

FEDERATION SUISSE DES AVOCATS

PRISE DE POSITION

sur

l'avant-projet de

LOI FEDERALE SUR LA MISE EN ŒUVRE DU STATUT DE ROME **DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE**

La Fédération Suisse des Avocats a pris connaissance du 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. La FSA approuve, dans ses grandes lignes, ce projet qui constitue la suite logique de la ratification du Statut de Rome. Elle relève la qualité du rapport de présentation élaboré par l'Office fédéral de la justice.

La FSA n'entend pas s'exprimer de manière détaillée sur chaque article du projet mais formuler des remarques d'ordre général, qu'elle étayera au besoin sur des dispositions particulières.

1. Loi spéciale ou incorporation dans le code pénal

En règle générale, les infractions pénales sont définies essentiellement par leur élément matériel ou objectif, qui permet de cerner l'acte punissable. Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre couvrent une multiplicité d'actes qui peuvent être très différents et sont réunis par un dessein commun (génocide), des circonstances extérieures (conflit armé pour les crimes de guerre), ou une opération dans le cadre de laquelle ils s'inscrivent (attaque généralisée ou systématique dans les crimes contre l'humanité). Ils font souvent double emploi avec des incriminations existantes. Ils sont soumis à des dispositions générales particulières (imprescriptibilité, responsabilité des

supérieurs, actes commis sur ordre). La solution de les grouper dans une loi spéciale apparaît donc défendable. Mais on n'évite pas alors les renvois à la partie générale du code pénal. La solution qui consiste à les intégrer dans ce code n'est donc pas moins défendable, sauf à tenir compte de la spécificité de ces infractions. L'option retenue dans le projet échappe à la critique.

2. Renvoi ou incorporation expresse

La FSA approuve le choix qui a été fait d'abandonner la solution du renvoi (actuel art. 109 CPM) au profit d'une formulation expresse des incriminations. Ce pour deux motifs :

- ✓ Le simple renvoi au droit international, surtout lorsqu'il relève de la coutume, ne satisfait pas à l'exigence de la légalité, qui revêt une importance particulière en droit pénal. On renvoie à cet égard à ce qui est exposé dans le Rapport (ch. 1.3.1.4.1, p. 32s.).
- ✓ Il appartient à l'Assemblée fédérale (art. 163 et 164 Cst) d'adopter les lois qui servent de base à la restriction de droits fondamentaux (art. 36 Cst), notamment dans le domaine pénal (art. 123 Cst). Un simple renvoi à un droit international par nature évolutif reviendrait à un abandon de souveraineté. Le législateur suisse doit conserver le contrôle de ce qu'il entend ou non incriminer.

Le projet ne va toutefois pas jusqu'au bout de sa logique, puisqu'à l'article 264 undecies il prévoit un renvoi général au droit international; qui plus est à un droit encore inexistant et qui pourrait même naître sous forme de coutume. On incrimine des actes dont on ignore encore tout et l'on fixe un cadre pénal pour des comportements dont on ne peut, en l'état, se faire aucune représentation. On renonce à s'assurer qu'une telle incrimination soit compatible avec l'ordre juridique suisse et les valeurs qui le sous-tendent. On accepte, par référence au droit coutumier, de réprimer des actes pour lesquels la prévisibilité de la sanction n'est pas donnée. L'article 264 undecies du projet doit être supprimé purement et simplement. Si des adaptations du code pénal sont nécessaires,

l'Assemblée fédérale peut y procéder et l'on rappelle que les révisions partielles du code sont devenues presque annuelles.

3. Champ d'application dans l'espace

La FSA propose d'abandonner, à l'article 264 quaterdecies, l'exigence d'un lien étroit avec la Suisse.

- ✓ Toute référence à la loi belge de 1993/1999 serait dénuée de pertinence puisque cette loi ne subordonnait pas la poursuite à la présence de l'auteur présumé sur le territoire du Royaume de Belgique. La loi suisse ne s'appliquant que si l'auteur se trouve sur le territoire de la Confédération, il n'y a pas de risque de procès par défaut, qui ne contribueraient qu'à la dégradation des relations diplomatiques et sans aucun profit pour la répression des actes les plus graves.
- ✓ Le critère retenu pour l'applicabilité du droit suisse est une notion juridique indéterminée, laquelle est par essence sujette à discussion. C'est ainsi que l'on peut d'ores et déjà contester certains exemples cités dans le Rapport (p. 44), notamment le fait que l'auteur présumé ait un enfant placé en pension en Suisse. On se demande au surplus pourquoi le lien étroit avec la Suisse devrait exister avec la personne de l'auteur et non avec l'acte reproché.
- ✓ Les incriminations qui doivent être introduites dans le code pénal font largement double emploi avec des infractions déjà réprimées par le droit suisse. Leur utilité première est de soumettre les actes en cause à des dispositions spéciales en matière de prescription et de souveraineté, par application du principe d'universalité. L'un des buts serait manqué si une personne se trouvant en Suisse et gravement soupçonnée d'un des crimes les plus odieux, soit ne pouvait y être arrêtée, soit devait être relâchée en l'absence d'une extradition. La Suisse doit, dans les limites de son territoire, contribuer à la répression de crimes majeurs, et, indirectement, limiter la liberté de déplacement de leurs auteurs présumés.

- ✓ Les procédures pour génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre sont longues, complexes et donc onéreuses. Par la détention préventive dont elles s'accompagnent, elles portent une atteinte grave aux droits des auteurs présumés et, corollairement, peuvent entraîner le paiement d'indemnités conséquentes. L'exigence d'un lien étroit ne constitue toutefois pas l'instrument adéquat pour prévenir des poursuites inutiles ou injustifiées. L'accent doit être mis sur le sérieux et la gravité des soupçons fondant l'ouverture d'une action pénale dans ce type d'affaires. Le principe de l'opportunité des poursuites permet également de couper court à des démarches que peuvent motiver moins le souci de la justice que des considérations partisans.

Pour le surplus, la FSA peut se rallier aux motifs invoqués dans le Rapport (ch. 1.3.2.3.3, 1.3.2.4, p. 42ss) pour l'abandon de l'exigence du lien étroit.

4. Champ d'application dans le temps

La FSA relève avec satisfaction que le projet ne prévoit pas d'exception au principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

5. Juridiction fédérale et juridiction cantonale; tribunaux militaires et juridictions de droit commun

La FSA approuve sans réserve les solutions du projet.

6. Libellé des incriminations

- 6.1. Le projet opte à juste titre non pour un renvoi au droit international mais pour l'incorporation expresse, dans le droit interne, des infractions que la Suisse s'est engagée à réprimer. Les auteurs ont choisi de ne pas s'arrêter aux formulations retenues dans le droit international, spécialement dans le Statut de Rome; ils ont cherché à traduire, dans des termes du droit suisse, les incriminations définies dans les traités; ils ont profité de cet exercice pour

raboter à quelques endroits et surtout pour étendre le champ de la punissabilité. La FSA ne peut approuver cette méthode.

- ✓ Comme on l'a déjà vu, les incriminations à incorporer dans le code pénal procèdent d'une technique législative différente de celle du droit pénal classique. La divergence existe et il est vain de vouloir la combler. Les textes du droit international sont tout à fait compréhensibles par le citoyen et les juristes, chargés de les appliquer, seront parfaitement conscients de ce que leur interprétation doit se faire de façon autonome, sans s'arrêter à certains concepts du droit interne. Aucune nécessité pratique ou logique ne commande donc, a priori, une reformulation.
- ✓ On part de l'idée – et l'on espère – qu'une application des nouvelles incriminations sur la base des points de rattachement ordinaires (lieu de commission, nationalité de l'auteur, nationalité de la victime) demeurera l'exception. Outre l'imprescriptibilité, les nouvelles incriminations ont pour but d'élargir, selon le principe de l'universalité, les limites de la juridiction nationale. La modification proposée, tout comme la ratification du Statut de Rome, représente une contribution de la Suisse à l'effort mondial de répression de certains crimes particulièrement odieux. En la matière, la Suisse n'a pas à dire le droit ou éclairer l'humanité. Elle doit simplement collaborer à l'œuvre collective et jouer sa partition dans le concert des nations. Son souci de bien faire doit se traduire non dans la définition du droit, mais dans la qualité et l'ampleur des moyens qu'elle consacrera à son application.
- ✓ Concrètement, la conduite de procédures en Suisse devra s'appuyer sur le matériau probatoire qui aura été réuni par les juridictions pénales internationales, essentiellement la CPI, à l'occasion des procès dirigés contre les principaux auteurs des actes les plus graves. On voit mal comment les autorités suisses pourraient toutes seules diligenter des enquêtes portant sur des ensembles de fait non instruits par les juridictions internationales, parce que non réprimés dans leurs statuts respectifs.

La FSA propose dès lors de reprendre telle quelle la formulation des incriminations du Statut de Rome, éventuellement d'autres traités; des exceptions à cette transcription littérale ne sont justifiées que si l'extension ou la restriction, dans le droit international, de l'incrimination, apparaissent inadmissibles parce que contraires aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse. Les évolutions du droit international conduiront, sous la même réserve, à des adaptations du code pénal.

6.2. A titre d'exemples, la FSA relève ci-dessous quelques solutions inadéquates liées au fait que l'on s'est écarté du Statut de Rome sans nécessité démontrée :

6.2.1. Selon le Statut de Rome, l'incitation directe et publique au génocide est une forme de commission de crime (art. 25 al. 2 lit. e). Le projet incorpore cet élément à l'art. 259 CP mais, ce faisant, il modifie le cadre pénal par rapport au génocide et abandonne le principe de l'universalité. Si, comme le propose le Rapport (ch. 2.1.2., p. 63), on applique l'art. 264 CP pour le génocide commis à l'étranger, la provocation étant assimilée à une participation, on aboutit au paradoxe suivant : l'infraction sera privilégiée et l'auteur moins sévèrement puni si le génocide devait être commis en Suisse. A moins que l'art. 264 n'absorbe l'art. 259, dont l'extension serait alors inutile.

6.2.2. Dans le Statut de Rome, le crime de génocide doit viser un groupe humain "comme tel"; cette précision, abandonnée dans le projet, n'est pas sans intérêt dans la distinction entre le génocide et de simples infractions multiples. Le groupe visé doit, dans le Statut, être défini par un élément "national", "ethnique", "racial" ou "religieux". Le projet étend le génocide aux groupes sociaux et politiques. Cette extension ne s'impose pas et fait perdre au crime de génocide ce qui fait sa spécificité. Les actes les plus graves dirigés contre un groupe social ou politique comme tel tomberont généralement sous le coup des crimes contre l'humanité; ils s'inscriront en effet dans le cadre d'une attaque générale ou systématique contre la population civile ou une partie de cette population.

Le projet étend, d'une manière indéterminée et susceptible de conduire à des résultats imprévisibles, le crime de génocide aux actes commis contre tout groupe humain "défini comme tel". Pratiquement, on abandonne à l'esprit déréglé du criminel la définition du champ d'application de la norme. A trop vouloir étendre l'incrimination, on finira par la diluer et mettre en question la nécessité d'une répression spécifique de cette infraction, au-delà de la répression déjà prévue pour chacune des formes qu'elle peut prendre. Quoi qu'il en soit, l'extension proposée ne se concilie pas avec l'exigence d'une description suffisante de l'acte réprimé et de la prévisibilité dans l'application de la norme.

- 6.2.3. La persécution, dont la définition est extensive (art. 7 al. 2 lettre g du Statut) n'est réprimée dans le Statut que si elle est commise en corrélation avec un autre acte constitutif de crime contre l'humanité (art. 7 al. 1^{er} lit. h Statut). On restreint ainsi le champ d'application d'une norme formulée en termes si généraux que son interprétation pourrait conduire à des résultats totalement inattendus (par exemple déni grave du droit à l'aide sociale minimum garanti par l'art. 12 Cst, ce à l'encontre des candidats ou ex-candidats à l'asile, considérés comme une partie de la population civile et objets d'une attaque généralisée ou systématique).
- 6.2.4. L'art. 264 duodecies crée une forme de participation pour le supérieur qui, volontairement, s'abstient d'empêcher un crime. L'infraction devient un délit spécifique si le supérieur agit par négligence. L'inaction dans la répression est, elle aussi, réprimée de manière spéciale. Autant que le cadre pénal (cf. infra, ch. 7) soit assoupli, on ne voit pas pour quel motif le projet ne reprendrait pas la réglementation claire et complète de l'art. 28 du Statut de Rome. La différenciation qui y est faite entre le chef militaire et le supérieur ordinaire apparaît justifiée, le premier ayant en général plus de moyens pour exercer son autorité que le second.

7. Le cadre pénal

L'art. 77 du Statut ne fixe que le maximum de la peine d'emprisonnement, soit trente ans, et non le minimum. Il précise les conditions dans lesquelles on peut prononcer une peine de réclusion à perpétuité. Cette souplesse est entièrement justifiée au vu de l'extrême diversité des actes incriminés. Il n'y a pas de commune mesure entre des meurtres et des exterminations et une arrestation arbitraire, sans violence ni torture, ou le fait de placer, en pensant agir pour leur bien, des enfants d'un groupe humain dans des institutions ou des familles.

L'étendue du cadre pénal doit être à la mesure des différences extrêmes qui peuvent exister dans la gravité objective des actes, dans l'intensité de la participation de l'auteur et dans l'importance de sa faute.

Le cadre général fixé dans le projet apparaît totalement inapproprié. Il est de la réclusion pour dix ans au moins, avec des possibilités de perpétuité et d'atténuation à cinq ans au moins; ou de cinq ans au moins avec des possibilités de perpétuité et d'atténuation à trois ans au moins. Cela signifie que, sous l'empire du droit pénal révisé en 2002, le sursis ne sera jamais possible pour le génocide, même si la gravité de l'acte particulier et de la faute est moindre, et qu'il ne pourra être que partiel dans les autres cas (nouveaux articles 42 et 43). Les auteurs du projet se voient en outre contraints de recourir à des expressions qui sont, en elles-mêmes, presque incongrues : des génocides et des crimes contre l'humanité qui seraient de "moindre gravité".

La FSA, sous réserve des dispositions où un cadre pénal inférieur est prévu, propose donc une solution simple et souple.

- ✓ La seule peine prévue serait la réclusion dans le droit actuel (1 an à 20 ans) ou la peine privative de liberté dans le futur droit (6 mois à 20 ans, art. 40).
- ✓ Comme dans le Statut, la réclusion à perpétuité pourrait être prononcée si cela est justifié par l'extrême gravité du crime et la situation personnelle de l'auteur.

Avec un tel cadre pénal, le juge pourrait aborder les situations les plus diverses, dans une double perspective de fermeté et d'équité. La souplesse de la loi permettrait également de maîtriser la question difficile des concours entre les incriminations ordinaires, correspondant aux actes particuliers énumérés dans les nouvelles dispositions, et les incriminations de génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre.

8. Questions particulières

- 8.1. L'aménagement du principe "ne bis in idem" à l'art. 264 quaterdecies al. 2 est acceptable pour une période transitoire. Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale, on pourra se référer simplement à la formule de l'art. 7 al. 4 CP.
- 8.2. A juste titre, le projet ne fait pas figurer les nouvelles incriminations dans celles qui engagent la responsabilité de l'entreprise indépendamment de la punissabilité de personnes physiques (art. 100 quater al. 2, nouvel art. 102 al. 2). La responsabilité pénale de l'entreprise, qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit pénal, doit demeurer l'exception. Elle serait déplacée pour des incriminations dans lesquelles le dessein ou l'association volontaire à une action générale constituent des éléments essentiels justifiant la répression. Seul un individu, un être humain, et non une entreprise, peut se rendre coupable de génocide, de crime contre l'humanité ou de crime de guerre.
- 8.3. On se demande pour quel motif on reformule, à l'art. 3 al. 2 lit. d du projet, l'actuel art. 3 al. 2 lit. b EIMP. Pourquoi faudrait-il désormais que la menace porte cumulativement sur la vie et l'intégrité des personnes alors que, dans le droit actuel, la menace peut porter alternativement sur l'un et l'autre biens ? Pourquoi les atteintes massives à la liberté ne sont-elles plus disqualifiantes ? Quoi qu'il en soit, ces corrections sont étrangères à l'objet du projet et, de ce seul fait, devraient être abandonnées.
- 8.4. Les procédures pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre ou génocide nécessitent d'importants moyens personnels et matériels. La protection des

victimes et témoins y joue un rôle essentiel. Ces questions de politique criminelle et de procédure peuvent être renvoyées à l'examen du projet du code de procédure pénale suisse.

Berne, le 31 janvier 2006

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Alain Bruno Lévy
Président FSA

René Rall
Secrétaire général FSA