

Projet de loi instituant un code de droit pénal international*

Le Parlement fédéral a adopté la loi suivante :

Article 1 Code de droit pénal international (CDPI)

1^{ère} partie Dispositions générales

§ 1 Domaine d'application

La présente loi est applicable à toutes les infractions au droit international qu'elle désigne et pour celles d'entre elles qui sont des crimes¹, elle s'applique même si les faits ont été commis à l'étranger et qu'ils ne présentent pas de lien avec le territoire national.

§ 2 Application du droit commun

Le droit pénal commun s'applique aux actes incriminés par la présente loi dans la mesure où celle-ci ne comporte pas de dispositions spéciales dans ses paragraphes 1 et 3 à 5.

§ 3 Actes commis en exécution d'un ordre ou d'une instruction

Quiconque commet un acte incriminé aux paragraphes 8 à 14 en exécution d'un ordre militaire ou d'une instruction revêtant un caractère réellement contraignant comparable n'est pas coupable s'il ignore l'illégalité de l'ordre ou de l'instruction et si l'illégalité n'est pas manifeste.

§ 4 Responsabilité des chefs militaires et des autres supérieurs hiérarchiques

* Les notes de bas de pages ci-après ont été ajoutées par la traductrice.

¹ Selon le paragraphe 12 du code pénal allemand, le terme « crimes » désigne en droit allemand les infractions pénales pour lesquelles une peine minimale d'un an d'emprisonnement est encourue. Les circonstances atténuantes (et aggravantes) – comme au paragraphe 8 alinéa 5, par exemple- n'entrent pas en ligne de compte. Dans le présent projet, toutes les infractions sont des crimes, à l'exception des paragraphes 13 et 14 (voir l'exposé des motifs : B. Sur le paragraphe 1 alinéa 1). En raison de difficultés techniques, il est possible que la traduction ne reflète pas toujours la distinction terminologique entre les mots « infraction » et « crime ».

- (1) Un chef militaire ou un supérieur hiérarchique civil qui omet d'empêcher son subordonné de commettre un acte incriminé par la présente loi est puni en tant qu'auteur de l'acte commis par le subordonné. Le paragraphe 13 alinéa 2 du code pénal² n'est pas applicable dans ce cas.
- (2) Quiconque exerce dans une unité un pouvoir effectif de commandement ou de direction ainsi qu'un pouvoir effectif de contrôle est assimilé à un chef militaire. Quiconque exerce dans une organisation civile ou dans une entreprise un pouvoir effectif de direction et de contrôle est assimilé à un supérieur hiérarchique civil.

§ 5 Imprescriptibilité

La poursuite des crimes³ prévus par la présente loi et l'exécution des peines prononcées pour les punir sont imprescriptibles.

² Selon le paragraphe 13 alinéa 2 du code pénal allemand, une infraction peut, à certaines conditions, être réalisée par omission. Le paragraphe 13 alinéa 2 dispose : « Celui qui omet de prévenir la survenance d'un résultat visé par une infraction pénale ne peut être puni en application de cette loi que s'il tenu de répondre juridiquement de ce que ce résultat n'aboutisse pas et si l'omission satisfait aux exigences de la réalisation de l'infraction par commission ». L'alinéa 2 prévoit la possibilité d'adoucir la peine en cas de réalisation de l'infraction par omission.

³ Voir note 1.

2^{ème} partie
Infractions de droit international

Section 1
Génocide et crimes contre l'humanité

§ 6
Génocide

(1) Quiconque, dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, racial, religieux ou ethnique en tant que tel,

1. tue un membre du groupe,
2. inflige des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale d'un membre du groupe, en particulier des atteintes telles que celles visées au paragraphe 226 du code pénal⁴,
3. soumet le groupe à des conditions de vie devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle,
4. impose des mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe,
5. procède au transfert forcé d'un enfant du groupe dans un autre groupe,

est puni de la privation de liberté à perpétuité.

(2) Dans les cas de moindre gravité de l'alinéa 1 n° 2 à 5, la privation de liberté ne peut être inférieure à cinq ans.

§ 7
Crimes contre l'humanité

(1) Quiconque, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile,

1. tue une personne,
2. soumet une population ou une partie de celle-ci, dans l'intention de la détruire en tout ou en partie, à des conditions de vie devant entraîner sa destruction physique complète ou partielle,

⁴ Le paragraphe 226 du code pénal allemand vise les blessures graves entraînant les dommages suivants : la perte de la vue d'un œil ou des deux yeux, de l'ouïe, de la capacité à parler ou à se reproduire ; la perte d'un membre important du corps ou l'incapacité définitive de s'en servir ; une défiguration grave et définitive, le fait de tomber en proie à l'infirmité, à la paralysie, à la maladie psychique ou au handicap.

3. pratique le commerce d'êtres humains, en particulier d'une femme ou d'un enfant, ou réduit d'une autre manière une personne en esclavage, s'arrogeant ainsi un droit de propriété sur celle-ci,
4. procède, en violation d'une règle générale du droit international, à la déportation ou au transfert forcé d'une personne séjournant régulièrement sur un territoire, en l'expulsant vers un autre Etat ou un autre territoire ou en employant d'autres mesures de contrainte,
5. torture une personne placée sous sa garde ou sur laquelle il exerce son contrôle de toute autre manière, en lui infligeant des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale ou des souffrances physiques ou mentales graves, dépassant les conséquences des sanctions admises par le droit international,
6. abuse sexuellement d'une autre personne ou la viole, la contraint à la prostitution, lui ôte sa capacité de reproduction ou maintient en détention une femme rendue enceinte par la force dans l'intention d'influencer la composition ethnique d'une population,
7. provoque la disparition forcée d'une personne dans l'intention de la soustraire à la protection de la loi pour une durée prolongée
 - a. en l'enlevant ou en la privant gravement de sa liberté physique sur l'ordre ou avec le consentement d'un Etat ou d'une organisation politique, sans qu'il ne soit fourni par la suite, immédiatement après qu'il en a été fait la demande, de renseignements conformes à la vérité sur son sort ni sur l'endroit où elle se trouve, ou
 - b. en refusant, sur l'ordre ou avec le consentement d'un Etat ou d'une organisation politique ou en violation d'une obligation juridique, de fournir immédiatement des renseignements sur le sort et sur l'endroit où se trouve une personne privée de sa liberté dans les conditions indiquées sous la lettre a ou donne de faux renseignements,
8. inflige à une autre personne des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, en particulier des atteintes telles que celles visées au paragraphe 226 du code pénal⁵,
9. prive gravement une personne de sa liberté physique en violation d'une règle générale du droit international,
10. persécute un groupe ou une communauté identifiable en le / la privant du bénéfice des droits fondamentaux de l'Homme ou en restreignant largement l'application de ces derniers pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux, sexiste ou pour d'autres critères reconnus comme inadmissibles par les règles générales du droit international,

est puni de la privation de liberté à perpétuité dans les cas des n° 1 et 2, de la privation de liberté pendant au moins cinq ans dans les cas des n° 3 à 7 et de la privation de liberté pendant au moins trois ans dans les cas des n° 8 à 10.

(2) Dans les cas de moindre gravité indiqués à l'alinéa 1 n° 2, la peine encourue est la privation de liberté pendant au moins cinq ans, dans les cas de moindre gravité de l'alinéa

⁵ Voir note 3.

1 n° 3 à 7, la privation de liberté pendant au moins deux ans et dans les cas de moindre gravité de l'alinéa 1 n° 8 et 9, la privation de liberté pendant au moins un an.

- (3) Si l'agent provoque le décès d'une personne en commettant un acte incriminé à l'alinéa 1 n° 3 à 10, il encourt une peine privative de liberté à perpétuité ou pendant au moins dix ans dans les cas de l'alinéa 1 n° 3 à 7 et une peine privative de liberté pendant au moins cinq ans dans les cas de l'alinéa 1 n° 8 à 10.
- (4) Dans les cas de moindre gravité indiqués à l'alinéa 3, la peine encourue pour les actes incriminés à l'alinéa 1^{er} n° 3 à 7 est la privation de liberté pendant au moins cinq ans et pour des actes incriminés à l'alinéa 1^{er} n° 8 à 10, la privation de liberté pendant au moins trois ans.
- (5) Quiconque commet un crime prévu à l'alinéa 1 dans l'intention de faire perdurer un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial par un autre encourt une peine privative de liberté pendant au moins cinq ans, sauf si les faits sont passibles d'une peine plus sévère en application des alinéas 1 ou 3. Dans les cas de moindre gravité, la peine encourue est la privation de liberté pendant au moins trois ans, sauf si les faits sont passibles d'une peine plus lourde en application des alinéas 2 ou 4.

Section 2 Crimes de guerre

§ 8 Crimes de guerre contre les personnes

- (1) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international,
 1. tue une personne protégée par le droit international humanitaire,
 2. prend en otage une personne protégée par le droit international humanitaire,
 3. traite de manière cruelle ou inhumaine une personne protégée par le droit international humanitaire en lui infligeant des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale ou de graves souffrances physiques ou mentales, notamment par la torture ou par la mutilation,
 4. abuse sexuellement d'une personne protégée par le droit international humanitaire, la viole, la contraint à la prostitution, lui ôte sa capacité de reproduction ou maintient en détention une femme rendue enceinte par la force dans l'intention d'influencer la composition ethnique d'une population,
 5. procède à la conscription forcée ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans des forces armées ou dans des groupes armés ou les fait participer activement aux hostilités,
 6. procède, en violation d'une règle générale du droit international, à la déportation ou au transfert forcé d'une personne protégée par le droit international humanitaire séjournant

régulièrement sur un territoire, en l'expulsant vers un autre Etat ou un autre territoire ou en employant d'autres mesures coercitives,

7. prononce ou exécute une peine sévère, notamment la peine de mort ou une peine privative de liberté, à l'encontre d'une personne protégée par le droit international humanitaire sans que cette personne n'ait été jugée dans le cadre d'une procédure juridictionnelle régulière et impartiale offrant les garanties juridiques requises par le droit international,
8. expose une personne protégée par le droit international humanitaire au danger de mort ou d'atteinte grave à sa santé,
 - a) en effectuant sur cette personne des expériences auxquelles elle n'a pas volontairement et expressément consenti au préalable ou qui ne sont ni nécessaires pour sa santé, ni réalisées dans son intérêt,
 - b) en prélevant sur cette personne des tissus ou des organes dans le but de les transplanter, sauf s'il s'agit du prélèvement de sang ou de peau effectué à des fins thérapeutiques conformément aux principes généralement reconnus par la médecine et si cette personne a volontairement et expressément consenti au préalable, ou
 - c) applique à cette personne des méthodes de traitement non reconnues par la médecine, sans que cela ne soit nécessaire pour sa santé et que la personne n'y ait volontairement et expressément consenti au préalable,
9. traite une personne protégée par le droit international humanitaire de façon gravement humiliante ou dégradante,

est punie de la privation de liberté à perpétuité dans les cas du n° 1, de la privation de liberté pendant au moins cinq ans dans les cas du n° 2, de la privation de liberté pendant au moins trois ans dans les cas des n° 3 à 5, de la privation de liberté pendant au moins deux ans dans les cas des n° 6 à 8 et de la privation de liberté pendant au moins un an dans les cas du n° 9.

(2) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international, blesse un membre des forces armées adverses ou un combattant de la partie adverse après que celui-ci s'est rendu sans condition ou se trouve hors de combat, est puni de la privation de liberté pendant au moins trois ans.

(3) Quiconque, en relation avec un conflit armé international,

1. maintient illégalement en détention une personne protégée au sens de l'alinéa 6 n° 1 ou retarde sans justification son rapatriement,
2. procède, en tant que membre d'une force d'occupation, au transfert sur le territoire occupé d'une partie de la population civile à laquelle il appartient,
3. contraint, par la force ou en la menaçant gravement, une personne protégée au sens de l'alinéa 6 n° 1 à servir dans les forces armées de la puissance ennemie,
4. contraint, par la force ou en la menaçant gravement, un membre de la partie ennemie à participer à des opérations de guerre dirigées contre son propre pays,

est puni de la privation de liberté pendant au moins deux ans.

- (4) Si l'auteur provoque le décès de la victime en commettant un acte incriminé à l'alinéa 1 n° 2 à 6, la peine encourue est la privation de liberté à perpétuité ou pendant au moins dix ans dans les cas de l'alinéa 1 n° 2, la privation de liberté pendant au moins cinq ans dans les cas de l'alinéa 1 n° 3 à 5, la privation de liberté pendant au moins trois ans dans les cas de l'alinéa 1 n° 6. Si un acte incriminé à l'alinéa 1 n° 8 entraîne le décès ou une atteinte grave à la santé, la peine encourue est la privation de liberté pendant au moins trois ans.
- (5) Dans les cas de moindre gravité de l'alinéa 1 n° 2, la peine encourue est la privation de liberté pendant au moins deux ans, dans les cas de moindre gravité de l'alinéa 1 n° 3 et 4 et de l'alinéa 2, la privation de liberté pendant au moins un an, dans les cas de moindre gravité de l'alinéa 1 n° 6 et de l'alinéa 3 n° 1, la privation de liberté de six mois à cinq ans.
- (6) Les personnes protégées par le droit international humanitaire sont
 1. dans un conflit armé international : les personnes protégées au sens des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I (en annexe à la présente loi), en particulier les blessés, les malades, les naufragés, les prisonniers de guerre et les civils ;
 2. dans un conflit armé non international : les blessés, les malades, les naufragés ainsi que les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités et qui se trouvent sous le pouvoir de la partie adverse ;
 3. dans un conflit armé international ou non international : les membres des forces armées et les combattants de la partie adverse qui ont déposé les armes ou qui, de toute autre manière, n'ont plus de moyens de se défendre.

§ 9

Crimes de guerre contre la propriété et d'autres droits

- (1) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international pille ou, sans que cela ne soit nécessaire en raison des exigences du conflit armé, détruit dans une large mesure et en violation du droit international des biens de la partie adverse se trouvant au pouvoir de son propre camp, se les approprie ou les réquisitionne, est puni de la privation de liberté pendant un à dix ans.
- (2) Quiconque, en relation avec un conflit armé international, ordonne en violation du droit international que des droits et des créances de tous les membres ou d'une partie importante des membres de la partie adverse soient abolis ou suspendus ou qu'ils ne puissent plus être invoqués devant les tribunaux, est puni de la privation de liberté pendant un à dix ans.

§ 10

Crimes de guerre contre les opérations humanitaires et les emblèmes

(1) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international,

1. dirige une attaque contre des personnes, des installations, du matériel, des unités ou des véhicules participant à une mission d'aide humanitaire ou à une mission de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international humanitaire garantit aux civils ou aux biens de caractère civil, ou
2. dirige une attaque contre des personnes, des bâtiments, des unités sanitaires ou des moyens de transports sanitaires marqués du signe de protection des Conventions de Genève conformément au droit international humanitaire,

est puni de la privation de liberté pendant au moins trois ans. Dans les cas de moindre gravité, en particulier lorsque l'attaque n'est pas effectuée à l'aide de moyens militaires, la peine encourue est la privation de liberté pendant au moins un an.

(2) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international, utilise abusivement les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève, le pavillon parlementaire ou le drapeau, les insignes militaires ou l'uniforme de l'ennemi ou des Nations Unies, et provoque ainsi le décès d'une personne ou la blesse gravement (paragraphe 226 du code pénal)⁶, est puni de la privation de liberté pendant au moins cinq ans.

§ 11

Crimes de guerre par utilisation de méthodes interdites dans la conduite des opérations de guerre

(1) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international,

1. dirige à l'aide de moyens militaires une attaque contre la population civile en tant que telle ou contre des civils pris individuellement qui ne participent pas directement aux hostilités,
2. dirige à l'aide de moyens militaires une attaque contre des biens civils protégés en tant que tels par le droit international humanitaire, notamment des bâtiments consacrés au culte, à l'éducation, à l'art, à la science ou à la bienfaisance, des monuments historiques, des hôpitaux, des lieux où sont rassemblés des malades et des blessés, des villes, villages, logements ou bâtiments non défendus ou des zones démilitarisées ainsi que des installations ou des équipements contenant des substances dangereuses,
3. met une attaque militaire à exécution en s'attendant à ce qu'elle ait, à coup sûr, pour effet de tuer ou de blesser des civils ou d'endommager des biens civils dans une mesure disproportionnée par rapport à l'avantage militaire concret et direct escompté,
4. utilise une personne protégée par le droit international humanitaire comme bouclier pour empêcher l'adversaire de mener des opérations militaires à l'encontre de certains objectifs,

⁶ Voir note 3.

5. utilise comme méthode de guerre le procédé consistant à affamer des civils en les privant d'objets vitaux ou en gênant, en violation du droit international humanitaire, les livraisons de secours,
6. ordonne ou menace, en tant que chef militaire, de ne pas faire de pardon,
7. tue ou blesse par trahison un membre des forces armées adverses ou un combattant de la partie adverse

est puni de la privation de liberté pendant au moins trois ans. Dans les cas de moindre gravité du n° 2, la peine encourue est la privation de liberté pendant au moins un an.

- (2) Si par un acte incriminé à l'alinéa 1 n° 1 à 6, l'auteur provoque le décès d'un civil ou d'une personne protégée par le droit international humanitaire ou lui inflige une blessure grave (paragraphe 226 du code pénal)⁷, il encourt une peine privative de liberté pendant au moins cinq ans. Si l'auteur donne volontairement la mort, la peine encourue est la privation de liberté à perpétuité ou la privation de liberté pendant au moins dix ans.
- (3) Quiconque, en relation avec un conflit armé international, met à exécution une attaque en s'attendant à ce qu'elle ait, à coup sûr, pour effet de causer à l'environnement naturel des dommages graves, étendus et durables qui sont disproportionnés par rapport à l'avantage militaire direct et concret escompté, est puni de la privation de liberté pendant au moins trois ans.

§ 12

Crime de guerre par utilisation de moyens prohibés dans la conduite des opérations de guerre

- (1) Quiconque, en relation avec un conflit armé international ou non international,
 1. utilise du poison ou des armes empoisonnées,
 2. utilise des armes biologiques ou chimiques,
 3. utilise des balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, en particulier des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles,

est puni de la privation de liberté pendant au moins trois ans.

- (2) Si par un acte incriminé par l'alinéa 1, l'auteur provoque le décès d'un civil ou d'une personne protégée par le droit international humanitaire ou lui inflige une blessure grave (paragraphe 226 du code pénal)⁸, il est puni de la privation de liberté pendant au moins cinq ans. Si l'auteur donne volontairement la mort, la peine encourue est la privation de liberté à perpétuité ou la privation de liberté pendant au moins dix ans.

⁷ Voir note 3.

⁸ Voir note 3.

Section 3
Autres infractions

§ 13

Violation de l'obligation de surveillance

- (1) Un chef militaire qui omet volontairement ou par négligence de surveiller comme il se doit un subordonné soumis à son pouvoir de commandement ou à son contrôle effectif, est puni pour violation de l'obligation de surveillance si le subordonné commet des faits incriminés par la présente loi dont le chef pouvait déceler l'imminence de la réalisation et qu'il aurait pu empêcher.
- (2) Un supérieur hiérarchique civil qui omet volontairement ou par négligence de surveiller comme il se doit un subordonné soumis à son pouvoir de commandement ou à son contrôle effectif, est puni pour violation de l'obligation de surveillance si le subordonné commet des faits incriminés par la présente loi dont le chef pouvait sans difficulté déceler l'imminence de la réalisation et qu'il aurait pu empêcher.
- (3) Le paragraphe 4 alinéa 2 est applicable.
- (4) La violation volontaire de l'obligation de surveillance est punie de la privation de liberté allant jusqu'à cinq ans, la violation par négligence de l'obligation de surveillance est punie de la privation de liberté allant jusqu'à trois ans.

§ 14

Omission de dénoncer une infraction pénale

- (1) Un chef militaire ou un supérieur hiérarchique civil qui omet de dénoncer immédiatement la commission par un subordonné d'actes incriminés par la présente loi au service compétent pour ouvrir une enquête ou poursuivre les faits, est puni de la privation de liberté allant jusqu'à cinq ans.
- (2) Le paragraphe 4 alinéa 2 est applicable.

Annexe au paragraphe 8 alinéa 6 n° 1

Les Conventions de Genève au sens de cette loi sont :

- la 1^{ère} CONVENTION DE GENEVE du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (J.O. allemand 1954 II, pages 781, 783),
- la 2^{ème} CONVENTION DE GENEVE du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (J.O. allemand 1954 II, pages 781, 813),
- la 3^{ème} CONVENTION DE GENEVE du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre (J.O. allemand 1954 II, pages 781, 838) et
- la 4^{ème} CONVENTION DE GENEVE du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (J.O. allemand 1954 II, pages 781, 917).

Le Protocole additionnel I au sens de cette loi est :

Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977 (J.O. allemand 1990 II pages 1550, 1551).

(...)

Article 3 **Adaptation du code de procédure pénale**

Le code de procédure pénale, dans la version de sa publication le 7 avril 1987 (J.O. allemand I, pages 1074, 1319), dernièrement modifié par la loi du 25 juin 2001 (J.O. allemand I, page 1206), est modifié comme suit :

(...)

5. A la suite du paragraphe 153e, est inséré le paragraphe 153f suivant :

§ 153f

- (1) Dans les cas du paragraphe 153c alinéa 1 n° 1 et 2⁹, le ministère public peut s'abstenir de poursuivre un fait incriminé par les paragraphes 6 à 14 du code de droit pénal international lorsque la personne mise en cause ne séjourne pas sur le territoire national et qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'elle y séjourne. Si toutefois, dans les cas du paragraphe 153c alinéa 1 n° 1, la personne mise en cause est allemande, cela n'est valable que si le fait est poursuivi par un tribunal international ou par un Etat sur le territoire duquel le fait a été commis ou par un Etat dont un ressortissant a été victime du fait.
- (2) Dans les cas du paragraphe 153c alinéa 1 n° 1 et 2, le ministère public doit s'abstenir de poursuivre un fait incriminé par les paragraphes 6 à 14 du code de droit pénal international si :
 1. aucun soupçon ne pèse sur un ressortissant allemand,
 2. le fait n'a pas été commis à l'encontre d'un ressortissant allemand,
 3. aucune personne soupçonnée d'avoir commis le fait ne séjourne sur le territoire national et il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'une telle personne y séjourne et
 4. le fait est poursuivi par un tribunal international ou par un Etat sur le territoire duquel il a été commis, par un Etat dont un ressortissant est soupçonné d'en être l'auteur ou dont un ressortissant en a été victime.

Il en est de même dans le cas où un étranger mis en cause pour un fait commis à l'étranger séjourne sur le territoire national, si les conditions posées par les n° 2 et 4 de la première la

⁹ Le paragraphe 153c alinéa 1 du code de procédure pénale porte sur les exceptions au principe de légalité des poursuites appliqué en Allemagne. Il dispose : « Le ministère public peut s'abstenir de poursuivre les faits -n°1 : commis hors du domaine d'application de la présente loi ou qu'un complice à une infraction commise hors du domaine d'application de la présente loi a réalisés à l'intérieur de ce dernier ; -n°2 : commis par un étranger à l'intérieur du territoire national sur un navire battant un pavillon étranger ou sur un aéronef immatriculé à l'étranger ».

phrase sont remplies et si la remise à un tribunal international ou l'extradition vers l'Etat exerçant les poursuites sont licites et envisagées.

- (3) Si dans les cas de l'alinéa 1 ou 2, l'action publique a déjà été déclenchée, le ministère public peut revenir sur les poursuites à tout moment de la procédure et mettre fin à cette dernière.

Article 8 **Entrée en vigueur**

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation.

Exposé des motifs

Plan

A. Généralités

- I. Motifs du projet
- II. Objectifs du code de droit pénal international
- III. Conception du projet et rapports avec le droit commun
- IV. Autres projets législatifs en rapport avec le Statut CPI
- V. Compétence législative

B. Sur l'article 1. Code de droit pénal international

Première partie. Dispositions générales

Sur le § 1 – Domaine d'application

Sur le § 2 – Application du droit commun

Sur le § 3 – Actes commis en exécution d'un ordre ou d'une instruction

Sur le § 4 – Responsabilité des chefs militaires et des autres supérieurs hiérarchiques

Sur le § 5 – Imprescriptibilité

Deuxième partie. Infractions de droit international

Première section : Génocide et crimes contre l'humanité

Sur le § 6 – Génocide

Sur le § 7 – Crimes contre l'humanité

1. Infraction principale du paragraphe 7 alinéa 1

2. Cas de moindre gravité de l'alinéa 1

3. Infractions qualifiées

Deuxième section : Crimes de guerre

1. Remarques préliminaires générales

2. L'élément objectif des crimes de guerre

3. L'élément subjectif des crimes de guerre

4. Les différentes infractions

Sur le § 8 – Crimes de guerre contre les personnes

Sur le § 9 – Crimes de guerre contre la propriété et d'autres droits

Sur le § 10 – Crimes de guerre contre les opérations humanitaires et les emblèmes

Sur le § 11 – Crimes de guerre par utilisation de méthodes interdites dans la conduite des opérations de guerre

Sur le § 12 – Crimes de guerre par utilisation de moyens prohibés dans la conduite des opérations de guerre

Troisième Section : Autres infractions

Sur le § 13 – Violation de l'obligation de surveillance

Sur le § 14 – Omission de dénoncer une infraction pénale

(...)

D. Sur l'article 3. Adaptation du code de procédure pénale

(...)

I. Sur l'article 8. Entrée en vigueur

A. Généralités

I. Motifs du projet

Le Statut de la future Cour pénale internationale (CPI) de La Haye a été adopté par 120 Etats le 17 juillet 1998 à Rome, lors de la Conférence diplomatique des plénipotentiaires. Dans ce Statut, la communauté internationale des Etats s'est accordée pour la première fois en vue d'ériger une Cour pénale internationale permanente et indépendante. Cela constitue le résultat d'un processus intense de négociation, à l'organisation duquel la République Fédérale d'Allemagne a participé de manière décisive.

Une longue évolution précéda la décision de créer cette nouvelle institution exceptionnelle, dotée de la compétence juridictionnelle internationale. Dès 1875, Gustave Moynier, l'un des premiers présidents du Comité internationale de la Croix-Rouge, soumit le premier projet formel en vue de l'instauration d'une telle juridiction. Mais ce ne fut que la catastrophe de la deuxième guerre mondiale qui conduisit, plusieurs décennies plus tard, à l'établissement des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo. Peu après, l'article 6 de la Convention sur le génocide adoptée en 1948 prévoyait également la mise en place d'un Tribunal pénal international. Toutefois, cette idée ne put être réalisée. Il s'écoula de nouveau presque un demi-siècle jusqu'à ce que la guerre en Yougoslavie et le génocide au Rwanda conduisissent finalement à la création de Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Par les résolutions de 1993 et 1994, le Conseil de sécurité des Nations Unies institua alors respectivement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (Doc. NU S/Res/827, 25 mai 1993, imprimé du Parlement fédéral (*BT-Drs.*) 13/57, annexes 1 et 2) et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (Doc. NU S/Res/955, 8 novembre 1994, imprimé du Parlement fédéral (*BT-Drs.*) 13/7953).

En 1994, la Commission du droit international des Nations Unies déposa également le premier projet tendant à la codification des crimes de droit international (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Doc. NU A/51/10). Par la suite, les Nations Unies instituèrent un Comité préparatoire qui établit enfin le projet d'élaboration d'une Cour pénale internationale permanente.

La juridiction prévue par le Statut de Rome, qui en vertu du préambule « est compétente pour juger les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale », complètera la compétence étatique interne, dont la priorité de principe est ancrée dans le Statut (article 17 du Statut instituant la Cour pénale internationale, ci-après « Statut CPI »). Elle sera compétente de manière complémentaire par rapport à la compétence juridictionnelle interne pour juger les crimes suivants : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et –sous réserve d'un accord encore non acquis entre les parties contractantes- le crime d'agression. Aussitôt que le Statut entrera en vigueur, c'est-à-dire lorsque soixante Etats l'auront ratifié, une juridiction internationale permanente assurant la répression des crimes de droit international les plus graves entrera pour la première fois en fonction.

En vue d'adapter le droit pénal matériel allemand au Statut de Rome et de faciliter l'exercice prioritaire des poursuites pénales internes, est créé le dispositif normatif largement autonome d'un code de droit pénal international. Il s'agit avant tout de transposer les dispositions pénales du Statut de Rome. Mais sur certains points, le droit international coutumier bien

établi va d'ores et déjà au-delà de la réglementation du Statut de Rome. C'est pourquoi le code de droit pénal international contient des dispositions qui étendent la répression au-delà du Statut de Rome. Sont ainsi prises en considération des règles de droit international pénal applicables en vertu de la coutume, tirées notamment du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (J. O. allemand 1990 II page 1551) (ci après « Protocole additionnel I ») et du deuxième Protocole relatif à la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, de 1999 (38 *International Legal Materials* 769, 1999). Le code de droit pénal international tient ainsi compte de l'article 10 du Statut CPI, qui indique expressément que la deuxième partie du Statut relative à la définition des crimes ne saurait être interprétée comme modifiant ou restreignant des règles de droit international existantes ou en cours de développement à des fins contraires à celles du Statut.

II. Objectifs du code de droit pénal international

Le code de droit pénal international (ci-après : « CDPI ») poursuit les objectifs suivants :

- mieux cerner le tort spécifique des crimes de droit international que cela n'est actuellement possible selon le droit pénal commun ;
- favoriser la clarté juridique et faciliter la manipulation pratique des règles pertinentes en les réunissant dans un dispositif normatif unique ;
- garantir de façon absolue, compte tenu du principe de la complémentarité de la compétence de la Cour pénale internationale pour engager des poursuites, que l'Allemagne soit toujours en mesure de poursuivre elle-même les crimes tombant sous la compétence de la CPI ;
- stimuler le droit international humanitaire et participer à sa divulgation par la création d'un dispositif normatif national s'y rapportant.

Il faut admettre que les infractions allemandes en vigueur visent déjà les comportements punis par le Statut CPI en tant qu'actes isolés, si bien que la plupart du temps, ceux-ci sont incriminés en tant que « crimes de droit commun » par une infraction pénale déterminée ou la combinaison de différentes infractions pénales. En revanche, le tort propre au droit international n'est pas, actuellement, appréhendé de manière spécifique dans le droit pénal allemand en vigueur. Ainsi, pour les crimes contre l'humanité par exemple, le rapport fonctionnel entre la commission du fait et une attaque étendue et systématique contre une population civile est aussi peu pris en compte que, pour les crimes de guerre, le rapport avec un conflit armé et, ainsi, le contexte de l'emploi organisé de la violence qui facilite la commission de crimes.

En outre, le Statut CPI incrimine des comportements qui ne peuvent être que difficilement – voire pas du tout – visés par le droit pénal commun, comme par exemple la déclaration par les belligérants qu'il ne sera pas fait de pardon ou la déportation contraire au droit international d'une partie de la population civile d'une puissance d'occupation vers un territoire occupé.

Le code de droit pénal international allemand reflète l'évolution du droit international humanitaire et du droit international pénal et met en place des règles pénales autonomes, propres à cette matière juridique spécifique. Sur ce point, il constitue, d'une part, un progrès considérable en termes de systématique et de politique juridiques par rapport à la pratique suivie jusqu'à présent de l'application des dispositions du droit pénal commun allemand à des

crimes formant le noyau dur du droit international et, d'autre part, une contribution à la consolidation du droit international pénal.

III. Conception du projet et rapports avec le droit commun

La plupart des comportements appréhendés par le droit international pénal étaient jusqu'à présent déjà punis par le code pénal allemand (ci-après : « CP »). L'introduction du code de droit pénal international n'y change rien. De ce constat découle la question des rapports entre le code de droit pénal international et le droit pénal commun, à laquelle le raisonnement suivant, sur lequel repose le projet, apporte une réponse :

Dans les dispositions générales (paragraphe 1 à 5), le projet de code de droit pénal international renonce le plus largement possible à des dispositions spéciales pour des raisons de sécurité juridique et pour faciliter l'application de la loi en pratique. En principe, la partie générale du code pénal est également applicable aux infractions pénales du code de droit pénal international. Des dispositions spéciales n'ont été retenues qu'en cas de nécessité pour la transposition du Statut de Rome. Les paragraphes 1 à 5 écartent pour la matière relevant du code de droit pénal international l'application des règles du code pénal leur opposant des divergences, mais laisse ces dernières inchangées pour le domaine du droit pénal commun. Dans la mesure où une seule et même action peut être appréhendée tant par des dispositions du code pénal que par des dispositions du code de droit pénal international, des règles de droit pénal général différentes peuvent être simultanément applicables.

En revanche, dans la partie spéciale (paragraphe 6 à 14), le projet comprend des descriptions autonomes du comportement incriminé dans des infractions spécifiques. Ces infractions s'appuient quant à leur contenu sur les objectifs du Statut de Rome tout comme sur d'autres instruments contraignants du droit international humanitaire et, au-delà, sur les Eléments des crimes adoptés le 30.6.2000 par la commission préparatoire de la CPI (PCNICC/2000/1/Add.2 ; voir article 9 du Statut CPI), sur la jurisprudence des tribunaux internationaux ainsi que sur les pratiques générales des Etats. A plusieurs reprises, les dispositions du projet divergent de ces objectifs dans leur formulation pour permettre l'harmonisation avec les termes et structures habituellement utilisés en Allemagne. Dans le domaine des crimes de guerre, le projet se distingue clairement, au sein même de sa structure, de l'uniformisation réalisée par le Statut de Rome ; ici, contrairement à la solution retenue dans le Statut, des règles présentant des similitudes ont été regroupées afin d'obtenir une structuration plus claire de la matière et de simplifier l'application juridique. Même lorsque des termes identiques ou similaires à ceux du droit pénal commun allemand sont employés, les infractions de la partie spéciale du code de droit pénal international constituent des règles autonomes, pour l'interprétation desquelles la jurisprudence de la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux pénaux internationaux sera à observer tout particulièrement.

Le code de droit pénal international ne crée pas des dispositions spéciales exhaustives pour les infractions commises dans le cadre de conflits armés ou en rapport avec des attaques dirigées contre la population civile. Des comportements punis par le droit pénal commun peuvent ainsi être également réprimés en application du code pénal s'ils ne sont pas punissables selon les dispositions du code de droit pénal international. Il faut cependant voir que l'entreprise d'actes militaires admis par le droit international, par exemple le fait de tuer ou de blesser des combattants adverses dans le cadre d'un conflit armé, n'est pas punissable en vertu des principes généraux et, par conséquent, ne l'est pas non plus en vertu des paragraphes 211 et

suiuants du code pénal¹⁰. Mais cela n'est valable que si l'auteur a respecté les règles contraignantes du droit international relatif aux méthodes de guerre s'imposant à lui ; si le comportement est interdit par le droit international, alors il peut être puni en vertu du droit allemand même si le droit international en tant que tel ne l'incrimine pas. Par exemple, un pilote d'avion qui ne prend pas les mesures de précaution requises par le droit international (voir par exemple article 57 alinéa 2 du Protocole additionnel I) et qui, en conséquence, tue des civils lors du largage de bombes, peut être puni en application du droit allemand pour homicide volontaire, même si le droit international pénal n'incrimine pas son comportement.

Si l'auteur réalise par son comportement non seulement une infraction du droit pénal commun mais aussi une infraction du code de droit pénal international, les règles générales relatives au concours sont applicables. Souvent, il faudra appliquer le code de droit pénal international en raison du principe de spécialité. Selon la situation, on pourra aussi envisager de retenir le concours de qualifications (paragraphe 52 du code pénal). Comme le code de droit pénal international ne comprend que des infractions couvertes par le Statut de Rome ou le droit international coutumier, tandis que le droit pénal allemand peut prévoir une répression plus large dans le contexte pertinent, on a renoncé à prévoir de façon générale un principe de spécialité sans exception du code de droit pénal international, afin d'éviter des lacunes dans la répression. En outre, l'application des règles du concours idéal d'infractions lors de la condamnation peut avoir dans de tels cas une importante fonction de clarification.

IV. Autres projets législatifs en rapport avec le Statut CPI

Cinq autres projets législatifs se rapportent au présent projet, dont deux ont déjà abouti :

- La loi relative au Statut CPI a, en tant que loi de ratification d'un traité international, rempli pour ce qui est de l'Allemagne les conditions nécessaires à l'entrée en vigueur du Statut de Rome (J.O. allemand 2000 II, page 1393). La ratification par la République Fédérale d'Allemagne a eu lieu le 11 décembre 2000.
- Parallèlement, l'article 16 alinéa 2 de la Loi fondamentale a été modifié pour que les conditions de droit constitutionnel nécessaires à ce que l'Allemagne puisse également remettre des ressortissants allemands à la Cour pénale internationale, soient remplies. C'est pourquoi l'article 16 alinéa 2 de la Loi fondamentale a été complété de sorte que le Parlement soit habilité à autoriser par voie législative la remise à certains tribunaux internationaux (J.O. allemand 2000 I, page 1633).
- Actuellement, le projet de loi pour la mise en œuvre du Statut de Rome, loi qui contient dans son article 1^{er} le projet d'une loi pour la coopération avec la Cour pénale internationale, est également en cours d'élaboration. Cette loi prévoit notamment des dispositions adaptant la situation juridique interne aux objectifs du Statut de Rome dans les domaines de la coopération pénale entre l'Allemagne et la Cour, de la remise ou du transport de personnes, de l'exécution de décisions de la Cour, de l'accomplissement d'autres mesures d'entraide judiciaire ainsi que de l'admission d'actes procéduraux sur le territoire national allemand.
- En outre, il est envisagé, par le biais d'une loi modifiant la Loi fondamentale, de permettre constitutionnellement l'introduction d'une compétence unifiée de première instance des

¹⁰ Les paragraphes 211 et suivants du code pénal allemand concernent les infractions contre la vie.

tribunaux régionaux supérieurs pour toutes les infractions pénales du code de droit pénal international en vertu du paragraphe 120 alinéa 1 de la loi portant sur l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz*). Dans ce but, l'article 96 alinéa 5 de la Loi fondamentale doit être complété pour qu'en plus du génocide déjà visé, des procédures du chef de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre puissent, à l'avenir, être engagées en première instance devant les tribunaux régionaux supérieurs.

- Parallèlement à la modification constitutionnelle envisagée, un projet de loi pour la révision du paragraphe 120 alinéa 1 n° 8 de la loi portant sur l'organisation judiciaire va être préparé. Cette disposition prévoira –après la création de la base légale constitutionnelle nécessaire- la compétence de première instance des tribunaux régionaux supérieurs pour toutes les infractions du code de droit pénal international. Il en résultera donc, pour les poursuites, une compétence concentrée entre les mains du procureur général fédéral d'après le paragraphe 142a alinéa 1 de la loi portant sur l'organisation judiciaire.

V. Compétence législative

La compétence législative de la Fédération pour les articles 1 à 5 ainsi que pour l'article 7¹¹ résulte de l'article 74 alinéa 1 de la Loi fondamentale (droit pénal, procédure juridictionnelle, organisation juridictionnelle). Pour l'article 6¹², il s'agit d'une compétence exclusive de la Fédération en raison de la nature de la matière, car les modifications concernent une réglementation par laquelle le traité d'unification a été mis en œuvre à la suite de l'intégration des nouveaux *Länder* dans le territoire fédéral (chapitre II, domaine B, section II, chiffre 2, lettre b de l'annexe I relative au traité d'unification).

La légitimité de la Fédération pour se saisir de la compétence législative en ce qui concerne l'article 1 découle de l'article 72 alinéa 2, 2^{ème} branche de l'alternative de la Loi fondamentale. Les dispositions tendent à la préservation de l'unité juridique. Elles visent à créer des conditions juridiques d'encadrement unifiées à l'échelle fédérale pour permettre la poursuite des crimes de droit international. Cela sert l'intérêt de l'Etat tout entier. Il s'agit de simplifier les poursuites pénales internes dans toute la Fédération en appréhendant le tort spécifique des crimes de droit international dans un dispositif normatif unifié, applicable sur l'ensemble du territoire fédéral. En outre, il convient de garantir de façon absolue, eu égard à la complémentarité de la compétence de la Cour pénale internationale pour exercer les poursuites, que les tribunaux allemands puissent toujours poursuivre eux-mêmes, sur l'ensemble du territoire fédéral, les crimes tombant sous la compétence de la Cour pénale internationale. Ce but ne peut être atteint par le droit des *Länder*. Ces règles sont également nécessaires pour assurer la poursuite effective et unifiée à l'échelle de la Fédération des crimes de droit international.

La nécessité d'une réglementation par une loi fédérale pour les articles 2 à 5 résulte de ce que les modifications concernent le code pénal, le code de procédure pénale, la loi d'introduction de la loi sur l'organisation judiciaire et la loi sur l'organisation judiciaire elle-même, de ce que ces domaines sont déjà réglementés par le droit fédéral et, enfin, du fait que l'exigence d'une réglementation fédérale demeure en raison de la persistance de la nécessité d'une base

¹¹ Seuls les articles 1, 3 n° 5 et 8 sont reproduits dans le cadre de cette traduction.

¹² Non reproduit dans le cadre de cette traduction. L'article 6 modifie la loi relative aux documents de la *Stasi* (service de sûreté intérieure de l'Etat).

unifiée à l'échelle fédérale pour poursuivre les infractions pénales. Les modifications proviennent simplement de la consécration du principe d'universalité au paragraphe 1 du code de droit pénal international et du transfert de l'infraction de génocide dans le code de droit pénal international.

La suppression du paragraphe 84 du code pénal de l'ex- RDA prévue à l'article 7 ne peut être accomplie que par la Fédération parce que cette réglementation est restée en vigueur en tant que droit fédéral après la réunification.

B. Sur l'article 1. Code de droit pénal international

Première partie. Règles générales

Sur le § 1 (Domaine d'application)

Les crimes du code de droit pénal international portent atteinte aux intérêts vitaux de la communauté internationale. Le Statut de la Cour pénale internationale les désigne comme les « crimes les plus graves, qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Ils ont ainsi un caractère transfrontalier et sont soumis au principe de compétence universelle. En raison de l'objectif particulier de ces infractions, le fait de juger des actes commis à l'étranger, même par des ressortissants étrangers, ne constitue pas une immixtion inadmissible dans la Souveraineté d'autres Etats. Il n'est donc pas nécessaire, en ce qui concerne les crimes du code de droit pénal international, que soit relevé un « rattachement spécial au territoire national » pour que le droit pénal allemand s'applique aux actes commis à l'étranger, (voir Lagodny/Nill-Theobald, *Juristische Rundschau* 2000, pages 205, 206 ; Eser, in *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*, pages 26 et suivantes, ainsi que les références indiquées). Comme la Cour suprême fédérale soutenait jusqu'à présent une opinion divergente en interprétant le paragraphe 6 du code pénal (voir *Décisions de la Cour suprême fédérale en matière pénale (BGHSt)* pages 45, 64 et 66 ; récemment, le jugement ouvert sur ce point de la Cour suprême fédérale du 21.02.2001, 3 StR 372/00), il est mentionné expressément dans la formulation du paragraphe 1 que pour les crimes du code de droit pénal international, le rattachement au territoire national n'est aucunement nécessaire. Il faut néanmoins prendre en considération le fait que l'obligation de poursuivre les actes incriminés par le code de droit pénal international commis à l'étranger est relativisée de manière spécifique par le paragraphe 153f du code de procédure pénale, introduit par l'article 3 n° 5 de la Loi instituant le code de droit pénal international. Pour les infractions des paragraphes 13 et 14 du CDPI, qui n'ont pas le même poids que les infractions des paragraphes 6 à 12, représentant le noyau du CDPI et qui, par conséquent, constituent des délits, les règles de droit commun des paragraphes 3 à 7 du code pénal¹³ demeurent applicables, d'autant qu'en règle générale, dans les cas des paragraphes 13 et 14 du CDPI ne présentant pas de rattachement avec le territoire national, la connaissance des structures hiérarchiques et de commandement ainsi que de leur fonctionnement, indispensable pour effectuer une enquête sérieuse, fera défaut. L'application de l'article 28 du Statut CPI en ce qui concerne la compétence juridictionnelle de la CPI ne s'en trouve nullement affectée.

¹³ Règles relatives à l'application de la loi allemande dans l'espace ; la compétence universelle n'est pas prévue.

Sur le § 2 (Application du droit commun)

Le paragraphe 2 dispose que le CDPI n'exclut l'application des dispositions pertinentes du droit pénal commun, en particulier du code pénal, qu'en ce qui concerne les questions traitées aux paragraphes 1 et 3 à 5.

Quant au droit pénal général, le paragraphe 2 prévoit que les règles des trois premières sections du code pénal sont applicables ainsi que les principes non écrits généralement reconnus en droit pénal allemand, par exemple les conditions requises pour retenir le dol et la faute d'imprudence. Ainsi, la matière appréhendée par le CDPI demeure ancrée dans le droit pénal commun allemand. C'est uniquement lorsque le CDPI contient des dispositions spéciales dans ses paragraphes 1 et 3 à 5 qu'en vertu du paragraphe 2, celles-ci évincent les règles générales, car des objectifs contraignants du Statut CPI s'imposent sur ces points.

Comme le paragraphe 2 prévoit que les dispositions spéciales n'évincent les autres que pour ce domaine précisément délimité, la totalité du droit pénal spécial du code pénal demeure applicable, et ceci même à l'égard de comportements réprimés par le code de droit pénal international. Lorsque le code de droit pénal international et le code pénal sont simultanément concernés, les règles de concours du droit pénal allemand, comprises dans le renvoi du paragraphe 2, s'appliquent (voir ci-dessus A. III). Il en est de même en cas de violation simultanée de règles du code de droit pénal international et de dispositions de la loi pénale militaire (*Wehrstrafgesetz*), applicable aux infractions pénales commises par des soldats de l'armée fédérale.

Pour quelques questions de droit pénal général, les règles de droit pénal allemand sont applicables en vertu du paragraphe 2, bien que les dispositions correspondantes du Statut CPI soient formulées de manière différente. Mais en substance, il n'existe pas, pour les cas concernés, de différences importantes au point qu'il serait nécessaire de reprendre les dispositions du Statut (et de créer par là des divergences avec le droit pénal commun allemand). Il s'agit en particulier des points suivants :

a) Principe de légalité

Le principe de légalité, développé aux articles 22 à 24 du Statut CPI, figure déjà à l'article 103 alinéa 2 de la Loi fondamentale et au paragraphe 1 du code pénal.

b) Majorité pénale

Bien que l'article 26 du Statut CPI prévoie la compétence de la Cour pénale internationale uniquement pour les personnes âgées d'au moins 18 ans au moment des faits, il n'est pas nécessaire de modifier la réglementation du paragraphe 19 du code pénal, divergeant du Statut sur la question de la majorité pénale. En effet, l'article 26 du Statut CPI ne prévoit pas de dispositions spécifiques de droit international quant à la responsabilité pénale des mineurs, mais se contente d'exclure la compétence juridictionnelle de la CPI pour ces personnes ; l'article 26 du Statut CPI repose sur la considération pratique qu'une réglementation séparée en termes de procédure et de sanction pour le jugement de mineurs qui, le plus souvent, ne sont pas impliqués dans des crimes de droit international en position de premier plan, aurait représenté un investissement trop important. Mais cela ne s'oppose pas à ce que des auteurs mineurs soient jugés en application du droit national, c'est-à-dire, en Allemagne, en

application de la loi relative aux tribunaux pour enfants (*Jugendgerichtsgesetz*). Pour les jeunes adultes de 18 à 21 ans, le paragraphe 105¹⁴ de la loi relative aux tribunaux pour enfants est applicable.

c) Dol

Selon l'article 30 du Statut CPI, l'agissement dolosif (« *intention* »¹⁵) suppose la volonté de commettre l'acte et au moins la connaissance quant aux conséquences et aux circonstances probables de l'acte. Par exemple, l'exigence du dol se rapporte aussi à l'existence d'une « attaque étendue ou systématisée contre la population civile » dans le paragraphe 7 du CDPI ou d'un « conflit armé » dans le paragraphe 8 du CDPI. En revanche, le cas où l'auteur n'envisage un certain résultat que comme possible, mais où il accepte l'éventualité de sa survenance, n'est pas compris dans la définition de l'intention de l'article 30 du Statut CPI. Selon la conception allemande, il y a dol aussi dans ce cas de figure (dol éventuel). Cette définition étroite du dol dans le Statut CPI n'a pas été reprise dans le CDPI car la commission d'un acte avec dol éventuel ne peut pas être considérée comme moins reprochable pour les infractions envisagées ici que pour les autres cas du droit allemand, dans lesquels le fait que l'auteur se représente le résultat comme possible entraîne la condamnation pour comportement volontaire. C'est ainsi, par exemple, que l'auteur qui maltraite un être humain qui se trouve sous son pouvoir sans savoir de manière certaine si la victime subira des « atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale », mais considère cette hypothèse comme possible, commet volontairement l'infraction de torture. Il est donc tout à fait approprié d'étendre la répression pour dol conformément aux règles communes du droit pénal allemand au-delà du domaine de ce que le Statut CPI pose comme standard minimal. Cependant, le dol éventuel n'est pas suffisant pour les cas dans lesquels la description légale de l'acte requiert un comportement visant un but précis, comme par exemple « le fait de diriger une attaque contre la population civile » au paragraphe 11 alinéa 1 n° 1 du CDPI (voir exposé des motifs sur le paragraphe 11).

d) Consentement

Une réglementation autonome sur l'effet du consentement n'est pas nécessaire. On pourrait certes penser à mettre expressément en évidence l'impossibilité de renoncer à des droits qui tendent à la protection de l'individu (comme c'est le cas par exemple à l'article 8 de la 4^{ème} Convention de Genève de 1949). Pourtant, l'indifférence de principe du consentement individuel en vue de permettre une éventuelle justification de l'auteur pour les infractions du CDPI –en dehors des exceptions expressément prévues au paragraphe 8 alinéa 1 n° 8 du CDPI- résulte déjà du fait que celles-ci tendent à la protection d'intérêts juridiques supra individuels, dont les particuliers ne peuvent disposer. Si le consentement de la victime exclut d'emblée la possibilité de commettre l'infraction, comme par exemple pour le crime de guerre de viol (paragraphe 8 alinéa 1 n° 4 du CDPI), l'acte n'est pas punissable ; cela est conforme au droit pénal commun allemand et ne nécessite pas d'être réglementé séparément.

e) Légitime défense

Bien que l'article 31 alinéa 1 lettre c du Statut CPI contienne une réglementation autonome de la légitime défense présentant quelques différences par rapport au paragraphe 32 du code

¹⁴ Le paragraphe 105 de la loi relative aux tribunaux pour enfants expose les conditions dans lesquelles un jeune majeur peut être jugé en application du droit pénal des mineurs.

¹⁵ En anglais / français dans le texte.

pénal¹⁶, la transposition de la disposition du Statut dans le code de droit pénal international est superflue. La jurisprudence des tribunaux allemands rejette elle aussi le caractère nécessaire de la légitime défense en cas de disproportion manifeste entre l'intérêt défendu et l'intérêt agressé. C'est pourquoi l'exigence de proportionnalité posée dans le Statut ne mérite pas de mention expresse. L'énumération dans le Statut des intérêts défendus pour lesquels la nécessité de la légitime défense est susceptible d'être retenue ne constitue qu'une concrétisation anticipée et abstraite du principe de proportionnalité, si bien que sur ce point non plus, une réglementation spéciale de la légitime défense n'est pas nécessaire. Il faut au contraire partir du principe que la définition légale du paragraphe 32 alinéa 2 du CP, combinée à l'interprétation du caractère nécessaire du paragraphe 32 alinéa 1 du CP suffit pour satisfaire aux exigences du Statut CPI, d'autant que l'on pourra, lors de l'application et de l'interprétation du paragraphe 32 du CP, rapprocher les situations de fait pertinentes des dispositions correspondantes du Statut de Rome. De plus, une réglementation spéciale pourrait facilement entraîner des problèmes lors de l'application juridique et laisser en outre émerger l'impression erronée que les actes incriminés par le code de droit pénal international seraient par principe susceptibles d'être justifiés par la légitime défense.

f) Représailles

L'application complémentaire de règles de droit international coutumier dans le domaine de la partie générale n'est pas exclue par le renvoi du paragraphe 2. A cet égard, il faut en particulier penser aux représailles, dont on discute depuis toujours pour savoir si elles peuvent constituer un fait justificatif particulier pour les infractions de droit international, en particulier pour les crimes de guerre (voir à ce sujet *Décisions de la Cour suprême fédérale en matière pénale (BGHSt)* volume 23, pages 103, 107 et suivantes), mais dont le domaine d'application est de plus en plus restreint. On entend sous le terme de représailles un comportement contraire au droit international, utilisé par un sujet de droit international en tant que moyen de pression à l'encontre d'un autre comportement contraire au droit international (voir Cour suprême fédérale, décision citée ci-dessus, page 107). A supposer qu'elles le soient, les représailles ne sont assurément admissibles qu'à des conditions strictes : elles doivent avoir été ordonnées par un commandement militaire ou étatique supérieur, on ne peut y avoir recours que de manière proportionnée, elles peuvent uniquement être employées en tant qu'*ultima ratio* –c'est-à-dire après l'échec d'une tentative de résolution du conflit à l'amiable et après menace préalable- pour imposer l'application du droit ou le rétablir et non par simple mesure de vengeance, et elles doivent tenir compte de considérations d'humanité (voir les articles 50 et suivants de la dernière version du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour ses faits internationalement illicites ; Doc. NU A/CN.4/L.600 du 11 août 2000). Au seul regard de ces restrictions générales, une opération entamée en temps de paix qui réunit les éléments constitutifs du génocide ou des crimes contre l'humanité ne peut être justifiée en tant que mesure de représailles.

En revanche, pour des opérations menées dans le contexte d'un conflit armé qui réalisent l'infraction d'un crime de guerre, la justification des représailles peut, au cas par cas, entrer en ligne de compte. Cela est envisageable, par exemple, lorsqu'un acte de belligérance contraire au droit international, comme c'est le cas de l'utilisation d'une arme interdite à l'encontre de combattants, est utilisé comme représailles pour éviter de futures violations du même type par la partie adverse. Certains admettent par ailleurs que le droit international coutumier permet

¹⁶ Le paragraphe 32 du CP dispose : « (alinéa 1) quiconque commet un acte commandé par la légitime défense n'agit pas de manière illicite. (alinéa 2) la légitime défense est la réponse nécessaire pour écarter une attaque illicite et actuelle dirigée contre soi-même ou une autre personne ».

encore l'utilisation de représailles contre des civils à des conditions strictes (voir par exemple Greenwood, *Netherlands Yearbook of Humanitarian Law* 20 [1989], pages 47 et suivantes). La Cour internationale de Justice a évité de prendre position sur ce point dans son avis sur l'évaluation en droit international de l'utilisation de l'arme atomique (Recueil CIJ 1996, n° 46). La République Fédérale d'Allemagne s'est réservée en 1991 la possibilité de « réagir par tous les moyens autorisés par le droit international à des violations graves et planifiées » du Protocole additionnel I, en particulier des articles 51 et 52 (Déclaration lors de l'entrée en vigueur des Protocoles additionnels I et II, n° 6, J.O. allemand 1991 II, pages 968, 969). Elle a ainsi signifié qu'elle ne considère en aucun cas que les interdictions contractuelles de représailles nouvellement introduites par le Protocole additionnel I constituent dans toute leur étendue l'expression du droit international coutumier. Cette conception juridique s'applique en tout état de cause dans le cas du conflit armé ne présentant pas de caractère international, pour lequel aucune interdiction contractuelle de représailles n'est prévue.

Les dernières évolutions du droit international humanitaire vont cependant dans le sens d'une admissibilité plus restreinte des représailles. Les Conventions de Genève de 1949 (ci-après : « Conventions de Genève ») comprenaient déjà de larges interdictions de représailles en cas de conflit armé international (voir article 46 de la 1^{ère} Convention de Genève ; article 47 de la 2^{ème} Convention de Genève ; article 13 alinéa 3 de la 3^{ème} Convention de Genève ; articles 33, 34 et 147 de la 4^{ème} Convention de Genève) qui ne s'appliquent pas seulement en vertu du droit international contractuel mais qui reflètent aussi le droit international coutumier. D'après ces textes, les représailles sont en particulier exclues lorsqu'elles sont dirigées contre des personnes qui sont protégées par le droit international humanitaire et que la partie au conflit concernée tient sous son contrôle. Pour ce cas de figure fondamental, on admet depuis longtemps déjà que les représailles sont également interdites par le droit international coutumier en cas de conflit armé non international (Kalshoven, *Netherlands Yearbook of international Law* 21 [1990, 78 et suivants ; Comité international de la Croix-Rouge, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1997 to the Geneva Conventions*, 1987, pages 1372 et suivantes). Cette conception a reçu une confirmation de poids par la décision Tadic sur la recevabilité (Tadic, IT-94-1-AR-72, 2.10.1995, paragraphes 87 et suivants, 137), dans laquelle il est constaté que le droit international humanitaire du conflit armé non international s'est fortement rapproché de celui du conflit armé international.

Le Protocole additionnel I a fait encore un pas supplémentaire et exclut de manière générale les représailles à l'encontre des civils de la partie adverse dans le cadre d'opérations militaires dans un conflit armé international (article 51 et suivants, en particulier article 51 alinéa 6, 75 alinéa 2c du Protocole additionnel I) et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a également accepté la consécration en droit international coutumier de ces interdictions de représailles du Protocole additionnel I (Kupreskic et autres, IT-95-16-T, 14.1.2000 paragraphes 527-536, 533). Le Tribunal n'a pas non plus différencié le conflit armé international du conflit armé non international (Kupreskic et autres, cité ci-dessus, paragraphe 534).

Au regard de cette tendance de l'évolution du droit international en cours, il est préférable de ne pas envisager les représailles en tant que faits justificatifs dans le code de droit pénal international. Pour le domaine étroit dans lequel les représailles entrent en ligne de compte en tant que fait justificatif, on peut laisser à la jurisprudence le soin de décider au cas par cas, en considération de l'état d'évolution du droit international humanitaire.

g) Responsabilité pénale

La règle de l'article 31 alinéa 1 lettre a du Statut CPI relative à l'exclusion de la responsabilité en cas de maladie mentale correspond au paragraphe 20 du code pénal allemand. Dans la mesure où il maintient la responsabilité au cas où l'auteur s'est lui-même placé sous l'effet d'un stupéfiant, l'article 31 alinéa 1 lettre b du Statut CPI n'a certes pas d'équivalent direct dans le code pénal allemand. Cependant, il est également garanti, d'après le droit allemand, qu'un auteur se trouvant dans cette situation est punissable, soit en vertu des principes de l'« *actio libera in causa* » s'ils sont applicables, soit, en tout état de cause, par le biais du paragraphe 323a du CP¹⁷. Il n'est donc pas recommandé de créer une réglementation spécifique de cette question, encore discutée et en cours d'évolution politico-juridique, pour le domaine étroit d'application des infractions de droit international.

h) Erreur

La réglementation de l'erreur prévue à l'article 32 alinéa 1 du Statut CPI correspond en substance au paragraphe 16 du CP. En revanche, l'article 32 alinéa 2 combiné à l'article 33 du Statut CPI exclut de manière générale, contrairement au paragraphe 17 du CP, la prise en considération d'une erreur de droit même inévitable – à l'exception du cas particulier de l'état de nécessité provenant d'un ordre. Cependant, la transposition de cette disposition en droit allemand se voit opposer des réserves de nature constitutionnelle, car la maxime encore largement reconnue en droit anglo-américain « *error juris nocet* » est en contradiction avec le principe de responsabilité pour faute, également ancré constitutionnellement en Allemagne. En outre, il est possible de renoncer à une réglementation spécifique sur le modèle de l'article 33 alinéa 2 du Statut car lors de l'application pratique du code de droit pénal international, les règles relatives à l'erreur correspondent, au final, aux objectifs du Statut : en raison des exigences élevées que la jurisprudence allemande pose pour retenir le caractère inévitable d'une erreur de droit au sens du paragraphe 17 du code pénal (voir par exemple *Décisions de la Cour suprême fédérale en matière pénale (BGHSt)* volume 39, pages 1, 32-35), il n'existe presque aucun cas dans lequel l'auteur d'un génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre pourrait invoquer avec succès en Allemagne une erreur de droit inévitable.

i) Etat de nécessité

Les cas réglés à l'article 31 alinéa 1 lettre d du Statut CPI de « *duress* » correspondent pour l'essentiel à la réglementation de l'état de nécessité du paragraphe 35 du code pénal. Il n'existe que deux différences : d'une part, les actes réalisés dans le seul but de protéger sa propre liberté d'action peuvent être excusés d'après le paragraphe 35 du code pénal mais pas d'après l'article 31 alinéa 1 lettre d du Statut ; d'autre part, le Statut ne prévoit l'impunité que si le dommage causé par l'auteur n'était pas plus important que celui qui a été écarté. En revanche, en droit positif allemand, selon le paragraphe 35 alinéa 1, 2^{ème} phrase du code pénal, l'acte réalisé sous l'emprise de l'état de nécessité ne peut être excusé s'il existe une nette disproportion entre le résultat de cet acte et le bien sauvegardé (voir Lenckner/Perron, in : Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26^{ème} édition, paragraphe 35 n° 33 ainsi que les références indiquées). Ainsi, il ne devrait pas se trouver de cas dans lesquels quelqu'un qui a commis un crime prévu par le code de droit pénal international pour préserver sa propre liberté d'action serait excusé en vertu du paragraphe 35 du code pénal, car les

¹⁷ Le paragraphe 323a du code pénal allemand incrimine le fait de se mettre volontairement ou imprudemment en état d'ivresse manifeste par la consommation d'alcool ou d'autres substances stupéfiantes, lorsque la personne concernée commet dans cet état un acte illicite et ne peut être punie pour celui-ci parce qu'elle est irresponsable en raison de l'ivresse.

intérêts juridiques protégés dans le code de droit pénal international ont en règle générale un poids nettement supérieur à celui de la liberté d'action. L'élaboration d'une règle spéciale par rapport au paragraphe 35 du code pénal apparaît donc superflue.

j) Indifférence de la qualité officielle

Il n'est pas prévu de disposition relative à l'indifférence de la qualité officielle sur le caractère punissable au sens de l'article 27 alinéa 1 du Statut CPI car il n'existe pas, en droit allemand, d'exclusion générale de responsabilité pénale pour les membres du gouvernement ou les parlementaires. La disposition de l'article 27 alinéa 2 du Statut CPI, qui prévoit que les règles d'immunité internes ou internationales n'ont aucune incidence, ne concerne pas le caractère punissable mais la possibilité pour la Cour de poursuivre les infractions de droit international. L'immunité parlementaire de l'article 46 alinéa 2 à 4 de la Loi fondamentale comme les dispositions comparables des Constitutions des *Länder* ne posent en fin de compte aucun problème. Sur ce point, il devrait suffire, pour assurer que les poursuites internes prioritaires soient possibles, et ceci également au regard de la réglementation du Statut, que le cas échéant, l'immunité d'un député contre lequel il existe un soupçon de commission d'un crime de droit international puisse être levée par le Parlement. Il ne peut y avoir de cas de conflit en ce qui concerne l'immunité des parlementaires en raison de leurs déclarations au Parlement. Même la réglementation des paragraphes 18 à 20 de la loi portant sur l'organisation judiciaire¹⁸ ne fait pas obstacle à l'application du Statut car l'article 27 alinéa 2 Statut CPI n'oblige pas l'Allemagne à poursuivre elle-même, le cas échéant, des auteurs étrangers qui tombent sous le coup de ces dispositions. En ce qui concerne la coopération avec la Cour pénale internationale, le projet de loi pour la coopération avec la Cour pénale internationale (voir ci-dessus sous A. IV) prévoit que les paragraphes 18 à 20 de la loi portant sur l'organisation judiciaire ne s'opposent pas à la remise de personnes à la Cour internationale.

k) Participation en tant qu'auteur ou complice, tentative

La réglementation de la responsabilité pénale individuelle figurant à l'article 25 du Statut ne nécessite pas de transposition particulière car elle correspond en substance aux formes de participation en tant qu'auteur et que complice des paragraphes 25 à 27 du code pénal, de même qu'à la réglementation de la tentative des paragraphes 22 à 24 du code pénal. La participation à un groupe agissant de concert réglée à l'article 25 alinéa 3 lettre d du Statut est également appréhendée, au paragraphe 27 du code pénal. La particularité de cette forme de participation consiste simplement en ce que l'action de soutien du complice se rapporte dans ce cas à une infraction (au moins tentée) par un groupe. Cette différence ne justifie pas de réglementation propre.

l) Effets juridiques et fixation de la peine

Il n'est pas prévu de règles spéciales envisageant de manière générale les effets juridiques et la fixation de la peine. Le Statut CPI pose, pour les besoins de la jurisprudence de la Cour pénale internationale, les règles essentielles sur ce point dans ses articles 77, 78 et 110, complétés par les règles correspondantes du « règlement de procédure et de preuve » (voir Doc. NU PCNICC/2001/1/Add.1, *Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence*, du 2 novembre 2000, règles 145-148). Quant aux peines, le Statut prévoit, sans

¹⁸ Les paragraphes 18 à 20 de la loi portant sur l'organisation judiciaire prévoient que les diplomates étrangers en fonction en Allemagne, leurs familles et leur personnel privé, les membres des institutions consulaires et les représentants étrangers en visite officielle en Allemagne échappent à la compétence des juridictions allemandes.

indication de minimum, la privation de liberté à temps pour un maximum de 30 ans, la privation de liberté à perpétuité et la peine d'amende (non limitée). Mais cette dernière ne peut être prononcée qu'en complément d'une peine privative de liberté. Il n'y a pas de peines particulières attribuées aux infractions des articles 5 à 8 du Statut CPI. Le sursis avec mise à l'épreuve n'est envisagé ni lors du prononcé de la peine ni en tant que modalité de l'abandon du reliquat de peine. L'article 110 prévoit tout de même la possibilité d'une diminution du quantum de la peine après que la personne condamnée a purgé au moins les deux tiers de sa peine en cas de privation de liberté à temps et au bout de 25 ans en cas de privation de liberté à perpétuité.

Ces règles apparaissent problématiques pour le droit allemand en raison de la large marge de manœuvre qu'elles confèrent au juge, aussi bien face aux exigences constitutionnelles de précision, que du point de vue de l'égalité de traitement par rapport aux personnes jugées selon le droit pénal commun. Mais elle ne sont pas non plus déterminantes pour la jurisprudence des tribunaux allemands relative au droit pénal international. Pour assurer la priorité des poursuites pénales nationales par rapport à la compétence simplement complémentaire de la CPI, qui n'entre en jeu que lorsqu'un Etat n'est pas disposé ou n'est pas en mesure de procéder lui-même à des poursuites adaptées (voir articles 17 et 20 alinéa 3 du Statut CPI), il faut simplement prendre en considération le fait que les règles relatives aux effets juridiques doivent permettre le prononcé d'une peine qui ne paraisse pas, dans le contexte des dispositions pénales du Statut de Rome et de la jurisprudence pénale internationale, comme nettement inadaptée en raison de sa faible sévérité.

C'est pourquoi dans le projet, des peines concrètes, établies selon une gradation abstraite en fonction du tort associé à l'infraction, ont été affectées à chaque infraction pénale. Comme dans le Statut, seules des peines privatives de liberté sont prévues –eu égard à la gravité des crimes dont il s'agit ici-. Pour le reste, en raison des considérations précédentes, il n'est ni nécessaire ni indiqué d'élaborer des règles spéciales par rapport au droit pénal commun. En outre, en ce qui concerne la fixation concrète de la peine, il ne découle de l'article 78 alinéa 1 du Statut CPI et des dispositions correspondantes du « règlement de procédure et de preuve » aucune particularité dont le droit positif relatif à la fixation de la peine et la jurisprudence afférente ne tiendraient pas compte.

Pour l'affectation des peines concrètes aux différentes infractions, les réflexions suivantes ont été déterminantes : en premier lieu, le code de droit pénal international réprime les crimes les plus graves portant atteinte à la cohabitation paisible des peuples, notamment le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et fixe donc par principe des peines plus élevées que pour des infractions correspondantes en droit pénal commun. En deuxième lieu, le projet part du principe qu'en raison du lien fonctionnel avec une « attaque étendue et systématique contre une population civile », une peine plus élevée pour les crimes contre l'humanité que pour les crimes de guerre réalisés par des actes comparables sera en général appropriée. En troisième lieu, le projet se doit de déterminer, à l'intérieur des différentes catégories de crimes, le poids des différents modes de réalisation des infractions en rapport les uns avec les autres. Indépendamment du caractère autonome du code de droit pénal international, on peut s'appuyer dans une large mesure sur la classification des peines du code pénal pour déterminer les rapports : si on fait abstraction de la relation avec un conflit armé ou avec une attaque étendue et systématique contre une population civile, le code pénal contient de nombreuses incriminations semblables. Les évaluations du tort qui ont déterminé le législateur fédéral allemand sont perceptibles de par les peines prévues et s'avèrent utiles pour évaluer les infractions du code de droit pénal international les unes par rapport aux autres. Au

final, il convient de satisfaire le souci d'établir un système cohérent tant par le biais des peines concrètement encourues que par la prise en compte d'éventuels cas de moindre gravité ou de circonstances aggravantes. En rapport avec les minima élevés de peine, le projet prévoit des cas de moindre gravité notamment lorsqu'il existe une importante marge de manœuvre pour évaluer la gravité des faits en raison de la définition large de l'infraction.

m) Non bis in idem

Une réglementation relative au principe « *non bis in idem* » (article 20 du Statut CPI) dans les rapports avec la Cour pénale internationale est superflue car une réglementation relative aux rapports entre la Cour pénale internationale et les tribunaux allemands a été prévue dans la loi pour la coopération avec la Cour pénale internationale (voir les paragraphes 3 et 70 du projet de loi pour la coopération avec la Cour pénale internationale).

Sur le § 3 (Actes commis en exécution d'un ordre ou d'une instruction)

Bien que la réglementation sur l'erreur de droit du paragraphe 17 du code pénal¹⁹ demeure applicable pour le domaine du code de droit pénal international, il ne peut être renoncé à une disposition relative aux actes commis en exécution d'un ordre faisant écho, d'une part, à l'article 33 du Statut CPI et, d'autre part, au paragraphe 5 de la loi pénale militaire (*Wehrstrafgesetz*)²⁰. De même que le paragraphe 5 de cette loi, le paragraphe 3 du CDPI contient une réglementation plus favorable que celle du paragraphe 17 du CP envers l'auteur d'un crime de guerre agissant en exécution d'un ordre militaire ou civil, à laquelle on ne peut par conséquent renoncer, ne serait-ce qu'en raison du principe de la compétence universelle.

Le texte du projet repose sur la distinction entre les ordres contraignants et les ordres non contraignants (c'est-à-dire contraires au droit pénal ou aux droits de l'Homme) figurant au paragraphe 22 de la loi pénale militaire. Si un subordonné exécute un ordre contraignant, il ne peut être puni en application du code de droit pénal international car selon la définition du paragraphe 22 alinéa 1 de la loi pénale militaire²¹, un tel ordre ne peut commander l'exécution d'aucun comportement contraire au droit pénal ou aux droits de l'Homme (voir aussi le paragraphe 11 alinéa 1, 3^{ème} phrase de la loi sur le service national (*Soldatengesetz*)). Le paragraphe 3 du CDPI ne concerne donc que le cas où un subordonné exécute un ordre véritablement non contraignant. Le paragraphe 5 de la loi pénale militaire, prévoyant un fait justificatif de type particulier et une réglementation spécifique pour l'erreur de droit, constitue pour ainsi dire un privilège du soldat, étant donné que la simple possibilité d'éviter l'erreur sur le caractère illicite n'entraîne pas en elle-même la culpabilité comme c'est le cas au paragraphe 17 du code pénal, mais caractérise seulement l'évidence de l'illicéité. Cette réglementation est également celle de l'article 33 du Statut, mais en raison de la fiction légale de l'évidence du caractère illicite de l'article 33 alinéa 2 du Statut CPI, elle n'est valable, en définitive, que pour les crimes de guerre. Cette fiction n'a pas été reprise dans le code de droit

¹⁹ Le paragraphe 17 du code pénal dispose : « L'auteur qui n'avait pas connaissance, au moment des faits, de l'illicéité de son acte, n'est pas coupable s'il ne pouvait éviter cette erreur. Si l'erreur était évitable, la peine peut être adoucie en application du paragraphe 49 alinéa 1 du CP ».

²⁰ Le paragraphe 5 de la loi pénale militaire dispose : « Si un subordonné commet un acte illicite constituant une infraction pénale en exécution d'un ordre, il n'est coupable que s'il savait qu'il s'agissait d'un acte illicite ou que cela était évident en considération des circonstances connues de lui ».

²¹ Selon le paragraphe 22 de la loi pénale militaire, un subordonné qui désobéit à un ordre n'agit pas de manière illicite si l'ordre n'est pas contraignant, notamment s'il n'est pas donné à des fins en rapport avec le service, s'il porte atteinte à la dignité humaine ou si son exécution entraînait la commission d'une infraction pénale.

pénal international ; elle serait problématique au regard du principe de responsabilité pour faute et, en outre, elle est superflue en termes de technique législative si d'emblée, on restreint –comme c'est le cas- l'applicabilité du paragraphe 3 aux infractions de la deuxième et troisième section du CPDI. Les infractions de la troisième section sont également prises en considération ici, parce que par exemple, le caractère illicite de l'ordre de ne pas dénoncer un crime contre l'humanité n'est pas aussi évident que le caractère illicite de l'instruction de commettre un tel crime.

L'allusion à la reconnaissance du caractère illicite plutôt qu'à la connaissance de celui-ci repose sur des considérations purement linguistiques²². Il s'agit d'harmoniser la formulation avec celle du paragraphe 5 de la loi pénale militaire ; aucun changement substantiel n'y est attaché. La différence de formulation persistante par rapport à la loi pénale militaire, dans laquelle il en va de l'illicéité de l'acte et non de celle de l'ordre, résulte d'un souci de fidélité au Statut. Dans la pratique, elle ne devrait pas être décisive, car le Statut part tacitement du principe que toute instruction de commettre un acte tel que décrit dans le CDPI est illicite et qu'ainsi, l'auteur n'est excusé que s'il ignorait également cette illicéité.

L'extension très large, dans le Statut CPI, du privilège du subordonné se trouvant dans l'erreur quant à la licéité des instructions de supérieurs civils est limitée au paragraphe 3 aux « instructions d'effet réellement contraignant comparable ». Le critère de référence est donc le rapport hiérarchique de subordination et de préposition généralement intrinsèque à l'ordre militaire, qui peut exister, par exemple, dans les rapports entre le Gouverneur civil d'un territoire occupé et ses subordonnés.

Sur le § 4 (Responsabilité des chefs militaires et des autres supérieurs hiérarchiques)

Cette disposition reprend un aspect de la responsabilité des supérieurs pour les infractions commises par leurs subordonnés figurant à l'article 28 du Statut CPI. Le droit pénal allemand ne contient pas de règle générale de ce type, mais dans les cas où le supérieur hiérarchique laisse, en connaissance de cause, un subordonné soumis à ses ordres commettre une infraction, on aboutit soit par l'intermédiaire du paragraphe 13 du CP²³, ou en tout état de cause par le biais de la disposition spéciale du paragraphe 357 du CP²⁴, à ce que le supérieur est punissable. De même que le paragraphe 357 du CP, le paragraphe 4 du CDPI prévoit la punition du supérieur dans la même mesure que celle du subordonné, bien que l'on puisse, en termes de dogmatique juridique, qualifier l'omission d'agir du premier de simple complicité. En raison de la responsabilité particulière du supérieur hiérarchique, l'alinéa 1, 2^{ème} phrase exclut l'adoucissement de peine en application du paragraphe 13 alinéa 2 du CP. Cette réglementation est valable, selon l'alinéa 2, non seulement pour les supérieurs hiérarchiques officiels, mais aussi pour les supérieurs militaires et les supérieurs civils de fait ; l'existence d'un pouvoir effectif de commandement et de contrôle, qui implique la possibilité d'empêcher la réalisation des faits, est déterminante.

²² Les termes utilisés en allemand sont : « sofern der Täter nicht erkennt », traduisibles mot à mot par : « si l'auteur ne reconnaît pas ». Comme l'utilisation du terme « erkennen » ne résulte d'aucune considération technique, la traduction française pouvait s'en détacher légèrement : « si [l'auteur] ignorait ».

²³ Le paragraphe 13 du code pénal allemand incrimine, à certaines conditions, la commission par omission d'une infraction.

²⁴ Le paragraphe 357 du code pénal allemand incrimine l'incitation d'un subordonné à commettre une infraction pénale.

Si le supérieur hiérarchique ignorait tout des infractions que le subordonné projetait de commettre, il ne peut pas, selon les principes de droit allemand, en l'absence de dol, être puni de la même manière que l'auteur d'une infraction volontaire. Par conséquent, le concept, plus large sur ce point, de la participation au crime en tant qu'auteur d'après la maxime « *respondeat superior* », telle que la prévoit l'article 28 lettre a (i) du Statut CPI également pour les cas où c'est par négligence que la commission d'une infraction n'a pas été empêchée, ne pouvait pas être transposé dans la partie générale du CDPI. Cependant, ces cas sont envisagés dans la partie spéciale du CDPI par le biais des dispositions sur la violation de l'obligation de surveillance (paragraphe 13) ainsi que par le biais de l'omission de dénoncer une infraction pénale (paragraphe 14).

Sur le § 5 (Imprescriptibilité)

L'article 29 du Statut CPI exclut la prescription pour tous les crimes soumis à la compétence de la Cour pénale internationale, par conséquent pour tous les « crimes les plus graves, touchant la communauté internationale dans son ensemble » cités à l'article 5 du Statut CPI. Cette stricte exigence est transposée au paragraphe 5 du CDPI. Pour retenir l'imprescriptibilité, le législateur doit faire usage de la large marge de manœuvre que lui confère la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, ce afin de pallier l'objection d'une complémentarité lacunaire de la réglementation allemande. Pour des considérations d'égalité par rapport au code pénal, la disposition ne vise que les crimes du code de droit pénal international car les délits prévus aux paragraphes 13 et 14 sont de moindre gravité. A vrai dire, il ne faut pas méconnaître le fait que cette réglementation conduit à des frictions avec le droit allemand, qui ne prévoit l'imprescriptibilité que pour l'assassinat et le génocide (paragraphe 78 alinéa 2 du code pénal), surtout en ce qui concerne les cas les moins graves des crimes de guerre. Pourtant, il faut voir que pour les infractions particulières punies de la privation de liberté pendant plus de dix ans, le paragraphe 78 alinéa 3 n° 1 et 2 du code pénal prévoit des prescriptions de 20 à 30 ans qui, en pratique, sont souvent comparables à l'imprescriptibilité. En outre, il arrivera souvent pour les infractions du code de droit pénal international que dans les Etats appelés à effectuer les poursuites pénales en priorité (Etat de lieu de commission des faits, Etat de la nationalité de l'auteur), une poursuite soit bloquée pendant une longue période en raison du défaut de volonté effective et exécutable de l'Etat pour poursuivre (voir paragraphe 78 b alinéa 1 n° 2 du CP) ; afin que dans ces cas, les infractions des paragraphes 6 à 12 du CDPI puissent encore être poursuivies en temps voulu, une suppression générale des délais de prescription paraît justifiée.

Dans l'esprit du paragraphe 79 alinéa 2 du CP, qui exclut la prescription pour l'exécution de la peine prononcée en cas de génocide, le paragraphe 5 du CDPI prévoit que l'exécution des peines prononcées pour des infractions au code de droit pénal international ne se prescrit pas non plus.

Cela ne diffère que pour les paragraphes 13 et 14 du CDPI, car il s'agit ici simplement de délits, de sorte qu'en vertu du paragraphe 2 du CDPI, les délais communs de prescription du paragraphe 78 alinéa 3 n° 5 et du paragraphe 79 alinéa 3 du CP sont applicables pour ces infractions. Cela paraît également justifié au regard de la moindre gravité des faits dont il est question.

Deuxième partie **Infractions de droit international**

Première section **Génocide et crime contre l'humanité.**

Le génocide et le crime contre l'humanité sont réglementés dans la même section en raison du lien matériel étroit existant entre les deux infractions. La définition de l'infraction de génocide a fait ses preuves dans les procédures effectuées jusqu'à présent et elle a été reprise presque telle quelle du code pénal. L'infraction de crime contre l'humanité a été définie le plus fidèlement possible par rapport au Statut de Rome.

Sur le § 6 (Génocide)

La définition correspond dans ses termes pour l'essentiel à l'infraction de génocide du paragraphe 220a du code pénal. La disposition repose sur la définition de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du génocide de 1948 (J.O. allemand 1954 II page 729) et correspond ainsi en même temps à l'article 6 du Statut CPI.

La différence de formulation dans les numéros 1, 2 et 5 entre l'article 6 du Statut CPI, d'une part, et le paragraphe 220a du CP, d'autre part, montre que les conditions du génocide peuvent être remplies dès lors que l'acte n'est dirigé qu'à l'encontre d'une seule personne. Cette version linguistique de l'infraction tient suffisamment compte des éléments constitutifs de l'article 6 du Statut CPI et confirme l'interprétation donnée jusqu'à présent de l'infraction de génocide (voir Jähne, in : *Leipziger Kommentar*, 11^{ème} édition, paragraphe 220a n° 10 ; Eser, in : *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Schönke/Schroeder, 26^{ème} édition, paragraphe 220a n° 4). Si l'acte est dirigé contre plusieurs personnes, on conçoit aisément de retenir l'unité d'action (voir *Décisions de la Cour suprême fédérale en matière pénale (BGHSt)* volume 45, pages 65, 85 et suivantes). Les autres divergences que présente le paragraphe 6 alinéa 1 n° 3 et 5 par rapport au paragraphe 220a du CP en vigueur jusqu'à présent résultent uniquement de considérations linguistiques.

L'élément constitutif du groupe « déterminé par son appartenance à un peuple » utilisé jusqu'à présent dans le paragraphe 220a du CP a été remplacé en référence aux termes de l'article 6 du Statut de la CPI par le terme « ethnique » qui, en conformité avec le Statut CPI, est également utilisé au paragraphe 7 alinéa 1 n° 10 du CDPI. Il n'y est donc pas attaché de modification substantielle de la disposition.

Pour l'incitation publique à commettre un génocide, punissable en vertu de l'article 6 combiné à l'article 25 alinéa 3 lettre e du Statut CPI, la répression applicable jusqu'à présent en application des paragraphes 111 et 130a du CP demeure en vigueur.

Sur le § 7 (Crimes contre l'humanité)

Cette disposition repose sur l'article 7 du Statut CPI. Une série d'instruments juridiques internationaux préexistants ont été utilisés pour son élaboration, notamment l'article 6c du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, l'article II n° 1c de la loi n° 10 du

Conseil de contrôle, l'article 5c du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, l'article 5 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et l'article 3 du Statut pour le Tribunal international pour le Rwanda. Les crimes contre l'humanité forment, par rapport aux crimes de guerre, un groupe autonome d'infractions permettant la répression des violations graves des droits de l'Homme. Ils peuvent être commis aussi bien en temps de paix qu'en cas de conflit armé international ou non international.

L'infraction a été définie le plus fidèlement possible par rapport à l'article 7 du Statut CPI. La description plus concrète de certains points des éléments constitutifs résulte de l'exigence constitutionnelle de précision. L'ordre dans lequel sont énumérées les différentes infractions constituant des crimes contre l'humanité diffère de celui de l'article 7 alinéa 1 du Statut CPI. Les divergences proviennent d'une part de l'intégration du crime d'apartheid en tant qu'infraction accessoire (voir article 7 alinéa 1 lettre j du Statut CPI par rapport au paragraphe 7 alinéa 5 du CDPI). D'autre part, l'ordre d'énumération des différents actes de l'alinéa 1 a été adopté en fonction de leur gravité, ainsi qu'il ressort des peines respectivement prévues.

1. L'infraction principale du paragraphe 7 alinéa 1

L'élément objectif des crimes contre l'humanité consiste toujours dans la réalisation d'au moins un des éléments énumérés au paragraphe 7 alinéa 1 n° 1 à 10. Pour la plupart de ces éléments, il s'agit de comportements déjà visés en tant que tels par les dispositions du code pénal. De manière strictement fidèle au Statut de Rome, les différents actes n'acquièrent leur caractère de crime contre l'humanité et, par conséquent de crime de droit international, que du fait qu'ils sont commis « en relation avec une attaque généralisée ou systématique contre une population civile », c'est-à-dire parce qu'ils entretiennent un lien fonctionnel avec une telle attaque. Les différents éléments énumérés doivent s'inscrire dans le cadre de cette attaque, l'« acte collectif ».

En ce qui concerne l'élément subjectif, le minimum requis est le dol éventuel (paragraphe 15 du CP). Le dol doit porter d'une part sur l'inscription de l'acte dans une attaque généralisée et systématique contre une population civile, même si le dol éventuel suffit quant à l'existence d'une telle attaque. D'autre part, le dol doit couvrir la réalisation d'au moins un acte énuméré au paragraphe 7.

a) L'acte collectif

Pour interpréter les termes « attaque contre une population civile », il convient de se reporter à la définition légale de l'article 7 alinéa 2 lettre a du Statut CPI. D'après celui-ci, une « attaque contre une population civile » est un « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés à l'article 7 alinéa 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Aux origines de l'attaque, doit donc se trouver une institution collective, laquelle consiste le plus souvent, mais pas nécessairement, en un Etat au sens du droit international public. L'existence d'une attaque militaire au sens du droit international humanitaire (voir article 49 Protocole additionnel I) n'est donc pas nécessaire pour que l'infraction soit réalisée.

Une attaque est généralisée notamment lorsqu'elle provoque un grand nombre de victimes dans la population civile ; une attaque systématique suppose quant à elle un degré important de planification. Les deux éléments se recouperont souvent.

b) Les actes individuels

Sur le § 7 alinéa 1 n° 1 (Homicide volontaire)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre a du Statut CPI et suppose que l'auteur ait provoqué la mort d'un ou de plusieurs êtres humains.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 2 (Extermination)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre b du Statut CPI. Elle présente un lien matériel étroit avec l'infraction de génocide. En contraste avec l'article 7 alinéa 2 lettre b du Statut CPI, l'extermination a donc été définie suivant l'exemple du paragraphe 220a alinéa 1 n° 3 du code pénal. L'élément de « l'intention de détruire un population en tout ou en partie », ajouté par rapport au Statut de Rome, tend à préciser les conditions de la répression par une adaptation à l'infraction de génocide.

A la différence de l'infraction de génocide, le crime contre l'humanité d'extermination n'est pas réservé à des groupes déterminés et inclut notamment les groupes politiques et sociaux. De même que pour le génocide, il n'est pas nécessaire qu'un certain résultat soit atteint. Dans la mesure où les éléments constitutifs de l'infraction du paragraphe 220a alinéa 1 n° 3 dans la version actuelle du code pénal ou du paragraphe 6 alinéa 1 n° 3 dans la version envisagée du code de droit pénal international sont remplis, il est possible que, dans certains cas, l'on aboutisse à une concurrence idéale avec cette dernière infraction.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 3 (Réduction en esclavage)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre c du Statut CPI. L'incrimination de la réduction en esclavage vise l'exercice d'un droit de propriété que l'on s'est arrogé sur un être humain, notamment le cas typique du commerce d'une femme ou d'un enfant. Pour interpréter ce point de l'alinéa 1, il conviendra de se reporter à la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956 (J.O. allemand 1958 II p. 205) ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (Kunarac et autres, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22.2.2001, paragraphes 515 et suivants).

Sur le § 7 alinéa 1 n° 4 (Déportation ou transfert forcé)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre d du Statut CPI. Elle suppose le transport forcé d'une personne hors du territoire sur lequel elle réside légalement.

Contrairement à l'article 7 du Statut CPI, le paragraphe 7 alinéa 1 n° 4 n'exige pas le transport forcé « d'une population » (article 7 alinéa 1 lettre d du Statut CPI) ou de « plusieurs personnes » (article 7 alinéa 2 lettre d du Statut CPI). L'élargissement de l'infraction par rapport aux termes du Statut CPI correspond à la réglementation des Eléments des crimes et s'impose pour saisir le tort punissable. Comme dans les cas des n° 1, 3, 5 à 9, il suffit qu'une seule personne soit victime de l'acte. L'augmentation décisive du tort résulte, ici aussi, du lien fonctionnel entre l'acte individuel et l'acte global. Sur la question de savoir si une personne réside « légalement » sur un territoire, le droit interne contraire au droit international doit être ignoré.

C'est seulement en raison de la violation sous-jacente du droit international que l'acte devient un crime de droit international. La formule retenue de « règle générale du droit international », distincte de celle du Statut CPI, renvoie à l'article 25 de la Loi fondamentale et ainsi en particulier aux règles de droit international coutumier au sens de l'article 38 alinéa 1 lettre b du Statut CPI. Comme l'article 25 de la Loi fondamentale ne concerne que le droit international coutumier universellement applicable, il est garanti que le droit allemand ne couvrira lui aussi que les comportements qui, d'après les standards universellement applicables, révèlent un tort punissable. Les mesures d'expulsion qui ne violent que des règles de droit international conventionnel ou des règles de droit international coutumier ne tombent pas sous le coup de l'infraction.

Il convient de retenir la violation d'une règle générale de droit international lorsqu'il n'existe pas de raison objective pour justifier les mesures d'expulsion, par exemple dans le cas où des groupes entiers de population ou certaines parties de groupes sont chassés de leur zone d'habitation d'origine pour des seules raisons raciales, dans le cadre d'une politique de purification ethnique. En revanche, des mesures légales de fin de séjour à l'encontre d'étrangers qui résident illégalement sur un territoire par exemple, sont d'emblée exclues du champ d'application de la norme. Il en est de même pour le transfert de groupes de population dans le but de les protéger, par exemple contre des catastrophes naturelles ou contre des combats militaires en cas de conflit armé.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 5 (Torture)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre f du Statut CPI. La formule « de toute autre manière » montre clairement que les situations de contrôle comparables à la garde sont comprises.

En revanche, il est exclu de retenir la torture lorsqu'il est question de la conséquence de sanctions admises par le droit international. Ce sont, d'une part, celles qui sont conformes aux règles générales du droit international. Par conséquent, les actes non prohibés par le droit international coutumier en vigueur ne peuvent être qualifiés de torture, comme par exemple l'exécution de la peine de mort dans un Etat en compatibilité avec le droit international. A l'opposé du paragraphe 7 alinéa 1 n° 4 et 9, il n'est pas fait uniquement référence au droit international coutumier universellement applicable, mais les sanctions légales qui ne sont admises que par le droit international coutumier régional ne réalisent cependant pas davantage l'infraction. Le paragraphe 7 alinéa 1 n° 5 ne vise par conséquent que les sanctions assimilées à la torture à l'échelle mondiale. Il manque une base juridique en droit international coutumier pour envisager une répression plus large de la torture ; mais la répression demeure possible en application d'autres dispositions.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 6 (Violences sexuelles)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre g du Statut CPI. En contraste par rapport au texte du Statut CPI, l'élément constitutif de « l'abus sexuel » a été ajouté dans la définition (voir paragraphe 177 du CP). Cette conception de base garantit que les éléments de « l'esclavage sexuel » et de « toute autre de forme de violence sexuelle de gravité comparable », mentionnés dans le Statut CPI, tombent sous le coup de l'infraction. L'appréhension du comportement punissable par le droit allemand en tant qu'abus sexuel est

d'ailleurs également conforme à la coutume internationale, comme le montre par exemple la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (Kunarac et autres, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22.2.2001, paragraphes 436 et suivants).

La définition de l'élément constitutif de la grossesse forcée s'appuie en revanche sur la définition légale de l'article 7 alinéa 2 lettre f du Statut CPI. D'un point de vue subjectif, « l'intention d'influencer la composition ethnique d'une population » est requise. Les règles relatives à l'interruption de grossesse (paragraphes 218 à 219 du CP) demeurent inchangées.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 7 (Disparitions forcées)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre i du Statut CPI. Elle incrimine une pratique déjà qualifiée de crime contre l'humanité par la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes de 1994 (OEA/Ser. P, AG/doc.3114/94 rev. 1). Mais la définition légale de l'article 7 alinéa 2 lettre i du Statut CPI n'est pas satisfaisante au regard des exigences de précision du droit allemand en ce qui concerne la concrétisation de la responsabilité pénale individuelle. C'est pourquoi le paragraphe 7 alinéa 1 n° 7 distingue, en s'appuyant sur les Eléments des crimes du Statut de Rome, les actes alternatifs de la privation de liberté, d'une part, et du refus de fournir des renseignements, d'autre part.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 7 lettre a

La privation de liberté caractérisée plus précisément dans l'infraction forme le noyau dur de la réalisation de l'infraction d'après la lettre a. Il est mis en évidence, par la formulation « de manière grave », que les privations de liberté de moindre durée notamment n'entrent pas dans le champ d'application de l'infraction. De plus, la privation de liberté doit être réalisée sur l'ordre ou avec le consentement d'un Etat ou d'une organisation politique. Il faut en outre, pour que l'infraction soit réalisée, que par la suite et bien qu'il en ait été fait la demande, par exemple par les proches de la victime, il n'ait pas été fourni immédiatement, c'est-à-dire sans qu'une raison objective ne justifie un éventuel retard, de renseignements sur le sort ni sur l'endroit où se trouve la personne privée de liberté. *A contrario*, le simple fait de ne pas donner de renseignements sans qu'il n'existe de demande correspondante ne suffit pas à réaliser l'infraction de disparition forcée. Même lorsque les renseignements demandés ne sont pas fournis, il s'agit d'un élément constitutif véritable que l'auteur doit avoir connu et voulu. Par conséquent, d'après le paragraphe 7 alinéa 1 n° 7 lettre a, le comportement n'est punissable que si, en plus de la privation de liberté, les renseignements mentionnés ne sont pas fournis, l'auteur tait ces derniers de façon dolosive et l'intention requise est constituée. En soi, l'interprétation téléologique démontre déjà que des faux renseignements ne constituent pas des renseignements suffisants. Afin de mettre ce point en évidence, l'élément « conforme à la vérité » est également mentionné. L'auteur du comportement incriminé à la lettre a ne doit pas nécessairement être la personne qui a refusé de donner ou fourni les renseignements. Mais si des renseignements sont immédiatement fournis, cela conduit à ce que l'auteur d'une privation de liberté ne puisse en aucun cas être puni pour une disparition forcée consommée.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 7 lettre b

Pour la seconde branche de l'alternative, l'acte consiste en un refus de fournir immédiatement des renseignements à la suite d'un enlèvement ou d'une privation grave de liberté. Par conséquent, cette branche de l'alternative suppose l'existence d'une demande de

renseignements ; sans elle, il ne peut y avoir de refus. Elle constitue le miroir de la lettre a, de sorte que les explications précédentes s'appliquent en principe respectivement. Mais il ne suffit pas ici –contrairement à ce qui vaut pour la lettre a- que le refus de fournir les renseignements soit simplement réalisé avec le consentement de l'Etat ou de l'organisation politique en question. L'infraction n'est constituée que si un ordre correspondant existe, ou si le refus de fournir les renseignements ne résulte pas d'un ordre d'un Etat ou d'une organisation politique, mais que l'auteur s'est volontairement engagé, de lui-même et sans qu'on le lui ordonne, dans une politique étatique de disparition forcée et viole ainsi une obligation juridique préexistence d'information. Une telle obligation juridique peut résulter du droit interne, par exemple de la procédure pénale ou du droit constitutionnel, mais également du droit international. Conformément au paragraphe 7 alinéa 1 n° 7 lettre a, il est ici également prévu que le fait de fournir volontairement des faux renseignements est équivalent au refus de fournir des renseignements, lorsque les autres conditions sont remplies. En tout cas, il faut dans le cas de la lettre b que l'intention porte aussi sur le fait que la victime sur le sort de laquelle on refuse de donner des renseignements ou on donne de faux renseignements a été enlevée auparavant selon les conditions décrites sous la lettre a, ou a été privée d'une autre manière de sa liberté.

D'un point de vue subjectif, la disposition exige en plus du dol, l'intention « de soustraire une personne de la protection de la loi pour une longue durée ».

Sur le § 7 alinéa 1 n° 8 (Fait d'infliger des atteintes graves l'intégrité physique ou mentale)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre k du Statut CPI. A la différence du Statut, les termes « autres actes inhumains de type similaire » n'ont pas été repris dans l'infraction en raison des exigences du principe de précision. Par la formule « des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, notamment du type du paragraphe 226 du CP », ce point du paragraphe 7 reprend la formulation de l'actuel paragraphe 220a alinéa 1 n° 2 du CP.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 9 (Privation de liberté)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre e du Statut CPI. Elle suppose que l'auteur ait empêché un ou plusieurs êtres humains de quitter librement leur lieu de séjour. Sont ainsi visées les situations dans lesquelles une personne n'est certes pas complètement privée de sa liberté physique, mais où cette dernière est limitée à un certain domaine, par exemple en raison de l'internement dans un camp. L'adverbe « gravement » permet notamment d'exclure les privations de liberté de moindre durée.

L'acte n'acquiert le caractère de crime de droit international que par la violation du droit international sur laquelle il repose. La formule choisie « règle générale du droit international », distincte du Statut de Rome, renvoie de nouveau à l'article 25 de la Loi fondamentale et ne fait ainsi référence qu'aux normes du droit international coutumier qui s'appliquent universellement.

Sur le § 7 alinéa 1 n° 10 (Persécution)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre h, alinéa 2 lettre g du Statut CPI. Elle couvre également l'ordre de priver ou de limiter pour une large part les droits fondamentaux de l'Homme. Les droits fondamentaux de l'Homme sont notamment le droit à la vie, le droit à la santé ou la liberté d'aller et venir. Contrairement au Statut CPI, le crime de persécution ne

suppose aucun lien avec un autre crime au sens du code de droit pénal international. L'exigence d'un tel lien ne correspond pas au droit international coutumier en vigueur, ainsi que l'a confirmé plusieurs fois expressément le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (Kupreskic et autres, IT-95-16-T, 14.1.2000, paragraphes 580, Kordic and Cerkez, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, paragraphes 193 et suivants).

L'auteur doit agir pour des mobiles déterminés, mentionnés dans la loi. Par l'élément « pour d'autres critères reconnus comme inadmissibles par les règles générales du droit international », l'alinéa 1 n° 10 laisse la place à une évolution du droit international coutumier en faveur des droits de l'Homme. Par exemple, une persécution en raison de l'orientation sexuelle ne peut pas encore être saisie en tant que telle comme crime contre l'humanité. Les partisans de son intégration expresse ne sont pas parvenus à l'imposer lors des négociations du Statut de Rome malgré une discussion intense. Une norme d'interdiction correspondante du droit international coutumier, nécessaire pour que la norme d'incrimination soit intégrée dans le code de droit pénal international au regard du principe de l'universalité, n'est donc pas encore d'actualité. La formulation de la loi demeure donc sur ce point ouverte pour le cas où une coutume internationale correspondante se développerait dans le futur.

2. Cas de moindre gravité de l'alinéa 1

Sur le § 7 alinéa 2 (Cas de moindre gravité)

Pour les cas de moindre gravité de l'alinéa 1 n° 2 à 9, l'alinéa 2 prévoit la punition par une peine plus douce. Ainsi, des situations de fait dans lesquelles la gravité objective de l'acte concret ou la culpabilité personnelle (amoindrie par exemple par le fait que l'auteur est lui-même menacé dans un rapport d'ordre et d'obéissance) ne justifient pas l'application de la peine normale, peuvent être surmontées de façon adaptée. Comme le cas de moindre gravité d'une limitation importante des droits fondamentaux de l'Homme n'est pas envisageable, l'infraction de persécution n'est pas mentionnée dans le paragraphe 7 alinéa 2.

3. Infractions qualifiées

Sur le § 7 alinéa 3 (Crimes contre l'humanité ayant entraîné la mort)

Le paragraphe 7 alinéa 3 prévoit une augmentation de la peine minimale lorsque l'acte a provoqué au moins par imprudence la mort d'une personne (paragraphe 18 du CP).

Sur le § 7 alinéa 4 (Cas de moindre gravité de l'alinéa 3)

Le paragraphe 7 alinéa 4 permet la réduction de cette peine élevée dans les cas de moindre gravité.

Sur le § 7 alinéa 5 (Crime d'apartheid)

Cette disposition repose sur l'article 7 alinéa 1 lettre j, alinéa 2 lettre h du Statut CPI. Une importante signification symbolique a été accordée à l'intégration dans le Statut CPI du crime d'apartheid au vu du régime de l'apartheid d'Afrique du Sud, vaincu depuis.

Contrairement au Statut CPI, le crime d'apartheid est évoqué dans le CDPI non pas comme un mode autonome de commission de l'infraction, mais comme une forme qualifiée de

l'infraction. D'après le Statut CPI, le crime d'apartheid est commis dès lors que « des actes inhumains de type similaire » à ceux mentionnés à l'alinéa 1 ont été commis. Cet élément ne pouvait pas être repris en raison des exigences du principe de précision. C'est pourquoi le paragraphe 7 alinéa 5, 1^{ère} phrase du CDPI impose qu'un crime décrit à l'alinéa 1 ait été commis. Conformément au Statut CPI, l'infraction qualifiée requiert, du point de vue subjectif, l'intention « de faire perdurer un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial par un autre groupe racial ».

L'alinéa 5 n'est applicable que lorsque l'acte n'est pas déjà puni d'une peine plus sévère en application de l'alinéa 1 ou 3.

Pour les cas de moindre gravité, la 2^{ème} phrase prévoit la punition par une peine plus douce, si l'acte n'est pas puni d'une peine plus sévère en application de l'alinéa 2 ou 4.

Deuxième section

Crimes de guerre

1. Remarques préliminaires générales

La section des crimes de guerre regroupe les crimes de droit international commis dans le cadre d'un conflit armé international ou d'un conflit armé non international. Elle reprend en première ligne les infractions du Statut CPI. Mais au-delà de ces dernières, le projet associe des dispositions de droit international qui doivent être transposées par la République Fédérale d'Allemagne en raison d'obligations de droit international, notamment les dispositions du Protocole additionnel I. Le deuxième Protocole (1999) relatif à la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé a également été pris en considération. Mais les dispositions du code de droit pénal international ne dépassent le domaine envisagé par le Statut CPI que lorsque cela correspond à la coutume internationale bien établie, telle qu'elle s'est manifestée dans la pratique des Etats et dans l'*opinio juris* soutenant ces pratiques. Ont enfin été prises en compte la pratique des Etats pendant les conflits armés, leurs observations correspondantes, notamment la manière dont ils s'expriment dans les manuels militaires et toutes les déclarations généralement reconnues des organes les plus importants des organisations internationales.

Les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont également une signification fondamentale en vue de la constatation de l'existence d'une coutume internationale dans le domaine des crimes de guerre, de même que la jurisprudence afférente des deux tribunaux pénaux. Cette dernière a largement contribué, au cours des dernières années, à la confirmation, à la consécration et au développement des normes de droit international coutumier. Le code de droit pénal international s'inscrit en outre dans la pratique de la République Fédérale d'Allemagne qui, comme il est disposé dans le règlement intérieur central (*zentrale Dienstvorschrift*) 15/2 de l'armée fédérale de 1991, applique le droit du conflit armé international dans toutes les situations d'intervention (n° 211).

Dans la section sur les crimes de guerre, le code de droit pénal international prend acte de l'évolution historique de la protection pénale contre les violations des dispositions essentielles du droit international humanitaire, qui a notamment conduit à l'adoption des « violations

graves » dans les Conventions de Genève (article 49 de la 1^{ère} Convention de Genève, article 50 de la 2^{ème} Convention de Genève, article 129 de la 3^{ème} Convention de Genève, article 146 de la 4^{ème} Convention de Genève, article 85 du Protocole additionnel I). Toutefois, toutes les opérations militaires interdites par le droit international humanitaire ne déclenchent pas immédiatement la répression en application du code de droit pénal international, car la coutume internationale n'offre pas de protection pénale pour toutes les interdictions de droit international. Le code de droit pénal international transpose simplement en droit allemand le droit international coutumier en vigueur dans le domaine du droit pénal, mais n'entend pas restreindre l'évolution du droit international humanitaire pour le reste.

Se détachant de la manière dont les infractions sont disposées dans le Statut CPI, l'ordonnancement systématique des crimes de guerre du code de droit pénal international se conforme au développement substantiel du droit international humanitaire qui s'est imprégné, au cours des décennies, de la distinction entre la protection des personnes et celle des biens, d'une part (droit de Genève), ainsi que de la limitation du recours à des méthodes et des moyens particuliers pour faire la guerre, d'autre part (droit de La Haye). Il en découle, vu le principe de précision, une classification claire distinguant, d'une part, entre les crimes de guerre contre les personnes (§ 8), contre la propriété et les autres droits (§ 9) et contre les opérations humanitaires et les emblèmes (§ 10) et, d'autre part, entre les crimes de guerre par utilisation de méthodes interdites (§ 11) et par utilisation de moyens prohibés dans la conduite des opérations de guerre (§ 12). L'abandon par le projet de la distinction du Statut CPI entre les crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé international et les crimes de guerre civile commis dans le cadre d'un conflit armé non international comme principe structurel essentiel de la loi, contribue également à la simplification de l'application juridique. La tendance à traiter de la même manière les conflits armés internationaux et non internationaux ne s'exprime pas seulement dans le Statut CPI lui-même, mais aussi et surtout dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Désormais, le projet rend cette tendance également visible dans la configuration apparente des infractions, qui s'appliquent souvent aussi bien au conflit international que non international, car la plupart des infractions de crimes de guerre vaut aujourd'hui pour tous les types de conflit. Lorsque l'état du droit international coutumier en vigueur ne permet pas de traiter de la même manière les conflits armés internationaux et non internationaux, la distinction est maintenue par le biais de l'adoption d'infractions particulières.

Le tableau synoptique suivant présente le rattachement des différentes dispositions du Statut CPI ainsi que d'autres dispositions aux dispositions respectives du code de droit pénal international.

Crimes de guerre contre les personnes, § 8 du CDPI	Crimes de guerre contre la propriété et d'autres droits, § 9 du CDPI	Crimes de guerre contre les opérations humanitaires et les emblèmes § 10 du CDPI	Crimes de guerre par utilisation de méthodes interdites dans la conduite des opérations de guerre § 11 du CDPI	Crimes de guerre par utilisation de moyens prohibés dans la conduite des opérations de guerre § 12 du CDPI
Statut CPI				
Art. 8 (2) a i) Art. 8 (2) a ii) Art. 8 (2) a iii) Art. 8 (2) a v) Art. 8 (2) a vi) Art. 8 (2) a vii) Art. 8 (2) a viii)	Art. 8 (2) a iv)			
Art. 8 (2) b vi) Art. 8 (2) b viii) Art. 8 (2) b x) Art. 8 (2) b xv) Art. 8 (2) b xxi) Art. 8 (2) b xxii) Art. 8 (2) b xxvi)	Art. 8 (2) b xiii) Art. 8 (2) b xiv) Art. 8 (2) b xvi)	Art. 8 (2) b iii) Art. 8 (2) b vii) Art. 8 (2) b xxiv)	Art. 8 (2) b i) Art. 8 (2) b ii) Art. 8 (2) b iv) Art. 8 (2) b v) Art. 8 (2) b ix) Art. 8 (2) b xi) Art. 8 (2) b xii) Art. 8 (2) b xxiii) Art. 8 (2) b xxv)	Art. 8 (2) b xvii) Art. 8 (2) b xviii) Art. 8 (2) b xix) Art. 8 (2) b xx)
Art. 8 (2) c i) Art. 8 (2) c ii) Art. 8 (2) c iii) Art. 8 (2) c iv)				
Art. 8 (2) e vi) Art. 8 (2) e vii) Art. 8 (2) e xi) Art. 8 (2) e viii)	Art. 8 (2) e v) Art. 8 (2) e xii)	Art. 8 (2) e ii) Art. 8 (2) e iii)	Art. 8 (2) e i) Art. 8 (2) e iv) Art. 8 (2) e ix) Art. 8 (2) e x)	
Protocole additionnel I				
Art. 11 al. 1, 2 ^{ème} ph. Art. 11 al. 2 a Art. 11 al. 2 b Art. 11 al. 2 c Art. 11 al. 4 Art. 85 al. 4 a Art. 85 al. 4 b Art. 85 al. 4 c Art. 85 al. 4 e		Art. 85 al. 3 f	Art. 85 al. 3 a Art. 85 al. 3 b Art. 85 al. 3 c Art. 85 al. 3 d Art. 85 al. 4 d	
2 ^{ème} Protocole de La Haye de 1999				
			Art. 15	

Le code de droit pénal international ne reprend pas les termes du Statut CPI lorsque ceux-ci étaient pour l'essentiel axés sur les objectifs de la conférence de Rome et qu'ils ne jouent plus de rôle décisif pour la transposition du Statut CPI dans l'avenir. C'est ainsi que la distinction du Statut CPI, fondée d'un point de vue terminologique et historique, entre les « violations graves » des Conventions de Genève et les « autres infractions graves » n'est pas reprise, car elle n'est plus pertinente pour le code de droit pénal international, loi s'appliquant de façon

exclusive et au niveau national. Par ailleurs, lorsqu'ils reflètent le droit international généralement reconnu, les termes du Statut CPI sont réemployés sans qu'il n'ait été nécessaire de les expliciter plus particulièrement.

Pour des actes de belligérance licites, c'est-à-dire admis par le droit international, il ne peut y avoir de répression en application du code de droit pénal international, rien qu'en raison du fait qu'aucune infraction pertinente n'entre en jeu, par exemple en cas d'homicide d'un combattant adverse au cours du combat ou lors de la destruction de biens militaires. Mais elle peut également être exclue lors de la provocation de « dommages collatéraux », par exemple lorsque les dommages annexes sont l'homicide de personnes protégées ou la destruction de biens civils lors d'une attaque respectant les autres dispositions du droit international humanitaire, notamment le principe de proportionnalité.

2. Conditions objectives communes requises pour les crimes de guerre

a) Rapport avec un conflit armé

L'élément objectif de l'infraction de crimes de guerre suppose toujours la réalisation de l'un des différents actes décrits aux paragraphes 8 à 12 du CDPI. Il s'agit principalement de comportements déjà appréhendés en tant que tels dans les dispositions du code pénal. Chacun de ces actes acquiert le caractère de crime de guerre et ainsi de crime de droit international en raison de sa commission dans le cadre d'un conflit armé. C'est seulement à cette condition que se justifie leur classement, dans le préambule du Statut CPI, parmi les « crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale ». En revanche, et contrairement aux crimes contre l'humanité, l'inscription des faits dans le cadre d'une attaque étendue ou systématique contre une population civile n'est pas nécessaire pour les crimes de guerre. Mais les crimes de guerre seront souvent également « exécutés en tant qu'élément d'un plan ou d'une politique ou en tant qu'élément de la commission de tels crimes à grande échelle » (voir article 8 alinéa du Statut CPI).

Le lien avec un conflit armé doit être compris au sens fonctionnel, de sorte que des actes simplement commis « à l'occasion » d'un conflit armé ne sont pas visés. Pour les crimes de guerre par utilisation de méthodes et de moyens de guerre interdits, le lien avec un conflit armé est évident. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a expressément confirmé que le lien est également présent lorsque « *the crimes are committed in the aftermath of the fighting, and until the cessation of combat activities in a certain region, and are committed in furtherance of the situation created by the fighting* » (Kunarac et autres, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22.2.2001, paragraphe 568). Cette jurisprudence pourrait être pertinente en particulier pour le paragraphe 8 du projet par exemple. Il n'est pas exigé que les faits aient été commis dans le cadre temporel d'un conflit armé, donc pendant des opérations militaires armées. Dans la mesure où des normes substantielles de comportement issues du droit international humanitaire sont applicables, comme par exemple à propos du traitement de prisonniers de guerre placés sous la garde de la puissance détentrice, un crime de guerre peut être commis même si les opérations militaires sont interrompues ou terminées. Une proximité spatiale particulière des opérations militaires n'est pas nécessaire non plus. Des crimes de guerre peuvent également être commis dans des régions situées hors d'une zone de combat ou derrière la ligne ennemie. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a confirmé l'application de ce principe à tous les types de conflits dans la formule suivante : « *...humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of international*

conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there » (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, paragraphe 70 ; confirmé dans Delalic et autres, IT-96-21-T, 16.11.1998, paragraphe 183).

b) Conflit armé international et conflit armé non international

Le code de droit pénal international utilise, pour désigner les situations concrètes auxquelles il est applicable, les termes « conflit armé international » et « conflit armé non international ». Le projet suit en cela la pratique généralement acceptée et confirmée dans les jugements des tribunaux nationaux et internationaux. Sous le concept de « conflit armé international » sont comprises, conformément à l'article 2 commun des quatre Conventions de Genève, la guerre ou d'autres formes de conflits entre deux ou plusieurs Etats se réglant par les armes. Conformément à l'article 8 alinéa 2 lettre f du Statut CPI, la formule « conflit armé non international » englobe les conflits dans lesquels, au sein d'un Etat, des forces armées étatiques luttent contre des groupes armés organisés, ou dans lesquels de tels groupes luttent entre les uns contre les autres, dans la mesure où les combats se prolongent sur une certaine durée. L'élargissement du champ d'application des dispositions au conflit non international qui en découle, comparable à celui de l'article 1 alinéa 1 du Protocole additionnel II de 1977 (« Protocole additionnel II ») qui, entre temps, peut aussi être considéré comme bien établi dans la coutume internationale, est ainsi simultanément conforme à la jurisprudence constante du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, paragraphe 70). Toujours en conformité avec les dispositions de l'article 8 alinéa 2 lettre d et lettre f, 1^{ère} phrase du Statut CPI, qui restituent pour leur part le contenu de l'article 1 alinéa 2 du Protocole additionnel II et reflètent en même temps le droit international coutumier en vigueur, les dispositions de cette section ne sont pas applicables aux situations de troubles internes, de tensions, de tumultes, d'actes de violence isolés et d'autres opérations comparables qui ne peuvent être considérées comme des conflits armés.

Les paragraphes 8 alinéa 3, 9 alinéa 2 et 11 alinéa 3 ne sont applicables qu'aux conflits armés internationaux. Toutes les autres infractions de cette section s'appliquent tant aux cas de conflit armé international que de conflit armé non international.

c) Auteurs

Tout individu, même un civil, peut être l'auteur d'un crime de guerre, lorsque les différents éléments constitutifs des infractions sont réunis et lorsqu'il existe un lien particulier avec un conflit armé.

3. L'élément subjectif du crime de guerre

En ce qui concerne l'aspect subjectif, le dol (§ 15 du code pénal) est requis pour tous les crimes de guerre. Les principes généraux repris du code pénal et ceux spécifiés dans le code de droit pénal international sont applicables à tous les crimes de guerre (voir exposé des motifs « Sur le paragraphe 2 », sous c).

4. Les différentes infractions

Sur le § 8 (Crimes de guerre contre les personnes)

Sur le § 8 alinéa 1 n° 1 (Homicide volontaire)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre a (i) et alinéa 2 lettre c (i) du Statut CPI. Elle requiert que l'auteur ait provoqué la mort d'une personne protégée par le droit international humanitaire. Les actes typiques des conflits armés visés par l'infraction sont l'homicide de prisonniers de guerre ou de civils internés. En revanche, l'homicide d'un adversaire prenant directement part aux opérations militaires ne réalise pas l'infraction, car il ne s'agit pas d'une personne protégée au sens du paragraphe 8 alinéa 6. De même, il est exclu que l'homicide d'un civil soit puni selon le paragraphe 8 alinéa 1 n° 1 tant dans le cadre d'un conflit armé international que non international en application du paragraphe 8 alinéa 6, lorsque le civil ne se trouve pas au pouvoir de l'attaquant. Dans ces cas d'homicides de civils par le biais de « tirs à distance », la répression s'effectue d'après les dispositions du droit de la guerre, en application des paragraphes 11 et 12, ou d'après le droit pénal commun.

Les moyens par lesquels l'homicide a été commis sont indifférents pour la réalisation de l'infraction du paragraphe 8 alinéa 1 n° 1. L'utilisation d'armes typiques de guerre n'est pas requise.

Contrairement au cas des prisonniers de guerre et des civils qui, pour être victimes du paragraphe 8 alinéa 1, doivent se trouver au pouvoir de l'adversaire, pour les autres groupes de personnes qualifiées de « personnes protégées par le droit international humanitaire » en vertu du paragraphe 8 alinéa 6, comme les malades et les blessés, les naufragés et les combattants « hors de combat »²⁵, les homicides par tirs à distance sont en principe punissables selon le paragraphe 8 alinéa 1 n° 1. Mais la répression peut être exclue au cas par cas lorsque l'homicide de personnes protégées est consécutive à une opération militaire licite, par exemple lorsque cette opération s'effectue en lien avec une attaque contre des combattants ou des objectifs militaires conforme au droit international.

Pour l'applicabilité des infractions d'homicide du droit pénal commun, les explications figurant sous A. III. sont applicables.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 2 (Prise d'otages)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre a (viii) et alinéa 2 lettre c (iii) du Statut CPI. Le Statut ne comporte pas d'autre élément constitutif. Le tort fondamental de la prise d'otage consiste en ce que l'auteur enlève une personne protégée ou s'empare d'elle pour contraindre la partie adverse au conflit armé à effectuer un acte particulier, à lui imposer une tolérance ou une omission. En ce qui concerne les actes d'enlèvement ou consistant à s'emparer d'une personne, on peut se reporter au paragraphe 239b du code pénal. On trouvera notamment une autre concrétisation de l'infraction en consultant les Eléments des crimes (PCNICC/2000/1/Add.2) et la jurisprudence des instances juridictionnelles internationales.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 3 (Traitement cruel ou inhumain)

Cette disposition repose sur celles de l'article 8 alinéa 2 lettre a (ii), alinéa 2 lettre a (iii), alinéa 2 lettre b (x), alinéa 2 lettre c (i) et alinéa 2 lettre e (xi) du Statut CPI, qui répriment le

²⁵ En français dans le texte.

fait d'infliger des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale par différents actes de la même manière que l'article 11 alinéa 2 et l'article 85 alinéa 4 lettre c du Protocole additionnel I. Les traitements inhumains et cruels y sont mentionnés expressément tout comme la torture et la mutilation.

La teneur des différentes dispositions du Statut CPI est suffisamment couverte par l'incrimination des traitements cruels et inhumains. La mise en exergue de la torture et de la mutilation résulte de la fréquence particulière et prouvée historiquement de la commission de tels crimes lors des conflits armés. Le terme de torture est à comprendre de la même manière que pour le paragraphe 7 alinéa 1 n° 5 du CDPI.

Si les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale ou les souffrances physiques ou mentales sont provoquées par une opération militaire licite, elles ne sont pas punissables, conformément aux principes généraux de droit international.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 4 (Violences sexuelles)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xxii) et alinéa 2 lettre e (vi) du Statut CPI. Elle est presque identique mot pour mot au paragraphe 7 alinéa 1 n° 6 du CDPI. Les explications relatives à cette dernière disposition sont par conséquent également applicables ici. Contrairement au paragraphe 7 alinéa 1 n° 6 du CDPI, les personnes citées comme groupe de référence sont celles protégées par le droit international humanitaire. Sont notamment visés par l'infraction les actes d'un ou de plusieurs auteurs permettant l'exercice de la violence sexuelle contre les victimes, car il s'agit de situations particulièrement courantes dans les conflits armés, comme par exemple la contrainte à la prostitution dans des camps ou des locaux prévus spécialement pour cela. En revanche, le cas où une atteinte à la capacité de reproduction résulte d'une opération militaire licite n'est pas punissable, comme par exemple s'il s'agit de la conséquence d'une blessure résultant d'un tir subie par un combattant lors d'un combat.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 5 (Enfants soldats)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xxvi) et alinéa 2 lettre e (vii) du Statut CPI. Ces deux dispositions du Statut incriminent chacune aussi bien la conscription de force d'enfants et leur enrôlement dans des groupes armés que leur utilisation pour participer aux hostilités. Le paragraphe 8 alinéa 1 n° 5 du CDPI est applicable conformément au Statut CPI tant pour le conflit armé international que pour le conflit armé non international. La limite d'âge de 15 ans du Statut CPI a été conservée et correspond à l'âge minimum généralement accepté de nos jours pour faire partie de forces de combat et de groupes armés dans tous les types de conflits envisagés par le CDPI (voir aussi Doc. NU S/2001/40 combiné avec Doc. NU S/2000/1234). Le protocole facultatif de 2000 adjoint à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et concernant la participation des enfants à des conflits armés (Doc. NU A/RES/54/263) prohibe certes la participation directe de mineurs de 18 ans à des hostilités mais pour l'instant, la valeur contraignante générale coutumière de la nouvelle disposition protectrice fait défaut. C'est pourquoi, eu égard au principe d'universalité, on ne pouvait prévoir de répression plus étendue.

Le caractère punissable des actes de conscription forcée ou d'enrôlement suppose l'existence d'un conflit armé. Si le conflit armé n'est pas encore définitivement terminé, par exemple en cas de cessez-le-feu, l'infraction de recrutement forcé peut encore être réalisée pendant cette période.

L'utilisation en vue d'une participation active à des hostilités englobe, parallèlement à l'engagement d'enfants dans des opérations militaires, leur utilisation pour des opérations de soutien. Mais l'utilisation pour de telles opérations sans conscription préalable ni enrôlement n'est punissable que si l'opération implique une participation directe aux hostilités, comme c'est le cas par exemple du soutien au transport de munitions ou au déminage.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 6 (Déportation ou transfert forcé de la population civile)

Cette disposition repose sur les règles de l'article 8 alinéa 2 lettre a (vii) et alinéa 2 lettre e (viii) du Statut CPI qui ont été résumées tout en conservant la substance de leur contenu normatif. Comme le paragraphe 7 alinéa 1 n° 4 du CDPI, la disposition incrimine les actes d'expulsion de la population civile et de même, l'expulsion d'une seule personne suffit à réaliser l'infraction. Les explications relatives au paragraphe 7 alinéa 1 n° 4 du CDPI sont par conséquent également applicables. En particulier, un transfert de population ne viole donc pas de règle générale reconnue du droit international quand il s'impose pour des raisons militaires impératives ou dans le souci d'assurer la sécurité de la population civile (voir article 49 alinéa 2 de la 4^{ème} Convention de Genève).

Sur le § 8 alinéa 1 n° 7 (Répression en l'absence de procédure juridictionnelle régulière)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre a (vi) et alinéa 2 lettre c (iv) du Statut CPI. Elle combine les différents actes de violation des garanties de procédure pénale en cas de conflit armé international et non international mentionnés dans le Statut CPI, sans modification substantielle. L'infraction englobe tout type de punition prononcée au cours d'une procédure juridictionnelle au mépris de garanties issues du droit international coutumier, telles qu'elles ont été codifiées à l'article 75 du Protocole additionnel I et à l'article 6 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. Mais là, seul le prononcé d'une peine sévère est punissable, afin d'exclure les cas minimes du champ d'application de la disposition. Tant l'instance juridictionnelle que la procédure effectuée doivent satisfaire aux objectifs minimaux du droit international.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 8

Il s'agit au paragraphe 8 alinéa 1 n° 8 d'infractions de mise en danger pour lesquelles un danger concret de mort ou d'atteinte grave à la santé est provoqué.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 8 lettre a (Expériences médicales et autres)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (x) et alinéa 2 lettre e (xi) du Statut CPI ainsi que sur l'article 11 alinéa 2 lettre b du Protocole additionnel I. Le terme d'expérience comprend toutes les formes d'expériences médicales, scientifiques et biologiques explicitement citées dans le Statut CPI. Les différentes actes incriminés peuvent revêtir des formes diverses qui s'étendent de l'atteinte directement portée sur le corps de la victime à la répercussion indirecte sur le corps de certaines expérimentations. L'injection directe d'agents

pathogènes ou de poison tombe donc aussi bien sous le coup de l'infraction que l'étude de réactions physiques à des conditions climatiques particulières, par exemple lors d'expériences de résistance à la chaleur et au froid. La nécessité médicale fait défaut lorsque le traitement n'est utile ni à la guérison, ni à la prévention de la maladie, mais ne poursuit, au contraire, qu'un simple but expérimental qui ne s'inscrit pas dans l'intérêt de la victime.

Les expériences qui ne sont ni nécessaires pour la santé, ni effectuées dans l'intérêt de la victime sont punissables de manière générale, même si la victime y a consenti auparavant. En ce qui concerne les expériences justifiées médicalement ou les autres expériences pratiquées dans l'intérêt de la victime, seul un consentement volontaire et préalable écarte le caractère punissable. Grâce à cette clarification –qui n'est expressément donnée ni dans le Statut CPI, ni dans le Protocole additionnel I, il est satisfait à l'objectif d'une protection étendue du droit à l'autodétermination. Les mesures nécessaires pour préserver la vie ou la santé de la victime sont en principe possibles.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 8 lettre b (Prélèvement de tissus et d'organes)

Cette disposition repose sur l'article 11 alinéa 2 lettre c combiné avec l'alinéa 1 du Protocole additionnel I et correspond à la coutume internationale en vigueur. La limitation de l'application de la disposition au conflit armé international dans le Protocole additionnel I a été abandonnée dans le CDPI car on peut partir du principe de l'extension de la protection par le droit international humanitaire des personnes se trouvant au pouvoir de la partie adverse à toutes les sortes de conflit. Les prélèvements de tissus et d'organes envisagés ici constituent en effet des cas de traitements inhumains interdits de manière générale ; une différenciation ne serait pas adaptée au regard du rapport entre le paragraphe 8 alinéa 1 n° 8 lettre b et la prohibition des traitements inhumains du paragraphe 8 alinéa 1 n° 3.

Les prélèvements de tissus et d'organes à des fins de transplantation sont incriminés. Est exclu le prélèvement de sang et de peau effectué dans un but thérapeutique et pratiqué conformément aux principes de la médecine, auquel la personne protégée par le droit international humanitaire a consenti volontairement et expressément au préalable. La disposition s'inscrit dans la compréhension traditionnelle et encore d'actualité à l'égard du traitement médicalement nécessaire des soldats blessés, pour lesquels les transfusions de sang et de peau sont indispensables pour survivre. En revanche, d'autres organes sont de moindre importance pour le traitement médical des blessés.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 8 lettre c (Utilisation de méthodes de traitement non reconnues)

Cette disposition repose sur l'article 11 alinéa 1, 2^{ème} phrase du Protocole additionnel I et s'applique aujourd'hui aussi bien en cas de conflit armé international que non international en vertu de la coutume internationale. Les raisons pour lesquelles cette disposition s'applique à toutes les sortes de conflit sont les mêmes que pour l'infraction du prélèvement d'organes. L'infraction ne vise pas les expériences médicales et les prélèvements d'organes déjà réglementés aux alinéas a et b, mais toutes les autres méthodes de traitement non reconnues. Le fait de fournir des médicaments impropres ainsi que d'injecter une surdose d'un certain médicament ou d'entreprendre une opération chirurgicale pour remplacer un médicament indisponible peuvent aussi bien en faire partie.

L'application de méthodes de traitement non reconnues médicalement sur des personnes protégées par le droit international humanitaire n'est pas punissable dans le seul cas où il y a nécessité médicale et consentement préalable exprès et volontaire.

Sur le § 8 alinéa 1 n° 9 (Traitement humiliant ou dégradant)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xxi) et alinéa 2 lettre c (ii) du Statut CPI et l'article 85 alinéa 4 lettre c du Protocole additionnel I. Elle se fonde sur les principes développés au niveau international pour la protection des individus contre les traitements humiliants et dégradants, qui sont également à l'origine de l'adoption par la République Fédérale d'Allemagne du paragraphe 31 de la loi pénale militaire. L'infraction a une signification plus importante en cas de conflit armé. Des personnes se trouvant sous la puissance d'une partie au conflit, comme par exemple les prisonniers de guerre, sont souvent exposées à des traitements humiliants ou dégradants afin de contraindre la partie adverse à consentir à certains actes militaires, comme l'interruption d'une attaque, ou à des avancées diplomatiques, par exemple des propositions de paix. De plus, dans les conflits armés à motivation ethnique, les actes inhumains ou dégradants sont utilisés comme moyens de guerre.

En principe, n'importe quel type de traitement humiliant ou dégradant suffit à réaliser l'infraction. Il s'agit ainsi en particulier des châtiments corporels, du fait de montrer des prisonniers en spectacle ou de les humilier. Toutefois, l'utilisation du terme « gravement » permet d'exclure notamment les humiliations de faible gravité du champ d'application de l'infraction.

Sur le § 8 alinéa 2 (Blessure de personnes se trouvant hors de combat)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (vi) et alinéa 2 lettre c du Statut CPI ainsi que sur l'article 85 alinéa 3 lettre e du Protocole additionnel I. Elle est importante en pratique parce que des combattants qui se trouvent hors de combat sont souvent faits prisonniers par des soldats adverses contre lesquels ils ont lutté pendant le combat et se trouvent donc particulièrement exposés au danger d'être blessés.

Le droit international coutumier en vigueur va au-delà du Statut CPI car il vise aussi, grâce au recours à l'article 85 alinéa 3 lettre e du Protocole additionnel I, les situations dans lesquelles des personnes se trouvent hors de combat sans avoir déposé les armes ni s'être rendues d'une manière ou d'une autre. C'est pourquoi le CDPI englobe aussi les cas dans lesquels il est évident que la personne protégée se trouve hors de combat mais qu'elle n'avait pas la possibilité de se rendre en raison de sa situation spécifique, par exemple parce qu'elle a perdu connaissance suite à ses blessures.

L'homicide de membres des forces de combat ou de combattants se trouvant hors de combat est réglé au paragraphe 8 alinéa 1 n° 1 du CDPI. Cela résulte de la référence dans l'alinéa 1 aux personnes protégées par le droit international humanitaire dont font également partie, selon la définition de l'alinéa 6, les membres des forces armées et les combattants se trouvant hors de combat. Ainsi, on a pu renoncer dans le CDPI à une disposition spécifique relative à l'homicide de personnes se trouvant hors de combat correspondant à celle de l'article 8 alinéa 2 lettre b (vi) du Statut CPI.

Il n'y a pas de répression en cas de blessure résultant d'opérations de guerre licites.

Sur le § 8 alinéa 3 n° 1 (Maintien illicite en détention)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre a (vii) du Statut CPI et sur l'article 85 alinéa 4 lettre b du Protocole additionnel I. Elle n'est applicable qu'en cas de conflit armé international, étant donné que l'existence dans la coutume internationale d'une interdiction pénale correspondante n'a pas encore été établie avec une certitude suffisante pour le conflit armé non international.

Sont également à considérer comme une détention illicite les cas dans lesquels le motif de la détention tombe mais qu'il n'en résulte pas de libération, ou dans lesquels les garanties de procédure à mettre en œuvre pour le contrôle de la licéité de la détention n'ont pas été respectées.

Cette disposition va, dans ses termes, au-delà du Statut CPI dans la mesure où celui-ci n'aborde pas explicitement le retardement du rapatriement, mais se réfère au maintien illicite en détention. Pourtant l'ajout de l'élément du rapatriement dans le CDPI s'impose du simple fait que la plupart des cas de rapatriement retardé sont déjà visés dans la disposition de base de la privation illicite de liberté. Les dispositions des Conventions de Genève sur le rapatriement des civils internés et des prisonniers de guerre sont en outre consolidées par la coutume internationale. Il est donc possible d'intégrer, en poursuivant le but juridico-politique d'une appréhension pénale étendue de la détention illicite, le retardement injustifié du rapatriement dans le CDPI.

La détention illicite peut résulter d'une série de mesures des services civils ou militaires. Elle ne suppose pas d'instruction illicite d'un tribunal. Peuvent être victimes de l'acte en question tant des civils que des prisonniers de guerre. Le retardement injustifié du rapatriement peut également être réalisé par le biais de plusieurs mesures, qui vont de la simple prolongation de l'internement à la libération des prisonniers sur un territoire qui, en raison de son occupation ou de sa situation géographique, rend difficile le retour dans le pays d'origine ou chez soi. Pour le terme de « personne protégée », apparaissant dans les deux branches de l'alternative de l'infraction, il est renvoyé au paragraphe 8 alinéa 6 n° 1. Ce cercle de personnes désigné comme un sous groupe de « personnes protégées par le droit international humanitaire » y est plus précisément déterminé.

Sur le § 8 alinéa 3 n° 2 (Transfert de la population civile de la puissance d'occupation)

Cette disposition, ancrée par ailleurs dans la coutume internationale, repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (viii) du Statut CPI et l'article 85 alinéa 4 lettre a du Protocole additionnel I et s'applique uniquement au conflit armé international. Elle simplifie le texte des infractions du Statut CPI et du Protocole additionnel I, sans en changer le contenu matériel. Le texte du Statut CPI est repris en ce qui concerne l'acte de « transfert ».

Comme le but de la disposition consiste en la protection de la population civile établie sur le territoire occupé, le transfert d'un petit nombre de personnes appartenant à la population civile de la puissance d'occupation suffit à réaliser l'infraction. Cela est également vrai dans

les cas où le transfert est effectué dans des territoires inhabités, pour manifester l'état d'occupation.

L'acte de « transfert » peut être réalisé de façon directe ou indirecte. Un acte typique de transfert direct est l'établissement de sa propre population sur le territoire occupé. La mise à disposition d'incitations financières ou autres pour ses propres citoyens s'ils prennent résidence sur le territoire occupé sont, entre autres, à considérer comme des actes de transfert indirect. Comme ces actes sont à l'évidence visés par la disposition, il n'était pas nécessaire de répéter sur ce point le texte du Statut CPI dans l'infraction.

En tout cas, l'acte de « transfert » suppose une certaine durée.

Sur le § 8 alinéa 3 n° 3 (Contrainte à servir dans les forces armées de l'adversaire)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre a (v) du Statut CPI. Elle n'est applicable qu'en cas de conflit armé international. L'acte incriminé est la contrainte à servir dans les forces armées de l'adversaire. Le simple fait de forcer quelqu'un à rendre des services aux forces armées, par exemple à aider aux transports d'armes ou d'autres matériels militaires sans enrôlement dans les forces armées ne suffit pas à réaliser l'infraction. Afin de préciser le sens du terme de contrainte, on s'est référé aux moyens de contrainte du paragraphe 240 du code pénal²⁶. La reprise de l'élément constitutif « illicite » du paragraphe 240 du code pénal était superflue car le caractère reprochable de l'utilisation de moyens de contrainte pour le présent but est, comme dans le Statut de Rome et dans les Eléments des crimes, supposé de manière générale. En ce qui concerne le terme de « personne protégée », il est renvoyé, comme pour le paragraphe 8 alinéa 3 n° 1, au paragraphe 8 alinéa 6 n° 1.

Sur le § 8 alinéa 3 n° 4 (Contrainte à participer aux opérations de guerre)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xv) du Statut CPI. De nouveau, elle n'est applicable qu'au conflit armé international. Il faut comprendre sous le terme « opérations de guerre » la participation active aux opérations militaires, mais également les actions de soutien qui permettent à l'adversaire de mener la guerre. La production de munitions et le fait de creuser des tranchées en font partie, tout comme le transport d'armes. En revanche, le fait de travailler dans l'agriculture pour la production d'aliments pour les forces armées par exemple, n'est pas à considérer, en raison de l'interprétation stricte requise, comme une participation à des actes de guerre. Comme pour le paragraphe 8 alinéa 3 n° 3, l'infraction a été précisée en référence au paragraphe 240 du code pénal, mais la reprise du terme relatif au caractère reprochable était, ici encore, superflue.

Les termes utilisés à l'article 8 alinéa 2 lettre b (xv) Statut CPI, selon lesquels la répression est envisagée même si les personnes concernées étaient déjà au service du belligérant avant que la guerre n'éclate, sont indifférents et inutiles pour les infractions incriminées par le CDPI et le Statut CPI car le fait d'avoir travaillé antérieurement au service du belligérant ne change rien à la réalisation des éléments de l'infraction et ne pourraient fonder l'admission d'un fait justificatif.

²⁶ Le paragraphe 240 du CP dispose : « Quiconque contraint illicitement une personne, par la force ou en la menaçant gravement, à procéder à un acte, une tolérance ou une omission, est puni de la privation de liberté jusqu'à trois ans ou d'une peine d'amende ».

Sur le § 8 alinéa 4 (Infractions qualifiées)

Le paragraphe 8 alinéa 4 prévoit une augmentation de la peine minimale lorsque la commission d'un acte incriminé à l'alinéa 1, n° 2 à 6 a provoqué, au moins par imprudence, la mort de la victime ou lorsque, dans le cas de l'alinéa 1, n° 8, la mise concrète en danger est réalisée par la survenance de la mort ou d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de la victime.

Sur le § 8 alinéa 5 (Cas de moindre gravité)

Le paragraphe 8 alinéa 5 prévoit une peine plus douce pour les cas de moindre gravité de l'alinéa 1, n° 2 à 4 et n° 6, de l'alinéa 2 et de l'alinéa 3, n° 1.

Sur le § 8 alinéa 6 (Personnes protégées par le droit international humanitaire)

Cette disposition explicite le concept de « personnes protégées par le droit international humanitaire » auquel il est fait référence dans presque tous les actes individuels du paragraphe 8 alinéa 1. Le rassemblement des différents groupes de personnes protégées sous ce concept unique correspond à la substance commune des dispositions du Statut CPI pour les crimes contre les personnes. Les personnes visées ont en commun de ne pas ou de ne plus participer directement aux hostilités, ou encore de ne plus pouvoir y participer, et c'est pourquoi la protection particulière du droit international humanitaire leur est accordée. Ce sont d'abord les civils par opposition aux combattants ou, dans le cas d'un conflit armé non international, par opposition aux membres des forces armées et aux guerriers de la partie adverse, mais aussi les combattants ou les guerriers se trouvant hors de combat à cause de leurs blessures ou pour toute autre raison.

Le concept de « personnes protégées par le droit international humanitaire » reflète la situation spécifique des personnes concernées qui fonde l'acquisition du statut de protection pertinent. Ainsi, un combattant autorisé en vertu de la réglementation nationale à participer aux opérations militaires et qui peut, en tant que tel, être attaqué licitement en vertu du droit international, devient une personne protégée par le droit international humanitaire au sens du CDPI lorsqu'il se trouve hors de combat et ne peut, par conséquent, être attaqué.

Sur le § 8 alinéa 6 n° 1

Pour le conflit armé international, le paragraphe 8 alinéa 6 n° 1 renvoie au concept des personnes protégées au sens des quatre Conventions de Genève et du Protocole additionnel I. La disposition vise ainsi les blessés et les malades de l'article 13 de la 1^{ère} Convention de Genève, les blessés, les malades et les naufragés de l'article 12 de la 2^{ème} Convention de Genève, les prisonniers de guerre de l'article 4 de la 3^{ème} Convention de Genève et les civils mentionnés à l'article 4 de la 4^{ème} Convention de Genève. Lui sont également soumis les combattants se trouvant sous l'emprise de la partie adverse selon l'article 44 alinéa 4 du Protocole additionnel I qui ne peuvent être considérés comme des prisonniers de guerre en raison de violations précédentes du droit international, comme les réfugiés et les apatrides selon l'article 73 alinéa 1 du Protocole additionnel I.

Le terme de civils regroupe également les membres de missions d'aide humanitaire et de maintien de la paix qui ne participent pas à la guerre aux côtés d'une des parties. Cela n'empêche pas qu'ils puissent porter, le cas échéant, l'uniforme de leur Etat patrie ou les insignes militaires d'une organisation internationale. Cela ne découle pas seulement de l'article 50 du Protocole additionnel I combiné avec l'article 4 section A alinéas 1, 2, 3 et 6 de la 3^{ème} Convention de Genève et de l'article 43 du Protocole additionnel I, mais aussi de l'article 8 alinéa 2 lettre b (iii) et de l'article 8 alinéa 2 lettre e (iii) à l'énoncé similaire du Statut de Rome. Ces dernières dispositions partent expressément du principe que le personnel des missions de maintien de la paix doit en principe être considéré comme des civils au sens du droit international humanitaire. Il n'en va différemment que si les personnes en question participent en tant que membres des forces armées à des mesures militaires coercitives du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (*peace-enforcement*).

Mais comme en plus, il doit toujours s'agir de personnes protégées au sens des quatre Conventions de Genève ou du Protocole additionnel I, tous les civils ne sont pas visés par le paragraphe 8 alinéa 6 n° 1, mais seulement ceux qui d'après l'article 4 de la 4^{ème} Convention de Genève, ne sont pas de la nationalité de l'auteur de l'infraction et se trouvent sous la puissance du camp de celui-ci. Cependant, il faut encore souligner que, conformément à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il convient de ne pas se référer à l'appartenance juridique formelle à la nationalité mais à la question de savoir si les victimes sont en fait imputables à la partie adverse (jurisprudence constante du TPIY, dernièrement confirmée dans l'arrêt Kordic et Cerkez, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, paragraphe 152 ; et suivant cette jurisprudence, Cour suprême fédérale, arrêt du 21.2.2001, 3StR 372/00).

Par le recours au concept des « personnes protégées par le droit international humanitaire » au paragraphe 8 alinéa 6, on peut dès l'observation des éléments constitutifs de l'infraction de tracer une distinction judicieuse entre le paragraphe 8 et le paragraphe 11, qui se rapporte au droit de la guerre. Les crimes de guerre contre les personnes ne peuvent, conformément au paragraphe 8 alinéa 1, être commises à l'encontre de civils que si ceux-ci se trouvent sous leur propre puissance. Si en revanche, il est porté atteinte à des personnes qui ne se trouvent pas sous leur propre puissance par des tirs à distance, que ce soit par des attaques ciblées ou qu'il s'agisse d'une forme de dommages collatéraux, alors ce sont les dispositions relatives au droit de la guerre, mais aussi, par exemple, les violations du paragraphe 10 du CDPI et les dispositions du droit pénal commun qui entrent en jeu.

Sur le § 8 alinéa 6 n° 2

Le paragraphe 8 alinéa 6 n° 2 détermine le cercle des personnes protégées pour le conflit armé non international en miroir par rapport au paragraphe 8 alinéa 6 n° 1. Cela est évident pour les blessés, les malades et les naufragés qui sont de nouveau mentionnés expressément au paragraphe 8 alinéa 6 n° 2. Les prisonniers de guerre protégés dans le cadre du conflit armé international sont remplacés dans le conflit armé non international par les combattants de la partie adverse faits prisonniers. Ils sont visés -de même que les civils se trouvant sous la puissance adverse- en tant que « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ». Comme pour le paragraphe 8 alinéa 6 n° 1, les membres des missions d'aide humanitaire et de maintien de la paix sont également inclus.

Sur le § 8 alinéa 6 n° 3

Le paragraphe 8 alinéa 6 n° 3 vise également, en tant que personnes protégées par le droit international humanitaire en cas de conflit international ou non, les membres des forces armées et les combattants de la partie adverse qui ne participent plus aux opérations militaires et qui se sont rendus ou qui, de quelque autre manière que ce soit, n'ont plus les moyens de se défendre et ne se trouvent pas encore sous la puissance adverse. La nécessité matérielle de cette disposition résulte de ce que ces personnes, mêmes si elles ont déjà rendu les armes, ne tombent pas sous le paragraphe 8 alinéa 6 n° 1 et 2 bien qu'elles soient dignes de protection, aussi longtemps qu'elles ne se trouvent pas sous la puissance de l'adversaire en tant que prisonniers de guerre ou que combattants faits prisonniers. La protection de ces combattants « hors de combat »²⁷ est conforme à la coutume internationale et se trouve pour le conflit armé international à l'article 41 du Protocole additionnel I et pour le conflit armé non international à l'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi qu'à l'article 4 du Protocole additionnel II.

Sur le § 9 (Crimes de guerre contre la propriété et les autres droits)

Sur le § 9 alinéa 1 (Pillages et destruction de biens)

Cette disposition repose sur les dispositions de l'article 8 alinéa 2 lettre b (xvi), alinéa 2 lettre b (xiii), alinéa 2 lettre e (v) et alinéa 2 lettre e (xii) du Statut CPI. Elle les réunit en une réglementation unique en raison de la proximité de leur contenu matériel.

Le terme de pillage ne nécessite pas d'être expliqué plus en détails eu égard à la compréhension uniforme du terme donnée dans les paragraphes 9 alinéa 1 du CDPI et 125a 2^{ème} phrase n° 4 du CP. Il en va de même pour les actes de destruction, d'appropriation et de réquisition, qui sont également à interpréter selon le droit pénal commun. L'alinéa 1 exige uniformément, pour toutes les modalités de commission de l'infraction, que les biens concernés soient soumis au pouvoir de la partie agissante. Cela résulte déjà, pour le pillage comme pour l'appropriation et la réquisition, de la description de l'acte. Pour la destruction, cette restriction signifie que la destruction de biens appartenant à la partie adverse par des attaques à distance ne tombe pas sous le coup de l'infraction. Mais il est possible de réprimer de telles attaques en application du paragraphe 11 ou du droit pénal commun.

Cependant, les biens ne sont pas seulement soumis au propre pouvoir d'une partie dès lors que les territoires en question sont occupés au sens de la 4^{ème} Convention de Genève. Au contraire, le contrôle effectif des biens par la partie agissante -même pour une durée limitée- suffit. Le paragraphe 9 peut ainsi également être réalisé pendant des opérations militaires offensives.

Contrairement au pillage qui est toujours illicite, la destruction, l'appropriation ou la réquisition de biens de la partie adverse ne sont réprimées que lorsqu'elles sont commises sans que cela ne soit nécessaire en raison des exigences du conflit armé. Ne sont à considérer comme des exigences militaires au sens de cette disposition que les circonstances qui permettent aux belligérants la mise en œuvre d'opérations militaires. Il a été renoncé ici au critère, prévu dans le Statut CPI, du caractère « impératif » de la nécessité des actes en raison des exigences militaires, car cela n'entraînerait ni de modification matérielle, ni de précision pour l'examen de la question de savoir si les actes s'imposent ou non, et ne pourrait

²⁷ En français dans le texte.

qu'appeler des difficultés d'interprétation. En outre, la caractérisation des actes comme contraires au droit international montre que même les destructions, appropriations et réquisitions qui ne sont certes pas justifiées par des exigences militaires, mais qui sont, en tant qu'opérations militaires licites, conformes au droit international, ne sont pas punissables d'après le paragraphe 9 alinéa 1.

A la différence des dispositions du Statut CPI sur la destruction de biens de l'article 8 alinéa 2 lettre b (xiii) et de l'article 8 alinéa 2 lettre e (xii), l'infraction du CDPI est limitée par le seuil « dans une large mesure ». La nuance par rapport au Statut CPI est justifiée, car le noyau dur protecteur de la disposition ne s'en trouve pas remis en question et seuls les cas minimes sont écartés.

Sur le § 9 alinéa 2 (Abolition ou suspension de droits et de créances)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xiv) du Statut CPI. Elle n'est applicable qu'au conflit armé international. L'infraction ne vise pas seulement la guerre économique, qui utilisait souvent, dans le passé, l'abolition et la suspension des créances des membres de la partie adverse pour atteindre ses objectifs. D'autres mesures discriminatoires et restrictions de droit sont également visées.

Le CDPI introduit un seuil de répression qui n'est pas expressément prévu dans le Statut CPI, en se référant à tous les membres ou à une part importante des membres de la partie adverse. Il reflète ainsi l'objectif de l'article 8 alinéa 2 lettre b (xiv) qui -comme il a été également clairement exprimé par les représentants des Etats lors de la négociation du Statut CPI à la conférence de Rome- vise le fait d'agir de manière méthodique ou systématisée et non le comportement individuel. En raison de l'étendue du domaine couvert par les différentes variantes de l'infraction, on a exclu les cas individuels de privation de droit.

Comme seules les mesures contraires au droit international sont incriminées, les mesures d'embargo prises sur le fondement d'une résolution du Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ne sont pas visées.

Sur le § 10 (Crimes de guerre contre des opérations humanitaires et des emblèmes)

Le paragraphe 10 réprime les attaques contre les opérations humanitaires et les emblèmes. La protection des opérations humanitaires suppose que la participation à la mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix se déroule en conformité avec la Charte des Nations Unies. Mais le paragraphe 10 n'a pas un caractère exhaustif. Ainsi, aussi longtemps que les membres de missions humanitaires et de maintien de la paix appartiennent à la catégorie des civils protégés (voir exposé des motifs sur le paragraphe 8 alinéa 6), la répression des attaques est également envisageable d'après le paragraphe 8 alinéa 1 ou paragraphe 11 alinéa 1.

Sur le § 10 alinéa 1, 1^{ère} phrase n° 1 (Attaques contre des missions humanitaires et des missions de maintien de la paix)

Cette disposition repose sur les articles 8 alinéa 2 lettre b (iii) du Statut CPI et 8 alinéa 2 lettre e (iii) au texte identique, qui ont transposé au niveau pénal la protection du personnel des missions d'aide humanitaire et de maintien de la paix garantie par le droit coutumier et

renforcée par les nombreuses résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (voir entre autres Doc. NU S/Res/1258, 6 août 1999 et, dernièrement, la prise de position du président du Conseil de sécurité du 9 février 2000 sur la protection du personnel d'aide humanitaire et des Nations Unies, Doc. NU S/PRST/2000/4).

Toutes les sortes d'attaques contre les missions d'aide humanitaire ou de maintien de la paix sont en principe visées. Le terme d'attaque englobe toute sorte d'utilisation de la violence indépendamment du type d'armes utilisées. Tant les attaques contre les membres des forces armées d'Etats participant à des missions de maintien de la paix que les attaques contre le personnel civil d'aide tombent dans le champ d'application de la disposition, à condition que la protection des civils et biens civils leur soit accordée par le droit international humanitaire. Cette protection n'est, par exemple, plus garantie si les forces de combat ou le personnel d'aide civil participent directement aux hostilités avec leur armement.

Les attaques contre des biens de nature militaire ne tombent pas sous le coup de la disposition ; pour déterminer quels sont les biens militaires, il faut se référer aux dispositions des articles 51 et 52 du Protocole additionnel I, applicables en vertu de la coutume internationale.

L'auteur doit commettre son attaque volontairement et en connaissance du statut de protection spécial particulier des personnes et des biens visés par l'infraction et considérer le résultat de l'attaque comme certain ou le rechercher délibérément.

Sur le § 10 alinéa 1, 1^{ère} phrase n° 2 (Attaques contre des personnes ou biens marqués du signe distinctif des Conventions de Genève)

Cette disposition repose sur les dispositions de l'article 8 alinéa 2 lettre b (xxiv) et de l'alinéa 2 lettre e (ii) du Statut CPI, qui répriment par le même énoncé les attaques contre les personnes et les biens marqués des signes distinctifs des Conventions de Genève. Elle est applicable au conflit armé international ou non international. Malgré l'absence d'une indication comparable à celle du paragraphe 11 alinéa 1, n° 1 sur la perte de protection du droit international humanitaire, il ne peut y avoir de répression en application de cette disposition et conforme à la coutume internationale que si deux conditions sont remplies. En premier lieu, la caractérisation par le signe distinctif des Conventions de Genève doit avoir été produite conformément au droit international. En second lieu, d'après les dispositions du Protocole additionnel I, qui reflètent le droit international coutumier sur ce point, cette protection des personnes et biens protégés ne doit pas avoir été perdue.

Le terme d'attaque correspond à celui du paragraphe 10 alinéa 1, 1^{ère} phrase, n°1.

Sur le § 10 alinéa 1, 2^{ème} phrase (Cas de moindre gravité)

La deuxième phrase prévoit une peine plus douce pour les cas de moindre gravité. Il conviendra de retenir un cas de moindre gravité notamment lorsque l'attaque n'est pas réalisée avec moyens militaires.

Sur le § 10 alinéa 2 (Usurpation de signes distinctifs reconnus)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (vii) du Statut CPI et l'article 85 alinéa 3 lettre f du Protocole additionnel I. Contrairement au Statut CPI, le CDPI part du principe de son applicabilité tant au conflit armé international que non international. Sans signes distinctifs reconnus, qui peuvent caractériser des personnes comme des biens et qui signalent aux parties en conflit la neutralité des opérations, la mise en œuvre de missions humanitaires est impossible dans toutes les sortes de conflit. Ce lien indissoluble entre la protection du personnel et des biens et celle des emblèmes les caractérisant nécessite, conformément à la pratique établie des Etats, l'extension du domaine d'application de la disposition aux conflits non internationaux. Sans protection pénale contre l'usurpation des signes distinctifs, la prohibition d'attaquer du paragraphe 10 alinéa 1 du CDPI serait inopérante dans les situations dans lesquelles la différenciation entre les combattants et les non participants est rendue particulièrement difficile en raison des circonstances du conflit. C'est pourquoi la communauté des Etats n'a pas différencié entre les différentes sortes de conflits dans sa condamnation unanime des attaques contre les missions humanitaires (Doc. NU S/PRST/2000/4 du 9 février 2000 et le débat sous-jacent ; Doc. NU A/Res52/167 du 16 décembre 1997 sur la protection du personnel humanitaire). Ce choix du CDPI est également fondé sur la Convention du 15 décembre 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel adjoint (J.O. allemand 1997 II page 230). Cette Convention, applicable à tous les conflits, protège les opérations contre toute action qui empêche l'exercice du mandat.

Les situations factuelles typiques sont l'homicide par trahison ou le fait de blesser un adversaire en utilisant abusivement les signes et emblèmes mentionnés. C'est pourquoi, en règle générale, les actes d'usurpation effectués pendant un combat, comme par exemple le fait de tirer sur des soldats adversaires d'un véhicule marqué de l'emblème de la Croix-Rouge, constituent les cas d'application les plus importants de la disposition. Mais d'autres actes peuvent également réaliser l'infraction. Par exemple, l'utilisation illégale d'un emblème reconnu dont la découverte amène l'adversaire à prendre par principe pour cible de tir les personnes et biens ainsi marqués pour éviter des préjudices militaires, tombe sous le coup de l'infraction. On peut citer l'exemple de l'interdiction de l'utilisation de l'emblème de la Croix-Rouge sur les convois de munitions pour empêcher que ceux-ci ne soient attaqués, quand suite à ce comportement, l'adversaire tire sur des convois de blessés marqués de la Croix-Rouge.

Il faut toujours que la mort ou la blessure grave d'une personne ait été provoquée par l'acte.

Sur le § 11 (Crimes de guerre par utilisation de méthodes interdites dans la conduite des opérations de guerre)

Sur le § 11 alinéa 1 n° 1 (Attaques contre la population civile)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (i) et alinéa 2 lettre e (i) Statut CPI et sur l'article 85 alinéa 3 lettre a du Protocole additionnel I. Elle a pour but de réprimer l'attaque de la population civile en tant que méthode de guerre. Contrairement aux actes d'homicide et de blessure de civils visés au paragraphe 8 alinéa 1 du CDPI, le paragraphe 11 ne concerne que les attaques menées avec des moyens militaires.

Le fait que la disposition n'est applicable que si l'attaque est dirigée contre une population civile a des conséquences significatives sur les conditions subjectives de la répression : l'auteur doit agir de façon déterminée à l'encontre de l'objet de l'attaque et il doit, en outre,

savoir qu'il s'agit d'une population civile ou d'individus civils qui ne prennent pas directement part aux hostilités. Eu égard à la définition de l'infraction, le dol éventuel n'est donc pas suffisant. Si l'auteur s'attaque à des personnes dont il ne sait pas s'il s'agit de soldats adversaires ou de civils, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas constitué. Il en est de même si l'auteur attaque de façon ciblée un bien militaire en tenant pour possible que l'attaque tue des civils se trouvant à proximité. Dans ce cas, il manque déjà le caractère volontaire de l'« attaque contre une population civile en tant que telle ». Mais si l'auteur viole l'obligation de droit international humanitaire de distinguer entre les biens civils et les objectifs militaires (voir par exemple l'article 57 alinéa 2 lettre a (ii) du Protocole additionnel I), alors il entreprend un acte de guerre illicite selon le droit international. L'homicide de civils n'est alors certes pas punissable d'après le CDPI, mais elle peut être punie d'après le droit allemand (paragraphe 211 et suivants du CP), si ce dernier est applicable en vertu des paragraphes 3 à 7 du CP.

Sur le § 11 alinéa 1 n° 2 (Attaques de biens civils)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (ii), alinéa 2 lettre b (v), alinéa 2 lettre b (ix) et alinéa 2 lettre e (iv) du Statut CPI ainsi que sur l'article 85 alinéa 4 lettre d du Protocole additionnel I de 1977. Le Statut CPI incrimine les attaques contre les biens spécialement énumérés, comme par exemple les églises, pour toutes les sortes de conflit, tandis que les attaques contre des biens « civils » en tant que tels (voir article 52 alinéa 1 du Protocole additionnel I) et contre d'autres biens spécialement nommés, comme les villes non défendues, ne sont punissables, d'après le Statut, que dans le cadre d'un conflit armé international. Cette distinction du Statut issue de considérations historiques et compliquée, reposant sur les différentes dispositions de protection pour les différents biens, a été abandonnée dans le CDPI.

Le CDPI réunit des dispositions situées à des endroits différents dans le Statut et punit les actes délictueux aussi bien dans le cas du conflit armé international que du conflit armé non international. Cette réunion sous le terme générique de l'attaque contre des biens « civils » correspond à l'état actuel de la coutume internationale, qui trouve son expression dans la jurisprudence la plus récente des tribunaux internationaux comme dans les constatations de la communauté internationale, et qui associe la protection de la population civile avec la protection des biens civils pour toutes les sortes de conflit (Doc. NU S/RES/1265 du 17 septembre 1999 sur la protection de la population civile dans les conflits armés : Kupreskic et autres, IT-95-16-T, 14.1.2000, paragraphe 521).

Cette jurisprudence permet de classer tous les biens nommés dans le Statut parmi les biens civils protégés pénalement, pour autant qu'ils sont protégés par le droit international humanitaire. Pour décider dans quels cas cette protection tombe et l'un des biens nommés devient une cible militaire autorisée, on peut se reporter à la définition applicable en vertu de la coutume de l'article 52 du Protocole additionnel I. Celle-ci est complétée par d'autres conditions créées par le droit international humanitaire. C'est ainsi que d'après l'article 19 de la 4^{ème} Convention de Genève, les hôpitaux civils ne peuvent être attaqués, même en cas d'utilisation pour les hostilités, qu'après qu'un avertissement a été donné et qu'un délai a été fixé pour permettre à l'adversaire de changer son comportement.

Dans la présente version, cette disposition prend également en considération l'article 15 du deuxième Protocole de 1999 sur la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des

biens culturels en cas de conflit armé dans sa partie applicable en vertu de la coutume, qui prévoit la répression des attaques contre les biens culturels en général et les « biens culturels placés sous protection renforcée ».

En ce qui concerne les conditions subjectives, les explications relatives au paragraphe 11 alinéa 1, n° 1 du CDPI sont applicables. Pour le n° 2, l'auteur doit également diriger l'attaque de façon ciblée contre des biens civils protégés ; cela signifie qu'il doit savoir avec certitude (et non pas seulement envisager la possibilité) qu'il s'agit, pour les bâtiments etc., non pas de biens militaires mais de biens civils protégés, et qu'il doit vouloir les atteindre avec certitude.

La diminution de la peine encourue dans l'alinéa 1, 2^{ème} phrase, prévue pour les cas de moindre gravité, permet une répression adaptée des cas où le dommage survenu n'est pas important et où aucun dommage de longue durée n'est à escompter.

Sur le § 11 alinéa 1 n° 3 (Attaques qui entraînent des dommages civils disproportionnés)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (iv) du Statut CPI et l'article 85 alinéa 3 lettres b et c du Protocole additionnel I. Son application au conflit armé non international, non prévue dans le Statut CPI, est justifiée par la coutume en vigueur, qui réprime les dommages disproportionnés également dans le conflit armé international. Tant la Cour internationale de Justice, dans son avis sur l'emploi et la menace de l'emploi des armes nucléaires (Recueil CIJ 1986, n° 30-33), que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'arrêt Kupreskic (Kupreskic et autres, IT-95-16-T, 14.1.2000, paragraphe 524), ont constaté l'applicabilité en vertu de la coutume du principe de proportionnalité, sans distinguer selon les types de conflit. En outre, la communauté des Etats a condamné par différentes formulations, dans de nombreux documents sur l'utilisation de la violence dans certains conflits internes ou internationaux, l'utilisation disproportionnée de la violence (Rapport du secrétaire général sur le Kosovo, Doc. NU S/1998/912 ; NU Doc. S/Res./1173, 12 juin 1998, Angola ; Doc. NU S/Res./1322, 7 octobre 2000, Moyen-Orient).

La disposition ne définit pas la disproportion par des éléments constitutifs particuliers. Mais pour l'interpréter, il faut tenir compte de l'article 57 du Protocole additionnel I. Ses critères d'évaluation, qui ont entre temps prospéré en droit coutumier, sont applicables pour tous les dommages cités.

L'auteur doit mettre en œuvre une attaque avec des moyens militaires. L'infraction incrimine l'attaque non distinctive, interdite d'après l'article 51 du Protocole additionnel mais punissable selon la coutume internationale dans les seuls cas où elle provoque des homicides ou des blessures disproportionnés de civils, ou l'endommagement disproportionné de biens civils (voir article 85 alinéa 3 lettre b du Protocole additionnel I).

Ainsi qu'il résulte du critère de « l'attaque », le dol est requis en ce qui concerne l'élément subjectif, et ce à deux égards : l'auteur doit vouloir attaquer une cible et considérer comme certain qu'il va par cette attaque entraîner des « dommages collatéraux » disproportionnés. Ici, on pourra souvent déduire des informations générales dont l'auteur disposait sur la situation à l'époque de l'attaque, par exemple s'il savait que la cible militaire attaquée se trouvait dans une zone résidentielle, qu'il avait connaissance des circonstances objectives entourant son acte, même s'il le conteste.

En ce qui concerne la situation « hors de proportion » des dommages escomptés par rapport à l'avantage militaire attendu, il est suffisant pour le dol que l'auteur ait connu les faits pertinents justifiant cette disproportion. Si l'auteur évalue simplement mal le rapport entre les biens atteints, cela n'exclut pas par principe le caractère volontaire de son acte. On se référera alors aux règles générales sur l'erreur.

Sur le § 11 alinéa 1 n° 4 (Utilisation de personnes comme bouclier humain)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xxiii) du Statut CPI. Elle vise tous les groupes de personnes citées dans le paragraphe 8 alinéa 6 du CDPI et reflète ainsi l'état du droit international pénal qui réprime l'utilisation des personnes protégées par les Conventions de Genève, comme par exemple les prisonniers de guerre, en tant que boucliers humains. Eu égard à l'évolution de droit coutumier confirmée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui tend à protéger les civils de manière exhaustive dans toutes les sortes de conflit, et à une jurisprudence extensive qui considère aussi l'utilisation de civils en tant que bouclier humain dans le conflit armé non international comme une violation du droit international devant être réprimée, l'intégration du conflit non international dans le champ d'application de la disposition s'impose. Une distinction matérielle ne serait pas justifiée à l'égard de la problématique des boucliers humains dans le conflit armé non international et nierait l'évolution la plus récente du droit international pénal.

Sur le § 11 alinéa 1 n° 5 (Réduction à la famine de la population civile)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xxv) du Statut CPI. Contrairement à ce qui est prévu dans le Statut CPI, elle est applicable aux conflits armés internationaux ou non internationaux. Le lien matériel de cette disposition avec d'autres infractions du CDPI impose cette extension du champ d'application. Les attaques contre les civils et les biens civils sont, conformément au droit international coutumier, punis de manière générale par le CDPI pour toutes les sortes de conflit. En effet, le fait d'affamer une population civile poursuit le même objectif que les attaques directes contre la population civile et les biens civils. Mais l'extension du champ d'application au conflit international non armé s'impose aussi parce que le CDPI punit le traitement inhumain des personnes sans distinction selon le type de conflit.

La présente réglementation est conforme au nouveau droit international coutumier qui, dans de nombreux documents des Nations Unies et en particulier dans les exigences de la communauté internationale, semble permettre l'accès des populations civiles concernées aux livraisons humanitaires dans les conflits armés non internationaux (Doc. NU S/RES/1265 du 17 septembre 1999 sur la protection de la population civile dans les conflits armés ; Doc. NU A/RES/54/182, 17 décembre 1999, Soudan ; Doc. NU A/RES/54/179, 17 décembre 1999, Congo ; Doc. NU A/RES/54/185, 17 décembre 1999, Afghanistan).

Sur le § 11 alinéa 1 n° 6 (Guerre sans pardon)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xii) et alinéa 2 lettre e (x) Statut CPI. Elle réprime le fait de mener le combat en prévoyant de tuer l'ennemi en toute circonstance et de ne pas faire de prisonniers, et vise d'emblée la menace ou l'ordre de poursuivre un tel combat.

En référence à la définition des Eléments des crimes du Statut de Rome, le terme de « chef militaire » a été ajouté en tant qu'élément constitutif pour mettre en évidence le fait qu'un certain pouvoir commandement est nécessaire pour que l'infraction soit constituée, pouvoir sans lequel un tel ordre ou une telle menace ne serait pas crédible et qui représente aussi une preuve du caractère méthodique de l'attaque (PCNICC/2000/1/Add.2). Pour les mêmes raisons, les termes de « fait de déclarer » employés dans le Statut CPI ont été remplacés par souci de précision par ceux d' « ordre ou menace » dans le CDPI. Cela correspond au motif fondant la répression, qui ne consiste pas dans le fait de ne pas garantir le pardon dans un cas donné mais dans l'utilisation méthodique de cette manière de faire la guerre particulièrement dénuée de considérations.

Sur le § 11 alinéa 1 n° 7 (Meurtre ou blessure par trahison)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xi) et alinéa 2 lettre e (ix) du Statut CPI. Le meurtre et la blessure par trahison de combattants ennemis sont considérés comme un crime de guerre depuis l'adoption de l'article 23 lettre b du Règlement de La Haye de 1907 (J.O. de l'empire 1910, page 132). Le terme utilisé depuis 1907 et généralement reconnu de l'agissement « par trahison » suppose, contrairement à l'élément constitutif de « l'exploitation de la confiance de la victime » du paragraphe 211 alinéa 2 du code pénal, l'exploitation d'une confiance obtenue subrepticement grâce à des actes spécifiques, par exemple le fait de feindre de posséder le statut de civil ou de simuler une blessure.

Le motif de la répression ne réside pas dans la volonté de sanctionner l'homicide ou la blessure de l'adversaire en tant que tels, mais le fait d'agir par trahison. Ainsi, l'homicide ou la blessure du combattant ennemi qui sont, en soi, permis par le droit international, deviennent punissables s'ils résultent de la violation de la confiance en la protection accordée par le droit international humanitaire. En outre, le fait d'agir par trahison entraîne le risque pour la suite de la guerre que les normes de protection du droit international humanitaire ne soient, de manière générale, plus respectées. Si l'auteur se fait passer pour un civil et tue un combattant adversaire à l'aide de cette ruse, alors il faut craindre que les combattants de la partie adverse tueront dès lors aussi des civils –en violation du droit international humanitaire- car ils pourront penser qu'il s'agit également de soldats camouflés. La raison d'être de la prohibition du meurtre et de la blessure par trahison justifie le classement de l'infraction en tant que méthode interdite de guerre et non en tant que crime de guerre contre les personnes ; en outre, elle explique le choix d'une peine plus faible pour le meurtre par trahison que pour les crimes d'homicide des paragraphes 8 alinéa 1 n° 1 du CDPI et paragraphe 211 du CP.

La disposition vise l'homicide par trahison des membres des forces armées adverses en de cas de conflit international comme celui des combattants d'un conflit ne présentant pas de caractère international. La formule « combattants²⁸ de la partie adverse » décrit le statut des combattants de la partie non étatique à une guerre civile plus précisément selon les critères du droit international que la traduction allemande du Statut CPI, car le terme utilisé dans cette dernière de « combattants²⁹ adversaires » n'existe pas dans le contexte du conflit armé non international.

Sur le § 11 alinéa 2 (Infraction qualifiée)

²⁸ « *Kämpfer* » dans le texte.

²⁹ « *Kombattanten* » dans le texte.

Le paragraphe 11 alinéa 2 prévoit l'augmentation de la peine minimale lorsqu'un acte incriminé à l'alinéa 1 n° 1 à 6 a provoqué la mort d'un civil ou d'une personne protégée par le droit international humanitaire ou la blessure grave au sens du paragraphe 226 du CP d'une telle personne. Si cette conséquence particulière de l'acte survient à l'encontre d'un civil, il est indifférent –contrairement au cas du paragraphe 8 alinéa 6- pour que l'infraction qualifiée soit retenue, que du point de vue de l'auteur, la personne concernée se trouve au pouvoir de son propre camp.

La peine encourue est de nouveau augmentée si l'auteur inflige volontairement la mort.

Sur le § 11 alinéa 3 (Dommages causés à l'environnement en cas de conflit armé international)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (iv) du Statut CPI. Elle vise les attaques militaires au cours desquelles l'environnement est endommagé de manière particulièrement étendue et pour lesquelles ce dommage est en outre disproportionné par rapport à l'avantage militaire précisé dans l'infraction. Lors de l'application pratique, la disposition ne pourra, en règle générale, conduire à la répression que pour les actes qui provoqueront au moins une contamination régionale de l'environnement et qui, de plus, seront en disproportion évidente par rapport à l'avantage militaire poursuivi.

Une extension de la disposition aux cas de conflit armé non international est encore exclue pour l'instant car il n'a pas été justifié, jusqu'à présent, de l'existence d'une coutume internationale établie avec une certitude suffisante sur ce point.

Sur le § 12 (Crimes de guerre par utilisation de moyens prohibés dans la conduite des opérations de guerre)

Sur le § 12 alinéa 1 n° 1 (Utilisation de poison ou d'armes empoisonnées)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xvii) du Statut CPI. Elle est applicable, grâce à l'extension de son champ d'application au conflit armé non international, à tous les types de conflits cités dans le Statut CPI. L'utilisation de poison est considérée comme une violation grave du droit international humanitaire depuis l'adoption du Règlement de La Haye de 1907.

A la conférence de Rome, le texte du Règlement La Haye a été repris mot à mot dans le Statut CPI. Les circonstances politiques particulières de la conférence ont empêché l'extension, requise par le droit coutumier, de la disposition à toutes les sortes de conflits dans le texte du Statut. Pourtant, une telle extension correspond au droit en vigueur, qui tient compte de l'importante mise en danger de la population civile par l'utilisation de produits toxiques, même dans le cadre d'un conflit non international. C'est ainsi que le Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie comporte dans son article 3 une infraction pénale relative à l'utilisation de poison. Dans sa décision sur la recevabilité dans l'affaire Tadic, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international a fait référence, lors de l'interprétation de l'article 3, au principe généralement reconnu selon lequel les armes dont l'emploi est interdit pour les conflits internationaux ne peuvent être utilisées en aucune circonstance (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, paragraphe 119).

Sur le § 12 alinéa 1 n° 2 (Utilisation d'armes biologiques et chimiques)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xviii) du Statut CPI. Contrairement à la réglementation du Statut, elle est applicable aussi bien au conflit armé international qu'au conflit armé non international. Cette extension est, elle aussi, garantie par la coutume internationale et par les dispositions juridiques contractuelles sur l'utilisation des armes biologiques et chimiques liant la République Fédérale d'Allemagne. Tant l'utilisation des armes biologiques que celle des armes chimiques sont contractuellement interdites pour toutes les sortes de conflits (Convention du 10.4.1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxine, J.O. allemand 1983 II page 132 ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, et du stockage des armes chimiques du 13.1.1993, J.O. allemand 1994 II page 806). Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a constaté dans le procès Tadic, en se référant à la pratique des Etats, que l'interdiction de l'utilisation des armes chimiques est également valable en cas de conflit armé non international (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, paragraphe 124).

Le texte de la disposition a été adapté sans modification substantielle aux dispositions internationales liant la République Fédérale d'Allemagne, en ce qu'il vise l'utilisation des armes biologiques ou chimiques. Il n'était pas nécessaire de préciser davantage les éléments constitutifs car le droit allemand dispose des précisions nécessaires grâce à la loi de ratification de la Convention sur les armes chimiques (voir plus haut). La protection pénale du CDPI est également nécessaire du fait que les paragraphes 17 de la loi prise en exécution de la Convention sur les armes chimiques (J.O. allemand 1994 I, page 1954) et 20 de la loi prise en exécution de l'article 26 alinéa 2 de la Loi fondamentale (loi sur le contrôle des armes de guerre, J.O. allemand 1990 I, page 2506) incriminent différents comportements qui vont de la fabrication à l'exportation des armes, mais n'envisagent pas leur utilisation. De plus, le paragraphe 17 de la loi prise en exécution de la Convention sur les armes chimiques est certes applicable aux faits commis à l'étranger par des allemands, mais le principe d'universalité – prévu pour les crimes du CDPI- ne s'applique pas.

Sur le § 12 alinéa 1 n° 3 (Utilisation des balles dum-dum)

Cette disposition repose sur l'article 8 alinéa 2 lettre b (xix) du Statut CPI. Malgré l'absence de référence au conflit armé non international dans le Statut CPI, le CDPI part du principe de l'applicabilité de cette norme tant au conflit armé international que non international. En vigueur depuis la II^{ème} Déclaration de La Haye de 1899, la disposition d'interdiction, généralement acceptée, est entre temps devenue également applicable dans sa dimension pénale au conflit non international en vertu de la coutume, comme les dispositions sur l'utilisation de poison et d'armes chimiques et biologiques.

Le CDPI ne contient pas d'infractions supplémentaires sur l'utilisation d'autres armes conventionnelles. Pour les mines anti-personnelles et les armes au laser, il existe certes une série de dispositions conventionnelles d'interdiction applicables à la République Fédérale d'Allemagne, comme par exemple la prohibition générale des mines anti-personnelles terrestres de la Convention d'Ottawa de 1997 (J.O. allemand 1998 II, page 778). A défaut d'acceptation générale de la communauté des Etats, il n'existe cependant pas de protection pénale des dispositions d'interdiction, si bien que l'intégration d'une telle disposition dans le CDPI est exclue à l'heure actuelle. Si de telles normes d'interdiction devaient être pénalisées

soit au niveau conventionnel, soit par la coutume, le futur législateur devrait alors examiner la question de cette intégration dans le CDPI.

Sur le § 12 alinéa 2 (Infractions qualifiées)

Le paragraphe 12 prévoit –exactement comme le paragraphe 11 alinéa 2- une augmentation de la peine minimale lorsqu’un acte incriminé à l’alinéa 1 a provoqué le décès d’un civil ou d’une personne protégée par le droit international humanitaire ou la blessure d’une telle personne au sens du paragraphe 226 du CP. Si l’auteur a volontairement donné la mort, la peine encourue est de nouveau augmentée.

Troisième section

Autres infractions

Sur le § 13 (Violation de l’obligation de surveillance)

Alors que le paragraphe 4 prévoit, conformément au modèle du paragraphe 357 du CP, une responsabilité en tant qu’auteur du supérieur lorsque celui-ci avait connaissance de l’imminence de la commission d’une infraction par un subordonné, le paragraphe 13 envisage le délit de violation de l’obligation de surveillance de façon autonome et vise ainsi de façon équilibrée par rapport aux cas de commission volontaire les cas, évoqués à l’article 28 du Statut CPI, de simple non empêchement par négligence de la réalisation d’infractions pénales par le subordonné. De même que dans les paragraphes 130 de la loi relative aux infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) et 41 de la loi pénale militaire (*Wehrstrafgesetz*), le caractère punissable de la violation de l’obligation de surveillance, présentant un danger abstrait qu’elle soit commise volontairement ou par négligence –la peine est alors diminuée d’après l’alinéa 4, 2^{ème} partie de la phrase- dépend de la conséquence, définie uniquement objectivement, qui s’en suit, à savoir de la commission par un subordonné d’une infraction pénale prévisible par le supérieur et que celui-ci aurait pu éviter. Cette solution est conforme au principe de la responsabilité pénale pour faute et justifie la peine ici prévue. En revanche, en raison du principe d’universalité prévu au paragraphe 1, il ne suffit pas que, par une surveillance convenable, la commission de l’acte ait simplement pu être rendue beaucoup plus difficile.

Pour les supérieurs civils, l’alinéa 2 requiert, conformément à la différenciation de l’article 28 lettre b (i) du Statut CPI, une prévisibilité particulièrement facile à identifier de la commission du fait.

Sur le § 14 (Omission de dénoncer une infraction)

Selon l’article 28 lettre a (ii) du Statut CPI, l’omission de dénoncer un acte commis par un subordonné est assimilée pénalement à la commission en tant qu’auteur. Il s’agit d’une règle très extensive et inacceptable selon le droit allemand, même en termes dogmatiques. La présente disposition reflète suffisamment la préoccupation matérielle d’inciter le supérieur à dénoncer les infractions commises par ses subordonnés et parvenues à sa connaissance. Une telle obligation, fondée en droit international au regard de l’article 28 du Statut CPI, prévaut

sur l'obligation de discrétion professionnelle des fonctionnaires et des soldats (voir paragraphe 61 alinéa 2 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux (*Bundesbeamtenengesetz*), paragraphe 14 alinéa 2 de la loi sur le service national (*Soldatengesetz*)) ; mais le supérieur peut être tenu de rendre compte de la dénonciation au niveau interne, par la voie hiérarchique prescrite. Est en outre requise une dénonciation « sans délai » et non « immédiate ». D'éventuels retardements de la dénonciation qui reposent sur des obstacles effectifs ou sur des nécessités militaires ne réalisent donc pas l'infraction.

Selon le paragraphe 14, le caractère punissable repose sur l'apparition ou l'augmentation du danger abstrait d'une impunité du subordonné responsable en raison de l'inertie du supérieur. Au regard du tort de l'auteur, qui est à peu près comparable à celui de la soustraction d'une personne à des poursuites pénales, éventuellement commise dans l'exercice des fonctions, et qui se situe nettement au-dessus de celui de l'omission de collaborer à une procédure pénale selon le paragraphe 40 de la loi pénale militaire, le maximum de la peine fixé à cinq ans d'emprisonnement paraît adapté.

Sur l'article 3 n° 5 (§ 153 f code de procédure pénale)

Le nouveau paragraphe 153 f du code de procédure pénale permet l'introduction du principe d'universalité du paragraphe 1 du CDPI dans le droit procédural. Il limite l'appréciation du ministère public pour les faits commis à l'étranger lorsque ces faits tombent sous le coup du CDPI et organise l'exercice de l'appréciation dans deux directions : pour les faits présentant un lien avec le territoire interne, d'une part, le paragraphe 153 f du code de procédure pénale prévoit une obligation de principe de poursuivre (principe de légalité) pour éviter l'impunité des auteurs d'infractions de droit international ; mais d'autre part, les autorités allemandes de poursuite doivent s'abstenir de poursuivre dans certaines situations de fait, pour laisser la priorité à des autorités de poursuite étrangères ou internationales. Finalement, grâce aux données concrètes du paragraphe 153 f code de procédure pénale, le législateur décharge, dans une certaine mesure, le ministère public de la décision délicate et en partie politique de savoir si elle doit ou non engager des poursuites pénales pour une infraction de droit international commise à l'étranger. Par le paragraphe 153 f, les frais d'enquête prévisibles pour les différentes procédures connaissent un important correctif grâce auquel – seulement, à vrai dire, en combinaison avec les modifications prévues de la Loi fondamentale et de la loi sur l'organisation judiciaire (voir : exposé des motifs A. IV.)- le danger d'une surcharge des capacités d'enquête allemandes en matière d'enquête peut être efficacement prévenu.

Le paragraphe 153 f du code de procédure pénale repose sur les considérations suivantes : en principe, il convient, à la lumière du paragraphe 1 du CDPI, de partir du principe que la justice allemande est compétente pour toutes les infractions pénales du CDPI indépendamment du lieu de commission des faits et de la nationalité des personnes impliquées, et que le ministère public a l'obligation d'intervenir en vertu du principe de légalité. Comme il s'agit avant tout d'empêcher l'impunité des auteurs de crimes de droit international par la solidarité internationale en poursuivant ces derniers, l'obligation d'enquête et de poursuite ne se limite pas aux faits qui présentent un lien de rattachement avec l'Allemagne ; même si un tel lien n'existe pas, les résultats de l'enquête entamée dans un premier temps en Allemagne peuvent s'avérer précieux pour une procédure menée dans un second temps à l'étranger ou devant un tribunal pénal international. Par ailleurs, il faut éviter de surcharger les capacités d'enquêtes par des cas ne présentant pas de rattachement avec l'Allemagne et pour lesquels l'ouverture d'une enquête par les autorités allemandes ne laisse pas prévoir de succès d'éclaircissement notable. De plus, il faut garder à l'esprit que même

pour des actes soumis au principe d'universalité, il existe une priorité de compétence échelonnée : sont appelés à effectuer les poursuites en première ligne l'Etat du lieu de commission des faits et l'Etat d'origine des auteurs ou des victimes, ainsi qu'un tribunal international compétent. En revanche, la compétence d'Etats tiers, donnée en soi, est conçue comme une compétence de repli pour éviter l'impunité, mais qui ne doit pas mettre à l'écart de manière démesurée les juridictions compétentes en priorité. La priorité revient à l'Etat du lieu de commission des faits et à l'Etat d'origine des auteurs ou des victimes en raison de leur intérêt particulier à exercer les poursuites pénales et en raison, en règle générale, de la plus grande proximité des moyens de preuve ; de plus, un tribunal pénal international prêt à prendre le cas en charge est mieux à même de faire valoir les considérations de solidarité internationale et dispose, de façon caractéristique, de possibilités étendues pour obtenir des moyens de preuves par la voie de la coopération verticale. Comme on aboutit, de cette manière aussi, à reconnaître la priorité des poursuites pénales à la CPI, il n'y a pas de contradiction avec le principe de subsidiarité de l'article 17 du Statut CPI. En effet, il ne faut déduire de ce dernier qu'il encourage l'Etat qui se trouve, dans un cas concret, appelé à effectuer des poursuites en vertu du seul principe d'universalité, d'imposer cette compétence face à la CPI.

Les présentes réflexions justifient des limitations échelonnées de l'obligation de poursuite. Les gradations suivantes sont prévues :

Sur le § 153 alinéa 1

Si un étranger accusé d'avoir commis des faits à l'étranger ne séjourne pas sur le territoire allemand et qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'il y séjourne, des poursuites pénales en Allemagne seront souvent peu prometteuses. C'est pourquoi l'alinéa 1, 1^{ère} phrase renvoie dans ce cas par principe au ministère public le soin d'apprécier s'il effectue la poursuite dans la mesure du possible –également, dans certaines circonstances, dans la perspective d'une demande d'entraide judiciaire qui peut arriver plus tard- ou s'il s'en abstient. Il faut toujours considérer qu'il y a séjour sur le territoire quand l'accusé est présent –même provisoirement- en Allemagne. Le fait de traverser l'Allemagne en cours de route suffit. L'accusé ne doit séjourner sur le territoire qu'aussi longtemps que cela est nécessaire pour son arrestation. Peu importe si sa présence en Allemagne est volontaire ou non.

Le cas où un tel suspect ne séjournant pas en Allemagne et pour lequel il n'y a pas lieu de s'attendre à un tel séjour, est un ressortissant allemand, renvoie à une responsabilité particulière de la République Fédérale d'Allemagne à l'égard des infractions de droit international commises par ses citoyens, pour demander l'extradition du suspect et effectuer les poursuites. Il pourrait cependant y avoir de bons arguments pour confier le jugement à un tribunal international ou par exemple à l'Etat du lieu de commission des faits. Ainsi, dans la mesure où la poursuite des faits est déjà engagée par une juridiction prioritaire (alinéa 1, 2^{ème} phrase), le ministère public dispose d'une large appréciation. Il résulte du but de la règle qu'une autre poursuite à l'étranger, qui ne serait effectuée que pour la seule apparence ou sans volonté sérieuse de poursuivre, pour faire échapper l'accusé à d'autres poursuites, ne peut justifier l'abstention de procéder à des poursuites selon le paragraphe 153 f du code de procédure pénale.

Sur le § 153 alinéa 2

Quand un acte ne présente pas de lien de rattachement avec l'Allemagne, qu'aucun suspect ne se trouve sur le territoire allemand et qu'en outre, un tribunal pénal international ou un Etat directement concerné et ainsi compétent en priorité a pris en charge la poursuite des faits – dans le cadre d'une procédure judiciaire-, il convient, en vertu du principe de subsidiarité, de s'abstenir d'effectuer des poursuites pénales en Allemagne (alinéa 2, 1^{ère} phrase). Pour des situations d'exception (quand par exemple il faut craindre que les poursuites introduites dans l'Etat du lieu de commission de l'infraction soient entravées pour des raisons politiques et quand des témoins importants se trouvent en Allemagne), la possibilité d'entreprendre des poursuites pénales internes doit être préservée. Comme pour l'alinéa 1, l'existence d'autres « poursuites d'apparence » ne suffit pas. D'après cette règle relativement étroite, le principe de légalité demeure intact –sauf dans les cas de l'alinéa 1-, dans la mesure où il ne manque qu'un rattachement interne ou dans la mesure où seules des poursuites ont été introduites à l'étranger. Cela paraît aussi justifié : si les faits ne présentent pas de rattachement interne, mais qu'aucune juridiction compétente de façon prioritaire n'a engagé d'enquête, alors le principe de légalité exige, combiné avec le principe d'universalité, que les autorités de poursuites pénales allemandes entreprennent de toute manière les efforts d'enquête à leur disposition pour préparer des poursuites pénales ultérieures (que celles-ci aient lieu en Allemagne ou à l'étranger). Si, d'autre part, un Etat étranger ou un tribunal pénal international ont déjà enquêté sur l'affaire mais qu'il existe un lien entre les faits, les personnes suspectées ou les victimes et l'Allemagne, les autorités allemandes devraient, pour des seules considérations de solidarité mondiale, même indépendamment d'une demande concrète d'entraide judiciaire, saisir les possibilités d'enquête offertes par les points de rattachement allemands pour soutenir la procédure étrangère à la hauteur de ses moyens et aussi pour se préparer en vue d'une éventuelle reprise ultérieure du cas par l'Allemagne.

Si les poursuites sont menées par une juridiction internationale ou étrangère prioritairement compétente et que le suspect étranger se trouve en Allemagne, son extradition ou sa remise à la juridiction qui effectue les poursuites a généralement priorité sur l'intérêt allemand subsidiaire à engager des poursuites pénales. Cela ne peut cependant s'appliquer que si l'extradition de la personne concernée est admissible et réellement recherchée. Ce cas est réglé à l'alinéa 2, 2^{ème} phrase de telle sorte que même dans cette situation, il conviendrait de s'abstenir d'engager des poursuites pénales internes.

Sur le § 153 alinéa 3

L'alinéa 3 de la disposition prévoit la possibilité pour le ministère public de revenir sur le déclenchement des poursuites et de mettre fin à la procédure lorsque, dans les cas de l'alinéa 1 ou 2, l'action publique a déjà été mise en mouvement.

Sur l'article 8 – Entrée en vigueur

Cette disposition énonce la règle relative à l'entrée en vigueur de la loi.