

08.034

**Message
relatif à la modification de lois fédérales en vue
de la mise en œuvre du Statut de Rome
de la Cour pénale internationale**

du 23 avril 2008

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons par le présent message un projet de loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en vous proposant de l'approuver.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 avril 2008

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le projet ci-joint a pour objectif de régler et de poursuivre sans faille en Suisse le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, essentiellement en inscrivant dans la loi les crimes contre l'humanité et en y décrivant plus précisément les crimes de guerre. Le projet redéfinit en outre le partage des compétences entre la juridiction civile et la juridiction militaire dans le domaine de ces crimes.

Le Statut de la Cour pénale internationale (CPI), dit Statut de Rome, a été adopté le 17 juillet 1998 à Rome par une Conférence des Nations Unies. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. A ce jour, 105 Etats l'ont ratifié, dont la Suisse le 12 octobre 2001.

Une fois le Statut de Rome adopté, l'objectif prioritaire du Conseil fédéral était d'affirmer la position de la Suisse en acquérant la qualité d'Etat membre de la CPI le plus rapidement possible. Dans son message relatif à la ratification du Statut de Rome, il s'est donc concentré sur les travaux législatifs indispensables à la ratification du texte, c'est-à-dire la création d'une loi régissant la coopération avec la CPI et l'adaptation des normes pénales concernant les atteintes à l'administration de la justice. Les autres modifications de loi auraient lieu dans un second temps.

C'est ainsi que nous proposons aujourd'hui d'inscrire dans le code pénal et dans le code pénal militaire la notion de crimes contre l'humanité, inconnus aujourd'hui du droit pénal suisse, et d'y définir plus précisément les crimes de guerre, lesquels 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 aujourd'hui insuffisant compte tenu des exigences découlant du principe de légalité tel qu'on l'applique en matière pénale. Par ailleurs, outre la redistribution des compétences entre la justice militaire et la justice ordinaire, il est nécessaire de faire de petites adaptations dans la procédure pénale fédérale et la loi sur l'entraide pénale internationale et de compléter la liste des infractions de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et de la loi fédérale sur l'investigation secrète.

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. En outre, le fait de disposer d'une législation explicite dans ce domaine lui permettra d'éviter que des infractions commises sur le territoire suisse ou par des ressortissants suisses soient jugées par la CPI.

Table des matières

Condensé	3462
Liste des abréviations	3466
1 Présentation de l'objet	3467
1.1 La Cour pénale internationale (CPI)	3467
1.1.1 Rappel des faits	3467
1.1.2 La Suisse et la Cour pénale internationale	3467
1.1.2.1 Première étape: ratification du Statut de Rome et coopération avec la CPI	3467
1.1.2.2 Deuxième étape: mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal suisse	3468
1.1.2.3 La procédure de consultation	3469
1.1.2.4 Le rôle de la Suisse dans les négociations sur la définition des crimes dans le Statut de Rome et sur les Eléments des crimes	3470
1.2 Le droit pénal international	3471
1.2.1 Intérêt et évolution du droit pénal international	3471
1.2.2 Droit pénal international et législation nationale	3473
1.3 Présentation de l'objet	3476
1.3.1 Nouvelles infractions	3476
1.3.1.1 Raisons de l'inscription des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans la législation pénale suisse	3476
1.3.1.2 Portée de la révision du droit pénal	3480
1.3.1.3 Choix de la forme: modification du CP et du CPM ou création d'une loi spécifique relative au droit pénal international?	3482
1.3.1.4 Technique législative	3484
1.3.2 Compétence de la Suisse pour poursuivre les auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre	3488
1.3.2.1 Contenu du principe de l'universalité en droit international	3488
1.3.2.2 Le principe de l'universalité selon la partie générale du code pénal actuel	3490
1.3.2.3 Application du principe de l'universalité en Suisse dans le contexte de la poursuite des auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre	3491
1.3.2.4 Abandon de l'exigence du «lien étroit»	3493
1.3.3 Redistribution des compétences entre la justice ordinaire et la justice militaire pour la poursuite des auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre	3496
1.3.3.1 Compétence selon le droit en vigueur	3496
1.3.3.2 Modèles de redistribution des compétences entre juridiction ordinaire et juridiction militaire	3498
1.3.3.3 Solution la plus pragmatique: répartition des compétences en fonction de l'auteur (civil ou militaire)	3500
	3463

1.3.4	Juridiction ordinaire: justice fédérale ou justice cantonale?	3502
1.3.4.1	Droit en vigueur	3502
1.3.4.2	Choix de la compétence fédérale	3503
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	3504
1.4	La criminalité organisée envers les enfants, crime contre l'humanité?	3504
1.5	Protection des témoins	3506
1.6	Rétroactivité des dispositions pénales	3506
2	Commentaire des dispositions	3507
2.1	Modification du code pénal	3507
2.1.1	Art. 101 (Imprescriptibilité)	3508
2.1.1.1	Imprescriptibilité selon le Statut de Rome	3508
2.1.1.2	Situation juridique en Suisse	3509
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	3509
2.1.2	Art. 259, al. 1 ^{bis} (Provocation publique au génocide)	3510
2.1.3	Art. 260 ^{bis} (Actes préparatoires délictueux)	3511
2.1.4	Titre 12 ^{bis} (Génocide et crimes contre l'humanité)	3512
2.1.4.1	Art. 264 (Génocide)	3512
2.1.4.2	Art. 264 ^a (Crimes contre l'humanité)	3515
2.1.5	Titre 12 ^{ter} (Crimes de guerre)	3527
2.1.5.1	Punissabilité des crimes de guerre en vertu du droit suisse en vigueur et en vertu du projet	3527
2.1.5.2	Nouvelles dispositions destinées à réprimer les infractions au droit international humanitaire en cas de conflits armés (crimes de guerre)	3528
2.1.5.3	Peines	3541
2.1.6	Titre 12 ^{quater} (Dispositions communes aux titres 12 ^{bis} et 12 ^{ter})	3542
2.1.6.1	Art. 264 ^k (Punissabilité du supérieur)	3542
2.1.6.2	Art. 264 ^l (Actes commis sur ordre d'autrui)	3545
2.1.6.3	Art. 264 ^m (Actes commis à l'étranger)	3546
2.1.6.4	Art. 264 ⁿ (Exclusion de l'immunité relative)	3549
2.1.7	Art. 336, ch. 2 (Juridiction fédérale)	3550
2.2	Modification du code pénal militaire	3551
2.2.1	Champ d'application à raison des personnes du CPM	3551
2.2.2	Art. 10, al. 1 ^{bis} , 1 ^{ter} et 1 ^{quater} , P-CPM (Conditions de lieu)	3552
2.2.3	Art. 20, al. 2, P-CPM (Acte commis sur ordre d'autrui)	3553
2.2.4	Art. 59 P-CPM (Imprescriptibilité)	3553
2.2.5	Génocide et crimes contre l'humanité	3553
2.2.5.1	Art. 108 P-CPM (Génocide)	3553
2.2.5.2	Art. 109 P-CPM (Crimes contre l'humanité)	3553
2.2.6	Chapitre 6 ^{bis} P-CPM (Crimes de guerre)	3554

2.2.7 Dispositions communes aux chapitres 6 et 6bis	3554
2.2.7.1 Art. 114a P-CPM (Punissabilité du supérieur)	3554
2.2.7.2 Art. 114b P-CPM (Exclusion de l'immunité relative)	3554
2.2.8 Art. 171a, al. 1 ^{bis} , P-CPM (Provocation publique au génocide)	3555
2.2.9 Art. 171b, al. 1, P-PCM (Actes préparatoires délictueux)	3555
2.2.10 Art. 221a, al. 1 et 2, P-CPM (Tribunaux compétents en cas de participation de civils)	3555
2.2.11 Art. 221a, al. 3, P-CPM (Tribunaux compétents pour juger les infractions relevant en partie du CPM, et en partie du CP)	3555
2.3 Modification d'autres lois	3556
2.3.1 Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale	3556
2.3.2 Modification de la loi sur l'entraide pénale internationale	3556
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)	3557
3 Conséquences	3558
3.1 Conséquences pour la Confédération en matière de finances et de personnel	3558
3.2 Conséquences économiques	3559
3.3 Conséquences en matière informatique	3560
3.4 Conséquences pour les cantons	3560
4 Rapport avec le programme de la législature	3560
5 Aspects juridiques	3560
5.1 Rapport avec le droit européen	3560
5.1.1 Union européenne	3560
5.1.2 Conseil de l'Europe	3561
5.2 Constitutionnalité	3562
Annexe	
Répartition des compétences entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire	3563
Loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Projet)	3565

Liste des abréviations

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 (RS <i>0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51</i>)
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CP	code pénal (RS <i>311.0</i>)
CPI	Cour pénale internationale
CPM	code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS <i>321.0</i>)
CPP	code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (FF <i>2007 6583</i>)
Cst.	Constitution fédérale (RS <i>101</i>)
EIMP	loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS <i>351.1</i>)
FF	Feuille fédérale
loc. cit.	loco citato
OJPM	ordonnance du 24 octobre 1979 concernant la justice pénale militaire (RS <i>322.2</i>)
P	projet
PPF	loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS <i>312.0</i>)
PPM	procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS <i>322.1</i>)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPS	Revue pénale suisse
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

Message

1 Présentation de l'objet

1.1 La Cour pénale internationale (CPI)

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 internationale² est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. A ce jour³, 105 Etats ont acquis la qualité de partie audit Statut. 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 80 Etats portant sur des crimes présumés. Le procureur de la CPI est actuellement saisi de plusieurs causes et mène des enquêtes sur des actes commis en Ouganda, au Soudan (Darfour), dans la République Démocratique du Congo et dans la République Centrafricaine.

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.

La CPI fonctionne selon le principe de la complémentarité: 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. Le but est simplement de combler les lacunes fréquemment constatées dans la poursuite pénale des auteurs de ces crimes particulièrement abominables, mais la CPI n'a pas vocation à se substituer aux juridictions nationales.

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

Ayant signé le Statut de Rome le 18 juillet 1998, le Conseil fédéral s'était fixé comme objectif prioritaire que la Suisse le ratifie le plus rapidement possible. Il a donc concentré ses travaux sur les modifications législatives immédiatement nécessaires: création d'une loi spéciale régissant la collaboration des autorités suisses avec

¹ Pour plus de détails, cf. le 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 relatif au Statut de Rome), FF 2001 359 382 ss.

² RS 0.312.1

³ Etat: février 2008.

la CPI⁴ et extension aux procédures devant les tribunaux internationaux du champ d'application des dispositions pénales sanctionnant les atteintes à l'administration de la justice⁵. Les autres modifications de loi, notamment l'inscription des crimes contre l'humanité et la définition des crimes de guerre dans le droit pénal suisse, ont été reportées à plus tard pour permettre une ratification rapide du texte. Le 12 octobre 2001, la Suisse a été le 43^e Etat à déposer ses instruments de ratification du Statut de Rome⁶ 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 relatif au Statut de Rome, le Conseil fédéral avait annoncé son intention de réviser les dispositions pénales se rapportant aux crimes qui relèvent de la CPI. Comme il s'agit de mesures législatives ne résultant pas directement 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 ne vienne pas retarder la ratification du texte.⁷

Dans le cadre de cette deuxième étape de la mise en œuvre du Statut de Rome, nous proposons aujourd'hui des modifications de loi qui permettront de garantir l'efficacité et la transparence de la poursuite des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre en Suisse et surtout d'assurer une répression sans faille de ces actes. La révision a pour objectif premier 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 a été soulignée dans les rapports d'experts, dans les réponses à la procédure de consultation sur l'adhésion de la Suisse à la convention sur le génocide et dans le message relatif au Statut de Rome. Plusieurs auteurs de doctrine ont également préconisé la reconnaissance des crimes contre l'humanité en droit suisse⁸. Le second objectif du projet est de définir plus en détail les éléments constitutifs des crimes de guerre. Pour l'instant, ceux-ci sont punissables en vertu du code pénal militaire (CPM), qui se contente cependant d'un renvoi général au droit international applicable⁹, ce qui est insuffisant pour satisfaire aux exigences actuelles du principe de légalité en matière pénale. En outre, il est prévu de redistribuer les compétences entre la justice militaire et la justice civile afin de professionnaliser la conduite des procédures pénales en cas de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Outre certaines autres précisions apportées dans la partie générale et la partie spéciale du code pénal (CP) et du CPM, il est nécessaire de faire de petites adaptations dans la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0) et la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (RS 351.1) et de compléter la liste des infractions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la

4 Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI), RS 351.6; pour plus de détails, cf. le message relatif au Statut de Rome, FF 2001 422 ss.

5 Cf. l'art. 309 CP (RS 311.0) et l'art. 179b CPM (RS 321.0).

6 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.

7 Message relatif au Statut de Rome, FF 2001 390 et 419 s.

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

9 Cf. l'art. 109 CPM

correspondance par poste et télécommunication (RS 780.1) et de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (RS 312.8).

Les objectifs visés à travers ces mesures complémentaires sont au nombre de deux: d'une part, 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; d'autre part, le fait de disposer d'une législation complète dans ce domaine lui permettra d'éviter que des crimes commis sur son territoire ou par un de ses ressortissants soient jugés par la CPI.

1.1.2.3 La procédure de consultation

Par une décision du 17 août 2005, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'ouvrir une procédure de consultation sur un avant-projet de 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, accompagné d'un rapport explicatif. Le DFJP a invité les cantons, les partis représentés aux Chambres fédérales, les institutions et organismes intéressés, ainsi que les Tribunaux fédéraux, à lui faire part de leur position jusqu'au 31 décembre 2005. Il a reçu 61 réponses.

L'esprit et les grandes lignes du projet ont rencontré la faveur de presque tous les milieux consultés, de même que la nécessité et l'adéquation des dispositions proposées. La réglementation restrictive du champ d'application du droit pénal suisse (condition du «lien étroit» dans les cas d'actes commis à l'étranger par des étrangers) prévue dans l'avant-projet s'est cependant heurtée à de franches critiques. Le fait de proposer des dispositions légales explicites plutôt que d'utiliser des clauses générales renvoyant au droit international public a paru approprié aux milieux consultés. En ce qui concerne la place des dispositions dans la législation, pratiquement tous les participants ont approuvé l'insertion des nouvelles normes dans le CP et le CPM. Les points spécifiques des résultats de la procédure de consultation seront traités dans le chapitre consacré aux grandes lignes du projet¹⁰.

Le 28 février 2007, le Conseil fédéral a pris acte des résultats de la procédure de consultation et a chargé le DFJP de rédiger le message et le projet de loi. Il lui a intimé, d'une part, de poursuivre les travaux dans la droite ligne de l'avant-projet – en particulier de maintenir le partage des compétences proposé entre la justice civile et la justice militaire et de proposer la non-adhésion à deux traités sur l'imprescriptibilité de certains crimes. D'autre part, il lui a demandé de tenir compte des conclusions de la procédure de consultation et notamment d'abandonner la condition du «lien étroit» pour l'application du droit pénal suisse. Le DFJP devait, enfin, examiner à nouveau la question de la place des dispositions.

¹⁰ Cf. le ch. 1.3

1.1.2.4

Le rôle de la Suisse dans les négociations sur la définition des crimes dans le Statut de Rome et sur les Eléments des crimes

La Suisse est l'un des membres fondateurs d'une coalition d'Etats qui lutte pour une CPI forte et indépendante. A la Conférence de Rome de 1998, elle 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. Elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter que la définition du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre 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 influencé le résultat des négociations menées au sein de la Commission préparatoire de la CPI, qui a mis au point les Eléments des crimes¹¹ entre 1999 et 2000. Ce texte apporte des précisions aux définitions des crimes visés par le Statut de Rome, qui sont parfois sommaires. Il n'est cependant pas contraignant pour la CPI: sa valeur normative peut être comparée à celle d'un mode d'emploi destiné à faciliter l'interprétation et l'application du Statut par la Cour. Pour les autorités chargées d'appliquer le droit en Suisse, il constitue 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 ces sources juridiques que sont fondées les modifications du CP et du CPM qui font l'objet du présent projet.

Malgré le caractère secondaire des Eléments des crimes, on ne pouvait, avant le début des négociations, exclure le risque de voir les dispositions du Statut relatives aux infractions affaiblies par une définition imprécise 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 les Eléments des crimes ne rabaisent pas après coup le niveau du droit international humanitaire atteint grâce au Statut et à la jurisprudence. Se fondant sur des travaux préparatoires du Comité international de la Croix-Rouge, elle a présenté des projets de définitions dans le domaine des crimes de guerre, auxquels s'est ralliée une impressionnante majorité des autres délégations. Le texte approuvé par l'Assemblée des Etats parties à la CPI le 10 septembre 2002 est très largement inspiré des propositions présentées par la Suisse¹².

¹¹ Pour ce qui est de la genèse des Eléments des crimes, cf. le message relatif au Statut de Rome, FF 2001 457 ss.

¹² Cf. les Eléments des crimes, consultables sur le site de la CPI à l'adresse http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Element_of_Crimes_French.pdf; pour ce qui est de la genèse, du contenu et de l'interprétation des Eléments 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).

1.2 Le droit pénal international

1.2.1 Intérêt et évolution du droit pénal international

Mettre fin à l'impunité

En 1651, le thème du crime et de l'impunité inspirait déjà le philosophe anglais Thomas Hobbes: «Le même acte, s'il a été constamment puni chez les autres, est une infraction plus grave que s'il y a eu de 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.»¹³

Les guerres et les massacres du passé, de même que les épisodes de l'Histoire caractérisés par l'oppression de la population, ont montré que l'impunité des coupables faisait obstacle à long terme à la réconciliation, à la paix et à la démocratie. 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 régimes fondés sur la violence et l'oppression sont propices à l'émergence de l'extrémisme violent, du racisme et du terrorisme international. Si, dans les siècles ou les décennies passés, 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 de l'absence d'une coopération internationale adéquate, 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 cet aphorisme, d'une valeur purement morale, soit élevé au rang d'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

Le droit international classique se limitait à la réglementation des rapports entre Etats. Forte des enseignements tirés de l'émergence de certains régimes totalitaires, la communauté internationale reconnaît depuis la Seconde Guerre mondiale que l'individu non seulement possède lui aussi des droits consacrés par le droit international, mais peut également être appelé directement par celui-ci à rendre compte de ses actes sur le plan pénal s'il a enfreint les dispositions du droit des gens. Cette répression des atteintes individuelles aux biens protégés par le droit international est l'objet du droit pénal international.

Bien qu'ancien, le droit pénal international est un domaine encore en développement. Il s'articule autour des règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés et 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 lequel ont été codifiées de telles

¹³ Thomas Hobbes, *Léviathan* (1651), traduit de l'anglais par Ph. Foliot, chap. XXVII, sous <http://perso.wanadoo.fr/philotra/leviat2.htm>.

règles. Ce domaine du droit a ensuite connu un développement constant¹⁴. On le qualifie de droit international humanitaire depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. 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 conventions de Genève sur l'amélioration du sort des blessés, des malades, des prisonniers de guerre et des personnes civiles en temps de guerre¹⁵; deux protocoles additionnels sont venus les compléter en 1977¹⁶.

C'est dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg que les crimes contre l'humanité – qui englobent aussi des violations graves des droits de l'homme touchant la population civile en temps de paix – ont été définis pour la première fois en termes exprès. Il a également fallu attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale pour voir le génocide réprouvé par la communauté internationale dans une convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁷. L'interdiction des crimes contre l'humanité, qui relevait jusque-là du droit coutumier, a été renforcée dans les années 90 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 CPI.

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: sa signature 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 armé¹⁸ 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 armés¹⁹.

¹⁴ Notamment en 1899 et en 1907 dans ce que l'on a appelé les «conventions et déclarations de La Haye» concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et l'interdiction de l'emploi de certains types de munitions.

¹⁵ 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. Elles sont entrées en vigueur pour la Suisse le 21 octobre 1950.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ RS **0.520.33**, entré en vigueur pour la Suisse le 9 octobre 2004; cf. message du 20 août 2003, FF **2003** 5555.

¹⁹ RS **0.107.1**, ratifié par la Suisse le 26 juin 2002; cf. le message du 5 septembre 2001, FF **2001** 5977.

Application du droit pénal international

Il ne suffit pas qu'un droit soit écrit: il faut aussi qu'il soit appliqué. L'histoire montre que les autorités nationales chargées de la poursuite pénale n'ont pas toujours eu les moyens d'assurer efficacement l'exécution des normes fondamentales du droit pénal international. 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. 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 a institué 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 dont avaient de tout temps profité les auteurs de ces crimes, tel est son ambitieux objectif. En signant ce traité, la communauté internationale s'est donné un instrument précieux pour mettre en application le 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

Chaque Etat est libre de choisir de quelle manière il souhaite mettre en œuvre le droit pénal international dans sa législation nationale, selon la conception qu'il a du rapport entre le droit international et son propre droit. Du point de vue du droit international, la seule chose qui importe en définitive est que les Etats remplissent leurs obligations. Conformément à la conception moniste du rapport entre droit international et droit national qui prévaut en Suisse, notre pays assume l'obligation de sanctionner les infractions réprimées par les normes internationales sans reprendre celles-ci dans sa propre législation. Cette approche présente l'avantage que les infractions au droit international sont traitées comme telles par le système juridique suisse²⁰. Si toutefois une norme pénale internationale se limite à la description d'un comportement pénalement répréhensible sans fixer concrètement la peine, elle ne pourra pas être appliquée directement dans une procédure pénale régie par le droit suisse²¹.

²⁰ 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.

²¹ Cf. à ce propos le deuxième sous-titre ci-après: «Conditions de l'applicabilité directe du droit pénal international en droit suisse».

Nature coutumière de certaines normes du droit pénal international

Le fait que l'on reconnaisse à une norme de droit international le caractère d'une règle de droit coutumier signifie que la communauté internationale doit l'accepter et l'appliquer indépendamment de son fondement conventionnel²². Toutes les normes du droit pénal international n'ont pas ce caractère coutumier: si la lutte contre le trafic de stupéfiants ou contre le terrorisme est une préoccupation commune à l'ensemble des Etats, l'étendue de l'interdiction et les moyens spécifiques à mettre en œuvre ne procèdent pas d'une conception générale du droit partagée par tous les Etats et ne sont pas non plus confirmés par une jurisprudence cohérente de ces derniers²³.

Il est cependant généralement reconnu que l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a un caractère coutumier²⁴. Les Etats sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de l'attitude des autres Etats (portée *erga omnes*). Lorsque ces règles relèvent du droit impératif (*jus cogens*), toute injonction de l'Etat qui légitimerait, voire encouragerait ce genre de crimes serait nulle et non avenue²⁵. L'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité ainsi que l'obligation de respecter le noyau du droit international humanitaire font partie des règles du *jus cogens*, qu'il est impossible de répertorier de manière exhaustive²⁶.

Ces interdictions de droit coutumier s'appliquent directement aux individus sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient été transposées en droit national. Néanmoins, sans définition concrète de la peine encourue, elles ne peuvent pas servir de base directe à une condamnation pénale.

²² Cf. 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 s.

²³ 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.

²⁴ Cf. entre autres le ch. 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.

²⁵ Cf. p. ex. l'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.» La Convention définit comme norme impérative «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général de même caractère».

²⁶ 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 *jus cogens*, qui ne peuvent pas être énumérés de manière exhaustive, l'interdiction de la violence, des agressions, 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 relatif au Statut de Rome, FF 2001 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 des quatre conventions de Genève de 1949 doivent être qualifiés de violations des règles impératives du droit des gens (*jus cogens*) (reproduite dans RSDIE 1999, p. 708 ss).

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

Une convention internationale approuvée par les Chambres fédérales devient contraignante sur le plan du droit international au moment de 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. Il faut pour cela que la norme internationale invoquée soit suffisamment claire et précise pour être appliquée à un cas concret et pour servir de base de décision dans une situation donnée. La norme doit donc être justiciable, elle doit avoir pour teneur les droits et les obligations des individus et s'adresser aux autorités chargées de l'application du droit. 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 pas aux autorités judiciaires ou administratives, mais au législateur²⁷.

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 afin que l'individu puisse prévoir le caractère pénalement répréhensible de son acte et les conséquences de son comportement. Elle doit garantir que le sujet de droit reconnaisse au moins grossièrement le risque qu'il court d'être puni. Si une disposition de droit international destinée à réprimer une infraction ne contient pas de description contraignante des conséquences pour le contrevenant ou qu'il n'existe pas de norme de transposition dans le droit national contenant une définition concrète de la peine encourue, cette disposition ne peut pas servir de base à une condamnation pénale. Faute de prévisibilité des conséquences pénales, il est impossible d'appliquer directement, dans une procédure pénale conduite en Suisse, des normes pénales issues du droit international coutumier visant les crimes contre l'humanité²⁸.

²⁷ Cf. p. ex. le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 536; ATF 120 Ia 11; ATF 124 III 90 consid. 3; ATF 124 IV 23 consid. 4.

²⁸ 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*, 2^e 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.

1.3 Présentation de l'objet
1.3.1 Nouvelles infractions
**1.3.1.1 Raisons de l'inscription 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 une procédure pénale en Suisse

Est-il vraiment nécessaire de légiférer alors que le Statut de Rome sanctionne déjà les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, reconnus de plus en droit coutumier? Pour répondre à cette question, il faut 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 (art. 6 à 8) ne constituent des bases légales contraignantes que pour la CPI et sa juridiction. Elles ne s'adressent en effet pas directement aux Etats parties. Le Statut n'oblige en aucune façon ces derniers à reprendre ces normes telles quelles ni même à légiférer en la matière. Il ne les y contraint 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 céder la compétence en matière de procédure à la CPI.

Si l'application directe des dispositions du Statut dans une procédure pénale en Suisse n'est pas possible, c'est aussi parce que leur libellé ne satisfait pas toujours aux exigences auxquelles une norme de droit pénal doit répondre à notre sens²⁹. On y cherche en vain une définition contraignante des peines que devront infliger les Etats parties.

Il importe de réduire le risque que des procédures tombent dans le champ d'application de la CPI

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. Toutefois, on peut aussi déduire indirectement une obligation de poursuivre ces personnes du principe de complémentarité inscrit à l'art. 17 du Statut de Rome. Il en va de même des 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.

²⁹ Cf. le ch. 1.2.2

Etant donné que l'art. 264 CP punit le génocide depuis l'an 2000 et que le caractère répréhensible des crimes de guerre est statué de manière générale par le 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 compétence en matière de procédure. Pour ce qui est des crimes contre l'humanité, par contre, le droit suisse ne compte encore aucune disposition spécifique, même si une grande partie de ces crimes tombent sous le coup d'une ou de plusieurs dispositions pénales en vigueur³⁰.

Le droit suisse actuel ne prend pas en compte la caractéristique centrale des crimes contre l'humanité

Au regard du droit international, l'élément crucial qui fonde la nature illicite des crimes contre l'humanité est l'existence d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile, qui confère une dimension internationale à l'infraction individuelle. En d'autres termes, 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'attaque contre la population civile, qui rend ces crimes particulièrement abominables, est totalement inexistant dans le CP. Le contexte institutionnel et le fait que l'acte individuel vienne s'inscrire dans une opération plus vaste dirigée contre la population civile ne peuvent pas être pris en compte ou donner lieu à une aggravation de la peine, en vertu de la législation pénale suisse, en cas de meurtre, lésions corporelles 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 des civils et plus particulièrement des femmes, des enfants et des minorités nationales, la création de dispositions spécifiques s'impose.

Nécessité de décrire précisément le comportement punissable

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 Constitution³¹, selon lequel un comportement pénalement répréhensible doit être décrit de manière précise, n'a été, jusqu'à présent, concrétisé qu'en partie.

Comme nous l'avons souligné plus haut, la législation suisse ne contient pas de norme explicite réprimant les crimes contre l'humanité. 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 soit ont été

³⁰ En ayant recours aux motifs d'aggravation de la peine existant pour certains types 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 la possibilité d'infliger des peines plus lourdes. Citons comme exemple 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 du crime d'apartheid.

³¹ RS 101

conclus dans un contexte historique particulier³², soit ne qualifient pas les actes en question de crimes contre l'humanité³³, soit ils sont trop anciens pour répondre encore entièrement aux exigences de notre temps³⁴.

Le Statut de la CPI ne peut pas non plus servir de base à une condamnation. La description des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité contenue dans le Statut et les Éléments des crimes³⁵ s'adresse en premier lieu à la Cour elle-même. 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 règles 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 des éléments objectifs et subjectifs de l'infraction. Le CP ne contient pas d'ailleurs de norme d'incorporation définissant concrètement une peine. A la lumière du principe de légalité (*nulla poena sine lege*), il est donc indispensable de légiférer si l'on veut pouvoir punir les crimes contre l'humanité en Suisse.

Les dispositions du droit suisse permettant de punir les infractions au droit international humanitaire, c'est-à-dire au droit applicable dans le contexte de conflits armés pour en protéger les victimes, se trouvent aujourd'hui au chapitre 6 du CPM. Les actes visés par ces dispositions ne sont cependant pas décrits dans le code lui-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 applicables³⁶. Les sources de droit déterminantes ne sont pas citées nommément. Sans compter la difficulté qu'il y a à identifier les normes visées, les conventions ne contiennent généralement pas de définitions précises des actes interdits et, par essence, le droit coutumier n'est pas codifié dans son intégralité. Vu les principes de l'État de droit et les exigences particulièrement sévères du principe de légalité en droit pénal, on s'était demandé, en élaborant l'art. 109 CPM, si cette façon de procéder permettait de juger de manière suffisamment claire du caractère punissable d'un comportement en cas de conflit³⁷. Ce point a 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

³² La Convention internationale du 30 novembre 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid 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.

³³ 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.

³⁴ Convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage, RS **0.311.37**, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1930.

³⁵ Cf. le ch. 1.1.2.4

³⁶ Les art. 110 à 114 CPM contiennent la définition expresse de quelques infractions seulement.

³⁷ Cf. le 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 pénale³⁸. Même si l'art. 109 CPM permet en principe de punir en Suisse les crimes de guerre relevant du Statut de Rome, il paraît judicieux – pour toutes les raisons indiquées plus haut – d'asseoir sur des bases légales précises la lutte contre ces crimes d'une gravité extrême, qui sont punis de lourdes peines.

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 ne satisfait pas entièrement aux exigences actuelles de clarté et de sécurité du droit. Elle n'est pas non plus satisfaisante pour les autorités de poursuite pénale et les tribunaux, sous l'aspect de la technique législative et de la densité normative, trop faible pour une matière si 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 ont diversement acceptées. 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 bien moindre que dans d'autres domaines du droit international, car les normes appliquées ne sont souvent pas inscrites dans des conventions. Une codification autonome du droit pénal international dans le droit suisse aurait l'avantage que les autorités de poursuite pénale et les tribunaux disposeraient en fin de compte d'un recueil bien lisible et facilement utilisable des principales normes admises sur le plan international.

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), qui permet à la CPI d'exercer sa juridiction. L'institution de la Cour ne manque donc pas d'avoir un effet préventif certain: elle 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 incités 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 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

³⁸ 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*, in: La répression internationale du génocide rwandais, Bruxelles 2003, p. 162 ss; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St-Gall 1992, Art. 109, p. 546 n. 2; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, RPS 121 (2003), p. 49 s.

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 génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre dans leur droit national étaient encore très peu nombreux. Ce n'est qu'avec la création par l'ONU des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans les années 90 que la communauté internationale a réellement commencé à mettre en œuvre des dispositifs de lutte au niveau pénal contre les crimes en question. 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 envergure³⁹.

1.3.1.2 Portée de la révision du droit pénal

Choix des crimes visés par les nouvelles dispositions

Selon l'art. 5 du Statut de Rome, la compétence de la CPI est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, soit le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression⁴⁰. Ces infractions ont une dimension de droit pénal international parce qu'elles ne représentent pas des actes singuliers, 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 sont partis du principe qu'il s'agissait là de crimes relevant du droit coutumier international.

La délégation suisse aux négociations du Statut de Rome a usé de son influence pour obtenir que les dispositions du Statut concrétisent le droit international en vigueur sans toutefois le remettre en cause⁴¹. 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 existantes 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 grande majorité des cas⁴², lorsqu'elle ne résulte pas – dans le domaine du droit international humanitaire – de conventions ratifiées par la Suisse.

Dans le projet, les crimes devant être sanctionnés par le droit suisse ont dès lors été choisis en fonction des critères suivants: d'abord, il importe de satisfaire aux exigences du Statut de Rome dans tous les cas afin d'exclure tout risque de céder des compétences à la CPI. Ensuite, les normes juridiques suisses doivent refléter fidèle-

³⁹ Cf. le ch. 1.3.1.3

⁴⁰ 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 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. l'art. 5, par. 2, du Statut).

⁴¹ Pour plus de détails, cf. le ch. 1.1.2.4 et le message relatif au Statut de Rome, FF 2001 372.

⁴² Message relatif au Statut de Rome, FF 2001 456.

ment et sans restriction le droit international en vigueur; là où les normes du Statut de Rome sont moins strictes que les règles conventionnelles et le droit coutumier reconnu par la Suisse⁴³, notamment dans le domaine du droit international humanitaire, les nouvelles dispositions devront s'inspirer du contenu et du libellé des normes les plus restrictives. Enfin, seules les violations les plus graves du droit international humanitaire doivent être expressément rendues punissables dans le CP et le CPM. Incrire dans le droit suisse l'ensemble du droit pénal international ne serait pas réalisable compte tenu de l'évolution constante de la matière. Les travaux législatifs seraient sans commune mesure avec le résultat obtenu. En punissant les infractions d'une gravité moindre en vertu de clauses plus générales (subsidiaries), on tient suffisamment compte du principe de légalité.

Prise en compte des principes généraux du droit pénal international

La CPI peut se fonder sur des principes généraux de droit pénal, afin de satisfaire aux exigences du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*): le Statut décrit des formes de participation telles que l'instigation ou la complicité, il définit la tentative et l'erreur, il énumère les motifs d'exonération de la responsabilité pénale individuelle⁴⁴. Ses principes généraux s'appliquant uniquement en relation avec les crimes qui y sont décrits et dans le cadre de la procédure devant la CPI, les Etats ne sont pas tenus de les reprendre dans leur droit national. Cette marge de manœuvre est cependant très relative dans la mesure où l'application du Statut est soumise dans son intégralité au principe de complémentarité prévu à son art. 17. Si le droit national comporte des lacunes ou des motifs d'exonération, la CPI sera incitée 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, au sens de l'art. 17 du Statut.

L'analyse du droit pénal suisse révèle qu'il ne comporte aucune lacune de ce genre: les dispositions générales du CP et du CPM sont applicables au génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Des normes spéciales sont donc nécessaires uniquement dans les cas où elles se révèlent particulièrement utiles à la mise en œuvre du Statut de Rome⁴⁵. Concrètement, seules deux précisions sont utiles. Elles 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. Ont donc été incluses dans le projet une disposition relative aux actes commis sur ordre d'autrui, dont certains éléments figurent déjà dans le CPM, et une nouvelle disposition sur la responsabilité pénale des supérieurs militaires ou civils pour les crimes commis par leurs subordonnés.

⁴³ P. ex. 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.

⁴⁴ Cf. l'art. 25 ss du Statut de Rome.

⁴⁵ 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 dans ce domaine.

Peines

Les peines que les juges de la CPI peuvent prononcer sont décrites au chap. VII du Statut de Rome⁴⁶. Selon l'art. 77 de ce dernier, la peine principale est une peine d'emprisonnement de 30 ans au plus. Exceptionnellement, la sanction maximale 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 d'emprisonnement, la Cour peut ajouter une amende ou la confiscation de biens.

Il faut sur ce point examiner si la législation suisse⁴⁷ est compatible avec les exigences du Statut de Rome. Il est bien précisé à l'art. 80 du Statut que les dispositions du chap. VII n'affectent pas l'application par les Etats des peines ou des genres de peine que prévoit leur droit interne. Cependant, cet article est lui aussi soumis à la réserve générale de complémentarité au sens de l'art. 17 du Statut: les peines prononcées par les juridictions nationales ne doivent pas être trop clémentes en comparaison des peines prévues par le Statut de Rome, car la CPI devrait alors supposer que l'Etat en question veut manifestement ménager l'auteur et n'a pas réellement l'intention de lui demander des comptes.

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 en Suisse.

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

Description des deux possibilités

1^{re} solution: modification du CP et du CPM

Il s'agirait principalement d'inscrire le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre dans le CP et le CPM. Viendraient s'y ajouter d'une part des dispositions générales concernant notamment la responsabilité pénale du supérieur et les crimes commis sur ordre d'autrui, d'autre part des 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 poursuite pénale et à l'imprescriptibilité des crimes en question.

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

La disposition en vigueur sur le génocide serait extraite du CP et incluse, avec les nouvelles normes relatives aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, dans une loi pénale accessoire. Il faudrait inclure dans la nouvelle loi toutes les autres dispositions se rapportant spécifiquement au génocide, aux crimes contre l'humanité ou aux crimes de guerre, sans oublier les normes déterminant les compé-

⁴⁶ Pour plus de détails au sujet du système et de la durée des peines, cf. le message relatif au Statut de Rome, FF **2001** 512 ss.

⁴⁷ Aux termes de l'art. 40 CP, la durée maximale d'une peine privative de liberté est de 20 ans. Lorsque la loi le prévoit expressément, la peine est prononcée à vie. Une peine privative de liberté à vie dure en principe jusqu'au décès du condamné. Une libération conditionnelle ne peut être accordée qu'au bout de quinze ans, exceptionnellement au bout de dix ans (art. 86, al. 5, CP).

tences respectives de la justice civile et de la justice militaire et les dispositions générales sur la responsabilité pénale du supérieur, les crimes commis sur ordre d'autrui et la punissabilité des actes commis à l'étranger. Viendraient encore s'y ajouter les dispositions concernant l'imprescriptibilité, la provocation publique au génocide et les actes préparatoires punissables. 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.

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. l'Afrique du Sud⁴⁸, l'Australie⁴⁹, le Canada⁵⁰, la Grande-Bretagne⁵¹, l'Irlande⁵², la Nouvelle-Zélande⁵³), les Etats attachés à la tradition juridique continentale (*Civil Law*) ont opté pour des solutions diverses: l'Allemagne⁵⁴, les Pays-Bas⁵⁵, le Portugal⁵⁶ et la Suède⁵⁷, par exemple, ont eux aussi choisi d'édicter des lois spéciales de droit pénal international, ou, lorsque ces lois existaient déjà, y ont ajouté les dispositions du Statut de Rome qui manquaient encore (p. ex. la Belgique⁵⁸). 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'humanité⁵⁹.

Solution choisie: modification du CP et du CPM

La question de la forme qu'il convient de donner à l'acte législatif réprimant les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre – modification du CP et du CPM ou nouvelle loi – est essentiellement une question de méthode législative. Les nouvelles dispositions pénales auront le même contenu juridique. La décision quant à la forme doit donc être prise en premier lieu en fonction de critères de technique législative.

⁴⁸ *International Criminal Court Bill* du 26 juin 2002.

⁴⁹ *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002* du 27 juin 2002.

⁵⁰ Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence: Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, en vigueur depuis le 23 octobre 2000.

⁵¹ *International Criminal Court Act 2001* du 11 mai 2001.

⁵² *International Criminal Court Bill 2003*, projet du Gouvernement n° 36/2003 du 12 août 2003.

⁵³ *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* du 6 septembre 2000.

⁵⁴ *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254).

⁵⁵ *Wet Internationale Misdrifven (loi sur les crimes internationaux)* du 17 juin 2003.

⁵⁶ *Lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário (loi pénale relative aux violations du droit international humanitaire)* n° 72/IX du 20 mai 2003. Le projet de loi est actuellement examiné par le Parlement.

⁵⁷ Loi sur les infractions au droit pénal international, SOU 2002:98.

⁵⁸ *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 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. Ses dispositions ont été intégrées aux art. 136^{bis} ss du code pénal belge.

⁵⁹ Ley Organica 15/2003 du 25 novembre 2003.

La première solution (modification du CP et du CPM) présente l'avantage d'inscrire les dispositions réprimant les crimes les plus graves au cœur même du droit pénal, dans le code pénal, plutôt que dans une loi pénale accessoire. Elle confère aux nouvelles normes l'importance qu'elles méritent et la diffusion nécessaire pour assurer que les sujets de droit et la communauté des Etats en prennent conscience. Les autorités de poursuite pénale et les tribunaux peuvent, dans cette option, appliquer les dispositions des parties générales de ces deux codes (p. ex. en ce qui concerne l'instigation et 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.

La seconde solution (loi sur le droit pénal international) permettrait, en réunissant 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, d'éviter de compléter le CP par un ensemble de normes qui ne trouveraient que rarement application. Les inscrire dans une loi pénale accessoire se ferait toutefois aux dépens de la transparence, sans compter que l'applicabilité des dispositions générales du CP et du CPM serait moins évidente à réaliser. 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. La pénalisation du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ne représente pas une matière législative en soi mais un simple ensemble d'interdictions, ce qui est précisément l'objet principal du CP en sa qualité de pièce maîtresse de la juridiction pénale suisse.

La question de l'emplacement des nouvelles dispositions ayant été explicitement posée dans le cadre de la consultation, les participants ont presque tous approuvé la solution de l'avant-projet, présenté sous forme d'une modification du CP et du CPM.

Pour toutes ces raisons et eu égard aux conclusions de la procédure de consultation, il paraît judicieux d'inscrire les nouvelles dispositions dans le CP et le CPM plutôt que de créer une loi spéciale.

1.3.1.4 Technique législative

Méthode de transposition

Indépendamment de l'emplacement choisi pour les nouvelles dispositions, il convient de décider dans quelle mesure les normes de droit international doivent être transposées en droit suisse. Le législateur suisse est libre d'opter pour une codification détaillée ou de préférer une formulation plutôt sommaire tant qu'il satisfait 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.

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 n° 1: clause générale assortie d'un renvoi au droit international applicable

Ce choix signifierait que la loi ne contient pas, comme d'habitude, les définitions des 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*. L'art. 109 CPM actuel punit 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 sa 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.

L'art. 109 CPM ne constitue cependant pas une base légale suffisante pour le jugement des crimes contre l'humanité: il est applicable uniquement aux crimes commis dans le contexte d'un conflit armé. Or les crimes contre l'humanité (comme le génocide) peuvent aussi être commis en temps de paix. La répression de crimes contre l'humanité appellerait donc la création d'une nouvelle disposition englobant ce type d'infractions. L'inconvénient de cette solution réside dans le fait que les règles en matière de crimes contre l'humanité 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 par des conventions – ce type de base légale devient plus douteux encore lorsque les règles visées ne sont pas codifiées en droit international.

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

Cette solution consisterait à reprendre mot pour mot les art. 6 à 8 du Statut de Rome. Plus simplement, on pourrait se contenter de renvoyer au Statut dans le CP et le CPM. Cette option aurait l'avantage de rendre fidèlement les termes du Statut et d'éviter ainsi tout risque de contradiction. On aurait l'assurance que la législation suisse satisfait 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 la définition des infractions serait identique.

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 sanctionnés 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, touchent sans distinction civils et combattants⁶⁰. 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 pour inscrire cette interdiction dans le Statut de Rome.

Enfin, la formulation des dispositions du Statut de Rome – fruit de longues négociations de la communauté internationale – 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») ou n'en fournit qu'une description rudimentaire, alors que le législateur suisse a l'habitude d'en définir tous les éléments⁶¹.

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 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 tout en permettant au législateur d'avoir recours au langage juridique suisse, ce qui facilite l'application des dispositions du droit inter-

⁶⁰ Cf. le commentaire de l'art. 264h.

⁶¹ Cf. l'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 d'une peine privative de liberté d'un an au moins».

national par les autorités de poursuite pénale en Suisse. Du point de vue des sujets de droit, 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.

Aperçu comparatif des solutions choisies à l'étranger

Alors que les Etats ayant un système juridique de type anglo-saxon (p. ex. Afrique du Sud, Grande-Bretagne, Irlande, Nouvelle-Zélande) reprennent en règle générale à la lettre les dispositions du Statut, ou décrivent les infractions d'une brève expression (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.

La solution retenue: une combinaison des différentes options

Le mode de transcription des dispositions du Statut de Rome dans le droit pénal suisse doit être choisi compte tenu de deux impératifs déjà mentionnés: d'abord, la législation pénale suisse doit être aménagée de telle sorte que la CPI ne soit pas amenée à se substituer aux autorités suisses pour cause d'insuffisance des bases légales; ensuite, la forme choisie doit tenir compte du droit pénal international, que la Suisse se doit de respecter indépendamment du Statut de Rome, tout en rendant les règles de celui-ci plus transparentes pour les sujets de droit. Les nouvelles dispositions que l'on se propose d'introduire dans le droit suisse devront en outre s'inspirer du contenu et de la teneur 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 présentent des points faibles, le fait est que chacune d'entre elles a aussi des qualités certaines. Comme ces options ne s'excluent pas, nous envisageons de les combiner. Cette solution permet à la fois de profiter des avantages 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 génocide (art. 264). Le contenu de cette norme répond à la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et à l'art. 6 du Statut de Rome. Le CP satisfait donc aux exigences internationales. Comme la poursuite du génocide pourra aussi, dans certains cas, relever de la justice militaire⁶², il y a lieu d'inscrire dans le CPM une disposition analogue.

Crimes contre l'humanité

Les crimes contre l'humanité sont actuellement régis par le droit pénal ordinaire. 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

⁶² Pour plus de détails, cf. les ch. 1.3.3, 2.2.1 et 2.2.2.

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, comme il en existe pour les crimes de guerre. Il est donc nécessaire d'insérer 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 et à la systématique juridique suisse.

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

L'art. 109 CPM contient une clause générale renvoyant sommairement aux normes du droit international humanitaire pour ce qui est des crimes de guerre. En plus de cette clause générale, il convient de définir expressément les violations du droit international humanitaire qui sont considérées comme des crimes de guerre en vertu du Statut de Rome et du droit international en général. Comme la justice civile aura désormais elle aussi la compétence de connaître des crimes de guerre⁶³, des dispositions analogues seront inscrites dans le CP.

Adaptation rédactionnelle dans la version française

La nouvelle partie générale du code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, avait été l'occasion d'une modernisation purement formelle de la version française: notamment, on avait remplacé les formulations au futur/futur antérieur par le présent. Il s'impose désormais de poursuivre cette œuvre de modernisation en adaptant, au fur et à mesure des nouveaux projets, les autres normes du code pénal. La même chose s'applique au code pénal militaire.

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

Le droit suisse confère déjà aux autorités suisses la compétence d'engager des poursuites pénales contre les auteurs de génocide, de crimes de guerre et de torture quels que soient le lieu où l'acte a été commis et la nationalité de l'auteur. Il est prévu dans le projet d'étendre le principe de l'universalité (ou principe de la compétence universelle) aux crimes contre l'humanité. Loin d'être générale, la compétence de la Suisse pour poursuivre ces crimes ne sera fondée que si l'auteur séjourne en Suisse et ne peut pas être extradé. Pour ce qui est de la poursuite des crimes de guerre, le législateur a posé en 2003 l'exigence supplémentaire d'un «lien étroit» de l'auteur avec la Suisse⁶⁴.

1.3.2.1 Contenu du principe de l'universalité en droit international

Selon le principe de l'universalité, 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

⁶³ Pour plus de détails, cf. le ch. 1.3.3.3.

⁶⁴ Cf. le ch. 1.3.2.4

cas dans lesquels les Etats parties sont obligés d'engager des poursuites pénales (p. ex. contre les auteurs de violations graves des conventions de Genève de 1949 ou de la convention de 1984 contre la torture), 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 principe de la souveraineté territoriale (principe de territorialité) ou de la nationalité de l'auteur (principe de la personnalité active) ou de la victime (principe de la personnalité passive). Dans certaines circonstances, les Etats ont le droit d'étendre leur juridiction à des affaires sans lien direct avec leur territoire lorsque le rapport avec eux ne peut pas être qualifié d'étroit. Ils peuvent toutefois subordonner leur compétence à des conditions en 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 judicare*). 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 que subsidiaire.

Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont des violations du droit auxquelles l'opinion publique est très sensible et qui ne sauraient rester impunies. Il faut à tout prix éviter que leurs auteurs puissent 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 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)⁶⁵ 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 national⁶⁶. En outre, en vertu des conventions de Genève de 1949 et du protocole additionnel I de 1977, les Etats parties sont 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 poursuite⁶⁷.

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 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.

⁶⁵ RS 0.193.501

⁶⁶ CIJ, affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêté du 11 juillet 1996, CIJ Rec. 1996 § 31.

⁶⁷ 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

1.3.2.2

Le principe de l'universalité selon la partie générale du code pénal actuel

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 CP), le droit actuel ne permet de poursuivre en Suisse l'auteur d'un acte commis à l'étranger que si la condition du principe de la personnalité active ou passive, définie à l'art. 7, al. 1, CP, est remplie. A cela s'ajoutent les infractions spécifiques qu'une disposition spéciale assujettit au principe de l'universalité⁶⁸.

Dans le message sur la révision de la partie générale du code pénal⁶⁹ (la modification est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007), le Conseil fédéral avait estimé qu'il ne se justifiait plus d'appliquer le droit suisse aux infractions commises à l'étranger uniquement 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. Dans ces cas, la poursuite pénale devait, selon lui, incomber à l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur de l'infraction, conformément au principe de la compétence de remplacement⁷⁰. Dans un nouvel art. 7, al. 2, le Conseil fédéral avait donc proposé une réglementation selon laquelle le CP 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 plus seulement en raison de la nature de l'infraction (p. ex. politique, militaire ou fiscale)⁷¹, mais pour d'autres motifs (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 la poursuivre).

Les Chambres fédérales ont même été encore plus loin en étendant, dans ce nouvel art. 7, al. 2, la compétence de la Suisse aux cas dans lesquels «l'auteur a commis un acte particulièrement grave proscrié par la communauté internationale». 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 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 impunité⁷².

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

⁶⁸ Cf. les art. 5, 182, al. 4, et 185, ch. 5, CP

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Cf. les art. 85 ss EIMP

⁷¹ Cf. l'art. 3 EIMP

⁷² Cf. BO 2001 N 541 et BO 2002 N 1178; BO 2001 E 1060

l'humanité. La décision des Chambres fédérales ne s'écarte pas du principe selon lequel la Suisse ne requiert en règle générale 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, ont commis l'infraction à l'étranger, séjournent à l'étranger et dont la ou les victimes n'avaient pas la nationalité suisse⁷³. L'exercice de la juridiction 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 insurmontables. C'est l'expérience qu'a fait la Belgique avec sa loi sur les criminels de guerre, datant des années 1993 et 1999, qui posait 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 d'autres Etats. La Belgique a été contrainte de revenir rapidement 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 Belgique⁷⁴.

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

L'introduction du principe de l'universalité 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, de ce dernier, la CPI peut exercer sa compétence uniquement si l'Etat sur le territoire duquel a été commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, ou dont la personne accusée du crime est un ressortissant, 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, par le ressortissant d'un Etat qui n'est pas, lui non plus, partie au Statut. Ainsi, si l'auteur séjourne dans notre pays, la Suisse n'a aucune obligation de le poursuivre en vertu du principe de l'universalité, du fait du principe de complémentarité inscrit dans le Statut de Rome, puisque la CPI ne peut pas lui reprocher son inaction.

La Suisse a pourtant un intérêt éminent à étendre sa compétence aux actes commis à l'étranger, car si elle ne le faisait pas, elle deviendrait un pôle d'attraction pour les grands criminels. Il faut cependant être conscient du fait que l'extension de cette compétence n'exclut pas les risques d'abus et de situations de concurrence entre les

⁷³ Cf. le 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.

⁷⁴ *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.

juridictions. Le droit suisse actuel ne s'applique par conséquent à la poursuite pénale du génocide⁷⁵ et des crimes de guerre qu'à deux conditions.

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 le territoire suisse. On exclut ainsi le risque de devoir ouvrir et mener une procédure par défaut.

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

L'auteur ne doit pas pouvoir être extradé, même s'il a commis une infraction pouvant donner lieu à extradition⁷⁶. En posant cette réserve pour ce qui est des personnes qui n'ont pas la nationalité suisse, on marque la préférence accordée à l'ouverture d'une procédure pénale dans l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis (principe de territorialité) ou dans l'Etat d'origine de l'auteur de l'acte (principe de la personnalité). Cela est dans l'intérêt de la justice dans le cas d'espèce et de l'économie de la procédure en général, car c'est 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 au regard du droit international. Lorsque l'extradition peut être envisagée, et sous réserve d'autres obstacles, la justice suisse est donc compétente seulement si l'autre Etat renonce expressément ou implicitement à engager une procédure pénale⁷⁷.

L'extradition n'est pas non plus possible si la personne concernée risque de subir des traitements inhumains dans l'Etat dans lequel l'acte a été commis⁷⁸ ou si celui-ci ou l'Etat d'origine renonce à une demande de poursuite⁷⁹. On rejettera également la demande d'extradition si l'on a des indices concrets permettant de penser que l'Etat requérant n'a pas la volonté de poursuivre sérieusement l'auteur ou n'est pas en mesure de le faire, ou qu'en cas d'extradition l'auteur ne sera pas condamné à une juste peine⁸⁰. Si, dans un cas de ce genre, l'Etat dans lequel le crime a été commis ne requiert pas l'extradition, les autorités suisses peuvent exceptionnellement renoncer à lui adresser une demande expresse⁸¹.

⁷⁵ Pour plus de détails, voir 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 4911 4932 s.

⁷⁶ Cf. l'art. 35, al. 1, let. a, EIMP

⁷⁷ ATF 121 IV 145 148

⁷⁸ Cf. notamment l'art. 2, let. a, et l'art. 37, al. 3, EIMP.

⁷⁹ Dans ce cas, il n'est pas non plus possible de fonder la compétence sur le principe de la compétence de remplacement au sens de l'art. 85 EIMP.

⁸⁰ Dans ces cas, la procédure à l'étranger est entachée d'un «défaut grave» au sens de l'art. 2, let. d, EIMP.

⁸¹ 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.

Lorsque l'extradition d'un étranger pour un crime commis à l'étranger n'est pas possible pour des raisons juridiques ou pratiques, il convient de s'assurer qu'il ne demeure pas impuni en tant qu'auteur ou participant à des crimes très graves et qu'il n'use pas de la Suisse comme d'un 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 ce qui était alors l'art. 9 CPM, qui vise les criminels de guerre⁸². Le projet ci-joint prévoit d'étendre cette règle au génocide et aux crimes contre l'humanité. Une personne pourra être remise 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 peut pas garantir une procédure équitable et assurer que les conditions nécessaires à l'extradition sont réunies sans aucun motif de rejet n'est pas reconnu par la Suisse⁸³.

1.3.2.4 Abandon de l'exigence du «lien étroit»

Instauration de l'exigence du «lien étroit»

En 2003, les Chambres fédérales ont décidé d'introduire une nouvelle condition à l'établissement de la compétence dans l'art. 9 CPM⁸⁴. En vertu de cette disposition, les ressortissants étrangers qui ont commis un crime de guerre à l'étranger ne peuvent être poursuivis pénalement en Suisse qu'à la condition de se trouver dans notre pays, d'avoir un «lien étroit» avec celui-ci et de ne pas pouvoir être extradés ou livrés à un tribunal pénal international. Cette règle est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004⁸⁵.

Qu'entend-on par «lien étroit»?

Au cours des débats aux Chambres fédérales, on a cité, à titre d'exemple, les 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 elle 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 ont un compte dans une banque suisse, qui y sont de passage ou qui n'y séjournent que brièvement avec l'intention de repartir rapidement⁸⁶.

Le critère déterminant de cette liste de liens personnels ou matériels réside dans le resserrement des rapports que l'auteur a avec la Suisse. Il ne suffit donc pas qu'il se trouve brièvement sur le territoire suisse, par hasard ou non: il faut que son séjour 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

⁸² Aujourd'hui: art. 10, al. 1^{bis}, CPM.

⁸³ Cf. le 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.

⁸⁴ BO **2003** N 1247, BO **2003** N 2131

⁸⁵ RO **2004** 2691

⁸⁶ Cf. BO **2003** N 1987 s.

Suisse se distingue par une composante affective particulière (lien qualitatif subjectif). Les exemples cités dans le cadre des débats parlementaires ne doivent pas être compris comme une énumération définitive. 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.

Critique de la notion du «lien étroit» et remise en question de sa nécessité

Dans l'optique de l'application du CP à des actes commis à l'étranger, cette disposition ne satisfait pas vraiment au principe de la légalité du fait de son imprécision. Il n'en demeure pas moins qu'elle a été mise en œuvre conformément à la volonté exprimée par le législateur. Dans son message du 22 janvier 2003⁸⁷, le Conseil fédéral avait initialement proposé de s'en tenir à la réglementation en vigueur, mais en la précisant en ce sens que les ressortissants étrangers ayant commis des crimes de guerre à l'étranger devaient être en Suisse pour qu'on puisse les poursuivre. Cette modification législative avait pour but d'harmoniser le CPM avec les dispositions de la partie générale et avec celles, plus spécifiques, de la partie spéciale du CP, tout en s'inscrivant dans la ligne de la jurisprudence reconnue.

L'exigence d'un «lien étroit» de l'auteur avec la Suisse en tant que nouvelle condition d'application du droit pénal suisse précise d'une part, dans certains cas, la pratique actuelle, mais restreint d'autre part les possibilités d'action pénale en Suisse afin de préserver notre pays d'un afflux de procédures tel qu'il s'est produit en Belgique⁸⁸. La décision du Parlement s'est heurtée à des critiques de la part des milieux scientifiques et des organisations non gouvernementales, qui ont mis en doute sa conformité avec les engagements de la Suisse en tant qu'Etat partie des conventions de Genève de 1949, du protocole additionnel I du 8 juin 1977 et de la convention contre la torture. Ils ont réclamé l'abandon du «lien étroit», solution plus restrictive que celles adoptées par les autres Etats d'Europe occidentale, et le retour au projet présenté par le Conseil fédéral⁸⁹.

Il n'y a pas qu'en Belgique (ou 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 au cours de ces dernières années 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 de la PPM et du CPM de décembre 2003, certains députés aux Chambres fédérales ont exprimé leur crainte devant les difficultés que ces plaintes pourraient causer en politique extérieure et les représailles auxquelles la Suisse 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 que la Belgique a subies. 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.

⁸⁷ Message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la procédure pénale militaire (Protection des témoins), FF **2003** 693 736 ss.

⁸⁸ Cf. le ch. 1.3.2.2

⁸⁹ Cf. l'interpellation de 37 professeurs de droit au Conseil national. Le site <http://www.trial-ch.org> permet de prendre connaissance du texte de cette intervention; cf. aussi la critique de Hans Vest, *Kriegs- und Menschenheitsverbrechen – Strafverfolgung «light»?*, AJP (2004) 614 s.

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, 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 levée⁹⁰. Les autorités chargées de la poursuite pénale renonceront en outre à donner suite aux plaintes qui ne leur semblent pas raisonnablement fondées.

Relevons encore que la condition de la présence de l'auteur sur le territoire suisse – 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.

La question du «lien étroit» a été largement commentée dans le cadre de la procédure de consultation. Une nette majorité des personnes consultées s'est prononcée contre son introduction pour les auteurs de génocide et de crimes contre l'humanité et contre son maintien pour les auteurs de crimes de guerre.

Abandon du «lien étroit»

Compte tenu de la situation juridique actuelle et des critiques formulées, le Conseil fédéral propose de ne pas instaurer cette condition pour le génocide et les crimes contre l'humanité et de la supprimer en relation avec les crimes de guerre. De plus, pour des considérations d'ordre systématique et pratique, le Conseil fédéral considère comme problématique de limiter le champ d'application du droit suisse par rapport aux règles habituelles du principe de l'universalité, précisément lorsqu'il s'agit de poursuivre des crimes d'une extrême gravité.

Il faut cependant prendre en compte les réserves formulées quant au fait de donner à la Suisse une compétence dans une procédure par défaut en raison de faits fondés sur le hasard. Aucune autorité de poursuite pénale ne devrait être tenue d'ouvrir une procédure par défaut en l'absence d'un lien avec la Suisse, ni de conduire un procès dépourvu de chances de succès faute de pouvoir se procurer les moyens de preuves. C'est pourquoi le Conseil fédéral soumet ici au Parlement une proposition qui fixe des critères uniformes pour l'application d'un principe de l'universalité limité, valables tant pour les crimes contre l'humanité et le génocide que pour les crimes de guerre. Cette proposition fait en revanche abstraction de la condition du «lien étroit». Les limitations au principe de l'universalité seront garanties par des mesures accessoires de droit matériel ou de droit de procédure.

Par souci de transparence et de clarté de la législation, le Conseil fédéral propose de prévoir expressément dans les dispositions communes aux nouveaux titres que, pour les actes commis à l'étranger, par un étranger et contre un étranger, les autorités peuvent renoncer à la poursuite pénale lorsqu'une juridiction étrangère ou un tribunal international pénal reconnu par la Suisse poursuit l'infraction (principe de la subsidiarité par rapport à une juridiction étrangère ou à un tribunal international compétent à titre principal), ou lorsque l'auteur ne se trouve plus en Suisse. On

⁹⁰ Aux termes de l'art. 6 de la loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale, c'est au Conseil fédéral qu'il revient de statuer sur les questions d'immunité, à la demande du DFJP.

trouvera de plus amples explications dans le commentaire de l'art. 264m (ch. 2.1.6.3.).

Certains craignent que, malgré la présence de l'inculpé en Suisse, l'administration de moyens de preuves suffisants s'avère difficile ou même impossible en raison de la situation politique ou de fait dans l'Etat concerné⁹¹. Nous renvoyons à la jurisprudence dominante, selon laquelle des moyens de preuves dont la production est manifestement impossible ne doivent pas être utilisés dans une procédure. Par contre, s'il y a contradiction entre les preuves, le tribunal doit procéder à une appréciation⁹².

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

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 souvent confrontées à l'existence concomitante de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, comme par exemple en ex-Yougoslavie ou au Rwanda. Dans la pratique, les événements font l'objet d'une enquête commune aboutissant à une accusation commune. Avec la modification du 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

⁹¹ P. ex. en cas d'absence d'entraide judiciaire ou de troubles liés à une guerre civile.

⁹² Cf. le message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF **2006** 1255 s.

les civils, mais aussi les militaires inculpés de crimes de génocide (art. 264 et 336, 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. Du moment que les conditions nécessaires à l'application des dispositions «classiques» 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 à 114 CPM) entre Etats, mais aussi dans les conflits nationaux⁹³ – relèvent aujourd'hui de la juridiction militaire⁹⁴, qu'ils aient été commis par des militaires⁹⁵ ou par des civils⁹⁶, et que les infractions aient été commises en Suisse ou à l'étranger⁹⁷. Dans le cas des crimes de guerre commis à l'étranger par des personnes n'ayant pas la nationalité suisse, cette règle s'applique cependant uniquement, selon le droit en vigueur, 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 (civiles ou militaires) n'ayant pas la nationalité suisse n'est fondée que dans le cadre d'un conflit armé⁹⁸. Seules sont donc punissables les violations de normes du droit international spécifiquement applicables 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 ce crime peut en principe – même si ce n'est pas fréquent – être commis dans un contexte autre que celui d'un conflit armé⁹⁹.

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 ou l'auditeur en chef peut déférer le jugement de toutes ces infractions aux tribunaux militaires ou aux tribunaux ordinaires¹⁰⁰.

⁹³ Cf. Tribunal militaire de cassation suisse, jugement du 27 avril 2001 en l'affaire *Fulgence Niyonteze*, p. 10.

⁹⁴ Cf. les art. 3 et 218 CPM

⁹⁵ Art. 3, al. 1, ch. 1, 2, 3, 6, et al. 2, CPM

⁹⁶ Art. 3, ch. 9, CPM

⁹⁷ Cf. Tribunal militaire de cassation suisse, jugement du 13 mai 1996, en l'affaire *M.*, vol. 11, n° 91, cons. 2a); art. 10, al. 1, et 218, al. 2, CPM.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Art. 221 CPM, art. 46, al. 2, OJPM

Conformément à l'al. 2 de l'art. 221 CPM, introduit par la loi fédérale du 24 mars 2000¹⁰¹, 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 œuvre le Statut de Rome 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 se résument à trois modèles.

Modèle 1: assujettissement complet à la juridiction ordinaire

La solution qui consisterait à faire relever ces trois catégories de crimes de la justice pénale ordinaire présenterait l'avantage d'une réglementation uniforme. Grâce au récent renforcement des effectifs dans le contexte du «projet d'efficacité», les autorités de poursuite 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 1^{er} avril 2004 et qui jugera donc en première instance les plaintes pour génocide.

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 que peu d'expérience en la matière et qu'elles ne sont pas, quant au fond, aussi compétentes que la justice militaire dans ce domaine.

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 des compétences. Elles possèdent, d'une manière générale, les connaissances spécifiques nécessaires qui leur permettent de juger de questions d'ordre militaire et l'expérience pratique de la poursuite 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, 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 la poursuite et le jugement d'infractions au droit international.

¹⁰¹ FF 2000 2067

Comme les crimes de chacune des trois catégories en question 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. Cela serait contraire au principe que le législateur a toujours appliqué jusqu'ici, selon lequel les civils ne doivent pas être soumis au droit militaire sans nécessité. L'assujettissement complet à la justice militaire élargirait donc la compétence de la justice militaire dans une mesure qui serait mal acceptée par la société civile. Les limites du système de milice sont cependant le point le plus critique.

Modèle 3: solutions mixtes

Option A: fondée sur les catégories de crimes

Cette solution consisterait à inscrire le 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, les crimes contre l'humanité ne figureraient que dans le CP. Cette solution pourrait toutefois poser problème dans la mesure où les violations du droit international commises dans le cadre d'un conflit ne peuvent souvent pas être attribuées correctement à l'une ou à plusieurs des trois catégories de crimes en question avant l'ouverture de la procédure pénale. Or, l'option A implique que l'on détermine d'emblée le type d'infraction que l'on se propose de poursuivre. 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.

Option B: fondée sur la distinction entre auteurs militaires et auteurs civils

Selon cette option, 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 inscrites 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 par le CPM – devraient y faire l'objet de dispositions plus détaillées.

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

La sous-variante B.1 présente l'avantage de répartir d'emblée les compétences d'une manière claire, contrairement à 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 groupes de guérilleros 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.

Option C: fondée sur le critère du conflit armé

Selon cette option, 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. Le CPM devrait être complété par des dispositions sur le génocide et les crimes contre l'humanité, mais aussi par une disposition limitant la compétence des tribunaux militaires aux infractions commises 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 commis 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 tâche revenant 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 en principe s'appliquer aux civils que dans la mesure où, en temps de danger accru, l'intérêt national commande un renforcement de la défense des intérêts militaires¹⁰². 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 serait clair et facile à déterminer si la Suisse se trouvait elle-même en guerre, il peut, 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 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 présentés, nous avons estimé que la solution la plus pragmatique consistait à opter pour une compétence mixte fondée sur la distinction entre auteurs militaires ou civils (modèle 3, option B): la compétence de la juridiction militaire sera limitée aux militaires suisses (auteurs ou victimes) en temps de paix (sous-variante B.1) mais étendue à l'ensemble des cas en temps de guerre (option C). Cette solution nous paraît claire et judicieuse.

¹⁰² Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, art. 3, p. 68, n. 3.

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 et sur un Tribunal pénal fédéral jugeant en 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.

Enfin, dans le cas d'un auteur étranger, on ne devra pas déterminer dès la constatation de la compétence s'il a agi en qualité de militaire ou en qualité de civil. Comme nous l'avons déjà précisé, les militaires étrangers seront jugés en Suisse par des tribunaux civils en temps de paix. Dès que la Suisse devient partie à un conflit armé, la compétence passe intégralement à la juridiction militaire¹⁰³.

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

La juridiction ordinaire aura la compétence de poursuivre et de juger:

- les civils de nationalité suisse,
- les civils et les militaires de nationalité étrangère.

La juridiction militaire aura la compétence de poursuivre et de juger trois catégories de personnes:

- les personnes ayant un statut militaire en vertu du droit suisse (art. 3, al. 1, ch. 1, 2, 3 et 6, et al. 2, CPM) ayant commis en Suisse ou à l'étranger un crime de guerre; le projet prévoit qu'il en ira de même en cas de génocide¹⁰⁴ ou de crime contre l'humanité;

¹⁰³ Par la même occasion, on satisfera 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.

¹⁰⁴ 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, est rendu caduc par la présente modification.

- les personnes (suisse 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, lorsqu’un militaire de l’armée suisse en a été la victime (art. 10, al. 1^{er}, P-CPM);
- les personnes impliquées dans un génocide, un crime contre l’humanité ou un crime de guerre si la Suisse se trouve elle-même en guerre¹⁰⁵ (cf. l’art. 5, ch. 2, P-CPM, en relation avec l’art. 218 CPM).

1.3.4 Juridiction ordinaire: justice fédérale ou justice cantonale?

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

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 le «projet d’efficacité»¹⁰⁶. Il y est prévu que les types de crimes mentionnés, auxquels est venu s’ajouter le génocide en l’an 2000¹⁰⁷, relèvent en priorité de la compétence de la Confédération¹⁰⁸. Pour décharger le Tribunal fédéral, le Ministère public de la Confédération a la possibilité, au terme de l’instruction au niveau fédéral, de confier l’affaire à un tribunal cantonal qui sera chargé du jugement. Pendant le procès, il soutient alors l’accusation.

Ces dispositions du «projet d’efficacité» régissant la délégation aux cantons, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2002¹⁰⁹, n’avaient qu’un caractère transitoire: depuis l’entrée en vigueur de la réforme de la justice, la Constitution¹¹⁰ 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,

¹⁰⁵ Selon l’art. 6 CPM, les dispositions établies pour le temps de guerre sont applicables non seulement quand la Suisse est en guerre, mais aussi lorsqu’en cas de danger de guerre imminent, le Conseil fédéral décide de les faire entrer en vigueur.

¹⁰⁶ Modification du 22 décembre 1999 du code pénal (Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), FF **2000** 71.

¹⁰⁷ Loi fédérale du 24 mars 2000 concernant la modification du code pénal, du code pénal militaire et de la procédure pénale fédérale, FF **2000** 2067.

¹⁰⁸ Cf. les art. 340, ch. 2, et 340^{bis} CP

¹⁰⁹ RO **2001** 3071 3315

¹¹⁰ Art. 191a, al. 1, Cst. (version «réforme de la justice»); cf. l’arrêt 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 2002 sur l’entrée en vigueur partielle de la réforme de la justice du 12 mars 2000, RO **2002** 3147.

auparavant, étaient jugées par le Tribunal fédéral en première et unique instance (procès directs). Depuis l'entrée en vigueur complète de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral¹¹¹ le 1^{er} avril 2004¹¹², les affaires de crime organisé, de criminalité économique et de génocide sont traitées en première instance par le Tribunal pénal fédéral, l'autorité de recours étant le Tribunal fédéral. Ce nouveau régime permet de décharger le Tribunal fédéral 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 en principe chargée de conduire les procédures relatives 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 probable¹¹³.

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 les éléments constitutifs d'une autre infraction réprimée par le CP ou le CPM sont réunis, ils sont néanmoins poursuivis par l'autorité judiciaire cantonale ou fédérale compétente.

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 adéquat et 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 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 assurera une certaine unité d'appréciation et de pratique tout en utilisant au mieux les synergies et les connaissances.

¹¹¹ Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral, RO **2003** 2133.

¹¹² Cf. l'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.

¹¹³ Le procureur général de la Confédération ne se charge plus de soutenir l'accusation devant les tribunaux cantonaux; cf. l'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 le message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF **2001** 4000 4168.

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} de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (PPF) déjà appliqué dans les cas de génocide. Comme nous l'avons déjà exposé, une délégation aux cantons s'avérerait peu judicieuse pour des raisons d'ordre matériel. Le CPP du 5 octobre 2007 dispose en effet que les infractions du titre 12^{bis} CP (qui sera complété par le titre 12^{ter} et l'art. 264k lorsque les deux projets seront en vigueur) relèvent de la juridiction fédérale et qu'une délégation aux autorités cantonales n'est en principe pas admise¹¹⁴. Cette réglementation tient compte des observations soulevées par certains cantons au moment de la procédure de consultation et de la décision du Conseil fédéral du 28 février 2007.

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 été saisi de divers projets législatifs qui touchent ou qui recoupent même certains aspects du projet de loi qui est l'objet du présent message, 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. Le traitement de toutes ces questions imbriquées les unes dans les autres dans une révision globale serait inapproprié et retarderait l'analyse juridique des réformes nécessaires au niveau national et des nouveaux engagements à prendre sur le plan international.

L'adoption du CPP par le Parlement, le 5 octobre 2007, revêt à ce titre une importance particulière. Le présent message renvoie à différentes reprises à ce texte, soulignant l'importance de quelques-unes de ses dispositions dans le cadre de la mise en œuvre du Statut de Rome. A un endroit, il expose la nécessité d'adapter le CPP¹¹⁵. Au moment où le Conseil fédéral adopte le présent message à l'attention du Parlement, le CPP n'est pas encore entré en vigueur, en sorte qu'il faudra envisager des ajustements lors de l'entrée en vigueur du second projet. Il y aura lieu, le cas échéant, d'envisager de faire entrer en vigueur le projet ci-joint en même temps que le CPP.

1.4 La criminalité organisée envers les enfants, crime contre l'humanité?

Un point a été soulevé à plusieurs reprises par le passé: dans quelle mesure est-il pertinent de considérer la criminalité organisée envers les enfants comme un crime contre l'humanité¹¹⁶? Ce serait lui conférer plusieurs caractéristiques: imprescrip-

¹¹⁴ Art. 23, al. 1, let. g, en relation avec l'art. 25, al. 1, dernière phrase, du code de procédure pénale, FF 2007 6583.

¹¹⁵ Cf. le ch. 2.1.7

¹¹⁶ Cf. l'initiative parlementaire Glasson 03.430.

tibilité partielle, large application du principe de l'universalité et exclusion de l'immunité relative.

On a exposé, dans le présent message, que les crimes contre l'humanité reconnus comme tels par la communauté internationale ont été définis par la jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux et par le Statut de Rome. La mise en œuvre du Statut de Rome dans le droit suisse telle qu'elle est prévue par le projet ci-joint recouvre aussi, dans l'énonciation de ses nombreux éléments constitutifs, des infractions contre des enfants, mais il faut qu'une condition, découlant du droit international public, soit remplie: l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une partie la population civile. Sont explicitement punissables à ce titre le viol ou toute autre forme aggravée de violences sexuelles, la mise en esclavage ou le trafic d'enfants ainsi que la séquestration. Dans certains cas d'extrême gravité, ces crimes sont considérés comme imprescriptibles et passibles d'une peine privative de liberté à vie; ils donnent lieu à la levée de l'immunité relative. Enfin, il faut relever que la justice suisse est également compétente pour poursuivre et juger des actes commis à l'étranger lorsque l'auteur est arrêté en Suisse et qu'il n'est pas extradé.

Il paraît en revanche difficilement envisageable, sans s'écarter des critères en vigueur, d'assimiler tout type de crime organisé envers les enfants à un crime contre l'humanité (en l'absence d'une «politique» ou d'un «programme» présentés par un Etat ou par une organisation) et de faire avaliser cette démarche par la communauté internationale.

Il n'en demeure pas moins qu'une nouvelle règle de compétence en matière de poursuite et de condamnation d'infractions commises à l'étranger à l'encontre d'enfants mineurs, consacrant le principe de l'universalité en droit pénal, est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2006¹¹⁷. Indépendamment de la punissabilité de l'acte au lieu où il a été commis et de la nationalité de l'auteur, les actes commis à l'étranger contre des enfants sont poursuivis en Suisse si l'auteur est arrêté dans notre pays et s'il ne peut être extradé. Une réglementation de base similaire à celle existant dans le domaine des crimes contre l'humanité est par conséquent garantie. Le droit pénal a du reste introduit des dispositions permettant la protection d'enfants lors de la révision de la disposition relative à la traite d'êtres humains¹¹⁸. Le CPP améliore également le statut des enfants qui ont été victimes ou témoins d'actes punissables.

La protection des enfants contre l'exploitation et la violence continuera de figurer au nombre des préoccupations majeures de la politique suisse de répression. Des travaux entrepris dans le cadre de colloques à l'échelle nationale et internationale¹¹⁹ se poursuivent dans ce domaine et sont soutenus par les différents participants. Il faudra examiner dans quelle mesure un élargissement de la définition des crimes contre l'humanité proposé unilatéralement par la Suisse pourrait constituer un progrès dans la lutte contre la criminalité organisée à l'encontre des enfants.

¹¹⁷ Art. 5 CP

¹¹⁸ Art. 182 CP, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2006.

¹¹⁹ Cf. la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (l'accord a été soumis à signature le 25 octobre 2007; pour d'autres précisions <http://www.coe.int>).

1.5

Protection des témoins

Certains participants à la procédure de consultation ont insisté sur l'importance particulière qui doit être accordée à l'efficacité de la protection des témoins lors de la répression du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. C'est ainsi qu'on a réclamé l'introduction de dispositions analogues à celles du droit pénal militaire dans le CP¹²⁰.

On trouve dans le CPP du 5 octobre 2007 diverses prescriptions et règles sur la protection des témoins, qui devraient garantir la sécurité des témoins et des victimes¹²¹ dans le cadre des procédures. A côté de mesures de protection générales et de mesures spécifiques en faveur des témoins en danger et des agents infiltrés, il prévoit également des mesures de protection en faveur des enfants victimes d'infractions et des personnes atteintes de troubles mentaux¹²². Des mesures en vue de protéger des personnes en dehors de la procédure sont réservées¹²³.

1.6

Rétroactivité des dispositions pénales

La disposition réprimant spécifiquement le génocide est entrée en vigueur le 15 décembre 2000. Elle n'est pas applicable aux génocides qui auraient été commis avant cette date. Les dispositions pénales «classiques» réprimant par exemple le meurtre, l'assassinat ou d'autres infractions contre la vie et l'intégrité corporelle ou contre la liberté s'appliquent toutefois, du moment que l'infraction n'est pas prescrite. Les crimes de guerre, quant à eux, sont punissables depuis le 1^{er} mars 1968 en vertu du CPM.

Selon le droit international coutumier, le génocide est punissable de manière générale et sans restrictions depuis 1951. De ce fait, on peut se demander si la rétroactivité ne devrait pas éventuellement être admise, tout comme elle devrait l'être pour les crimes de guerre et pour les crimes contre l'humanité¹²⁴. La question n'avait pas été débattue dans le cadre de l'instauration de la disposition sur le génocide. L'art. 7, al. 2, CEDH et l'art. 15, al. 2, du Pacte II de l'ONU¹²⁵ stipulent que le principe de droit international public «pas de peine sans loi» est respecté dès lors que l'acte, au moment où il a été commis, était punissable en vertu des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Adoptées en considération de la procédure du tribunal militaire de Nuremberg, ces règles ont permis à de nombreux Etats d'édicter après 1945 des lois pour sanctionner après coup la commission de crimes de guerre ou la collaboration avec l'ennemi pendant la Seconde Guerre mondiale.

¹²⁰ Art. 98a ss PPM

¹²¹ Cf. à ce sujet la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI).

¹²² Art. 149 ss CPP

¹²³ Art. 156 CPP. Pour diverses raisons (lutte contre le terrorisme, lutte contre la traite d'êtres humains), une analyse est en cours concernant les possibilités de régler au niveau fédéral ou cantonal la protection des témoins hors procès; cf. aussi le rapport du Conseil fédéral «Lutter plus efficacement contre le terrorisme et le crime organisé» du 8 juin 2006, en réponse au postulat de la Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats (05.3006) du 21 février 2005, sous www.fedpol.admin.ch.

¹²⁴ On pourrait p. ex. envisager une rétroactivité au 1^{er} mars 1968, date de l'entrée en vigueur de la clause générale du CPM contre les crimes de guerre.

¹²⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

Il est prévu de placer les dispositions relatives aux crimes contre l'humanité à la suite de la norme sur le génocide (art. 264 CP) sous la forme d'un nouvel art. 264a, dans le titre 12^{bis} (qui s'intitulera désormais «Génocide et crimes contre l'humanité»)¹³⁰. Les nouvelles normes sur les crimes de guerre (art. 264b à 264j), quant à elles, feront l'objet d'un nouveau titre 12^{er}. Un nouveau titre 12^{quater} comprendra les dispositions communes, portant sur la punissabilité des supérieurs militaires ou civils pour les crimes commis par leurs subordonnés (art. 264k), les actes commis sur ordre d'autrui (art. 264l), la compétence de la Suisse pour les actes commis à l'étranger (art. 264m) et l'exclusion de l'immunité parlementaire relative (art. 264n). Des modifications seront apportées aux normes relatives à l'imprescriptibilité du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (art. 101), à la provocation publique au génocide (art. 259), aux actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis}) et à l'assujettissement des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre à la juridiction fédérale (art. 336, al. 2).

2.1.1 Art. 101 (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 génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont le plus souvent des actes si graves que le besoin qu'éprouve la communauté internationale d'en punir les auteurs ne disparaît pas complètement avec le temps. L'expérience a en outre montré que les auteurs principaux 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 parfois intervenir qu'après plusieurs années.

D'un point de vue strictement formel, cette disposition du Statut ne s'applique qu'aux procédures pénales devant la CPI et n'oblige pas les Etats parties à rendre le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre imprescriptibles dans leur propre législation. En vertu du principe de complémentarité (art. 17 du Statut de Rome), la CPI peut cependant revendiquer la compétence d'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.

Un Etat qui n'adopte pas de norme d'imprescriptibilité court donc le risque de perdre sa compétence première au profit de la CPI dans les cas où un crime se prescrit en vertu de sa législation nationale et où il ne peut donc plus poursuivre l'auteur. La CPI pourrait en effet en conclure que les autorités nationales sont «dans l'incapacité», au sens de l'art. 17, de poursuivre ce crime. 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 perte de compétence des autorités nationales en raison d'un problème de prescription ne se pose donc pas actuellement. Néanmoins, compte tenu des raisons d'ordre matériel citées au début de ce chapitre, il paraît judicieux de prévoir dès maintenant dans notre

¹³⁰ Ce titre a été ajouté en même temps que l'article sur le génocide, de sorte qu'il permette l'adjonction ultérieure d'une norme réprimant les crimes contre l'humanité; cf. 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 4929.

législation l'imprescriptibilité des crimes régis par le Statut de Rome, d'autant plus que la voie en est toute tracée depuis deux décennies dans le droit suisse.

2.1.1.2 Situation juridique en Suisse

En Suisse, le génocide et les crimes de guerre (de même que certaines infractions qualifiées liées à des actes terroristes) sont déjà imprescriptibles (art. 101 CP; art. 59 CPM). Ces dispositions, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1983, s'appliquent aux actes pour la poursuite desquels il n'y avait pas encore prescription à cette date. Comme le Conseil fédéral l'a précisé dans le message de 1977¹³¹, l'objectif visé est double: d'abord, il importe que les personnes inculpées d'infractions au droit pénal international ou de crimes terroristes ne puissent pas invoquer la prescription de l'acte pour s'opposer à leur extradition vers un Etat étranger; ensuite, ils doivent pouvoir être poursuivis et punis en Suisse indépendamment du temps qui s'est écoulé depuis la commission 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 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.

Il paraît donc logique, en même temps que l'on inscrit dans le droit suisse une nouvelle norme réprimant les crimes contre l'humanité, d'étendre l'imprescriptibilité prévue à l'art. 101 CP (et à l'art. 59 CPM) à ce type d'infraction, à l'exception de ses formes les moins graves.

Nous saisissons en outre l'occasion d'adapter la définition des crimes de guerre imprescriptibles selon l'art. 101, al. 1, let. b, à celle du Statut de Rome. Conformément au nouveau titre 12^{ter} CP, les crimes de guerre seront assujettis à la règle d'imprescriptibilité, à moins qu'ils ne soient considérés comme d'une moindre gravité.

L'imprescriptibilité ne s'appliquera qu'aux crimes contre l'humanité non prescrits, au moment de l'entrée en vigueur du projet de loi, selon le droit en vigueur jusqu'à cette date (art. 101, 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 de la mise en œuvre 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

¹³¹ FF 1977 II 1217 ss

l'état actuel du droit international. Peu d'Etats les ont d'ailleurs ratifiées¹³². Il n'y a pas de raison, même au regard de la politique extérieure, que la Suisse ratifie ces instruments. Une adhésion de la Suisse ne favoriserait même pas la diffusion du droit international étant donné que l'imprescriptibilité des crimes en question est déjà clairement établie par le Statut de Rome.

En particulier, une adhésion à la convention de l'ONU de 1968 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'appliquer rétroactivement les dispositions pénales. De plus, la Convention de l'ONU ne contient pas de dispositions relatives à la dénonciation du traité, point qui pourrait, à terme, devenir litigieux sur le plan juridique¹³³.

Les résultats de la consultation confirment ces considérations. L'adhésion de la Suisse à ces deux instruments n'est pas souhaitable.

2.1.2 Art. 259, al. 1^{bis} (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 (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 génocide. Il n'est pas nécessaire – comme c'est le cas pour l'instigation – que l'auteur ait voulu susciter chez une personne déterminée l'intention de commettre un acte concret de génocide au sens de l'art. 264. Par ailleurs, la convention sur le génocide se contente d'exiger des Etats parties l'application du principe de territorialité, selon lequel la Suisse n'est tenu de poursuivre une personne que si la provocation a eu lieu dans ses frontières. En vertu du Statut de Rome, un Etat partie doit aussi ouvrir une procédure pénale pour une provocation publique au génocide ayant eu lieu à l'étranger si l'auteur de l'acte est l'un de ses ressortissants.

En droit suisse, 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 de commettre un génocide réunit les éléments constitutifs de l'infraction. Cette disposition s'applique aux actes commis en Suisse, de même qu'aux actes commis à l'étranger par des ressortissants suisses ou contre des ressortissants suisses¹³⁴. La législation suisse satisfait donc aux exigences posées par la convention sur

¹³² 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.

¹³³ Si elle contient bien des dispositions relatives à la dénonciation des traités, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) ne s'applique toutefois qu'à ceux conclus par les Etats après son entrée en vigueur (cf. art. 4), ce qui n'est pas le cas de la Convention des Nations Unies.

¹³⁴ L'interprétation du titre 12 du CP «... contre la paix publique» ne va pas à l'encontre de l'application des principes de la personnalité active et de la personnalité passive.

le génocide et par le Statut de Rome sans qu'il soit nécessaire de modifier le champ d'application de l'art. 259.

Cependant, 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 commission effective d'un acte de génocide, mais aussi – parce que c'était plus conséquent – aux infractions représentant une forme atténuée de ce crime¹³⁵. C'est pourquoi il avait ajouté le génocide à la liste des actes préparatoires délictueux, qui sont aussi punissables s'ils ont eu lieu à l'étranger, à condition que l'auteur prévoie de commettre l'infraction en Suisse¹³⁶. Dans le cas de la provocation publique au crime ou à la violence au sens de l'art. 259, l'adaptation du projet de loi, pourtant annoncée dans le message, avait tout simplement été oubliée¹³⁷.

Il paraît donc indiqué de remédier à cet oubli dans le cadre du présent projet, en étendant le principe de territorialité¹³⁸ de manière à sanctionner les personnes qui provoqueraient publiquement au génocide depuis l'étranger lorsque le génocide doit être commis en Suisse, au moins en partie. Cette extension territoriale sera cependant restreinte à la provocation.

Cette disposition n'exclut pas que l'instigation et la complicité soient punissables en Suisse même lorsqu'ils ont lieu à l'étranger et qu'ils se rapportent à un génocide commis à l'étranger. Ces deux formes de participation entrent en effet dans le champ d'application élargi de l'art. 264, al. 2, en vigueur (art. 264*m* du projet).

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

L'art. 25, par. 3, let. d, du Statut de Rome réprime certains actes préparatoires, qu'il décrit en détail: 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 faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre le crime en question.

Dans son message relatif à la convention sur le génocide, le Conseil fédéral a souligné que la répression de tels actes en droit suisse ne pouvait pas reposer sur les dispositions des seuls art. 24 et 25, régissant l'instigation et la complicité, ni sur celles de l'art. 260^{ter} (Organisation criminelle). Il estimait en effet que les actes d'organisation planifiés, en particulier, n'étaient couverts de manière satisfaisante que par l'art. 260^{bis} (Actes préparatoires délictueux), raison pour laquelle il proposait d'ajouter le génocide à la liste des infractions visées par l'art. 260^{bis}, al. 1¹³⁹.

Dans le contexte du présent projet, il est prévu d'inscrire aussi à cette liste les crimes contre l'humanité (art. 264*a*, al. 1 et 2) et les crimes de guerre qui ne sont pas considérés comme d'une moindre gravité¹⁴⁰.

¹³⁵ FF 1999 4932 s.

¹³⁶ Cf. l'art. 260^{bis}, al. 1 et 3, CP

¹³⁷ Cf. FF 1999 4933

¹³⁸ L'application des principes de la personnalité active et de la personnalité passive demeurera réservée, voir plus haut.

¹³⁹ FF 1999 4934

¹⁴⁰ Art. 264*c*, al. 3, 264*d*, al. 2, 264*e*, al. 2, 264*f*, al. 2, 264*g*, al. 2, et 264*h*, al. 2, CP.

2.1.4 Titre 12^{bis} (Génocide et crimes contre l'humanité)

2.1.4.1 Art. 264 (Génocide)

Nécessité d'une adaptation

Préparant l'adhésion à la convention sur le génocide¹⁴¹, le législateur a adopté une norme réprimant le génocide à la faveur de la loi fédérale du 24 mars 2000 concernant la modification du code pénal, du code pénal militaire et de la procédure pénale fédérale¹⁴². 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.

Dès la préparation du message relatif à la convention sur le génocide¹⁴³, les experts consultés avaient émis des critiques concernant certains aspects de la nouvelle norme, critiques qui ont été reprises par la doctrine suisse après l'adoption de l'art. 264 CP. On lui a notamment reproché de limiter la protection contre le génocide à certains groupes aux dépens d'autres groupes¹⁴⁴. Certains ont estimé qu'en renonçant à la précision «(groupe) [...] 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 sont persécutées précisément en raison de leur appartenance à un groupe déterminé¹⁴⁵. D'autres ont remis en cause la peine privative de liberté de dix ans au minimum valant pour tous les actes relevant de cette disposition, estimant que le juge n'avait plus guère de marge de manœuvre¹⁴⁶. Certains craignaient enfin que l'application du principe d'épuisement des procédures (art. 264, al. 2, en relation avec l'art. 7, al. 4 et 5, CP) ne sapes les efforts de répression du génocide au niveau international lorsque les auteurs ont été condamnés à une peine fictive à l'étranger ou ont été ménagés d'une autre manière; la Suisse n'aurait alors plus aucun moyen d'action.

Le Conseil fédéral entend profiter de la révision du titre 12^{bis} pour combler ces lacunes.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² RO **2000** 2725, en vigueur depuis le 15 décembre 2000.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ Bernard Corboz, *Les Infractions en droit suisse – Vol. II*, Berne 2002, p. 322 n. 13; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5^e éd., Berne 2000, p. 214 n. 2; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, RPS 117 (1999), p. 357 s.; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar – StGB II*, Bâle 2003, n. 23 ad art. 264.

¹⁴⁵ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5^e éd., Berne 2000, p. 215 n. 7; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, RPS 117 (1999), p. 355 ss; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar – StGB II*, Bâle 2003, n. 38 ad art. 264.

¹⁴⁶ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5^e éd., Berne 2000, p. 215 n. 8; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, RPS 117 (1999), p. 360; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar – StGB II*, Bâle 2003, n. 42 ad art. 264.

Détail des modifications apportées à l'art. 264

L'art. 264, al. 1, actuel punit l'homicide – ou des actes équivalents – commis dans le dessein de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, racial, religieux ou ethnique.

Plusieurs participants à la consultation relative à l'adhésion à la convention sur le génocide avaient demandé une extension de cette disposition aux groupes sociaux et politiques. Le Conseil fédéral avait alors rejeté cette idée en invoquant le libellé de l'art. II de la convention sur le génocide, pourtant lui aussi critiqué depuis longtemps¹⁴⁷, tout en signalant que cet aspect serait traité plus en détail dans le message concernant le Statut de la Cour pénale internationale¹⁴⁸. Dans ce dernier, il a 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 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 Rwanda¹⁴⁹. Ces critiques portent sur le fait que l'appartenance à un groupe déterminé représente souvent un critère plutôt subjectif qu'objectif, dans la mesure où un groupe peut se définir lui-même comme tel ou être considéré comme tel par des personnes extérieures au groupe, notamment par les auteurs du génocide. 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, la prétendue absence de structure 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 membres¹⁵⁰. Selon cette optique, le concept de groupe national, ethnique, racial ou religieux est lui aussi imprécis et 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 vigueur¹⁵¹.

Le projet ci-joint semble constituer un cadre approprié pour la transposition de cette évolution dans la législation. Il n'est en effet pas logique que 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, tout en la privant par ailleurs de cette protection lorsqu'il s'agit de l'atteinte la plus grave qui soit, à savoir la destruction du groupe. Au XX^e siècle, différents groupes sociaux et politiques ont

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ Cf. TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10, jugement du 14 décembre 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 janvier 2000, § 161.

¹⁵⁰ 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*, RPS 117 (1999), p. 357.

¹⁵¹ Message relatif au Statut de Rome, FF 2001 463.

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»)152, visaient à éliminer systématiquement toutes les personnes atteintes d'une maladie considérée comme incurable ou infirmes. Le but était l'eugénisme, la «purification de la race», 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 été assassinés à ce titre 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 laissait pas tout simplement mourir de faim. Entre janvier 1940 et août 1941, cette campagne d'élimination a fait plus de 70 000 victimes153.

Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, l'appartenance au groupe devant être détruit est généralement définie par la perspective de l'auteur et non pas au moyen de critères objectifs ou scientifiques. Ce fait rend quasiment impossible la définition de critères généralement applicables, même dans le cas des groupes définis par le passé 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 subjective de l'auteur, car c'est elle qui l'incite à vouloir tuer ou maltraiter d'une autre manière un grand nombre de personnes afin de détruire le groupe auquel elle les attribue154. Ce point de vue a aussi été adopté par la Commission internationale chargée d'enquêter sur les crimes commis au Darfour (Soudan)155. En étendant l'application de la norme réprimant le crime de génocide aux groupes politiques et sociaux, on se rapproche du reste des dispositions du CP et du CPM en vigueur régissant la prescription et de l'art. 3 EIMP, qui incluent dans la définition du génocide depuis les années 80 l'extermination de groupes sociaux et politiques.

Tuer des personnes qui se sont opposées à la destruction du groupe en question mais n'en font pas partie ne relève pas du génocide156.

Par ailleurs, au vu de l'étendue de la révision des dispositions sur les infractions contre les intérêts de la communauté internationale et sur les crimes de guerre, il est opportun de reconsidérer la question de la quotité unique des peines, que les experts ont critiquée comme étant trop rigide. Selon l'art. 264 en vigueur, l'auteur d'un génocide est passible d'une peine privative de liberté de dix ans au moins, voire d'une peine privative de liberté à vie. Toutefois, s'il a entravé des naissances (let. c) ou transféré des enfants à un autre groupe (let. d), on peut imaginer des cas dont le degré d'illicéité n'est pas comparable à celui d'autres actes de génocide – tuer les

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

153 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*, RPS 117 (1999), p. 357.

154 Le code pénal français contient à l'art. 211-1 une réglementation analogue.

155 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)

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

membres d'un groupe, leur faire subir une atteinte grave à leur intégrité physique, les soumettre à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction – et pour lesquels la peine privative de liberté de dix ans au moins paraît trop lourde. Il est par conséquent prévu d'abaisser à cinq ans la peine minimale.

Puisque les règles concernant la punissabilité des actes commis à l'étranger et la levée de l'immunité parlementaire relative seront harmonisées dans le cadre des dispositions communes du titre 12^{quater}, les al. 2 et 3 peuvent être supprimés.

2.1.4.2 Art. 264a (Crimes contre l'humanité)

Comme nous l'avons relevé plus haut¹⁵⁷, 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, il manque, comme élément constitutif de l'infraction, l'attaque généralisée et systématique lancée contre la population civile. Il importe donc de combler les éventuelles lacunes du droit matériel en définissant les différentes formes de crimes contre l'humanité dans un nouvel article.

Champ d'application

Les crimes contre l'humanité sont des violations gravissimes des droits de l'homme commises de manière généralisée ou systématique contre la population civile. Ils peuvent être le fait de n'importe qui, tant des représentants civils de l'Etat que des militaires ou de simples civils sans aucun rapport avec l'exercice de la puissance publique. La nationalité de la victime importe peu: elle peut avoir la même nationalité que l'auteur du crime, avoir une autre nationalité que lui ou être apatride. La punissabilité des crimes contre l'humanité ne dépend pas de la catégorie de personnes à l'encontre desquelles les actes sont dirigés. Conformément à la jurisprudence des tribunaux pénaux nationaux et internationaux, les membres des forces armées qui ont déposé les armes sont aussi protégés, ainsi que les personnes hors d'état de combattre pour cause de blessure ou de maladie, parce qu'elles ont été capturées ou pour toute autre cause¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Voir le ch. 1.3.1.1

¹⁵⁸ TPIR, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 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. les membres de la Résistance ayant participé directement à des hostilités); cf. TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, § 639 avec renvoi à la jurisprudence de l'affaire Barbie.

Comme le génocide, les crimes contre l'humanité sont punissables aussi bien en temps de paix que dans le contexte d'un conflit armé (international ou non). Un concours de ces deux catégories de crimes n'est pas exclu dans le cas d'espèce¹⁵⁹.

Il peut 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 éléments de l'infraction ne concordent pas¹⁶⁰. Le champ d'application de la norme réprimant les crimes contre l'humanité est plus vaste que celui des dispositions sur les crimes de guerre, car celui-ci est limité essentiellement aux conflits armés alors qu'un crime contre l'humanité est également punissable en temps de paix. Quant à ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, l'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile n'est pas une condition de l'existence d'un crime de guerre.

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

Les infractions énumérées à l'art. 264a, al. 1, constituent des crimes contre l'humanité à condition qu'elles aient été commises «dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile». Pareille attaque contre la population civile, procédant généralement soit d'une stratégie, soit de la politique d'un Etat ou d'une organisation, rend plus facile la commission de l'acte individuel et plus difficile la résistance de la victime. C'est dans ce déséquilibre que réside le degré d'illicéité particulier de ce type de crimes.

L'attaque dirigée contre la population civile ne doit pas être comprise comme une attaque au sens du droit international de la guerre¹⁶¹ et ne présuppose donc pas le recours à la violence. Elle forme le contexte dans lequel ont été commis les crimes en question. L'inaction intentionnelle d'un Etat ou d'une organisation qui choisirait de ne pas empêcher des actes constituant des crimes contre l'humanité, peut être vue comme une forme de tolérance à l'égard de ces crimes et donc considérée comme équivalant à une attaque lancée contre la population civile, qui représente l'élément constitutif principal des crimes contre l'humanité¹⁶². Il est toutefois indispensable que l'acte individuel ait un rapport matériel avec une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile, faute de quoi¹⁶³, il n'entre pas dans la catégorie des crimes contre l'humanité¹⁶⁴.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32, arrêt du 25 février 2004, § 145; TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et consorts*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt du 12 juin 2002, § 176; TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10, arrêt du 5 juillet 2001 § 82;

¹⁶¹ Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7, introduction, ch. 3 (cf. le ch. 1.1.2.4).

¹⁶² Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7, Introduction, ch. 3, note 6 (cf. le ch. 1.1.2.4).

¹⁶³ P. ex. meurtre commis par jalousie.

¹⁶⁴ Cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, § 271.

L'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile se distingue soit par son envergure (grand nombre de victimes) soit par son degré d'organisation, bien qu'il y ait souvent coïncidence des deux. Cette alternative, fondée en droit international coutumier, est confirmée par la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg et des tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda¹⁶⁵. Pour être punissable, il suffit que l'auteur d'un acte au sens de l'art. 264a, al. 1, ait fait une seule victime, pourvu que son acte s'inscrive dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile. 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 connaissance de l'attaque. Cela ne veut pas dire qu'il doit avoir été au courant de tous les détails de celle-ci, mais uniquement qu'il doit avoir eu conscience de commettre son crime dans le contexte général d'une attaque lancée contre la population civile¹⁶⁶. Les circonstances dans lesquelles l'acte a été commis peuvent suffire à l'établissement de ce fait¹⁶⁷.

Art. 264a, al. 1, let. a à j Les différentes formes de crimes contre l'humanité

L'historique, les sources 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 relatif au Statut de Rome¹⁶⁸. Comme les nouvelles dispositions destinées à être introduites dans le droit suisse s'inspirent du Statut, chacune des infractions ne sera commentée que dans la mesure où des explications paraissent nécessaires.

let. a Meurtre

Le meurtre au sens de l'art. 264a, al. 1, let. a, présuppose, comme à l'art. 111 CP, que l'auteur ait causé la mort d'une personne d'une manière intentionnelle. La présence d'un élément particulièrement odieux, tel que le prévoient par exemple les dispositions de l'art. 112 CP sur l'assassinat, n'est en revanche pas nécessaire.

¹⁶⁵ 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. L'art. 7, par. 1, du Statut de Rome reprend le principe de cette alternative. L'art. 7, par. 2, let. a, 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. Un crime contre l'humanité relève donc de la compétence de la CPI lorsque l'acte a été commis de manière soit généralisée soit systématique, mais il faut au moins que la commission soit multiple et qu'elle relève d'une politique.

¹⁶⁶ Dans le cas où une attaque contre la population civile est dans sa phase de mise en place, il suffit, selon les Eléments des crimes de la CPI, que l'auteur commette son crime en ayant l'intention de promouvoir une telle attaque (cf. Art. 7, introduction, ch. 2, loc. cit.).

¹⁶⁷ Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7, introduction, ch. 2, loc. cit.; cf. TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et consorts*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt du 12 juin 2002, § 102; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kupreskic et consorts*, IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, §§ 556 s.; TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt 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.

¹⁶⁸ Message relatif au Statut de Rome, FF 2001 467 ss.

Le meurtre peut être dirigé contre plusieurs personnes. A la différence du génocide toutefois, les victimes ne doivent pas impérativement appartenir à un groupe spécifique. Il n'est donc pas nécessaire que l'intention de l'auteur vise la destruction du groupe auquel elles appartiennent¹⁶⁹.

let. b Extermination

Selon l'art. 7, par. 2, let. b, du Statut de Rome, le crime d'extermination comprend, outre le meurtre (let. a), les actes visant à imposer 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.

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'esclavage¹⁷⁰.

L'élément fondamental de l'esclavage réside dans le fait que l'auteur s'arroge certains des droits ou tous les droits strictement personnels d'une personne contre la volonté de celle-ci. Pour y parvenir, il doit exercer sur sa victime un contrôle physique ou psychologique, par lequel, en usant de violence ou en menaçant sa victime, 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.

La définition du crime d'esclavage en droit suisse se fonde sur la norme du Statut de Rome. Inspiré de cette dernière et des Eléments des crimes, l'art. 264a, al. 1, let. c, fait mention des trois formes d'esclavage les plus courantes à l'heure actuelle¹⁷¹: la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle et 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'esclavage¹⁷². En l'an 2000, les trois formes d'esclavage mentionnées ont été prosrites et rendues punissables à l'échelle universelle dans le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, qui s'inscrit dans le domaine de la lutte contre la criminalité transnationale organisée¹⁷³. Une modification de l'article du CP

¹⁶⁹ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, jugement du 31 juillet 2003, § 639.

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7 1) c), ch. 1, note 11 (cf. le ch. 1.1.2.4).

¹⁷² Procédure contre *Schirach et Sauckel*, 22 IMT Trials, p. 565 à 568.

¹⁷³ 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 (RS **0.311.54**), que la Suisse a ratifiée le 27 octobre 2006.

réprimant la traite d'êtres humains est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2006¹⁷⁴ suite à la ratification de ce protocole.

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 une personne qui s'arroge le droit de disposer de sa victime comme s'il avait sur elle un droit de propriété¹⁷⁵.

let. d 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 exigu, 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 n'entre 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. 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 certes illicites du point de vue des droits de l'homme, mais elles ne justifient pas pour autant l'ouverture d'une procédure pénale pour crime contre l'humanité. En règle générale, la réparation de ces violations consistera simplement dans une amélioration de la position de l'intéressé dans la procédure, éventuellement dans des dommages-intérêts; on ne poursuivra pas pénalement le policier pour crime contre l'humanité.

La nouvelle disposition s'appliquera donc 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 équitable. La durée de la privation de liberté n'est pas déterminante pour que l'acte soit qualifié de séquestration.

Sur le plan subjectif, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait connaissance de la règle fondamentale de droit international qu'il a enfreinte. Il suffit qu'il ait considéré que tel était le cas en fonction de la conception que s'en font les non-juristes¹⁷⁶ (principe de la *Parallelwertung in der Laiensphäre*). Dans le cas du crime de séquestration, il suffit dès lors que l'auteur se rende compte que son acte a provoqué une restriction grave de la liberté de mouvement de sa victime qui ne semble fondée sur aucun motif proportionné.

¹⁷⁴ Art. 182 CP

¹⁷⁵ Cf. aussi TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, arrêt du 12 juin 2002, § 117.

¹⁷⁶ Cf. ATF 99 IV 59

let. e Disparitions forcées

La disparition forcée de personnes au sens de l'art. 7, par. 2, let. i, du Statut de Rome comprend les éléments suivants: d'abord la privation de liberté par un Etat ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet Etat ou de cette organisation, puis le refus de l'Etat ou de l'organisation de fournir des renseignements sur le sort réservé à la victime et le lieu où elle se trouve et, enfin, l'intention de cet Etat ou de cette organisation de soustraire la victime à la protection de la loi pendant une période prolongée. On parle de soustraction à la protection de la loi, notamment, lorsque la personne n'a 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, les personnes responsables refusent de donner quelque information que ce soit à son sujet. La probabilité que ces deux éléments soient commis par une seule et même personne est faible. Les disparitions forcées 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 centrale, qui font 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 reparaisent pas vivantes – mais aussi leurs familles, qui sont condamnées à vivre pendant des années dans la peur et l'incertitude, tiraillées entre l'espoir et le désespoir.

Lors de la formulation des Eléments des crimes de la CPI¹⁷⁷, on est parti du principe qu'il fallait définir deux infractions distinctes si l'on voulait que la norme s'applique tant à la personne s'étant chargée de l'enlèvement qu'à celle qui refuse de fournir des renseignements. L'auteur doit donc soit commettre l'acte de privation de liberté et avoir connaissance du refus d'information (il n'est pas nécessaire qu'il ait lui-même refusé de fournir les renseignements), soit refuser de révéler le sort de la personne disparue tout en sachant que celle-ci a été privée de sa liberté. C'est cette approche que nous avons reprise. Elle se trouve également dans la nouvelle Convention des Nations Unies pour la protection des personnes contre les disparitions forcées, qui n'est pas encore entrée en vigueur. La Suisse examine actuellement l'opportunité d'une adhésion à cet instrument international et procède aux préparatifs requis à cet effet¹⁷⁸.

Tant le Statut de Rome que la Convention des Nations Unies disposent que la séquestration ou l'enlèvement doit être le fait d'un Etat ou d'une organisation politique ou que les auteurs de l'acte doivent agir avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment d'un Etat ou d'une organisation politique. Ce fait motive le degré d'illicéité particulier de l'acte ainsi que sa gravité et celle de ses répercussions sur la population civile. Les enlèvements commis par des groupements autonomes qui ne bénéficient pas d'un «patronage» étatique tombent sous le coup des dispositions pénales ordinaires.

¹⁷⁷ Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7 1) i), ch. 1 (cf. le ch. 1.1.2.4).

¹⁷⁸ Etat en novembre 2007; l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 20 décembre 2006 la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

L'éclatement, dans le CP, 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. Si cette personne n'a aucune influence sur la privation de liberté ou sur la libération de la victime, et qu'elle s'est contentée de refuser tout renseignement à la famille, le juge pourra atténuer la peine au sens de l'art. 48a CP.

L'infraction consistant à refuser de révéler où se trouve la victime (ch. 2) ne peut être le fait que d'une personne qui agit avec l'autorisation d'un Etat ou d'une organisation politique ou qui enfreint une obligation légale. En l'occurrence, l'obligation légale peut soit découler du droit interne d'un Etat et avoir trait, par exemple, aux dispositions en matière de procédure ou d'organisation, soit trouver son origine dans le droit international public. Ces critères visent à prévenir un élargissement disproportionné du cercle d'auteurs potentiels.

Dans un cas comme dans l'autre, les éléments subjectifs de l'infraction ne sont réunis que si l'auteur a agi en ayant l'intention de soustraire la victime à la protection de la loi pendant une période prolongée.

let. f Torture

Selon l'art. 7, al. 2, let. e, du Statut de Rome, on entend par torture le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle. Le Statut n'exige pas que la torture ait été pratiquée dans un but déterminé, contrairement à la Convention de l'ONU contre la torture de 1984¹⁷⁹, qui dispose que les actes de torture ont dû être infligés dans un but déterminé – obtenir des aveux, punir un acte, intimider une personne, faire pression sur elle ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit. On y a en effet consciemment renoncé lors de son élaboration. 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 de la 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 son art. 7.

Le crime de torture est une notion encore inconnue dans le droit pénal suisse. En règle générale, la torture remplit les critères de la séquestration, associée aux lésions corporelles et à la contrainte. Il n'est toutefois pas certain que la douleur ou les souffrances aiguës, physiques ou mentales, caractéristiques de l'acte de torture, correspondent dans tous les cas aux lésions corporelles simples ou graves au sens du CP. A la différence des dispositions pénales mentionnées, la torture n'est pas tant liée à l'objectif de mettre en danger la vie de la victime ou de lui infliger des blessures ou des mutilations irréparables qu'à l'intensité de la douleur ou des souffrances causées, physiques ou psychiques. Ces dernières pourraient, éventuellement, tomber sous le coup de l'art. 184 CP, régissant la séquestration avec circonstances aggravantes, qui s'applique lorsque la victime a été traitée avec cruauté ou si sa santé a été sérieusement mise en danger.

¹⁷⁹ 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.

Au sens du Statut, la torture ne vise pas obligatoirement à contraindre la victime à faire, à ne pas faire ou à laisser faire quelque chose. Son objectif peut résider dans la torture elle-même, dans le fait d'intimider la victime et de l'affaiblir psychiquement. Si les dispositions du code pénal mentionnées, prises ensemble, couvrent bien les différentes formes de torture visées dans le Statut de Rome, elles ne répondent pas dans tous les cas au degré d'illicéité de celles-ci.

Dans l'optique de la mise en œuvre du Statut de Rome, une nouvelle norme doit donc être inscrite dans le droit suisse au chapitre des crimes contre l'humanité. L'acte consiste en une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou psychique de la victime. La douleur ou les souffrances physiques ou psychiques aiguës résultant de cette atteinte ne sont pas une simple conséquence de l'acte commis, mais en forment l'objectif même. Conformément au Statut de Rome, le droit suisse n'exigera pas que l'auteur ait eu un motif autre, comme le veut la convention contre la torture de 1984.

let. g Atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle

L'art. 7, par. 1, *let. g*, du Statut de Rome regroupe plusieurs 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 très nettement atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle de la personne est utilisé comme moyen d'oppression des minorités et comme méthode de guerre ethnique.

Bien que le *viol* soit considéré comme un crime contre l'humanité aux termes du Statut de Rome, 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. Sans distinction de sexe, 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, mais aussi la pénétration par un organe sexuel de l'auteur d'une partie du corps de la victime 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, contraindre lui-même sa victime ou profiter de circonstances forçant la victime à se laisser faire¹⁸⁰. Dans les Eléments des crimes de la CPI, on a assimilé 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'âge.

A l'art. 190 CP, le viol est 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

¹⁸⁰ 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 les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7 1) g)-1, ch. 2 (cf. le ch. 1.1.2.4).

résistance au sens de l'art. 191 CP. Dans le contexte des crimes contre l'humanité, ces infractions ont été réunies sous un même titre.

Selon les Eléments des crimes, il y a *prostitution forcée* (troisième élément de l'art. 7, par. 1, let. g, du Statut de Rome) lorsque l'auteur a amené, par ses actes, sa victime à accomplir des actes de nature sexuelle et qu'il a obtenu, ou espéré 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'âge¹⁸¹. La définition de la prostitution forcée dans le projet se fonde sur ces prescriptions, à l'exception toutefois du critère de l'obtention par l'auteur d'un avantage. Sera donc punissable toute personne qui en contraint une autre à se prostituer, même si son acte ne poursuit pas directement l'obtention d'un avantage mais qu'il vise par exemple à miner le moral de l'ennemi ou qu'il résulte exclusivement d'un sentiment de haine à l'encontre d'une partie de la population.

A l'art. 7, par. 2, let. f, du Statut de Rome, 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»¹⁸². Récemment, dans le conflit qui a déchiré l'ex-Yougoslavie, ce crime a été commis à l'encontre de femmes musulmanes de Bosnie-Herzégovine: après les avoir violées, les auteurs les ont retenues dans des camps jusqu'à ce qu'un avortement ne soit plus possible¹⁸³. Une agression sexuelle dirigée contre des femmes touche l'ensemble de la société et a en particulier pour but de démoraliser les 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 ethnique¹⁸⁴, sans oublier un délitement du tissu social et de la société dans son ensemble.

La définition de ce crime dans le projet correspond à celle du Statut de Rome. Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait lui-même violé la femme qu'il détient ou qu'il ait ordonné le viol. Le crime est en outre considéré comme consommé même si l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international¹⁸⁵ – élément subjectif de l'infraction – ne se concrétise pas. Pour que son acte soit pénalement répréhensible, il suffit que l'auteur ait détenu, dans le but précité, une femme mise enceinte contre sa volonté.

Le crime de *stérilisation forcée* (cinquième élément de l'art. 7, par. 1, let. g, du Statut de Rome) comprend les actes par lesquels une personne est privée contre sa volonté de la capacité de se reproduire, lorsque l'auteur fait usage de la force ou profite du fait que la victime est incapable d'y consentir librement en raison d'une incapacité innée, acquise ou liée à l'âge¹⁸⁶. Les victimes peuvent être des hommes

181 Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7 1) g)-3, ch. 1, et Art. 7 1) g)-1, note 16 du ch. 2 (cf. le ch. 1.1.2.4).

182 Le libellé de cette définition ne doit pas toucher les réglementations nationales en matière d'avortement.

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

184 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.

185 P. ex. des expériences biologiques illicites.

186 Cf. les Eléments des crimes de la CPI, Art. 7 1) g)-5, ch. 2, et Art. 7 1) g)-1, note 16 du ch. 2 (cf. le ch. 1.1.2.4).

ou des femmes. Il n'est pas nécessaire que la stérilisation elle-même ait représenté un 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 le gré de celle-ci, doublé d'un élément d'hygiène raciale. Pour la victime, la gravité de l'acte est essentiellement psychique. Les stérilisations qui sont justifiées par des indications médicales ou auxquelles les personnes qui les ont subies ont donné leur accord ne relèvent pas de cette norme.

Notons que les éléments constitutifs de l'*esclavage sexuel* (deuxième élément de l'art. 7, al. 1, let. g, du Statut de Rome) sont les mêmes que ceux de la réduction en esclavage au sens de l'art. 264a, al. 1, let. c; la victime est, de plus, contrainte d'accomplir des actes de nature sexuelle. L'*esclavage sexuel* est donc expressément cité comme variante de la réduction en esclavage à la let. c.

La liste des infractions d'ordre sexuel dans le Statut de Rome se termine par les *autres formes de violence sexuelle de gravité comparable* (sixième élément de l'art. 7, par. 1, let. g). Conformément à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, cela inclut atteintes à l'intégrité sexuelle n'impliquant pas forcément une pénétration de la victime ou même un autre contact physique. Ce genre d'actes relèvera aussi de la nouvelle norme du CP. Une disposition spéciale est donc superflue.

let. h 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 vers un autre Etat. La notion de déportation implique donc tant l'expulsion que le déplacement des victimes dans un lieu à l'étranger (p. ex. dans un camp de concentration). Le transfert forcé de population consiste à déplacer tout ou partie de la population civile au sein d'un même Etat. Comme pour tous les autres crimes contre l'humanité, 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 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 seulement dans l'élément de contrainte ou de séquestration, mais également dans le fait que les auteurs obligent les victimes à quitter leur foyer et leur région en les empêchant temporairement ou définitivement de rentrer chez elles (p. ex. en détruisant leurs maisons et leurs villages).

En accord avec l'art. 7, par. 2, let. d, du Statut de Rome, le champ d'application de l'art. 264a, al. 1, let. h, est limité aux personnes qui se trouvent légalement en un lieu. Alors que l'Etat ne peut pas, par principe, expulser ses propres ressortissants, il peut, dans certains cas, expulser les ressortissants d'un autre Etat ou les obliger à s'établir dans un lieu déterminé à l'intérieur des frontières nationales. La légalité de ces mesures est déterminée par le seul 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. Celui-ci admet notamment

comme motifs valables la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique ou encore des droits et libertés d'autrui.

let. i Persécution et apartheid

Le crime de *persécution* tel qu'il est défini dans le Statut de Rome vise tous les actes par lesquels l'auteur porte gravement atteinte aux droits fondamentaux d'une personne en lui déniaient ces droits en violation du droit international pour des motifs liés à l'identité du groupe dont elle fait partie (cf. la définition légale de l'art. 7, par. 1, let. h, et par. 2, let. g, du Statut de Rome). Comme nous l'avons déjà vu dans le cas du génocide, peu importe 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'auteur¹⁸⁷. La persécution ne doit pas obligatoirement consister en une agression 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 économiques (expropriation sans dédommagement) ou à d'autres droits découlant des principes de l'Etat de droit (p. ex. refus systématique d'une procédure judiciaire équitable)¹⁸⁸. Tous les motifs à caractère discriminatoire peuvent constituer un élément de l'infraction, à condition qu'ils soient proscrits à l'échelle universelle par le droit international. Font partie de ces motifs les violations des droits fondamentaux commis à l'égard de groupe sociaux déterminés, pour peu qu'elles soient contraires au droit des gens. Le Statut cite à titre d'exemple les motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste.

En Suisse, le droit en vigueur ne réprime pas en tant que telle la persécution d'un groupe. L'art. 261^{bis} CP ne s'applique en effet qu'à certains actes, 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: l'art. 261^{bis} CP ne s'applique pas aux discriminations en raison de la culture ou du sexe d'une personne.

Les atteintes aux droits fondamentaux dont il est question ici dans le contexte des crimes contre l'humanité ne sont pas de simples inégalités de traitement qui pourraient, par ailleurs, être considérées comme inconstitutionnelles. Il n'est pas non plus question des propos ou actes discriminatoires isolés visés par l'art. 261^{bis} CP, mais au contraire des situations dans lesquelles des violations graves des droits de l'homme sont commises, en relation avec une discrimination, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre un groupe ou contre des membres de ce dernier.

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 Rome. Il faut que ce déni soit doublé d'un autre crime relevant de la compétence de la Cour. Transposé en droit

¹⁸⁷ Ce point de vue est confirmé expressément 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.

¹⁸⁸ 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 consorts*, IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, §§ 596 ss avec renvois à la jurisprudence de l'après-guerre.

suisse, cela signifie qu'il n'y a infraction que si l'acte est lié à un autre des actes réprimés par les titres 12^{bis} et 12^{ter}. Cet autre acte ne doit pas forcément être commis par la même personne.

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, 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». Etant donné que le champ d'application de cette norme est limité aux actes punissables en vertu de l'art. 7, par. 1, ou dont la gravité, en termes d'injustice commise, est analogue, l'*apartheid* se caractérise principalement, en définitive, par le fait que ces actes ont été commis en rapport avec un régime d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur un ou plusieurs autres groupes raciaux et que l'auteur avait l'intention de mettre en place un tel régime ou de le maintenir.

L'*apartheid* en tant que système d'oppression et de discrimination raciale est une notion inconnue en droit suisse (cf. les commentaires ci-dessus). Dans le projet que nous présentons ici, il relève de l'art. 264a, let. i. S'il y a un lien avec un régime d'oppression systématique, le juge pourra en tenir compte au moment de la fixation de la peine.

let. j 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 la dernière disposition définissant les crimes contre l'humanité est une norme s'appliquant subsidiairement à tous les actes inhumains dont la nature et la gravité sont comparables aux précédents, à condition que l'auteur provoque intentionnellement chez sa victime de grandes souffrances ou porte gravement atteinte à son intégrité corporelle ou à sa santé physique ou psychique (définition correspondant à celle de l'art. 7, par. 1, let. k, du Statut). En restreignant et en spécifiant ainsi la définition de l'infraction, on satisfait au principe de légalité et on empêche que les actes de gravité moindre soient considérés comme des crimes contre l'humanité. Ce type de clause 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 dans le contexte des crimes contre l'humanité, en contient lui aussi une.

Peines

Comme l'énonce 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. Nous proposons en conséquence de les punir d'une peine privative de liberté d'une durée de cinq à vingt ans. Dans les cas particulièrement graves, notamment lorsque le crime touche un grand nombre de personnes ou que son auteur agit avec cruauté, la peine pourra être prononcée à perpétuité. Dans certains cas, il est parfaitement concevable que les infractions visées aux let. c à j se caractérisent par une gravité moindre, en particulier au regard des conséquences de l'acte, de son degré de réalisation ou du danger qui en a résulté. La peine minimale pourra alors être abaissée à un an.

En fixant une peine minimum inférieure à celle prévue pour le 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. La peine encourue dans les cas de moindre gravité est analogue aux sanctions minimales dont sont passibles les auteurs d'infractions graves «classiques». Dans ces cas, en effet, l'infraction n'a qu'un lien fonctionnel tenu avec l'«attaque généralisée ou systématique dirigée contre la population civile», qui affaiblit la capacité de résistance des victimes.

2.1.5 Titre 12^{ter} (Crimes de guerre)

2.1.5.1 Punissabilité des crimes de guerre en vertu du droit suisse en vigueur et en vertu du projet

Les crimes de guerre, autrement dit les atteintes graves au droit international humanitaire, réprimés par le droit des gens sont punissables dans leur ensemble en droit suisse depuis 1968. L'art. 109 du chap. 6 CPM contient en effet une clause générale renvoyant sommairement au droit international humanitaire. Comme nous l'avons relevé précédemment¹⁸⁹, l'établissement de la punissabilité par un simple renvoi dans la législation ne satisfait pas de manière optimale au principe de la légalité. Dans l'intérêt de la transparence des bases légales nécessaires à la poursuite et au jugement des crimes de guerre en Suisse, le projet ci-joint définit toutes les atteintes au droit international humanitaire qualifiées de graves et de punissables par le droit international et le Statut de Rome¹⁹⁰.

La place des nouveaux articles dans le code répond d'une part aux critères appliqués dans les instruments internationaux (p. ex. «infractions graves» au sens des conventions de Genève de 1949); ils sont d'autre part classés en fonction des biens juridiques protégés et de la nature des infractions. On ne supprimera néanmoins pas entièrement la clause générale de l'art. 109 CPM, qui s'applique subsidiairement à toutes les infractions qui ne sont pas réprimées expressément. En effet, des types de crimes nouveaux vont forcément apparaître au fil de l'évolution du droit international, conventionnel ou coutumier. Parallèlement, la disposition générale (art. 264j) 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 relèveront désormais, dans certains cas, de la juridiction ordinaire¹⁹¹, il faut les inscrire non seulement dans le CPM mais aussi dans le CP.

¹⁸⁹ Cf. le ch. 1.3.1.1

¹⁹⁰ Le titre 12^{bis} ne comprend pas que des crimes au sens de l'art. 10, al. 2, CP. Nous utilisons cependant le terme de «crime de guerre», en raison de son caractère usuel.

¹⁹¹ Cf. le ch. 1.3.3.3

2.1.5.2

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

L'historique, les sources de droit international et la nature juridique des crimes de guerre ont déjà été présentés de manière détaillée dans le message relatif au Statut de Rome, auquel nous renvoyons le lecteur¹⁹². Comme les infractions auxquelles se rapportent les nouvelles dispositions sont déjà punissables en Suisse, elles ne feront l'objet d'un développement que dans la mesure où des précisions supplémentaires sont nécessaires.

Art. 264b Champ d'application

Selon le droit international, les crimes de guerre sont des violations punissables du droit international humanitaire *en cas de conflit armé*. Par conséquent, les dispositions du titre 12^{ter} ne seront applicables qu'en cas de conflit armé, à l'exception des violations graves aux conventions de Genève visées à l'art. 264c¹⁹³. On considère qu'il y a conflit armé lorsque des Etats s'affrontent en faisant usage des armes ou qu'une lutte armée continue a lieu entre des unités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre plusieurs de ces groupes armés à l'intérieur des frontières d'un Etat¹⁹⁴. L'ampleur du conflit ne joue aucun rôle. L'occupation est assimilée à un conflit armé, même si elle ne rencontre aucune résistance militaire. Il n'y a par contre pas conflit armé en cas de violation de la neutralité ne s'accompagnant ni de violence, ni de menace d'emploi de la violence.

Afin qu'une infraction soit considérée comme crime de guerre, il faut en outre qu'elle ait été commise en rapport avec le conflit armé¹⁹⁵. En exigeant ce lien entre le crime et le conflit, on entend assurer que les infractions visées au titre 12^{ter} qui ont été commises à l'étranger seront punies en Suisse (art. 264m) uniquement si les circonstances particulières du conflit armé le justifient. N'entrent donc pas dans le champ d'application de ce titre les crimes commis pour des raisons personnelles (meurtre par jalousie p. ex.) durant un conflit armé, avec lequel ils n'ont toutefois aucun lien matériel. Toutefois, 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 guerre¹⁹⁶. 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 armé¹⁹⁷.

¹⁹² Cf. le message relatif au Statut de Rome, FF **2001** 483 ss.

¹⁹³ V. le commentaire de cet article pour les raisons de cette exception.

¹⁹⁴ En ce qui concerne la définition et l'étendue de la notion de «conflit armé», voir les art. 2 et 3 communs aux conventions de Genève de 1949; l'art. 1 PA I; TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, jugement du 31 juillet 2003, § 568; message relatif au Statut de Rome, FF **2001** 488.

¹⁹⁵ Cf. les alinéas relatifs à ce sujet *in* *Eléments des crimes de la CPI*, Art. 8 (cf. le ch. 1.1.2.4).

¹⁹⁶ Cf. Tribunal militaire de cassation suisse, jugement du 27 avril 2001, en l'affaire *Fulgence Niyonteze*, consid. 9b), p. 39 ss.

¹⁹⁷ Cf. TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, IT-98-34-T, jugement du 31 mars 2003, § 177.

L'art. 264*b* pose comme principe que les crimes de guerre sont punissables indépendamment du fait qu'ils ont été commis dans le contexte d'un conflit armé entre plusieurs Etats ou dans celui d'un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un seul et même Etat. Une telle distinction 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? Il importe peu aux victimes que ce soit dans un cadre ou un autre qu'elles ont subi une attaque aux gaz toxiques, que l'on s'est servi d'elles comme d'un bouclier humain ou qu'on les a affamées à titre de méthode de guerre. A ce propos, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a relevé combien il serait absurde d'interdire aux Etats d'employer des armes chimiques dans les conflits armés internationaux mais non pour réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur territoire¹⁹⁸.

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 du droit international coutumier au rapprochement 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 distinction 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. Le droit international coutumier a cependant continué de se développer.

Compte tenu de cette situation, le projet s'écarte du Statut de Rome là où des normes conventionnelles plus récentes¹⁹⁹, le droit coutumier ou la jurisprudence des tribunaux internationaux prévoient une punissabilité plus étendue des crimes de guerre commis dans les conflits internes²⁰⁰. Il traite à égalité les conflits armés internatio-

¹⁹⁸ 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 (cf. le commentaire de l'art. 264*h*).

¹⁹⁹ 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 du 16 avril 2003, FF 2003 3153; la 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»), message du 19 janvier 1998, FF 1998 537, ratifiée par la Suisse le 24 mars 1998 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} mars 1999; 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, message du 20 août 2003, FF 2003 5555.

²⁰⁰ C'est ce qui a aussi été fait en Allemagne dans le nouveau *Völkerstrafgesetzbuch* du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254).

naux et non internationaux, sauf lorsqu'une norme, de par sa nature, n'est pas applicable à un conflit interne. Une disposition relative aux prisonniers de guerre, par exemple²⁰¹, ne peut pas s'appliquer dans le cadre d'un conflit armé non international parce que le terme de «prisonnier de guerre» n'a pas de sens dans un conflit interne. Autre exemple: le transfert par la puissance occupante d'une partie de sa population civile vers le territoire qu'elle occupe²⁰². Il y aura lieu 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.

En mettant sur un pied d'égalité les conflits armés internationaux et non internationaux, on tient compte en outre du fait que lors des conflits actuels, caractérisés par l'implication de nombreuses parties, la nature des hostilités – internationales ou non internationales – est parfois devenue difficile à déterminer. Dans la jurisprudence du Tribunal ad hoc pour l'ex-Yougoslavie, par exemple, une dimension internationale n'a été reconnue au conflit 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 Yougoslavie²⁰³. Il en a été de même lorsque les actes des troupes des Croates de Bosnie ont été attribués à la Croatie²⁰⁴. L'abandon de la distinction faite entre conflits internationaux et conflits internes 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.

L'art. 108, al. 1, CPM actuel, qui assimile à des conflits armés les atteintes à la neutralité et le recours à la force pour repousser de telles atteintes, ne sera pas repris. Les atteintes à la neutralité qui s'accompagnent de l'usage des armes et sont repoussées par les armes sont des conflits armés au sens du droit international humanitaire. Mais il serait peu sensé de considérer comme tels les atteintes à la neutralité sans recours à la violence, sans compter que le champ d'application des dispositions sur les crimes de guerre deviendrait trop vaste.

Art. 264c Infractions graves aux conventions de Genève

L'art. 264c énumère les actes que l'on qualifie d'«infractions graves» aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949²⁰⁵. Parmi ces infractions, citons le meurtre, la torture et les traitements inhumains, la destruction ou l'appropriation de biens à caractère civil, l'enrôlement de force de prisonniers de guerre, le refus d'une procé-

²⁰¹ P. ex. le retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre après la fin des hostilités (cf. l'art. 85, par. 4, let. b, PA I).

²⁰² Cf. l'art. 85, par. 4, let. a, PA I.

²⁰³ TPIY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, §§ 68–171.

²⁰⁴ TPIY, Chambre de première instance I, *le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, jugement du 3 mars 2000, §§ 95 ss.

²⁰⁵ Ils sont définis aux art. 50 CG I, 51 CG II, 130 CG III et 147 CG IV.

dure impartiale²⁰⁶, la déportation illégale et le transfert illégal²⁰⁷ ainsi que la prise d'otages²⁰⁸. Ces infractions graves sont considérées comme des crimes de guerre si elles ont été commises contre des catégories de personnes protégées dans le cadre d'un conflit armé international ou dans des territoires occupés²⁰⁹. Le cercle des personnes protégées diffère d'une convention à l'autre:

- la CG I vise ainsi avant tout à protéger les soldats blessés ou malades ainsi que le personnel médical et religieux;
- la CG II complète ce cercle de personnes par les membres des forces armées qui ont fait naufrage;
- la CG III protège les prisonniers de guerre et les personnes qui leur sont assimilées;
- la CG IV protège les civils qui se retrouvent au pouvoir de la partie adverse et dont ils n'ont pas la nationalité²¹⁰, ainsi que les apatrides.

Ces derniers temps, des controverses sont apparues dans la doctrine et la jurisprudence quant à l'applicabilité de la définition des infractions graves aux conventions de Genève dans le contexte des conflits armés internes. D'une part, si l'on considère les actes concrets que recouvre cette notion, on constate qu'une telle interprétation n'est pas exclue puisque le droit international coutumier oblige les Etats à poursuivre pénalement ces crimes au titre d'infractions graves au droit international humanitaire même s'ils ont été commis dans des conflits non internationaux, comme le confirment notamment l'art. 3 commun aux quatre conventions de Genève et les art. 4, al. 2, et 17 PA II. 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 libellé doit être replacé dans le contexte de l'époque²¹¹: en 1949, lorsque ces conventions ont vu le jour, une extension de leur champ d'application aux conflits non internationaux aurait été comprise comme une immixtion inadmis-

²⁰⁶ Le fait de priver intentionnellement une personne protégée de son droit à être jugée de manière régulière et impartiale (art. 264c, al. 1, let. g), qui est considéré comme un crime de guerre selon la troisième et la quatrième convention de Genève et en vertu de l'art. 8, par. 2, let. a, ch. vi, du Statut de Rome, est 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.

²⁰⁷ La déportation ou le transfert illégal (art. 264c, al. 1, let. f) 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.

²⁰⁸ Pour une analyse plus détaillée du contenu des «infractions graves», nous renvoyons au message relatif au Statut de Rome, FF **2001** 491 s.

²⁰⁹ Art. 12, 13 et 24 à 27 CG I; art. 12, 13, 36 et 37 CG II; art. 4 et 33 CG III; art. 4 et 13 CG IV

²¹⁰ 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, arrêt 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.

²¹¹ 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.

sible 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. Par exemple, 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. 264c ne soit pas automatiquement étendue aux conflits armés non internationaux. Il faut donc préciser le champ d'application, plus restreint que ne le prévoit l'art. 264b. Selon l'al. 2 de l'art. 264c, 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 humanitaire²¹² 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 humanitaires²¹³, le principe de cette opération étant cautionné par l'art. 3 des quatre conventions de Genève et par les art. 4, al. 2, et 17 PA II.

Art. 264d à 264j Autres crimes de guerre

Les fondements de droit international sur lesquels reposent les art. 264d à 264j 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. 264c, certaines dispositions des art. 264d à 264j ne protègent pas 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 ont été établies en fonction des biens juridiques protégés ou de la nature des infractions visées:

- attaque contre des civils ou des biens de caractère civil (art. 264d);
- traitement médical immotivé, atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle ou à la dignité de la personne (art. 264e);
- recrutement ou utilisation d'enfants soldats (art. 264f);

²¹² 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.

²¹³ 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.

- méthodes de guerre prohibées (art. 264g);
- utilisation d'armes prohibées (art. 264h);
- rupture d'un armistice ou de la paix, délit contre un parlementaire, retardement du rapatriement de prisonniers de guerre (art. 264i);
- autres infractions au droit international humanitaire (art. 264j).

Art. 264d 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 délibérément dirigées contre la population civile (art. 264d, al. 1, let. a) et les biens à caractère civil (art. 264d, al. 1, let. c) sont considérées comme des crimes de guerre. Elles ne sont pas davantage admises comme moyen de représailles. Celles-ci sont en effet interdites par le droit international coutumier²¹⁴. En vertu des dispositions du Statut de Rome (art. 8, par. 2, let. b, ch. i et ii) et des Eléments des crimes, une telle attaque (de même que les actes décrits à l'art. 264d, al. 1, let. b) 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. Par conséquent, une attaque ratée n'est donc pas considérée comme une simple tentative, mais comme un crime de guerre accompli.

La protection des personnes, des installations, du matériel ou des véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies (art. 264d, al. 1, let. b) est une forme spécifique de la protection absolue accordée à la population civile et aux biens à caractère civil contre toute attaque délibérée. Qualifier ce type d'attaques de crimes de guerre (ce qui a été fait pour la toute première fois dans le Statut de Rome), c'est exprimer 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 de la puissance occupante. Pour prendre un exemple récent, rappelons le cas de l'attaque du 19 août 2003 contre le quartier général de l'ONU en Irak, qui avait causé la mort de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurait Sergio Vieira de Mello, envoyé spécial de l'ONU. Les missions de l'ONU ayant pour but non seulement de maintenir, mais d'imposer la paix par la force, et les missions ayant pris une telle tournure ne bénéficient pas de la protection de ces dispositions. 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 humanitaire²¹⁵. La protection accordée par le droit pénal s'éteint également lorsqu'une mission d'aide humanitaire s'engage dans les hostilités et que ses membres prennent le statut de combattants.

²¹⁴ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Kupreskic et consorts*, IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, § 515 et §§ 527 ss; cf. aussi les art. 51, par. 6, et 52, par. 1, PA I.

²¹⁵ *Peace enforcing missions*. 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.

Selon l'art. 264d, al. 1, sont aussi considérées comme crimes de guerre les attaques dirigées contre des zones d'habitation ou des bâtiments non défendus ou contre des zones démilitarisées qui ne constituent pas des objectifs militaires²¹⁶ (let. c) et les attaques dirigées contre des bâtiments, du matériel, des unités sanitaires ou des véhicules utilisant un signe distinctif prévu par le droit international humanitaire ou un autre moyen d'identification indiquant qu'ils sont protégés en vertu des conventions de Genève et des protocoles 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. Sont également protégés les hôpitaux et les lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés. La let. e interdit les attaques ayant pour cible des biens culturels, des personnes chargées de la protection de biens culturels, des véhicules affectés à leur transport, ou des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à la science, à l'art ou à l'action caritative. Dans tous les cas, il doit s'agir d'attaques délibérées. Ce type d'actes est déjà réprimé par l'art. 111 CPM en vigueur.

Art. 264e Traitement médical immotivé, atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle ou à la dignité de la personne)

L'art. 264e, al. 1, let. a, réprime les atteintes à l'intégrité physique ou psychique, notamment dans le contexte d'expériences médicales ou scientifiques sur des personnes protégées par le droit international humanitaire, lorsque ces expériences ne sont conformes ni aux principes de la médecine ni à une indication médicale. Est ainsi punissable, par exemple, celui qui procéderait à une intervention chirurgicale inutile qui aurait pour résultat une mutilation durable.

Les principes de la médecine sont considérés comme généralement reconnus notamment lorsque l'Etat les applique aussi à sa propre population dans des circonstances similaires. Outre qu'ils doivent se conformer aux connaissances habituellement mises en œuvre en matière de diagnostic et de traitement, les actes médicaux doivent notamment être effectués dans l'intérêt du patient et avec son accord (présupposé)²¹⁷.

L'al. 1, let. b, permet de punir les atteintes graves au droit à l'autodétermination sexuelle, à savoir le viol, les actes analogues et autres actes d'ordre sexuel d'une gravité comparable, la prostitution forcée, la grossesse forcée et 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 chapitre²¹⁸.

L'atteinte à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants ou dégradants (al. 1, let. c), est considérée comme un crime de guerre par le droit international humanitaire exclusivement lorsque la gravité de l'acte est telle qu'il peut être généralement perçu comme gravement attentatoire à la dignité humaine²¹⁹. La

²¹⁶ Cf. l'art. 2, ch. 6, du Protocole II, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, annexé à la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques, RS **0.515.091.2**.

²¹⁷ Cf. Roy S. Lee (éd.): *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley, 2001, p. 164.

²¹⁸ Ch. 2.1.4.2

²¹⁹ Cf. TPY, Chambre d'appel, *le Procureur c. Kunarac et consorts*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt du 12 juin 2002, §§ 161 s.

gravité doit être déterminée en fonction de critères objectifs, compte tenu de la situation spécifique de la victime. Il n'est pas indispensable que la victime ait eu conscience du caractère humiliant ou dégradant du traitement qu'elle a subi. La sensibilité personnelle de chacun ne justifie pas systématiquement la protection accordée par le droit pénal: le contexte culturel de la victime doit notamment être pris en compte. Il y a en tous les cas atteinte à la dignité humaine lorsqu'une personne se voit dénier sa qualité d'être humain²²⁰. 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 sur eux.

Art. 264f Recrutement ou utilisation d'enfants soldats

L'art. 264f punit quiconque procède à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans des forces armées ou dans des groupes armés ou qui les fait participer aux hostilités ou au soutien des troupes engagées dans les hostilités. Il s'applique aussi si l'auteur a négligé de vérifier l'âge des enfants, prenant le risque d'en recruter de moins de quinze ans.

Relevons à ce propos qu'en ratifiant le Protocole facultatif à la Convention sur les droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés²²¹, la Suisse a déclaré que l'âge minimum pour l'engagement de volontaires dans ses forces armées était de 18 ans. La législation suisse a été adaptée en conséquence²²². Aussi souhaitable soit-il de relever l'âge minimum dans la disposition 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 de l'universalité, il ne serait donc pas 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. L'art. 264f se fonde donc sur l'âge minimum généralement admis de quinze ans prévu à l'art. 8, par. 2, let. b, ch. xxvi, du Statut de Rome.

La peine minimale prévue peut se justifier dans des cas de moindre gravité, par exemple lorsqu'un enfant n'est pas impliqué dans des manœuvres de combat, mais qu'il est affecté à un service interne à l'arrière ou employé comme estafette.

Art. 264g Méthodes de guerre prohibées

Selon l'art. 264g, al. 1, let. a, une attaque est considérée comme crime de guerre si l'auteur savait ou devait présumer qu'elle allait causer des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux civils, des dommages 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 I de 1977²²³, cette norme s'applique notamment aux conflits armés à caractère non international. Contrairement à l'art. 264d, al. 1,

²²⁰ 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.

²²¹ RS 0.107.1. Le Protocole facultatif est entré en vigueur pour la Suisse le 26 juillet 2002.

²²² Cf. l'art. 7, al. 2, de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (RS 510.10), l'art. 8 de l'ordonnance sur le recrutement (RS 511.11), l'art. 45 de l'ordonnance concernant les obligations militaires (RS 512.21).

²²³ RS 0.518.521. Cf. art. 35, ch. 3, art. 51, ch. 4 et 5, art. 55, ch. 1, 85, ch. 3, let. b et c, PA I

l'attaque au sens de l'art. 264g 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 sachant – ou en devant présumer – qu'elle risquait de toucher de manière excessive des civils, des objets civils ou l'environnement (ce que l'on appelle «dommages collatéraux» dans le contexte des attaques menées sans distinction). Par conséquent, sont 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 excessive²²⁴.

Pour ce qui est des éléments subjectifs de l'infraction, l'auteur doit, au moment de l'attaque, avoir connaissance des faits à l'origine de la disproportion entre les dégâts civils envisagés et l'avantage militaire²²⁵. Une erreur d'appréciation commise sur la base des informations disponibles et 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 (al. 1, let. b) recouvre l'interdiction des «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 ce but. Cette disposition s'applique également si l'auteur procède de manière inverse, en amenant intentionnellement des unités ou des équipements militaires à proximité de civils ou d'autres personnes protégées (p. ex. à proximité de colonnes de réfugiés) pour les protéger 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 combat²²⁶.

La disposition interdisant le pillage (art. 264g, al. 1, let. c) a pour but de protéger la propriété privée et les biens publics. Elle vise non seulement les actes individuels des soldats, mais aussi la confiscation de biens dans le contexte de l'exploitation économique systématique d'une zone occupée²²⁷. 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. Le pillage est interdit aux termes de l'art. 139 CPM actuel. En temps de guerre, cette disposition s'applique non seulement aux ressortissants suisses, mais aussi aux personnes de nationalité étrangère²²⁸. La nouvelle disposition vise également le «brigandage de guerre», à savoir le vol commis sur le champ de bataille à l'endroit de blessés, de malades ou de morts, déjà puni par l'art. 140 CPM. L'art. 264g, al. 1, let. e, P-CP

²²⁴ Cf. l'art. 85, par. 3, let. c, PA I

²²⁵ La réserve de la Suisse portant sur l'art. 57 PA I prévoit également que les informations dont l'auteur disposait au moment de l'attaque sont déterminantes. La restriction de la responsabilité aux commandants militaires 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 est actuellement à l'examen.

²²⁶ Cf. les Éléments de crimes de la CPI, Art. 8 2) b) xxiii, ch. 2 (cf. le ch. 1.1.2.4).

²²⁷ Cf. TPY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, azim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, §§ 587 ss.

²²⁸ Art. 5 CPM; voir aussi Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, art. 140, p. 406 n. 4.

reprend le contenu de cet article et celui de l'art. 112, al. 2, CPM (mutilation d'un mort).

Le fait de priver des civils de biens indispensables à leur survie constitue une autre méthode de guerre illégale (art. 264g, al. 1, let. c). 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 désigne aussi le fait de priver la population civile de biens tels que des médicaments, ou d'empêcher l'envoi de secours prévus par le droit international humanitaire²²⁹. Il n'est pas nécessaire que des personnes meurent à la suite des actes visés pour que le crime soit considéré comme accompli.

L'art. 264g, al. 1, let. d, punit quiconque tue ou blesse un adversaire combattant qui se trouve hors de combat et qui s'est par exemple rendu. Il s'applique aussi aux combattants blessés et aux prisonniers de guerre. L'art. 112, al. 1, CPM contient déjà une disposition analogue.

L'al. 1, let. d, interdit aussi de tuer ou de blesser un adversaire par trahison ou de manière perfide, soit les actes visant à amener l'adversaire à se croire protégé par le droit international humanitaire. La nature illicite particulière de ce crime réside dans la gravité de ses conséquences: si l'on invoque de manière abusive la protection conférée par les normes du droit humanitaire, la partie adverse risque de finir par ne plus les respecter elle non plus. Ce qui n'est pas interdit, en revanche, ce sont les ruses de guerre, qui ont pour but de tromper l'ennemi ou de l'inciter à une certaine imprudence. Elles 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 droit²³⁰.

L'art. 264g, al. 1, let. f, sanctionne le fait d'ordonner qu'il ne soit pas fait de quartier (soit de ne laisser la vie sauve à personne) ou d'en menacer l'ennemi.

L'al. 1, let. g, sanctionne quiconque, en violation du droit international humanitaire, abuse 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. la croix rouge, le croissant rouge ou les signes distinctifs des biens culturels) ou d'autres signes ou méthodes de protection du droit international humanitaire. Une disposition analogue se trouve à l'art. 110 CPM actuel. Dans toutes ces situations, l'intention de l'auteur est d'abuser de la confiance que l'ennemi place dans ces signes et emblèmes pour 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 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 le risque qu'ils finissent par ne plus être observés. Si des personnes sont tuées ou blessées en conséquence de l'abus, l'acte relèvera de l'art. 264g, al. 1, let. d.

²²⁹ Cf. l'art. 54 PA I

²³⁰ 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.

L'art. 264g, al. 1, let. h, punit tout membre d'une puissance occupante qui transfère 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 existentielles pour la population autochtone.

Art. 264h Utilisation d'armes prohibées

La disposition interdisant l'utilisation de poison ou d'armes empoisonnées (art. 264h, al. 1, let. a) vise les substances elles-mêmes et les armes dont l'emploi libère une telle substance.

Est aussi considérée comme crime de guerre l'utilisation d'armes biologiques ou chimiques, y compris de gaz, matières ou liquides toxiques ou asphyxiants (al. 1, let. b)²³¹. 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 absolue de l'utilisation des armes biologiques ou chimiques dans le Statut de Rome²³², c'est parce qu'il n'a pas été possible de trouver un compromis entre les puissances nucléaires, qui souhaitaient interdire uniquement l'utilisation des armes biologiques et chimiques, et un groupe d'Etats favorables à une interdiction pénale de l'utilisation des armes nucléaires, mais qui voulaient se réserver la possibilité, en cas de guerre, de 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 convenu de renoncer à l'interdiction expresse des armes ABC. L'utilisation d'armes biologiques et chimiques est toutefois interdite par des conventions internationales spécifiques^{233, 234}.

²³¹ Ne relève pas de cette disposition l'utilisation de produits chimiques toxiques et de leurs précurseurs, tels que les gaz irritants, les gaz lacrymogènes ou le spray au poivre, utilisés non comme armes de guerre, mais dans des interventions policières ou analogues visant le maintien de l'ordre public dans le contexte de missions de maintien de la paix. L'emploi de gaz irritants comme moyen de conduite des hostilités est en revanche interdit (cf., pour l'ensemble de cette problématique, la 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**, et le commentaire de l'art. 42 *in* Commentaire de la III^e Convention de Genève de 1949, sous la direction de Jean Pictet, Genève, CICR, Genève 1958, p. 262.

²³² 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**.

²³³ Cf. la 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 la 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. l'art. 7 de la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG), RS **514.51**.

²³⁴ Selon la Convention sur les armes chimiques (RS **0.515.08**), les gaz irritants (gaz dont les effets irritants disparaissent peu de temps après la fin de l'exposition à la substance en question, p. ex. les gaz lacrymogènes) ne sont pas interdits s'ils servent au maintien de l'ordre public, y compris la lutte antiémeute sur le plan intérieur. Leur emploi en tant que moyen de guerre est par contre interdit et sera sanctionné par l'art. 264h.

L'interdiction de certaines munitions dans les conflits armés (art. 264*h*, al. 1, let. c) vise les balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain et provoquent ainsi des maux superflus (balles dum-dum). Notons à ce sujet que le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion Perrin du 22 mars 2006²³⁵. En effet, l'interdiction de ces munitions en droit international public est limitée aux conflits armés et n'exclut donc pas une utilisation de ces munitions par des forces de police à l'intérieur d'un Etat. En application de la loi sur l'usage de la contrainte²³⁶, il appartiendra aux organes de la Confédération de définir, en collaboration avec les cantons, l'utilisation des armes à feu et de leurs munitions en fonction de la situation. Les forces de l'ordre en service ordinaire seront dotées de types appropriés de munitions à balles légèrement déformantes qui satisfont aux exigences posées tant par le droit international public que par le principe de la proportionnalité. Le Conseil fédéral a approuvé le projet de loi et le message le 18 janvier 2006. Depuis la Déclaration de St-Petersbourg de 1868²³⁷, l'emploi de munitions qui explosent dans le corps humain est également interdit. Cette interdiction revêt aujourd'hui un caractère coutumier. Nous incluons donc ces munitions dans l'art. 264*h*, al. 1, let. c, de sorte que les nouvelles dispositions sur les crimes de guerre tiennent compte de l'évolution du droit international humanitaire coutumier.

Le même raisonnement est à l'origine de l'al. 1, let. d et e. L'article unique du Protocole I du 10 octobre 1980 de la Convention de la même date 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 interdit l'usage de toute arme dont l'effet principal est de blesser par des éclats qui ne sont pas localisables par rayons X dans le corps humain²³⁸. Cette interdiction revêt elle aussi désormais un caractère coutumier²³⁹. Elle est concrétisée par l'art. 264*h*, al. 1, let. d.

Le Protocole IV du 13 octobre 1995 de cette même convention²⁴⁰ interdit l'usage des armes à laser spécifiquement conçues de telle façon que leur seule fonction de combat ou une de leurs fonctions de combat soit de provoquer la cécité permanente chez des personnes dont la vision est non améliorée, c'est-à-dire qui regardent à l'œil nu ou qui portent des verres correcteurs. C'est la première interdiction de droit international humanitaire frappant une arme avant même que celle-ci ait jamais été utilisée dans un conflit armé. Cette interdiction revêt désormais un caractère coutumier²⁴¹. Elle est concrétisée par l'art. 264*h*, al. 1, let. e.

²³⁵ 06.3081. Pour une munition adaptée au travail de la police.

²³⁶ LUSC, FF 2006 2429

²³⁷ Déclaration concernant l'interdiction des projectiles explosibles en temps de guerre, RS 0.515.101; règle 78 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier du CICR: Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck, Droit international humanitaire coutumier, Volume I, Règles, CICR, 2005.

²³⁸ Protocole relatif aux éclats non localisables (annexé à la convention, RS 0.515.091).

²³⁹ Règle 79 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier du CICR, *ibid.*

²⁴⁰ Protocole relatif aux armes à laser aveuglantes, RS 0.515.091.1.

²⁴¹ Règle 86 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier du CICR, *ibid.*

Faut-il ajouter à ces interdictions une disposition qui réprimerait subsidiairement l'utilisation, dans les conflits armés, d'armes, de projectiles ou de matières de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, en infraction au droit international humanitaire²⁴²? La question se pose. L'utilisation d'armes nucléaires est, sans aucun doute, contraire aux principes fondamentaux du droit international humanitaire²⁴³. L'utilisation des mines antipersonnel, par contre, ne fait pas l'objet d'une interdiction complète en droit international, du moins pas encore, même si le nombre des Etats ayant ratifié la convention d'Ottawa²⁴⁴ et interdit l'utilisation de ces mines ne cesse d'augmenter.

L'art. 8, par. 2, let. b, ch. xx, du Statut de Rome contient une clause subsidiaire de ce genre, mais la CPI ne pourra l'appliquer qu'à partir du moment où ces armes, projectiles, matières et méthodes de guerre feront l'objet d'une interdiction générale et seront inscrits dans une annexe du Statut. L'adjonction d'une telle annexe pourra être décidée au plus tôt à la faveur de la première conférence de révision du Statut, qui aura lieu durant le premier semestre 2010²⁴⁵. Il importe que le Statut de Rome suive l'évolution du droit international humanitaire. De l'avis du Conseil fédéral, la liste des armes, munitions, matières et méthodes de guerre interdites devrait être établie en temps utile puis mise à jour régulièrement. Il est cependant douteux que les Etats parties arrivent à s'entendre sur une telle liste dès 2010. Le Conseil fédéral estime préférable de ne pas inscrire dans le droit suisse de norme similaire à l'art. 8, al. 2, let. b, ch. xx, du Statut de Rome pour le moment et d'attendre l'issue des travaux visant à compléter le Statut.

Art. 264i Rupture d'un armistice ou de la paix. Délit contre un parlementaire.
Retardement du rapatriement de prisonniers de guerre

L'art. 264i, al. 1, let. a, correspond à l'art. 113 CPM en vigueur, l'art. 264i, al. 1, let. b, à l'actuel art. 114 CPM (Infractions contre un parlementaire). Ces dispositions se fondent sur la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre²⁴⁶. Le fait de retarder le rapatriement de prisonniers de guerre après la fin des hostilités (let. c) est considéré comme une violation du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949²⁴⁷ et donc punissable comme crime de guerre.

²⁴² 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.

²⁴³ 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.

²⁴⁴ Cf. la 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**.

²⁴⁵ Cf. les art. 121 et 123 du Statut de Rome.

²⁴⁶ RS **0.515.112**, art. 32 ss. Au regard de l'art. 8 du Statut de Rome, ces deux infractions ne répondent pas à la conception moderne des crimes de guerre. Comme la convention est encore en vigueur pour la Suisse, il convient néanmoins de conserver ces dispositions.

²⁴⁷ Cf. l'art. 85, par. 4, let. b, PA I

Art. 264j Autres infractions au droit international humanitaire

Comme nous l'avons exposé précédemment²⁴⁸, 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 le mieux possible, ce qui signifie que les justiciables doivent pouvoir savoir si leurs actes constituent ou non des infractions pénales au droit des gens. Donc les crimes de guerre, en particulier, qui relèvent subsidiairement de la juridiction de la CPI, doivent figurer expressément dans la législation suisse. D'autre part, il importe d'assurer que les crimes de guerre plus rares, moins graves ou d'un type nouveau soient punissables en droit suisse même s'ils sont réprimés par le droit international mais ne figurent pas expressément dans la loi²⁴⁹.

Selon la clause générale de l'art. 264j, 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. 264c à 264i sont donc malgré tout punissables en droit suisse. Il suffit qu'elles enfreignent une norme du droit international humanitaire dont la violation est punissable en vertu d'une convention internationale contraignante pour la Suisse ou du droit international coutumier.

En introduisant cette norme subsidiaire dans le CP (et en maintenant celle qui existe dans le CPM), on garantit, premièrement, que les actes contraires au droit des gens commis dans le contexte d'un conflit armé qui n'ont pas le même degré d'illicéité que les infractions visées par les autres dispositions du titre 12^{ter} demeurent punissables en Suisse sans qu'il soit nécessaire de les décrire longuement dans le code. La transposition exhaustive de tous les interdits reconnus par le droit international humanitaire représenterait un travail énorme et entraînerait sans doute des redondances, sans qu'il soit certain que tous les comportements punissables aient été pris en compte.

Deuxièmement, l'art. 264j recouvre toutes les conventions qui seront ratifiées à l'avenir, de même que toutes les évolutions du droit international coutumier, évitant ainsi au législateur de devoir modifier la loi chaque fois. Il permet donc 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 sont parmi les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble. C'est pour cette raison que la durée prévue pour les peines privatives de liberté va généralement jusqu'à vingt ans. Dans certains cas particulièrement graves, notamment lorsque l'acte touche de nombreuses personnes ou que l'auteur a fait preuve d'une cruauté particulière, une peine privative de liberté à vie peut être prononcée. A l'inverse, la peine minimum peut être réduite pour des actes de moindre gravité, pour se situer au même niveau que les peines applicables aux infractions «classiques». Il s'agit de cas

²⁴⁸ Cf. le ch. 1.3.1.2

²⁴⁹ On a ainsi renoncé à transposer expressément dans le CP et le CPM l'art. 8, par. 2, let. b, ch. xiv, du Statut de Rome, issu d'une formulation ancienne de l'art. 23, let. h, du Règlement de la Convention de la Haye IV de 1907 (déclarer non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse).

où le lien fonctionnel entre l'acte individuel et le crime commis de façon collective dans un contexte de conflit armé est tenu.

2.1.6 **Titre 12^{quater}** **(Dispositions communes aux titres 12^{bis} et 12^{ter})**

Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ont des points communs appelant une réglementation commune. Comme celle-ci n'est guère applicable aux autres infractions, il convient de lui consacrer un titre spécial au lieu de l'inscrire dans la partie générale du CP. Cette manière de procéder, déjà appliquée à d'autres catégories d'infractions, s'est avérée pratique²⁵⁰.

2.1.6.1 **Art. 264k (Punissabilité du supérieur)**

Fondements de droit international

En vertu de l'art. 1 commun aux quatre conventions de Genève de 1949, 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 placées sous leur contrôle effectif et de veiller à ce qu'elles respectent les règles du droit international humanitaire²⁵¹.

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 consacré, en partie explicitement, par les conventions de Genève de 1949²⁵² et le protocole additionnel I de 1977²⁵³. Il est aujourd'hui reconnu comme faisant partie intégrante du droit international coutumier²⁵⁴. Son caractère coutumier est confirmé 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 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 plusieurs jugements, éclairant les différentes facettes de son champ d'application.

²⁵⁰ Cf. les art. 172, 200 et 322^{octies} CP

²⁵¹ Cf. l'art. 87 PA I, RS **0.518.521**

²⁵² Art. 1 des quatre conventions de Genève de 1949, art. 4, par. 2, CG III et art. 1 PA I.

²⁵³ Art. 86 et 87 PA I

²⁵⁴ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et consorts*, 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.

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 placées sous leur autorité et leur 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)²⁵⁵;
- les supérieurs hiérarchiques civils responsables de non-militaires placés sous leur autorité et leur contrôle effectifs (art. 28, let. b). Dans ce cas, les subordonnés peuvent être des autorités civiles, des partis politiques ou des entreprises. Peuvent par conséquent être considérés comme des 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 dirigent²⁵⁶. 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 l'autorité et le contrôle effectifs qu'il exerce et non son grade militaire. L'absence d'une autorité formelle n'exclut pas qu'il y ait responsabilité en qualité de supérieur²⁵⁷.

Alors que les deux premières catégories de personnes sont mises sur un pied d'égalité par le Statut de Rome, les supérieurs civils ayant sous leur autorité et leur contrôle des non-militaires bénéficient d'un régime moins strict en ce qui concerne l'établissement de leur responsabilité. En effet, ils ne peuvent pas compter sur une structure hiérarchique leur facilitant l'accès à l'information – contrairement aux chefs militaires et aux personnes qui leur sont assimilées. Pour établir leur responsabilité, il est donc nécessaire de 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. Cette condition s'applique aussi aux supérieurs militaires dirigeant des structures de commandement civiles.

²⁵⁵ Cf. aussi TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et consorts*, 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.

²⁵⁶ La responsabilité de l'entreprise (art. 102 CP) porte elle aussi sur les infractions commises au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts.

²⁵⁷ TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnil Delalic et consorts*, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, § 354.

Punissabilité du supérieur selon le droit suisse en vigueur

Le CP ne contient pas de disposition expresse relative à la responsabilité du supérieur. Le droit suisse connaît pourtant un mécanisme similaire avec la «position de garant»: l'omission est punissable du fait que l'auteur était tenu d'agir pour empêcher l'acte. C'est notamment le cas de la responsabilité des parents pour leurs enfants et de celle 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 des infractions commises par une autre personne qui se trouve sous son contrôle et sous sa surveillance parce que l'on estime que la personne responsable aurait pu et dû empêcher l'infraction du fait de son autorité et de son pouvoir de contrôle²⁵⁸. Le principe juridique non écrit de la «responsabilité de l'employeur», 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 CPM ne punit lui non plus pas tous les manquements aux devoirs des supérieurs réprimés par le Statut de Rome. Son art. 20 vise les chefs militaires qui exigent l'exécution d'un ordre constituant un acte punissable, formulation qui inclut les atteintes au droit international humanitaire. Il ne mentionne pas la responsabilité du chef²⁵⁹ lorsque ce dernier enfreint ses obligations par omission en rapport avec des crimes de guerre commis par ses subordonnés²⁶⁰. Pour l'heure, cette responsabilité ne peut être établie qu'au moyen du renvoi sommaire aux violations du droit international humanitaire figurant à l'art. 109 CPM, ce qui est insatisfaisant au regard du principe de légalité en matière pénale²⁶¹. L'art. 109 CPM n'est en outre pas applicable au génocide et aux crimes contre l'humanité. Pour ce qui est de la responsabilité de punir une infraction ou de la déclarer aux autorités compétentes, les art. 204 et 207 CPM se rapportent uniquement à la punition de fautes disciplinaires.

Principe de la responsabilité du supérieur au sens de l'art. 264k

Le principe de la responsabilité du supérieur a pour but d'assurer que les Etats sanctionnent pénalement les supérieurs hiérarchiques qui ne remplissent pas leur obligation de faire appliquer le droit international humanitaire. La responsabilité du supérieur ne découle pas, par un lien de causalité, de chaque crime commis par un subordonné, mais de sa propre faute. Il faut pouvoir prouver qu'il n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire dans l'accomplissement de ses tâches alors qu'il en aurait eu la possibilité. Les actions auxquelles il est tenu, en vertu du droit des gens, résultent de sa position hiérarchique par rapport aux personnes qui lui sont effectivement subordonnées. Lors de l'évaluation du devoir de diligence objectif, il convient de tenir compte en particulier de la nature du rapport de subordination et de la catégorie de supérieurs à laquelle appartient l'inculpé.

²⁵⁸ Cf. Peter Popp, *Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung*, recht 2003, p. 21 ss; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^e édition, Berne 1996, p. 416 note 28 avec renvois; Stefan Trechsel/Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 6^e édition (2004), p. 264; voir aussi ATF 122 IV 103.

²⁵⁹ Selon l'art. 3, al. 1, ch. 9, CPM, ce terme inclut les supérieurs civils.

²⁶⁰ L'art. 139 CPM prévoit une telle responsabilité du chef uniquement dans le contexte d'actes de pillage.

²⁶¹ Cf. le ch. 1.3.1.1

En vertu de l'art. 264*k*, al. 1, les chefs militaires ou les personnes exerçant effectivement des fonctions similaires seront responsables sur le plan pénal s'ils ont intentionnellement omis soit d'empêcher des personnes sous leur contrôle effectif de commettre une infraction, soit de mettre un terme à cette infraction. Sur le plan subjectif, 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. S'il a agi par négligence, la peine est moins lourde en raison du moindre degré de culpabilité. 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*k*, al. 2)²⁶². Cette seconde forme d'acte sera punie moins sévèrement que la première, car le degré d'illicéité est moindre.

En vertu du droit international, le supérieur est également puni si c'est par négligence qu'il a enfreint ses obligations, en n'empêchant pas le crime principal, commis, lui, intentionnellement par son subordonné. Sur le plan subjectif, on part du principe qu'il aurait dû savoir, sur la base des informations dont il disposait et de la situation, que ses subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre un crime qu'il aurait pu empêcher²⁶³. C'est le cas s'il a négligé de prendre connaissance d'informations qui auraient pu l'alerter.

Distinction par rapport à d'autres formes de responsabilité directe

La responsabilité pénale du supérieur, fondée sur l'autorité qu'il exerce du fait de sa position, doit être distinguée des autres formes de responsabilité pénale directe. Un supérieur hiérarchique peut en effet aussi être punissable à titre de coauteur (p. ex. pour avoir planifié, organisé et ordonné le crime), à titre d'auteur indirect (pour avoir contraint ses subordonnés, pour les avoir trompés p. ex. sur la légalité des armes utilisées, ou pour avoir été l'auteur moral d'une infraction organisée par les forces au pouvoir²⁶⁴) ou encore à titre d'instigateur ou de complice d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre.

2.1.6.2 Art. 264/ (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 avait 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. Ces trois conditions doivent être remplies, cumulativement, pour les crimes de guerre. Le Statut précise cependant

²⁶² Cf. aussi TPIY, Chambre de première instance II, *le Procureur c. Zejnir Delalic et consorts*, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, § 346.

²⁶³ 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.

²⁶⁴ Voir à ce propos Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2^e 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.

qu'un ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est en tous les cas manifestement illégal.

L'art. 20, al. 2, CPM actuel punit les actes commis sur ordre d'un chef ou d'un supérieur mais il prend en compte la notion de degré de culpabilité en prévoyant une peine moins lourde pour le subordonné. Selon l'art. 264^l du projet, qui fait pendant, dans le CP, à cette disposition, il faut, pour que l'auteur soit punissable, non seulement qu'il ait reçu un ordre militaire ou un ordre civil le liant d'une manière similaire, mais aussi qu'il ait eu conscience de l'illégalité de cet ordre. Tout comme c'est le cas des principes appliqués pour déterminer si une personne a agi sous l'empire d'une erreur de droit, les exigences posées en matière d'ignorance de l'auteur quant à l'illégalité de l'ordre doivent être très strictes car il ne faut pas oublier qu'il est question ici d'auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. On renonce en revanche – en application du principe de la responsabilité pénale – à préciser dans la nouvelle disposition que des actes manifestement illégaux commis par le destinataire d'un ordre sans qu'il en ait eu conscience sont également punissables.

2.1.6.3 Art. 264^m (Actes commis à l'étranger)

Al. 1

Le droit pénal suisse actuel s'applique aussi aux crimes de génocide (cf. art. 264, al. 2, CP) et aux crimes de guerre²⁶⁵ commis à l'étranger. Dans les deux cas, les autorités suisses sont compétentes pour connaître d'actes sans rapport avec la Suisse si les suspects se trouvent sur son territoire et qu'ils ne peuvent pas être extradés. Depuis juin 2004, la poursuite de crimes de guerre est en outre, dans le CPM, subordonnée à la condition que l'auteur ait un «lien étroit» avec la Suisse²⁶⁶.

Le projet ci-joint prévoit les mêmes conditions, dans les cas où l'acte a été commis à l'étranger et lorsque l'auteur et la victime sont étrangers, pour la poursuite pénale des auteurs de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre: l'auteur devra se trouver en Suisse et ne pas pouvoir être extradé²⁶⁷. La possibilité de remettre l'auteur à un tribunal pénal international (soit la CPI, les tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda²⁶⁸ et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone²⁶⁹) est assimilée à l'extradition²⁷⁰. Il faut seulement que la Suisse reconnaisse le tribunal et que celui-ci ait demandé qu'on lui remette la personne concernée. La Suisse refuse de reconnaître la compétence d'un tribunal lorsque celui-ci n'offre pas toutes les

²⁶⁵ Voir à ce propos le ch. 2.2.2

²⁶⁶ Pour plus de détails, voir le ch. 1.3.2.4

²⁶⁷ Si la demande d'extradition a manifestement pour but d'exonérer l'auteur présumé de sa responsabilité pénale, on refusera l'extradition; il n'y aura plus lieu de renoncer à le poursuivre en Suisse.

²⁶⁸ Cf. l'arrêt 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.

²⁶⁹ Cf. l'ordonnance du 12 février 2003 sur l'extension du champ d'application de l'arrêt 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.

²⁷⁰ Modification du 19 décembre 2003 de la PPM (FF 2003 7509).

garanties nécessaires quant à l'équité du procès ou quant au respect des conditions d'extradition et à l'absence de motifs de refus²⁷¹.

Notons qu'en principe, il serait possible de fonder la compétence de poursuivre un crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sur l'art. 7, al. 2, let. b, CP, que le Parlement a adopté dans le cadre de la modification du CP du 13 décembre 2002²⁷². Cette disposition permet en effet, par l'application du principe de la compétence universelle subsidiaire, de punir en Suisse les crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale, dont font partie les crimes contre l'humanité réprimés par le droit international coutumier. Néanmoins, l'art. 7, al. 2, let. b, en relation avec l'art. 7, al. 1, let. a, prévoit que l'acte doit être aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis. Le principe du droit le plus favorable (art. 7, al. 3, CP) et le principe *ne bis in idem* (art. 7, al. 4, CP) s'appliquent également. Or, soumettre sans aucune restriction les crimes très graves dont il est question ici à ces règles générales ne serait pas opportun (cf. le commentaire de l'al. 3 ci-après). Il faut donc créer une règle spécifique pour les crimes contre l'humanité, comme c'est déjà le cas pour le génocide et les crimes de guerre.

Al. 2

En se référant aux avis qui prévalaient à l'issue de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a décidé, le 28 février 2007, de ne pas instaurer la condition du «lien étroit» de l'auteur avec la Suisse et de supprimer cette disposition dans le CPM (cf. le ch. 1.3.2 et en particulier le ch. 1.3.2.4). Il préfère faire usage d'autres mesures de droit matériel et de procédure pour épargner aux autorités chargées de l'instruction la conduite de procédures par défaut complexes et vouées à l'échec en raison de l'absence de tout lien avec notre pays²⁷³.

Comme on l'a précisé plus haut, la présence de l'auteur est une condition essentielle de la conduite d'une procédure en Suisse concernant un acte commis à l'étranger. Dans la droite ligne de la jurisprudence actuelle²⁷⁴, l'al. 2 de l'art. 264^m autorise en outre les autorités à classer la poursuite pénale ou à y renoncer d'emblée si une juridiction étrangère ou un tribunal pénal international reconnu par la Suisse sont déjà saisis de la cause et que l'auteur est remis ou extradé (let. a) ou si l'auteur ne se trouve plus en Suisse et qu'il n'est pas probable qu'il y retourne (let. b). Cette disposition de droit de procédure est également applicable en cas de disparition du prévenu durant la procédure. L'autorité compétente devra alors évaluer si son retour en Suisse doit être considéré comme vraisemblable et possible, et laisser la cause pendante, la suspendre ou la classer au vu de son appréciation.

La let. b de l'al. 2 n'a pas pour but d'accorder un avantage légal à l'inculpé qui, ayant pris la fuite, se soustrait en cours de procédure à l'action pénale. Si, après l'ouverture d'une procédure, les soupçons de culpabilité qui pèsent sur une personne se trouvant en Suisse paraissent suffisants et qu'un sérieux risque de fuite est établi, l'autorité saisie de la cause peut ordonner la détention provisoire²⁷⁵ du prévenu ou l'obliger par tout autre moyen à séjourner sur le territoire suisse pendant la durée du

²⁷¹ Message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la PPM (Protection des témoins), FF **2003** 693 738.

²⁷² Voir le ch. 1.3.2.2

²⁷³ Commission de l'acte à l'étranger, auteur et victime étrangers.

²⁷⁴ Cf. ATF **108** IV 145: la condition de la présence de l'auteur s'étend à toutes les phases de la procédure mais ne doit pas être pour autant permanente.

²⁷⁵ Cf. aussi l'art. 221 CPP (FF **2007** 6648)

procès. La possibilité de classer la procédure s'avère surtout utile dans l'hypothèse où le prévenu, de passage en Suisse, aurait quitté notre pays peu après l'ouverture de la procédure, où son retour serait improbable et où son arrestation avant son départ n'aurait été ni réalisable au regard des principes de l'Etat de droit ni défendable à ce stade, au vu des faits constatés. Dans ce cas, le projet permet au juge d'instruction compétent de prendre la décision qui s'impose face à un procès voué manifestement à l'échec et de renoncer à accomplir d'autres actes de procédure entraînant des frais inutiles. L'instruction pénale n'est pas vouée à l'échec, par contre, lorsque les circonstances laissent penser que la personne concernée retournera en Suisse ou du moins que ce n'est pas invraisemblable.

En fonction de l'état d'avancement de la procédure, l'autorité doit cependant être à même de réunir les moyens de preuve et les constatations de faits qui pourraient servir ultérieurement au procès ou à une autre juridiction à l'étranger. La loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale et quelques codes de procédure pénale cantonaux l'autorisent à prendre des mesures de conservation des preuves²⁷⁶. Cette prérogative, ainsi que celle qui permet à l'autorité de prendre des mesures conservatoires, en dehors de la procédure, sur le résultat d'investigations informelles, figure également dans le CPP du 5 octobre 2007²⁷⁷ et sera inscrite à l'art. 264m, al. 2, CP. Une modification dans ce sens des dispositions de la procédure pénale militaire, qui est hors du champ d'application du CPP, est prévue à l'art. 10, al. 1^{er}, P-CPM.

Il est superflu de répéter dans le CP, avec une référence expresse à la poursuite du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, le principe de procédure d'application générale selon lequel les moyens de preuve qui ne peuvent être recueillis ne doivent pas être mis en œuvre dans une procédure. Au cours de ses délibérations concernant l'art. 137 CPP, le Parlement a aussi renoncé à y mentionner ce principe. Par contre, nous proposons de l'ajouter dans le CPM²⁷⁸. Le manque de preuves (parce qu'elles ne peuvent apparemment être recueillies ou qu'elles sont inexistantes) aboutit généralement au classement de la procédure ou à un non-lieu.

Al. 3

Comme c'est le cas actuellement pour le génocide, l'al. 3 de l'art. 264m confirme la validité du principe *ne bis in idem* et du principe de l'imputation des peines, inscrits à l'art. 7, al. 4 et 5. Cette disposition est toutefois assortie d'une réserve: l'art. 7, al. 4 et 5, ne s'applique pas si l'acquittement, la remise de peine ou la prescription de la peine à l'étranger ont eu pour but de protéger indûment l'auteur de toute sanction. Le Parlement a déjà débattu de cette question lors de l'examen de l'art. 7 CP, à l'occasion de la révision de la partie générale du CP. 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, que la Suisse ne renonçait à la poursuite pénale que s'il n'y avait pas eu de violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁷⁹. Son intention était de souligner que les jugements étrangers ne pouvaient être reconnus que s'ils étaient conformes à

²⁷⁶ P. ex. s'il est fort possible que le prévenu entre en Suisse.

²⁷⁷ Art. 306, al. 2, let. a (par la police), art. 311, art. 314, al. 3 (avant la décision de suspension).

²⁷⁸ Art. 10, al. 1^{er}, let. c, P-CPM

²⁷⁹ RS 0.101

l'ordre public suisse²⁸⁰. Cependant, 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 ces textes. 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.

Il ne faudrait pas, compte tenu de la gravité des crimes contre l'humanité, que les autorités suisses soient empêchées de poursuivre un crime pour le seul et unique motif que l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ne le considère pas comme pénalement répréhensible. Après tout, on ne peut pas exclure qu'un ressortissant suisse commette un crime contre l'humanité dans un Etat de ce type. Le risque serait que la Suisse en soit réduite à faire une déclaration d'incapacité au sens de l'art. 17 du Statut de Rome et que la CPI 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 faut donc, en cas de crime contre l'humanité, renoncer à exiger que l'acte incriminé soit aussi punissable dans le pays dans lequel il a été commis; c'est déjà le cas pour le génocide et les crimes de guerre²⁸¹.

Toujours à l'instar du génocide et des crimes de guerre, la législation de l'Etat dans lequel le crime a été commis ne s'appliquera pas si elle est plus clémentaire que le droit suisse dans le cas des 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. 264n (Exclusion de l'immunité relative)

Lors de l'adhésion de la Suisse à la convention sur le génocide, le législateur a statué 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 (art. 264, al. 3, CP). Le Conseil fédéral avait exposé dans son message que l'on ne pouvait pas, au vu de la claire exigence de répression exprimée dans la convention sur le génocide (art. IV) contre les «gouvernants» et les «fonctionnaires», faire dépendre l'ouverture de poursuites d'une autorisation qui, n'émanant pas d'une autorité judiciaire, pourrait être influencée par des considérations politiques²⁸².

L'art. 27 du Statut de Rome ne prévoit, lui non plus, aucune immunité, nationale ou internationale. Il précise que le Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucun égard à leur qualité officielle. Peu importe, en particulier, que la personne en cause ait la qualité de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un Etat. Le Statut de Rome reprend

²⁸⁰ Cf. BO 2001 N 540; BO 2001 E 507

²⁸¹ La condition de la double punissabilité ne s'applique pas non plus à la prise d'otage au sens de l'art. 185, ch. 5, CP ni aux abus sexuels commis sur des enfants au sens de l'art. 5 CP.

²⁸² Cf. 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 4933 s.

là le point de vue adopté par le Tribunal militaire de Nuremberg dans le jugement qu'il avait prononcé contre les plus grands criminels de guerre et à travers lequel il avait fait œuvre de pionnier: les crimes ne sont pas commis par des Etats, mais par des individus, qui ne doivent donc pas pouvoir invoquer leur immunité pour agir sous le couvert de leur fonction officielle²⁸³.

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 risque d'enfreindre les obligations de la Suisse en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique (art. 98 en relation avec l'art. 27 du Statut de Rome), le Conseil fédéral statue sur l'immunité²⁸⁴ à la demande du Département fédéral de justice et police, après consultation de la Cour²⁸⁵ par le service central de l'Office fédéral de la justice²⁸⁶. Il prend en compte les différentes sources du droit international public pour déterminer l'existence et la portée d'immunités dans le domaine des crimes les plus graves du droit international.

Quant aux poursuites pénales engagées en Suisse contre des députés, des magistrats ou des fonctionnaires fédéraux prévenus de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre²⁸⁷, elles ne doivent pas être subordonnées à l'autorisation préalable des autorités politiques. L'immunité relative sera donc exclue dans ce cas. En revanche, comme on l'avait fait pour le génocide, on renonce à supprimer expressément l'immunité absolue garantie par la Constitution aux membres de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral pour les propos qu'ils tiennent devant les conseils et leurs organes²⁸⁸.

Une disposition similaire sera insérée dans le CPM à l'art. 114*b*.

2.1.7 Art. 336, ch. 2 (Juridiction fédérale)

Comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre seront soumis à la juridiction fédérale²⁸⁹. Cela nécessite une modification de l'art. 336, ch. 2, CP²⁹⁰.

Cet article sera remplacé par l'art. 23 CPP à l'entrée en vigueur de ce dernier²⁹¹. L'art. 23, al. 1, let. g, CPP devra alors être complété par un renvoi au titre 12^{ter} et à l'art. 264*k* CP.

283 Tribunal militaire international de Nuremberg, jugement du 30 septembre – 1^{er} octobre 1946, Vol. I, p. 235.

284 Pour plus de détails, voir le message relatif au Statut de Rome, FF 2001 425 s.

285 Art. 6 de la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI), RS 351.6

286 Cf. l'art. 4, let. d, LCPI

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

288 Cf. l'art. 162, al. 1, Cst. en relation avec l'art. 2, al. 2, LRFC

289 Pour une motivation plus détaillée du choix de la juridiction fédérale, cf. le ch. 1.3.4.

290 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. le ch. 1.3.3.3.

291 Prévue pour le 1^{er} janvier 2010; cf. le ch. 1.3.4.2.

2.2

Modification du code pénal militaire²⁹²

Il est prévu que la modification du CP se double d'une modification du CPM. Le chapitre 6 du CPM sera consacré au génocide et aux crimes contre l'humanité (art. 108 et 109 P-CPM). Les crimes de guerre (art. 110 à 114 P-CPM) seront régis par le chapitre 6^{bis} P-CPM. Le libellé de l'art. 139 sera adapté et l'art. 140 abrogé. Les dispositions communes aux chapitres 6 et 6^{bis}, concernant la punissabilité du supérieur (art. 114a P-CPM) seront, quant à elles, l'objet d'un nouveau chapitre 6^{ter}. D'autres modifications seront apportées au champ d'application à raison des personnes du CPM, y compris une nouvelle répartition des compétences entre juridiction ordinaire et juridiction militaire (art. 3, 5, 7, 220 et 221a P-CPM), aux conditions de lieu (art. 10, al. 1^{bis}, 1^{ter} et 1^{quater}, P-CPM), à la disposition relative aux actes commis sur ordre d'autrui (art. 20, al. 2, P-CPM), aux règles d'imprescriptibilité (art. 59 P-CPM), à la provocation publique au génocide (art. 171a, al. 1^{bis} P-CPM) et aux actes préparatoires délictueux (art. 171b, al. 1, P-CPM).

2.2.1

Champ d'application à raison des personnes du CPM

Selon le projet, la juridiction militaire s'appliquera comme jusqu'à présent aux militaires de l'armée suisse en temps de guerre comme en temps de paix. Cette règle s'applique non seulement aux crimes de guerre, mais aussi au génocide et aux crimes contre l'humanité. En vertu de l'art. 3, al. 1, CPM, seront également soumises au droit pénal militaire – en temps de paix comme en temps de guerre – les personnes astreintes au service militaire qui sont au service militaire (ch. 1) ou qui portent l'uniforme en dehors du service et 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, et, 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 fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire, effectuent un service de promotion de la paix, pour les infractions commises en uniforme durant le service ou hors du service (ch. 6). L'art. 3, al. 2, CPM, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2004²⁹³, précise que les personnes visées à l'al. 1, ch. 1, 2, 6 et 8, sont soumises au droit pénal militaire pendant la durée totale de leur engagement à l'étranger si elles commettent à l'étranger un acte punissable selon le CPM.

Dans toutes les autres situations, les civils (suisse et étrangers) et les militaires étrangers qui commettent un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre seront à l'avenir assujettis à la juridiction ordinaire²⁹⁴. Les dispositions en vigueur selon lesquelles les civils (et les militaires étrangers) qui ont commis un crime de guerre relèvent de la justice militaire (art. 7 et 220 CPM) devront donc être adaptées. Les autorités militaires resteront compétentes uniquement dans les cas où le crime sera commis à l'étranger et dirigé contre un militaire de l'armée suisse (art. 3, ch. 9, P-CPM).

²⁹² RS 321.0

²⁹³ Modification du code pénal militaire du 3 octobre 2003 (Révision du droit disciplinaire), FF 2003 6183; entrée en vigueur le 1^{er} mars 2004 (RO 2004 921).

²⁹⁴ Voir aussi le ch. 1.3.3.3

Selon l'art. 5 CPM, la juridiction militaire est étendue, en temps de guerre, aux civils, aux prisonniers de guerre et aux parlementaires ennemis qui commettent certaines infractions. Cette liste sera complétée de telle sorte qu'en temps de guerre les militaires étrangers et les civils qui commettent un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre seront eux aussi soumis au droit pénal militaire. Cette compétence générale des autorités de poursuite pénale militaires permettra l'application de critères uniformes en temps de guerre.

2.2.2 Art. 10, al. 1^{bis}, 1^{ter} et 1^{quater}, P-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. 10 CPM). Le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral et la doctrine sont 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 y soit arrêté. Cette condition est d'ailleurs inscrite dans différentes dispositions du CP et se retrouve par exemple à l'art. 7, al. 2, CP sous la forme de la compétence de remplacement. Le Conseil fédéral, puis le Parlement, ont jugé utile de clarifier la situation juridique par une règle explicite en 2003²⁹⁵, à la suite des problèmes que la Belgique a rencontrés avec sa législation ambitieuse en matière de poursuite des criminels de guerre. Le Parlement a ajouté aux conditions devant être remplies pour permettre la poursuite d'étrangers dans notre pays le critère du «lien étroit» avec la Suisse²⁹⁶.

Comme les dispositions de la législation pénale militaire proposée dans le projet ci-joint ne s'appliquent en temps de paix qu'aux militaires suisses, cette modification reste sans effets tant que la Suisse ne se trouve pas elle-même en guerre²⁹⁷.

Selon le nouvel al. 1^{quater}, la juridiction militaire est en outre compétente dans tous les cas où un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre est commis à l'étranger contre un militaire de l'armée suisse, si l'auteur se trouve en Suisse ou y a été extradé pour cet acte et qu'il ne peut être ni extradé ni remis à un tribunal pénal international.

²⁹⁵ FF 2003 7509; voir le message, FF 2003 693 733 ss.

²⁹⁶ Pour plus de détails, voir le ch. 1.3.2.4 relatant les débats et les raisons qui ont conduit à l'abandon de la condition du «lien étroit».

²⁹⁷ Tous les autres cas relèvent de la juridiction civile (cf. ch. 1.3.3.3). Les conditions à remplir pour fonder la compétence sont les mêmes que celles exigées par le CPM (cf. ch. 2.1.6.3).

2.2.3 Art. 20, al. 2, P-CPM (Acte commis sur ordre d'autrui)

L'art. 20, al. 2, CPM en vigueur fait de l'ordre d'un chef ou d'un supérieur un motif d'exclusion de la responsabilité. Il faut toutefois l'adapter afin d'en faire le pendant de l'art. 264/ P-CP²⁹⁸, notamment en assimilant aux ordres militaires les instructions liant l'auteur d'une manière similaire.

2.2.4 Art. 59 P-CPM (Imprescriptibilité)

Quant au fond, les modifications de l'art. 59 P-CPM sont identiques à celles qui ont été apportées à l'art. 101 CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ces dernières²⁹⁹.

2.2.5 Génocide et crimes contre l'humanité

2.2.5.1 Art. 108 P-CPM (Génocide)

Quant au fond, l'art. 108 P-CPM est identique à l'art. 264 P-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 CP³⁰⁰. Pour ce qui est des actes relevant du génocide et de l'intention de l'auteur, nous renvoyons aux chapitres consacrés à ces questions d'une part dans le message relatif à l'adhésion à la convention sur le génocide, d'autre part dans le message relatif au Statut de Rome³⁰¹. En temps de paix, les militaires de l'armée suisse inculpés de génocide sont soumis au CPM, 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 ou en temps de guerre, nous renvoyons au commentaire de l'art. 3, ch. 9, de l'art. 10, al. 1^{bis}, et de l'art. 5, ch. 1 et 5, P-CPM³⁰².

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

Quant au fond, l'art. 109 P-CPM est identique à l'art. 264a. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³⁰³.

²⁹⁸ Cf. le ch. 2.1.6.2

²⁹⁹ Cf. le ch. 2.1.1

³⁰⁰ Cf. le ch. 2.1.4.1

³⁰¹ 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.; message relatif au Statut de Rome, FF **2001** 464 ss.

³⁰² Cf. le ch. 2.2.1

³⁰³ Cf. le ch. 2.1.4.2

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

Quant au fond, les art. 110 à 114 P-CPM sont identiques aux art. 264*b* à 264*j* P-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ces derniers³⁰⁴. Les violations du droit international humanitaire de moindre gravité visées à l'art. 114 P-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 moindre gravité dans ce contexte. En vertu des normes pénales classiques, il est probable qu'un tel acte serait traité comme une simple contravention³⁰⁵.

Sur le plan rédactionnel, les nouvelles normes occupent les art. 110 à 114 du projet. Le contenu des art. 110 à 114 et 140 actuels leur a été incorporé³⁰⁶. De ce fait, l'art. 140 peut être abrogé, sur un plan purement formel. Quant à l'art. 139, non seulement sa formulation a été adaptée à celle de l'art. 112*c*, al. 1, let. c, P-CPM, mais la clause établissant la responsabilité du supérieur, maintenant couverte par l'art. 114*a*, a été supprimée. La partie de la disposition relative au pillage en service actif a toutefois été maintenue.

2.2.7 **Dispositions communes aux chapitres 6 et 6^{bis}**

2.2.7.1 **Art. 114*a* P-CPM (Punissabilité du supérieur)**

Quant au fond, l'art. 114*a* P-CPM est identique à l'art. 264*k* P-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³⁰⁷. Relevons qu'en application des règles générales de répartition des compétences entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire³⁰⁸, les supérieurs civils suisses et les supérieurs civils et militaires n'ayant pas la nationalité suisse ne peuvent être poursuivis et jugés par les autorités pénales militaires qu'en temps de guerre.

2.2.7.2 **Art. 114*b* P-CPM (Exclusion de l'immunité relative)**

Quant au fond, l'art. 114*b* P-CPM est identique à l'art. 264*n* P-CP, à l'exception de la référence au CP (ou, une fois qu'il sera entré en vigueur, au CPP)³⁰⁹. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier.

³⁰⁴ Cf. le ch. 2.1.5

³⁰⁵ Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St-Gall 1992, art. 109, p. 562 n. 45.

³⁰⁶ L'art. 110 CPM devient l'art. 112*c*, al. 1, let. g, P-CPM; l'art. 111 CPM devient l'art. 112, al. 1, let. e, P-CPM; l'art. 112 CPM devient l'art. 112*c*, al. 1, let. d et e, P-CPM; l'art. 113 CPM devient l'art. 113, al. 1, let. a, P-CPM; l'art. 114 CPM devient l'art. 113, al. 1, let. b, P-CPM; l'art. 140 CPM devient l'art. 112*c*, al. 1, let. e, P-CPM.

³⁰⁷ Cf. le ch. 2.1.6.1

³⁰⁸ Cf. le ch. 1.3.3.3

³⁰⁹ Let. a de l'art. 264*n* CP

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

Quant au fond, les éléments nouveaux introduits dans l'art. 171a, al. 1^{bis}, P-CPM sont identiques à ceux de l'art. 259, al. 1^{bis}, P-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³¹⁰.

2.2.9 Art. 171b, al. 1, P-CPM (Actes préparatoires délictueux)

Quant au fond, les éléments nouveaux introduits dans l'art. 171b, al. 1, P-CPM sont identiques à ceux de l'art. 260^{bis}, al. 1, P-CP. Nous renvoyons donc au commentaire de ce dernier³¹¹.

2.2.10 Art. 221a, al. 1 et 2, P-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 une même procédure pour crimes de guerre, même si certains des participants ne sont en principe pas soumis au droit pénal militaire. Comme le projet prévoit d'inscrire le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre dans le CP et dans le CPM et limite la compétence de la juridiction militaire aux militaires de l'armée suisse³¹², cette disposition doit être adaptée. Le nouvel art. 221a, al. 1, donne au Conseil fédéral la possibilité d'ordonner une jonction des procédures sur proposition de l'auditeur en chef ou du procureur général de la Confédération et d'assujettir toutes les personnes impliquées 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 et que les faits sont liés (al. 2).

2.2.11 Art. 221a, al. 3, P-CPM (Tribunaux compétents pour juger les infractions relevant en partie du CPM, et en partie du CP)

En adoptant la loi fédérale du 24 mars 2000 concernant la modification du code pénal, du code pénal militaire et de la procédure pénale fédérale³¹³, le législateur a décidé de confier la poursuite et le jugement des actes de génocide à la juridiction ordinaire (cf. art. 221, al. 2, CPM) lorsque 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 du génocide, des

³¹⁰ Cf. le ch. 2.1.2

³¹¹ Cf. le ch. 2.1.3

³¹² Pour plus de détails, cf. le ch. 1.3.3.3

³¹³ FF 2000 2067

crimes contre l'humanité et des crimes de guerre prévue dans le contexte de la deuxième étape de la mise en œuvre du Statut de Rome. Selon la solution prévue ici, les compétences ne sont plus réparties en fonction de la nature de l'infraction, mais en fonction du statut de l'auteur; par ailleurs, la compétence des autorités judiciaires militaires est limitée aux militaires de l'armée suisse en temps de paix³¹⁴, alors qu'elle est générale en temps de guerre³¹⁵. La disposition nécessaire sera donc insérée dans l'al. 3 de l'art. 221a CPM³¹⁶.

2.3 Modification d'autres lois

2.3.1 Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale

Il n'est pas exclu que des conflits de compétence apparaissent entre la Confédération et les cantons: un canton pourrait s'estimer compétent pour ouvrir une procédure pénale pour assassinat, 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, procédure qui relève de la Confédération. Etant donné que, selon l'art. 28, al. 1, let. g, de la loi sur le Tribunal pénal fédéral³¹⁷, c'est la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral qui tranche les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons, il faut compléter en ce sens l'art. 260 PPF. A l'entrée en vigueur du CPP, cet article sera remplacé par l'art. 28 CPP, sans qu'il soit nécessaire d'adapter ce dernier.

Si un conflit de compétence oppose les autorités pénales militaires aux autorités pénales ordinaires, le droit en vigueur (art. 223 CPM) prévoit déjà que c'est le Tribunal pénal fédéral qui tranche.

2.3.2 Modification de la loi sur l'entraide pénale internationale

Il est des crimes dont la gravité est telle que leurs auteurs ne doivent pas pouvoir profiter du statut privilégié réservé aux infractions politiques par la législation sur l'entraide judiciaire en matière pénale³¹⁸. La qualité d'acte politique leur est déniée d'emblée. En Suisse, l'allégation selon laquelle l'acte revêt un caractère politique est

³¹⁴ Les tribunaux militaires seront également compétents dans les cas où un militaire de l'armée suisse est victime d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre à l'étranger (cf. l'art. 10, al. 1^{er}, P-CPM).

³¹⁵ Pour les raisons de ce choix, cf. le ch. 1.3.3.

³¹⁶ Comme les al. 2 et 3 de l'art. 221a P-CPM concrétisent l'art. 221 et permettent de trancher de manière définitive la question de l'attribution de la compétence à la juridiction militaire ou à la juridiction ordinaire, le Conseil fédéral (ou l'auditeur en chef, conformément à l'art. 46, al. 2, OJPM) n'a plus le pouvoir de décider de l'attribution de la compétence en cas de génocide, de crime contre l'humanité ou de crime de guerre. Ce choix s'inscrit dans la logique qui présidait à la modification de l'art. 221, al. 2, CPM (génocide) dans la loi fédérale du 24 mars 2000.

³¹⁷ LTPF, RS 173.71

³¹⁸ 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 sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1).

irrecevable lorsqu'il s'agit d'un génocide, de l'oppression d'un groupe de population en raison de sa nationalité, de sa race, de sa confession ou de son appartenance ethnique, sociale ou politique, de certains crimes de guerre et de certains actes terroristes graves (art. 3, al. 2, EIMP).

Il n'y a pas lieu, en définitive, de restreindre le champ d'application de cette disposition à ces crimes. En y ajoutant d'autres infractions gravissimes, on affichera non seulement clairement la position de la Suisse face à ces actes abominables, mais on renforcera aussi la portée de l'EIMP. C'est en effet toujours aux Etats qu'incombera la responsabilité première de poursuivre les crimes en question³¹⁹. Cela signifie que, sauf accord bilatéral, l'EIMP s'appliquera en priorité à toutes les demandes d'entraide judiciaire qui seront présentées à la Suisse.

Il est donc prévu de remplacer l'oppression d'un groupe de population par les crimes contre l'humanité énumérés à l'art. 264a (let. b)³²⁰. On a aussi formulé la disposition relative aux crimes de guerre de manière plus générale qu'elle ne l'est aujourd'hui, ce qui permettra d'y inclure, en plus des infractions aux conventions de Genève et à leurs protocoles additionnels, toutes les violations graves du droit des gens en cas de conflit armé (let. c)³²¹.

2.3.3 Modification de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication³²² et de la loi fédérale sur l'investigation secrète (adaptation de la liste des infractions)³²³

La loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) contient, à son art. 3, al. 2, let. a et b, la liste des 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) énumère pour quelles infractions pénales une investigation secrète peut être ordonnée.

A l'heure actuelle, on trouve dans ces listes le génocide (art. 264 CP)³²⁴ et les crimes de guerre (art. 108 à 113 CPM). Nous proposons 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.

³¹⁹ Cf. le préambule et l'art. 1 du Statut de Rome (RS **0,312.1**).

³²⁰ L'art. 3, al. 2, let. a, EIMP dénie tout caractère politique non seulement à l'extermination mais aussi à l'oppression d'un groupe de population (l'oppression étant assimilée à l'esclavage). Il ne vise donc qu'une partie des crimes contre l'humanité.

³²¹ On tiendra ainsi compte des conventions de la Haye, mais aussi de toutes les nouvelles conventions qui seront signées dans le domaine des méthodes de conduite de la guerre et de l'utilisation d'armes prohibées. Pour plus de détails, cf. le message relatif au Statut de Rome, FF **2001** 359 483 ss. Voir aussi, dans ce contexte, les dispositions du P-CP (nouveau titre 12^{er}) et du P-CPM (chapitre 6^{bis}).

³²² LSCPT, RS **780.1**

³²³ LFIS, RS **312.8**. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

³²⁴ Depuis la modification de la LSCPT du 21 mars 2003, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003.

3

Conséquences

3.1

Conséquences pour la Confédération en matière de finances et de personnel

On ne peut pas exclure qu'une personne ayant commis à l'étranger un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre séjourne en Suisse. Il est aussi pensable qu'un civil de nationalité suisse soit victime d'un tel crime à l'étranger. Selon le projet de loi, c'est la juridiction civile qui sera compétente pour les poursuivre et les juger. Il faudra cependant non seulement que l'auteur soit présent en Suisse, mais aussi qu'il soit impossible de l'extrader ou de le remettre à un tribunal pénal international. Compte tenu du caractère restrictif de ces conditions et vu l'importance croissante de la CPI, il est difficile de savoir si les autorités fédérales seront amenées un jour à engager des poursuites et, le cas échéant, d'en estimer le nombre et les conséquences financières. Jusqu'à présent, hormis le cas du ressortissant rwandais F. N.³²⁵, la Suisse n'a pas eu à mener des enquêtes ou des procédures judiciaires de grande envergure en rapport avec ce genre de crimes.

Les observations faites jusqu'ici sur le plan national et international ont montré que les enquêtes et les instructions relatives aux crimes de guerre pouvaient être longues, complexes et coûteuses. Comme le soutien des autorités étrangères est souvent insuffisant, voire inexistant, parce qu'elles ont été désorganisées ou même anéanties 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 fédérale ont obtenu dans le contexte du «projet d'efficacité»³²⁶ est suffisant pour mener simultanément une ou deux procédures d'investigation d'une certaine ampleur pour génocide³²⁷, crime contre l'humanité ou crime de guerre, mais leurs ressources ne suffiraient pas si le nombre de procédures devait s'avérer plus élevé.

Le projet ci-joint n'aurait donc des conséquences sensibles en matière de finances et de personnel que si le nombre des enquêtes (à l'étranger) et des procédures judiciaires (en Suisse) augmentait de manière significative. Comme le montant des frais supplémentaires que provoquerait une procédure est difficilement prévisible à l'heure actuelle, le Conseil fédéral ne demandera la création de nouveaux postes que si le besoin en est prouvé³²⁸.

³²⁵ 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.

³²⁶ Modification du code pénal 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 1^{er} janvier 2002.

³²⁷ La poursuite et le jugement en matière de génocide relèvent des autorités fédérales depuis le 15 décembre 2000.

³²⁸ Dans le cas où de nouveaux postes seraient effectivement créés, il faudrait tout de même prévoir un certain délai pour que la mesure puisse être concrétisée et un nombre suffisant d'enquêteurs spécialisés affectés à un cas particulier.

Pour ce qui est de la juridiction pénale militaire, il est prévu que les tribunaux militaires suisses se chargent de toutes les affaires dans lesquelles des militaires de l'armée suisse ont été auteurs ou victimes d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre. Ce genre de procédures devrait cependant demeurer assez rare, de sorte que les coûts et le travail qu'elles provoqueront ne devraient vraisemblablement pas excéder les moyens disponibles dans le cadre des jours de service soldés. Le projet de loi prévoit qu'en temps de guerre, les tribunaux militaires seront aussi compétents pour poursuivre et juger les civils et les militaires étrangers³²⁹. Comme le risque d'une menace militaire contre la Suisse est faible³³⁰, cette disposition n'aura pas de conséquences financières dans un avenir prévisible. La juridiction militaire ne risque donc guère d'être submergée par les procédures pour génocide, pour crimes contre l'humanité ou pour crimes de guerre.

Le projet ne supposerait pour la Suisse un investissement considérable en ressources financières et humaines que si le nombre de cas impliquant la *protection de témoins dans le cadre d'une procédure* s'accroissait nettement. Comme l'a montré l'affaire du ressortissant rwandais F. N., les mesures destinées à assurer la protection des témoins et des victimes peuvent se révéler très coûteuses. Toutefois, compte tenu du nombre restreint de cas enregistrés à ce jour, on ne peut pas pour l'instant tabler sur une augmentation massive des coûts³³¹. L'administration examine actuellement l'opportunité de créer des mesures de *protection des témoins en dehors de la procédure* dans la foulée du rapport du Conseil fédéral du 9 juin 2006 «Lutter plus efficacement contre le terrorisme et le crime organisé», mais il n'est pas possible, à ce stade, de donner des indications sur la réalisation ou sur les coûts du projet.

En résumé, on peut admettre que le projet ci-joint n'aura pas de conséquences pour la Confédération en termes de finances ou de personnel. Il est peu vraisemblable que les procédures et les investigations se multiplient en Suisse, et ce risque devrait décroître à mesure que la CPI tend vers l'universalité. Si des ressources supplémentaires s'avèrent nécessaires, le Conseil fédéral fera une proposition à part.

3.2 Conséquences économiques

La mise en œuvre du Statut de Rome ne devrait pas avoir de conséquences économiques.

³²⁹ Pour plus de détails, voir le ch. 1.3.3.3.

³³⁰ Cf. le rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 7 juin 1999 sur la politique de sécurité de la Suisse (RAPOLSEC 2000; FF 1999 6903).

³³¹ Selon l'art. 98a de la loi sur l'asile (RS 142.31), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, l'Office fédéral des migrations ou le Tribunal administratif fédéral transmet aux autorités de poursuite pénale compétentes les informations et les moyens de preuve concernant le requérant fortement 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 en pratiquant la torture. Il n'est pas possible de prédire à ce jour le coût de cette mesure pour les autorités.

3.3 Conséquences en matière informatique

Le projet présenté ici ne devrait pas avoir de 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 leurs tâches de poursuite et de jugement en la matière.

3.4 Conséquences pour les cantons

Le projet présenté ici ne devrait guère avoir de conséquences au niveau cantonal: à l'heure actuelle, la poursuite pénale du crime de génocide relève de la Confédération et les crimes de guerre sont du ressort des tribunaux militaires. Le projet ne provoquera qu'un transfert horizontal entre juridiction ordinaire (fédérale) et juridiction militaire. Il est très probable, au contraire, que la nouvelle compétence des autorités fédérales en matière de poursuite pénale et de jugement des crimes contre l'humanité aura pour effet de décharger les cantons, d'autant plus que la délégation d'affaires aux cantons ne sera pas possible en vertu de la réglementation prévue.

4 Rapport avec le programme de la législature

Le projet présenté ici a été annoncé dans le message sur le programme de la législature 2007 à 2011³³². Il figure également dans les Objectifs 2008 du Conseil fédéral, parmi les principaux objets parlementaires³³³.

5 Aspects juridiques

5.1 Rapport avec le droit européen

5.1.1 Union européenne

La mise en œuvre du Statut de Rome ne pose pas de problème de conformité avec le droit de l'Union européenne (UE). Les Etats membres de l'Union ont presque 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 génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est un domaine dans lequel ils collaborent étroitement³³⁴. Ils ont d'ailleurs créé un réseau d'information à cet effet³³⁵. Les infractions relevant de la compétence de la CPI font partie de la liste de celles auxquelles s'applique la procédure d'extradition simplifiée reposant sur le

³³² FF 2008 710

³³³ Décision du Conseil fédéral du 14 novembre 2007. Les Objectifs du Conseil fédéral peuvent être téléchargés à l'adresse suivante:
<http://www.bk.admin.ch/dokumentation/publikationen/00290/00928/index.html?lang=fr>.

³³⁴ Cf. la 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 du 14.5.2003, p. 12.

³³⁵ Cf. la décision 2002/494/JAI 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 26.6.2002, p. 1 s.

mandat d'arrêt européen³³⁶. Dans une position commune du 16 juin 2003, l'UE a en outre exprimé son soutien et son engagement en faveur d'une CPI forte et efficace³³⁷. Le 4 février 2004, l'Union européenne a adopté un plan d'action à ce sujet³³⁸. Elle y invite les Etats membres à transposer au plus vite les principes du Statut de Rome dans leur législation nationale. Le 10 avril 2006, l'UE et la CPI ont conclu un accord de coopération et d'assistance³³⁹.

5.1.2 Conseil de l'Europe

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. Il s'efforce aussi de fortifier la position de la CPI et invite les Etats à contribuer à l'intégrité de son Statut.

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, ainsi que 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 d'une part de coopérer avec la CPI et d'autre part de mener des procédures pénales internes contre les personnes soupçonnées d'avoir commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre³⁴⁰. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a elle aussi insisté, dans plusieurs de ses résolutions, sur la nécessité d'ajuster les législations nationales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome. 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'occasion³⁴¹.

³³⁶ Cf. l'art. 2, al. 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1.

³³⁷ Position commune 2003/444/PESC du Conseil du 16 juin 2003 concernant la Cour pénale internationale, JO L 150 du 18.6.2003, p. 67 s.

³³⁸ Plan d'action du 4 février 2004 donnant suite à la position commune concernant la Cour pénale internationale, Doc. 5742/04.

³³⁹ Décision 2006/313/PESC du Conseil du 10 avril 2006, JO L 115 du 28.4.2006, p. 49.

³⁴⁰ Voir aussi la déclaration du Comité des Ministres sur la Cour pénale internationale, adoptée le 10 octobre 2001.

³⁴¹ 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.

5.2

Constitutionnalité

En vertu de l'art. 123, al. 1, de la Constitution (Cst.), la législation en matière de droit pénal relève de la compétence de la Confédération. Le projet ci-joint de modification du CP et du CPM, faisant suite à l'adhésion de la Suisse au Statut de Rome de la CPI, est conforme à la Cst. 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 pénale internationale 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 relèvent de la compétence de la Confédération.

Répartition des compétences entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire

Annexe

	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)	264, 336, al. 2, CP	–	3, al. 1, ch. 9, 108 à 114 CPM	264, 336, al. 2, CP	–	3, al. 1, ch. 9, 108 à 114 CPM
	264, 336, al. 2, CP	264a, 336, al. 2, CP	titre 12 ^{ter} , 336, al. 2, CP	5, ch. 1, let. d, 10, al. 1 ^{bis} , 108 CPM	5, ch. 1, let. d, 10, al. 1 ^{bis} , 109 CPM	5, ch. 1, let. d, 10, al. 1 ^{bis} , chap. 6 ^{bis} CPM
militaires (Suisse)	3, 7, 219 CPM, 264, 336, al. 2, CP	–	3, 108 à 114 CPM	3, 7, 219 CPM, 264, 336, al. 2, CP	–	3, 108 à 114 CPM
	3, 108 CPM	3, 109 CPM	3, chap. 6 ^{bis} CPM	3, 108 CPM	3, 109 CPM	3, chap. 6 ^{bis} CPM
militaires (étrangers)	264, 336, al. 2, CP	–	3, al. 1, ch. 9, 108 à 114 CPM	264, 336, al. 2, CP	–	3, al. 1, ch. 9, 108 à 114 CPM
	264, 336, al. 2, CP	264a, 336, al. 2, CP	titre 12 ^{ter} , 336, al. 2, CP	5, ch. 5; 10, al. 1 ^{bis} , 108 CPM	5, ch. 5; 10, al. 1 ^{bis} , 109 CPM	5, ch. 5; 10, al. 1 ^{bis} , chap. 6 ^{bis} CPM
militaires suisses victimes d'un crime à l'étranger	264, 336, al. 2, CP	–	3, al. 1, ch. 9, 108 à 114 CPM	264, 336, al. 2, CP	–	3, al. 1, ch. 9, 108 à 114 CPM
	3, al. 1, ch. 9; 10, al. 1 ^{er} , 108 CPM	3, al. 1, ch. 9; 10, al. 1 ^{er} , 109 CPM	3, al. 1, ch. 9; 10, al. 1 ^{er} , chap. 6 ^{bis} CPM	5, ch. 1, let. d, ou ch. 5; 10, al. 1 ^{er} , 108 CPM	5, ch. 1, let. d, ou ch. 5; 10, al. 1 ^{er} , 109 CPM	5, ch. 1, let. d, ou ch. 5; 10, al. 1 ^{er} , chap. 6 ^{bis} CPM

juridiction civile/ordinaire de la Confédération

juridiction militaire

