

**Projet de loi de complémentarité
avec la Cour pénale internationale
Procédure de consultation du Conseil fédéral**

***Résumé exécutif de la réponse de
TRIAL - Association suisse contre l'impunité***

Si le projet du Conseil fédéral ne comportait pas la reprise et l'extension de la condition du « lien étroit » afin de mettre en œuvre la compétence universelle, TRIAL (Track Impunity Always – Association suisse contre l'impunité) saluerait ce projet. En effet, hormis cette clause, TRIAL est globalement satisfait du projet du Conseil fédéral même si certaines dispositions doivent absolument être modifiées ou ajoutées afin de pleinement correspondre au Statut de la Cour pénale internationale et au droit international conventionnel ou coutumier.

TRIAL s'est livré à une analyse approfondie du projet de loi de complémentarité avec la Cour pénale internationale (CPI) soumis à consultation par le Conseil fédéral. Vous trouverez par la présente, le résumé des principales observations formulées par TRIAL.

L'analyse complète et détaillée peut être consultée sur internet à l'adresse suivante : http://www.trial-ch.org/reponse_conseil_federal_cpi.pdf

Les principales revendications de TRIAL :

- 1) **Ne pas maintenir ni étendre la condition du « lien étroit »** afin de permettre la mise en œuvre correcte et efficace de la compétence universelle pour les auteurs de ces crimes.
- 2) **Modifier les définitions proposées de certains crimes de guerre** afin que le droit suisse puisse être en conformité avec le Statut de la Cour pénale internationale et le droit international conventionnel et coutumier.
- 3) Organiser **une responsabilité du supérieur hiérarchique plus conforme au Statut de la CPI.**
- 4) Assurer la **protection des témoins et des victimes**, aussi bien devant les juridictions militaires qu'ordinaires.
- 5) Introduire l'obligation pour les autorités d'asile et de police des étrangers d'informer les autorités de poursuites pénales compétentes lorsqu'une personne dont le dossier est traité par ces autorités est soupçonnée d'avoir commis l'un des crimes visés par le présent projet.
- 6) Renforcer les moyens à disposition du Ministère public de la Confédération et de la police fédérale pour remplir leurs obligations en ce domaine, par exemple sous la forme de la mise en place d'une « section crimes de guerre » spécialisée.

Une véritable compétence universelle sans « lien étroit »

TRIAL déplore dans les plus vifs termes que dans un projet de loi visant à définir les pires crimes existant au monde, il soit proposé de restreindre drastiquement la possibilité pour les juridictions suisses de poursuivre les auteurs de tels crimes. Cette restriction de la compétence universelle (autrement appelé « principe de l'universalité », qui permet à un Etat de juger l'auteur d'un crime, peu importe le lieu de commission du crime, sa nationalité ou la nationalité de sa victime) est d'autant plus critiquable, voir cynique, qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une loi de complémentarité avec la Cour pénale internationale destinée *in fine* à contribuer à l'établissement d'une justice internationale pénale plus efficace.

TRIAL est totalement opposé à cette restriction déjà mise en œuvre pour les crimes de guerre depuis la modification législative du 19 décembre 2003.

D'une part, cette restriction constitue, comme le relève le Conseil fédéral lui-même, une violation des Conventions de Genève et de son Protocole I additionnel de 1977 ainsi que de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui obligent chaque Etat Partie à se doter de principe de compétence leur permettant de pouvoir juger tout auteur d'infractions graves aux Conventions de Genève ou ayant commis des actes de torture, peu importe le lieu de commission de l'acte, la nationalité de l'auteur ou de la victime et bien évidemment le lien avec l'Etat.

D'autre part, l'introduction du « lien étroit » pour les crimes contre l'humanité et le génocide et son maintien pour les crimes de guerre rend le droit suisse totalement incohérent. Selon le nouvel article 5 du nouveau Code pénal qui entrera prochainement en vigueur, les juridictions suisses pourront poursuivre, selon le principe de l'universalité, tout auteur de violences sexuelles commises contre des personnes de moins de 18 ans, que l'auteur ait un lien ou non avec la Suisse. Mais qu'en sera-t-il si ces violences sexuelles se sont déroulés dans le cadre d'un conflit armé, d'une attaque générale ou systématique de la population civile (crime contre l'humanité) ou d'un génocide ? Si le juge décide de ne pas appliquer l'article 5 et exige un lien étroit pour mettre en œuvre le principe de l'universalité, est-ce à dire que les auteurs de violences sexuelles, souvent massives dans de tels contextes, demeureront impunis alors que l'auteur d'un seul acte de violence sexuelle de « droit commun » pourrait être poursuivi ? Le droit suisse connaît aussi le principe de l'universalité pour les auteurs de prises d'otages. Est-ce à dire que les auteurs de génocides et les crimes contre l'humanité méritent d'être moins poursuivis que les auteurs de tels actes ? De plus comme le relève aussi le Conseil fédéral, le lien étroit étant contraire aux Conventions de Genève, le juge suisse ne pourra donc pas l'appliquer en matière d'infractions graves aux Conventions de Genève. Or, techniquement tous les crimes de guerre ne sont pas des « infractions graves aux Conventions de Genève », la définition des crimes de guerre ayant largement évolué depuis plus de 50 ans. Ainsi, certains auteurs de crimes de guerre ne pourront pas être poursuivis s'ils ne possèdent pas de lien étroit alors que d'autre oui. De la même manière, les auteurs d'actes de torture constitutifs de crimes contre l'humanité ou de génocide pourront être poursuivis même s'ils n'ont pas de « lien étroit » alors que l'auteur de crime d'extermination, aussi constitutif de crime contre l'humanité ou de génocide, devra avoir un « lien étroit » afin d'être poursuivi...

Enfin, Le maintien et l'extension du lien étroit constitue, à notre connaissance, le plus grand recul européen sur ce point et fait de l'Etat dépositaire des Conventions de Genève, le véritable maillon faible européen en la matière. En effet, c'est sans succès que l'on recherche une autre législation restreignant de manière aussi drastique la compétence universelle. Le seul Etat qui connaissait cette condition était l'Allemagne. Cette condition, qui ne se trouvait pas dans la loi initiale, a été émise dans une jurisprudence contestée en 1997. Le législateur allemand a pris le contre-pied total de cette jurisprudence et désormais, la loi allemande mentionne expressément que les juridictions nationales sont compétentes même en l'absence de tout lien de la personne soupçonnée avec l'Allemagne. De même, la plus haute juridiction espagnole, la Cour constitutionnelle, a jugé le 26 septembre 2005 que l'exigence d'un tel lien dénaturait la véritable nature de la compétence universelle qui est justement de permettre à tous les Etats de poursuivre les auteurs des pires crimes même si ceux-ci n'ont aucun lien avec l'Etat.

En outre, le Procureur de la CPI a expliqué que la Cour pénale internationale ne jugera que les dix ou douze personnes les plus responsables dans chaque situation déférée. Or, pour établir la culpabilité de ces hauts responsables, il sera nécessaire de démontrer que les crimes ordonnés ou tolérés ont effectivement été commis par eux ou, certainement plus souvent, par leurs subordonnés. Alors que les premiers mandats d'arrêt ont été émis par le Procureur de la Cour pénale internationale et que les premiers procès ne tarderont pas à s'ouvrir, il se pourra donc que les subordonnés, dont la CPI aura établi qu'ils ont effectivement commis des crimes, viennent passer leur vacances en Suisse sans crainte d'être poursuivis.

TRIAL renouvelle donc son appel à abandonner la condition du « lien étroit » et l'amplifie : non seulement il est impératif de le supprimer pour les crimes de guerre mais il ne faut pas l'étendre aux crimes contre l'humanité et génocide. Le précédent appel émis lors de la précédente modification législative, qui avait été signé par 37 Professeurs de droit en Suisse, est donc renouvelé.

Le crime de génocide :

TRIAL salue vivement les modifications législatives proposées afin d'étendre la définition des groupes protégés dans l'infraction de génocide.

Les crimes contre l'humanité :

TRIAL est satisfait que le Conseil fédéral ne reprenne pas les limites introduites dans le Statut de Rome concernant le caractère général ou systématique de l'attaque.

La définition du crime de « déportation et transfert forcé » constitutif de crime contre l'humanité manque cependant de précision et ne couvre pas, *in fine*, l'ensemble des comportements incriminés par le Statut de Rome. Le Statut de la Cour pénale internationale incrimine la « déportation » et le « transfert forcé » alors que le projet du Conseil fédéral incrimine, dans la version française, « l'expulsion » et la « déportation ». Or en droit international, l'expulsion est considérée comme étant synonyme de déportation : ces deux comportements exigent que les victimes soient

déplacées hors des frontières pour que le crime soit constitué, à la différence du « transfert forcé » qui est constitué par le simple fait de déplacer des personnes à l'intérieur des frontières d'un Etat. Par conséquent, dans la version française, tous les crimes visés dans le Statut ne sont pas couverts par le projet. TRIAL demande donc au Conseil fédéral de remplacer le terme « expulsion » par « transfert forcé ».

La définition du crime de persécution semble aussi souffrir d'imprécision. Si TRIAL salue le fait que le Conseil fédéral n'est pas repris les compromis du Statut de Rome relativement à ce crime, il importe cependant de noter que selon le projet, pourra être responsable de persécution, celui qui « *aura violé gravement les droits fondamentaux d'un groupe identifiable* ». Or il est possible de se demander, dans quelle mesure, un groupe possède des « droits fondamentaux ». Certes, un groupe peut toujours revendiquer un droit à l'autodétermination par exemple, mais il ressort de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux et du Statut de la Cour pénale internationale que les droits visés sont d'une manière générale, les droits de l'homme applicables à l'individu.

Les crimes de guerre :

La définition des crimes de guerre proposée ne correspond pas toujours aux crimes de guerre tels que définis dans le Statut de Rome ou dans le droit international conventionnel et coutumier. Il suffit ici de mentionner les principaux problèmes :

- L'infraction suivante du Statut de Rome n'est tout simplement pas prévue dans le projet : « *[l]e fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre* » (Article 8 2. b) xiii) du Statut).
- Le projet du Conseil fédéral incrimine l'attaque contre « *les localités non défendues* » plutôt que d'incriminer les attaques contre « *des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires* » conformément au Statut. Or le concept de « *localité non défendue* » en droit international humanitaire est un concept particulier disposant d'une signification précise qui pourrait ne pas couvrir l'ensemble du crime mentionné dans le Statut. Il est donc nécessaire de compléter l'incrimination de l'attaque des localités non défendues par les termes utilisés par le Statut.
- Contrairement au Statut de Rome, le projet du Conseil fédéral n'incrimine pas le fait d'attaquer le personnel portant, conformément au droit international, un signe distinctif protecteur « *reconnu par les Conventions de Genève et son Protocole I de 1977* ». En outre, il conviendrait de remplacer cette dernière expression par une expression plus générale, telle que : « *reconnu par le droit international humanitaire* » afin de pouvoir englober tous les emblèmes, même ceux à venir, puisque la Suisse s'apprête par exemple à convoquer une Conférence diplomatique dans le but d'adopter un nouvel emblème.
- Le projet du Conseil fédéral mentionne que commet un crime de guerre celui qui porte atteinte « *à la dignité de la personne en la traitant d'une manière*

extrêmement humiliante ou dégradante ». Cet article pose des conditions supplémentaires non prévues par le Statut de Rome et les l'article 3 commun des Conventions de Genève, dont les violations constituent des crimes de guerre selon le droit international coutumier, tel que mentionné par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et par le Tribunal militaire de cassation suisse dans l'affaire *Nyonteze*. Il est donc important de reprendre une définition conforme à l'article 3 commun des Conventions de Genève et au Statut de Rome qui disposent que constituent un crime de guerre « *les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants* ».

- Conformément au Statut de Rome, le projet incrimine le recrutement des enfants de moins de 15 ans dans un conflit armé. Comme l'a déjà mentionné le Conseil fédéral, le Statut de Rome est le fruit de nombreux compromis souvent regrettables. Conformément au Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés ratifié par la Suisse en 2002, il conviendrait donc d'étendre l'incrimination du « *recrutement obligatoire* » aux enfants de moins de 18 ans.
- Selon le projet, commet un crime celui qui « *aura tué ou blessé un adversaire combattant qui s'était rendu ou qui, de toute autre manière, n'avait plus les moyens de se défendre* ». Cette disposition fait référence aux personnes « hors de combat » mais est largement insuffisante par rapport au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, de 1977. En effet, alors que le projet du Conseil fédéral vise uniquement les « *adversaires combattant* », le Protocole I érige en infraction grave le fait de soumettre « *toute personne* » hors de combat. Il est donc important que le projet soit modifié afin de respecter les obligations internationales de la Suisse découlant de la ratification du Protocole I.
- La version française du projet incrimine l'interdiction d'utiliser des armes causant des maux superflus ou des souffrances inutiles ou de nature à frapper de manière indiscriminées, à condition que celles-ci fassent l'objet d'une interdiction générale. Or toute utilisation de ces armes est *per se* interdite en droit international humanitaire et n'est nullement conditionné à une quelconque interdiction générale. L'utilisation de telles armes est en outre depuis longtemps déjà un crime de guerre en Suisse. Il est donc important que le Conseil fédéral ne conditionne pas l'incrimination de l'utilisation de ces armes à une interdiction générale, conformément au droit international conventionnel et coutumier et au droit suisse déjà applicable en la matière.
- Il conviendrait en outre que le Conseil fédéral incrimine de manière expresse, conformément au Protocole I, les « *punitions collectives* » ainsi que l'apartheid. Conformément au droit international coutumier, le projet du Conseil fédéral devrait aussi également incriminer le fait de répandre la terreur dans la population civile.

La responsabilité du supérieur hiérarchique

TRIAL salue la volonté d'intégrer le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le droit suisse. Cependant la disposition proposée par le Conseil fédéral n'est pas conforme au principe énoncé dans le Statut de Rome et dans le droit international conventionnel ou coutumier. Alors que, selon le Statut de Rome et le droit international conventionnel ou coutumier, un supérieur est tenu de réprimer son subordonné, s'il « aurait dû savoir » que son subordonné « avait commis » un crime, selon le projet du Conseil fédéral, il n'est tenu de le réprimer que « s'il savait » que son subordonné « avait commis » un crime. Cette insuffisance est problématique puisque le principe de la responsabilité du supérieur s'est développé en droit international parce qu'il était justement très difficile d'apporter la preuve qu'un supérieur avait bien la connaissance de l'acte de son subordonné et qu'en conséquence les plus hauts responsables de ces crimes demeuraient impunis. Le projet du Conseil fédéral risque donc de rendre totalement inopérante la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique.

Accessoirement, la proposition du Conseil fédéral est aussi insuffisante dans le fait qu'elle n'exige du supérieur, informé que son subordonné est en train de commettre un crime, uniquement qu'il empêche la continuation de cet acte alors qu'il est tenu non seulement de l'empêcher mais aussi de le réprimer selon le Statut de Rome. Enfin, il n'est prévu aucune distinction entre la responsabilité du supérieur militaire et civil alors que les deux régimes ne sont pas exactement identiques. La responsabilité pour le supérieur civil est en effet quelque peu allégée dans le Statut, car on part du principe que la "chaîne de commandement" est plus lâche pour les civils que pour les militaires.

La répartition des compétences entre les juridictions militaires et ordinaires : la nécessité d'assurer pleinement la protection des témoins dans les deux procédures

TRIAL n'est pas opposé, dans le principe, à la proposition de répartition des compétences entre les juridictions militaires et ordinaires. Cependant, il est fondamental que les mêmes mesures de protections soient accordées aux témoins et aux tiers tant dans la procédure ordinaire que dans la procédure militaire. Comme le mentionne sans appel le Message du Conseil fédéral concernant la modification de la procédure pénale militaire du 22 janvier 2003 : « *La question de la protection des témoins s'est posée concrètement à la Justice militaire dans les années 1994 et 1995 lors des premières enquêtes pénales ouvertes contre des auteurs présumés de crimes de guerre en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Les lacunes en matière de protection ont empêché l'instruction.* » Suite à cette modification législative, certaines mesures de protection des témoins ont été intégrées dans la procédure pénale militaire. Alors que le Conseil fédéral propose d'élargir sensiblement la compétence des juridictions ordinaires au détriment des juridictions militaires, il nous semble fondamental d'organiser également des mesures de protections adéquates pour les témoins et les tiers appelés à participer à la procédure ordinaire.

Une juste application du principe *non bis in idem*

Il est nécessaire de prévoir l'impossibilité qu'une personne puisse être jugée deux fois pour des faits identiques (principe *non bis in idem*). Cependant, en matière de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide, l'Histoire et l'actualité récente ont souvent montré que les responsables de tels crimes étaient parfois condamnés par des tribunaux partiels à des peines ridiculement basses, illustrant une volonté de les soustraire à la justice. Le projet prévoit que le juge suisse, avant d'exercer sa compétence, pourra vérifier si la personne n'a pas été amnistiée par complaisance ou que la remise de peine n'était pas arbitraire. Cependant, le projet du Conseil fédéral ne permet pas au juge suisse d'examiner la peine prononcée en tant que telle. Il conviendrait donc que le projet soit complété sur le modèle, par exemple, des nouveaux articles de la partie générale du Code pénal devant entrer prochainement en vigueur qui semble bien permettre au juge de pouvoir apprécier la sanction elle-même.

L'application du principe de l'universalité en matière de provocation publique au génocide

Selon le projet, *l'instigation* (art. 24 CP) au génocide permet de mettre en œuvre le principe de l'universalité mais pas la *provocation publique* au génocide. Or, le concept « d'incitation publique et directe à génocide » (au sens du Statut de Rome et de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide) ne peut être pleinement couvert que par la notion de « provocation publique ». Il conviendrait donc que le projet du Conseil fédéral organise aussi le principe d'universalité pour toute personne ayant publiquement et directement incité à commettre un génocide et non simplement aux instigateurs.

LES DISPOSITIONS SUPPLEMENTAIRES PROPOSEES PAR TRIAL

Obligation d'information de l'ODM, de la CRA et des autorités cantonales et fédérales de police des étrangers

Le Conseil fédéral a proposé dans le cadre de la révision de la loi sur l'asile l'introduction d'un article selon lequel « l'office ou la commission de recours transmet aux autorités de poursuite pénale compétentes les informations et les moyens de preuve concernant le requérant lourdement soupçonné d'avoir enfreint le droit international public, notamment en commettant un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, en participant à un génocide ou encore en pratiquant la torture ». Quel que soit le sort fait à la loi sur l'asile (éventuel référendum), cette obligation devrait être reprise dans le droit positif.

Cette obligation de saisir les organes de poursuite mérite d'être étendue au demeurant aux autorités cantonales et fédérales de police des étrangers, qui pourraient également être amenées à apprendre qu'un étranger aurait participé à la commission d'un crime international.

Modification de la loi sur l'aide aux victimes d'infraction

Il paraît nécessaire que les droits des victimes de crimes internationaux puissent pleinement être garantis, dans le cadre de la procédure pénale, de la même manière que si l'infraction était commise en Suisse. La loi sur l'aide aux victimes d'infractions devrait au besoin être précisées sur ce point.

Renforcement des moyens à disposition du Ministère public de la Confédération et de la police fédérale : création une « section crimes de guerre »

La concentration des compétences auprès des autorités fédérales de poursuite (sauf exceptions rares, les autorités militaires ne traiteront plus d'affaires à l'avenir), implique que les moyens humains et logistiques à disposition du Ministère public de la Confédération et de la police fédérale devront impérativement être renforcés, pour que la Suisse remplissent efficacement ses obligations internationales. A cet effet, il conviendrait donc de créer une « section crimes de guerre » spécialisée, telle que par exemple celles existant au Canada ou aux Pays-Bas.

Conformément au droit international, prévoir que le principe de non-rétroactivité n'est pas un obstacle à la poursuite des auteurs de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide

D'une manière similaire à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dispose que le principe de non-rétroactivité ne peut faire obstacle à la poursuite d'un individu si le comportement reproché constituait, au moment où il a été effectué, un crime d'après le droit international.

Il est donc important que le projet mentionne, comme c'est par exemple le cas au Canada, que le juge suisse doit aussi analyser le droit international afin d'apprécier si le comportement reproché était effectivement incriminé avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

Constitution de partie civile

Fréquemment, les victimes qui vivent à l'étranger ne pourront être efficacement défendues, vu la distance, les difficultés d'accéder et de communiquer avec un représentant légal, etc. Comme cela se fait dans de nombreux pays, il serait utile que des associations constituées depuis un certain nombre d'années et agissant dans le domaine de la lutte contre l'impunité des crimes dont il est question, puissent se constituer partie civile dans la procédure. Cela permettrait de donner une voix à des victimes qui, trop souvent, n'en auront aucune.