 340, ch. 2, CP	_____	2, ch. 9, 108 à 114 CPM	264, 340, ch. 2, CP	_____	2, ch. 9, 108 à 114 CPM
	projet	2, ch. 9; 9, al. 1 ^{ter} , 108 CPM	2, ch. 9; 9, al. 1 ^{ter} , 109 CPM	2, ch. 9; 9, al. 1 ^{ter} , chapitre 6 ^{bis} CPM	4, al. 2, ch. 4, ou al. 6; 9, al. 1 ^{ter} , 108 CPM	4, al. 2, ch. 4, ou al. 6; 9, al. 1 ^{ter} , 109 CPM	4, al. 2, ch. 4, ou al. 6; 9, al. 1 ^{ter} , chapitre 6 ^{bis} CPM

juridiction de la Confédération / civile / ordinaire



juridiction militaire

