

XVI
Vol. I

International Society for Military Law and the Law of War
Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre

The "Recueils" of the International Society for Military Law and the Law of War are edited in Brussels by the International Society for Military Law and the Law of War and printed with the financial support of the Belgian Defence.

Direction:
Palais de Justice / Gerechtsgebouw
B 1000 - Bruxelles / Brussel



Les Recueils de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre sont édités à Bruxelles par la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre et imprimés avec l'appui financier de la Défense belge.

Compatibility of national legal systems with the Statute of the Permanent International Criminal Court
Compatibilité des systèmes juridiques nationaux avec le Statut de la Cour pénale internationale permanente

RECUEIL
XVI

**COMPATIBILITY OF NATIONAL LEGAL SYSTEMS
WITH THE STATUTE OF THE PERMANENT
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

**COMPATIBILITE DES SYSTEMES JURIDIQUES
NATIONAUX AVEC LE STATUT DE LA COUR
PENALE INTERNATIONALE PERMANENTE**

VOLUME I

16th International Congress
16^e Congrès international
ROME (Italy/Italie)
1-5 April/avril 2003



BRUXELLES / BRUSSELS
2003

**“RECUEILS” OF THE INTERNATIONAL SOCIETY
FOR MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR
RECUEILS DE LA SOCIETE INTERNATIONALE
DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE**

Palais de Justice / Justitiepaleis – B – 1000 Bruxelles / Brussel (Belgique / Belgium)
TEL: +32.2.508.60.87 - FAX: +32.2.508.60.87
<e-mail : soc-mil-law@planetinternet.be>

Director (Editor) - Directeur :
Stanislas **HORVAT**

Layout - Conception et mise en pages :
René **MARION**

Secretariat - Secrétariat :
René **MARION**, Daniel **BRASSEUR**,
Chrysantos **PAPADOPOULOS**

Printing - Impression :
Print house Defence
Rue d'Evere / Eversestraat
B - 1140 – Bruxelles / Brussel (Belgique / Belgium)

- © *No part of this publication may be reproduced, in any form or by any means, without the prior, explicit and written permission of the Director of this Recueil.*
- © La reproduction, même partielle et sous quelque forme que ce soit, des textes publiés dans cet ouvrage est strictement interdite, sauf autorisation expresse, préalable et écrite du Directeur du présent Recueil.

RECUEILS
DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE
ET DE DROIT DE LA GUERRE

XVI

**SIXTEENTH INTERNATIONAL CONGRESS
SEIZIEME CONGRES INTERNATIONAL
ROME (Italy/Italie)
1-5 April/avril 2003**

**COMPATIBILITY OF NATIONAL LEGAL
SYSTEMS WITH THE STATUTE OF THE
PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL
COURT (ICC)**

**COMPATIBILITE DES SYSTEMES
JURIDIQUES NATIONAUX AVEC LE
STATUT DE LA COUR PENALE
INTERNATIONALE PERMANENTE (CPI)**

VOLUME I

BRUXELLES / BRUSSELS

2003

TABLE OF CONTENTS / TABLE DES MATIERES

	Pages
PART I	
SUBSTANTIVE LAW DROIT MATERIEL	
Introduction about the thème of the congress	11
Introduction au thème du congrès	13
Organisation	15
Opening address - Allocution d'ouverture	19
Questionnaire (English)	27
Questionnaire (français)	31
GENERAL REPORT / RAPPORT GENERAL	
Presentation of the general report part I	37
General Report part I (English)	43
Rapport général 1 ^{ère} part (français)	83
NATIONAL REPORTS - RAPPORTS NATIONAUX	
Argentina - Argentine (English)	129
Australia - Australie (English)	133
Austria - Autriche (English)	139
Belgium - Belgique (English - français)	145
Canada (English - français)	209
People's Republic of China - République Populaire de Chine (English)	221
Czech Republic - République Tchèque (English)	227
Denmark - Danemark (English)	231
Georgia - Géorgie (français)	235
Germany - Allemagne (English - français)	237
Hungary - Hongrie (English)	269
India - Inde (English)	275
Islamic Republic of Iran - République Islamique d'Iran (English)	283

Ireland - Irlande (English)	287
Israel - Israël (English)	291
Italy - Italie (English)	299
Jordan - Jordanie (English)	303
Republic of Latvia - République de Lettonie (English)	305
Mali (français)	311
Netherlands - Pays-Bas (English)	319
New Zealand - Nouvelle-Zelande (English)	377
Norway - Norvège (English)	383
Sultanate of Oman - Sultanat d'Oman (English)	391
Poland - Pologne (English)	393
Rwanda (English)	401
Republic of Slovakia - République de Slovaquie (English)	403
Spain - Espagne (English)	407
Switzerland - Suisse (français)	417
Tunisia - Tunisie (français)	461
Ukraine (français)	465
Republica Bolivariana de Venezuela (Spanish / espagnol)	467

The proceedings of the sessions of the specialised committees and workshops held during the congress of Rome, but with another theme than the general theme of the congress, will be published in the *Military Law and the Law of War Review*, n° 42 (2003), Volumes 1-2 and 3-4.

Les actes des sessions des commissions spécialisées et des sessions de travail tenues lors du congrès de Rome, mais ne se rapportant pas au thème général du congrès, seront publiés dans la *Revue de Droit militaire et de Droit de la Guerre*, Numéro 42 (2003), volumes 1-2 et 3-4.

INTRODUCTION

COMPATIBILITY OF NATIONAL LEGAL SYSTEMS WITH THE STATUTE OF THE PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC)

In 1997, at the Athens Congress of the International Society of Military Law and the Law of War, a declaration was made, pointing out the discrepancy between the large numbers of violations of the law of armed conflict, crimes against humanity and genocide, on the one hand, and the rarity of effective prosecutions on the other.

In 1998, a substantial step has been taken by creating the permanent International Criminal Court. The existence of the Court will have a significant impact on the jurisdiction of States, not only member States but also non-member States. Although the ICC Statute does not explicitly oblige member States to make their laws in harmony with the Statute, States by ratifying the Statute, agree that crimes as mentioned in the Statute must be prosecuted, either on a national or on an international level. This implies that the laws of a State must allow it to co-operate with a prosecution by the ICC and/or to prosecute the crimes in its own courts under its national laws. This applies equally to non-member States, who must also be able to prosecute such crimes under their national laws or run the risk of having their nationals prosecuted by the ICC.

To prepare the congress, a questionnaire concerning the compatibility of their national legal system with the Statute of the ICC (see hereafter) was sent to representatives of each country. The national rapporteurs were requested to give answers to the questions of the questionnaire on the basis of their personal opinions. They could, of course, mention governmental viewpoints, but they were not required to express the official position of their government. The questionnaire was divided into two parts. Part I referred to problems of substantive law. Part II referred to procedural problems, especially concerning the relationship of States to the Court. 29 States replied to the questionnaire.

As a result of the questionnaire, States may profit from hearing other States' experiences as well as the analyses and recommendations by specialists in the area. The result should be useful to States that have ratified the Statute, those who are in the process of ratifying it, and those States who have not yet decided to be a Party to it.

LA COMPATIBILITE DES SYSTEMES JURIDIQUES NATIONAUX AVEC LE STATUT DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE PERMANENTE (CPI)

La déclaration faite lors du Congrès d'Athènes de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre de 1997, a souligné la divergence entre le nombre important de violations du droit des conflits armés, de crimes contre l'humanité et de crimes de génocide, d'une part, et la rareté de poursuites effectives d'autre part.

La création en 1998 de la Cour Pénale Internationale permanente fut une étape décisive. L'existence de la Cour aura un impact significatif sur la juridiction des Etats, non seulement des Etats Parties mais aussi des Etats non-Parties. Le Statut de la CPI n'oblige pas explicitement les Etats Parties à aligner leurs lois au Statut. Toutefois en ratifiant ledit Statut, les Etats s'engagent à accepter que les crimes visés au Statut devront faire l'objet de poursuites, soit au niveau national soit au niveau international. En d'autres termes, les lois d'un Etat devront lui permettre de coopérer aux poursuites engagées par la CPI et/ou d'engager des poursuites contre les auteurs de crimes devant ses propres tribunaux en vertu de ses lois nationales. Cette disposition s'applique également aux Etats non-Parties qui doivent pouvoir engager des poursuites contre les auteurs de ces crimes en vertu de leurs propres lois nationales ou courent le risque de voir leurs ressortissants poursuivis par la CPI.

Lors de la préparation du congrès, un questionnaire se rapportant à la compatibilité du système juridique national avec le statut de la CPI a été envoyé aux représentants de tous les pays. Les rapporteurs nationaux étaient invités à répondre aux questions du questionnaire en leur nom propre. Il pouvaient évidemment parler au nom de leur gouvernement, mais ils n'étaient pas obligés d'exprimer la position officielle de leur gouvernement. Le questionnaire comprenait deux parties. La première partie concernait les problèmes de droit matériel. La deuxième concernait les problèmes de procédure, plus en particulier les problèmes de la relation entre les Etats et la Cour. 29 pays ont répondu au questionnaire.

Ce questionnaire devra permettre aux Etats de prendre connaissance de l'expérience des autres Etats ainsi que des analyses et recommandations faites par des spécialistes en la matière. Les résultats devraient être utiles aux Etats qui ont ratifié le Statut, à ceux qui ont entamé le processus de ratification, et aux Etats qui n'ont pas encore pris la décision de devenir Partie au Statut.

The XVIth international Congress

Honorary Committee

Hon. Professor **Martino**, Antonio, Minister of the Defence
General **Mosca Moschini**, Rolando, Head of the Defence General Staff

Lt. General **Ottogalli**, Gianfranco, Head of the Army General Staff

V. Admiral **De Donno**, Marcello, Head of the Navy General Staff

Lt. General **Ferracuti**, Sandro, Head of the Airforce General Staff

Lt. General **Bellini**, Sandro, General Commandant of the “Arma dei Carabinieri”

V. Admiral **Di Paola**, Giampaolo, Secretary General of the Defence and Director of Arms

Lt. General **Zignani**, Alberto, General Commandant of the “Guardia di Finanza”

Organising Committee

President:

Professor **Intelisano**, Antonio, Military Chief Prosecutor of Rome (Italy)

Coordinators:

Mr. **fobe**, Miguel, First Deputy Military Prosecutor general of the military Court, Secretary general of the International Society (Belgium)

Dr. **Natale**, Leonardo, Captain (Navy): Logistic organization Director (Italy)

Dr. **Caffio**, Fabio, Captain (Navy): Scientific Director (Italy)

Dr. **Ratto-Vaquer**, Fabrizio, Lt Cdr. (Navy), Logistic organization Deputy (Italy)

Dr. **Scarici**, Fabrizio, Major, Payments and accounting (Italy)

Dr. **Bassetta**, Fausto, Major, Liaison Officer of Carabinieri’s Officers College (COC) (Italy)

Mr. **Cardaropoli**, Francesco, Major (Italy)

Dr. **Breda**, Gianmatteo, Lieutenant, (Navy): Scientific Deputy (Italy).

Chairmen:

Colonel (Ret) **Burger**, Jimmy, Legal Adviser, Department of Defence,
Vice President of the International Society (USA)

Dr. **Fleck**, Dieter, Director, International Agreements and Policy,
Federal Ministry of Defence, Vice President of the International
Society (Germany)

Mr. **Dahl**, Arne-Willy, Major General, Head of Legal Division, Ministry
of Defence, Vice President of the International Society (Norway)

Major General **Risius**, Gordon, Director of the Army Legal Services,
Vice-President of the international Society (United Kingdom)

Secretariat:

Mr. **Papadopoulos**, Chrysantos (Belgium)

Mr. **Brasseur**, Daniel (Belgium)

Mr. **Marion**, René (Belgium)

Le XVI^e Congès International

Comité d'honneur

Professeur hon. **Martino**, Antonio, Ministre de la Défense
Général **Mosca Moschini**, Rolando, Chef d'Etat-Major de la Défense
Lt. Général **Ottogalli**, Gianfranco, Chef d'Etat-Major de l'Armée de Terre
Vice-Amiral **De Donno**, Marcello, Chef d'Etat-Major de la Marine
Lt. Général **Ferracuti**, Sandro, Chef d'Etat-Major de l'Armée de l'Air
Lt. Général **Bellini**, Sandro, Commandant Général de l'*Arma dei Carabinieri*
Vice-Amiral **Di Paola**, Giampaolo, Secrétaire Général de la Défense et Directeur National des Armements
Lt. Général **Zignani**, Alberto, Commandant General de la *Guardia di Finanza*

Comité organisateur

Président:

Professeur **Intelisano**, Antonio, Procureur militaire en chef de Rome (Italie)

Coordinateurs:

M. **fobe**, Miguel, Premier Avocat général près de la Cour Militaire, Secrétaire Général de la Société International (Belgique)
Dr. **Natale**, Leonardo, Capitaine de Vaisseau: Directeur de l'organisation logistique (Italie)
Dr. **Caffio**, Fabio, Capitaine de Vaisseau: Directeur scientifique (Italie)
Dr. **Ratto-Vaquer**, Fabrizio, Capitaine de Corvette, Directeur adjoint de l'organisation logistique (Italie)
Dr. **Scarici**, Fabrizio, Major, Payement et comptabilité (Italie)
Dr. **Bassetta**, Fausto, Major, Officier de Liaison du « Collège des officiers Carabinieri » (COC) (Italie)
M. **Cardaropoli**, Francesco, Major (Italie)
Dr. **Breda**, Gianmatteo, Lieutenant de Vaisseau, Directeur adjoint scientifique (Italie)

Présidents de Séance:

Colonel (e.r.) **Burger**, Jimmy, Vice Président de la Société Internationale (USA)

Dr. **Fleck**, Dieter, Vice Président de la Société Internationale (Allemagne)

Mr. **Dahl**, Arne-Willy, Vice Président de la Société Internationale (Norvège)

Général Major **Risius**, Gordon, Vice Président de la Société Internationale (Royaume-Uni)

Secrétariat:

M. **Papadopoulos**, Chrysantos (Belgique)

M. **Brasseur**, Daniel (Belgique)

M. **Marion**, René (Belgique)

**Opening address by the President of the International
Society for Military Law and the Law of War**

**Allocution d'ouverture par le Président de la Société
Internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre**

Dr. S.B. Ybema

Excellences, Généraux, Amiraux,
Mesdames, Messieurs,

C'est avec un immense plaisir que nous, les membres de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, nous nous trouvons à Rome aujourd'hui, à l'occasion de notre Congrès triennal. En tant que Président de la Société, il m'est un grand honneur de prendre la parole et de m'adresser à vous tous.

Je voudrais commencer par exprimer ma gratitude envers ceux qui viennent de nous adresser leurs intéressants paroles. En premier lieu M. Bosy, sous-secrétaire d'état de la Défense, qui a eu l'extrême gentillesse de bien vouloir ouvrir notre Congrès. Excellence, je vous prie de croire à notre grande reconnaissance envers vous pour votre soutien et votre aide. Votre présence ici, aujourd'hui, que nous tous apprécions beaucoup, prouve l'importance de la Société Internationale, ses idées et ses principes.

Je voudrais également remercier le professeur Conso, ancien Président de la Cour Constitutionnelle et Président de la conférence diplomatique, pour son discours d'ouverture sur la Cour Criminelle Internationale, laquelle sera un des sujets que nous allons traiter pendant nos discussions ces jours-ci. Je considère vos commentaires précieux comme un excellent point de départ pour nos délibérations. Merci beaucoup.

Le discours que nous venons d'entendre de la part du professeur Léanza, également un expert dans le sujet, nous a fait beaucoup de substance à réfléchir. Nous sommes extrêmement reconnaissant.

Ensuite j'aimerais adresser un mot de remerciement au professeur Dr Intelisano, pas seulement pour les mots chaleureux qu'il vient de prononcer mais aussi pour tous ses efforts pour la Société comme Président du groupe national italien et surtout comme Président du comité d'organisation et d'accueil. Vous et vos collègues, vous avez dû travailler dur pour préparer tout et pour nous accueillir si chaleureusement.

Merci beaucoup à vous tous et à vous toutes.

Puis, je veux m'adresser à vous tous qui sont intéressés aux activités de notre Société, venus des 4 coins du monde pour assister au congrès de 2003 à Rome. Plusieurs d'entre vous ont fait un long voyage pour pouvoir être présents. Je vous en remercie. Soyez les bienvenus !

En ce qui concerne le Congrès qui vient d'être ouvert, J'ai une confiance inébranlable en le principe de base de notre Société: c'est-à-dire la nécessité d'un échange libre et sincère d'opinions. C'est la seule manière dont la Société Internationale peut se faire valoir et s'adapter aux réalités continuellement en mouvement dans le monde actuel. C'est pour cette raison que la Société a cherché à réunir ses nombreux membres ses dernières années. Convaincu de la compétence et du dévouement de vous tous, je suis sûr que notre Congrès à Rome va être un succès.

Je continue en anglais.

Over the next few days, many interesting subjects will be addressed at the congress. Rather than discuss one particular subject here - taking into account not all the members of the audience are lawyers - I would like to take a broader perspective and share some of my views on the current state of International law, and the health of its most important institution; the United Nations.

I am sure we are all aware that international law has never been a static affair. It is not only constantly evolving, but also often subject to changing contemporary circumstances and the forces of International politics. In ancient times, International law, when it existed at all, was rather simpler than it is today. Many nations and empires did not feel the need for extensive rules concerning diplomatic intercourse, jurisdiction and principles of territorial sovereignty, since many nations and empires adhered to an ideology that claimed Universal authority over all peoples! Thus, classical Chinese philosophy, as formulated by Confucius, regarded the ruler of China as the "Son of Heaven" who governs the whole Universe as a righteous and benign ruler. And in medieval Christianity, the Holy Roman Empire claimed Universal authority for the Pope as the spiritual head, and for the Emperor as temporal head, of the Christian nations of Europe.

Such views of Universal jurisdiction have been modified in recent centuries. Nations of different religions increasingly came into contact with each other and were compelled to deal with each other on a

basis of mutual respect and sovereignty. Ladies and gentlemen, fortunately or unfortunately, depending on your point of view, today there is no “Son of Heaven” to sit in righteous judgement over all. At least not in our temporal world! And so, for the maintenance of the International rule of law and order we will just have to make do with the institutions that we have.

One such institution is the United Nations. Not a “Son of Heaven” from the very start, by any means! The United Nations was created in the idealistic post World War Two era of alliances between the emerging communist nations and between the capitalist world powers. As a result, it was ill equipped to function during the Cold War, when superpower relations dominated the international scene and conflicts arising within it.

However, the abrupt and unexpected end of the Cold War forced a dramatic re-assessment of international relations. The UN was able to re-establish itself as guardian of peace and security. I would be the first to deny that the UN consequently fulfilled *all* its promise. The UN is no doubt a flawed organisation with conflict regulation mechanisms that have never been *completely* realised. But over the years the UN did manage to gain some measure of moral and legal authority based on at least the perception of Impartiality, even to countries that tend *not* to recognise any other authority than their own. These countries are well aware, for instance, that the Security Council can provide a mandate from the international community and legitimacy for action under such a mandate.

They will therefore seek to gain such approval, thereby implicitly recognizing and strengthening the authority of the UN, even if it was not their intention to do so!

It has not been easy to build an institution such as the UN. In fact, it took two world wars and many millions of casualties to build it. The pre-amble of the UN charter specifically refers to the tragic reasons that underlie the conception of the United Nations when it states: “We the peoples of the United Nations are determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind.”

Apparently, with the horrors of the Second World War still fresh in mind, its immediate aftermath provided an opportunity for the brotherhood of Nations to establish a unique institution. One that would establish conditions under which justice and respect for the obligations of International law could be maintained. If the UN had not existed today, I doubt if it would currently be politically feasible to establish an institution

of such authority. It requires unique circumstances for the nations of this world to be so inclined. The aftermath of World War Two was just such a period.

Ladies and gentlemen, the current situation in the world is a serious one and the powers that stir into action in times of international crisis will try to redefine the old organising principles of international law and order. Over the last few months, as a result of the “war on terrorism” many issues of International law and the law of war have been widely discussed. Think for instance of the status and treatment of captured El Quada and Taliban fighters in captivity at Quantamo Bay in Cuba, or the suggested legitimacy of a pre-emptive strike against “rogue” States. As regards the legitimacy of the armed conflict in Iraq, the United Nations has found itself in the centre of these discussions. Some States declared that the relevance of the UN was at stake if Iraq was allowed to defy its resolutions with such impunity. By the same token, other States declared that the UN would cease to be credible if sheer political pressure alone could provide a mandate for war against Iraq. These two factions entrenched themselves in their positions and phrased their objections in such a way that the UN had been manoeuvred into an almost impossible position. Whichever way it moved, it would fall off the balancing cord. Currently it is too soon to tell if the UN – and other important International institutions such as NATO and the European Union - have suffered irreparable harm due to this issue.

Ladies and gentlemen, I cannot stress enough that, If the UN were to lose any of its authority, this would truly be a tragedy. Not only because of the important role the UN plays in the maintenance of peace and security in conformity with the principles of justice and international law. But also because of its many other functions such as the humanitarian role it plays through its many subsidiary institutions, for example the UNHCR, its role in providing a forum of institutionalized dialogue between nations and encouraging the progressive development of international law and its codification. In addition, the moral authority built by the UN since World War Two, puts it in an ideal position to play an important role in the fight against terrorism. If the UN were to crumble, it would leave a vacuum that would be impossible to fill. And rebuilding the UN, or a comparable institution, would most likely only be possible after the world suffers another World War or a similar tragedy of epic scale.

Ladies and gentlemen, at the beginning of the 21st century the problems facing the international community are many and acute. I truly believe that the UN will still be able to play an undiminished

role in order to address these problems. If there is political will, if co-operation between States is pursued, new international law will surely be made in the decades ahead, as an essential tool to give effect to new solutions to new and old human problems. I trust that the International Society will remain an important and vibrant contributor to the development of international law. I would like to thank you all for your kind attention.

QUESTIONNAIRE

QUESTIONNAIRE (English)

PART I – SUBSTANTIVE LAW

1. Ratification

- a) Has your State ratified the Statute of the ICC? To what extent has your State considered it obligatory under the Statute or otherwise necessary, in making that ratification possible, to amend the constitution or the national law of your State? Has your State made a declaration under Art. 124 of the Statute?
- b) If your State has not ratified, are there any constitutional or other impediments, preventing such ratification?

2. Crimes

Has the following conduct been made punishable by the law of your State:

- a) Genocide (as defined in Art. 6 ICC, or differently)?
- b) Crimes against humanity (as defined in Art. 7 ICC, or differently)?
- c) War Crimes (as defined in Art. 8 ICC, or differently)?

Does it make any difference whether the conduct has occurred in the context of an international armed conflict or of an internal armed conflict, or not in the context of any armed conflict?

3. Jurisdiction

- a) Has your State established jurisdiction over each of those crimes?
- b) Is that jurisdiction universal or, if there are conditions attached to jurisdiction, what are those conditions?
- c) Does your State allow trials in absentia for these crimes? If so, under what conditions?

4. Double jeopardy / ne bis in idem

In relation to such crimes, is a prosecution admissible under the law of your State and/or can the alleged perpetrator of the crimes be extradited:

- a) If the accused has been tried and convicted or acquitted by the ICC?
- b) If the accused has been tried and convicted or acquitted by the ICTY or the ICTR?
- c) If the accused has been tried and convicted or acquitted by a court of a foreign State?

Are there any exceptions? Is ne bis in idem / double jeopardy an absolute bar or are there any exceptions (e.g.: new evidence, sham trials etc.)?

5. Lapse of time

Has your State incorporated into its national law Art. 29 of the Statute of the ICC on the non-applicability of any statute of limitations in relation to the crimes mentioned in Question 2?

6. Individual criminal responsibility

Do the national laws of your State recognize, in connection with these crimes, the various forms of criminal responsibility listed in Art. 25(3) of the Statute?

What are the differences between your State's laws and the ICC Statute, in this respect?

7. Responsibility of superiors

Do the national laws of your State provide for the punishment of a superior for crimes as mentioned in Question 2 which were committed by their subordinates? If so, under the same conditions as laid down in Art. 28 of the Statute of the ICC, or under different conditions?

8. Mental element

- a) Has your State incorporated Art. 30 (mental element) into its national law, and if so, are there any exceptions?
- b) Is it possible under your national law to be convicted of such crimes as a result of recklessness or negligence?

9. Grounds for excluding criminal responsibility

Do the national laws of your State, in relation to such crimes, provide for the defence of:

- a) self-defence?
- b) duress?
- c) mental incapacity?
- d) intoxication?

If so, under the same conditions as laid down in Art. 31(1)(a-d) of the Statute of the ICC, or under different conditions?

10. Other Statutory defences

Do the national laws of your State, in relation to such crimes, provide for:

- a) The defence of mistake of fact? If so, under the same conditions as laid down in Art. 32(1) of the Statute of the ICC, or under different conditions?
- b) The defence of mistake of law? If so, under the same conditions as laid down in Art. 32(2) of the Statute of the ICC, or under different conditions?
- c) The defence of having acted in compliance with the order of a superior? If so, under the same conditions as laid down in Art. 33 of the Statute of the ICC, or under different conditions?

11. Non-Statutory defences

Do the national laws of your State, in relation to crimes as mentioned in Question 2, provide for:

- a) The defence of *tu quoque* ? If so, under what conditions?
- b) The defence of having acted in the context of legitimate reprisals? If so, under what conditions?
- c) The defence of having acted because of military necessity? If so, under what conditions?
- d) The defence of having acted in a state of necessity? If so, under what conditions?
- e) Any other defences?

12. Offences against the administration of justice

- a) Does, under the legal system of your State, each of the six types of conduct mentioned in Art. 70(1) of the ICC Statute amount to a crime?
- b) Under what conditions would the courts of your State have jurisdiction over such crimes?

QUESTIONNAIRE (français)

PART I – DROIT MATERIEL

1. Ratification

- a) Votre Etat a-t-il ratifié le Statut de la CPI? Dans quelle mesure votre Etat a-t-il estimé obligatoire en vertu du Statut ou sinon nécessaire, en permettant cette ratification, d'amender la constitution ou les lois nationales de votre Etat? Votre Etat a-t-il fait une déclaration conformément à l'Art. 124 du Statut?
- b) Si votre Etat n'a pas ratifié le Statut, y-a-t-il des obstacles constitutionnels ou autres empêchant cette ratification?

2. Crimes

Les comportements ci-après sont-ils punissables en vertu des lois de votre Etat?:

- a) Crime de génocide (tel que défini à l' Art. 6 du Statut de la CPI, ou différemment)?
- b) Crime contre l'humanité (tel que défini à l'Art. 7 du Statut de la CPI, ou différemment)?
- c) Crime de Guerre (tel que défini à l'Art. 8 du Statut de la CPI, ou différemment)?

Importe-t-il que le comportement ait été adopté dans le cadre d'un conflit armé international ou d'un conflit armé interne, ou en dehors de tout conflit armé?

3. La compétence

- a) Votre Etat a-t-il prévu une compétence à l'égard de chacun de ces crimes?
- b) S'agit-il d'une compétence universelle ou, dans le cas où des conditions sont liées à cette compétence, de quelles conditions s'agit-il?
- c) Votre Etat permet-il des jugements en l'absence de ces crimes? Dans l'affirmative, sous quelles conditions?

4. Double incrimination/ non bis in idem

Pour ce qui concerne ces crimes, les poursuites sont-elles recevables en vertu des lois de votre Etat et/ou l'auteur présumé des crimes peut-il être extradé:

- a) Si l'accusé a été jugé et reconnu coupable ou acquitté par la CPI?
- b) Si l'accusé a été jugé et reconnu coupable ou acquitté par le TPIR ou le TPIY?

c) Si l'accusé a été jugé et reconnu coupable ou acquitté par la cour d'un Etat étranger?

Y-a-t-il des exceptions? Le principe de non bis in idem / double incrimination est-il un obstacle absolu ou y-a-t-il des

5. Imprescriptibilité

Votre Etat a-t-il incorporé l'Art 29 du Statut de la CPI dans ses lois nationales relatif à la non-applicabilité d'un statut de prescriptions à l'égard des crimes visés à la Question 2?

6. Responsabilité pénale individuelle

Les lois nationales de votre Etat reconnaissent-elles, pour ce qui concerne ces crimes, les différentes formes de responsabilité pénale visées à l' Art. 25(3) du Statut?

Quelles sont les différences entre les lois de votre Etat et le statut de la CPI à cet égard?

7. Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles la punition d'un supérieur hiérarchique pour les crimes visés à la Question 2 qui ont été commis par ses subordonnés? Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l' Art. 28 du Statut de la CPI, ou est-ce dans des conditions différentes?

8. Elément psychologique

- a) Votre Etat a-t-il incorporé l' Art. 30 (élément psychologique) dans ses lois nationales, et dans l'affirmative, y-a-t-il des exceptions?
- b) Est-il possible en vertu de vos lois nationales d'être reconnu coupable de ces crimes par suite d'imprudence ou de négligence?

9. Motifs d'exonération de la responsabilité pénale

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles , pour ce qui concerne ces crimes, les moyens de défense:

- a) La légitime défense?
- b) La contrainte?
- c) La déficience mentale?
- d) L'état d'intoxication?

Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l' Art. 31(1)(a-d) du Statut de la CPI, ou est-ce dans d'autres

conditions?

10. Autres défenses statutaires

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles, pour ce qui concerne ces crimes:

- a) La défense de l'erreur de fait? Dans l'affirmative, est –ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l'Art. 32(1) du Statut de la CPI, ou est-ce sous d'autres conditions?
- b) La défense de l'erreur de droit? Dans l'affirmative, est –ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l' Art. 32(2) du Statut de la CPI, ou est-ce sous d'autres conditions?
- c) La défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique? Dans l'affirmative, est –ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l' Art. 33 du Statut de la CPI, ou est-ce sous d'autres conditions?

11. Défenses non-statutaires

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles, pour ce qui concerne les crimes visés à la Question 2:

- a) La défense du *tu quoque* ? Dans l'affirmative, sous quelles conditions?
- b) La défense d'avoir agi dans le contexte de représailles légitimes? Dans l'affirmative, sous quelles conditions?
- c) La défense d'avoir agi en raison de la nécessité militaire? Dans l'affirmative, sous quelles conditions?
- d) La défense d'avoir agi dans un état de nécessité? Dans l'affirmative, sous quelles conditions?
- e) Toutes les autres défenses?

12. Atteintes à l'administration de la justice

- a) Chacun des six types de conduite visés à l' Art. 70(1) du Statut de la CPI équivaut-il à un crime en vertu du système juridique de votre Etat?
- b) Dans quelles conditions les cours de votre Etat auraient-elles compétence à l'égard de ces crimes?

GENERAL REPORT



RAPPORT GENERAL

PRESENTATION OF THE GENERAL REPORT – PART I

*Colonel C. H. B. Garraway
(UK)*

First, I would like to explain how this report was prepared. Although it bears both our names, it is primarily the work of Jann Kleffner, researcher at the University of Amsterdam (UvA), as, for reasons beyond my control, I had to withdraw from the role of Rapporteur at a stage when only a limited number of national reports were available. I had prepared a draft report at that stage but it is Jann Kleffner who has updated it and incorporated the majority of the national reports. Before anyone thinks that this is a disclaimer, it is not. I think that the report is an excellent piece of work and I am honoured that my name is linked to it. However, I wanted to make sure that the credit goes in the right direction.

The Rome Statute is now in force. The ICC is a reality. These are now issues of practical concern, not merely academic debate. A comparative exercise of this nature is useful and informative. It may be that some academic institution will wish to follow up this valuable initiative by the Society and develop a more comprehensive database – but that is in the future. What do we have at present?

30 National groups replied to the questionnaire. Unfortunately, it was not possible to incorporate Venezuela due to translation difficulties from the Spanish original. I apologise for that. However, overall, there was a good spread of countries with a majority being States Parties already, some intending – or hoping – to become so and others opposed. This provided an excellent cross section of opinion.

One can loosely split the Rome Statute into three parts, in so far as domestic implementation is concerned. The first deals mainly with the internal workings of the Court (election of Judges etc.) and is of comparatively little interest for these purposes. The second deals with co-operation between the Court and States. Much of this is dealt with under the second part of the questionnaire on procedural law though echoes appear here. The third part – that which primarily concerns us here – is the substantive law provisions which relate directly to the principle of complementarity.

Before we look at the Report itself, I should clarify what I mean by complementarity. This relates to Article 17 of the Statute which reaffirms the supremacy of national courts. In principle, a case is INADMISSIBLE before the ICC where it is being or has been genuinely investigated by a State with jurisdiction over it. That does not necessarily mean a State Party. It follows that, to take advantage of the complementarity

provisions, States must ensure that they have jurisdiction over such cases and are able genuinely to investigate and, where appropriate, prosecute. Where a State has no jurisdiction over a particular case under its domestic law, it will not be able to use the complementarity provisions. It is for that reason that States, both Parties and non-Parties, need to look to their own domestic laws and examine them against the ICC provisions.

There is no compulsion here. States are not OBLIGED to bring their laws into line but failure to do so may lead to the sacrifice of national primacy, the principle on which the ICC is based.

Now, to the Report itself. I do not intend to go through it in detail as time does not permit but I wish to draw out some key issues which may, I hope, stimulate debate.

The Report opens with an examination of the way in which states have incorporated the offences under the ICC statute into their domestic law. Methods differ but most States seem satisfied that all offences under the ICC Statute would be triable under some form of domestic jurisdiction. China, for reasons that they expressed both at the Conference in Rome and consistently since Rome, do not agree with the breadth of the provisions on crimes against humanity and this is indeed one of the reasons why they have not become Party to the Statute. Of significance also is the effect of Article 8(1) of the Statute on war crimes, providing that the Court will have jurisdiction over war crimes “in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. This was intended as guidance to the ICC Prosecutor and in no way to act as a limiting factor in the definition of war crimes. Germany and Belgium have clearly recognised this and removed the provision from their domestic legislation – as incidentally have the UK. However, the situation is not so clear in other States though I read the reports of most as agreeing – at least in principle – with the Belgian/German position.

Many States have gone wider than the ICC Statute. That is no problem. The ICC provisions should be seen as a minimum base not a ceiling. This is particularly apparent in the growing extension of the principles applicable in international armed conflict into non-international armed conflict.

There are large – and understandable – differences on the exercise of jurisdiction, particularly on the issue of universality with States tending to follow their own traditional jurisdictional bases. About half the States responding have introduced or intend to introduce universal jurisdiction though many insert caveats as to its exercise.

Double jeopardy raises some interesting issues. Most States, even non-States Parties, recognize ICC judgements in one way or another, whether by specific legislation or by existing provisions dealing with judgements of foreign courts. Of States Parties, Poland, Slovakia and Sweden seem to have no provisions barring retrial in compliance with Article 20(2) of the Statute. This is particularly interesting in the case of Sweden where such a provision does exist for the ICTY. The Danish report also raises an interesting issue on double jeopardy in its reference to the Statute of the ICTY. That treats as an exclusion from the principle cases where “the act for which (a person) was tried, was characterised as an ordinary crime”. If this principle were followed by the ICC, it would put at risk those States that have decided that their ordinary domestic law provisions are sufficient to satisfy the complementarity provisions. This should not happen as Article 17(1)(c) of the Statute specifically – and deliberately – refers to a person having been “tried for conduct which is the subject of the complaint” and similar language is used in Article 20 dealing with *ne bis in idem*.

Not all States have removed time limitations. This will not affect the operation of the Court itself but will affect the ability of the State to claim jurisdiction. A refusal to hand over a suspect for trial on the basis of time limitation would almost certainly be a breach of Treaty obligations.

On individual criminal responsibility, few States have introduced specific legislation with most relying on their domestic provisions. The main area of concern is the common law notion of conspiracy against the civil law concept of common criminal purpose. For the most part, States seem satisfied that such differences as there may be are minor and may perhaps be of more interest to academics than of practical difficulty. There is of course no problem where the extent of criminal responsibility is wider.

There is much confusion over the issue of superior responsibility which perhaps reflects the confused nature of the debate at the Diplomatic Conference in Rome itself. Most States recognize some form of superior responsibility though the nature and extent may differ. Some have incorporated the ICC provisions directly, others rely on existing legal principles. Differences can be found in the nature of the superior/subordinate relationship, the required mental element and the extent of the responsibility. Difficulty is found in at least one State with the basis of responsibility arising from the *post-facto* failure to report. This is an area that could certainly do with further study.

On the mental element, there seems to be little difficulty. Almost all States seem to go at least as far as Article 30 of the Statute and some a good deal further, incorporating provisions on recklessness and negligence.

The grounds for excluding criminal responsibility again illustrate differences – reflective of the original Rome debates. On self-defence, some States have wider provisions with Spain including “performance of duty”. It is unclear how this would be interpreted in Spain but it does seem to be considerably broader than anything permitted under the ICC Statute. It is worthy of note that Israel expressly excludes self defence in relation to genocide though it is hard to see how it could be applicable in any event in the light of the specific intent required. For the other defences, again most States have relied upon their domestic provisions. Whilst these may differ from those contained in the ICC statute in terms of detail, there do not seem to be any major practical differences.

The question on “other statutory defences” raised some interesting points. Some States provide, for example, that any defence under domestic law will continue to be available. This requires a full appraisal of domestic law defences for compatibility. The short resumé provided in the national reports is not the place for such an appraisal and indeed it may not be fully possible until cases and jurisprudence begin to become available. Whilst differences appear in the answers on mistake of fact and – to a lesser extent – mistake of law, it is difficult to assess how far these differences are practical rather than theoretical. Most States refer to their legislation having similar or the same effect as the Statute provisions.

As one of the authors, I am delighted by the apparent acceptance of the provisions in Article 33 of the Statute on superior orders. Most States appear either to have similar provisions already or to intent to introduce such by legislation. The exclusion clause in the Statute relating to genocide and crimes against humanity does not have such general acceptance though many States consider that their legislation would have the same effect. Only two States appear to reject superior orders as a defence in all circumstances, one a State Party and one not.

Non-statutory defences again raise the issue of other domestic law defences. As one might expect, the issue of legitimate reprisals is probably the most controversial. There are few domestic provisions on this issue and differing views as to how domestic courts might respond. This reflects the differing views on the issue of reprisals in general. The question was never directly faced at the Diplomatic Conference because of the known divisions and there is therefore a danger here of discrepancy between international and national jurisdictions. Would the complementarity provisions still apply where domestic courts and

international courts genuinely take different lines on contentious issues of international law? The same applies – though to a lesser extent – to military necessity though the differences here may be more apparent than real.

Those States that did attempt some form of comparative analysis of their own domestic defences did come up with some additional options but some would seem to be already reflected in the Statute in other ways, perhaps by the strict mental element required.

In relation to offences against the administration of justice, most States are satisfied that the offences themselves are, with minor exceptions, covered. More difficult are the jurisdictional provisions. Article 70(4)(a) of the statute itself limits the requirement to offences committed on the territory of a State Party or by its nationals. However, not all States appear to have extra-territorial jurisdiction over their own nationals.

In conclusion, it would seem that, whilst there are clear *lacunae* in certain areas, the overall position can probably be described as satisfactory. It is inevitable that, with a project as large as this, there will be differences of approach. However, I personally am encouraged by the extent to which states are bringing their legislation into line.

It has been said that the ICC would achieve its greatest success if it never tries a case! That would of course mean that there was no need for it because States were at last discharging their own responsibilities. The steps made by states since those turbulent days in this city nearly five years ago have certainly made that ultimate goal easier.

GENERAL REPORT

PART I

Charles Garraway & Jann K. Kleffner

The International Criminal Court is now a reality. It came into force on 1 July 2002 following the receipt of the 60th ratification of the Rome Statute. This was substantially earlier than had been expected even by its most ardent admirers. At the time of writing, the Second Assembly of States Parties is about to take place to elect the necessary officials to the Court, including the Judges and the Prosecutor. The Rules of Procedure and Elements of Crimes, prepared by the Preparatory Commission, have been adopted and it is anticipated that the Court will open for business in 2003.

The road to establishment has been a long and arduous one, dating back to before the Second World War and the League of Nations. Modern history begins with the establishment of an Ad Hoc Committee in 1995 which in turn developed into a Preparatory Committee prior to the Diplomatic Conference in Rome in 1998 which produced the Statute of the International Criminal Court.

Since 1998, a Preparatory Commission has been working to produce the various subsidiary documents and agreements that were required to turn a concept into reality. Now that reality has come about.

It is important to understand the basic premises on which the Court rests. Unlike the Ad Hoc Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, it does not have primacy over domestic jurisdictions but is designed as a “court of last resort” which complements national criminal jurisdictions in case they fail to bring perpetrators to justice. This principle of complementarity is made very plain in Article 17 of the Statute which states that “the Court shall determine that a case is inadmissible” where, inter alia, “the case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution.”

Furthermore, the Court has limited powers of its own to carry out investigations and is thus reliant on the assistance and cooperation of States. As a treaty based organization, it lacks the back up of a Security Council resolution, binding on all States, unless the latter decides to refer a situation to the Court in accordance with Article 13 (b). In either case, the role of States is central as, without such assistance and cooperation, the Court will be unable to operate.

It follows from the above that the role of States is vital if the Court is to succeed in its objectives “to put an end to impunity for the perpetrators of [crimes within the jurisdiction of the Court] and thus to contribute to the prevention of such crimes.” If States are to take their responsibilities seriously, it will be necessary to bring their domestic laws into conformity with the Rome Statute. These changes may take a number of different guises. Thus, a number of States have found it necessary to introduce constitutional changes to enable them to comply with requests from the Court. States have adopted legislation with a view to fully criminalize the conduct that amounts to genocide, crimes against humanity and war crimes to enable them to take full advantage of the complementarity provisions. Finally, states have introduced legislation enabling their law enforcement agencies to cooperate with the Court.

The nature of national implementation depends on a number of factors, not least whether the State concerned is or is not a Party to the Statute. However, it is clear from the Statute that the Rome Statute is not confined to States Parties. Jurisdiction extends to crimes committed by nationals of States Parties or crimes committed on the territory of States Parties and is virtually unlimited in the case of Security Council referrals under Chapter VII of the Charter. It is therefore not only in the interests of States Parties to ensure that they have a fully functional judicial system able and willing to investigate, and where necessary prosecute, allegations of crimes of this nature in order to invoke complementarity successfully. All States have an interest in implementing the substantive law contained in the Rome Statute, whether States Parties or not. Accordingly, the questionnaire submitted to National Groups in preparation of the XVIth International Congress of the International Society for Military Law and the Law of War on “The Compatibility of National Legal Systems With the Statute of the Permanent International Criminal Court” was designed to be of relevance to all States whether States Parties to the Rome Statute or not.

It was anticipated that the questionnaire would draw out different approaches to the problem of national implementation. Such different approaches are inevitable given the variety of legal systems in the world today. There is no single template which will fit the needs of all. However, while there are considerable differences, it is to be hoped that the sharing of ideas and experiences will help in the development of a certain degree of harmonization, which can only strengthen the legitimacy of proceedings in national courts.

Disclaimer: *The present report draws exclusively on the responses to the questionnaire submitted by national groups. Due to the large number of States and to the fact that only limited time was available for drawing up the report, national groups could not be consulted for clarifications where the responses appeared unclear to the present authors. The general reports are based on the assumption that the national responses are complete and correct. Events that occurred after the submission of the responses are not taken into account.*

SUBSTANTIVE LAW:

1. RATIFICATION

- a) *Has your State ratified the Statute of the ICC? To what extent has your State considered it obligatory under the Statute or otherwise necessary, in making that ratification possible, to amend the constitution or the national law of your State? Has your State made a declaration under Article 124 of the Statute?*
- b) *If your State has not ratified, are there any constitutional or other impediments, preventing such ratification?*

29 national groups replied to the questionnaire. Of these 21 (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Jordan, Latvia, Mali, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Slovakia, Spain, Sweden, and Switzerland) have already ratified the Rome Statute. Eight states (China, Czech Republic, Georgia, India, Israel, Rwanda, Tunisia, Ukraine) of those who replied have not, although three of them have expressed their intention to become parties to the Statute by signing it (Czech Republic, Georgia, Ukraine).(1)

Eight States have amended or will amend their constitutions or consider it necessary before being able to ratify the ICC Statute (Austria, Belgium, Czech Republic, Germany, Hungary, Ireland, Slovakia, Tunisia, Ukraine).

(2) Amongst the reasons for such constitutional amendments are:

- to bring the constitution into line with the Statute's rules regarding persons that serve in an official capacity (3) (Austria, Belgium, Hungary, Slovakia, Tunisia),
- to authorize the transfer of sovereign power to the ICC (Ireland),
- the constitutional power to grant amnesty or pardon (Belgium, Czech Republic),
- the constitutional prohibition to extradite citizens (Czech Republic, Germany, Slovakia),
- the power of the ICC to conduct investigations on a state's territory (Slovakia),

- the implications of ratification for the constitutionally guaranteed independence of the judiciary, either because of the possibility for the Security Council to defer an investigation (4) (Belgium) or because such independence does not permit any intervention of a foreign authority, which impedes national authorities to investigate, prosecute or extradite nationals (Tunisia).

16 States have amended their national law of a non-constitutional nature or are in the process of doing so or consider such amendments necessary in order to become party to the Rome Statute (Argentina, Australia, Austria, Canada, Denmark, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Netherlands, New Zealand, Norway, Slovakia, Sweden, Switzerland, Tunisia). The areas affected are (a) substantive legislation relating to the criminalization of conduct that is punishable before the ICC and (b) legislation on the cooperation between States and the ICC. The scope and content of that legislation differs between States as will become apparent in the responses to the more detailed questions below. As a general observation, some States have opted for adopting legislation only in one of the areas (Austria and Denmark only on cooperation), while others in both (Argentina, Australia, Canada, Germany, Ireland, Italy, Netherlands, New Zealand, Sweden, Switzerland). Furthermore, states in the latter group have used different methods, with some consolidating the two areas in one piece of legislation (Argentina, Australia, Canada, Ireland, Italy) and others adopting two or more separate ones (Belgium, Germany, Netherlands, Norway, Sweden, Switzerland). A further method is to apply the Statute directly in whole or in part (Austria, Jordan, Poland, Slovakia, Spain).

None of the countries responding have made a declaration under Article 124 of the Statute though a number of States made (interpretative) declarations when becoming party to the Statute.(5) (Australia, Belgium, Jordan, New Zealand, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland)

Among those States that have expressed the intention not to become parties to the Statute for the time being, the responses to the questionnaire by China and India provide some insight into these states' grounds for refusal. China's objections include the inability to accept the jurisdictional provisions of the Statute in that they were not established on the basis of the voluntary acceptance of States; disagreement with the bringing of war crimes in internal armed conflicts under the universal jurisdiction of the Court; consideration that the provisions in the Statute relating to the role of the Security Council were inconsistent with the United Nations Charter; excessive powers of the prosecutor, in particular when acting *proprio motu*; and concern over the definition of crimes against humanity. India, on the other hand, mentions "various security

and political considerations” in addition to the lack of definition of the crime of aggression and the absence of an express prohibition of the use of nuclear weapons in the Statute.

2. CRIMES

States use a variety of ways to implement the crimes proscribed in the Statute. For some, the crimes in the Statute have been incorporated into national law. In others, that step was felt unnecessary as all such crimes are already offences under domestic law. For others, even though such crimes are not offences *per se*, it is considered that existing definitions of domestic law crimes are wide enough to include all ICC-offences. Nobody has sought to argue that the conduct alleged does not amount to a crime under domestic law in some category or other though China disputes the definition of crimes against humanity, as such, in the Rome Statute both in substance and in the lack of a nexus to “wartime”. It should also be noted that the different approaches are not mutually exclusive and are sometimes used in combination. Furthermore, different crimes may be punishable under different laws.

Has the following conduct been made punishable by the law of your State:

a) *Genocide (as defined in Article 6 ICC, or differently)?*

Genocide is defined in the ICC Statute in identical terms to the 1948 Genocide Convention.

Only Italy and Tunisia answered in the negative, while the remaining 27 States answered that genocide has been made punishable under their laws (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, China, Czech Republic, Denmark, Georgia, Germany, Hungary, India, Ireland, Israel, Jordan, Latvia, Mali, The Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Rwanda, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, Ukraine).

The latter group of States can further be divided on the basis of how such punishability has been established. While only three States would prosecute such crimes as ordinary offences (China, Jordan, Norway), the majority of States criminalise genocide as such. This last group can further be sub-divided into States that already had provisions relating to this offence in their domestic law (Austria, Belgium, Denmark, Georgia, Germany, Hungary, Israel, Latvia, Mali, Netherlands, Poland, Rwanda, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland); States that criminalise genocide either under ICC-implementing legislation or as the result of adopting the latter, which amends existing laws (Australia, Canada, Germany, New Zealand), including those which intend to do so (Argentina, Ireland,

Sweden); and, as an exception, Argentina, which seems to criminalize the crime of genocide by giving the Genocide Convention constitutional ranking pending the adoption of the ICC-implementation bill.

Only the responses from the Czech Republic, Germany and Sweden indicate that differences exist between their domestic criminalisations and genocide as defined in the Rome Statute.

To the extent that responses of States indicated the nature of the formal source of punishability, a majority of States criminalise genocide in their general criminal code (Austria, Georgia, Hungary, Latvia, Mali, Poland, Slovakia, Spain, Switzerland, in addition to those states that criminalise genocide as ordinary criminal offences). A second group adopts specific legislation or intends to do so (Argentina, Australia, Germany, Ireland, Israel, Rwanda). Canada and New Zealand combine specific implementing legislation with a reference to international law.

b) Crimes against Humanity (as defined in Article 7 ICC, or differently)?

Two states responded that crimes against humanity are not punishable under their law (Spain, Tunisia), and in The Netherlands, this is not the case with the exception of crimes against humanity committed in the Second World War pending the adoption of ICC-implementing legislation (Netherlands), the remaining states use similar means to for criminalizing crimes against humanity as they do with respect to genocide. It is noteworthy, however, that a higher number relies on ordinary offences, which are in some instances considered sufficient to cover all acts punishable as crimes against humanity under the Rome Statute (Austria, China, Denmark, Israel, Norway), while other states acknowledge certain gaps (Italy, Latvia, Switzerland). In Norway and Switzerland, the adoption of specific implementing legislation has been suggested. Only Rwanda can rely on pre-existing specific legislation dealing with crimes against humanity, while five states have incorporated crimes against humanity in their general criminal code (Georgia, Hungary, Mali, Poland, Slovakia). Hungary and Poland specify, however, that there are differences to Article 7. In Hungary, the Criminal Code therefore needs be amended, while the Polish response appears to suggest that gaps can be filled in direct application of relevant rules of international treaties.

The ICC Statute has had a significant impact in a number of states in as much as nine states have adopted ICC-implementing legislation which, for the first time, contains specific provisions on crimes against humanity (Australia, Germany, Belgium, Canada, New Zealand), or the draft implementing legislation is envisaged to do so (Argentina, Ireland,

Netherlands, Sweden). The laws of Belgium, Canada, and New Zealand all contain explicit references to the ICC Statute. As far as differences to Article 7 are concerned, the Belgian response identified gaps as regards Article 7(1)(i-k) of the ICC Statute and Germany's ICC-implementing legislation makes some elements of the crime more specific in order to satisfy the principle of legality under German law. The Swedish national group also responded that there are differences between the envisaged implementation law and Article 7 of the Statute.

The Argentine response states that Argentina has approved the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, although it does not specify whether crimes against humanity can be prosecuted on the basis of the relevant Act, pending the adoption of the ICC-implementation bill.

Three further states answered the question in the affirmative (India: in the same way as genocide, Ukraine), of which the Czech Republic acknowledged that there are minor differences between its national law and Article 7 of the ICC Statute.

As far as combinations of the aforementioned approaches are concerned, Jordan relies on both its military penal law, which covers some crimes against humanity, and ordinary offences under the general penal code.

c) War Crimes (as defined in Article 8 ICC, or differently)?

None of the responding states answered this question in the negative. The general methods through which war crimes are criminalized closely resemble those for the aforementioned crimes with the exception that some states do so in their Military Criminal Code, namely Switzerland and Tunisia. In the case of Switzerland, the suggested ICC-implementing legislation foresees a clarification with respect to those war crimes that go beyond those covered by Article 8 of the Statute. The Tunisian report, on the other hand, indicates that there are certain gaps.

Five states have implemented war crimes exclusively in their ICC-implementing legislation (Australia, Germany, New Zealand) or are planning to do so according to their draft implementing legislation (Argentina, Ireland, Sweden). In doing so, Germany has removed the chapeau-provision in Article 8(1) and thus does not limit jurisdiction to war crimes "in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes"⁽⁶⁾. The German implementing legislation has also re-categorised the types of war crimes.

Belgium and The Netherlands have made war crimes punishable through specific legislation preceding the ICC Statute. Belgium

specified that its legislation goes further than Article 8 of the Statute and, as Germany, does not limit jurisdiction to war crimes “committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. On the other hand, its legislation does not criminalise all war crimes in Article 8, and some provisions criminalise a narrower range of conduct as they require an objective result, such as death or injury, which is not always required for committing war crimes under Article 8 of the Statute. In the Netherlands, the position is currently covered by the War Crimes Act of 1952 which criminalizes “violations of the laws and customs of war”. Under the proposed Bill on International Crimes, however, the provisions of the Rome Statute will be incorporated into Dutch law with greater specificity.

Several other states have incorporated provisions on war crimes in their general criminal code (Georgia, Hungary, Latvia, Mali, Poland, Slovakia), although four of them acknowledge that certain gaps with respect to Article 8 of the Statute exist (Hungary, Latvia, Poland, Slovakia). However, the Hungarian response indicates that crimes not specifically covered may be punished on the basis of ordinary crimes and an amendment is currently under consideration which would bring the Criminal Code into line with the Statute.

Four states would base a prosecution of war crimes on provisions of ordinary crimes outlined in domestic criminal and military law (Austria, China, Denmark, Israel). Four more states answered in the affirmative (Czech Republic, Rwanda, Sweden, Ukraine), with the Czech Republic noting that there are differences between its current laws and Article 8.

The remaining states combine different pieces of legislation for criminalizing war crimes. Canada achieves full criminalisation of war crimes through the ICC-implementation Act and the Geneva Conventions Act. Jordan relies on both its military penal law, which covers some war crimes, and ordinary offences under the general penal code. India criminalises war crimes in the same way as genocide and crimes against humanity. Norway currently relies primarily on ordinary criminal offences though under the Military Penal Act, offences under the Geneva Conventions and the Additional Protocols are included where they are not covered by stricter provisions. Spain relies on the Military Criminal Code as far as war crimes of military personnel are concerned, while war crimes committed by civilians are covered by the Criminal Code, although both contain certain lacunae.

The Italian response, while stating certain inadequacies in the current system for the repression of war crimes, does not specify the formal source of that system.

Does it make any difference whether the conduct has occurred in the context of an international armed conflict, or not in the context of any armed conflict?

Six States answered that it makes no difference whether the conduct has occurred in the context of an international armed conflict, or not in the context of any armed conflict (Czech Republic, Denmark, India, Israel, Norway, Rwanda).

Regarding war crimes, ten States state that their laws do not distinguish between international and non-international armed conflicts (Argentina, Austria, Canada, China, Germany (with the exception of a limited category of war crimes which are only punishable when committed in international armed conflicts), Jordan, Netherlands, Slovakia, Switzerland, Tunisia). However, the Dutch pending ICC-implementing legislation would introduce the distinction between the two types of conflicts, as would the Swedish draft implementing legislation. In Spain, the Military Criminal Code, which covers offences committed by military personnel, only applies if such offences have been committed during an international armed conflict, while the Criminal Code, which covers crimes committed by any person, also applies during non-international armed conflicts.

On the other hand, the Australian response indicates that an element of each of the war crimes requires an international armed conflict, although subdivision F and G of Division 268 of the Criminal Code Act as amended by the International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002 reproduce verbatim the war crimes in non-international armed conflicts in Article 8 (c) and (e) of the Statute. Similarly, Ireland's draft legislation adopts the same distinctions with respect to war crimes, thus distinguishing between those committed in international and non-international armed conflicts, as does the envisaged Dutch implementing legislation. That is also the case in New Zealand's implementing law.

In Hungary, the provisions on war crimes implementing the Geneva Conventions, require an international armed conflict, while war crimes committed in non-international armed conflicts are covered by ordinary crimes, although no difference is made with regard to the non-applicability of statutory limitations, which applies to both categories of war crimes in addition to crimes against humanity.

In a number of States, the distinction between international and non-international armed conflicts has a variety of consequences: in Belgium, the current provisions on war crimes require either an international armed conflict or a non-international armed conflict that meets the threshold of Additional Protocol II, thus excluding war crimes which occur during a non-

international armed conflict that only meets the lower threshold of common Article 3. Italy applies its war criminal law “under typical circumstances”, but not with respect to non-international armed conflicts abroad.

As far as genocide and crimes against humanity are concerned, the responses of Australia, Germany, Ireland, Mali, and New Zealand affirm that these crimes do not have to be committed in connection to an armed conflict, and the same would be the result of the adoption of the pending ICC-implementing legislations in The Netherlands and Switzerland, where this is currently true only with respect to genocide. Only the Chinese response claims that crimes against humanity must be committed with a nexus to an armed conflict.

3. JURISDICTION

a) Has your State established jurisdiction over each of those crimes?

With the exception of Sweden, all States responding have established jurisdiction over the crimes in question in one way or the other. To the extent that States currently rely on ordinary provisions of criminal law, they do not have special jurisdictional provisions (Austria, China, Denmark, Latvia, Norway), although the Criminal Codes of some of them complement the regular jurisdictional provisions with a reference to jurisdiction granted by international treaties (China, Denmark, Latvia). Seven States have adopted specific jurisdictional provisions (Australia, Belgium, Canada, Germany, New Zealand) or foresee for such provisions in their draft implementing legislation (Argentina, Ireland, Sweden)

A number of States have a hybrid system, with specific jurisdictional provisions for some crimes, while relying on general provisions or lacking provisions with respect to others (Hungary, India, Israel, Netherlands, Spain, Switzerland), although in The Netherlands and Switzerland, the situation will in due course change by the envisaged implementing legislation.

b) Is that jurisdiction universal or, if there are conditions attached to jurisdiction, what are those conditions?

There is a wide divergence of provisions here. Fourteen States have established universal jurisdiction over all crimes (Australia, Belgium, Czech Republic, Germany, Hungary, Latvia, New Zealand, Norway, Poland, Slovakia, Ukraine) or intend to do so (Argentina, Netherlands, Sweden if their draft implementation laws are adopted in their current form), while some have done so with respect to some crimes only (Israel: genocide, Italy: war crimes, Netherlands: war crimes, Spain: genocide and grave breaches, Switzerland: genocide and war crimes). The Indian response only states that part of its laws provide for extra-territorial jurisdiction, without however specifying the form of such extra-territorial jurisdiction.

If one distinguishes by reference to the jurisdictional basis for the crimes under consideration, States have adopted the following approaches in addition to territorial jurisdiction, which is common to all of them:

- active nationality jurisdiction (Argentina, Austria, Canada, China, Ireland, Italy: in cases other than war crimes, Jordan, Mali, Netherlands: with respect to genocide)
- passive personality jurisdiction (Canada, China, Netherlands: with respect to genocide)
- protective principle (China, Netherlands: with respect to genocide)

Canada has also established jurisdiction over persons employed by the State, over citizens of and those employed by a state engaged in an armed conflict with the state exercising jurisdiction and over cases in which the victim of the alleged offence was a citizen of a state that was allied with Canada in an armed conflict.

Numerous States also attach conditions to the exercise of the various forms of jurisdiction. In New Zealand and Mali, the consent of the Attorney-General or Public Prosecutor is required in all cases, while in Israel and Italy only in some. [see also answers to question 13]. Four states generally require the accused to be present either with respect to all cases involving universal jurisdiction (Canada, Denmark, Switzerland) while Italy does so only in cases other than war crimes. Some states condition the exercise of certain bases of jurisdiction by the double criminality-requirement, namely in case of active nationality jurisdiction (Mali) or in case of quasi-universal jurisdiction with respect to crimes against humanity (Switzerland), while China combines the double criminality-requirement with the requirement of minimum punishability in case of protective and passive personality jurisdiction. As regards the latter condition, Italy also requires a minimum gravity of the crimes. Several States also condition the exercise of universal jurisdiction to the situation in which a treaty obliges them to do so (China, Denmark, Poland, Switzerland: with respect to crimes against humanity), while Poland and Switzerland add the non-extradition of the suspect as further condition, thereby implementing the principle of *aut dedere aut judicare*. Norway's criminal code subjects the exercise of jurisdiction to applicable rules of international law. According to the German ICC-implementing legislation, which upholds the distinction between crimes and misdemeanour, the exercise of universal jurisdiction is conditioned by the requirement that the offence in question must fall in the former category. Germany also relaxes the Prosecutor's obligation to investigate and prosecute with regard to cases that can only be processed on the basis of universal jurisdiction. In contrast, Belgium expressly removes conditions which are applicable with regard to other crimes.

c) Does your State allow trials in absentia for these crimes? If so, under what conditions?

Fourteen States do not allow trials in absentia before their domestic courts. (Argentina, Australia, Belgium, Canada, China, Denmark, Germany, Ireland, Israel, Latvia, New Zealand, Poland, Spain, Ukraine). In Canada, the presence of the accused is required as a rule, but by court order and on agreement of the prosecutor and the accused, the accused may appear by counsel or by technical means that allow the accused to engage in simultaneous visual and oral communication for part of the trial. A second exception is that the court may order that the accused be removed from court due to his or her misconduct, similar to the provisions in Germany and Ireland. The applicable German laws also allow for proceedings in the absence of the accused if that is considered necessary for the protection of witnesses.

Of the ten States that allow trials in absentia (Austria, Czech Republic, Hungary, India, Italy, Jordan, Netherlands, Rwanda, Slovakia, Switzerland), several limit the circumstances under which that is the case. Austria's laws allow to sentence someone in absentia, but the accused must have been questioned beforehand. In the Czech Republic, criminal proceedings can be conducted only against those who have absconded. The Hungarian response indicates as conditions for such trials a proposal of the prosecutor to that effect, the compulsory participation of the prosecutor and the defence attorney and that the location of the accused must be unknown or s/he is abroad and extradition was denied. However, if the accused is found, s/he can request to be retried under certain conditions, which is also the case in Jordan. In India, the conditions for trials in absentia are that the accused has absconded and there is no immediate prospect of arresting him and that the court thinks it fit and for reasons to be recorded by it. The Dutch response states that, while an accused is not obliged to appear at trial and a court can decide to proceed in default of appearance, the accused nevertheless has the right to be tried in his or her presence, although the proposed implementing legislation will alter that situation with respect to universal jurisdiction, requiring the presence of the accused. In Rwanda, trials in absentia are conditioned by the refusal of the accused to appear after being summoned. The Slovak legal system limits trials in absentia to crimes allegedly committed by adults, punishable with more than 5 years in case the accused has fled, although his/her defense attorney is entitled to receive all relevant documents and the call to court proceedings shall be announced in public and the accused must have learned of it. The Swiss response indicates a differentiated regime for trials in absentia: in the case of genocide and crimes against humanity, such trials are excluded in

proceedings other than those based on territorial jurisdiction, while in the case of war crimes, such possibility exists in proceedings other than those based on universal jurisdiction.

Five States (Georgia, Mali, Norway, Sweden, Tunisia) did not provide an answer to this question.

4. DOUBLE JEOPARDY/NE BIS IN IDEM

In relation to such crimes, is a prosecution admissible under the law of your State and/or can the alleged perpetrator of the crimes be extradited:

Several states apply the same rules irrespective of the nature of the different jurisdictions referred to in the question and prohibit a subsequent prosecution (Argentina, Canada, Denmark, Latvia) or extradition (Argentina, Canada, Denmark, Rwanda) in any case.

The Czech Republic's reply refers only to extradition and states that non-citizens can be extradited, while Georgia and Tunisia referred in their responses to the principle of double criminality in the context of extradition.

a) If the accused has been tried and convicted or acquitted by the ICC?

Australia, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Mali, New Zealand, Norway, Spain, and Switzerland are explicit that there could be no prosecution. Under German laws, a person may also not be surrendered to the ICC or extradited to foreign courts if German courts decide that a trial is inadmissible since the trial applies to an act for which the person concerned has already been convicted or acquitted by the ICC or a German court. The Netherlands disallow a subsequent prosecution provided that penalties imposed have been executed in their entirety.

In Austria, the national rapporteur states that jurisdiction would cease where the ICC "sentences" a person. The position on acquittal is however unclear.

Poland, Slovakia and Sweden appear to be the only State parties which would allow a subsequent prosecution, although the Polish answer is somewhat surprising, because in answers to previous questions, the report indicates that "provisions of the Rome Statute once ratified by Poland take precedence over the national law and become part of [Poland's] legal system".(7)

China, India, and Ukraine, the non-State Parties to respond, have no specific legislation. However, the Chinese report indicates that it is to be expected that courts would follow the principles applicable to judgments of foreign courts (see sub-paragraph c below). In Ukraine, a subsequent

prosecution or extradition would be permissible. As a further non-State Party, Israel responded that, while an accused that had been tried and convicted or acquitted by the ICC would not be subject to prosecution in Israel, such a person could be extradited to a third State.

A number of other States dealt with the latter issue of extradition. Ireland would specifically not allow extradition. In contrast, extradition would, as a rule, be allowed under Latvian law, except in a number of cases. New Zealand, although having no specific legislation is likely to use, by analogy, the provisions of the Extradition Act 1999 dealing with convictions by foreign courts. It is the view of the national rapporteur that extradition would be unlikely. The Polish answer addresses the different modes of extradition, but does not specify whether the alleged perpetrator can be extradited after conviction or acquittal by the ICC.

The Belgium response is unclear on both issues, as is Slovakia's response, which states that "double jeopardy is inaccessible" but does not clarify whether this is meant to refer to the principle of double jeopardy, thus allowing a subsequent trial, or to a second trial, thus leading to the opposite conclusion.

b) If the accused had been tried and convicted or acquitted by the ICTY or the ICTR?

For some responding States, the position with respect to the ICTY and the ICTR is the same as with the ICC, (Austria, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Mali, New Zealand, Norway, Poland, Spain, Switzerland, Ukraine) but in Sweden, courts are barred from prosecuting or extraditing someone convicted or acquitted by the ad-hoc tribunals, while that is currently not the case with regard to decisions of the ICC.

Australian courts would only be entitled to a second trial if the offence previously charged were not the same as the one charged before the ad-hoc tribunals.

Belgium's answer appears to suggest that its national courts would be barred from a subsequent trial

Under Israeli law, a conviction by the ad-hoc tribunals would bar the courts of Israel to either prosecute or extradite the person concerned, while the response appears to suggest that an extradition to a third state could be allowed in case of an acquittal.

As far as the Netherlands is concerned, it would seem that the ICTY would qualify as a "Court in the Netherlands" under its own domestic law.

Slovakia's response states that "double jeopardy is inaccessible" although it is not clear whether this is meant to refer to the principle of double jeopardy, thus allowing a subsequent trial, or to a second trial, thus leading to the opposite conclusion.

c) *If the accused has been tried and convicted or acquitted by a court of a foreign State?*

In Austria, Canada, Denmark, Hungary, India, Ireland, Israel, Jordan, Mali, The Netherlands, New Zealand, Spain, a foreign judgment would be a bar.

However, several of these states subject the plea of *ne bis in idem* to certain conditions. Thus, in Canada the plea of double jeopardy is only permitted if the accused could have entered that plea had s/he been tried in Canada. Hungarian courts are barred from trying him/her again if the foreign court acted on the basis of the accusation by Hungarian authorities or the proceedings had been transferred. In India, the conditions include that the conviction (or acquittal) in the previous proceeding must be in force at the time of the second trial, that the offence in both trials must be identical, and that the person concerned must have been prosecuted. Under Israeli law, a conviction or acquittal by a foreign court would bar the courts of Israel to either prosecute the person concerned. The Netherlands require that a final and conclusive judgment has been reached and executed. New Zealand leaves open the possibility that the prosecution could seek to show that the original trial had been a sham.

In China, Italy, Norway, Poland and Sweden would a foreign conviction not act as a bar though in both cases, although any sentence served under the foreign judgment would be taken into account. This is also the case in Germany, absent agreements to the contrary. In Sweden, the right to try someone who had previously been convicted or acquitted may be limited by treaty obligations. Australia makes the possibility of trying a defendant again subject to certain conditions, namely that the offence previously charged was not the same, or the tribunal had not been properly constituted, disregarding the regular administration of justice, procedural fairness and natural justice.

Both the responses of Belgium and Switzerland indicate a differentiated regime of *ne bis in idem*: Belgium's answer indicates that, with respect to grave breaches of Additional Protocol I and violations of Additional Protocol I that are criminalised in Belgium's 1993 law, courts would first have to satisfy themselves that the case in question satisfies the requirement of double criminality, ie that the conduct in question is also criminalized in the State where the conduct in question occurred.

If that is the case and with respect to grave breaches of the Geneva Conventions, the *ne bis in idem* principle applies. In Switzerland the following applies as matter of principle: if jurisdiction is based on passive personality, a subsequent trial is precluded, provided any sentence has not been served in full. The same applies in the case of active nationality jurisdiction, except that it is less clear whether an acquittal precludes a subsequent trial, as is the case of passive personality jurisdiction. A subsequent trial is also precluded if proceedings have been transferred to another State, provided the person concerned has been acquitted or has served his/her sentence or such a sentence has not been served according to the law of the State exercising jurisdiction. If jurisdiction is based on the universality principle, a person cannot be subsequently tried if s/he has been acquitted in the State where the act occurred by a judgment which has entered into force, or when the person has served the sentence, was pardoned or the sentence has expired. In other hypotheses, a new conviction is possible, although the sentence served abroad would be taken into consideration. This latter regime is also applicable to the specific case of charges of genocide.

Slovakia's response states that "double jeopardy is inaccessible only if stipulated by an announced international agreement which the Slovak Republic is bound to" although it is not clear whether this is meant to refer to the principle of double jeopardy, thus allowing a subsequent trial, or to a second trial, thus leading to the opposite conclusion.

Germany, Hungary, Ireland, Israel, Italy, New Zealand and Poland also looked at the issue of extradition and/or surrender. While in Germany, extradition is possible, the position would appear to be unclear under New Zealand law. Hungary, in turn, addressed the issue of extraditing Hungarian nationals, which is only permissible when the person concerned has double nationality and is permanently resident abroad, but the principle of *ne bis in idem* is one of the exceptions to such a possibility to extradite nationals, alongside prescription, amnesty and an acquired right to asylum. Ireland looked at the situation where the ICC was requesting the surrender of an accused who had been the subject of a foreign court judgment. In such cases, it was the view of the national rapporteur that surrender would be permissible "where the ICC satisfies the relevant Minister that the proceedings in the other State were not impartial or independent or were designed to shield that person from international criminal responsibility, or that the case was not diligently prosecuted". In Israel, the response suggests that an extradition to a third state would only be prohibited if the person concerned were convicted by a foreign court, but that extradition could be allowed in case of an acquittal. The Italian response states that "limitations to the extradition in presence of a previous trial are obtainable by applying the

European Extradition Convention” and other European treaties. Poland responded that extradition would be possible, provided it has a valid extradition treaty and “if all the conditions concerning extradition have been fulfilled and there is no legal restriction” although it does not specify whether the *ne bis in idem* principle constitutes such a legal restriction.

d) *Are there any exceptions? Is ne bis in idem/double jeopardy an absolute bar or are there any exceptions (e.g.: new evidence, sham trials etc.)?*

Six States indicated that a new trial would (arguably) be possible in case of sham trials (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Mali, New Zealand). New Zealand also indicates that the same would apply to extradition requests. A somewhat more far-reaching result can be inferred from the Danish response, which states that the courts of Denmark could be expected “to exercise the *ne bis in idem* principle in such cases subject to circumstances such as those outlined in the ICTY Statute”. The conditions specified in Article 10 of that Statute, including the exception contained in paragraph 2 of the provision, which adds to sham proceedings situations in which “the act for which [a person] was tried was characterised as an ordinary crime” could thus apply as an exception to the *ne bis in idem* principle.

Five States allow retrials in the case of new evidence coming to light (Argentina, Austria, the Czech Republic, Mali and the Netherlands: on an order by the Supreme Court). In Austria this can only take place where it is in favour of the accused, while in Italy, the relevance of new evidence is limited to the hypothesis of new evidence acquired in the State requesting the extradition and which had previously acquitted the person, while no such relevance is given to new evidence acquired in Italy or a State different from the one where the trial has taken place. The Czech legal order adds an appeal against a final judgment and a complaint against breaches of law as further grounds for exceptions to the principle of *ne bis in idem*. The Indian report indicates certain similarities in as much as prosecutions that turn out to be null and void would not bar a subsequent prosecution for the same crime. Furthermore, the principle of *ne bis in idem* does not prohibit a conviction of one charge after acquittal of another at the same trial. German laws foresees for the possibility to reopen proceedings concluded by a final judgement in those cases in which forged or falsified evidence could have had a favourable effect for the defendant or if an acquitted person later confessed. The Jordanian response states that an exception to the *ne bis in idem* principle applies with respect to crimes committed on Jordanian territory, in case of which a case may be retried.

New Zealand points out that the rules of double jeopardy apply equally to military courts.

5. LAPSE OF TIME

Has your State incorporated into its national law Article 29 of the Statute of the ICC on the non-applicability of any statute of limitations in relation to the crimes mentioned in Question 2?

Statutory limitations are **not applicable** in eighteen States. (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Czech Republic, Denmark, Germany, Hungary, Ireland, Latvia, New Zealand, Poland, Rwanda, Slovakia, Tunisia, Ukraine). The means through which that aim is achieved differ. The responses of four States suggest that statutory limitations are excluded as a result of the ratification of the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity (Argentina, Czech Republic, Georgia, Tunisia). Austria's response specifies that Article 29 will become directly applicable once the Statute will be published. This also seems to be implied in the Argentine report, which states that the Rome Statute, including Article 29, has been given constitutional ranking. Three States have adopted specific implementing legislation applicable to the crimes under consideration (Belgium, Germany, New Zealand), although the German ICC implementing legislation exempts the crimes of command responsibility for dereliction of the duty of supervision and failing to report a crime. The Czech Republic, Hungary, Latvia, Poland, and Slovakia have incorporated specific provisions excluding statutory limitations for the crimes under consideration into their general criminal code excludes. However, the Hungarian and Latvian responses point at certain gaps with respect to those crimes not covered by the specific provisions of the Criminal Code for which statutory limitations are excluded. Finally, in Canada and Ireland there are no time limitations under national law, and there is thus no need for Article 29 to be incorporated.

In a number of States responding, statutory limitations are only excluded with respect to certain crimes (Israel and Spain: genocide; Jordan: war crimes; Mali: crimes against humanity). Subject to these exceptions, Statutory limitations are generally **applicable**, which is also the case in five other States (China, India, Italy, Norway, Sweden) though Norway is considering excluding them for the crimes under consideration and Sweden for international crimes that may result in six years of imprisonment or more. However, the applicability of such limitations is often curtailed. Thus, Chinese Criminal Law provides that "No limitation on the period for prosecution shall be imposed with respect to a criminal who escapes from investigation or trial after a People's Procuratorate, public security organ or national security organ files the case or a People's Court accepts the case". Also, "No limitation on the period

for prosecution shall be imposed with respect to a case which should have been but is not filed by a People's Court, People's Procuratorate or public security organ after the victim brings a charge within the period for prosecution". Similarly, the Indian Army Act specifies that the three years period, in which a trial by court-martial shall be commenced, to start on the date of the offence; or "where the commission of the offence was not known to the person aggrieved by the offence or to the authority competent to initiate action, the first day on which such offence comes to the knowledge of such person or authority" or "where it is not known by whom the offence was committed, the first day on which the identity of the offender is known to the person aggrieved [...] or to the authority [...]." The Italian response indicates that the applicability of statutory limitations is "generally motivated with reference to article 10 of the Constitution", which states that "Italy's legal system shall conform with the generally recognized principles of international law". It is however unclear from the response whether this results in an exclusion of statutory limitations with respect to the crimes under consideration.

In The Netherlands and Switzerland the exclusion of statutory limitations depend on a number of factors. In The Netherlands, crimes under the Dutch War Crimes Act are exempt from any limitation period where the offence is punishable by 15 years imprisonment or more. Genocide and crimes against humanity arising from the Second World War are also already exempt. Under the draft Bill on International Crimes, lesser war crimes – those punishable by ten years imprisonment or less or a fine of Euro 45000 or less – will remain subject to any statutory limitations. The Swiss response indicates that statutory limitations are excluded with respect to genocide, grave breaches of the Geneva Conventions and other war crimes deriving from other treaties to which Switzerland is a party and which are of particular gravity, and crimes against humanity to the extent that they fall in the latter category (crimes deriving from other treaties to which Switzerland is a party and which are of particular gravity) or amount to crimes which "as a means for extortion or coercion endangered life and limb of persons or were likely to do so, namely by using means of mass destruction, causing catastrophes or in connection to the taking of hostages." The resulting lacunae with respect to war crimes and crimes against humanity are expected to be closed through an amendment that is currently under consideration.

6. INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY

Do the national laws of your State recognize, in connection with these crimes, the various forms of criminal responsibility listed in Article 25(3) of the Statute? What are the differences between your State's law and the ICC Statute, in this respect?

Thirteen States replied that their laws account for **all forms** of individual criminal responsibility listed in Article 25 (3) of the Statute (Austria, Australia, Denmark, Czech Republic, Germany, Hungary, Ireland, Jordan, Rwanda, Sweden, Switzerland, Tunisia, Ukraine). Similarly, China considers that her domestic criminal law “bears considerable consistency” with Article 25(3) and Israel notes that its law on individual criminal responsibility “is similar to that recognised in the ICC Statute.” In the case of Austria, it is to be presumed that the adoption of the ICC Statute as a result of its gazetting will, in any case, fill any gaps. However, only New Zealand has incorporated Article 25 (3) in its implementing legislation.

The responses of eleven States indicate that there are (currently) various **differences** between their laws and Article 25 (3) of the Statute (Argentina, Belgium, Canada, India, Italy, Latvia, Netherlands, Norway, Poland, Slovakia, Switzerland). A number of States point at such differences with respect to the common criminal purpose doctrine under Article 25 (3) (d) of the Statute. Under Dutch law, this provision of the Statute is only accounted for to the extent that it falls under the provisions criminalizing joint perpetration and accessories as well as the involvement in an organisation that has as its object the commission of crimes. However, such an organization would seem to require some form of structure and must also have as its object “the commission of crimes”. It would therefore appear that the plan to commit a single crime would be insufficient. Similarly, under Swiss law, the common criminal purpose-doctrine would be brought under the relevant provisions on criminal preparatory acts and on criminal organisations, although the differences between the Statute and Swiss law would not result in a narrower conduct being penalised under Swiss law than under the Statute. In the case of Norway, there are no general rules dealing with complicity and therefore it will be necessary to look at each crime in the Statute, evaluating it against its equivalent offence under Norwegian domestic law. However, Section 140 of the General Penal Code provides that “Any person who publicly urges or instigates the commission of a criminal act or extols such an act or offers to commit or to assist in the commission of it, or who is accessory to such urging, instigation, extolling or offer, shall be liable to fines or to detention or imprisonment”. The Polish response seems to suggest that the common criminal purpose doctrine would raise some problems with regard to finding a corresponding form of criminal responsibility under Polish criminal law, while this would be less problematic with regard to the other forms of criminal responsibility in Article 25 (3) of the Statute. The same holds true for Slovakia. It is also not clear from the Georgian response whether national law accounts for all forms of individual criminal responsibility in Article 25 (3), such as the common criminal purpose doctrine (Article 25 (3)(d)).

With regard to differences relating to forms of individual criminal responsibility other than the common criminal purpose doctrine, two States refer to punishable acts or omissions that occurred after the crime. Italy does not punish or punish differently acts or omissions that occurred after the crime. Similarly, the Spanish criminal code only criminalises accessory acts after the fact as the specific offence against the administration of justice rather than a general form of individual criminal responsibility, although the Military criminal code diverts from this approach and specifically regulates it as a form of participation in military offences very similarly to the Statute. In Belgium, such differences relate to the notion of “attempt”, while under the Latvian Criminal Code, direct and public incitement to commit genocide is only punishable to the extent that a person “invites for national or racial hatred”. Finally, the Canadian ICC implementing legislation only criminalises conspiracy, attempt to commit, being an accessory after the fact in relation to, or counseling in relation to genocide, crimes against humanity and war crimes.

Three States have indicated how they seek to **fill** any possible **gaps** between their general national criminal law and the forms of individual criminal responsibility under the Statute differ. Ireland and Argentina does so by combining reliance on its general criminal law with complementary provisions in its envisaged ICC implementing legislation. Similarly, Belgium addresses some forms of individual criminal responsibility through relying on its Criminal Code, while having incorporated certain specific forms in its law on grave breaches of humanitarian law. However, in formulating such complementary norms, several States rely on forms of criminal responsibility provided in their general criminal codes. Thus, the Argentine draft implementing legislation incorporates certain forms of individual criminal responsibility under the general criminal code in order to translate complicity and direct and public instigation to genocide, and the Belgian law on grave breaches of humanitarian law also incorporates the concept of complicity in this manner.

Some States have **expanded the forms** of individual criminal responsibility beyond what is provided under the Statute. Thus, Argentina’s draft law currently also foresees “the apology of the crime” as a form of individual criminal responsibility. Also, the Dutch envisaged provision dealing with the common criminal purpose-doctrine in the Bill on International Crimes will be somewhat wider than Article 25(3)(d) as it will not require the commission of any actual offence. This also the situation under the Swiss law on criminal organisations. Furthermore, the Swiss response indicates that the relevant provisions, which cover incitement to commit genocide goes beyond what is provided in the Statute.

Finally, the response of Mali only referred to individual criminal response under Article 25 (2), which only refers to persons “who commit a crime”, stating that Mali’s laws equally criminalise the commission of the crimes in question.

7. RESPONSIBILITY OF SUPERIORS

Do the national laws of your State provide for the punishment of a superior for crimes as mentioned in Question 2, which were committed by their subordinates? If so, under the same conditions as laid down in Article 28 of the Statute of the ICC, or under different conditions?

Twelve States answered in the negative (Argentina, Austria, Czech Republic, Denmark, Israel, Italy, Jordan, Latvia, Poland, Slovakia, Spain, Tunisia), although a majority of them note that this form of criminal responsibility could be charged to the extent that it amounts to other forms of criminal responsibility or specific crimes under their national law (Argentina, Austria, Denmark, Israel, Jordan, Latvia, Poland, Spain).

In China, the responsibility of superiors is connected with the positions and duties of those superiors. Where crimes committed by subordinates are closely connected with the “abuse of official powers, dereliction or violation of duties by the superiors”, then the investigation will centre on “dereliction of duties” or “crimes of servicemen’s transgression of duties”. These provisions do not fully reflect the provisions of Article 28 of the Rome Statute.

The remaining States answered in the affirmative (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Georgia, Germany, Hungary, India, Ireland, Mali, Netherlands, New Zealand, Norway, Rwanda, Sweden, Ukraine). Specific regulation is to be found in the ICC implementing legislation (Australia, Canada, Germany, New Zealand), the envisaged legislation or relevant amendments (Argentina, Ireland, Netherlands, Slovakia) or in specific legislation dealing with violations of international humanitarian law (Belgium). However, the Irish draft implementing legislation provides that a person is regarded as aiding, abetting, counseling or procuring the commission of an offence.

Six States indicate that there are **differences** between their laws and Article 28 of the Statute (Belgium, China, Mali, Netherlands, Norway, Switzerland), although the answer of Mali suggests that such differences could be mitigated by virtue of its constitutional provision on the applicability of duly ratified international agreements in the domestic legal order. In Switzerland, an amendment is currently under consideration, because the present situation does not fully correspond to Article 28. The law does not impute acts of subordinates for the failure

to act unless the accused had the position of a guarantor. With respect to military superiors, such a position flows from the Geneva Conventions and their Additional Protocols as well as from the Genocide Convention, although criminal responsibility of commanders would seem to only cover acts of direct subordinates.

To the extent that States have specified the differences between their national laws and the Statute, they relate to the following elements of Article 28:

- **The military or civilian status of superiors:** according to the current situation in The Netherlands, it is necessary to fall back on general principles of law applicable to all superiors with regard to civilian superiors. These include the law on accomplices and accessories as well as “instigators” (incitement). There are specific provisions in the Genocide Act and the Torture Act dealing with superiors who “tolerate that subordinates commit” genocide or torture. It is also possible to consider the law in relation to “functional liability” or vicarious liability. In addition, an employer can be found guilty in respect of crimes committed by his employee under certain circumstances. It should be noted, however, that the Bill on International Crimes introduces a specific provision designed to reflect the broader spectrum of situations currently to be found in Article 28. No distinction is drawn between the position of military or civilian superiors, both of which terms are defined in broad terms to ensure that the test is one of actual control rather than any formal position. A distinction is, however, made in terms of maximum sentence between intentional acts or omissions by superiors as opposed to those carried out as a result of negligence. In Norway, military personnel would be subject to a regime very similar to Article 28, while for non-military personnel, there is reliance on the General Penal Code which provides that a public servant who misleads or incites any official subordinate to him or under his supervision in the public service to commit a felony in this service, or who assists him therein or knowingly lets him commit such felony, or who abuses his office to incite another public servant to commit a felony in the public service or to assist him therein shall be liable to the same penalty as the latter. However, due to doubts whether these provisions cover all situations to which Article 28 might apply, the Penal Legislation Committee has recommended that a provision based on Article 28 of the Statute should be incorporated to remove any trace of ambiguity.
- **The required intent:** for military personnel, the current Dutch law provides for liability for a superior who *intentionally* tolerates that a subordinate under his command commits such a crime. Intention

here incorporates recklessness in the sense of deliberately taking a serious risk. Article 148 of the Dutch Military Penal Code adds situations where the military superior “when witnessing a crime being committed by a subordinate, intentionally omits taking the necessary measures that can reasonably be demanded of him to take, standards of proportionality and subsidiarity taken into account”. In addition to this, Article 149 makes punishable with a maximum sentence of six months imprisonment a military superior who “intentionally omits to take action for preventing a subordinate under his command to commit crimes, if, owing to the circumstances, he *should* have realized that these crimes were being committed or were about to be committed”. In this case, negligence suffices. In Spain, the “should-have-known”-variant of command responsibility is also currently not accounted for as the relevant provision is only applicable to wilful or intentional conducts.

- **The different categories of acts that entail criminal responsibility:** Belgian law does not account for command responsibility in case a superior fails “to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution”(8) and extends responsibility beyond commanders to any other person and thus makes criminal responsibility dependent on the possibilities of action the person concerned had in the concrete circumstances of the event.
- **The acts of the subordinate covered:** in India, responsibility of superiors under the Army Act only applies in situations in which a subordinate “has beaten or otherwise maltreated or oppressed any person”, thus apparently being not applicable in other cases, such as war crimes resulting from the destruction of property.

8. MENTAL ELEMENT

- a) *Has your State incorporated Article 30 (mental element) into its national law, and if so, are there any exceptions?*

So far, New Zealand is the only State that has incorporated Article 30 in its ICC-implementing legislation, although Argentina and Ireland intend to do so. However, the responses of the majority of other States indicate that they already have provisions in their general criminal law (Australia, Austria, Denmark, Canada, China, Czech Republic, Germany, Hungary, Italy, Jordan, Latvia, Mali, Rwanda, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, Tunisia) and/or military penal code (Switzerland) or specific legislation dealing with ICC-crimes (Belgium), which would lead to identical results than Article 30. In Belgium, the level of required intent differs depending on whether breaches of Geneva law or breaches of Hague law are concerned, though. The German, Dutch, Norwegian, Polish, Slovakian and Swiss

responses further express the view that their laws exceed Article 30 as they recognise *dolus eventualis*, although the Dutch response clarifies that this latter form of intent does not suffice in the case of genocide.

From the Indian response, it appears that the mental elements under national law do not always correspond to those in Article 30. While sometimes, terms such as “intentionally” and “knowingly” are used, notions such as “shamefully” and “treacherously” are used in other contexts. Differences also exist between Israeli law and Article 30, as the former requires “awareness of the character of the act, of the circumstances, and of possible consequences of the act”, with the last two concepts resembling what the Statute defines as “knowledge”, but nothing corresponding to “intent” can be found.

Ukraine answered in the negative.

b) Is it possible under your national law to be convicted of such crimes as a result of recklessness or negligence?

Six States answered in the affirmative (Australia, Austria, Canada, Jordan, Mali, Tunisia), of whom five indicated that their general criminal code provides for recklessness and negligence (Australia, Austria, Canada, Jordan, Mali).

A number of States responded that their laws are limited in the extent to which they provide for recklessness and/or negligence. The Argentine response suggests that the current law only provides for the punishability of recklessness or negligence in case of public officials not taking essential measures to avoid any kind of tortures committed under their jurisdiction. India also only criminalises recklessness or negligence in connection to the specific offences of occasioning a false alarm and of being taken prisoner. The Belgian law on serious violations of international humanitarian law does not provide for criminal responsibility for war crimes on the basis of the non-intentional mental element (wilful negligence), although prosecutions could proceed on the basis of the separate offence of the tort of negligence under general criminal law. Conversely, negligence would suffice under the current Dutch legislation on war crimes. The Israeli response, while answering in the affirmative, specified that negligence may not be specified for any crime that is classified as a felony. The Norwegian response states that recklessness is generally recognised, and negligence is punishable if it follows from the specific provision or, in case of misdemeanour by omission, unless otherwise provided in the specific provision. The Spanish Criminal Code also provides for the punishability of recklessness and negligence if expressly laid down in the relevant regulations.

Several responses expressly referred to command responsibility in answering sub-question (b). In Denmark, reckless acts do not normally incur criminal responsibility though, on the other hand, negligence may be sufficient where there existed an obligation to act, such an obligation also being mentioned as the condition for incurring criminal responsibility for negligence and recklessness under Swedish law. German law takes this approach one step further and allows for negligence to be sufficient only with regard to the specific offence of violations of the duty to supervise under Section 13 of the ICC-implementing legislation. Similarly, in Hungary, ICC-crimes are only punishable if committed negligently under the rubric of command responsibility. The Netherlands, on the other hand, require intent for command responsibility, although this is mitigated by the wider definition of intent under Dutch law, covering *dolus eventualis* (see above).

On the other side of the spectrum are those states that do not consider that recklessness or negligence is a sufficient mental element for ICC crimes (China, Czech Republic, New Zealand, Italy, Latvia, Poland, Rwanda, Switzerland, Ukraine), although China, the Czech Republic, Italy and Switzerland qualify this rule with the exception that the law specifically provides otherwise. Ireland shares that position and provides as examples the provisions that deal with recruitment of child soldiers in Article 8(2)(b)(xxvi) and Article 8(2)(e)(vii) and command responsibility under Article 28 where the test amounts to one of neglect of duty.

The Slovakian response submits that the current situation with respect to recklessness is unclear due to terminological differences and Georgia did not answer the present question.

9. GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY

Do the national laws of your State, in relation to such crimes, provide for the defence of:

a) self-defence?

All States responding have provisions in their national law relating to self defence. While New Zealand is the only of them which incorporates Article 31 (1)(c) in its ICC implementing legislation by direct reference to the Statute, several States noted differences between their laws and the Statute. Canada and Slovakia did not further specify what these differences were, but other States explained such differences.

The States that employ wider notions of self-defence than the Statute to do because:

- the reasonableness of the conduct in question is judged on a subjective/objective basis whether or not the accused believed on reasonable grounds that it has been necessary to act in

self-defence (Australia). The Indian Penal Code resembles this approach as far as the crime of culpable homicide is concerned, as the offender will not be punished for murder if s/he exercised the right of self defence but exceeds the power given to him by law in good faith, without pre-meditation and intention of doing more harm than is necessary for the purpose of self-defence

- self-defence can generally be invoked with regard to any kind of property, not only property which is essential for the survival of persons or for accomplishing a military mission (Israel, Netherlands) or any legally protected interest (Poland, Switzerland)
- excessive use of force in self defence is provided for and can amount to a full defence in certain circumstances (Netherlands, Switzerland)
- no actual use of force is required (Netherlands)
- self-defence includes the case of performance of duty (Spain).

On the other side of the spectrum, a number of States have stricter standards for invoking self-defence to the extent that:

- invoking that the conduct in question was essential to defend property is excluded (Belgium, Ireland)
- there are special provisions dealing with the effect on sentencing where an act of justifiable defence exceeds the limits of necessity and causes serious damage (China)
- self-defence is excluded as a defence for genocide (Israel)
- self-defence only applies where the legal interests of the person that invokes the defence are at stake, thus excluding the defence of defending another person, property essential for the survival of another person and property which is essential for accomplishing a military mission (Switzerland), although some of the differences between the concept of self-defence under Swiss law and the concept embodied in the Statute are mitigated by the defence of necessity under Swiss law.

b) duress?

A large majority of States answered in the affirmative (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Czech Republic, Germany, Hungary, India, Ireland, Israel, Italy, Latvia, Mali, Netherlands, New Zealand, Norway, Rwanda, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, Tunisia, Ukraine). Again, New Zealand is the only of them which incorporates Article 31 (1)(c) in its ICC implementing legislation by reference to the Statute. Besides Canada and Slovakia, which pointed out that there are differences, the following specifications were made.

Wider notions of the defence of duress result from the fact that:

- national law does not provide for the requirement that the person “does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided” (Australia)

- duress can also be invoked as a defence if used for the purpose of protecting other interests than those mentioned in the Statute, which only allows duress caused by a threat of imminent death or continuing or imminent serious bodily harm (Germany, Israel, Netherlands), although the German response submits that such a defence would most probably fail to meet the proportionality-test required under German law, which excludes duress unless the legal right saved outweighs the damage caused.

On the other hand, a number of States apply stricter forms of duress, because:

- the defence does not apply with regard to certain grave crimes, such as those involving the death of the victim (Denmark, Ireland, Norway, India, Norway).
- Military personnel cannot invoke duress if military duty requires them to withstand the danger (Germany)
- Duress is only a defence if the accused has acted by threats which reasonably cause the apprehension that his/her *instant death* will otherwise be the consequence (India)
- the person may not have (wrongfully) contributed to his or her being placed in the situation of duress (India, Israel)
- No alternative course of action may have been available to the person (Israel).

China, Poland, and Switzerland answered the question in the negative, though there are provisions that exclude criminal responsibility in case of state of necessity or emergency, which may lead to a similar result than Article 31 (1)(d) of the Statute. Similarly, “anyone who is coerced to participate in a crime” will have that fact reflected in their sentence, possibly to the extent of exemption from punishment (China). Polish law instead employs the notion of *vis absoluta*, which excludes criminal responsibility.

It is not clear whether and to what extent Jordanian law provides for duress as a ground excluding criminal responsibility.

c) *mental incapacity?*

None of the States responding replied to the question in the negative. New Zealand follows the same approach as it does with the remaining grounds excluding responsibility and incorporates Article 31 (1)(a) by directly referring to the Statute. To the extent that States specified the differences between their laws and the Statute, two of the employ wider constructs of the defence than the Statute, because in limited circumstances, the defence of automatism is added to the defence of insanity (Ireland) or there is no need to prove that the insanity actually did destroy the perpetrator’s capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct. (Norway). Australia and China both indicated

that they apply more stringent forms of the defence of mental incapacity, with China specifying that this results from the distinction under its law between offences committed during illness when a patient is “unable to recognize or control his own conduct”, offences committed between bouts of illness when the patient is in a “normal mental state” and those where ability is impaired but not lost. There is no criminal responsibility in the first case but full responsibility in the second and the third, although there can be mitigation of punishment in the third case.

Indian law appears to take a somewhat unique approach, because the only cited provision related to the defence of mental incapacity is the right of private defence against an act of a person of unsound mind, entailing that self-defence is also permissible with regard to acts that do not amount to the offence because of the unsoundness of mind of the person performing the act.

d) intoxication?

The most varied answers came with regard to the defence of intoxication, with fifteen States answering that their laws provide for the it (Argentina, Australia, Austria, Canada, Denmark, Germany, India, Israel, Italy, Latvia, New Zealand, Rwanda, Slovakia, Spain, Switzerland, Tunisia). Argentina, however, qualifies its affirmative answer by stating that intoxication is only a ground for excluding criminal responsibility under the Penal Code, while under the Military Justice Code, it has the reverse effect of increasing criminal responsibility, although the proposed ICC implementation Bill is fully consistent with Article 31 (1)(a)-(d). Of those States that do recognise the defence of intoxication, New Zealand is again the only one which has incorporated Article 31 (1)(b) by direct reference.

As far as differences are concerned, only the response of Norway suggests a wider concept of the defence of intoxication, as intoxication need not be involuntary in case of a crime of omission where the perpetrator “was intoxicated off duty to a state of unconsciousness and not able to respond or act to unexpected events”. Australia, on the other hand, was the only State which replied that intoxication has a narrower application as a defence, because involuntary intoxication only acts as a qualified defence (Australia).

Several of the nine States that answered in the negative (China, Belgium, Czech Republic, Hungary, Ireland, Mali, Netherlands, Poland, Sweden, Ukraine) can compensate this gap by relying on other defences. Belgian and Dutch law rely on the absence of the required mental element in cases of involuntary intoxication, while Irish law would allow for the defence of intoxication if it amounts to the defence of insanity. This resembles the Polish approach, which can be derived a

contrario from the provision, which specifies that voluntary intoxication is exempted from the defence of mental incapacity. Mali's response refers generally to other grounds excluding criminal responsibility. The Hungarian response also qualifies its answer in the negative by indicating that intoxication may be considered a ground excluding criminal responsibility, albeit under narrower circumstances than the Statute.

It is not clear whether and to what extent Jordanian law provides for intoxication as a ground excluding criminal responsibility.

If so, under the same conditions as laid down in Article 31(1)(a-d) of the Statute of the ICC, or under different conditions?

Differences have been brought out under the various individual headings.

10. OTHER STATUTORY DEFENCES

Do the national laws of your State, in relation to such crimes, provide for:

- a) *The defence of mistake of fact? If so, under the same conditions as laid down in Article 32(1) of the Statute of the ICC, or under different conditions?*

A large majority of twenty-two States replied that their national laws provide for the defence of mistake of fact under the same conditions as Article 32 (1) of the Statute according to their general criminal law (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Czech Republic, Denmark, Germany, Hungary, India, Ireland, Israel, Italy, Jordan, Latvia, Netherlands, Norway, Poland, Rwanda, Spain, Sweden, Switzerland, Ukraine), with Belgium specifying that the requirements under Belgian law would lead to identical results than the Article 32 (1).

The Argentine response also indicates that the draft implementing legislation envisages to incorporate Article 32 (1) of the Statute. Incorporation into ICC implementing legislation has already occurred in Canada and New Zealand. However, it is not clear whether the formulation in the Canadian legislation, which affords the accused with the right to "rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at the time of the alleged offence or at the time of the proceedings", could not lead to differences.

In China, whilst there is no explicit defence as such, it is embodied in other specific provisions of Chinese criminal law producing the same effect as Article 32(1) and Slovakian law fills the absence of specific regulation through mitigation of punishment, although it is not clear

whether this approach can also lead to no punishment being imposed. However, the Slovakian response states that the approach has “the same impact as in Art. 32 (1)”.

Several States indicated certain differences between their law on mistake of fact and the Statute. The majority of such differences relate to the prerequisite that the mistake of fact must negate the mental element required by the crime. Australian Criminal Code refers to “mistaken belief” instead of the “mental element” and thus provides a more extensive defence because it does not confine it to situations in which the mistake “negates the mental element required by the crime”. Similarly, under Israel’s Criminal Code the accused will be deemed to have acted according to the factual situation s/he perceived. In the Netherlands, the elements of an offence are distinguished from the general prerequisites of unlawfulness and blameworthiness and defences typically negate one of these prerequisites, which may or may not have been expressed in the statutory definition of an offence. According to Spanish law, a surmountable mistake of fact will be punished as if the crime in question had been committed negligently. A second set of differences results from national laws which also afford the defence in situations in which the accused mistakenly assumed the existence of circumstances, which, if they actually existed, would justify his actions (Germany, India). Lastly, the Indian response indicated as a difference that the Penal Code excludes criminal responsibility if the accused, by reason of a mistake of fact in good faith believes him- or herself to be bound by law to act.

The only two responses which suggest that a mistake of fact cannot amount to a defence came from Mali and Tunisia. Mali replied that, rather than being a ground for excluding criminal responsibility, a mistake of fact is constitutive of a crime being committed without intent, and only amounts to a defence when such mistake was unavoidable. The Tunisian response stated categorically that a mistake of fact does not amount to a defence.

b) The defence of mistake of law? If so, under the same conditions as laid down in Article 32(2) of the Statute of the ICC, or under different conditions?

Half of the States reflect an approach identical or very similar to Article 32 (2) of the Statute (Argentina, Australia, Czech Republic, Denmark, Hungary, India, Ireland, Israel, Italy, Jordan, Latvia, Rwanda, Switzerland, Ukraine), with the Tunisian response being the only that suggests that a mistake of law can never amount to a defence. The Argentine draft implementing legislation envisages to incorporate Article 32 (2) of the Statute. Incorporation into ICC implementing legislation has already occurred in Canada and New Zealand in the same way as the defence of mistake of fact (see above).

As far as differences are concerned, Mali's new Penal Code seems to be stricter than the Statute, in as much as it allows a mistake of law as a defence only in the rare cases where public authorities have given erroneous information with regard to the punishable act or the text which provides for the punishability of the act has not been published. Similarly, Swedish law only accepts the defence of mistake of law based on the fact that the law has been published in an incorrect manner or if it is otherwise obvious that the mistake is excusable.

In China, there is no statutory defence though mistake of law "is an element for consideration in the criminal judicial practice" and Slovakian law fills the absence of specific regulation in the same way as with respect to the defence of mistake of fact (see above).

On the other hand, mistake of law may, in principle, amount to a defence according to general criminal law in seven States (Austria, Belgium, Germany, Netherlands, Norway, Poland, Spain), with several responses indicating that the applicable conditions would lead to identical or very similar results than Article 32 (2). (Belgium, Germany) Thus, in Norway a mistake of law may provide a defence only where it is "excusable" and under Polish law only if it is "justified", although in Norway, further conditions limit the defence, namely that "the perpetrator would be required not to be familiar with the relevant field of activity, have no reason to assume that there are regulations and no reason to check whether there might be applicable regulations", which suggests that there is little practical difference between the law as it is applied in Norway and that applicable under Article 32(2) of the Statute. A similar end result appears to be produced by Dutch law, although the requirement that the perpetrator must have "acted on advice tendered by a person or authority credited with such authority that he might reasonably trust its soundness" further restricts the defence of mistake of law. According to Spanish law, penalties are mitigated in case of a surmountable mistake of law.

- c) *The defence of having acted in compliance with the order of a superior? If so, under the same conditions as laid down in Article 33 of the Statute of the ICC, or under different conditions?*

Only two States responded that having acted in compliance with the order of a superior is no defence (Austria, India), while the laws of a majority of eighteen States provide for a limited defence of superior orders and adopt the "manifest-illegality-test" embodied in Article 33 of the Statute or restrict the defence in comparable ways (Australia, Belgium, Canada, Czech Republic, Denmark, Germany, Israel, Italy, Jordan, Latvia, Mali, Netherlands, New Zealand, Norway, Rwanda, Sweden, Switzerland, Ukraine), with Canada, Germany and New Zealand having incorporated specific provisions on the defence of superior orders in their

ICC implementing legislation and Ireland and Argentina intending to do so. Likewise, the September 2002 amendment of the Slovakian Criminal Code is in accordance with Article 33 of the Statute. In Spain, one has to distinguish between the general Criminal Code and the Military Criminal Code. While the former does not address the issue of defence of superior orders, but instead affords an accused with the defence of discharge of duty and mistake of law, the latter curtails the defence of obedience to superior orders in similar ways as Article 33 of the Statute.

Nevertheless, certain differences exist between those States that limit the defence of superior orders. Thus, Australia, Belgium, Germany and Spain (with respect to the Military Code) responded that their laws do not adopt the exclusion clause of Article 33 (2), which specifies that orders to commit genocide and crimes against humanity are manifestly unlawful, is not provided for in national law, although German law arrives at a comparable solution than the ICC Statute by specifying that the regulation of superior orders in its ICC implementing legislation only applies to war crimes. The relevant Belgian provision, however, only excludes the defence of superior orders if the order could clearly result in the commission “of a grave breach of the Geneva Conventions [...] and their Additional Protocol [...]”, while the situation with respect to crimes against humanity and genocide is unregulated. Further differences relate to the defence in relation to orders of civilian superiors. Danish, Norwegian and Swiss law only expressly regulates the exclusion of the defence of superior orders with regard to personnel covered by the Military Criminal Code, while the German ICC implementing legislation requires the order of the civilian superior to be an order which has an actual binding effect comparable to military orders in order to serve as a defence. However, under Swiss law the applicable norm of the general criminal code would result in an exclusion of the defence of orders of civilian superiors with regard to genocide and crimes against humanity, while for war crimes, only the military criminal code provides for a (limited) defence of superior orders.

In China, there are no explicit provisions but superior orders are an element for consideration, which leads to results that are consistent with Article 33.

Six States still recognise the defence of superior orders (Argentina, Georgia, Hungary, Netherlands, Poland, Tunisia), although several of them make such defence subject to certain exceptions and/or intend to amend their laws. Thus, the Argentine draft implementing legislation envisages adopting the text of the Statute. The Hungarian response suggests that the Hungarian Criminal Code may have to be amended, because it currently accepts the defence except in the case that the accused knew that s/he commits a crime in executing the order. This approach resembles Polish law, where superior orders are a ground

for excluding criminal responsibility unless the accused intentionally commits the crime, although such defence is only applicable as far as crimes committed by soldiers are concerned. Under Dutch law, where invoking superior orders as a justification for violations of the laws and customs of war and genocide is already excluded, but such order could still be invoked as an excuse, the situation is envisaged to be changed and brought into line with the ICC Statute's approach in the draft ICC-implementing legislation, albeit with slightly different wording, using the notion of "issuing with authority" instead of "manifest unlawfulness".

11. NON-STATUTORY DEFENCES

Do national laws of your State, in relation to crimes as mentioned in Question 2, provide for:

a) The defence of tu quoque? If so, under what conditions?

None of the responding States recognises a defence of *tu quoque*. While the general defence-clause in the Canadian implementing legislation only specifies that all defences under Canadian or international law are available to an accused and does not explicitly exclude the defence, the response does not state that it derives from domestic law, nor that the national rapporteur is of the opinion that international law would allow it. Norway has a provision in relation to minor assaults that resembles the defence but it would not be applicable to offences under the ICC Statute.

However, China, Georgia and Tunisia did not respond to the question.

b) The defence of having acted in the context of legitimate reprisals? If so, under what conditions?

While twelve States stated unconditionally that there was no such defence known to domestic law (Argentina, Australia, Belgium, Czech Republic, Hungary, India, Israel, New Zealand, Poland, Rwanda, Switzerland, Tunisia), nine States answered in the affirmative (Denmark, Norway, Ireland, Israel, Latvia, Mali, Netherlands, Spain, Sweden). The responses of Denmark, Norway, and Ireland all submit that a legitimate reprisal would be regarded as amounting to a legitimate act of war and thus does not entail criminal responsibility, although the definition of what is a *legitimate* reprisal may differ from State to State depending on their international obligations. The response of Mali's national rapporteur enumerates the conditions for a legitimate reprisal under *national law* to be that the act in question must serve to put an end to a crime, must be proportionate and must be strictly necessary, although reprisals by way of intentional homicide are excluded while the Netherlands and

Spain responded that the legality of reprisals is judged in accordance with *international* obligations. The Italian response, on the other hand, indicates that the defence of reprisals under domestic law is more far-reaching than the Geneva Conventions.

In several States the position remains unclear. The general clause with regard to defences in the Canadian legislation (see above) leaves the question unanswered. Similarly, the German response indicates that defences according to customary international law remain applicable, but that it is left to the courts to determine whether and to what extent legitimate reprisals remain a valid ground for excluding criminal responsibility; the same may be the result in Hungary, where the general reference to international law of armed conflict may carry further grounds for excluding criminal responsibility, including reprisals. The Austrian national rapporteur considered that they might be taken into account during trial, although they are not provided for under national law.

There were no responses from China, Georgia and Jordan on this question.

c) The defence of having acted because of military necessity? If so, under what conditions?

Only India, Italy, and Latvia answered in the affirmative, although the Indian national rapporteur pointed out that the defence is limited by the conditions of “necessity, minimum force, impartiality and good faith”. On the other end of the spectrum are nine States which replied that military necessity is no defence (Australia, Belgium, Czech Republic, Hungary, Mali, Poland, Rwanda, Switzerland, Tunisia).

In between these two extremes, several States gave more differentiated answers. Argentina, Denmark, Ireland, Netherlands, Norway, Spain and Sweden all referred to the fact that military necessity is sometimes permitted by specific rules of the law of armed conflict and provisions of domestic rules that implement them and that the defence of military necessity is confined to these instances. However, the New Zealand response indicates a narrower approach in as much as it states that military necessity is recognised only to the extent that it is permitted by self-defence as specified in Article 31 (1)(c) of the Statute. Austria qualified its negative answer with the remark that such a defence might be taken into account during trial. The Israeli response, in turn, states that the defence of military necessity covers the defence of having acted either under a legal obligation or authorisation or in compliance with a not manifestly unlawful order issued by a competent authority, although it is not obvious whether this is a defence separate from the defence of superior orders.

Again, the general clause with regard to defences in the Canadian legislation (see above) leaves the question unanswered and the German and Hungarian responses to the previous sub-question (see above) equally apply in respect to military necessity.

No responses on this question were submitted by China, Georgia and Jordan.

d) The defence of having acted in a state of necessity? If so, under what conditions?

A number of States recognise the defence of a state of necessity (Israel, Italy, Netherlands, Spain, Switzerland, Tunisia), although under Hungarian law, it only applies if such necessity amounts to “extreme necessity”, while the Indian response replied that “there must be justification for each separate act. Action should not be taken in one place with the object of creating effect in another place. Action should be preventive and not punitive.” The response of New Zealand states cautiously that the defence of necessity may exist under the common law, but that if that were the case, it would be excluded in respect to murder.

Argentina, Australia, Czech Republic, and Rwanda all replied in the negative, but Austria qualified that answer with the remark that such a defence might be taken into account during trial.

A number of responses appear to suggest that there is a certain overlap between the defence of a state of necessity and other defences (Denmark, Israel, Latvia, Netherlands, Poland, Sweden, Switzerland). Thus, Denmark referred back to its answer on the defence of duress, in the context of which it noted that necessity amounts to a ground excluding criminal responsibility if the crime would appear “of minor importance”, thus excluding the defence when taking innocent lives. Latvia’s and Switzerland’s affirmative responses to the present question also refer to the provisions under their national laws on self-defence and duress; the latter also being referred to by The Netherlands and Sweden. Similarly to The Netherlands and Sweden, Israeli law accepts the defence of necessity, but its substance resembles considerably the defence of circumstantial duress under the Rome Statute (Article 31 (1)(d)(ii)) as is the case under the law of Mali.

The general clause with regard to defences in the Canadian legislation (see above) leaves the question unanswered, and the German and Hungarian responses to the sub-question (b) (see above) equally apply in respect to a state of necessity.

Neither China, Georgia and Jordan nor Norway responded to this question.

e) *Any other defences?*

About half of the States responding answered this question in the negative (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Czech Republic, Italy, Latvia, Mali, Netherlands, Poland, Rwanda, Sweden, Rwanda), although the Australian response qualifies its answer in as much as it states that there are no other defences “specific to ICC implementing legislation”, which raises the question whether there are general defences, which would be applicable at large, thus also covering ICC crimes and not falling into one of the aforementioned defences.

Five States, on the other hand, responded affirmatively (Germany, Hungary, India, Israel, Tunisia), with Germany noting that its law recognises the legal excuse of excessive necessary defence, according to which a perpetrator will not be punished if s/he exceeds the limits of necessary defence due to confusion, fear or fright, while the Hungarian response cited preclusion, termination or (unlimited) mitigation of punishment as further defences. The Indian response, on the other hand, noted two other defences in its Penal Code, namely “accidents in doing a lawful act” and “acts likely to cause harm but done without criminal intent and to prevent other harm”, while “lack of control”, “*de minimis*” and the “defence of judicial authority” are additional defences under Israeli law. The Hungarian national rapporteur enumerates as further grounds excluding the criminal responsibility the minimum age of 15 years, “justified use of weapons”, “execution of rights and duties”, “consent of the aggrieved” and “the fulfilment of the task as agent”. Finally, the Tunisian response specifies that the accused can rely on legitimate defence, prescription of law and superior order by a legitimate authority as further grounds excluding the criminal responsibility of the accused.

The answers of three States were inconclusive as to whether other defences are applicable. The general clause with regard to defences in the Canadian legislation (see above) leaves the question unanswered, and the envisaged Irish ICC implementing legislation resembles the Canadian approach because all defences under Irish law remain available to a person charged with an ICC crime. It is also not clear from the Spanish response whether and to what extent other defences are available, as the response merely states that any such defence would have to be in keeping with the laws of armed conflict.

China, Georgia, Jordan, Norway and Switzerland did not respond to this question.

12. OFFENCES AGAINST THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

- a) *Does, under the legal system of your State, each of the six types of conduct mentioned in Article 70(1) of the ICC Statute amount to a crime?*

The methods used by States to criminalise the conduct under Article 70 (1) can broadly be distinguished in two categories. The first group of States criminalise offences in Article 70 (1) through a number of individual offences against the administration of (domestic) justice that are generally applicable (Argentina, Austria, Belgium, China, Czech Republic, Germany, Hungary, Israel, Netherlands, Norway, Poland, Slovakia, Spain), although some amendments have been or will be made to German, Hungarian and Swiss criminal law in order to reflect Article 70 (1) of the Statute in full. India relies on the Army Act, which criminalises certain offences against court-martial and giving false evidence. The second group consists of a limited number of States that specifically regulate the offences in their ICC-implementing legislation (Australia, Canada, New Zealand) or envisage to do so in their current drafts of such legislation (Argentina, Ireland).

These methods have led twelve States to conclude that each of the six types of conduct mentioned in Article 70(1) is punishable under their laws (Argentina, Georgia, Israel, Jordan, Mali, Netherlands, New Zealand, Rwanda, Spain, Sweden, Tunisia, Ukraine), while a number of responses suggest that there are certain gaps with Article 70 (Austria, Belgium, Czech Republic, Latvia, Slovakia). To the extent that they have been specified, these gaps relate to the following conduct that is punishable according to Article 70 (1):

- all or part of the offences enumerated specified in Article 70 (1) (c) (Belgium, Latvia, Poland), although the Belgian and Latvia answers suggest that the offence is partly covered by other offences
- retaliating against an official of the Court (Article 70 (1)(e) (Austria, Czech Republic, Poland). Norway also expressed doubt as to its applicability where the retaliation was against one official for the duties performed by another. However, the national rapporteur considered that, in practice, this is likely to be punishable under some other part of the Penal Code.
- soliciting or accepting a bribe (Article 70 (1)(f) (Czech Republic)
- presenting false or forged evidence (Article 70 (1)(b) (Belgium), although the Belgian answers suggests that the offence is partly covered by other offences in Belgian criminal law.

In Italy, an amendment of the relevant rules that are already applicable would be needed in order to cover offences under Article 70. Similarly, the Polish response points out that Polish law should be supplemented with regulations which clarify that the relevant offences against the administration of Polish justice also applies to the administration of justice of the ICC.

Denmark did not provide an answer to this question

b) Under what conditions would the courts of your State have jurisdiction over such crimes?

Article 70 (4)(a) obliges States Parties to extend their criminal jurisdiction over offences under Article 70 (1) if these are committed on their territory or by one of its nationals. In assessing whether these jurisdictional bases are satisfied by their national laws, Argentina and The Netherlands referred to the conditions applicable to the relevant articles dealing with each type of conduct. In The Netherlands, this leads to the situation that Dutch courts can exercise only territorial jurisdiction, except in the case of perjury before the ICC, where they possess universal jurisdiction. However, some amendments with regard to the jurisdictional bases for crimes under Article 70 are envisaged in the ICC Co-operation Act.

Other States instead apply their general criminal law on jurisdiction (China, Czech Republic, Israel, Latvia, Sweden, Switzerland), although the Swiss response clarifies that the situation with respect to the offence of “soliciting or accepting a bribe as an official” of the ICC (Article 70 (1)(f)), will be regulated by an amendment which is currently under consideration.

To the extent that it has been specified in the responses, these methods lead to extraterritorial jurisdiction being permissible in the form of active nationality (Australia, Austria, Canada, New Zealand, Norway, Slovakia, Ukraine) or irrespective of the nationality of the corrupter or corrupted as far as offences under Article 70 (1)(d) are concerned (Belgium). However, the situation as to jurisdiction over offences against the administration of justice is presently unclear in a number of States. Thus, in Italy, jurisdiction will ultimately depend on whether to apply the jurisdictional rules of the criminal code or whether to make the exercise of jurisdiction dependent on a request by the ICC in analogous application of the rules on the transfer of criminal proceedings. It is also not clear from the Irish response to what extent Irish courts would be competent to exercise extra-territorial jurisdiction, as reference is made only to the proposed ICC implementing legislation, and the response states that “the courts would have jurisdiction if the offence (or an ancillary offence) was committed within the State or, if

not committed in the State, the offence may for incidental purposes be treated as having been committed in any place in the State". Similarly, it is unclear from the responses of Mali, Poland and Spain on what jurisdictional bases authorities can act, although Spain's response could be understood to imply that the crimes in question are at least subject to active nationality jurisdiction.

Some States also provided information on the framework for co-operation between State authorities and the ICC in prosecutions of offences against the administration of justice (9) and other conditions for the initiation of proceedings. As far as co-operation with the ICC in such proceedings is concerned, the German response indicates that the ICC Co-operation Act provides for a notification process on the progress after a request by the ICC in accordance with Article 70 (4)(b) has been made. Hungary instead relies on the general law relating to international legal assistance in criminal matters, while the Spanish rapporteur replied that such co-operation shall be provided in full compliance with Spanish domestic law, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence. The Polish response pointed out that forms of co-operation with the ICC will have to be regulated. With respect to other conditions for the initiation of proceedings, such offences *have* to be investigated by the Public Prosecutor in accordance with the principle of legality in Germany, while in New Zealand, such proceedings are subject to the consent of the Attorney-General. Mali's response states that its courts are competent with respect to offences against the administration of justice if committed in the course of investigative or court proceedings and that the relevant authorities submit the case to the competent judge after the arrest of the suspect and after the *procès-verbal*.

NOTES AND REFERENCES

- (1) Israel withdrew its signature by a letter to the Secretary-General on 28 August 2002.
- (2) See generally, Helen Duffy, National constitutional compatibility and the International Criminal Court, 11 Duke JCIL (2001), pp. 5-38.
- (3) Cf. Articles 27 and 89 ICC Statute.
- (4) Cf. Article 16 ICC Statute.
- (5) These are available at <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>.
- (6) Cf. chapeau of Article 8 ICC Statute.
- (7) Cf. Poland's answer to question 1.
- (8) Cf. Article 28 (a)(ii) last alternative.
- (9) The framework for such co-operation is provided in Articles 70 (2) and (4)(b) in conjunction with Rules 162-165, 167 of the Rules of Procedure and Evidence.

RAPPORT GENERAL

PARTIE I

Charles Garraway & Jann K. Kleffner

La Cour pénale internationale est à présent une réalité. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002 à la suite du dépôt de la 60^{ème} ratification du Statut de Rome, soit bien plus tôt qu'espéré même par ses plus ardents partisans. Au moment de la rédaction du présent rapport, la Seconde Assemblée des Etats Parties était sur le point de se tenir afin d'élire les membres et agents de la Cour, en ce compris les Juges et le Procureur. Le Règlement de procédure et de preuve et les éléments des crimes rédigés par la Commission préparatoire ont été adoptés et on s'attend à ce que la Cour puisse commencer ses activités en 2003.

Le chemin parcouru pour parvenir à la création de cette cour fut long et pénible et commença avant la Seconde Guerre Mondiale et la Société des Nations. L'histoire moderne commence avec la création d'un Comité ad hoc en 1995 qui, à son tour, s'est transformé en un Comité préparatoire avant la Conférence diplomatique à Rome, en 1998, qui a établi le Statut de la Cour pénale internationale.

Depuis 1998, une Commission préparatoire s'est attelée à la rédaction de différents documents et accords auxiliaires qui étaient nécessaires pour concrétiser le concept. Ce concept est à présent devenu réalité.

Il est important de comprendre les principes de base sur lesquels repose la Cour. Contrairement aux Tribunaux pénaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, la Cour n'a pas la primauté sur les juridictions nationales, mais est conçue comme une "cour de dernier ressort" qui complète les juridictions pénales nationales si celles-ci devaient être dans l'incapacité de poursuivre les auteurs de crimes. Ce principe de complémentarité est clairement explicité à l'article 17 du Statut qui dispose qu' "une affaire est jugée irrecevable par la Cour" lorsque, entre autres, "l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites."

En outre, la Cour dispose de pouvoirs propres limités pour mener des enquêtes et est donc tributaire de l'assistance et de la coopération des Etats. En tant qu'institution créée en vertu d'un traité, elle ne bénéficie pas du soutien d'une résolution du Conseil de Sécurité liant tous les Etats, sauf si ce dernier décide de déférer une situation à la Cour conformément à l'article 13 (b). Dans tous les cas, le rôle des Etats est central étant donné que, sans une telle assistance et une telle coopération, la Cour serait dans l'incapacité de fonctionner.

Il ressort de ce qui précède que le rôle des Etats est essentiel si la Cour veut atteindre ses objectifs, à savoir “mettre un terme à l’impunité des auteurs [de crimes relevant de la compétence de la Cour] et concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes.” Si les Etats entendent assumer sérieusement leurs responsabilités, ils devront mettre leur législation nationale en conformité avec le Statut de Rome. Ces modifications peuvent prendre un certain nombre d’aspects différents. Ainsi, certains Etats ont jugé nécessaire d’introduire des modifications constitutionnelles pour leur permettre de satisfaire aux demandes de la Cour. Certains Etats ont adopté une législation visant à pleinement incriminer les conduites équivalant à un génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre, afin de leur permettre de se prévaloir pleinement des dispositions de complémentarité. Enfin, certains Etats ont introduit une législation permettant à leurs autorités judiciaires de coopérer avec la Cour.

La nature de la mise en oeuvre nationale dépend d’un certain nombre de facteurs, en particulier le fait pour l’Etat considéré d’être ou non Partie au Statut. Toutefois, il ressort clairement du Statut que le Statut de Rome ne se limite pas aux Etats Parties. Sa compétence s’étend aux crimes commis par des ressortissants d’Etats Parties ou aux crimes commis sur le territoire d’Etats Parties et est virtuellement illimitée dans le cas où l’affaire est déferée par le Conseil de Sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte. Il est par conséquent dans l’intérêt des Etats Parties de veiller à avoir un système judiciaire pleinement fonctionnel capable et ayant la volonté d’enquêter sur, et, le cas échéant, de poursuivre, des allégations de crimes de cette nature afin d’invoquer la complémentarité avec succès. Tous les Etats ont intérêt à mettre en oeuvre le droit matériel contenu dans le Statut de Rome, qu’ils soient Etats Parties ou non. En conséquence, le questionnaire soumis aux groupes nationaux en préparation au XVIème Congrès International de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la guerre sur “la compatibilité des systèmes juridiques nationaux avec le Statut de la Cour pénale internationale permanente” a été élaboré de manière à être pertinent pour tous les Etats qu’ils soient Etats Parties ou non au Statut de Rome.

On s’attendait à ce que le questionnaire mette en évidence différentes approches quant au problème de la mise en oeuvre nationale. Il est inévitable d’avoir des approches différentes étant donné la variété des systèmes juridiques existant dans le monde à l’heure actuelle. Il n’existe aucun modèle unique permettant de répondre aux besoins de chacun. Toutefois, même s’il existe des différences considérables, il est à espérer que le partage d’idées et d’expériences aidera à parvenir à un certain degré d’harmonisation qui ne peut que renforcer la légitimité des poursuites devant les cours et tribunaux nationaux.

Avis de non-responsabilité: Le présent rapport se base exclusivement sur les réponses au questionnaire soumis par les groupes nationaux. Etant donné le grand nombre d'Etats et le fait que le temps imparti pour la rédaction du présent rapport était limité, les groupes nationaux n'ont pas pu être consultés pour apporter des clarifications lorsque leurs réponses ne semblaient pas claires aux auteurs du présent rapport. Les rapports généraux partent du principe que les réponses nationales sont complètes et correctes. Les événements pouvant survenir après la remise des réponses ne sont pas pris en considération.

DROIT MATERIEL:

1. RATIFICATION

- a) *Votre Etat a-t-il ratifié le Statut de la CPI? Dans quelle mesure votre Etat a-t-il estimé obligatoire en vertu du Statut ou sinon nécessaire, en permettant cette ratification, d'amender la Constitution ou les lois nationales de votre Etat? Votre Etat a-t-il fait une déclaration conformément à l'article 124 du Statut?*
- b) *Si votre Etat n'a pas ratifié le Statut, y-a-t-il des obstacles constitutionnels ou autres empêchant cette ratification?*

29 groupes nationaux ont répondu au questionnaire. Parmi eux, 21 Etats (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Hongrie, Irlande, Italie, Jordanie, Lettonie, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Suède et Suisse) ont déjà ratifié le Statut de Rome. Huit Etats (Chine, Géorgie, Inde, Israël, République tchèque, Rwanda, Tunisie, Ukraine) ont répondu par la négative, bien que trois d'entre eux aient exprimé leur intention de devenir parties au Statut en le signant (Géorgie, République tchèque, Ukraine).(1)

Huit Etats ont amendé ou vont amender leur Constitution ou considèrent que l'adoption d'un amendement est nécessaire avant de pouvoir ratifier le Statut de la CPI (Allemagne, Autriche, Belgique, Hongrie, Irlande, République tchèque, Slovaquie, Tunisie, Ukraine).(2) Parmi les raisons évoquées pour ces amendements constitutionnels, on trouve:

- La mise en concordance de la Constitution avec les règles du Statut en ce qui concerne les personnes ayant une qualité officielle (3) (Autriche, Belgique, Hongrie, Slovaquie, Tunisie),
- L'autorisation de transférer des pouvoirs souverains vers la CPI (Irlande),
- Le pouvoir constitutionnel d'accorder l'amnistie ou la grâce (Belgique, République tchèque),
- L'interdiction constitutionnelle d'extrader des citoyens (Allemagne, République tchèque, Slovaquie),

- Le pouvoir de la CPI de mener des enquêtes sur le territoire d'un Etat (Slovaquie),
- Les implications de la ratification sur l'indépendance de la justice garantie constitutionnellement, soit en raison de la possibilité pour le Conseil de Sécurité de suspendre une enquête (4) (Belgique), soit en raison du fait qu'une telle indépendance ne permet aucune intervention de la part d'une autorité extérieure qui entrave les autorités nationales dans les enquêtes, les poursuites ou l'extradition de ressortissants (Tunisie).

16 Etats ont amendé leur législation nationale de nature constitutionnelle ou sont en train de procéder à des amendements ou considèrent que de tels amendements sont nécessaires en vue de devenir un Etat Partie au Statut de Rome (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Hongrie, Irlande, Italie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie). Les domaines concernés sont (a) le droit matériel relatif à la criminalisation de conduites punissables devant la CPI et (b) la législation relative à la coopération entre les Etats et la CPI. Le champ d'application et le contenu de cette législation diffèrent d'un Etat à l'autre comme le feront apparaître les réponses aux questions plus détaillées ci-dessous. A titre d'observation générale, certains Etats ont choisi d'adopter une législation dans un des domaines seulement (Autriche et Danemark uniquement en ce qui concerne la coopération), alors que d'autres ont choisi d'en adopter une dans les deux domaines (Allemagne, Argentine, Australie, Canada, Irlande, Italie, Nouvelle Zélande, Pays-Bas, Suède, Suisse). En outre, les Etats du dernier groupe ont utilisé des méthodes différentes, certains ayant consolidé les deux domaines dans une seule et même loi (Argentine, Australie, Canada, Irlande, Italie) et d'autres ayant adopté deux lois distinctes, voire plus (Allemagne, Belgique, Norvège, Pays-Bas, Suède, Suisse). Une autre méthode consiste à appliquer le Statut directement en tout ou en partie (Autriche, Espagne, Jordanie, Pologne, Slovaquie).

Aucun des pays ayant répondu au questionnaire n'a fait une déclaration conformément à l'article 124 du Statut bien que certains Etats aient fait des déclarations (interprétatives) lorsqu'ils sont devenus parties au Statut (5) (Australie, Belgique, Espagne, Jordanie, Nouvelle Zélande, Slovaquie, Suède, Suisse).

Parmi les Etats qui ont exprimé leur intention de ne pas devenir parties au Statut pour le moment, les réponses au questionnaire de la Chine et de l'Inde apportent quelques éclaircissements quant aux raisons qui poussent ces Etats à refuser. Les objections de la Chine comprennent l'incapacité d'accepter les dispositions attributives de compétence du Statut étant donné qu'elles n'ont pas été établies sur la base d'une

acceptation volontaire des Etats, le désaccord quant au fait d'étendre la compétence universelle de la Cour aux crimes de guerre commis lors de conflits armés internes, le fait que l'on considère que les dispositions du Statut relatives au rôle du Conseil de Sécurité sont incompatibles avec la Charte des Nations Unies, les pouvoirs excessifs accordés au procureur, en particulier lorsqu'il agit *proprio motu* (d'office), et les préoccupations quant à la définition des crimes contre l'humanité. L'Inde, pour sa part, mentionne "les différentes considérations sécuritaires et politiques" en plus de l'absence de définition du crime d'agression et l'absence d'une interdiction expresse de l'utilisation d'armes nucléaires dans le Statut.

2. CRIMES

Les Etats utilisent une série de moyens différents pour mettre en oeuvre les crimes incriminés dans le Statut. Pour certains, les crimes visés dans le Statut ont été introduits dans leur droit interne. Pour d'autres, cette démarche n'était pas nécessaire étant donné que de tels crimes étaient déjà considérés comme des infractions en droit interne. Pour d'autres encore, même si de tels crimes ne sont pas des infractions en soi, on considère que les définitions existantes de crimes en droit national sont suffisamment larges pour inclure toutes les infractions en vertu du Statut de la CPI. Aucun Etat n'a cherché à affirmer que de telles conduites alléguées n'équivalaient pas à un crime en droit national entrant dans une catégorie ou une autre, bien que la Chine conteste la définition de crimes contre l'humanité, en tant que telle, dans le Statut de Rome, tant dans sa substance que pour l'absence de lien avec le "temps de guerre". Il convient également de noter que les différentes approches ne s'excluent pas mutuellement et sont parfois utilisées en combinaison. En outre, différents crimes peuvent être punissables en vertu de différentes lois.

Les comportements ci-après sont-ils punissables en vertu des lois de votre Etat?:

- a) *Crime de génocide (tel que défini à l'article 6 du Statut de la CPI, ou différemment)?*

Le génocide est défini dans le Statut de la CPI en termes identiques à ceux de la Convention sur le génocide de 1948.

Seules l'Italie et la Tunisie ont répondu par la négative, alors que les 27 autres Etats ont répondu que le génocide est punissable en vertu de leurs lois nationales (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Géorgie, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Jordanie, Lettonie, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Rwanda, Slovaquie, Suède, Suisse, Ukraine).

Le dernier groupe d'Etats peut être subdivisé selon la manière dont on rend l'infraction punissable. Alors que seuls trois Etats poursuivraient de tels crimes en qualité d'infractions de droit commun (Chine, Jordanie, Norvège), la majorité des Etats incriminent le génocide en tant que tel. Ce dernier groupe peut à son tour être subdivisé en Etats disposant déjà de dispositions relatives à cette infraction en droit interne (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Géorgie, Hongrie, Israël, Lettonie, Mali, Pays-Bas, Pologne, Rwanda, Slovaquie, Suède, Suisse), en Etats qui incriminent le génocide en vertu d'une législation mettant en oeuvre la CPI ou résultant de l'adoption de cette dernière, qui amende les lois existantes (Allemagne, Australie, Canada, Nouvelle-Zélande), en ce compris les Etats qui ont exprimé leur intention de le faire (Argentine, Irlande, Suède), et, constituant une exception, l'Argentine, qui semble incriminer le crime de génocide en donnant à la Convention sur le génocide valeur de loi constitutionnelle en attendant l'adoption du projet de loi de mise en oeuvre de la CPI.

Seules les réponses de l'Allemagne, de la République tchèque et de la Suède indiquent que des différences existent entre leur incrimination en droit interne et le génocide tel que défini dans le Statut de Rome.

Dans la mesure où les réponses des Etats indiquaient la nature de l'instrument juridique criminalisant le génocide, une majorité d'Etats incriminent le génocide dans leur Code pénal général (Autriche, Espagne, Géorgie, Hongrie, Lettonie, Mali, Pologne, Slovaquie, Suisse, en plus des Etats qui incriminent le génocide en tant qu'infraction pénale de droit commun). Un second groupe a adopté ou a l'intention d'adopter une législation spécifique (Allemagne, Argentine, Australie, Irlande, Israël, Rwanda). Le Canada et la Nouvelle-Zélande combinent une législation de mise en oeuvre spécifique et une référence au droit international.

b) Crimes contre l'humanité (tel que défini à l'article 7 du Statut de la CPI, ou différemment)?

Deux Etats ont répondu que les crimes contre l'humanité ne sont pas punissables en vertu de leurs lois nationales (Espagne, Tunisie), et aux Pays-Bas, c'est également le cas exception faite des crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale en attendant l'adoption de la législation mettant en oeuvre la CPI (Pays-Bas); les autres Etats utilisent des moyens pour incriminer les crimes contre l'humanité similaires à ceux utilisés pour incriminer le génocide. Il convient toutefois de remarquer qu'un plus grand nombre d'Etats se basent sur des infractions de droit commun qui sont dans certains cas considérées comme suffisantes pour couvrir tous les actes punissables qualifiés de crimes contre l'humanité en vertu du Statut de Rome (Autriche, Chine,

Danemark, Israël, Norvège), alors que d'autres Etats reconnaissent certaines lacunes (Italie, Lettonie, Suisse). En Norvège et en Suisse, l'adoption d'une législation de mise en oeuvre spécifique a été suggérée. Seul le Rwanda peut se baser sur une législation spécifique préexistante relative aux crimes contre l'humanité, alors que cinq Etats ont inséré les crimes contre l'humanité dans leur Code pénal général (Géorgie, Hongrie, Mali, Pologne, Slovaquie). La Hongrie et la Pologne précisent toutefois qu'il existe des différences par rapport à l'article 7. En Hongrie, le Code pénal doit par conséquent être modifié, alors que la réponse polonaise semble suggérer que certaines lacunes peuvent être comblées par l'application directe des règles pertinentes de traités internationaux.

Le Statut de la CPI a eu un impact considérable dans un certain nombre d'Etats en ce sens que neuf Etats ont adopté une législation de mise en oeuvre de la CPI qui contient, pour la première fois, des dispositions spécifiques relatives aux crimes contre l'humanité (Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Nouvelle-Zélande), ou le projet de législation de mise en oeuvre prévoit de telles dispositions (Argentine, Irlande, Pays-Bas, Suède). Les lois belges, canadiennes et néo-zélandaises contiennent toutes des références explicites au Statut de la CPI. Quant aux différences par rapport à l'article 7, la réponse belge a identifié des lacunes concernant l'article 7 (1) (i-k) du Statut de la CPI et la législation allemande de mise en oeuvre de la CPI rend certains éléments des crimes plus spécifiques afin de satisfaire au principe de légalité en vertu du droit allemand. Le groupe national suédois a également répondu qu'il existait des différences entre la loi de mise en oeuvre proposée et l'article 7 du Statut.

La réponse de l'Argentine indique que l'Argentine a approuvé la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité, bien qu'elle ne spécifie pas si les crimes contre l'humanité peuvent être poursuivis sur la base de la loi pertinente, en attendant l'adoption du projet de loi de mise en oeuvre de la CPI.

Trois autres Etats ont répondu à la question par l'affirmative (Inde: de la même manière que pour le génocide, Ukraine), parmi lesquels la République tchèque a reconnu qu'il existait des différences mineures entre son droit interne et l'article 7 du Statut de la CPI.

En ce qui concerne les combinaisons des approches susmentionnées, la Jordanie se base à la fois sur son droit pénal militaire qui couvre certains crimes contre l'humanité et sur des infractions de droit commun en vertu du Code pénal général.

c) Crimes de guerre (tels que définis à l'article 8 du Statut de la CPI, ou différemment)?

Aucun des Etats n'a répondu à cette question par la négative. Les méthodes générales par le biais desquelles les crimes de guerre sont incriminés ressemblent fortement à celles utilisées pour les crimes susvisés, à l'exception près que certains Etats les incriminent dans leur Code pénal militaire, à savoir la Suisse et la Tunisie. Dans le cas de la Suisse, la législation de mise en oeuvre de la CPI proposée prévoit une clarification quant aux crimes de guerre qui vont au-delà de ceux couverts par l'article 8 du Statut. Le rapport de la Tunisie, quant à lui, indique qu'il existe un certain nombre de lacunes.

Cinq Etats ont mis en oeuvre l'aspect crimes de guerre uniquement dans leur législation de mise en oeuvre de la CPI (Allemagne, Australie, Nouvelle-Zélande) ou ont prévu de le faire conformément à leur projet de législation de mise en oeuvre (Argentine, Irlande, Suède). Ce faisant, l'Allemagne a retiré la disposition du chapeau de l'article 8 (1) et ne limite donc plus la compétence aux crimes de guerre "en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle"(6). La législation allemande de mise en oeuvre a aussi procédé à une nouvelle catégorisation des types de crimes de guerre. La Belgique et les Pays-Bas ont rendu les crimes de guerre punissables par le biais d'une législation spécifique antérieure au Statut de la CPI. La Belgique a spécifié que sa législation allait au-delà de l'article 8 du Statut et que, comme l'Allemagne, elle ne limitait pas la compétence aux crimes de guerre "lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle". Par ailleurs, sa législation n'incrimine pas tous les crimes de guerre de l'article 8 et certaines dispositions incriminent une gamme plus restreinte de conduites, étant donné qu'elles requièrent un résultat objectif, tel que la mort ou des atteintes graves, ce qui n'est pas toujours requis pour commettre des crimes de guerre au sens de l'article 8 du Statut. Aux Pays-Bas, cet aspect est actuellement couvert par la loi de 1952 sur les crimes de guerre qui incrimine les "violations des lois et coutumes de la guerre". Le projet de loi sur les crimes internationaux proposé devrait toutefois intégrer les dispositions du Statut de Rome en droit néerlandais avec plus de spécificité.

Plusieurs autres Etats ont introduit des dispositions sur les crimes de guerre dans leur Code pénal général (Géorgie, Hongrie, Lettonie, Mali, Pologne, Slovaquie), bien que quatre d'entre eux admettent que certaines lacunes existent par rapport à l'article 8 du Statut (Hongrie, Lettonie, Pologne, Slovaquie). Toutefois, la réponse hongroise indique que des crimes qui ne sont pas spécifiquement couverts peuvent être punissables

sur la base des crimes de droit commun et un amendement qui mettrait le Code pénal en conformité avec le Statut est actuellement examiné.

Quatre Etats baseraient les poursuites de crimes de guerre sur des dispositions relatives à des crimes de droit commun prévues dans le droit pénal et militaire interne (Autriche, Chine, Danemark, Israël). Quatre autres Etats ont répondu par l'affirmative (République tchèque, Rwanda, Suède, Ukraine), la République tchèque ayant fait remarquer qu'il existait des différences entre ses lois actuellement en vigueur et l'article 8.

Les autres Etats combinent différentes lois pour incriminer les crimes de guerre. Le Canada parvient à une incrimination complète des crimes de guerre par le biais de la loi de mise en oeuvre de la CPI et par la loi sur les Conventions de Genève. La Jordanie se base à la fois sur son droit pénal militaire qui couvre certains crimes de guerre et sur des infractions de droit commun en vertu du Code pénal général. L'Inde incrimine les crimes de guerre de la même manière que le génocide et les crimes contre l'humanité. A l'heure actuelle, la Norvège se base essentiellement sur des infractions pénales de droit commun en vertu de la loi pénale militaire, bien que les infractions en vertu des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels soient incluses lorsqu'elles ne sont pas couvertes par des dispositions plus strictes. L'Espagne se base sur son Code pénal militaire en ce qui concerne les crimes de guerre commis par du personnel militaire, alors que les crimes de guerre commis par des civils sont couverts par le Code pénal, bien que les deux codes présentent certaines lacunes.

La réponse italienne, bien que constatant certaines inadéquations dans le système actuel pour la répression des crimes de guerre, ne spécifie pas la base juridique de ce système.

Importe-t-il que le comportement ait été adopté dans le cadre d'un conflit armé international ou d'un conflit armé interne, ou en dehors de tout conflit armé?

Six Etats ont répondu que cela n'importait nullement que le comportement ait été adopté dans le cadre d'un conflit armé international ou en dehors de tout conflit armé (Danemark, Inde, Israël, Norvège, République tchèque, Rwanda).

En ce qui concerne les crimes de guerre, dix Etats ont signalé que leur droit interne ne faisait aucune distinction entre conflits armés internationaux et non internationaux (Allemagne (à l'exception d'une catégorie restreinte de crimes de guerre qui ne sont punissables que lorsqu'ils sont commis dans le cadre de conflits armés internationaux), Argentine, Autriche, Canada, Chine, Jordanie, Pays-Bas, Slovaquie,

Suisse, Tunisie). Toutefois, la législation néerlandaise de mise en oeuvre de la CPI en cours d'élaboration devrait introduire une distinction entre les deux types de conflits, tout comme devrait le faire le projet suédois de législation de mise en oeuvre. En Espagne, le Code pénal militaire qui couvre les infractions commises par du personnel militaire ne s'applique que si les infractions ont été commises au cours d'un conflit armé international, alors que le Code pénal qui couvre les crimes commis par tout un chacun s'applique également aux crimes commis au cours de conflits armés non internationaux.

Par ailleurs, la réponse australienne indique qu'un élément de chacun des crimes de guerre requiert un conflit armé international, bien que les subdivisions F et G de la Division 268 de la loi sur Code pénal, telle qu'amendée par la loi de 2002 sur la Cour pénale internationale (Amendements corrélatifs) reproduisent littéralement les crimes de guerre pendant des conflits armés non internationaux de l'article 8 (c) et (e) du Statut. De la même façon, le projet de législation irlandais adopte les mêmes distinctions en matière de crimes de guerre, établissant donc une distinction entre les crimes commis au cours de conflits armés internationaux et ceux commis au cours de conflits armés non internationaux, tout comme la législation néerlandaise de mise en oeuvre proposée. C'est également le cas de la loi de mise en oeuvre néo-zélandaise.

En Hongrie, les dispositions relatives aux crimes de guerre mettant en oeuvre les Conventions de Genève requièrent un conflit armé international, alors que les crimes de guerre commis au cours de conflits armés non internationaux sont couverts par les crimes de droit commun, bien qu'aucune différence ne soit faite en ce qui concerne l'imprescriptibilité qui s'applique aux deux catégories de crimes de guerre en plus des crimes contre l'humanité.

Dans un certain nombre d'Etats, la distinction établie entre conflits armés internationaux et non internationaux a une série de conséquences: en Belgique, les dispositions actuelles relatives aux crimes de guerre requièrent soit un conflit armé international, soit un conflit armé non international qui réponde au seuil du Protocole additionnel II, excluant donc les crimes de guerre commis pendant un conflit armé non international qui ne satisfait qu'au seuil inférieur de l'article 3 commun. L'Italie applique sa loi sur les criminels de guerre "dans des circonstances types", mais pas en ce qui concerne les conflits armés non internationaux à l'étranger.

En ce qui concerne le génocide et les crimes contre l'humanité, les réponses de l'Allemagne, de l'Australie, de l'Irlande, du Mali, et de la Nouvelle-Zélande affirment que ces crimes ne doivent pas être commis dans le cadre d'un conflit armé, l'adoption des législations de mise en oeuvre de la CPI aux Pays-Bas et en Suisse où à l'heure actuelle,

c'est uniquement vrai en ce qui concerne le génocide, devrait aboutir au même résultat. Seule la réponse chinoise signale que les crimes contre l'humanité doivent être commis dans le cadre d'un conflit armé.

3. JURIDICTION

a) Votre Etat a-t-il prévu une juridiction à l'égard de chacun de ces crimes?

A l'exception de la Suède, tous les Etats ont répondu qu'une juridiction à l'égard de ces crimes avait été prévue d'une manière ou d'une autre. Dans la mesure où des Etats se basent à l'heure actuelle sur des dispositions ordinaires de droit pénal, ils ne possèdent pas de dispositions attributives de compétence spéciales (Australie, Chine, Danemark, Lettonie, Norvège), bien que les codes pénaux de certains d'entre eux complètent les dispositions attributives de compétence ordinaires par une référence à la compétence attribuée par les traités internationaux (Chine, Danemark, Lettonie). Sept Etats ont adopté des dispositions attributives de compétence spécifiques (Australie, Allemagne, Belgique, Canada, Nouvelle-Zélande) ou prévoient de telles dispositions dans leur projet de législation de mise en oeuvre (Argentine, Irlande, Suède).

Un certain nombre d'Etats possèdent un système hybride avec des dispositions attributives de compétence spécifiques pour certains crimes, alors qu'ils se basent sur des dispositions générales ou sur des dispositions lacunaires pour d'autres crimes (Espagne, Hongrie, Inde, Israël, Pays-Bas, Suisse), bien qu'aux Pays-Bas et en Suisse, la situation soit amenée à changer lors de l'adoption de la législation de mise en oeuvre.

b) S'agit-il d'une compétence universelle ou, dans le cas où des conditions sont liées à cette compétence, de quelles conditions s'agit-il ?

Les dispositions présentent de grandes divergences. Quatorze Etats ont établi une compétence universelle pour tous les crimes (Allemagne, Australie, Belgique, Hongrie, Lettonie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Ukraine) ou ont l'intention de le faire (Argentine, Pays-Bas, Suède si les projets de législation de mise en oeuvre sont adoptés dans leur forme actuelle), alors que certains Etats ne l'ont fait que pour certains crimes (Espagne: génocide et violations graves, Israël: génocide, Italie: crimes de guerre, Pays-Bas: crimes de guerre, Suisse: génocide et crimes de guerre). La réponse indienne indique uniquement qu'une partie de ses lois prévoient une compétence extraterritoriale, sans toutefois spécifier la forme de cette compétence extraterritoriale.

Si l'on fait une distinction selon la base attributive de compétence pour les crimes considérés, les Etats ont adopté les approches suivantes en plus de la compétence territoriale qui est commune à tous:

- Compétence de la personnalité active (Argentine, Autriche, Canada, Chine, Irlande, Italie: dans des cas autres que les crimes de guerre, Jordanie, Mali, Pays-Bas: en ce qui concerne le génocide)
- Compétence de la personnalité passive (Canada, Chine, Pays-Bas: en ce qui concerne le génocide)
- Principe de protection (Chine, Pays-Bas: en ce qui concerne le génocide).

Le Canada a également prévu une compétence à l'égard des personnes employées par l'Etat, des citoyens d'un Etat engagé dans un conflit armé avec l'Etat exerçant la compétence et des personnes employées par un tel Etat et des cas où la victime de l'infraction alléguée était un citoyen d'un Etat allié au Canada dans un conflit armé.

De nombreux Etats lient également certaines conditions à l'exercice des différentes formes de compétence. En Nouvelle-Zélande et au Mali, l'accord du Procureur général ou du Ministère Public est requis dans tous les cas, alors qu'en Israël et en Italie, cet accord n'est requis que dans certains cas [voir également les réponses à la question 13]. Quatre Etats requièrent de manière générale que l'accusé soit présent pour tous les cas impliquant la compétence universelle (Canada, Danemark, Suisse), alors que l'Italie ne l'exige que dans des cas autres que des crimes de guerre. Certains Etats subordonnent l'exercice de certaines bases de compétence à la condition de double incrimination, à savoir dans le cas de la compétence de la personnalité active (Mali) ou dans le cas de la compétence quasi-universelle relative aux crimes contre l'humanité (Suisse), tandis que la Chine combine le principe de double incrimination et l'exigence d'une incrimination minimum en cas de compétence de protection et de la personnalité passive. En ce qui concerne cette dernière condition, l'Italie exige également une gravité minimum des crimes. Certains Etats subordonnent également l'exercice de la compétence universelle à la situation dans laquelle un traité les oblige à le faire (Chine, Danemark, Pologne, Suisse: en ce qui concerne les crimes contre l'humanité), tandis que la Pologne et la Suisse ajoutent la non-extradition du suspect comme condition supplémentaire, appliquant de la sorte le principe *aut dedere aut judicare* (obligation d'extrader ou de poursuivre). Le Code pénal norvégien subordonne l'exercice de la compétence aux règles de droit international applicables. Conformément à la législation allemande de mise en oeuvre de la CPI qui maintient la distinction entre crimes et délits, l'exercice de la compétence universelle est subordonnée à l'obligation que l'infraction en question tombe dans la première catégorie. L'Allemagne assouplit

également l'obligation du Procureur d'enquêter et de poursuivre en ce qui concerne les cas qui ne peuvent être instruits que sur la base de la compétence universelle. En revanche, la Belgique a expressément supprimé les conditions qui sont applicables pour d'autres crimes.

c) Votre Etat permet-il des jugements par contumace de ces crimes? Dans l'affirmative, dans quelles conditions?

Quatorze Etats ne permettent pas le jugement par contumace devant leurs juridictions nationales (Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Irlande, Israël, Lettonie, Nouvelle-Zélande, Pologne, Ukraine). Au Canada, la présence de l'accusé est en principe requise, mais sur l'ordre du tribunal et moyennant l'accord du procureur et de l'accusé, l'accusé peut comparaître soit par le biais d'un conseil, soit par des moyens techniques qui permettent à l'accusé et au tribunal de se voir et de communiquer simultanément pendant une partie du procès. La seconde exception est constituée par le fait que le tribunal peut ordonner que l'on éloigne l'accusé et le garde à l'extérieur du tribunal en raison de son inconduite, disposition qui est similaire à celles en vigueur en Allemagne et en Irlande. Les lois allemandes applicables permettent également des débats en l'absence de l'accusé si cela s'avère nécessaire pour la protection des témoins.

Parmi les dix Etats qui permettent des jugements par contumace (Autriche, Hongrie, Inde, Italie, Jordanie, Pays-Bas, République tchèque, Rwanda, Slovaquie, Suisse), plusieurs limitent les circonstances dans lesquelles cela s'avère possible. La législation autrichienne permet de condamner quelqu'un par contumace, mais l'accusé doit avoir été préalablement interrogé. En République tchèque, des poursuites pénales ne peuvent être engagées que contre les personnes s'étant soustraites à la justice. La réponse hongroise mentionne comme conditions à de tels jugements, une proposition du procureur en ce sens, la participation obligatoire du procureur et de l'avocat de la défense, le fait que l'endroit où se trouve l'accusé n'est pas connu ou l'accusé est à l'étranger et l'extradition a été refusée. Toutefois, si l'on trouve l'accusé, il peut demander à être rejugé dans certaines conditions, ce qui est également le cas en Jordanie. En Inde, les conditions des jugements par contumace sont que l'accusé s'est soustrait à la justice et qu'il n'existe aucune perspective immédiate de l'appréhender et que la cour juge convenable et raisonnable de le juger. La réponse néerlandaise indique que, bien qu'un accusé ne soit pas obligé de comparaître devant le cour et que la cour puisse décider de poursuivre en cas de non-comparution, l'accusé a le droit d'être jugé en sa présence, bien que la législation de mise en oeuvre proposée modifie la situation en ce qui concerne la compétence universelle, requérant la présence de l'accusé. Au Rwanda, les jugements par contumace sont subordonnés

au refus de l'accusé de comparaître après avoir été cité à comparaître. Le système judiciaire slovaque limite les jugements par contumace aux crimes présumés commis par des adultes, punissables de plus de cinq ans dans le cas où l'accusé a fui, bien que l'avocat de la défense soit habilité à recevoir tous les documents pertinents, la citation à comparaître est annoncée publiquement et l'accusé doit en avoir pris connaissance. La réponse suisse indique un régime différencié pour les jugements par contumace: dans le cas du génocide et des crimes contre l'humanité, de tels jugements sont exclus dans le cas de poursuites autres que celles basées sur la compétence territoriale, alors qu'en cas de crimes de guerre, une telle possibilité existe lors de poursuites autres que celles basées sur la compétence universelle.

Cinq Etats (Géorgie, Mali, Norvège, Suède, Tunisie) n'ont pas répondu à cette question.

4. DOUBLE INCRIMINATION / NE BIS IN IDEM

Pour ce qui concerne ces crimes, les poursuites sont-elles recevables en vertu des lois de votre Etat et/ou l'auteur présumé des crimes peut-il être extradé:

Plusieurs Etats appliquent les mêmes règles indépendamment de la nature des différentes juridictions auxquelles il est fait référence dans la question et interdisent des poursuites ultérieures (Argentine, Canada, Danemark, Lettonie) ou l'extradition (Argentine, Canada, Danemark, Rwanda) dans tous les cas.

La réponse de la République tchèque fait uniquement référence à l'extradition et indique que les non-ressortissants peuvent être extradés, tandis que la Géorgie et la Tunisie font référence dans leur réponse au principe de double incrimination dans le contexte de l'extradition.

a) Si l'accusé a été jugé et reconnu coupable ou acquitté par la CPI?

L'Allemagne, l'Australie, l'Espagne, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Mali, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, et la Suisse ont explicitement indiqué que de telles poursuites étaient impossibles. Conformément à la législation allemande, une personne peut également ne pas être remise à la CPI ou extradée vers des juridictions étrangères si les tribunaux allemands décident qu'un procès est inadmissible étant donné que le procès concerne un acte pour lequel la personne concernée a déjà été condamnée ou acquittée par la CPI ou un tribunal allemand. Les Pays-Bas interdisent des poursuites ultérieures à condition que les peines infligées aient déjà été purgées dans leur intégralité.

En Autriche, le rapporteur national indique que la compétence s'éteint lorsque la CPI "condamne" une personne. La position quant à l'acquittement n'est toutefois pas claire.

La Pologne, la Slovaquie et la Suède semblent être les seuls Etats parties à permettre des poursuites ultérieures, bien que la réponse polonaise soit quelque peu surprenante, étant donné que dans les réponses précédentes, le rapport indiquait que les "dispositions du Statut de Rome une fois ratifiées par la Pologne primeraient le droit national et deviendraient patrie intégrante du système juridique (polonais)".(7)

La Chine, l'Inde et l'Ukraine, les Etats non Parties répondant au questionnaire, n'ont pas de législation spécifique. Toutefois, le rapport chinois indique que l'on peut s'attendre à ce que les cours et tribunaux suivent les principes applicables aux jugements des juridictions étrangères (voir point c ci-après). En Ukraine, des poursuites ultérieures ou une extradition seraient admises. En tant qu'autre Etat non partie, Israël a répondu que, bien qu'un accusé qui a été jugé et condamné ou acquitté par la CPI ne puisse pas faire l'objet de poursuites en Israël, une telle personne pourrait être extradée vers un Etat tiers.

D'autres Etats ont traité la question de l'extradition. L'Irlande ne permettrait pas l'extradition de manière explicite. En revanche, l'extradition serait en principe admise en vertu du droit letton, à l'exception de certains cas. La Nouvelle-Zélande, bien que ne disposant d'aucune législation spécifique, aurait vraisemblablement recours, par analogie, aux dispositions de la loi de 1999 sur l'extradition relatives aux condamnations prononcées par des juridictions étrangères. Le rapporteur national estime que l'extradition est très peu probable. La réponse polonaise aborde les différents modes d'extradition, mais ne spécifie pas si l'auteur présumé peut être extradé après avoir été condamné ou acquitté par la CPI.

La réponse de la Belgique, tout comme celle de la Slovaquie, n'est pas claire quant à ces deux sujets, qui indique que la "double incrimination est inaccessible", mais ne clarifie pas si cela fait référence au principe de double incrimination, permettant donc des poursuites ultérieures, ou à un second procès, menant donc à la conclusion inverse.

b) Si l'accusé a été jugé et reconnu coupable ou acquitté par le TPIR ou le TPIY?

Pour certains Etats, la position en ce qui concerne le TPIY et le TPIR est la même que celle par rapport à la CPI (Allemagne, Autriche, Espagne, Hongrie, Irlande, Italie, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pologne, Suisse, Ukraine), mais en Suède, il est interdit aux cours et

tribunaux de poursuivre ou d'extrader une personne condamnée ou acquittée par les tribunaux ad hoc, alors que ce n'est actuellement pas le cas pour les décisions de la CPI.

Les cours et tribunaux australiens ne seraient en droit de procéder à un second procès que si le chef d'inculpation antérieur est différent de celui invoqué devant les tribunaux ad-hoc.

La réponse de la Belgique semble suggérer qu'un procès ultérieur devant ses juridictions nationales est exclu.

Conformément au droit israélien, une condamnation prononcée par les tribunaux ad hoc interdit aux cours et tribunaux d'Israël de poursuivre ou d'extrader la personne concernée, alors que la réponse semble suggérer qu'une extradition vers un pays tiers serait autorisée en cas d'acquiescement.

En ce qui concerne les Pays-Bas, il semblerait que le TPIY ait qualité de "Cour aux Pays-Bas" conformément au droit interne néerlandais.

La réponse de la Slovaquie indique que "la double incrimination est inaccessible", bien qu'il ne soit pas clair si ceci entend faire référence au principe de double incrimination, permettant par conséquent un procès ultérieur, ou à un second procès, menant par conséquent à la conclusion inverse.

c) *Si l'accusé a été jugé et reconnu coupable ou acquitté par la cour d'un Etat étranger?*

En Autriche, au Canada, au Danemark, en Espagne, en Hongrie, en Inde, en Irlande, en Israël, en Jordanie, au Mali, en Nouvelle-Zélande et aux Pays-Bas, un jugement prononcé par une cour étrangère constituerait une entrave.

Toutefois, plusieurs de ces Etats subordonnent l'exception *ne bis in idem* à certaines conditions. Ainsi, au Canada, l'exception de double incrimination ne peut être invoquée que si l'accusé avait pu invoquer cette exception s'il avait été jugé au Canada. Les cours et tribunaux hongrois ne peuvent rejuger une personne si la cour étrangère a agi sur la base de l'accusation faite par les autorités hongroises ou s'il y a eu renvoi des poursuites. En Inde, les conditions sont : la condamnation (ou l'acquiescement) dans le cadre de poursuites antérieures doit être exécutée au moment du second procès, l'infraction doit être identique lors des deux procès et la personne concernée doit avoir été poursuivie. En vertu du droit israélien, une condamnation ou un acquiescement prononcé par une cour étrangère empêcherait les cours et tribunaux israéliens de poursuivre la personne concernée. Les Pays-Bas requièrent qu'un jugement définitif et sans appel ait été prononcé

et exécuté. La Nouvelle-Zélande laisse ouverte la possibilité que les poursuites cherchent à démontrer que le procès initial était fictif.

En Chine, Italie, Norvège, Pologne et Suède, une condamnation par une cour étrangère ne constituerait pas une exclusion dans les deux cas, bien que toute peine purgée en exécution d'un jugement rendu par une cour étrangère soit prise en considération. C'est également le cas en Allemagne, sauf accords contraires. En Suède, le droit de juger quelqu'un qui avait précédemment été condamné ou acquitté peut être limité par des obligations découlant de traités. L'Australie subordonne la possibilité de rejuger un défendeur à certaines conditions, à savoir que l'infraction précédemment poursuivie n'était pas la même ou que le tribunal n'avait pas été dûment constitué, au mépris de l'administration de la justice ordinaire, de l'équité procédurale et du principe d'impartialité.

Les réponses de la Belgique et de la Suisse indiquent un régime *ne bis in idem* différencié: la réponse de la Belgique indique qu'en ce qui concerne les violations graves du Protocole additionnel I et les violations du Protocole additionnel I qui sont réprimées par la loi belge de 1993, les tribunaux devraient d'abord s'assurer que l'affaire en question satisfait à la condition de double incrimination, c'est-à-dire que le comportement en question est également réprimé dans l'Etat où le comportement en question s'est produit. Si c'est le cas et s'il s'agit de graves violations des Conventions de Genève, le principe *ne bis in idem* s'applique. En Suisse, ce qui suit a valeur de principe: si la compétence est basée sur la personnalité passive, un jugement ultérieur est exclu, à condition qu'aucune peine n'ait été purgée intégralement. Le même principe s'applique dans le cas de la compétence de la personnalité active, sauf que l'on ne peut conclure de manière claire si un acquittement exclut un jugement ultérieur, comme c'est le cas pour la compétence de la personnalité passive. Un jugement ultérieur est également exclu s'il y a eu renvoi vers un autre Etat, à condition que la personne concernée ait été acquittée ou ait purgé sa peine ou que cette peine n'ait pas été purgée conformément au droit de l'Etat exerçant la compétence. Si la compétence est basée sur le principe d'universalité, une personne ne peut être jugée ultérieurement si elle a été acquittée dans l'Etat où l'acte s'est produit par un jugement qui a été exécuté ou lorsque la personne a purgé sa peine, a été graciée ou lorsque la peine est prescrite. Dans les autres hypothèses, une nouvelle condamnation est possible, bien que la peine purgée à l'étranger puisse être prise en considération. Ce dernier régime s'applique également au cas spécifique de l'accusation de génocide.

La réponse slovaque indique que "la double incrimination n'est inaccessible que si cela est stipulé dans un accord international qui a été déclaré comme ayant force contraignante pour la République slovaque", bien que l'on ne puisse pas clairement déterminer si ceci

entend faire référence au principe de double incrimination, permettant par conséquent un procès ultérieur, ou à un second procès, menant par conséquent à la conclusion inverse.

L'Allemagne, la Hongrie, l'Irlande, Israël, l'Italie, la Nouvelle-Zélande et la Pologne ont également examiné la question de l'extradition et/ou de la remise. Alors qu'en Allemagne, l'extradition est possible, la situation semblerait être moins claire en droit néo-zélandais. La Hongrie, quant à elle, traite la question de l'extradition de ressortissants hongrois, qui n'est autorisée que lorsque la personne concernée possède la double nationalité et réside de manière permanente à l'étranger, mais le principe *ne bis in idem* constitue l'une des exceptions à une telle possibilité d'extrader des ressortissants, à côté de la prescription, de l'amnistie et d'un droit d'asile accordé. L'Irlande a envisagé la situation dans laquelle la CPI demandait la remise d'un accusé qui avait fait l'objet d'un jugement rendu par une cour étrangère. Dans de tels cas, le rapporteur national est d'avis que la remise serait autorisée "si la CPI parvient à convaincre le Ministre compétent que les poursuites dans l'autre Etat n'étaient pas impartiales ou indépendantes ou étaient destinées à protéger cette personne de la responsabilité pénale internationale, ou que le cas n'a pas été poursuivi avec diligence". En Israël, la réponse suggère qu'une extradition vers un Etat tiers ne serait interdite que si la personne concernée a été condamnée par une cour étrangère, mais cette extradition pourrait être autorisée en cas d'acquiescement. La réponse italienne indique que des "limites à l'extradition en présence d'un procès antérieur peuvent être obtenues en appliquant la Convention européenne sur l'extradition" et d'autres traités européens. La Pologne a répondu que l'extradition serait possible à condition qu'il existe un traité d'extradition valable et "si toutes les conditions relatives à l'extradition ont été remplies et qu'il n'y a aucune restriction légale", bien qu'elle ne spécifie pas si le principe *ne bis in idem* constitue une telle restriction légale.

d) *Y-a-t-il des exceptions? Le principe de non bis in idem/double incrimination est-il un obstacle absolu ou y-a-t-il des exceptions (par exemple: nouvelles preuves, jugements fictifs, etc.)?*

Six Etats ont indiqué que (l'on peut soutenir) qu'un nouveau procès serait possible dans le cas de jugements fictifs (Argentine, Australie, Belgique, Canada, Mali, Nouvelle Zélande). La Nouvelle-Zélande indique également que cela s'appliquerait aussi aux demandes d'extradition. Un résultat ayant une portée quelque peu plus grande peut être déduit de la réponse danoise qui indique que l'on pourrait s'attendre à ce que les cours et tribunaux danois "exercent le principe *ne bis in idem* dans les cas subordonnés aux circonstances telles énumérées dans la Statut du TPIY". Les conditions spécifiées à l'article 10 de ce Statut, incluant l'exception contenue à l'alinéa 2 de la disposition qui ajoute aux jugements fictifs des

situations dans lesquelles “le fait pour lequel la personne a été jugée était qualifié crime de droit commun “, pourraient par conséquent s’appliquer comme une exception au principe *ne bis in idem*.

Cinq Etats permettent de nouveaux jugements dans le cas où de nouvelles preuves apparaissent (Argentine, Autriche, Mali, Pays-Bas: sur ordonnance de la Cour Suprême et République tchèque). En Autriche, ceci ne peut se faire que si les preuves sont à décharge de l’accusé, alors qu’en Italie, la pertinence des nouvelles preuves est limitée à l’hypothèse de nouvelles preuves acquises dans l’Etat requérant l’extradition et qui avait précédemment acquitté la personne, alors qu’une telle pertinence n’est pas accordée aux nouvelles preuves acquises en Italie ou dans un Etat différent de celui où le procès a eu lieu. Le système juridique tchèque ajoute un recours contre un jugement final et une plainte pour infractions à la loi comme autres motifs d’exception au principe *ne bis in idem*. Le rapport de l’Inde montre certaines similarités en ce sens que des poursuites qui s’avèrent nulles et non avenues n’empêcheraient pas des poursuites subséquentes pour le même crime. En outre, le principe *ne bis in idem* n’interdit pas une condamnation pour un chef d’accusation après l’acquittement pour un autre chef d’accusation lors du même procès. La législation allemande prévoit la possibilité de rouvrir des poursuites closes par un jugement final dans les cas où des preuves fausses ou falsifiées auraient pu avoir un effet favorable pour le défendeur ou si une personne acquittée devait avouer par la suite. La réponse jordanienne indique qu’une exception au principe *ne bis in idem* s’applique en ce qui concerne les crimes commis sur le territoire jordanien, en quel cas l’affaire peut être rejugée.

La Nouvelle-Zélande a indiqué que les règles de double incrimination s’appliquent de la même manière aux cours et tribunaux militaires.

5. IMPRESCRIPTIBILITE

Votre Etat a-t-il incorporé l’article 29 du Statut de la CPI dans ses lois nationales relatif à l’imprescriptibilité des crimes visés à la Question 2?

Aucune prescription n’est d’ application dans dix-huit Etats (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Hongrie, Irlande, Lettonie, Nouvelle-Zélande, Pologne, République tchèque, Rwanda, Slovaquie, Tunisie, Ukraine). Les moyens à l’aide desquels l’objectif est atteint diffèrent. Les réponses de quatre Etats suggèrent que la prescription est exclue à la suite de la ratification de la Convention de 1968 sur l’imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité (Argentine, Géorgie, République tchèque, Tunisie). La réponse autrichienne précise que l’article 29 sera directement applicable une fois le Statut publié. Ceci semble également être sous-

entendu dans le rapport de l'Argentine qui précise que le Statut de Rome, en ce compris l'article 29, a reçu valeur constitutionnelle. Trois Etats ont adopté une législation de mise en oeuvre spécifique applicable aux crimes considérés (Allemagne, Belgique, Nouvelle-Zélande), bien que la législation allemande de mise en oeuvre de la CPI exonère la responsabilité du supérieur hiérarchique pour manquement au devoir de surveillance et défaut de prévenir d'un crime. La République tchèque, la Hongrie, la Lettonie, la Pologne et la Slovaquie ont introduit des dispositions spécifiques excluant la prescription pour les crimes en question dans leur Code pénal général. Toutefois, les réponses hongroise et lettonne indiquent certaines lacunes en ce qui concerne les crimes non couverts par les dispositions spécifiques du Code pénal pour lesquels la prescription est exclue. Finalement, au Canada et en Irlande, il n'existe aucune prescription en droit interne et il n'y a, par conséquent, pas lieu d'introduire l'article 29.

Dans un certain nombre d'Etats, la prescription n'est exclue que pour certains crimes (Israël et Espagne: génocide; Jordanie: crimes de guerre; Mali: crimes contre l'humanité). Hormis ces exceptions, la prescription est **applicable de manière générale**, ce qui est également le cas dans cinq autres Etats (Chine, Inde, Italie, Norvège, Suède) bien que la Norvège envisage de l'exclure pour les crimes considérés et la Suède pour les crimes internationaux pouvant entraîner une peine de six années d'emprisonnement ou plus. Toutefois, la possibilité de prescription est souvent restreinte. Ainsi, le droit pénal chinois dispose que "Aucune prescription des poursuites ne sera appliquée en ce qui concerne un criminel s'étant soustrait à l'enquête ou au procès après qu'un Procureur du Peuple, un organe de sécurité publique ou un organe de sécurité nationale, a intenté une action ou qu'un tribunal du peuple a accepté l'affaire". En outre, "aucune prescription des poursuites ne sera appliquée en ce qui concerne une affaire qui aurait dû faire l'objet d'une action, mais qui n'a pas été poursuivie par un tribunal du peuple, un procureur du peuple ou un organe de sécurité publique, après que la victime a déposé plainte pendant le délai de poursuite". De manière similaire, la loi indienne sur l'armée spécifie que la période de trois ans, au cours de laquelle un procès devant la cour martiale devrait être entamé, commence à la date de l'infraction, ou "lorsque la date de la perpétration de l'infraction n'est pas connue de la personne lésée par l'infraction ou de l'autorité compétente pour entamer une action, le premier jour où une telle infraction est portée à la connaissance de la personne ou de l'autorité" ou "lorsque l'auteur de l'infraction commise n'est pas connu, le premier jour où l'identité de l'auteur de l'infraction est connue de la personne lésée [...] ou de l'autorité [...]". La réponse italienne indique que la prescriptibilité est "généralement motivée en faisant référence à l'article 10 de la Constitution", qui stipule que "l'ordre juridique italien se conformera

aux normes de droit international reconnues de manière générale”. Il ne ressort toutefois pas clairement de la réponse si ceci entraîne une imprescriptibilité pour les crimes en question.

Aux Pays-Bas et en Suisse, l’imprescriptibilité dépend d’un certain nombre de facteurs. Aux Pays-Bas, les crimes en vertu de la loi néerlandaise sur les crimes de guerre sont exclus de tout délai de prescription lorsque le crime est passible d’une peine d’emprisonnement de 15 ans ou plus. Le génocide et les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité survenus pendant la Seconde Guerre mondiale sont également déjà exclus. En vertu du projet de loi sur les crimes internationaux, les crimes de guerre moins graves— ceux passibles d’une peine d’emprisonnement de dix ans ou moins, ou d’une amende de 45.000 euros ou moins— continueront à être soumis à la prescription. La réponse suisse indique que la prescription est exclue en ce qui concerne le génocide, les violations graves de la Convention de Genève et les autres crimes de guerre prévus par d’autres traités auxquels la Suisse est partie et qui présentent une gravité particulière, et les crimes contre l’humanité dans la mesure où ils tombent dans la dernière catégorie (crimes prévus par d’autres traités auxquels la Suisse est partie et qui présentent une gravité particulière) ou équivalent à des crimes “perpétrés en vue d’exercer une contrainte ou une extorsion et qui mettent en danger ou menacent de mettre en danger la vie et l’intégrité corporelle de personnes, notamment par l’utilisation de moyens d’extermination massifs, par le déclenchement d’une catastrophe ou par une prise d’otages.” On s’attend à ce que les lacunes en résultant en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité soient palliées par le biais d’un amendement qui est actuellement examiné.

6. RESPONSABILITE PENALE INDIVIDUELLE

Les lois nationales de votre Etat reconnaissent-elles, pour ce qui concerne ces crimes, les différentes formes de responsabilité pénale visées à l’article 25(3) du Statut? Quelles sont les différences entre les lois de votre Etat et le Statut de la CPI à cet égard?

Treize Etats ont répondu que leurs lois comprenaient **toutes les formes** de responsabilité pénale individuelle énumérées à l’article 25 (3) du Statut (Allemagne, Autriche, Australie, Danemark, Hongrie, Irlande, Jordanie, République tchèque, Rwanda, Suède, Suisse, Tunisie, Ukraine). De la même façon, la Chine considère que son droit pénal interne “présente une grande cohérence” par rapport à l’article 25(3) et Israël note que sa loi en matière de responsabilité pénale individuelle “est similaire à celle reconnue dans le Statut de la CPI.” Dans le cas de l’Autriche, il convient de présumer que l’adoption du Statut de la CPI à la suite de sa publication dans le journal officiel comblera, dans tous les cas, les lacunes. Toutefois, seule la Nouvelle-Zélande a inséré l’article 25 (3) dans sa législation de mise en oeuvre.

Les réponses de onze Etats indiquent qu'il existe (à l'heure actuelle) plusieurs **différences** entre leur législation et l'article 25 (3) du Statut (Argentine, Belgique, Canada, Inde, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Suisse). Un nombre d'Etats soulignent de telles différences quant à la doctrine du but criminel commun en vertu de l'article 25 (3) (d) du Statut. Cette disposition du Statut ne se retrouve en droit néerlandais que dans la mesure où elle relève des dispositions incriminant la co-perpétration et la complicité ainsi que l'implication dans une organisation qui a pour but perpétration de crimes. Toutefois, une telle organisation semblerait requérir une certaine forme de structure et doit également avoir pour objectif "la perpétration de crimes". Il semblerait par conséquent que le plan visant à commettre un seul crime isolé serait insuffisant. De la même manière, en vertu du droit suisse, la doctrine du but criminel commun serait soumise aux dispositions pertinentes sur les préparatifs criminels et sur les organisations criminelles, bien que les différences entre le Statut et le droit suisse n'aboutiraient pas à l'incrimination en droit suisse d'un comportement plus limité que dans le Statut. Dans le cas de la Norvège, il n'existe aucune règle générale concernant la complicité et il sera par conséquent nécessaire de considérer chaque crime du Statut, en comparant chaque crime à l'infraction équivalente en droit interne norvégien. Toutefois, la Section 140 du Code pénal général dispose que "toute personne qui pousse ou incite publiquement à la perpétration d'un acte criminel ou prône un tel acte ou propose de le commettre ou d'aider à la perpétration de cet acte, ou qui est complice d'une personne poussant, incitant, prônant ou proposant de commettre un tel acte, sera passible d'amendes, d'une peine de détention ou d'emprisonnement". La réponse polonaise semble suggérer que la doctrine du but criminel commun pose quelques problèmes pour trouver une forme de responsabilité pénale correspondante en droit pénal polonais, alors que ce serait moins problématique pour les autres formes de responsabilité pénale de l'article 25 (3) du Statut. Ceci peut également se vérifier en Slovaquie. De même, la réponse géorgienne ne laisse pas apparaître clairement si le droit national comprend toutes les formes de responsabilité pénale individuelle de l'article 25 (3), telles que la doctrine du but criminel commun (Article 25 (3)(d)).

En ce qui concerne les différences relatives aux formes de responsabilité pénale individuelle autres que la doctrine du but criminel commun, deux Etats font référence aux actes punissables ou omissions qui surviennent après le crime. L'Italie ne punit pas ou punit différemment des actes ou omissions qui surviennent après le crime. De la même façon, le Code pénal espagnol n'incrimine les actes de complicité après le fait qu'en tant qu'atteinte spécifique à l'administration de la justice plutôt que comme une forme générale de responsabilité pénale individuelle, bien que le Code

pénal militaire s'écarte de cette approche et les régleme[n]tent de manière spécifique comme une forme de participation à des infractions militaires de manière très similaire au Statut. En Belgique, de telles différences concernent la notion de "tentative", alors qu'en vertu du Code pénal letton, l'incitation directe et en public à commettre un génocide n'est punissable que dans la mesure où la personne "invite à la haine nationale ou raciale". Finalement, la législation canadienne de mise en oeuvre de la CPI ne punit que toute personne qui complotte ou tente de commettre un génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, étant ainsi complice après le fait à leur égard ou conseille de commettre une telle infraction.

Trois Etats ont indiqué comment ils cherchaient à **combler** toute **lacune** éventuelle existant entre leur droit pénal national et les formes de responsabilité pénale individuelle en vertu du Statut. L'Irlande et l'Argentine le font en se basant sur leur droit pénal général en combinaison avec les dispositions complémentaires dans leur projet de législation de mise en oeuvre de la CPI. De la même manière, la Belgique traite certaines formes de responsabilité pénale individuelle en se basant sur son Code pénal, tout en ayant introduit certaines formes spécifiques dans sa loi sur les violations graves du droit humanitaire. Toutefois, en formulant de telles normes complémentaires, plusieurs Etats se basent sur des formes de responsabilité pénale prévues dans leur Code pénal général. Ainsi, le projet argentin de législation de mise en oeuvre de la CPI introduit certaines formes de responsabilité pénale individuelle en vertu du Code pénal général en vue de transposer la complicité et l'incitation directe et en public au génocide, et la loi belge sur les violations graves du droit humanitaire introduit également le concept de complicité de cette manière.

Certains Etats ont **étendu les formes** de responsabilité pénale individuelle au-delà de ce que prévoit le Statut. Ainsi, le projet argentin de loi prévoit à l'heure actuelle que "l'apologie du crime" constitue une forme de responsabilité pénale individuelle. De même, la disposition néerlandaise proposée relative à la doctrine du but criminel commun dans le projet de loi sur les crimes internationaux sera quelque peu plus large que l'article 25(3)(d), puisqu'il ne requerra pas la perpétration d'une infraction effective. C'est également la situation en vertu de la loi suisse sur les organisations criminelles. En outre, la réponse suisse indique que les dispositions pertinentes qui couvrent l'incitation à commettre un génocide, vont au-delà de ce que prévoit le Statut.

Finalement, la réponse du Mali ne fait référence qu'à la responsabilité pénale individuelle en vertu de l'article 25 (2), qui ne fait référence qu'aux personnes "qui commettent un crime", précisant que les lois du Mali incriminent de manière égale la perpétration des crimes en question.

7. RESPONSABILITE DES CHEFS MILITAIRES ET AUTRES SUPERIEURS

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles la punition d'un supérieur hiérarchique pour les crimes visés à la Question 2 qui ont été commis par ses subordonnés? Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l'article 28 du Statut de la CPI, ou est-ce dans des conditions différentes?

Douze Etats ont répondu par la négative (Argentine, Autriche, Danemark, Espagne, Israël, Italie, Jordanie, Lettonie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Tunisie), bien qu'une majorité d'entre eux indiquent que cette forme de responsabilité pénale pourrait être poursuivie dans la mesure où elle équivaut à d'autres formes de responsabilité pénale ou à des crimes spécifiques en droit interne (Argentine, Autriche, Danemark, Espagne, Israël, Jordanie, Lettonie, Pologne).

En Chine, la responsabilité des supérieurs est liée à la position et à la fonction de ces supérieurs. Lorsque des crimes commis par des subordonnés sont étroitement liés à des "abus de pouvoirs conférés par le service, manquements ou violations des devoirs par des supérieurs", l'enquête sera alors basée sur le "manquement aux devoirs" ou des "crimes de violation des devoirs par des militaires". Ces dispositions ne reflètent pas pleinement les dispositions de l'article 28 du Statut de Rome.

Les autres Etats ont répondu par l'affirmative (Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Canada, Géorgie, Hongrie, Inde, Irlande, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Rwanda, Suède, Ukraine). Une réglementation spécifique peut être trouvée dans la législation de mise en oeuvre de la CPI (Allemagne, Australie, Canada, Nouvelle-Zélande), le projet de législation ou les amendements pertinents (Argentine, Irlande, Pays-Bas, Slovaquie) ou dans la législation spécifique traitant des violations de droit humanitaire international (Belgique). Toutefois, le projet irlandais de législation de mise en oeuvre prévoit qu'une personne est considérée comme aidant, encourageant, conseillant ou offrant ses services à la perpétration d'une infraction.

Six Etats indiquent qu'il existe des **différences** entre leurs lois et l'article 28 du Statut (Belgique, Chine, Mali, Norvège, Pays-Bas, Suisse), bien que la réponse du Mali suggère que de telles différences pourraient être atténuées en vertu de sa disposition constitutionnelle sur l'applicabilité d'accords internationaux dûment ratifiés dans le système juridique interne. En Suisse, un amendement est actuellement examiné, étant donné que la situation actuelle ne correspond pas tout à fait à l'article 28. La loi n'incrimine pas les actes de subordonnés pour défaut d'agir, sauf si l'accusé avait une fonction de garant. En ce qui concerne les supérieurs

militaires, une telle fonction découle des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels ainsi que de la Convention sur le Génocide, bien que la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques semble couvrir uniquement des actes de subordonnés directs.

Dans la mesure où les Etats ont spécifié les différences existant entre leur droit national et le Statut, celles-ci concernent les éléments suivants de l'article 28:

- **Le statut militaire ou civil des supérieurs:** selon la situation actuelle aux Pays-Bas, il est nécessaire de retomber sur des principes de droit généraux applicables à tous les supérieurs en ce qui concerne les supérieurs civils. Ceux-ci comprennent la loi sur les co-auteurs et complices ainsi que sur les "instigateurs" (incitation). Il existe des dispositions spécifiques dans la loi sur le génocide et la loi sur la torture traitant des supérieurs qui "tolèrent que des subordonnés commettent" un génocide ou des actes de torture. Il est également possible de prendre en considération la loi relative à la "responsabilité fonctionnelle" ou à la responsabilité du fait d'autrui. De plus, un employeur peut être déclaré coupable pour des crimes commis par son employé dans certaines circonstances. Il convient toutefois de noter que le projet de loi sur les crimes internationaux introduit une disposition spécifique en vue de refléter le spectre plus large de situations que l'on retrouve à l'heure actuelle à l'article 28. Aucune distinction n'est établie entre la fonction de supérieurs militaires ou civils, chacune étant définie en termes généraux, afin d'être sûr que le critère soit bien le contrôle effectif plutôt que la fonction formelle. Une distinction est toutefois faite en termes de peine maximum entre des actes intentionnels ou omissions dans le chef de supérieurs par opposition aux actes commis à la suite d'une négligence. En Norvège, le personnel militaire serait soumis à un régime très similaire à celui de l'article 28, alors que pour le personnel non militaire, on se base sur le Code pénal général qui prévoit qu'un fonctionnaire qui trompe ou incite tout fonctionnaire qui lui est subordonné ou est sous son contrôle dans le service public, à commettre crime dans le cadre du service, ou qui l'y aide ou le laisse sciemment commettre un tel crime dans le cadre du service public ou qui abuse de sa fonction pour inciter un autre fonctionnaire à commettre un crime dans le cadre du service public ou de l'y aider, sera passible de la même peine que ce dernier. Toutefois, en raison de doutes quant à savoir si ces dispositions couvrent toutes les situations auxquelles l'article 28 peut s'appliquer, le comité de législation pénale a recommandé d'insérer une disposition basée sur l'article 28 du Statut afin de lever toute ambiguïté.

- **L'élément intentionnel requis:** pour le personnel militaire, le droit néerlandais en vigueur prévoit la responsabilité d'un supérieur qui tolère *intentionnellement* qu'un subordonné sous son commandement commette un tel crime. L'intention comprend ici l'imprudence dans le sens de la prise délibérée d'un risque sérieux. L'article 148 du Code pénal militaire néerlandais ajoute des situations où le chef militaire "lorsqu'il est le témoin d'un crime commis par un subordonné, omet intentionnellement de prendre les mesures nécessaires que l'on peut raisonnablement attendre de lui, les normes de proportionnalité et de subsidiarité étant prises en compte". Outre ceci, l'article 149 rend punissable d'une peine d'emprisonnement de maximum six mois un chef militaire qui "omet intentionnellement d'intervenir pour prévenir qu'un subordonné sous son commandement ne commette des crimes, si, compte tenu des circonstances, il *aurait* dû se rendre compte que ces crimes étaient commis ou étaient sur le point de l'être". Dans ce cas, la négligence suffit. En Espagne, la variante "aurait dû savoir" de la responsabilité d'un supérieur n'est pas prévue à l'heure actuelle étant donné que la disposition pertinente est uniquement applicable aux conduites préméditées ou intentionnelles.
- **Les différentes catégories d'actes qui engagent la responsabilité pénale:** la loi belge ne comprend pas la responsabilité d'un supérieur dans le cas où un supérieur s'abstient "d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites"(8) et étend la responsabilité au-delà des chefs à toute autre personne et fait ainsi dépendre la responsabilité pénale des possibilités d'action dont la personne concernée disposait dans les circonstances concrètes de l'événement.
- **Les actes du subordonné couverts:** en Inde, la responsabilité d'un supérieur en vertu de la loi sur l'armée ne s'applique qu'à des situations dans lesquelles un subordonné "a battu ou maltraité ou opprimé d'une quelconque manière une personne", elle n'est apparemment pas applicable dans d'autres cas, tels que les crimes de guerre résultant de la destruction de biens.

8. ELEMENT PSYCHOLOGIQUE

- a) *Votre Etat a-t-il incorporé l'article 30 (élément psychologique) dans ses lois nationales, et dans l'affirmative, y-a-t-il des exceptions?*

Jusqu'à présent, la Nouvelle-Zélande est le seul Etat à avoir introduit l'article 30 dans sa législation de mise en oeuvre de la CPI, bien que l'Argentine et l'Irlande aient l'intention de le faire également. Toutefois, les réponses de la majorité des autres Etats indiquent qu'ils ont déjà des dispositions dans leur droit pénal général (Allemagne, Australie, Autriche, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Hongrie, Italie, Jordanie,

Lettonie, Mali, République tchèque, Rwanda, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie) et/ou leur Code pénal militaire (Suisse) ou une législation spécifique traitant des crimes en vertu du Statut de la CPI (Belgique), qui pourraient aboutir à des résultats identiques à ceux de l'article 30. En Belgique, le degré de l'élément intentionnel requis varie selon qu'il s'agit de violations du droit de Genève ou de violations du droit de La Haye. Les réponses suisse, allemande, néerlandaise, norvégienne, polonaise, slovaque expliquent plus avant le fait que leur droit va au-delà de l'article 30, étant donné que leur droit reconnaît le *dolus eventualis* (*dol éventuel*), bien que la réponse néerlandaise précise que cette dernière forme d'intention ne suffit pas en cas de génocide.

Il ressort de la réponse indienne que les éléments psychologiques en droit interne ne correspondent pas toujours à ceux de l'article 30. Alors que parfois, des termes comme "intentionnellement" et "délibérément" sont utilisés, des notions comme "honteusement" et "perfidement" sont utilisées dans d'autres contextes. Des différences existent également entre le droit israélien et l'article 30, étant donné que le premier requiert "une conscience du caractère de l'acte, des circonstances, et des possibles conséquences de l'acte", ces deux derniers concepts ressemblant à ce que le Statut définit comme "connaissance", mais rien ne peut être trouvé qui corresponde à l' "intention".

L'Ukraine a répondu par la négative.

b) Est-il possible en vertu de vos lois nationales d'être reconnu coupable de ces crimes par suite d'imprudence ou de négligence?

Six Etats ont répondu par l'affirmative (Australie, Autriche, Canada, Jordanie, Mali, Tunisie), parmi lesquels cinq ont indiqué que leur Code pénal général prévoyait l'imprudence et la négligence (Australie, Autriche, Canada, Jordanie, Mali).

Certains Etats ont répondu que leur droit était limité dans la mesure où il prévoit l'imprudence et/ou la négligence. La réponse argentine suggère que la loi actuellement en vigueur ne prévoit de punir l'imprudence ou la négligence que dans le cas de fonctionnaires ne prenant pas les mesures nécessaires pour empêcher toute forme de torture commise sous leur autorité. L'Inde n'incrimine également l'imprudence ou la négligence qu'en rapport avec les infractions spécifiques que sont le fait d'occasionner une fausse alarme ou d'être fait prisonnier. La loi belge sur les violations graves du droit humanitaire international ne prévoit pas de responsabilité pénale pour des crimes de guerre sur la base de l'élément psychologique non intentionnel (négligence coupable), bien que des poursuites puissent néanmoins être fondées sur l'incrimination des délits d'imprudence en vertu du

droit pénal général. Inversement, la négligence suffirait en vertu de la législation néerlandaise en vigueur sur les crimes de guerre. La réponse israélienne, bien que répondant par l'affirmative, a précisé que la négligence ne peut être invoquée pour tout crime étant qualifié d'infraction majeure. La réponse norvégienne indique que l'imprudence est reconnue de manière générale et que la négligence est punissable si elle découle de la disposition spécifique ou, en cas de délit par omission, sauf mention contraire dans la disposition spécifique. Le Code pénal espagnol prévoit également de punir l'imprudence et la négligence si les réglementations pertinentes le prévoient expressément.

Plusieurs réponses ont explicitement fait référence à la responsabilité des supérieurs dans la réponse à la sous-question (b). Au Danemark, des actes imprudents n'engagent normalement pas la responsabilité pénale bien que, d'autre part, la négligence puisse être suffisante lorsqu'il existait une obligation d'agir, un telle obligation étant également mentionnée comme condition pour engager la responsabilité pénale pour négligence et imprudence en droit suédois. Le droit allemand va encore une étape plus loin dans cette approche et permet que la négligence soit suffisante uniquement en ce qui concerne le crime spécifique des violations des devoirs du service de surveillance en vertu de la Section 13 de la législation de mise en oeuvre de la CPI. De la même manière, en Hongrie, les crimes relevant de la compétence de la CPI ne sont punissables que s'ils sont commis par négligence conformément aux dispositions sur la responsabilité des supérieurs. Les Pays-Bas, par ailleurs, requièrent l'intention pour la responsabilité des supérieurs, bien que ceci soit atténué par la définition plus large de l'intention en droit néerlandais, englobant le *dolus eventualis* (voir ci-dessus).

De l'autre côté du spectre, on trouve les Etats qui ne considèrent pas que l'imprudence ou la négligence soit un élément psychologique suffisant pour les crimes relevant de la compétence de la CPI (Chine, Italie, Lettonie, Nouvelle-Zélande, Pologne, République tchèque, Rwanda, Suisse, Ukraine), bien que la Chine, la République tchèque, l'Italie et la Suisse nuancent cette règle par l'exception où la loi en dispose autrement de manière spécifique. L'Irlande partage cette position et donne comme exemples les dispositions qui traitent du recrutement d'enfants soldats à l'article 8(2)(b)(xxvi) et à l'article 8(2)(e)(vii) et la responsabilité des supérieurs en vertu de l'article 28 où le critère équivaut au manquement au devoir.

La réponse slovaque suggère que la situation actuelle relative à l'imprudence n'est pas claire en raison de différences terminologiques et la Géorgie n'a pas répondu à la question.

9. MOTIFS D'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE PENALE

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles, pour ce qui concerne ces crimes, les moyens de défense suivants:

a) La légitime défense?

Tous les Etats répondant au questionnaire possèdent des dispositions dans leur droit national relatives à la légitime défense. Alors que la Nouvelle-Zélande est le seul pays parmi eux à avoir inséré l'article 31 (1)(c) dans sa législation de mise en oeuvre de la CPI par référence directe au Statut, plusieurs Etats ont indiqué que des différences existaient entre leur droit interne et le Statut. Le Canada et la Slovaquie n'ont pas spécifié plus avant quelles étaient ces différences, mais d'autres Etats ont expliqué ces différences.

Les Etats utilisent des notions plus larges de légitime défense que le Statut parce que:

- Le caractère raisonnable de la conduite en question est jugé sur une base subjective/objective que l'accusé ait ou non cru, sur la base de motifs raisonnables, qu'il était nécessaire d'agir en légitime défense (Australie). Le Code pénal indien rejoint cette approche en ce qui concerne l'homicide volontaire étant donné que l'auteur ne sera pas condamné pour meurtre s'il a exercé le droit de légitime défense, mais a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi en cas de bonne foi, sans préméditation et intention de causer des dommages plus importants que ceux nécessaires à la légitime défense
- La légitime défense peut généralement être invoquée en ce qui concerne tout type de bien, pas uniquement le bien qui est essentiel à la survie des personnes ou à l'accomplissement d'une mission militaire (Israël, Pays-Bas) ou tout intérêt légitime (Pologne, Suisse)
- L'usage excessif de la force en cas de légitime défense est prévu et peut équivaloir à une défense complète dans certaines circonstances (Pays-Bas, Suisse)
- Aucun usage effectif de la force n'est requis (Pays-Bas)
- La légitime défense comprend le cas de l'accomplissement du devoir (Espagne).

A l'inverse, un certain nombre d'Etats ont des normes plus strictes pour l'invocation de la légitime défense dans la mesure où:

- Il est exclu d'invoquer que la conduite en question était essentielle à la défense de biens (Belgique, Irlande)
- Il existe des dispositions spéciales traitant de l'effet sur la condamnation lorsqu'un acte de défense justifiable excède les limites du nécessaire et cause des dommages graves (Chine)

- La légitime défense est exclue comme moyen de défense pour le génocide (Israël)
- La légitime défense ne s'applique que lorsque les intérêts légaux de la personne qui invoque le moyen de défense sont en jeu, excluant ainsi comme moyen de défense, la défense d'une autre personne, de biens essentiels à la survie d'une autre personne et de biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire (Suisse), bien que les différences entre le concept de légitime défense en droit suisse et le concept contenu dans le Statut soient atténuées par le moyen de défense d'avoir agi dans un état de nécessité en droit suisse.

b) La contrainte?

Une grande majorité d'Etats ont répondu par l'affirmative (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Espagne, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Lettonie, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République tchèque, Rwanda, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie, Ukraine). A nouveau, la Nouvelle-Zélande est le seul Etat à avoir introduit l'article 31 (1)(c) dans sa législation de mise en oeuvre de la CPI par référence au Statut. Outre le Canada et la Slovaquie qui ont indiqué qu'il existait des différences, les précisions suivantes ont été faites.

Des notions plus larges de défense basée sur la contrainte résultent du fait que:

- Le droit national ne prévoit pas d'exiger que la personne "n'a pas l'intention de causer des dommages plus importants que ceux que l'on cherche à éviter" (Australie)
- La contrainte peut également être invoquée comme moyen de défense si elle est utilisée dans le but de protéger d'autres intérêts que ceux mentionnés dans le Statut, qui ne permet que la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique (Allemagne, Israël, Pays-Bas), bien que la réponse allemande précise qu'une telle défense ne parviendrait plus que probablement pas à satisfaire au critère de proportionnalité requis en droit allemand, ce qui exclut la contrainte sauf si le droit légal sauvegardé l'emporte sur les dommages causés.

D'autre part, un certain nombre d'Etats appliquent des formes plus strictes de contrainte, parce que:

- Ce moyen de défense ne s'applique pas en ce qui concerne certains crimes graves, tels que ceux impliquant la mort de la victime (Danemark, Inde, Irlande, Norvège).
- Le personnel militaire ne peut invoquer la contrainte si le devoir militaire requiert d'eux de résister au danger (Allemagne).

- La contrainte n'est un moyen de défense que si l'accusé a agi en raison de menaces qui ont raisonnablement causé la crainte que sa *mort imminente* n'en soit autrement la conséquence (Inde).
- La personne ne peut avoir contribué (à tort) à être mise en situation de contrainte (Inde, Israël).
- Aucune ligne de conduite alternative n'était possible pour la personne (Israël).

La Chine, la Pologne et la Suisse ont répondu à la question par la négative, bien qu'il existe des dispositions excluant la responsabilité pénale en cas d'état de nécessité ou d'urgence qui peuvent aboutir à un résultat similaire à celui de l'article 31 (1)(d) du Statut. De la même manière, "toute personne forcée de participer à un crime" verra ce fait pris en compte dans le verdict, allant peut-être jusqu'à l'exonération de la punition (Chine). Le droit polonais utilise à la place la notion de *vis absoluta* qui exclut la responsabilité pénale.

Il n'est pas clair de savoir si et dans quelle mesure le droit jordanien prévoit la contrainte en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale.

c) *La déficience mentale?*

Aucun Etat n'a répondu à cette question par la négative. La Nouvelle-Zélande suit la même approche que celle adoptée pour les autres motifs d'exonération de la responsabilité et introduit l'article 31 (1)(a) par référence directe au Statut. Dans la mesure où certains Etats ont spécifié les différences existant entre leur droit interne et le Statut, deux d'entre eux utilisent des concepts de moyens de défense plus larges que le Statut, parce que dans des circonstances limitées, le moyen de défense basé sur l'automatisme est ajoutée au moyen de défense basé sur la démence (Irlande) ou qu'il n'est pas nécessaire de prouver que la démence a effectivement anéanti la capacité de l'auteur à apprécier l'illégalité ou la nature de sa conduite (Norvège). L'Australie et la Chine ont toutes deux indiqué qu'elles appliquaient des formes plus strictes de défense basées sur la déficience mentale, la Chine précisant que ceci résulte de la distinction établie dans son droit interne entre les infractions commises pendant une maladie lorsqu'un patient est "incapable de reconnaître ou de contrôler son comportement", les infractions commises entre des accès de démence lorsque le patient est dans un "état mental normal" et celles commises lorsque sa capacité est atteinte mais n'est pas perdue. Il n'y a pas de responsabilité pénale dans le premier cas, mais la responsabilité est pleine dans le second et le troisième cas, bien qu'il puisse y avoir une atténuation de la peine dans le troisième cas.

Le droit indien semble adopter une approche quelque peu unique, parce que la seule disposition citée relative au moyen de défense basé sur la déficience mentale est le droit de défense privée contre un acte d'une personne dont les facultés mentales sont altérées, entraînant que la légitime défense est également permise en ce qui concerne des actes qui n'équivalent pas à l'infraction en raison de la démence de la personne accomplissant l'acte.

d) *L'état d'intoxication?*

Les réponses les plus variées ont été fournies quant à la défense basée sur l'état d'intoxication, quinze Etats ayant répondu que leur droit interne prévoyait ce moyen de défense (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, Inde, Israël, Italie, Lettonie, Nouvelle-Zélande, Rwanda, Slovaquie, Suisse, Tunisie). L'Argentine précise toutefois sa réponse par l'affirmative en indiquant que l'état d'intoxication ne peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale qu'en vertu du Code pénal, alors qu'en vertu du Code de justice militaire, il a l'effet inverse d'augmenter la responsabilité pénale, bien que le projet de loi de mise en oeuvre de la CPI soit en concordance parfaite avec l'article 31 (1)(a)-(d). Parmi les Etats qui reconnaissent l'état d'intoxication comme moyen de défense, la Nouvelle-Zélande est à nouveau le seul pays à avoir introduit l'article 31 (1)(b) par référence directe au Statut.

En ce qui concerne les différences, seule la réponse de la Norvège suggère un concept plus large du moyen de défense basé sur l'état d'intoxication, étant donné que l'état d'intoxication ne doit pas être involontaire dans le cas d'un crime par omission lorsque l'auteur "était dans un état d'intoxication en dehors du service allant jusqu'à l'inconscience et n'était pas capable de réagir ou d'agir face à des événements inattendus". Par ailleurs, l'Australie est le seul Etat à avoir répondu que l'état d'intoxication connaissait une application plus restreinte en tant que moyen de défense, étant donné que l'état d'intoxication involontaire ne peut être utilisé que comme moyen de défense restreint (Australie).

Plusieurs des neuf Etats ayant répondu par la négative (Belgique, Chine, Hongrie, Irlande, Mali, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Suède, Ukraine) peuvent compenser cette lacune en se basant sur d'autres moyens de défense. Les législations belge et néerlandaise se basent sur l'absence de l'élément psychologique requis dans les cas d'état d'intoxication involontaire, alors que la législation irlandaise admettrait l'état d'intoxication comme moyen de défense s'il équivaut à celui basé sur la démence. Ceci ressemble à l'approche polonaise, que l'on peut déduire *a contrario* de la disposition, qui stipule que l'état d'intoxication volontaire est exempté du moyen de défense basé sur la déficience mentale. La réponse du Mali fait référence de manière générale à

d'autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale. La réponse hongroise explicite également sa réponse négative en indiquant que l'état d'intoxication peut être considéré comme un motif d'exonération de la responsabilité pénale, bien que dans des circonstances plus limitées que celles du Statut.

Il n'est pas clair de savoir si et dans quelle mesure le droit jordanien prévoit l'état d'intoxication comme motif d'exonération de la responsabilité pénale.

Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l'article 31(1)(a-d) du Statut de la CPI, ou est-ce dans d'autres conditions?

Les différences ont été indiquées sous les différents intitulés.

10. AUTRES DEFENSES STATUTAIRES

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles, pour ce qui concerne ces crimes:

a) La défense de l'erreur de fait? Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l'article 32(1) du Statut de la CPI, ou dans d'autres conditions?

Une grande majorité des vingt-deux Etats ont répondu que leurs lois nationales prévoyaient le moyen de défense de l'erreur de fait dans les mêmes conditions que l'article 32 (1) du Statut conformément à leur droit pénal général (Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Jordanie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque Rwanda, Suède, Suisse, Ukraine), la Belgique spécifiant que les exigences en droit belge aboutissent à des résultats identiques à ceux de l'article 32 (1).

La réponse de l'Argentine indique également que le projet de législation de mise en oeuvre de la CPI envisage d'insérer l'article 32 (1) du Statut. L'insertion dans la législation de mise en oeuvre de la CPI a déjà été faite au Canada et en Nouvelle-Zélande. Toutefois, on ne peut clairement savoir si la formulation dans la législation canadienne, qui accorde à l'accusé le droit de "se prévaloir des justifications, excuses et moyens de défense reconnus, au moment de la prétendue perpétration ou au moment du procès, par le droit canadien ou le droit international" ne pourrait pas mener à des différences.

En Chine, alors qu'il n'y a pas de moyen de défense explicite en tant que telle, elle est incluse dans d'autres dispositions spécifiques du droit pénal chinois produisant le même effet que l'article 32(1) et le droit slovaque comble l'absence de réglementation spécifique par le

biais d'une atténuation de la peine, bien qu'il soit difficile de savoir si cette approche peut également mener à ce qu'aucune peine ne soit infligée. Toutefois, la réponse slovaque précise que l'approche a "le même impact que l'article 32 (1)".

Plusieurs Etats ont indiqué certaines différences entre leur droit en matière d'erreur de fait et le Statut. La grande partie de ces différences concernent la condition préalable que l'erreur de fait doit faire disparaître l'élément psychologique du crime requis. Le Code pénal australien fait référence à la "croyance erronée" au lieu de "l'élément psychologique" et prévoit donc un moyen de défense plus large parce qu'il ne limite pas ce moyen de défense à des situations dans lesquelles l'erreur "fait disparaître l'élément psychologique du crime requis". De la même manière, en vertu du Code pénal israélien, l'accusé devra être considéré comme ayant agi selon la situation de fait perçue par lui. Aux Pays-Bas, on distingue les éléments d'une infraction des conditions préalables générales d'illégalité et du fait que cela soit répréhensible et les moyens de défense font généralement disparaître un de ces conditions préalables, qui peuvent ou non avoir été exprimés dans la définition d'une infraction donnée dans la loi. En droit espagnol, une erreur de fait surmontable sera punie comme si le crime en question avait été commis par négligence. Une seconde série de différences résultent des droits nationaux qui admettent aussi la défense dans des situations dans lesquelles l'accusé a supposé de manière erronée l'existence de circonstances, qui, si elles avaient réellement existé, auraient justifié ses actes (Allemagne, Inde). Finalement, la réponse indienne a indiqué comme différence que le Code pénal exclut la responsabilité pénale si l'accusé, en raison d'une erreur de fait de bonne foi, croit qu'il est tenu par la loi d'agir.

Les deux seules réponses qui suggèrent qu'une erreur de fait ne peut servir de moyen de défense sont celles du Mali et de la Tunisie. Le Mali a répondu que, plutôt que d'être un motif d'exonération de la responsabilité pénale, une erreur de fait est constitutive d'un crime commis sans intention, et ne peut servir de moyen de défense que lorsqu'une telle erreur était inévitable. La réponse tunisienne indiquait de manière catégorique qu'une erreur de fait ne pouvait servir de moyen de défense.

b) Le moyen de défense de l'erreur de droit? Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l'article 32(2) du Statut de la CPI, ou est-ce dans d'autres conditions?

La moitié des Etats reflètent une approche identique ou très similaire à celle de l'article 32 (2) du Statut (Argentine, Australie, Danemark, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Jordanie, Lettonie, République tchèque, Rwanda, Suisse, Ukraine), la réponse tunisienne étant la seule à suggérer

qu'une erreur de droit ne peut jamais servir de moyen de défense. Le projet argentin de législation de mise en oeuvre de la CPI envisage d'insérer l'article 32 (2) du Statut. L'insertion dans la législation de mise en oeuvre de la CPI a déjà été réalisée au Canada et en Nouvelle-Zélande de la même manière que pour la défense de l'erreur de fait (voir ci-dessus).

En ce qui concerne les différences, le nouveau Code pénal malien semble être plus strict que le Statut, dans la mesure où il n'admet une erreur de droit comme moyen de défense que dans les rares cas où les autorités publiques ont fourni des informations erronées concernant l'acte punissable ou dans le cas où le texte qui prévoit l'incrimination de l'acte n'a pas été publié. De la même manière, le droit suédois n'admet que la défense de l'erreur de droit basée sur le fait que la loi a été publiée de manière incorrecte ou s'il est évident que l'erreur est excusable.

En Chine, il n'existe aucun moyen statutaire de défense, bien que l'erreur de droit "soit un élément à considérer dans la procédure pénale" et le droit slovaque comble l'absence de réglementation spécifique de la même manière que pour la défense de l'erreur de fait (voir ci-dessus).

Par ailleurs, l'erreur de droit peut, en principe, être utilisée comme moyen de défense conformément au droit pénal général de sept Etats (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Norvège, Pays-Bas, Pologne), avec plusieurs réponses indiquant que les conditions applicables aboutiraient à des résultats identiques ou très similaires à ceux de l'article 32 (2) (Allemagne, Belgique). Ainsi, en Norvège, une erreur de droit ne peut servir de moyen de défense que lorsqu'elle est "excusable" et en droit polonais, uniquement si elle est "justifiée", bien qu'en Norvège, d'autres conditions limitent la défense, à savoir que "l'auteur devait ne pas être familiarisé avec le champ d'activité visé et ne devait pas avoir de raison de penser qu'il y avait une réglementation et aucune raison de vérifier s'il pouvait y avoir une réglementation applicable", ce qui suggère qu'il n'y a qu'une légère différence pratique entre le droit tel qu'appliqué en Norvège et celui applicable en vertu de l'article 32(2) du Statut. Un résultat final similaire semble être atteint en droit néerlandais, bien que l'exigence que l'auteur doit avoir "agi sur le conseil prodigué par une personne ou une autorité créditée d'une autorité telle qu'il ait pu raisonnablement croire en son bien-fondé" restreigne encore la défense de l'erreur de droit. En droit espagnol, les peines sont atténuées en cas d'erreur de droit surmontable.

- c) Le moyen de défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique? Dans l'affirmative, est-ce dans les mêmes conditions telles que prévues à l'article 33 du Statut de la CPI, ou est-ce dans d'autres conditions?*

Seuls deux Etats ont répondu qu'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique ne constituait pas un moyen de défense (Autriche, Inde), alors que les lois de la majorité des dix-huit Etats prévoient une défense restreinte basée sur le fait d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique et adoptent le "critère d'illégalité manifeste" contenu à l'article 33 du Statut ou limitent la défense de manière comparable (Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Danemark, Israël, Italie, Jordanie, Lettonie, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République tchèque, Rwanda, Suède, Suisse, Ukraine), le Canada, l'Allemagne et la Nouvelle-Zélande ayant inséré des dispositions spécifiques relatives à la défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique dans leur législation de mise en oeuvre de la CPI et l'Irlande et l'Argentine ayant l'intention de faire de même. De la même manière, l'amendement de septembre 2002 du Code pénal slovaque est en conformité avec l'article 33 du Statut. En Espagne, il convient de faire une distinction entre le Code pénal général et le Code pénal militaire. Alors que le premier ne traite pas de la défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique, mais accorde à la place à l'accusé le droit de se prévaloir du moyen de défense basé sur l'exercice de ses fonctions et l'erreur de droit, le second réduit le moyen de défense basé sur l'obéissance aux ordres hiérarchiques de la même manière que l'article 33 du Statut.

Néanmoins, certaines différences existent entre ces Etats qui limitent le moyen de défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique. Ainsi, l'Australie, la Belgique, l'Allemagne et l'Espagne (en ce qui concerne le Code militaire) ont répondu que leurs lois n'admettent pas la clause d'exclusion de l'article 33 (2), qui stipule que des ordres de commettre un génocide et des crimes contre l'humanité ne sont manifestement pas illégaux, bien que le droit allemand parvienne à une solution comparable à celle du Statut de la CPI en spécifiant que la réglementation relative aux ordres hiérarchiques dans sa législation de mise en oeuvre de la CPI ne s'applique qu'aux crimes de guerre. La disposition belge pertinente n'exclut toutefois le moyen de défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique que si l'ordre pouvait manifestement entraîner la perpétration d'une "infraction grave aux Conventions de Genève [...] et à leur premier Protocole additionnel [...]"; alors que la situation concernant les crimes contre l'humanité et le génocide n'est pas réglementée. D'autres différences concernent le moyen de défense basé sur des ordres de chefs civils. Les droits danois, norvégien et suisse ne réglementent expressément que l'exclusion du moyen de défense d'avoir agi en conformité aux ordres hiérarchiques en ce qui concerne les personnel couvert par le Code pénal militaire, alors que la législation allemande de mise en oeuvre de la CPI requiert que l'ordre du chef civil soit un ordre ayant un réel effet contraignant comparable aux ordres militaires pour pouvoir servir de moyen de défense. Toutefois, en

droit suisse, la norme applicable du Code pénal général résulterait en une exclusion du moyen de défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre de chefs civils en ce qui concerne le génocide et les crimes contre l'humanité, alors que pour les crimes de guerre, seul le Code pénal militaire prévoit une défense (restreinte) de l'obéissance aux ordres hiérarchiques.

En Chine, il n'existe aucune disposition explicite, mais l'ordre hiérarchique constitue un élément à prendre en considération qui aboutit à des résultats en conformité avec l'article 33.

Six Etats reconnaissent encore le moyen de défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique (Argentine, Géorgie, Hongrie, Pays-Bas, Pologne, Tunisie), bien que plusieurs d'entre eux soumettent ce moyen de défense à certaines exceptions et/ou ont l'intention de modifier leur législation. Ainsi, le projet argentin de loi de mise en oeuvre de la CPI envisage d'adopter le texte du Statut. La réponse hongroise suggère que le Code pénal hongrois devrait être amendé, parce qu'il admet à l'heure actuelle ce moyen de défense sauf dans le cas où l'accusé savait qu'il commettait un crime en exécutant l'ordre. Cette approche ressemble à celle du droit polonais dans lequel les ordres hiérarchiques constituent un motif d'exonération de la responsabilité pénale, sauf si l'accusé commet le crime intentionnellement, bien qu'un tel moyen de défense soit uniquement applicable aux crimes commis par des soldats. En droit néerlandais, qui exclut déjà l'invocation des ordres hiérarchiques comme justification de violations des lois et des coutumes de la guerre et du génocide, mais qui admet encore que de tels ordres soient invoqués comme excuse, on envisage de changer cette situation et de mettre le droit en conformité avec l'approche du Statut de la CPI dans le projet de législation de mise en oeuvre de la CPI, bien qu'avec une formulation quelque peu différente, utilisant la notion "donné par une personne ayant compétence" au lieu d' "illégalité manifeste".

11. DEFENSES NON STATUTAIRES

Les lois nationales de votre Etat prévoient-elles, pour ce qui concerne les crimes visés à la Question 2:

a) *Le moyen de défense tu quoque? Dans l'affirmative, dans quelles conditions?*

Aucun des Etats ne reconnaît un moyen de défense *tu quoque*. Alors que la clause générale relative aux moyens de défense de la loi canadienne de mise en oeuvre de la CPI stipule uniquement que l'accusé peut se prévaloir de tous les moyens de défense possibles en droit canadien et n'exclut pas explicitement ce moyen de défense, la réponse n'indique pas que ceci découle du droit interne, ni que le rapporteur national estime que le droit international le permettrait. La

Norvège possède une disposition relative aux infractions mineures qui ressemble à ce moyen de défense, mais elle ne serait pas applicable aux crimes en vertu du Statut de la CPI.

Toutefois, la Chine, la Géorgie et la Tunisie n'ont pas répondu à cette question.

b) Le moyen de défense d'avoir agi dans le contexte de représailles légitimes? Dans l'affirmative, dans quelles conditions?

Alors que douze Etats ont indiqué de manière inconditionnelle qu'il n'y avait aucun moyen de défense de ce genre connu dans leur droit national (Argentine, Australie, Belgique, Hongrie, Inde, Israël, Nouvelle-Zélande, Pologne, République tchèque, Rwanda, Suisse, Tunisie), neuf Etats ont répondu par l'affirmative (Danemark, Espagne, Irlande, Israël, Lettonie, Mali, Norvège, Pays-Bas, Suède). Les réponses du Danemark, de la Norvège et de l'Irlande indiquent toutes que des représailles légitimes seraient considérées comme équivalant à un acte de guerre légitime et n'engageraient par conséquent pas la responsabilité pénale, bien que la définition de ce que sont des représailles *légitimes* puisse différer d'un Etat à l'autre en fonction de leurs obligations internationales. La réponse du rapporteur national du Mali énumère les conditions de représailles légitimes en *droit national*, c'est-à-dire que l'acte en question doit servir à mettre un terme à un crime, doit être proportionné et doit être strictement nécessaire, bien que les représailles sous la forme d'homicide volontaire soient exclues, alors que les Pays-Bas et l'Espagne ont répondu que la légalité des représailles est estimée conformément aux obligations *internationales*. La réponse italienne, quant à elle, indique que la défense d'avoir agi dans le contexte de représailles en droit interne a une portée plus grande que les Conventions de Genève.

Dans plusieurs pays, la position reste peu claire. La clause générale relative aux moyens de défense de la loi canadienne (voir ci-dessus) laisse la question sans réponse. De la même manière, la réponse allemande indique que les moyens de défense conformément au droit international coutumier restent d'application, mais que le soin est laissé aux cours et tribunaux de déterminer si et dans quelle mesure les représailles légitimes constituent un motif valable d'exonération de la responsabilité pénale; c'est également le cas en Hongrie où la référence générale au droit international des conflits armés peut entraîner d'autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale, en ce compris les représailles. Le rapporteur national autrichien a estimé qu'elles pouvaient être prises en considération lors d'un procès, bien qu'elles ne soient pas prévues par le droit national.

La Chine, la Géorgie et la Jordanie n'ont pas répondu à cette question.

c) Le moyen de défense d'avoir agi en raison de la nécessité militaire? Dans l'affirmative, dans quelles conditions?

Seules l'Inde, l'Italie et la Lettonie ont répondu par l'affirmative, bien que le rapporteur national indien ait indiqué que ce moyen de défense était limité par les conditions de "nécessité, force minimum, impartialité et bonne foi". A l'inverse, neuf Etats ont répondu que la nécessité militaire ne constituait pas un moyen de défense (Australie, Belgique, Hongrie, Mali, Pologne, République tchèque, Rwanda, Suisse, Tunisie).

Entre ces deux extrêmes, plusieurs Etats ont donné des réponses plus nuancées. L'Argentine, le Danemark, l'Irlande, les Pays-Bas, la Norvège, l'Espagne et la Suède ont tous fait référence au fait que la nécessité militaire est parfois admise par des règles spécifiques du droit des conflits armés et des dispositions de droit interne qui les appliquent et que le moyen de défense d'avoir agi en raison de la nécessité militaire est limité à ces cas. Toutefois, la réponse de la Nouvelle-Zélande indique une approche plus étroite dans la mesure où elle stipule que la nécessité militaire n'est reconnue que dans la mesure où elle est permise par la légitime défense, telle que spécifiée à l'article 31 (1)(c) du Statut. L'Autriche a précisé sa réponse négative en faisant remarquer qu'un tel moyen de défense pouvait être pris en considération lors du procès. La réponse israélienne, quant à elle, indique que le moyen de défense d'avoir agi en raison de la nécessité militaire recouvre le moyen de défense d'avoir agi soit en vertu d'une obligation ou autorisation légale, soit en conformité avec un ordre qui n'était pas manifestement illégal, émis par une autorité compétente, bien que l'on ne puisse savoir clairement s'il s'agit d'un moyen de défense distinct de la défense d'avoir agi en conformité avec l'ordre hiérarchique.

A nouveau, la clause générale relative aux moyens de défense de la loi canadienne (voir ci-dessus) laisse la question sans réponse et les réponses allemande et hongroise à la sous-question précédente (voir ci-dessus) s'appliquent également en ce qui concerne la nécessité militaire.

La Chine, la Géorgie et la Jordanie n'ont apporté aucune réponse à cette question.

d) Le moyen de défense d'avoir agi dans un état de nécessité? Dans l'affirmative, dans quelles conditions?

Certains Etats reconnaissent le moyen de défense d'avoir agi dans un état de nécessité (Espagne, Israël, Italie, Pays-Bas, Suisse, Tunisie), bien qu'en vertu du droit hongrois, elle ne s'applique que si une telle nécessité équivaut à une "nécessité extrême", alors que la réponse indienne indique qu'il doit "y avoir une justification pour chaque acte distinct. Aucune action ne doit être entreprise à un endroit en vue de créer un effet ailleurs. L'action

doit être préventive et non punitive.” La réponse de la Nouvelle-Zélande indique avec prudence que le moyen de défense d’avoir agi dans un état de nécessité peut exister en droit coutumier, mais que si c’était le cas, elle serait exclue en ce qui concerne le meurtre.

L’Argentine, l’Australie, la République tchèque et le Rwanda ont tous répondu par la négative, mais l’Autriche a explicité sa réponse en précisant qu’un tel moyen de défense pourrait être pris en considération lors d’un procès.

Certaines réponses semblent suggérer qu’il existe un certain chevauchement de la défense d’avoir agi dans un état de nécessité et d’autres moyens de défense (Danemark, Israël, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, Suède, Suisse). Ainsi, le Danemark a renvoyé à sa réponse sur le moyen de défense de la contrainte, dans le contexte de laquelle il était indiqué que la nécessité peut être un motif d’exonération de la responsabilité pénale si le crime devait paraître “d’importance mineure”, excluant ainsi ce moyen de défense lorsqu’il y a perte de vies innocentes. Les réponses affirmatives de la Lettonie et de la Suisse à la présente question font également référence à leurs dispositions de droit interne relatives à la légitime défense et à la contrainte; référence étant également faite à cette dernière par les Pays-Bas et la Suède. Tout comme les Pays-Bas et la Suède, le droit israélien admet le moyen de défense d’avoir agi dans un état de nécessité, mais sa substance ressemble considérablement au moyen de défense de la contrainte indirecte en vertu du Statut de Rome (Article 31 (1)(d)(ii)), comme c’est également la cas en droit malien.

La clause générale relative aux moyens de défense de la loi canadienne (voir ci-dessus) laisse la question sans réponse, et les réponses allemande et hongroise à la sous-question (b) (voir ci-dessus) s’appliquent également à un état de nécessité.

La Chine, la Géorgie et la Jordanie n’ont pas répondu à cette question.

e) Autres moyens de défense?

Environ la moitié des Etats ont répondu à cette question par la négative (Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Italie, Lettonie, Mali, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Rwanda, Suède), bien que la réponse australienne explicite sa réponse négative dans le sens où elle précise qu’il n’existe aucune autre défense “spécifique à la législation de mise en oeuvre de la CPI”, ce qui soulève la question de savoir s’il existe des défenses générales qui seraient applicables de manière générale, et qui couvriraient par conséquent également les crimes en vertu du Statut de la CPI et ne relèveraient pas des défenses susmentionnées.

Cinq Etats ont en revanche répondu par l'affirmative (Allemagne, Hongrie, Inde, Israël, Tunisie), l'Allemagne ayant précisé que sa législation reconnaissait l'excuse légale de la défense nécessaire excessive en vertu de laquelle un auteur ne serait pas puni s'il a excédé les limites de la défense nécessaire parce qu'il était dans un état de confusion, de peur ou d'effroi, alors que la réponse hongroise cite la forclusion, l'expiration ou l'atténuation (illimitée) de peine comme autres moyens de défense. La réponse indienne pour sa part a relevé deux autres défenses prévues dans son Code pénal, à savoir "les accidents survenus lors de l'accomplissement d'un acte légal" et "les actes susceptibles de causer des dommages mais commis sans intention criminelle et dans le but de prévenir d'autres dommages", alors que le "manque de contrôle", "*de minimis*" et la "défense de l'autorité judiciaire" constituent des moyens de défense supplémentaires en droit israélien. Le rapporteur national hongrois énumère comme autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale l'âge minimum de 15 ans, "l'usage justifié d'armes", "l'exécution des droits et devoirs", "le consentement de la personne lésée" et "l'accomplissement de la mission en qualité de préposé". Finalement, la réponse tunisienne précise que l'accusé peut se baser sur une défense légitime, la prescription légale et les ordres hiérarchiques donnés par une autorité légitime comme autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale de l'accusé.

Les réponses de trois Etats étaient peu concluantes quant à savoir si d'autres moyens de défense étaient applicables. La clause générale relative aux moyens de défense de la loi canadienne (voir ci-dessus) laisse la question sans réponse et le projet irlandais de législation de mise en oeuvre de la CPI est comparable à l'approche canadienne étant donné que tous les moyens de défense en droit irlandais restent applicables à une personne accusée d'un crime en vertu du Statut de la CPI. De même, il ne ressort pas clairement de la réponse espagnole si et dans quelle mesure d'autres moyens de défense sont disponibles, étant donné que la réponse précise uniquement qu'un tel moyen de défense devrait être en conformité avec le droit des conflits armés.

La Chine, la Géorgie, la Jordanie, la Norvège et la Suisse n'ont pas répondu à cette question.

12. ATTEINTES A L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

a) *Chacun des six types de comportement visés à l'article 70(1) du Statut de la CPI équivaut-il à un crime?*

Les méthodes utilisées par les Etats pour incriminer les conduites visées à l'article 70 (1) peuvent en gros être subdivisées en deux catégories. Le premier groupe d'Etats incriminent les infractions de l'article 70 (1) par le biais de certaines atteintes individuelles à l'administration de

la justice (nationale) qui s'appliquent de manière générale (Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Chine, Espagne, Hongrie, Israël, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Slovaquie), bien que certains amendements aient été ou seront introduits dans les droits pénaux allemand, hongrois et suisse afin de refléter pleinement l'article 70 (1) du Statut. L'Inde se base sur la loi sur l'armée qui incrimine certaines atteintes à la cour martiale et le faux témoignage. Le second groupe est constitué d'un nombre limité d'Etats qui réglementent de manière spécifique les atteintes dans leur législation de mise en oeuvre de la CPI (Australie, Canada, Nouvelle-Zélande) ou envisagent de le faire dans leur projet de législation de mise en oeuvre (Argentine, Irlande).

Ces méthodes ont amené douze Etats à conclure que chacun des six types de conduite visés à l'article 70(1) est punissable en vertu de leur droit interne (Argentine, Espagne, Géorgie, Israël, Jordanie, Mali, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Rwanda, Suède, Tunisie, Ukraine), alors que certaines réponses suggèrent qu'il existe certaines lacunes par rapport à l'article 70 (Autriche, Belgique, Lettonie, République tchèque, Slovaquie). Dans la mesure où ces lacunes ont été spécifiées, elles concernent les conduites punissables conformément à l'article 70 (1) suivantes :

- Toutes ou certaines atteintes énumérées à l'article 70 (1)(c) (Belgique, Lettonie, Pologne), bien que les réponses belge et lettone suggèrent que ces atteintes sont en partie couvertes par d'autres atteintes
- Représailles contre un membre ou agent de la Cour (Article 70 (1)(e) (Autriche, République tchèque, Pologne). La Norvège a également exprimé des doutes quant à l'applicabilité lorsque les représailles étaient dirigées contre un membre ou un agent en raison des fonctions exercées par un autre membre ou agent. Toutefois, le rapporteur national a estimé qu'en pratique, cette atteinte était probablement punissable en vertu d'autres dispositions du Code pénal.
- Sollicitation ou acceptation d'une rétribution illégale (Article 70 (1)(f) (République tchèque)
- Production d'éléments de preuve faux ou falsifiés (Article 70 (1) (b) (Belgique), bien que la réponse belge suggère que l'atteinte est partiellement couverte par d'autres atteintes en droit pénal belge.

En Italie, un amendement des règles en la matière qui sont déjà applicables sera nécessaire en vue de couvrir les atteintes visées à l'article 70. De la même manière, la réponse polonaise indique que le droit polonais devrait être complété par des règles qui précisent de manière claire que les atteintes à l'administration de la justice polonaise s'appliquent également à l'administration de la justice de la CPI.

Le Danemark n'a pas répondu à cette question.

b) Dans quelles conditions les cours de votre Etat auraient-elles compétence à l'égard de ces crimes?

L'article 70 (4)(a) oblige les Etats parties à étendre leur compétence en matière pénale aux atteintes visées à l'article 70 (1) si elles sont commises sur leur territoire ou par l'un de leurs ressortissants. Lors de leur évaluation visant à savoir si ces bases attributives de compétence sont rencontrées par leur droit interne, l'Argentine et les Pays-Bas ont fait référence aux conditions applicables aux articles pertinents traitant de chaque conduite. Aux Pays-Bas, ceci aboutit à ce que les cours et tribunaux néerlandais ne peuvent exercer qu'une compétence territoriale, à l'exception du cas de parjure devant la CPI, pour lequel ils disposent d'une compétence universelle. Toutefois, certains amendements quant aux bases attributives de compétence pour les crimes en vertu de l'article 70 sont envisagés dans la loi sur la coopération avec la CPI.

D'autres Etats appliquent à la place leur droit pénal général en matière de compétence (Chine, Israël, Lettonie, République tchèque, Suède, Suisse), bien que la réponse suisse précise que la situation relative à l'atteinte consistant en "la sollicitation ou l'acceptation de rétributions illégales dans le cadre de fonctions officielles" de la CPI (Article 70 (1) (f)), sera réglémentée par un amendement qui est en cours d'élaboration.

Dans la mesure où cela a été spécifié dans les réponses, ces méthodes aboutissent à la possibilité d'une compétence extraterritoriale sous la forme de la personnalité active (Australie, Autriche, Canada, Norvège, Nouvelle-Zélande, Slovaquie, Ukraine) ou indépendamment de la nationalité du corrupteur ou de la personne corrompue en ce qui concerne les atteintes visées à l'article 70 (1)(d) (Belgique). Toutefois, la situation quant à la compétence pour des atteintes à l'administration de la justice n'est à l'heure actuelle pas claire dans certains Etats. Ainsi, en Italie, la compétence dépendra en fin de compte du fait de savoir s'il convient d'appliquer les règles attributives de compétence du Code pénal ou de faire dépendre l'exercice de la compétence d'une demande de la CPI en application analogue des règles sur le transfert des poursuites pénales. De même, il ne ressort pas clairement de la réponse irlandaise dans quelle mesure les cours et tribunaux irlandais seraient habilités à exercer une compétence extraterritoriale, étant donné qu'il est uniquement fait référence à la proposition de législation de mise en oeuvre de la CPI, et que la réponse indique que "les cours et tribunaux seraient compétents si l'atteinte (ou une atteinte accessoire) était commise sur le territoire de l'Etat ou, si elle n'était pas commise sur

le territoire de l'Etat, l'atteinte pourrait être traitée à des fins accessoires comme si elle avait été commise n'importe où dans l'Etat". De la même manière, les réponses du Mali, de la Pologne et de l'Espagne ne font pas clairement apparaître sur quelles bases attributives de compétence les autorités peuvent agir, bien que la réponse espagnole puisse être comprise comme suit: les crimes en question sont au moins soumis à la compétence de la personnalité passive.

Certains Etats ont également fourni des informations quant au cadre de coopération entre les autorités étatiques et la CPI dans la poursuite des atteintes à l'administration de la justice (9) et aux autres conditions pour entamer des poursuites. En ce qui concerne les coopération avec la CPI dans de telles poursuites, la réponse allemande indique que la loi sur la coopération avec la CPI prévoit un processus de notification des progrès après qu'une demande a été faite par la CPI, conformément à l'article 70 (4)(b). La Hongrie se base à la place sur le droit général relatif à l'assistance juridique internationale dans des affaires pénales, alors que le rapporteur espagnol a répondu qu'une telle coopération sera fournie en pleine conformité avec le droit interne espagnol, conformément au Règlement de procédure et de preuve. La réponse polonaise a indiqué que des formes de coopération avec la CPI devront être réglementées. En ce qui concerne d'autres conditions pour entamer des poursuites, de telles atteintes *doivent* être instruites par le Ministère public conformément au principe de légalité en Allemagne, alors qu'en Nouvelle-Zélande, de telles poursuites sont soumises au consentement du Procureur général. La réponse du Mali indique que les cours et tribunaux maliens sont compétents pour des atteintes à l'administration de la justice si elles ont été commises lors de procédures d'enquête ou judiciaires et que les autorités soumettent l'affaire au juge compétent après l'arrestation du suspect et après le *procès-verbal*.

NOTES ET REFERENCES

- 1) Israël a retiré sa signature par une lettre adressée au Secrétaire Général, le 28 août 2002.
- 2) Voir de manière générale, Helen Duffy, "*National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court*", 11 Duke JCIL (2001), pp. 5-38.
- 3) Cf. Articles 27 et 89 du Statut de la CPI.
- 4) Cf. Article 16 du Statut de la CPI.
- 5) Celles-ci sont disponibles en anglais sur le site Internet suivant: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>.
- 6) Cf. chapeau de l'article 8 du Statut de la CPI.
- 7) Cf. Réponse de la Pologne à la question 1.
- 8) Cf. Article 28 (a)(ii), dernière alternative.
- 9) Le cadre d'une telle coopération est prévue à l'article 70 (2)et (4)(b) en combinaison avec les règles 162-165, 167 du Règlement de procédure et de preuve.