



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

AFFAIRE STRELETZ, KESSLER ET KRENZ c. ALLEMAGNE

(Requêtes n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98)

ARRÊT

STRASBOURG

22 mars 2001

En l'affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, siégeant en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

M. L. WILDHABER, *président*,

M^{me} E. PALM,

MM. C.L. ROZAKIS,

G. RESS,

J.-P. COSTA,

L. FERRARI BRAVO,

L. CAFLISCH,

L. LOUCAIDES,

I. CABRAL BARRETO,

K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

M. B. ZUPANČIČ,

M^{me} N. VAJIĆ,

M. M. PELLONPÄÄ,

M^{me} M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. E. LEVITS,

A. KOVLER,

ainsi que de M. M. DE SALVIA, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 novembre 2000 et 14 février 2001,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes (n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98) dirigées contre la République fédérale d'Allemagne. Deux ressortissants de cet Etat, MM. Fritz Streletz et Heinz Kessler (« les premier et deuxième requérants »), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») les 20 novembre 1996 et 28 janvier 1997 respectivement en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). Un troisième ressortissant de cet Etat, M. Egon Krenz (« le troisième requérant »), avait saisi la Cour le 4 novembre 1998 en vertu de l'article 34 de la Convention.

2. Les requérants ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

3. Les requérants alléguaient que les actions qui leur avaient été reprochées ne constituaient pas, au moment où elles avaient été commises, des infractions d'après le droit national ou d'après le droit international, et que leurs condamnations par les juridictions allemandes constituaient donc

des violations de l'article 7 § 1 de la Convention. Ils invoquaient également les articles 1 et 2 § 2 de la Convention.

4. Les deux premières requêtes ont été transmises à la Cour le 1^{er} novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

5. Les trois requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour, en même temps que la requête (n° 37201/97) de M. K.-H.W., également dirigée contre la République fédérale d'Allemagne (article 52 § 1 du règlement de la Cour).

Le 9 décembre 1999, une chambre de cette section, composée des juges dont le nom suit : M. M. Pellonpää, président, M. G. Ress, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk, M. I. Cabral Barreto et M^{me} N. Vajić, ainsi que de M. V. Berger, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément à l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et à l'ancien article 24 du règlement. Le président de la Grande Chambre a décidé que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice les trois requêtes, ainsi que celle de M. K.-H.W., devaient être attribuées à la même Grande Chambre (articles 24, 43 § 2 et 71 du règlement).

7. Tant les requérants que le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des requêtes.

8. Une audience portant sur les trois requêtes, ainsi que sur celle de M. K.-H.W., et dédiée à la fois aux questions de recevabilité et de fond, s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 8 novembre 2000 (article 54 § 4 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. K. STOLTENBERG, *Ministerialdirigent*, *agent*,
C. TOMUSCHAT, professeur de droit international public,
K.-H. STÖR, *Ministerialrat*, *conseillers* ;

– *pour les requérants*

M^{es} P. GARDNER, avocat au barreau de Londres,
F. WOLFF, pour le premier requérant,
H.-P. MILDEBRATH, pour le deuxième requérant,
R. UNGER, pour le troisième requérant,
avocats au barreau de Berlin, *conseils* ;

– pour M. K.-H.W.

M^e D. LAMMER, avocat au barreau de Berlin,

conseil.

La Cour les a entendus en leurs déclarations.

9. Par des décisions du 8 novembre 2000 [*Note du greffe* : les décisions de la Cour sont disponibles au greffe.], la Grande Chambre a déclaré recevables les trois requêtes, ainsi que celle de M. K.-H.W.

10. Le 14 février 2001, la Grande Chambre a décidé de joindre les requêtes de MM. Streletz, Kessler et Krenz (article 43 § 1 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Les requérants sont des ressortissants allemands, nés en 1926, 1920 et 1937 respectivement.

12. Après leur condamnation par les juridictions allemandes, les deux premiers requérants (MM. Fritz Streletz et Heinz Kessler) ont été détenus en régime de semi-liberté (*offener Strafvollzug*), puis remis en liberté après avoir purgé les deux tiers environ de leur peine. Ils résident actuellement à Strausberg (Allemagne) et à Berlin (Allemagne), respectivement.

Le troisième requérant (M. Egon Krenz) est détenu en régime de semi-liberté à la prison de Plötzensee de Berlin depuis janvier 2000.

A. Le contexte général

13. De 1949 à 1961 environ deux millions et demi d'Allemands ont fui la République démocratique allemande (RDA) pour se rendre en République fédérale d'Allemagne (RFA). Pour contenir le flux incessant des fugitifs, la RDA érigea le mur de Berlin le 13 août 1961 et renforça tous les dispositifs de sécurité le long de la frontière entre les deux Etats allemands, en y installant notamment des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique (*Selbstschussanlagen*). De nombreuses personnes ayant tenté de franchir la frontière pour se rendre à l'Ouest ont par la suite trouvé la mort, soit en déclenchant des mines antipersonnel ou des systèmes de tir automatique, soit en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands. D'après le parquet de la RFA, le nombre de morts s'élève officiellement à 264 ; d'autres sources avancent des chiffres plus élevés, comme « le groupe de travail du 13 août » (*Arbeitsgemeinschaft 13. August*), qui parle de 938 morts. En tout état de cause, le nombre exact de personnes tuées est

très difficile à déterminer, car les incidents à la frontière étaient tenus secrets par les autorités de la RDA.

14. Le Conseil d'Etat (*Staatsrat*) de la RDA rendait les décisions de principe pour les questions de défense et de sécurité du pays et organisait la défense du pays avec l'aide du Conseil national de la défense (*Nationaler Verteidigungsrat*) de la RDA (article 73 de la Constitution de la RDA – paragraphe 28 ci-dessous).

La présidence de ces deux organes ainsi que du Parlement de la RDA (*Volkskammer*) était assurée par des membres du Parti socialiste unifié de la RDA (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*).

Le Bureau politique (*Politbüro*) du Comité central du parti était l'organe décisionnel du Parti socialiste unifié et l'instance la plus puissante de la RDA. Toute décision politique de principe et toute décision relative à la nomination des cadres dirigeants du pays étaient prises en son sein. Le nombre de ses membres était variable : à compter du XI^e et dernier congrès du Parti socialiste unifié du mois d'avril 1986, il comptait vingt-deux membres et cinq candidats.

Le secrétaire général du Comité central du parti présidait le Conseil national de la défense et tous les membres de ce conseil étaient des fonctionnaires du parti. Le Conseil national de la défense se réunissait en général deux fois par an et rendait des décisions importantes relatives à la mise en place et à la consolidation du régime de surveillance de la frontière (*Grenzregime*) ou portant sur les ordres de tirer (*Schiessbefehle*).

15. Les gardes-frontière de la RDA (*Grenztruppen der DDR*), issus de l'Armée nationale du peuple (*Nationale Volksarmee*), dépendaient directement du ministère de la Défense nationale (*Ministerium für nationale Verteidigung*). Les ordres annuels du ministre de la Défense reposaient eux-mêmes sur des décisions du Conseil national de la défense.

Ainsi, dans une décision du 14 septembre 1962, le Conseil national de la défense précisa que les ordres (*Befehle*) et instructions de service (*Dienstvorschriften*) édictés par le ministre de la Défense devaient montrer aux gardes-frontière qu'ils « [étaient] pleinement responsables de la préservation de l'inviolabilité de la frontière étatique dans leur secteur et que « ceux qui [violaient] la frontière » [*Grenzverletzer*] [devaient] être dans tous les cas arrêtés en tant qu'adversaires [*Gegner*] et, si nécessaire, « anéantis » [*vernichtet*] ». De même, une instruction de service du 1^{er} février 1967 précisa que « la pose ciblée et serrée des mines sur le terrain (...) doit empêcher la mobilité de « ceux qui violent la frontière » et (...) aboutir à leur arrestation ou anéantissement ».

Depuis 1961, et surtout dans la période allant de 1971 à 1989, les réunions du Conseil national de la défense portaient régulièrement sur la consolidation et l'amélioration des installations de protection de la frontière (*Grenzsicherungsanlagen*) et sur l'utilisation des armes à feu. Les ordres édictés par le ministre de la Défense sur cette base insistaient également sur

la nécessité de protéger la frontière étatique de la RDA à tout prix et indiquaient que « ceux qui violaient la frontière » devaient être arrêtés ou « anéantis » : ces ordres étaient ensuite mis en œuvre par les commandants des régiments des gardes-frontière. C'est sur cette chaîne de commandement que reposaient tous les agissements des gardes-frontière, y compris l'installation de mines et l'utilisation des armes à feu contre les fugitifs.

16. Les requérants occupaient des fonctions élevées au sein de l'appareil étatique et du Parti socialiste unifié de la RDA :

- le premier requérant était membre du Conseil national de la défense depuis 1971, du Comité central du parti depuis 1981 et ministre adjoint de la Défense de 1979 à 1989 ;

- le second requérant était membre du Comité central du parti depuis 1946, chef d'état-major de l'Armée nationale du peuple et membre du Conseil national de la défense depuis 1967, et ministre de la Défense de 1985 à 1989 ;

- le troisième requérant était membre du Comité central du parti depuis 1973, du Conseil d'Etat depuis 1981, du Bureau politique et du Conseil national de la défense depuis 1983, et secrétaire général du Comité central du parti (succédant à M. E. Honecker), président du Conseil d'Etat et du Conseil national de la défense d'octobre à décembre 1989.

17. En automne 1989, la fuite de milliers de citoyens de la RDA vers les ambassades de la RFA à Prague et à Varsovie, vers la Hongrie, qui avait ouvert ses frontières vers l'Autriche le 11 septembre 1989, les manifestations de dizaines de milliers de personnes dans les rues de Dresde, Leipzig et Berlin-Est notamment, ainsi que la politique de restructuration et d'ouverture menée en Union soviétique par Mikhaïl Gorbatchev (*perestroïka* et *glasnost*), ont précipité la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989, l'effondrement du système en RDA et le processus qui devait aboutir à la réunification de l'Allemagne, devenue effective le 3 octobre 1990.

Par une note verbale du 8 septembre 1989, la Hongrie suspendit les articles 6 et 8 de l'accord bilatéral avec la RDA du 20 juin 1969, portant renonciation mutuelle aux visas d'entrée et renfermant une interdiction de laisser des voyageurs partir vers des pays tiers, en s'appuyant expressément sur les articles 6 et 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (paragraphe 40 ci-dessous), ainsi que sur l'article 62 (changement fondamental de circonstances) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

18. Au cours de l'été 1990, le Parlement nouvellement élu de la RDA enjoignit au législateur allemand d'assurer que les injustices commises par le Parti socialiste unifié seraient poursuivies sur le plan pénal (*die strafrechtliche Verfolgung des SED-Unrechts sicherzustellen*).

B. La procédure devant les juridictions allemandes

1. En ce qui concerne les deux premiers requérants (MM. Streletz et Kessler)

19. Par un jugement du 16 septembre 1993, le tribunal régional (*Landgericht*) de Berlin condamna les premier et deuxième requérants à cinq ans et six mois et à sept ans et six mois d'emprisonnement respectivement, pour incitation à homicide volontaire (*Anstiftung zum Totschlag*), au motif qu'ils étaient coresponsables de la mort de six et de sept jeunes gens respectivement, âgés de dix-huit à vingt-huit ans, qui avaient tenté de fuir la RDA de 1971 à 1989 en franchissant la frontière entre les deux Etats allemands. Ils avaient trouvé la mort soit en déclenchant des mines antipersonnel installées à la frontière, soit en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands.

Il s'agit en particulier des cas suivants :

Le 8 avril 1971, M. Klaus Seifert, âgé de dix-huit ans, marcha sur une mine terrestre (*Erdmine*), en tentant de franchir la frontière, et perdit la jambe gauche. Il parvint toutefois à atteindre le territoire de la RFA où, après une série d'opérations, il succomba à ses blessures.

Le 16 janvier 1973, M. Hans-Friedrich Franck, âgé de vingt-six ans, fut grièvement blessé par l'explosion d'une mine à fragmentation (*Splittermine*) en tentant de franchir la frontière. Il parvint cependant à rejoindre le territoire de la RFA, où il décéda peu après des suites de ses blessures.

Le 14 juillet 1974, M. Wolfgang Vogler, âgé de vingt-cinq ans, fut blessé grièvement par l'explosion d'une mine à fragmentation en tentant de franchir la frontière. Vingt minutes plus tard, des gardes-frontière de la RDA le traînèrent jusqu'à un camion dans l'arrière-pays. Deux heures plus tard, il arriva dans un hôpital, où il décéda des suites de ses blessures.

Le 7 avril 1980, M. Wolfgang Bothe, âgé de vingt-huit ans, fut également blessé sérieusement par l'explosion d'une mine à fragmentation en tentant de franchir la frontière. Après une série d'opérations, il décéda des suites de ses blessures.

Le 22 mars 1984, M. Frank Mater, âgé de vingt ans, fut grièvement blessé par l'explosion d'une mine à fragmentation en tentant de franchir la frontière. Il décéda quelques instants plus tard.

Le 1^{er} décembre 1984, deux gardes-frontière de la RDA tirèrent sur M. Michael-Horst Schmidt, âgé de vingt ans, qui tenta de franchir le mur de Berlin à l'aide d'une échelle, et le touchèrent dans le dos. On ne lui porta pas les premiers secours. Il ne parvint à l'hôpital de la police du peuple de la RDA que deux heures plus tard, alors qu'il avait déjà perdu tout son sang. On félicita les tireurs, regrettant simplement qu'ils aient utilisé autant de munitions.

Dans la nuit du 5 au 6 février 1989, MM. Chris Gueffroy et Christian Gaudian, âgés de vingt ans, tentèrent de franchir le mur de Berlin. Le premier fut touché par les tirs d'un garde-frontière de la RDA et décéda sur-le-champ. Le second fut blessé par balles. On félicita les tireurs.

Le tribunal régional nota que tous les ordres du ministre de la Défense, y compris ceux relatifs à l'utilisation d'armes à feu à la frontière, reposaient sur des décisions du Conseil national de la défense, dont les requérants faisaient partie. Or les gardes-frontière avaient reçu ordre de protéger à tout prix la frontière de la RDA, même si « ceux qui violaient la frontière » (*Grenzverletzer*) devaient y laisser la vie.

Le tribunal releva que la pratique des autorités est-allemandes était délibérément allée au-delà du libellé de la loi (*Wortlaut des Gesetzes*), des ordres écrits ou des instructions de service ; les dispositions relatives à l'utilisation des armes à feu à la frontière étaient ignorées. Ce qui importait aux gardes-frontière n'était pas le droit écrit, mais ce qui leur avait été transmis au cours de leur formation, par les enseignements politiques et au cours de leur service de tous les jours. L'ordre effectif donné aux gardes-frontière était le suivant : « L'unité [*der Zug*] (...) assure la sécurité de la frontière étatique de la RDA (...) et a pour tâche de ne pas permettre de franchissements de frontière [*Grenzdurchbrüche*], d'arrêter « ceux qui violent la frontière » ou de les anéantir [*vernichten*] et d'assurer la protection de la frontière étatique à tout prix [*unter allen Bedingungen*] (...) »

En cas de franchissement réussi, les gardes-frontière devaient s'attendre à l'ouverture d'une enquête menée par le procureur militaire (*Militärstaatsanwalt*).

Le tribunal régional condamna d'abord les premier et deuxième requérants sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour incitation à l'assassinat (*Anstiftung zum Mord*) (articles 22 § 2 (1) et 112 § 1 du code pénal de la RDA – « le StGB-DDR » –, paragraphe 32 ci-dessous) ; il estima que les requérants ne pouvaient justifier leurs agissements en excipant de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA (*Grenzgesetz* – paragraphe 38 ci-dessous) qui, en pratique, avait servi à couvrir le meurtre de fugitifs à l'aide d'armes à feu, de systèmes de tir automatique ou de mines antipersonnel. Selon le tribunal, cette pratique étatique méconnaissait de manière flagrante et insupportable « les principes élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme » (« *diese Staatspraxis hat offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte verstoßen* »). Puis le tribunal régional appliqua le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, et condamna les deux requérants pour incitation à homicide volontaire (articles 26 et 212 § 1 du code pénal de la RFA – « le StGB »).

20. Par un arrêt du 26 juillet 1994, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) entérina d'abord les conclusions du tribunal régional

quant à la qualification du délit d'après le droit de la RDA, puis appliqua le droit pénal de la RFA, d'une part parce que c'était le droit en vigueur dans le lieu où s'était produit le résultat de l'infraction (*Tatort – Erfolgsort*) (un des fugitifs ayant trouvé la mort sur le territoire de la RFA), d'autre part parce que le droit pénal de la RFA était plus clément que celui de la RDA. Ensuite, la Cour fédérale de justice requalifia les faits d'après le droit pénal de la RFA, reprochant aux deux requérants d'avoir été les auteurs intellectuels d'homicides volontaires (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*) (articles 25 et 212 du StGB – paragraphe 44 ci-dessous). Le quantum de la peine qu'encouraient les requérants demeura inchangé. A l'instar du tribunal régional, la Cour joignit les affaires du premier requérant et du deuxième requérant.

La Cour fédérale de justice déclara ensuite que les deux requérants avaient été les auteurs intellectuels d'homicides volontaires, au motif qu'ils avaient appartenu au Conseil national de la défense, organe dont les décisions étaient une condition nécessaire (*zwingende Voraussetzung*) à l'émission d'ordres sur le régime de surveillance de la frontière (*Grenzregime*) de la RDA. Les requérants savaient que ces ordres allaient être exécutés et savaient que des fugitifs étaient décédés à la frontière à la suite d'actes de violence. A l'instar du tribunal régional, la Cour fédérale de justice estima que les deux requérants ne pouvaient se justifier en invoquant l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière. Elle considéra que cette disposition et son interprétation par le régime de la RDA méconnaissaient de manière flagrante les droits de l'homme et notamment le droit à la liberté de mouvement et le droit à la vie inscrits dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, traité ratifié par la RDA le 8 novembre 1974 (paragraphe 40 ci-dessous). Le fait que la RDA n'avait pas transposé ces dispositions dans son droit interne ne changeait rien aux obligations de celle-ci en droit international public. Enfin, la décision du tribunal régional ne contrevenait pas à l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* – paragraphe 43 ci-dessous), car les requérants ne pouvaient se prévaloir d'un fait justificatif (*Rechtfertigungsgrund*) contraire à des normes supérieures du droit. En effet, une interprétation exacte de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA aurait, déjà à l'époque des faits, permis de conclure que l'on ne pouvait se référer à ces faits justificatifs eu égard aux limites fixées par la loi elle-même, et à la lumière de la Constitution de la RDA et des obligations internationales de celle-ci.

21. Le 9 septembre 1994, les deux requérants saisirent la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) d'un recours constitutionnel. Selon eux, leurs agissements avaient été justifiés d'après le droit alors applicable en RDA et n'auraient pas dû être poursuivis pénalement. L'interprétation divergente effectuée *a posteriori* par la Cour fédérale de justice méconnaîtrait le principe de la non-rétroactivité des lois pénales (*Rückwirkungsverbot*) et l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale. Il

existerait en RFA des dispositions semblables à l'article 27 de la loi sur la frontière de la RDA, et tout Etat limiterait le droit à la vie lorsqu'il s'agit de poursuivre des délinquants. A cet égard, les deux requérants se réfèrent à l'article 2 § 2 de la Convention. Ils invoquaient également l'article 7 § 2 de cette dernière et la réserve dont cette disposition a fait l'objet de la part de la RFA (paragraphe 45 ci-dessous).

22. Par un arrêt du 24 octobre 1996, la Cour constitutionnelle fédérale joignit le recours du premier requérant à celui du deuxième, ainsi qu'au recours de M. K.-H.W., ancien garde à la frontière est-allemande. Ce dernier est également requérant devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Après avoir entendu le ministère fédéral de la Justice (*Bundesministerium für Justiz*) et l'administration de la justice (*Senatsverwaltung für Justiz*) de Berlin, la Cour constitutionnelle fédérale rejeta les trois recours comme étant mal fondés en se basant notamment sur les motifs suivants :

« L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale n'a pas été violé.

Les requérants voient une infraction à ce texte dans le fait principalement que les juridictions répressives ne leur ont pas permis de se prévaloir d'un fait justificatif résultant, à l'époque des faits, des dispositions de la RDA relatives au régime de surveillance de la frontière [*Grenzregime*], telles qu'elles étaient interprétées et appliquées par les autorités de la RDA. Par ailleurs, les premier [M. Hans Albrecht, qui n'a pas déposé de requête devant la Cour], deuxième [M. Kessler] et troisième [M. Streletz] requérants se disent également victimes d'une violation d'un droit garanti par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale en ce qu'ils ont été condamnés, par application du droit de la République fédérale d'Allemagne, en qualité d'auteurs intellectuels [*mittelbare Täter*].

Les deux griefs sont dépourvus de fondement.

1. a) L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale est une manifestation du principe de l'Etat de droit (...). Celui-ci fonde l'usage des libertés en garantissant la sécurité juridique, en soumettant l'autorité publique à la loi et en protégeant la confiance. Le principe de l'Etat de droit comporte également une exigence de justice objective, celle-ci constituant l'une des idées directrices de la Loi fondamentale (...). En ce qui concerne le droit pénal, ce souci d'assurer l'Etat de droit trouve sa traduction dans le principe selon lequel il ne peut y avoir de peine sans faute. Ce principe plonge ses racines dans la dignité et la responsabilité de l'être humain, valeurs à la fois postulées par la Loi fondamentale et protégées de manière effective par ses articles 1 § 1 et 2 § 1, et que le législateur doit respecter dans l'élaboration du droit pénal (...). Il sous-tend également l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale (...)

L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale assure la sauvegarde de ces buts en n'autorisant une condamnation que pour des faits qui, à l'époque où ils ont été commis, faisaient l'objet, avec une certitude suffisante, d'une incrimination légale. Il protège en outre contre le prononcé d'une peine supérieure à celle qui était prévue par la loi à l'époque de la commission de l'infraction. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'équité, il prévoit qu'en matière pénale, où l'Etat peut porter des atteintes très graves à

la personnalité, seul le législateur est compétent pour décider des incriminations. Dans le domaine du droit pénal, le principe de la légalité est ainsi doublé d'une stricte limitation de compétence au profit du législateur (...). Pour le citoyen, l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale fonde la confiance sur le fait que l'Etat ne peut poursuivre comme actes délictueux que les comportements qui, à l'époque de leur survenance, correspondaient à une incrimination légale et pour lesquels le législateur avait fixé une peine déterminée. Cela fournit au citoyen la base lui permettant de régler son comportement en toute responsabilité, de manière à éviter de tomber sous le coup de la loi pénale. Ce principe de non-rétroactivité de la loi pénale est absolu (...). Il remplit sa fonction de garantie de l'Etat de droit et des droits fondamentaux au travers d'une formalisation stricte. En cela, il se distingue des autres garanties de l'Etat de droit (...)

b) L'article 103 § 2 protège contre la modification *a posteriori*, au détriment de l'auteur, de l'appréciation du contenu répréhensible de l'acte concerné (...). Aussi commande-t-il également que continue d'être appliqué un fait justificatif qui était prévu par la loi à l'époque de la commission de l'infraction, même s'il a disparu lorsque se déroule la procédure pénale. Toutefois, la stricte limitation de compétence au profit du législateur qui s'applique en matière d'incrimination et de détermination de la peine ne vaut pas en matière de faits justificatifs. Dans le domaine pénal, des faits justificatifs peuvent aussi résulter de la coutume ou de la jurisprudence. Si des faits justificatifs non écrits mais reconnus à l'époque de la commission de l'infraction ne sont plus appliqués par la suite se pose alors la question de savoir si et dans quelle mesure l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale protège également la confiance dans leur maintien. Il n'y a pas lieu ici de répondre d'une manière générale à cette question, car en l'espèce il y a invocation d'un fait justificatif – reposant en partie sur la loi et en partie sur des directives et une pratique administratives – dans des conditions qui autorisent des restrictions au principe absolu de non-rétroactivité de la loi pénale consacré par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale.

aa) L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale couvre l'hypothèse dans laquelle l'acte est commis et jugé dans le domaine d'application du droit pénal matériel élaboré par les autorités de la République fédérale d'Allemagne dans le respect de la Loi fondamentale. Dans cette hypothèse normale, le droit pénal, élaboré dans les conditions de la démocratie, de la séparation des pouvoirs et du respect obligatoire des droits fondamentaux, et conforme dès lors *a priori* aux impératifs de la justice objective [*materielle Gerechtigkeit*], offre le rattachement aux principes de l'Etat de droit [*rechtsstaatliche Anknüpfung*] nécessaire pour la protection stricte et absolue de la confiance que garantit l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale.

bb) Ce principe n'est plus intégralement applicable dès l'instant où, du fait de la réunification, existe un régime, défini dans le traité d'unification et résultant de la combinaison de l'article 315 de la loi introductive au code pénal combiné avec l'article 2 du même code, qui prévoit que pour juger les infractions commises dans l'ex-RDA il y a lieu d'appliquer le droit pénal de la RDA. Ce régime est la conséquence du transfert à la République fédérale de l'administration de la justice pénale sur le territoire de la RDA ; en tant que tel il est compatible avec l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, car les citoyens de l'ex-RDA sont condamnés sur la base du droit pénal qui leur était applicable à l'époque de la commission des infractions, le droit de la République fédérale en vigueur au moment de la condamnation ne leur étant appliqué que lorsqu'il est moins sévère. Toutefois, cette situation juridique, dans laquelle la République fédérale doit exercer son autorité répressive sur le fondement du droit d'un Etat qui ne respectait ni la démocratie, ni la séparation des pouvoirs, ni les droits fondamentaux, peut conduire à un conflit entre les impératifs intangibles de la Loi

fondamentale et le principe absolu de non-rétroactivité consacré par l'article 103 § 2 de celle-ci. Cette non-rétroactivité trouve, on l'a dit, sa justification au regard de l'Etat de droit [*rechtsstaatliche Rechtfertigung*] dans le principe particulier de la confiance dont sont empreintes les lois pénales lorsqu'elles sont adoptées par un législateur démocratique tenu au respect des droits fondamentaux. Cette base particulière de confiance fait défaut si, pour les actes criminels les plus graves, l'autre Etat incrimine certains faits tout en excluant dans certaines circonstances leur caractère répréhensible par l'admission de faits justificatifs, en invitant même, par-dessus la norme écrite, à commettre de tels actes, en les favorisant et en violant ainsi gravement les droits de l'homme généralement reconnus par la communauté internationale. Le détenteur du pouvoir politique a ainsi mis en place un système à ce point contraire à la justice qu'il ne peut survivre qu'aussi longtemps que subsiste *de facto* l'autorité étatique qui en est responsable.

Dans cette situation tout à fait particulière, l'exigence de justice objective, qui englobe également le respect des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, interdit l'application de pareils faits justificatifs. La protection absolue de la confiance garantie par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale doit alors céder le pas, sans quoi le système de la justice pénale de la République fédérale entrerait en contradiction avec les prémisses de l'Etat de droit [*rechtsstaatliche Prämissen*] sur lesquelles il repose. Le citoyen qui relève aujourd'hui de la juridiction de la République fédérale ne peut se prévaloir de pareils faits justificatifs ; pour le reste, le principe de confiance continue de s'appliquer, chaque citoyen ayant la garantie d'être condamné sur le fondement de la loi qui lui était applicable à l'époque de l'infraction.

cc) La République fédérale a déjà connu pareilles situations de conflit lorsqu'elle a eu à juger les méfaits du national-socialisme.

1. A cet égard, la Cour suprême pour la zone britannique et après elle la Cour fédérale de justice se sont prononcées sur la question de savoir si l'inapplicabilité d'une norme à cause d'une méconnaissance grave de principes juridiques supérieurs peut, *a posteriori*, rendre un acte punissable. Elles ont estimé qu'il pouvait y avoir des dispositions et des directives auxquelles, nonobstant leur prétention à faire œuvre juridique, il y a lieu de dénier le caractère juridique parce qu'elles violent les principes juridiques applicables indépendamment de toute reconnaissance étatique ; quiconque agit en se conformant à de telles dispositions demeure punissable (...). La Cour fédérale de justice a fait observer que, dans ce genre de cas, le comportement des auteurs n'est pas apprécié à l'aune de critères dont la validité ne serait devenue générale que plus tard. De même, on n'imposerait pas aux intéressés de répondre à la question de ce qui est licite ou illicite sur la base de critères qui, à l'époque des faits, n'étaient pas encore applicables ou ne l'étaient plus. Il ne faudrait pas supposer que les auteurs n'avaient pas connaissance, lors des faits, de certains principes déterminants et indispensables pour la vie en commun des êtres humains, qui font partie du noyau dur et intangible du droit (...)

2. La Cour constitutionnelle fédérale n'a eu jusqu'ici à traiter du problème de l'« illicéité légale » [*gesetzliches Unrecht*] qu'en dehors de la sphère pénale. Elle a considéré que lorsqu'il y a une contradiction intolérable entre le droit positif et la justice, le principe de la sécurité juridique peut devoir céder devant celui de la justice objective. Elle s'est référée à cet égard aux explications de Gustav

Radbruch^[1] (...) et en particulier à la formule qui porte le nom de l'intéressé (...). Elle a en outre souligné à plusieurs reprises que l'inapplicabilité du droit positif doit demeurer confinée à une infime minorité de cas extrêmes, et qu'une législation simplement illicite et inacceptable selon une conception éclairée peut, du fait de l'élément d'ordre qui lui est inhérent, acquérir une validité juridique et être créatrice de sécurité juridique (...). Toutefois, a-t-elle ajouté, l'époque de la domination nationale-socialiste a montré que le législateur peut donner naissance à des situations totalement contraires à l'équité (...) et que dès lors il y a lieu de proscrire d'emblée l'obéissance à une norme absolument incompatible avec l'idée de justice (...)

2. Les décisions attaquées satisfont au critère constitutionnel exposé au point 1.

a) La Cour fédérale de justice a entre-temps développé sa jurisprudence lorsqu'elle a eu à connaître des « crimes de gouvernement » [*Regierungskriminalität*] commis sous le régime du Parti socialiste unifié à l'époque de la RDA (...). C'est cette jurisprudence qui sous-tend les décisions ici incriminées. D'après elle, il y a lieu dans l'application du droit d'écarter un fait justificatif lorsqu'il couvre le meurtre de personnes qui, sans armes et sans mettre en péril des intérêts généralement reconnus et juridiquement protégés, étaient simplement désireuses de franchir la frontière interallemande. Pareil fait justificatif, qui fait primer l'application de l'interdiction de franchir la frontière sur la protection du droit à la vie d'êtres humains, est en effet inopérant car il heurte ouvertement et de façon intolérable les exigences élémentaires de la justice et les droits de l'homme protégés au plan international. L'atteinte portée aux unes et aux autres est tellement grave dans l'hypothèse considérée qu'elle viole les conceptions juridiques qui, fondées sur la valeur et la dignité de l'homme, sont partagées par tous les peuples. En pareil cas, le droit positif doit céder devant l'équité.

La Cour fédérale de justice s'est livrée à une analyse de la relation entre les critères de la formule de Radbruch qui sous-tendent la règle précitée et les droits de l'homme protégés au plan international. Aux critères de la formule de Radbruch, qui, en raison de leur imprécision, sont difficiles à mettre en œuvre, seraient venus s'adjoindre des critères plus concrets, résultant du fait que les conventions internationales de protection des droits de l'homme comporteraient des éléments permettant de déterminer quand, d'après la conception de la communauté juridique universelle, l'Etat viole les droits de l'homme.

b) Cette appréciation est conforme à la Loi fondamentale. Elle peut s'appuyer sur la décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale le 31 juillet 1973 à propos du Traité fondamental [*Grundlagenvertrag*]. La haute juridiction avait alors qualifié d'inhumaine l'attitude de la RDA à la frontière interallemande et avait déclaré que le mur, les barbelés, la « zone de la mort » [*Todesstreifen*] et l'ordre de tirer étaient incompatibles avec la souscription d'obligations conventionnelles par la RDA (...)

1. Gustav Radbruch (1878-1949) : professeur allemand de droit qui a notablement influencé la philosophie du droit. A la suite des crimes nazis, il a consacré le principe, aussi dénommé « formule de Radbruch » (*Radbruch'sche Formel*), d'après lequel le droit positif doit être considéré comme contraire à la justice lorsque la contradiction entre la loi et la justice est tellement insupportable que la loi doit céder le pas à la justice.

c) A la conclusion qu'il y a lieu d'écarter comme entaché d'une illicéité étatique extrême le fait justificatif couvrant, selon la pratique de l'Etat, le meurtre des « violeurs de frontière » les requérants ne sauraient objecter que le droit à la vie et le droit à la libre circulation des personnes ne sont pas garantis de manière inconditionnelle par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que les Etats de droit démocratiques d'inspiration occidentale prévoient dans leurs dispositions légales l'usage des armes à feu dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit de poursuivre et d'arrêter des malfaiteurs. Certes, les dispositions légales de la RDA concernant l'usage des armes à feu à la frontière interallemande correspondent, dans leur libellé, aux dispositions applicables dans la République fédérale sur l'utilisation de la force [*unmittelbarer Zwang*]. Il ressort toutefois des constatations des jugements attaqués que se trouvaient superposés aux dispositions légales des ordres qui ne permettaient absolument pas de modérer l'usage des armes à feu sur le fondement du principe de proportionnalité et qui communiquaient aux troupes chargées sur place de la surveillance de la frontière la conception de leurs supérieurs – avec, au sommet de la chaîne hiérarchique, le Conseil national de défense – selon laquelle les violeurs de frontière devaient être « anéantis » si le franchissement de la frontière ne pouvait être évité par d'autres moyens. Cette subordination du droit à la vie de l'individu à l'intérêt de l'Etat à empêcher le franchissement de la frontière a abouti à faire passer le droit écrit derrière les impératifs de l'efficacité politique. Il s'agit là, objectivement, d'une illicéité extrêmement grave.

d) Les requérants ne peuvent davantage objecter à leur condamnation que le fait d'être partie de l'idée qu'un fait justificatif ne pouvait entrer en ligne de compte n'a pu fournir à la Cour fédérale de justice une réponse à la question de savoir si et dans quelles conditions l'acte ainsi réputé illégal serait punissable (...). Pour justifier que l'acte soit punissable, il n'est nul besoin ici de recourir à des principes juridiques suprapositifs [*überpositive Rechtsgrundsätze*]. Il convient plutôt de se reporter aux valeurs sur lesquelles la RDA elle-même avait assis ses dispositions répressives. A l'époque des faits, le code pénal de la RDA comportait, en ses articles 112 et 113, une interdiction pénale absolue de tuer délibérément des êtres humains, et il assortissait le manquement auxdites dispositions de peines sévères reflétant la gravité des actes visés. Si des éléments qui viennent d'être exposés on peut déduire l'inadmissibilité d'un fait justificatif tendant à couvrir un homicide, les faits constitutifs de l'infraction d'homicide décrits dans lesdites dispositions pénales emportent l'illégalité de l'homicide en question et justifient qu'il soit punissable.

3. Est également dépourvu de fondement le grief des premier, deuxième et troisième requérants selon lequel ne saurait se concilier avec l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale le fait que, dans son application du droit de la République fédérale, la Cour fédérale de justice ait considéré les intéressés comme les auteurs intellectuels d'un meurtre.

Sur la base des dispositions de la RDA qui étaient en vigueur à l'époque des faits, les tribunaux répressifs ont constaté que les requérants s'étaient placés sous le coup de la loi pénale en participant au meurtre de fugitifs. La Cour fédérale de justice a explicitement entériné les conclusions du tribunal régional selon lesquelles les requérants étaient, d'après le droit en question, coupables d'incitation à l'assassinat (articles 2 § 2, alinéa 1, et 112 § 1 du code pénal de la RDA). Ce n'est que dans un second temps que la Cour fédérale de justice a appliqué le droit de la République fédérale d'Allemagne, dans un cas sur le fondement de l'article 315 § 4 de la loi introductive au code pénal combiné avec l'article 9 § 1 du code pénal (droit du lieu (du

résultat) de l'infraction), pour le reste sur le fondement de l'article 315 § 1 de la loi introductive au code pénal combiné avec l'article 2 § 3 du code pénal (droit de la RFA moins sévère que celui de la RDA). L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale n'exclut ni l'une ni l'autre manière de faire. Pour ce qui est de l'application du droit du lieu de l'infraction, la chambre (*Senat*) a déjà tranché cette question dans sa décision du 15 mai 1995 (...) ; elle s'en tient à cette décision.

L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, eu égard à sa finalité protectrice, ne met pas obstacle à l'application d'un droit moins sévère que celui qui prévalait à l'époque de l'infraction. La Cour fédérale de justice estime, et c'est là également l'opinion de la doctrine (...), qu'est moins sévère le droit qui, après une comparaison d'ensemble dans un cas donné, apparaît réserver à l'auteur de l'infraction le jugement le plus clément, même si tel ou tel élément d'appréciation peut apparaître moins favorable que dans le cadre de l'autre loi ; ce qui est déterminant à cet égard, ce sont les conséquences juridiques de l'infraction. Pareille conclusion est conforme au but protecteur susmentionné de l'article 103 § 2 et ne saurait être contestée sur la base de la Loi fondamentale. »

2. En ce qui concerne le troisième requérant (M. Krenz)

23. Par un jugement du 25 août 1997, le tribunal régional de Berlin condamna le troisième requérant à six ans et six mois d'emprisonnement, considérant qu'il avait été l'un des auteurs intellectuels d'homicides volontaires, au motif qu'en ayant participé à deux décisions du Bureau politique des 7 juin 1985 et 11 mars 1986 et à deux décisions du Conseil national de la défense des 2 février 1984 et 25 janvier 1985 sur le régime de surveillance de la frontière de la RDA, il était coresponsable de la mort de quatre jeunes gens qui avaient tenté de fuir la RDA de 1984 à 1989 en franchissant la frontière entre les deux Etats allemands. Ces personnes avaient trouvé la mort en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands.

Il s'agit en particulier des cas suivants :

Le 1^{er} décembre 1984, deux gardes-frontière de la RDA tirèrent sur M. Michael-Horst Schmidt, âgé de vingt ans, qui tenta de franchir le mur de Berlin à l'aide d'une échelle, et le touchèrent dans le dos. On omit de lui administrer les premiers secours. Il ne parvint à l'hôpital de la police du peuple de la RDA que deux heures plus tard, alors qu'il avait déjà perdu tout son sang. On félicita les tireurs, regrettant simplement qu'ils aient utilisé autant de munitions.

Le 24 novembre 1986, deux gardes-frontière de la RDA tirèrent sur M. Michael Bittner, âgé de vingt-cinq ans, qui tentait également de franchir le mur de Berlin à l'aide d'une échelle, et l'atteignirent dans le dos. Il perdit l'équilibre, tomba sur le sol et décéda quelques minutes plus tard d'une blessure au cœur, alors qu'il était en train d'être transporté en dehors de la zone-frontière. On décerna une médaille aux tireurs, qui obtinrent quelques jours de congé exceptionnel.

Le 12 février 1987, M. Lutz Schmidt, âgé de vingt-quatre ans, tenta de franchir le mur de Berlin avec son ami, M. Peter Schultze, âgé de trente-quatre ans, au moyen d'une échelle. L'échelle étant trop courte, les deux hommes s'aidèrent mutuellement par la main, mais M. Schultze tomba du côté ouest, et M. Schmidt du côté est du mur, où il fut mortellement blessé au cœur par les tirs de deux gardes-frontière de la RDA. On décerna une médaille aux tireurs, qui obtinrent quelques jours de congé exceptionnel ainsi qu'une prime de 300 marks allemands.

Dans la nuit du 5 au 6 février 1989, MM. Chris Gueffroy et Christian Gaudian, âgés de vingt ans, tentèrent de franchir le mur de Berlin. Le premier fut touché par les tirs d'un garde-frontière de la RDA et décéda sur-le-champ. Le second fut blessé par balles. On félicita les tireurs.

Le tribunal régional condamna d'abord le requérant, sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour incitation à l'assassinat (articles 22 § 2 (1) et 112 § 1 du StGB-DDR – paragraphe 32 ci-dessous) ; ce faisant, il s'appuya sur les motifs que le tribunal avait déjà retenus à l'encontre des deux premiers requérants dans son jugement du 16 septembre 1993 (paragraphe 19 ci-dessus). Puis le tribunal régional appliqua le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, et condamna le requérant en tant qu'auteur intellectuel des homicides volontaires commis (articles 25 et 212 § 1 du StGB – paragraphe 44 ci-dessous).

Par ailleurs, le tribunal régional considéra que le requérant ne pouvait se justifier en invoquant la souveraineté limitée de la RDA due à sa dépendance envers l'Union soviétique, car les obligations découlant d'un pacte d'alliance (*Bündnisverpflichtung*) n'exonéraient pas un individu de sa responsabilité pénale (*strafrechtliche Verantwortung*). Pour le calcul de la peine, le tribunal régional appliqua également le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA.

24. Le 9 avril 1998, le requérant présenta un recours en révision contre ce jugement devant la Cour fédérale de justice, en se prévalant notamment de l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale et du principe de non-rétroactivité des lois pénales.

25. Après avoir tenu une audience le 27 octobre 1999, la Cour fédérale de justice, par un arrêt du 8 novembre 1999, confirma en tous points le jugement du tribunal régional, en se référant à plusieurs arrêts de principe rendus par elle en la matière, dont notamment celui du 26 juillet 1994 (paragraphe 20 ci-dessus).

Elle releva par ailleurs que le tribunal régional avait minutieusement décrit les instructions qui s'étaient succédées en l'espèce (*Anordnungsketten*), débutant avec les décisions du Bureau politique et du Conseil national de la défense auxquelles le requérant avait participé, puis se poursuivant à travers la chaîne de commandement militaire (*militärische Befehlskette*), et aboutissant aux ordres donnés aux gardes-frontière et au déclenchement des tirs mortels.

26. Le 12 janvier 2000, siégeant en comité de trois juges, la Cour constitutionnelle fédérale refusa de retenir le recours constitutionnel du requérant, en se référant notamment à l'arrêt de principe rendu par elle le 24 octobre 1996 (paragraphe 22 ci-dessus).

II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

A. Le Traité sur l'unification allemande

27. Le Traité sur l'unification (*Einigungsvertrag*) allemande du 31 août 1990, combiné avec la loi relative au traité sur l'unification (*Einigungsvertragsgesetz*) du 23 septembre 1990, prévoit, dans les dispositions transitoires du code pénal (articles 315 à 315c de la loi introductive au code pénal – *Einführungsgesetz in das Strafgesetzbuch*), que le droit applicable est en principe celui du lieu de l'infraction (*Tatortrecht*). Ainsi, pour les actes commis par les citoyens de la RDA sur le territoire de la RDA, le droit applicable est en principe le droit de la RDA. En vertu de l'article 2 § 3 du code pénal, le droit de la RFA ne s'applique que s'il est plus clément que celui de la RDA.

B. La législation applicable en RDA à l'époque des faits

1. *La Constitution de la RDA dans les versions de 1968 et de 1974, identiques pour les dispositions pertinentes en l'espèce, sauf en ce qui concerne l'article 89 § 2 (voir ci-après)*

28. Les dispositions pertinentes de la Constitution étaient ainsi rédigées :

Article 8

« Les règles de droit international public généralement reconnues et visant à promouvoir la paix et la collaboration pacifique entre les peuples lient [*sind verbindlich*] l'autorité étatique et chaque citoyen. »

Article 19 § 2

« Le respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité [*Persönlichkeit*] s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen. »

Article 30 §§ 1 et 2

« (1) La personnalité et la liberté de chaque citoyen de la République démocratique allemande sont intouchables.

(2) Des restrictions ne sont autorisées qu'en relation avec des comportements répréhensibles pénalement (...) et doivent être prévues par la loi. Cependant les droits de ces citoyens ne peuvent être restreints que dans la mesure où la loi l'autorise et que cela paraît incontournable [*unumgänglich*]. »

Article 73

« Le Conseil d'Etat rend les décisions de principe pour les questions de défense et de sécurité du pays. Il organise la défense du pays avec l'aide du Conseil national de défense. »

Article 89 § 2

(version de 1974 ; dans la version de 1968, cette phrase figurait à l'article 89 § 3)

« Les règles de droit ne doivent pas contredire la Constitution. »

2. *Le code pénal de la RDA (« le StGB-DDR ») dans les versions de 1968 et de 1979, identiques pour les dispositions pertinentes en l'espèce, sauf en ce qui concerne l'article 213 (voir ci-après)*

29. Le chapitre premier de la partie spéciale (*Besonderer Teil*) du StGB-DDR, intitulé « Crimes contre la souveraineté étatique de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité et les droits de l'homme », comprend une introduction ainsi libellée :

« La punition impitoyable des crimes contre la souveraineté étatique de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité, les droits de l'homme et des crimes de guerre est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*], et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun. »

30. L'article 95 du StGB-DDR avait la teneur suivante :

« Celui qui agit en violant les droits de l'homme et les droits fondamentaux, les obligations internationales ou la souveraineté étatique de la République démocratique allemande ne peut se prévaloir [*kann sich nicht berufen auf*] de la loi, d'un ordre ou d'une directive ; il est pénalement responsable. »

31. L'article 84 du StGB-DDR disposait :

« Les crimes contre la paix, l'humanité ou commis contre les droits de l'homme et les crimes de guerre ne sont pas soumis aux règles de prescription énoncées dans cette loi [déterminant les délais de prescription selon le type d'infractions]. »

32. L'article 112 § 1 du StGB-DDR prévoyait une peine d'emprisonnement allant de dix ans à la perpétuité pour assassinat (*Mord*). L'article 22 § 1 du StGB-DDR visait l'infraction de participation (*Teilnahme*) à une infraction et notamment l'incitation (*Anstiftung*) à en commettre une. L'article 22 § 2 stipulait que la responsabilité pénale était déterminée par la loi définissant l'infraction. Conformément à l'article 82 § 1

(5) du StGB-DDR, le délai de prescription des poursuites pénales était de vingt-cinq ans pour des faits entraînant une peine d'emprisonnement supérieure à dix ans.

33. L'article 119 du StGB-DDR était ainsi rédigé :

« Celui qui, face à un accident ou à une situation mettant en danger la vie ou la santé de personnes, n'apporte pas les secours nécessaires et possibles pour lui, alors qu'il pourrait le faire sans courir lui-même un danger réel pour sa vie ou sa santé et sans emporter la violation d'autres obligations importantes, doit répondre de son comportement devant un organe judiciaire [*gesellschaftliches Organ der Rechtspflege*] ou est puni d'un blâme public, d'une peine d'amende, d'une condamnation avec sursis ou d'une peine d'emprisonnement de deux années au maximum. »

34. L'article 213 (version de 1979) du StGB-DDR prévoyait ce qui suit :

« (1) Celui qui franchit de manière illégale la frontière étatique de la République démocratique allemande ou qui méconnaît des dispositions réglant le séjour limité dans la République démocratique allemande ainsi que le passage en transit en République démocratique allemande, est puni d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à deux ans, d'une condamnation avec sursis et mise à l'épreuve, d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende.

(...)

(3) Dans des cas graves, l'auteur de l'infraction est condamné à une peine d'emprisonnement allant de un à huit ans. Les cas sont considérés comme graves notamment lorsque

1. l'action [*die Tat*] met en danger la vie ou la santé de personnes ;
2. l'action est accomplie à l'aide d'armes à feu ou en se servant de moyens ou de méthodes dangereux ;
3. l'action est menée avec une intensité particulière ;
4. l'action est accomplie par usage de faux en écriture [*Urkundenfälschung*], de fausse certification [*Falschbeurkundung*] ou par l'usage frauduleux de documents ou par l'utilisation d'une cachette [*Versteck*] ;
5. l'action est commise conjointement avec d'autres ;
6. l'auteur de l'infraction a déjà été condamné pour franchissement illégal de la frontière.

(4) La préparation et la tentative sont répréhensibles pénalement. »

35. L'article 1 § 3 du second chapitre du StGB-DDR, qui définit la notion de crime (*Verbrechen*), était ainsi rédigé :

« Sont considérés comme crimes les attaques, représentant un danger pour la société [*gesellschaftsgefährliche Angriffe*], contre la souveraineté de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité et les droits de l'homme, les crimes de guerre et les infractions commises contre la République démocratique allemande ainsi que les atteintes délibérées à la vie [*vorsätzlich begangene Straftaten gegen das*

Leben]. Sont également considérées comme crimes d'autres infractions commises délibérément, et représentant un danger pour la société, contre les droits et les intérêts des citoyens, contre la propriété socialiste et d'autres droits et intérêts de la société, qui constituent des violations graves de la légalité socialiste et qui sont passibles de ce fait d'une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans ou qui, dans les limites des peines applicables, ont entraîné l'infliction d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans. »

36. L'article 258 du StGB-DDR avait la teneur suivante :

« (1) Un militaire n'est pas responsable pénalement pour une action qu'il accomplit en obéissant à l'ordre d'un supérieur, à moins que l'exécution de l'ordre méconnaisse manifestement les normes reconnues du droit international public ou les lois pénales.

(2) Si l'exécution d'un ordre par un subordonné méconnaît manifestement les normes reconnues de droit international public ou une loi pénale, le supérieur qui a donné cet ordre est également responsable pénalement.

(3) Le refus ou la non-exécution d'un ordre dont l'exécution aurait méconnu les normes de droit international public ou les lois pénales n'entraîne pas de responsabilité pénale. »

3. La loi sur la police du peuple de la RDA de 1968

37. L'article 17 de la loi sur la police du peuple, entrée en vigueur le 11 juin 1968, disait ceci :

« (...) »

(2) L'utilisation de l'arme à feu est justifiée

a) pour empêcher la perpétration imminente ou la continuation d'une infraction [*Straftat*] qui, en fonction des circonstances, pourrait constituer

– un crime [*Verbrechen*] contre la souveraineté de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité et les droits de l'homme

– un crime contre la République démocratique allemande

– un crime contre la personnalité [*Persönlichkeit*]

– un crime contre la sécurité publique ou contre l'ordre étatique

– un autre crime, qui doit notamment être commis ou exécuté à l'aide d'armes à feu ou d'explosifs

b) pour empêcher la fuite ou pour la réarrestation [*Wiederergreifung*] de personnes

– sur lesquelles pèsent de forts soupçons d'avoir commis un crime ou qui avaient été arrêtées ou incarcérées pour avoir commis un crime

– sur lesquelles pèsent de forts soupçons d'avoir commis un délit [*Vergehen*] ou qui avaient été arrêtées, incarcérées ou condamnées à une peine privative de liberté pour avoir commis un délit, et s'il existe des indices quant à l'utilisation d'armes à feu ou d'explosifs ou que la fuite est organisée d'une autre manière avec violence ou en agressant les personnes chargées de leur arrestation, incarcération, ou surveillance ou que la fuite est organisée conjointement avec d'autres

– qui ont été condamnées à une peine privative de liberté et incarcérées dans une maison d'arrêt sévère ou ordinaire

c) contre des personnes qui avaient tenté [de] ou aidé à libérer par la violence des personnes arrêtées, incarcérées ou condamnées à une peine privative de liberté pour avoir commis des délits ou des crimes.

(3) L'utilisation de l'arme à feu doit être annoncée par une sommation [*Zuruf*] ou par un tir de semonce [*Warnschuss*], à moins que le danger imminent ne puisse être empêché ou écarté que par l'utilisation ciblée de l'arme à feu.

(4) Lors de l'utilisation de l'arme à feu, il convient si possible de préserver la vie humaine. Du moment que l'intervention policière le permet, il convient d'apporter les premiers secours aux personnes blessées tout en prenant les mesures de sécurité nécessaires.

(5) L'arme à feu ne doit pas être utilisée, lorsque les personnes paraissent, d'après leur aspect extérieur, être des enfants. Il en va de même lorsque des personnes extérieures peuvent être mises en danger. Il convient si possible d'éviter l'utilisation d'armes à feu contre des jeunes [*Jugendliche*] et des personnes de sexe féminin.

(...) »

En vertu de l'article 20 § 3 de cette même loi, ces dispositions s'appliquaient également aux membres de l'Armée nationale du peuple.

4. La loi sur la frontière de la RDA de 1982

38. L'article 27 de la loi sur la frontière, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1982, et remplaçant la loi sur la police du peuple de 1968, était ainsi libellé :

« (1) L'utilisation de l'arme à feu constitue l'ultime recours à la violence contre des personnes. L'arme à feu ne doit être utilisée que dans les cas où l'action corporelle [*körperliche Einwirkung*], avec ou sans l'utilisation de moyens supplémentaires, est restée sans succès ou ne présente aucune chance de succès. L'utilisation d'armes à feu contre des personnes n'est permise que si des tirs contre des objets ou des animaux ne remplissent pas leur objectif.

(2) L'utilisation de l'arme à feu est justifiée pour empêcher la perpétration imminente ou la continuation d'une infraction [*Straftat*], qui pourrait constituer un crime [*Verbrechen*] en fonction des circonstances. Elle est également justifiée pour arrêter une personne sur laquelle pèsent de forts soupçons d'avoir commis un crime.

(3) L'utilisation de l'arme à feu doit être annoncée en principe par une sommation ou un tir de semonce, à moins qu'un danger imminent ne puisse être empêché ou écarté que par l'utilisation ciblée de l'arme à feu.

(4) L'arme à feu ne doit pas être utilisée, lorsque

- la vie ou la santé de personnes extérieures peuvent être mises en danger,
- les personnes paraissent, d'après leur aspect extérieur, être des enfants,
- les tirs toucheraient le territoire d'un autre Etat.

Il convient si possible d'éviter l'utilisation d'armes à feu contre des jeunes [*Jugendliche*] et des personnes de sexe féminin.

(5) Lors de l'utilisation de l'arme à feu, il convient si possible de préserver la vie humaine. Il convient d'apporter les premiers secours aux personnes blessées tout en prenant les mesures de sécurité nécessaires. »

5. Les dispositions légales sur la délivrance de passeports et de visas en RDA

39. En vertu des dispositions légales sur la délivrance de passeports et de visas en RDA (loi sur les passeports – *Passgesetz* – de 1963 et loi sur les passeports et ordonnance sur les passeports et les visas du 28 juin 1979, complétées par l'ordonnance du 15 février 1982 – *Passgesetz und Pass- und Visaanordnung vom 28. Juni 1979, ergänzt durch die Anordnung vom 15. Februar 1982*), il n'existait jusqu'au 1^{er} janvier 1989 aucune possibilité pour des personnes qui n'étaient pas privilégiées politiquement et qui n'avaient pas atteint l'âge de la retraite, quelques affaires familiales urgentes mises à part, de quitter légalement la RDA.

Les décisions sur les demandes de départ n'avaient pas besoin d'être motivées jusqu'au 1^{er} janvier 1989, en vertu de l'article 17 de l'ordonnance du 28 juin 1979, et il n'existait aucune voie de recours contre elles jusqu'à l'adoption de l'ordonnance sur les visas du 30 novembre 1988.

C. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

1. Dispositions pertinentes

40. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté dans le cadre des Nations unies, a été ratifié par la RDA le 8 novembre 1974 (paragraphe 20 ci-dessus).

Les dispositions pertinentes de ce texte sont ainsi libellées :

Article 6 §§ 1 et 2

« 1. Le droit à la vie est inhérent à la vie humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent. »

Article 12 §§ 2 et 3

« 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte. »

2. *Pratique des Nations unies*

41. Avant la réunification de l'Allemagne, plusieurs membres du Comité des droits de l'homme des Nations unies, chargé en vertu de l'article 28 du pacte de veiller au respect de leurs obligations par les Etats contractants, ont formulé des critiques à l'encontre du régime de surveillance de la frontière mis en place en RDA.

Les comptes rendus des séances (n^{os} 533 et 534) du Comité des droits de l'homme font état, entre autres critiques, des interventions suivantes :

Le 19 juillet 1984, Sir Vincent Evans, membre britannique du Comité, considéra que

« S'agissant des armes à tir automatique placées le long de la frontière, l'article 6 § 2 du Pacte n'autorisait la peine de mort que pour les « crimes les plus graves ». En aucun cas on ne pouvait considérer la tentative de franchir une frontière, même illégalement, comme un crime des plus graves. La mort donnée dans ces circonstances n'était autre qu'une exécution sommaire sans jugement, pratique injustifiable en vertu de l'article 6. »

Par ailleurs, Sir Vincent n'était pas convaincu que

« la République démocratique allemande respectait strictement les dispositions de l'article 12 du Pacte. Chacun avait la liberté fondamentale de quitter son pays ; le paragraphe 3 de l'article 12 prévoyait certaines restrictions, mais pour trois motifs seulement. Or le principe fondamental qui permettait de décider si telle ou telle personne pouvait quitter la RDA était l'incidence de son départ sur les droits et intérêts de son pays ; or cela semblait bien large au regard du paragraphe 3 de l'article 12 ».

De même, M. Birame Ndiaye, membre sénégalais du Comité, estima le même jour

« que le gouvernement de la République démocratique allemande envisageait de restreindre la liberté de circulation pour d'autres motifs que ceux que prévoyait l'article 12 du Pacte ».

42. Par la Résolution 1503, adoptée en 1970, le Conseil économique et social des Nations unies avait instauré une procédure permettant aux individus de saisir la Commission des droits de l'homme, qui fut chargée d'examiner si les plaintes concernées révélaient l'existence d'un « ensemble de violations flagrantes et systématiques, dont on a des preuves dignes de foi, des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

En raison de sa politique restrictive en matière de liberté de circulation, la RDA fit l'objet de nombreuses critiques, sous la procédure instaurée par la Résolution 1503, au regard de l'obligation générale de respecter les droits de l'homme, inscrite aux articles 1 § 3, 55 et 56 de la Charte des Nations unies. Ainsi la RDA figurait dans les années 1981-1983 sur la liste des pays examinés sous l'angle de la procédure selon la Résolution 1503, car plus de cinquante personnes (condition requise pour pouvoir parler d'un « ensemble de violations flagrantes et systématiques ») avaient saisi la Commission des droits de l'homme pour se plaindre de la politique d'enfermement de la population pratiquée en RDA. Cependant, cette dernière autorisa certaines de ces personnes à quitter son territoire, ce qui ramena le nombre des requérants en dessous du nombre requis de cinquante et lui évita une condamnation.

D. La législation applicable en RFA à l'époque des faits

43. L'article 103 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) énonce en son paragraphe 2 :

« Un acte ne peut être puni que si la loi le déclare punissable avant qu'il ait été commis. »

44. L'article 212 du code pénal de la RFA (« le StGB ») prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller de cinq ans à la perpétuité, dans des cas particulièrement graves, pour homicide volontaire (*Totschlag*). L'article 25 du StGB considère comme auteur de l'infraction la personne qui a elle-même commis l'infraction ou qui a fait agir quelqu'un à sa place (*mittelbare Täterschaft*).

III. LA RÉSERVE DE LA RFA À L'ARTICLE 7 § 2 DE LA CONVENTION

45. L'instrument de ratification de la Convention, déposé par le gouvernement allemand le 13 novembre 1952, contient notamment une réserve et une déclaration ainsi libellées :

« Conformément à l'article 64 de la Convention [devenu l'article 57 après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11], la République fédérale d'Allemagne fait la réserve qu'elle n'appliquera la disposition de l'article 7, alinéa 2, de la Convention que dans les limites de l'article 103, alinéa 2, de la Loi fondamentale de la République fédérale

d'Allemagne. Cette dernière disposition stipule : un acte ne peut être puni que si la loi le déclare punissable avant qu'il ait été commis.

Le territoire d'application de la Convention s'étend également à Berlin-Ouest. »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 § 1 DE LA CONVENTION

46. Les requérants soutiennent que les actions qui leur ont été reprochées ne constituaient pas, au moment où elles avaient été commises, des infractions d'après le droit de la RDA ou le droit international, et que leur condamnation par les juridictions allemandes constituait donc une violation de l'article 7 § 1 de la Convention, qui dispose :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. »

A. Thèses des comparants

1. Les requérants

47. D'après les requérants, les condamnations prononcées à leur encontre après la réunification n'étaient pas prévisibles, et ils n'ont d'ailleurs jamais été poursuivis en RDA. Même les juridictions allemandes auraient reconnu que la raison pour laquelle ils n'ont pas été poursuivis à l'époque des faits était que les actions qui leur étaient reprochées ne constituaient pas des infractions d'après le droit pénal de la RDA, vu le libellé de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA. L'interprétation *a posteriori* du droit pénal de la RDA par les juridictions de l'Allemagne réunifiée ne reposerait sur aucune jurisprudence des tribunaux de la RDA et aurait été impossible à prévoir pour les requérants au moment des faits. Il se serait ainsi agi non pas d'un développement graduel dans l'interprétation du droit de la RDA, mais de la négation totale des faits justificatifs invoqués par les requérants, négation fondée sur le motif que ces justifications étaient contraires à la Loi fondamentale de la RFA (formule de Radbruch sur « l'illicéité légale » – *Radbruch'sche Formel des « gesetzlichen Unrechts »*). Par ailleurs, l'instauration du régime de surveillance de la frontière aurait été indispensable pour préserver l'existence de la RDA.

Si les requérants considèrent tous avoir agi conformément au droit de la RDA, le troisième requérant soutient en particulier qu'au moment où il est devenu membre du Bureau politique et du Conseil national de la défense, en 1983, ce dernier avait décidé de démonter les mines antipersonnel et les systèmes de tir automatique. Il n'aurait donc été condamné que pour l'utilisation des armes à feu par les gardes-frontière. Cependant, même cette condamnation aurait été injustifiée dans la mesure où le requérant n'aurait participé à aucune réunion du Bureau politique ou du Conseil national de la défense au cours de laquelle l'ordre exprès de tirer à la frontière avait été donné.

Les requérants allèguent ensuite que les actions litigieuses ne constituaient pas davantage des infractions d'après le droit international. En ce qui concerne le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par la RDA, ils rappellent qu'aucune instance internationale n'a condamné la RDA pour la violation de ses dispositions et que, même si tel avait été le cas, il y aurait une distinction fondamentale à faire entre la responsabilité d'un Etat au regard du droit international, d'une part, et la responsabilité pénale d'un individu d'après le droit pénal national, de l'autre. Par ailleurs, dans la majorité des Etats, l'accès à la frontière serait interdit ou strictement réglementé et l'utilisation des armes à feu par les gardes-frontière autorisée si les personnes interpellées n'obtempéraient pas aux sommations.

2. Le Gouvernement

48. Le Gouvernement considère que les requérants, en tant que dirigeants de la RDA, pouvaient facilement se rendre compte que le régime de surveillance de la frontière de la RDA, dans sa perfection et dans l'utilisation sans merci des armes à feu, touchait des personnes à qui une administration, qui refusait de manière constante et sans motif aux citoyens de la RDA l'autorisation de se rendre en RFA et notamment à Berlin-Ouest, avait interdit de quitter la RDA. Il leur aurait dès lors été possible de prévoir que le meurtre de fugitifs, qui n'étaient pas armés et qui ne menaçaient personne, pouvait être pénalement poursuivi en vertu des dispositions légales, nonobstant la pratique contraire suivie par le régime en RDA. En particulier, il aurait été prévisible pour chacun qu'en cas de changement de régime en RDA, ces faits pouvaient constituer des infractions pénales, en raison des liens familiaux et autres qui transcendaient la frontière de l'Allemagne partagée.

Le Gouvernement estime que les juridictions allemandes ont interprété le droit de la RDA de manière légitime. Si elles avaient correctement appliqué leurs propres dispositions légales pertinentes, en tenant compte des obligations internationales de la RDA à la suite de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que des principes généraux en matière de droits de l'homme, dont notamment la protection du

droit à la vie, les autorités de la RDA auraient dû parvenir à la même interprétation. La question de savoir si le Pacte international avait été transposé en droit interne ou non en RDA serait sans importance à cet égard.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

49. La Cour rappelle tout d'abord les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'interprétation et l'application du droit interne.

Si, aux termes de l'article 19 de la Convention, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Etats contractants, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, série A n° 140, p. 29, § 45).

De plus, il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 541, § 59).

50. Elle rappelle ensuite les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 7 de la Convention et notamment de ses arrêts *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995 (série A n°s 335-B et 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, et pp. 68-69, §§ 32-34, respectivement) :

« La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires.

Comme la Cour l'a dit dans son arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993 (série A n° 260-A, p. 22, § 52), l'article 7 ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Dans son arrêt précité, la Cour a ajouté que cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. La Cour a donc indiqué que la notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles

d'accessibilité et de prévisibilité (...) arrêt Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72, § 37).

Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique (...) des (...) Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible. »

2. Application de ces principes à l'espèce

51. A la lumière de ces principes relatifs à l'étendue du contrôle de la Cour, il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer sur la responsabilité pénale individuelle des requérants, cette appréciation incombant en premier lieu aux juridictions internes, mais d'examiner sous l'angle de l'article 7 § 1 de la Convention si, au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit de la RDA ou le droit international.

52. A cet égard, elle note qu'une particularité de la présente affaire réside dans le fait qu'elle se situe dans le cadre de la succession de deux Etats régis par des systèmes de droit différents, et qu'après la réunification les juridictions allemandes ont condamné les requérants pour des crimes qu'ils avaient commis en leur qualité de dirigeants de la RDA.

a) Le droit national

i. Base légale des condamnations

53. La Cour relève que les juridictions allemandes ont d'abord condamné les requérants sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour incitation à l'assassinat, en se fondant sur les articles 22 § 2 et 112 § 1 du code pénal de la RDA – « le StGB-DDR » (paragraphe 32 ci-dessus). Après avoir écarté les faits justificatifs avancés par les requérants – fondés sur le droit et la pratique de la RDA – elles ont considéré qu'en raison des fonctions très élevées que ces derniers exerçaient au sein de l'appareil étatique de la RDA, ils étaient coresponsables de la mort de plusieurs personnes, âgées de dix-huit à vingt-huit ans, qui avaient tenté de quitter la RDA de 1971 à 1989 en franchissant la frontière entre les deux Etats allemands. Puis elles ont appliqué le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, en condamnant les requérants en tant qu'auteurs intellectuels d'homicides volontaires, sur le fondement des

articles 25 et 212 du code pénal de la RFA, à des peines d'emprisonnement de cinq ans et demi, sept ans et demi et six ans et demi, respectivement (paragraphes 19, 20, 23 et 25 ci-dessus).

54. Les juridictions allemandes ont ainsi appliqué le principe, formulé dans le Traité sur l'unification allemande du 31 août 1990 et dans la loi d'application de ce traité, du 23 septembre 1990, selon lequel, pour les actes commis par des citoyens de la RDA sur le territoire de celle-ci, le droit applicable est celui de la RDA, le droit de la RFA ne trouvant application que s'il est plus clément (*lex mitius*) (paragraphe 27 ci-dessus).

55. La condamnation des requérants trouvait donc sa base légale dans le droit pénal de la RDA applicable à l'époque des faits, et les peines correspondaient en principe à celles prévues dans les dispositions pertinentes de la législation de la RDA ; les peines prononcées à l'encontre des requérants leur étaient même inférieures, grâce au principe d'application du droit le plus clément, qui était celui de la RFA.

ii. Faits justificatifs tirés du droit de la RDA

56. Cependant, les requérants soutiennent qu'en vertu des faits justificatifs tirés des articles 17 § 2 de la loi sur la police et 27 § 2 de la loi sur la frontière combinés avec l'article 213 du StGB-DDR (paragraphes 34, 37 et 38 ci-dessus) ils avaient agi conformément au droit de la RDA et qu'ils n'avaient d'ailleurs jamais été poursuivis à ce titre dans ce pays.

57. La notion de « droit » inscrite à l'article 7 § 1 de la Convention comprenant en principe le droit aussi bien écrit que non écrit, la Cour doit se pencher d'abord sur les règles pertinentes du droit écrit de la RDA, avant d'examiner si l'interprétation donnée à ces règles par les juridictions allemandes a été conforme à l'article 7 § 1. A cet égard, elle devra également analyser, au regard de cette disposition, la nature de la pratique étatique qui, en RDA, se superposait à ces règles à l'époque des faits.

58. Les événements en question s'étant déroulés de 1971 à 1989, les règles du droit écrit applicables à l'époque des faits étaient notamment le code pénal dans ses versions de 1968 et de 1979, la loi sur la police du peuple de 1968, suivie de la loi sur la frontière de 1982, et la Constitution de la RDA dans ses versions de 1968 et de 1974.

59. Il est vrai que l'article 17 § 2 de la loi sur la police ainsi que l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière justifiaient l'utilisation de l'arme à feu « pour empêcher la perpétration imminente ou la continuation d'une infraction, qui pourrait constituer un crime en fonction des circonstances » ou « pour arrêter une personne sur laquelle pesaient de forts soupçons d'avoir commis un crime ». La notion de crime était précisée à l'article 213 § 3 du StGB-DDR, qui identifiait les cas de franchissement illégal de la frontière considérés comme graves : notamment lorsque l'action « met en danger la vie ou la santé de personnes », qu'elle « est effectuée à l'aide d'armes à feu ou en se servant de moyens ou de méthodes dangereux »,

qu'elle « est menée avec une intensité particulière » ou qu'elle « est commise conjointement avec d'autres ».

60. Les articles 17 de la loi sur la police et 27 de la loi sur la frontière énuméraient donc de manière limitative les conditions dans lesquelles l'utilisation de l'arme à feu était autorisée et précisaient en outre, en leurs paragraphes 4 et 5 respectivement, que « lors de l'utilisation de l'arme à feu, il convient si possible de préserver la vie humaine » et qu'il « convient d'apporter les premiers secours aux personnes blessées ». L'article 27 disposait en son paragraphe premier que « l'utilisation de l'arme à feu constitue l'ultime recours à la violence contre des personnes » et, en son paragraphe 4, « qu'il convient si possible d'éviter l'utilisation de l'arme à feu contre des jeunes [*Jugendliche*] ». Par ailleurs, l'article 119 du StGB-DDR sanctionnait la non-assistance à des personnes en danger (paragraphe 33 ci-dessus).

61. Ces dispositions, qui incluaient donc expressément le principe de proportionnalité et celui de la nécessité de préserver la vie humaine, doivent également être lues à la lumière des principes inscrits dans la Constitution de la RDA elle-même. Celle-ci disposait en son article 89 § 2 que « les règles de droit ne doivent pas contredire la Constitution », en son article 19 § 2 que « [l]e respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen » et enfin, en son article 30 §§ 1 et 2, que « [l]a personnalité et la liberté de chaque citoyen de la République démocratique allemande sont intouchables » et que « (...) les droits [d]es citoyens ne peuvent être restreints que dans la mesure où la loi l'autorise et que cela paraît incontournable [*unumgänglich*] » (paragraphe 28 ci-dessus).

62. Par ailleurs, le code pénal de la RDA, au chapitre premier de sa partie spéciale, indiquait que « [l]a punition impitoyable des crimes contre (...) la paix, l'humanité, les droits de l'homme (...) est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*], et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun » (paragraphe 29 ci-dessus).

63. Or en l'espèce les juridictions allemandes ont condamné les requérants pour leur responsabilité dans la mort de plusieurs individus qui avaient tenté de franchir la frontière entre les deux Etats allemands, souvent à l'aide de moyens très rudimentaires, en se servant d'échelles par exemple. Ils étaient pour la plupart très jeunes (le plus jeune avait dix-huit ans, quatre d'entre eux n'avaient que vingt ans), n'étaient pas armés, ne constituaient une menace pour personne et leur seul but était de quitter la RDA, car il était presque impossible à l'époque, pour le simple citoyen, à l'exception des retraités ou de rares privilégiés, de quitter la RDA par des moyens légaux (voir les dispositions sur la délivrance de passeports et de visas en RDA,

paragraphe 39 ci-dessus). Leurs tentatives de franchir la frontière, même si elles étaient proscrites par le droit de la RDA, ne sauraient dès lors être qualifiées de crimes, car aucune d'entre elles n'entraîne dans la catégorie des infractions qualifiées de graves au sens de l'article 213 § 3 du code pénal de la RDA.

64. A la lumière des principes mentionnés ci-dessus inscrits dans la Constitution et dans les autres textes légaux de la RDA, la Cour estime donc que la condamnation des requérants par les juridictions allemandes, qui avaient interprété et appliqué ces dispositions aux cas d'espèce, ne paraît à première vue ni arbitraire ni contraire à l'article 7 § 1 de la Convention.

65. Certes, les juridictions allemandes ont eu des approches différentes quant à l'interprétation des faits justificatifs invoqués par les requérants sur le fondement notamment de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA.

Ainsi le tribunal régional de Berlin a considéré que ces faits justificatifs étaient inopérants car ils méconnaissaient de manière flagrante et insupportable « les principes élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme » (paragraphe 19 et 23 ci-dessus).

La Cour fédérale de justice, de son côté, a jugé qu'une interprétation correcte de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA aurait déjà à l'époque des faits permis de conclure que l'on ne saurait se référer à ces faits justificatifs, eu égard aux limites fixées par la loi elle-même, et à la lumière de la Constitution de la RDA et des obligations de celle-ci en droit international public (paragraphe 20 et 25 ci-dessus).

Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que « [d]ans cette situation tout à fait particulière, l'exigence de justice objective, qui englobe également le respect des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, interdit l'application de pareils faits justificatifs. La protection absolue de la confiance garantie par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale doit alors céder le pas, sans quoi le système de la justice pénale de la République fédérale entrerait en contradiction avec les prémisses de l'Etat de droit » (paragraphe 22 et 26 ci-dessus).

66. Cependant, l'interprétation et l'application du droit interne incombant en premier lieu aux juridictions internes, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur ces approches différentes, qui démontrent la complexité de l'affaire sur le plan juridique. Il lui suffit de s'assurer que le résultat auquel sont parvenues les juridictions allemandes était en conformité avec la Convention, en l'occurrence, avec l'article 7 § 1 de celle-ci.

iii. Faits justificatifs tirés de la pratique étatique de la RDA

67. La notion de « droit » inscrite à l'article 7 § 1 comprenant aussi le droit non écrit, la Cour doit également, avant d'approfondir l'analyse, se pencher sur la nature de la pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits.

68. Dans ce contexte, il convient de relever qu'à l'époque des faits, aucun des requérants n'avait été poursuivi pour ces crimes en RDA. Cette absence de poursuites résultait du fait qu'aux principes inscrits dans la Constitution et les textes légaux de la RDA, très proches de ceux d'un Etat de droit, s'opposait la pratique répressive du régime de surveillance de la frontière mis en place en RDA et des ordres donnés pour en assurer la protection.

69. En effet, pour contenir le flux incessant de fugitifs, la RDA érigea le mur de Berlin le 13 août 1961 et renforça tous les dispositifs de sécurité le long de la frontière entre les deux Etats allemands par des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique. Ces mesures se doublaient de l'ordre donné aux gardes-frontière « de ne pas permettre les franchissements de frontière, d'arrêter ceux qui violent la frontière [*Grenzverletzer*] ou de les anéantir [*vernichten*] et d'assurer la protection de la frontière étatique à tout prix ». En cas de franchissement réussi, les gardes-frontière devaient s'attendre à l'ouverture d'une enquête par le procureur militaire ; dans le cas contraire, à des félicitations (paragraphe 19 et 23 ci-dessus).

70. Comme l'ont constaté les juridictions allemandes, ces mesures et ordres avaient été sans conteste décidés par les organes directeurs de la RDA mentionnés à l'article 73 de la Constitution de la RDA (paragraphe 28 ci-dessus), le Conseil d'Etat et le Conseil national de la défense, dont les requérants faisaient partie : le premier requérant (M. Streletz) faisait partie du Conseil national de la défense depuis 1971, le deuxième (M. Kessler) depuis 1967 ; le troisième (M. Krenz) était membre du Comité central du parti depuis 1973, du Conseil d'Etat depuis 1981 et du Conseil national de la défense depuis 1983.

71. Ainsi le but de cette pratique étatique, mise en œuvre par les requérants, avait été de protéger « à tout prix » la frontière entre les deux Etats allemands afin de préserver l'existence de la RDA, menacée par l'exode massif de sa propre population.

72. La Cour souligne toutefois que la raison d'Etat ainsi invoquée doit trouver ses limites dans les principes énoncés par la Constitution et les textes légaux de la RDA elle-même ; elle doit surtout respecter la nécessité de préserver la vie humaine, inscrite dans la Constitution, la loi sur la police du peuple et la loi sur la frontière de la RDA, compte tenu du fait que le droit à la vie était, déjà à l'époque des faits, la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme sur le plan international (paragraphe 94 ci-dessous).

73. D'après la Cour, le recours aux mines antipersonnel et à des installations de tir automatique, vu leur effet automatique et aveugle, de même que le caractère absolu des ordres donnés aux gardes-frontière « d'anéantir ceux qui violent la frontière et d'assurer la protection de la frontière à tout prix », étaient en flagrante violation des droits fondamentaux ancrés aux articles 19 et 30 de la Constitution de la RDA, droits essentiellement confirmés par le code pénal de la RDA (article 213) et les

législations successives sur la frontière de la RDA (articles 17 § 2 de la loi sur la police de 1968 et 27 § 2 de la loi sur la frontière de 1982). Cette pratique étatique était également en violation de l'obligation de respecter les droits de l'homme et les autres obligations internationales de la RDA, qui, le 8 novembre 1974, avait ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissant expressément le droit à la vie et à la liberté de circulation (paragraphe 40 ci-dessus), eu égard au fait qu'il était presque impossible pour le simple citoyen de quitter la RDA par des moyens légaux. Même si le recours aux mines antipersonnel et à des installations de tir automatique avait cessé aux alentours de 1984, les ordres impartis aux gardes-frontière sont restés les mêmes jusqu'à la chute du mur de Berlin en novembre 1989.

74. En outre, la Cour relève que les requérants se prévalent, comme justification, de l'ordre de tirer qu'ils ont eux-mêmes impartie aux gardes-frontière et de la pratique consécutive, qui ont conduit à leur condamnation. Or, d'après les principes généraux du droit, on ne peut se fonder, pour justifier un comportement ayant abouti à une condamnation, sur la seule constatation qu'un tel comportement a eu lieu et, de ce fait, a formé une pratique.

75. Par ailleurs, indépendamment de la responsabilité étatique de la RDA, le caractère criminel des actions des requérants en tant qu'individus résultait de l'article 95 du StGB-DDR, qui prévoyait déjà dans sa version de 1968, reprise en 1979, que « [c]elui qui agit en violant les droits de l'homme et les droits fondamentaux (...) ne peut se prévaloir de la loi, d'un ordre ou d'une directive ; il est pénalement responsable » (paragraphe 30 ci-dessus).

76. Il est ainsi hors de doute que les actes en question étaient imputables aux requérants à titre individuel.

iv. Prévisibilité des condamnations

77. Les requérants objectent toutefois, vu les réalités en RDA, que leur condamnation par les juridictions allemandes n'avait pas été prévisible et qu'il était absolument impossible pour eux de prévoir qu'ils seraient amenés un jour, par un retournement de situation, à devoir rendre des comptes sur le plan pénal.

78. Cet argument ne saurait convaincre. Le clivage qui a séparé la législation de la RDA de la pratique de celle-ci était largement l'œuvre des requérants eux-mêmes. En raison des positions très élevées qu'ils occupaient au sein de l'appareil étatique, ils ne pouvaient évidemment ignorer la Constitution et la législation de la RDA, ni les obligations internationales de celle-ci et les critiques dont avait fait l'objet, sur le plan international, son régime de surveillance de la frontière (paragraphe 41 et 42 ci-dessus). De plus, ils avaient eux-mêmes mis en place ou poursuivi ce régime, en doublant les textes légaux, publiés au Journal officiel de la RDA, d'ordres et d'instructions de service tenus secrets portant sur la consolidation et

l'amélioration des installations de protection à la frontière et sur l'utilisation d'armes à feu. Dans l'ordre de tirer imparti aux gardes-frontière, ils avaient notamment insisté sur la nécessité de protéger la frontière de la RDA « à tout prix » et d'arrêter « ceux qui violaient la frontière » ou de les « anéantir » (paragraphe 15 ci-dessus). Les requérants étaient donc directement responsables de la situation régnant à la frontière entre les deux Etats allemands du début des années 60 jusqu'à la chute du mur de Berlin en 1989.

79. Par ailleurs, le fait que les requérants n'avaient pas été inquiétés en RDA, mais n'ont été poursuivis puis condamnés par les juridictions allemandes qu'après la réunification, sur la base des dispositions légales applicables à l'époque des faits en RDA, ne signifie en aucune manière que leurs actions ne constituaient pas des infractions d'après le droit de la RDA.

80. A cet égard, la Cour relève que le problème auquel l'Allemagne a été confrontée après la réunification quant à l'attitude à adopter vis-à-vis de personnes qui avaient commis des crimes sous un régime antérieur s'est également posé pour un certain nombre d'autres Etats qui ont connu une transition vers un régime démocratique.

81. La Cour considère qu'il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur ; de même, on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit.

82. En effet, la Cour rappelle que sous l'angle de l'article 7 § 1, aussi clair que le libellé d'une disposition pénale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire et il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation (arrêts *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* précités, *loc. cit.*, paragraphe 50 ci-dessus). Certes, cette notion s'applique en principe à l'évolution progressive de la jurisprudence dans un même Etat de droit et sous un régime démocratique, éléments qui constituent les pierres angulaires de la Convention, comme l'atteste son préambule (paragraphe 83 ci-dessous), mais elle garde toute sa valeur lorsque, comme en l'espèce, il y a eu succession de deux Etats.

83. Un raisonnement contraire irait à l'encontre des principes mêmes sur lesquels est bâti tout le système de protection mis en place par la Convention. Les auteurs de la Convention se sont référés à ces principes dans le préambule de la Convention en « [r]éaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament », et en se déclarant « (...) animés

d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit (...) ».

84. Il convient également de relever que le Parlement de la RDA démocratiquement élu en 1990 avait expressément demandé au législateur allemand d'assurer les poursuites des injustices commises par le Parti socialiste unifié (paragraphe 18 ci-dessus). Dès lors, on peut raisonnablement estimer que, même en l'absence de réunification de l'Allemagne, un régime démocratique succédant à celui du Parti socialiste unifié en RDA aurait appliqué la législation de celle-ci et, comme l'ont fait les tribunaux de l'Allemagne réunifiée, engagé des poursuites à l'encontre des requérants.

85. De plus, eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme (paragraphe 92 à 94 ci-dessous), dont la Convention elle-même, qui le garantit en son article 2, la Cour estime que l'interprétation stricte de la législation de la RDA par les juridictions allemandes en l'espèce était conforme à l'article 7 § 1 de la Convention.

86. La Cour note à ce propos que la première phrase de l'article 2 § 1 de la Convention astreint les Etats à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Cela implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale dissuadant les individus de commettre des atteintes contre la vie des personnes et de s'appuyer sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations (voir notamment les arrêts *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3159, § 115, et *Akkoç c. Turquie*, nos 22947/93 et 22948/93, § 77, CEDH 2000-X).

87. La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'Etat y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de « droit » au sens de l'article 7 de la Convention.

88. Ainsi la Cour estime que les requérants qui, en tant que dirigeants de la RDA, avaient créé l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis en place ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection de l'article 7 § 1 de la Convention. Raisonner autrement serait méconnaître l'objet et le but de cette disposition, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires.

89. Eu égard à tous ces éléments, la Cour juge qu'au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit de la RDA.

b) Le droit international

i. Règles applicables

90. La Cour estime qu'il est de son devoir de considérer la présente affaire également sous l'angle des principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme, spécialement en raison du fait que les tribunaux allemands ont fait usage d'arguments fondés sur ces principes (paragraphe 19 *in fine* et 20 ci-dessus).

91. Il convient donc d'examiner si, au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit international, en particulier ses règles sur la protection des droits de l'homme.

ii. Protection internationale du droit à la vie

92. A cet égard, la Cour note d'abord que, dans le cadre de l'évolution de cette protection, les conventions et autres instruments y relatifs n'ont cessé d'affirmer la prééminence du droit à la vie.

93. Ainsi, déjà la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 a affirmé en son article 3 que « tout individu a droit à la vie ». Ce droit a été confirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par la RDA le 8 novembre 1974, qui dispose en son article 6 que « le droit à la vie est inhérent à la vie humaine » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie » (paragraphe 40 ci-dessus). Il est également inscrit dans la Convention, dont l'article 2 § 1 est ainsi rédigé :

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

94. La convergence des instruments précités est significative : elle indique que le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme.

95. Cependant, les requérants allèguent que leurs agissements étaient justifiés par les exceptions de l'article 2 § 2 de la Convention, qui dispose :

« La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

96. D'après la Cour, eu égard aux arguments déjà développés ci-dessus, la mort des fugitifs ne résultait nullement d'un recours à la force « rendu absolument nécessaire » : la pratique étatique mise en œuvre en RDA par les requérants ne défendait personne contre la violence illégale, ne servait à procéder à aucune arrestation que l'on pourrait qualifier de « légale » selon le droit de la RDA et n'avait aucun lien avec la répression d'une émeute ou d'une insurrection, car le seul but poursuivi par les fugitifs était de quitter le pays.

97. Il s'ensuit que les agissements des requérants n'étaient justifiés en aucune façon sous l'angle de l'article 2 § 2 de la Convention.

iii. Protection internationale de la liberté de circulation

98. Comme le Protocole n° 4 à la Convention en son article 2 § 2, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit, en son article 12 § 2, que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien » ; des restrictions à ce droit ne sont autorisées que si elles sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et si elles sont compatibles avec les autres droits reconnus par le pacte (paragraphe 40 ci-dessus).

99. Les requérants invoquent ces restrictions pour justifier l'instauration et le maintien du régime de surveillance de la frontière en RDA.

100. Cependant, la Cour considère qu'en l'espèce aucune de ces conditions exceptionnelles n'était réalisée. Premièrement, les actes en cause consistaient en des ordres, donnés ou exécutés, qui n'étaient pas conformes à la Constitution ou à la loi. On ne saurait ensuite prétendre qu'une mesure générale empêchant la sortie de la quasi-totalité de la population d'un Etat était nécessaire pour protéger la sécurité de celui-ci, ni d'ailleurs les autres intérêts mentionnés. Deuxièmement, la manière dont la RDA mettait en pratique et sanctionnait l'interdiction faite à ses ressortissants de quitter le pays était contraire à un autre droit reconnu par le pacte, à savoir le droit à la vie garanti à l'article 6, pour ceux qui en étaient victimes.

101. Toujours à propos du droit à la libre circulation, la Cour rappelle qu'en ouvrant sa frontière vers l'Autriche le 11 septembre 1989, la Hongrie avait dénoncé un accord bilatéral qui la reliait à la RDA, en s'appuyant expressément sur les articles 6 et 12 du Pacte international précité ainsi que sur l'article 62 (changement fondamental de circonstances) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (paragraphe 17 ci-dessus).

iv. Responsabilité étatique de la RDA et responsabilité individuelle des requérants

102. Ainsi, en installant des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique à la frontière et en donnant l'ordre aux gardes-frontière « d'anéantir ceux qui violent la frontière et de protéger la frontière à tout prix », la RDA avait instauré un régime de surveillance de la frontière qui méconnaissait clairement la nécessité de préserver la vie humaine, inscrite dans la Constitution et les lois de la RDA, ainsi que le droit à la vie protégé par les instruments internationaux précités. Ce régime méconnaissait également le droit à la liberté de circulation mentionné à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

103. Or la pratique étatique en cause était largement l'œuvre des requérants eux-mêmes qui, en tant que dirigeants politiques, savaient ou devaient savoir qu'elle portait atteinte à la fois aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme, car ils ne pouvaient ignorer la législation de leur propre pays : en effet, les articles 8 et 19 § 2 de la Constitution de 1968 prévoyaient déjà respectivement que « [l]es règles de droit international public généralement reconnues et visant à promouvoir la paix et la collaboration pacifique entre les peuples lient l'autorité étatique et chaque citoyen » et que « [l]e respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen » (paragraphe 28 ci-dessus). De plus, le chapitre premier de la partie spéciale du code pénal comportait dès 1968 une introduction qui prévoyait que « [l]a punition impitoyable des crimes contre (...) l'humanité, les droits de l'homme (...) est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux (...), et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun » (paragraphe 29 ci-dessus). De même, comme la Cour l'a dit ci-dessus (paragraphe 78), les requérants ne pouvaient ignorer les obligations internationales auxquelles la RDA avait souscrit et les nombreuses critiques internationales formulées à l'encontre du régime de surveillance de la frontière de la RDA.

104. La RDA, si elle existait toujours, serait responsable des actions en cause du point de vue du droit international. Reste à établir qu'à côté de cette responsabilité de l'Etat, il existait, à l'époque considérée, une responsabilité individuelle des requérants sur le plan pénal. Même en supposant qu'une telle responsabilité ne saurait être inférée des instruments internationaux précités relatifs à la protection des droits de l'homme, elle peut être déduite de ces instruments lorsqu'ils sont examinés en combinaison avec l'article 95 du code pénal de la RDA. Cette disposition prévoyait en effet, de manière explicite, et cela depuis 1968, une responsabilité pénale individuelle pour ceux qui enfreignaient les

obligations internationales de la RDA, les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

105. Eu égard à tous ces éléments, la Cour estime qu'au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient également des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme.

106. Par ailleurs, le comportement des requérants pourrait être considéré, toujours dans le cadre de l'article 7 § 1 de la Convention, sous l'angle d'autres règles du droit international, notamment celles relatives aux crimes contre l'humanité. La conclusion à laquelle la Cour a abouti (paragraphe 105 ci-dessus) rend toutefois superflu un tel examen.

c) Conclusion

107. Partant, les condamnations des requérants par les juridictions allemandes après la réunification ne sont pas intervenues en méconnaissance de l'article 7 § 1.

108. A la lumière de cette considération, la Cour n'a pas à examiner si la condamnation des requérants se justifiait sur la base de l'article 7 § 2 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DE LA CONVENTION

109. Les requérants soutiennent que la décision de la Cour constitutionnelle fédérale a méconnu l'article 1 de la Convention, qui dispose :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

110. D'après les requérants, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale consacrait une justice à deux vitesses, en interdisant aux anciens citoyens de la RDA, aujourd'hui citoyens de la RFA, par le truchement de la « formule de Radbruch » (paragraphe 22 ci-dessus), de se prévaloir du principe de non-rétroactivité des lois pénales consacré à l'article 7 § 1 de la Convention.

111. La Cour rappelle qu'elle est compétente pour apprécier les circonstances dont se plaint un requérant compte tenu de l'ensemble des exigences de la Convention. Dans l'accomplissement de cette tâche, il lui est notamment loisible de donner aux faits de la cause, tels qu'elle les considère comme établis par les divers éléments en sa possession, une qualification juridique différente de celle que leur attribue l'intéressé ou, au besoin, de les envisager sous un autre angle (voir notamment les arrêts *Foti et autres c.*

Italie du 10 décembre 1982, série A n° 56, pp. 15-16, § 44, et *Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, § 63, CEDH 2000-XII).

112. Ainsi, en l'espèce, le grief des requérants ne saurait venir se fonder sur l'article 1 de la Convention, disposition-cadre qui ne peut être violée séparément (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 90, § 238). Il pourrait toutefois relever de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7, car les requérants se plaignent en substance d'une discrimination dont ils seraient victimes en tant qu'anciens citoyens de la RDA. L'article 14 est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

113. Cependant, la Cour estime que les principes appliqués par la Cour constitutionnelle fédérale avaient une portée générale et étaient donc également valables pour des individus qui n'étaient pas d'anciens ressortissants de la RDA.

114. Dès lors, il n'y a pas eu discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 22 mars 2001.

Luzius WILDHABER
Président

Michele DE SALVIA
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de M. Loucaides ;
- opinion concordante de M. Zupančič ;
- opinion concordante de M. Levits.

L.W.
M. de S.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE LOUCAIDES

(Traduction)

Je souscris aux conclusions de l'arrêt, mais j'aimerais exposer ma propre démarche concernant la question de savoir si le comportement des requérants constituait, à l'époque pertinente, une infraction d'après le droit international, au sens de l'article 7 § 1 de la Convention.

La majorité a considéré que les intéressés ont été condamnés pour des actes qui, à l'époque pertinente, constituaient des infractions définies avec une accessibilité et une prévisibilité suffisantes par les règles internationales relatives à la protection des droits de l'homme. A cet égard, la majorité s'est fondée sur les règles du droit international relatives à la protection du droit à la vie et de la liberté de circulation. En ce qui concerne la question de savoir si la responsabilité pénale individuelle des requérants pouvait être engagée pour violation de ces règles, elle s'est appuyée sur l'article 95 du code pénal de la RDA, qui prévoyait une responsabilité pénale individuelle pour ceux qui enfreignaient les obligations internationales de la RDA en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales. En d'autres termes, pour déterminer si le comportement des requérants constituait « une infraction d'après le droit international », la majorité a invoqué des obligations liant l'Etat de la RDA en vertu du droit international, et, pour retenir la responsabilité pénale individuelle des intéressés, elle s'est fondée sur le droit interne de la RDA. Je n'adhère pas à cette démarche. J'estime que là où l'article 7 parle d'une « action (...) qui (...) constituait (...) une infraction d'après le droit (...) international » il vise manifestement une infraction réprimée directement par le droit international, tant du point de vue du comportement prohibé que du point de vue de la responsabilité pénale individuelle pour ce comportement.

En conséquence, il s'agit de rechercher si, du point de vue des règles du droit international, distinguées des règles du droit interne, le comportement des requérants constituait une infraction.

D'après moi, la question appelle une réponse affirmative. Plus précisément, j'estime que le comportement pour lequel les requérants ont été condamnés (voir le texte de l'arrêt) s'analysait, du point de vue du droit international, en un « crime contre l'humanité », notion qui, à l'époque des faits, formait déjà partie intégrante des principes généraux du droit international coutumier.

Je pense, à cet égard, qu'il ne s'impose pas de retracer toute l'histoire de l'évolution du droit international concernant le statut et la notion de crime contre l'humanité. Il me paraît suffisant de mentionner ce qui suit.

Le statut du Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg, créé pour juger et punir les grands criminels de guerre des pays européens de l'axe, fut le premier instrument à définir les « crimes contre l'humanité » dans le droit international positif.

Dans la définition des « crimes contre l'humanité », il incluait « l'assassinat (...) commis contre toutes les populations civiles, avant ou pendant la guerre (...) ».

Les procès de Nuremberg ont appliqué ledit statut et imputé à des individus une responsabilité pénale pour « crimes contre l'humanité ». Toutefois, cette infraction était liée à la conduite de la guerre. Par ailleurs, il n'était pas clairement établi, à l'époque, qu'elle relevait du droit international coutumier, spécialement lorsqu'elle n'était pas liée à des actes de guerre. Progressivement, cette idée finit par s'imposer.

Avec la Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations unies du 11 décembre 1946 furent explicitement confirmés les « principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg et par l'arrêt de cette Cour » ; leur formulation fut confiée à la Commission du droit international « dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité ou dans le cadre d'un Code de droit criminel international ». Cette résolution témoignait des vues prédominantes et de la pratique des Etats quant aux principes en question et fournissait à cet égard un soutien juridique solide à l'affirmation selon laquelle ils faisaient partie intégrante du droit international coutumier¹.

Le lien entre crimes contre l'humanité et actes de guerre ne fut pas considéré comme une condition pour l'établissement de pareilles infractions². Ainsi que l'a justement fait observer Lord Millett dans l'arrêt Pinochet (3) rendu par la Chambre des lords³ :

« Le Tribunal de Nuremberg a jugé que les crimes contre l'humanité ne relevaient de sa compétence que lorsqu'ils avaient été commis dans l'exécution de crimes de guerre ou de crimes contre la paix, ou en rapport avec de tels crimes. Or cette limitation de compétence paraît avoir été fondée sur les termes utilisés par le statut. Il n'y a aucune raison de supposer que l'on ait considéré à l'époque qu'il s'agissait là d'une condition de fond prévue par le droit international. La nécessité d'établir pareil lien était naturelle dans l'immédiat après-guerre. Au fur et à mesure que les souvenirs de la guerre ont reflué, elle a été abandonnée. »

L'opinion selon laquelle les principes de Nuremberg relevaient du droit international coutumier est devenue indiscutable après la Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations unies du 3 décembre 1973,

1. Voir notamment Daillier et Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, p. 677.

2. Voir *Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity: Note by the Secretary-General*, UN GAOR, 22^e session, annexe Ordre du jour, point 60, pp. 6-7, UN DOC A/6813 (1967). Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire Tadić IT-94-1, § 623.

3. *Weekly Law Reports* 1999, vol. 2, pp. 909 et suiv.

qui proclamait la nécessité d'une coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. On peut ajouter ici que, dans plusieurs décisions rendues par des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la thèse a été affirmée et accueillie que « depuis le statut de Nuremberg, le caractère coutumier de l'interdiction des crimes contre l'humanité et l'imposition de la responsabilité pénale individuelle pour leur perpétration n'ont pas été sérieusement contestés »¹.

En tout état de cause, ce qui importe aux fins de la présente espèce c'est le fait que, à l'époque de la commission des infractions imputées aux requérants, il était établi de manière indiscutable que les « crimes contre l'humanité » constituaient des infractions en droit international coutumier.

En ce qui concerne les éléments constitutifs du crime contre l'humanité, on peut prendre le récent statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome comme déclaratoire de la définition de cette infraction en droit international et comme une directive nécessaire pour son application en l'espèce. Dans l'article 7 dudit statut, on trouve les éléments suivants :

« 1. (...) on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

a) Meurtre ;

(...)

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

(...) »

Mais même si l'on ne s'inspire que de la notion de « crime contre l'humanité » qui se dégage du statut du tribunal militaire international de Nuremberg – dont les principes ont été confirmés par les résolutions des Nations unies mentionnées ci-dessus – et si l'on examine la présente espèce uniquement par référence aux exigences minimales de pareille notion, pour autant qu'elle se rapporte aux faits de la présente espèce, il n'y a aucune difficulté à conclure que les actes dont les requérants ont été jugés coupables doivent sans conteste être qualifiés de « crimes contre l'humanité », de la nature la plus grave. Les éléments constitutifs minimums de l'infraction en cause paraissent être les suivants :

a) le meurtre ;

1. Affaire Tadić, *op. cit.*

- b) commis contre une population civile ; et
- c) un comportement systématique ou organisé dans la poursuite d'une certaine politique.

Le dernier élément résulte de la combinaison des éléments a) et b).

Pour les raisons qui précèdent, je considère que les actes pour lesquels les requérants ont été condamnés constituaient, à l'époque pertinente, des infractions d'après le droit allemand mais également d'après le droit international.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

J'ai voté pour le constat de non-violation en l'espèce, car je considère que l'application faite du droit de la RDA par les tribunaux de la RFA était juridiquement cohérente (paragraphe 19-39 de l'arrêt). Aux fins de l'article 7 § 1, cela est suffisant.

De même, j'admets que l'article 2 § 2 n'est pas applicable en l'espèce (paragraphe 95-97 de l'arrêt), même s'il peut trouver à s'appliquer dans d'autres affaires où la mise en balance des valeurs en conflit (intégrité personnelle d'une part et arrestation régulière et justifiée de l'autre) produit un résultat différent (voir mon opinion dissidente jointe à l'arrêt *Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, CEDH 2000-XII).

Il importe de comprendre que cet arrêt ne se fonde pas sur l'article 7 § 2 de la Convention, ni sur la notion d'« infraction d'après le droit international » de l'article 7 § 1.

L'article 7 § 2 constitue une exception au principe *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* formulé par l'illustre pénaliste allemand Anselm von Feuerbach. Franz von Liszt proclama ultérieurement que les garanties substantielles consacrées par le principe de légalité sont la *Magna Carta Libertatum* des accusés. Cette tradition de protection substantielle en matière pénale remonte au moins à Cesare Beccaria et à son célèbre traité *Des délits et des peines* (*Dei delitti e delle pene*) de 1764, qui influença de manière décisive toute la tradition continentale de légalité dans le domaine du droit pénal. Cela est d'autant plus important que, par opposition au modèle juridique anglo-saxon, et bien que *Magna Carta* comportât une disposition analogue en son article 39 (*lex terrae*), c'est principalement dans le droit matériel et non dans le droit procédural que sont inscrites les garanties. Ainsi, le principe de légalité (*Legalitätsprinzip*) est traditionnellement interprété de manière à n'impliquer que l'interprétation restrictive du pouvoir de punir appartenant à l'Etat.

En l'espèce, nous le verrons, il produit l'effet inverse : il empêche les requérants de se prévaloir de leur propre interprétation du droit.

Il m'est difficile de souscrire au paragraphe 105 de l'arrêt, où la Cour parle d'« infractions définies avec suffisamment d'*accessibilité* et de *prévisibilité* par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme » (c'est moi qui souligne). Les puissantes garanties *objectives* du droit pénal matériel enracinées dans le principe de légalité ne sauraient se réduire au droit *subjectif* d'être informé à l'avance de ce qui est punissable d'après le droit positif.

L'importance du principe de légalité réside dans les restrictions légales objectives, rigoureuses, sémantiques et logiques (*lex certa*) dont il assortit le pouvoir de punir que possède l'Etat. Si un individu est mis formellement en

mesure par la loi de prévoir la nature criminelle et punissable de ses actes ou omissions, indépendamment de la confiance qu'il place au quotidien dans la pratique étatique ambiante et établie d'impunité, l'Etat de droit sanctionnera après coup sa responsabilité pénale. Soutenir le contraire reviendrait à faire du criminel un législateur en sa propre cause. Telle est la portée réelle de la présente espèce.

A l'inverse, une accentuation excessive des critères subjectifs d'*accessibilité* et de *prévisibilité* faciliterait la défense des requérants fondée sur le principe de légalité. Les intéressés pourraient faire valoir qu'ils se sont en réalité fiés à l'interprétation officielle, accessible et prévisible du droit à l'époque, sur « la pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits » (paragraphe 67 de l'arrêt). Ils pourraient alors soutenir que, bien qu'il ait été prouvé ultérieurement qu'elle était erronée du point de vue de la stricte interprétation du droit pénal positif, leur attitude n'en était pas moins, à l'époque, conforme à la pratique étatique officielle, constante et prévisible. Pareil argument introduirait alors le moyen de défense tiré de l'erreur de droit (*error juris*) excusable.

Par exemple, le code pénal modèle des Etats-Unis prévoit en son article 2.04 (3) b) iv) :

« La conviction qu'un comportement ne s'analyse pas juridiquement en une infraction constitue un moyen de défense de nature à écarter des poursuites consécutives à une infraction fondée sur le comportement en cause lorsque [l'auteur] agit en se fondant de manière raisonnable sur (...) une interprétation officielle de l'agent ou organe public investi par la loi de la responsabilité d'interpréter, administrer et faire respecter la loi définissant l'infraction. » (c'est moi qui souligne)

Selon ce que prévoyait le droit pénal matériel de la RDA ou de la RFA en matière d'erreur de droit, les actes des requérants pourraient alors être excusés (non justifiés !).

En pareil contexte, l'erreur de droit pourrait faire office de passerelle entre le sens objectif de la loi définissant l'infraction et la compréhension subjective de cette loi. Si cette dernière n'est pas entièrement subjective et arbitraire, en ce sens qu'elle est basée sur des éléments objectifs telles « la pratique de l'Etat », « l'interprétation officielle de l'agent public », ... concernées, l'erreur de droit peut devenir une excuse, c'est-à-dire, en droit allemand, « un motif d'exclusion de la culpabilité » (*Schuldausschliessungsgrund*).

L'invocation *subjective* par les requérants de la « pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits » signifierait en fait que, bien que réaliste au regard de la « pratique étatique de la RDA », l'interprétation schizophrénique, laissant complètement de côté les lois écrites, faite par eux (et par la RDA) du droit positif prévaudrait sur l'importance *objective* des définitions pertinentes des infractions dans le propre droit pénal de la RDA.

La présente espèce franchit toutefois au moins une étape supplémentaire dans cette direction. Les requérants ne se sont pas contentés de « se reposer » sur la « pratique étatique de la RDA ». Ils ont contribué à *créer* cette pratique étatique bien réelle d'impunité. Celle-ci n'était toutefois pas formalisée au travers d'instruments législatifs, au motif certainement que, vis-à-vis du monde extérieur, la RDA souhaitait maintenir l'image d'un Etat de droit. L'eût-elle été que la présente espèce se serait présentée sous un jour tout différent, puisqu'il aurait probablement fallu l'examiner au regard de l'article 7 § 2 de la Convention.

D'après leur propre droit pénal, les requérants étaient des participants à un large et systématique concert frauduleux tendant à écarter la signification objective des lois écrites. Autrement dit, ils ont contribué de manière dolosive à créer et maintenir une situation ambiguë dans laquelle la « pratique étatique » d'impunité, voire de récompense, pour les comportements criminels d'autres participants audit concert se trouvait en parfaite contradiction avec les termes formels des lois pénales pertinentes. La caractéristique distinctive de la présente espèce réside dans le fait que ce sont les requérants eux-mêmes qui étaient « [les] agent[s] ou [membres de l']organe public investi[s] par la loi de la responsabilité d'interpréter, administrer et faire respecter la loi définissant l'infraction ».

On a affaire en l'espèce à une situation autoréférentielle dans laquelle les personnes mêmes qui étaient investies de la responsabilité d'interpréter, administrer et faire respecter la loi définissant l'infraction diffusaient la « pratique étatique » qu'elles affirment aujourd'hui avoir été à l'origine de leur propre compréhension du droit et dans laquelle elles voient un motif d'excuse. Qui plus est, les requérants soutiennent que la pratique étatique de la RDA faisait partie intégrante de l'impunité objective régnant à l'époque et qu'il est dès lors inacceptable que l'on active *ex post* une responsabilité pénale pour leurs actes.

Il est clair que cela soulève la question de l'état de droit, et plus précisément de la légalité dans la sphère du droit pénal matériel. Si la Cour européenne des Droits de l'Homme avait admis, sous l'angle de l'article 7 § 1, que cette « pratique étatique » faisait partie intégrante de la « loi définissant l'infraction » ou si elle avait accueilli le moyen de défense tiré de l'erreur de droit en l'espèce, elle aurait validé cette auto-justification en circuit fermé, au mépris de l'état de droit.

Il est facile d'imaginer une affaire analogue dans laquelle les requérants seraient de hauts magistrats de la RDA qui auraient participé eux-mêmes à la création de la « pratique » judiciaire (jurisprudence) d'impunité. Dirions-nous alors que cet « élément d'interprétation judiciaire » (paragraphe 82 de l'arrêt) vaut « loi définissant l'infraction » ?

Ainsi que le juriste théoricien allemand von Ihering l'a souligné à juste titre, l'état de droit repose sur la signification *formelle* des libellés juridiques. Si l'on veut préserver l'état de droit, cette signification objective

doit demeurer indépendante et strictement séparée, en dernière analyse, de toute interprétation subjective et arbitraire, quelque généralisée que semblable interprétation puisse être dans le contexte d'une « pratique étatique » donnée. Cela est encore plus vrai si cette interprétation arbitraire régnante du « droit en (in)action » contredisant le droit écrit est le résultat d'une collusion entre les branches exécutives, législatives et judiciaires de l'Etat.

Maintenir la séparation du droit objectif et du droit subjectif est la seule façon de garantir que nul ne se trouve au-dessus des lois.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE LEVITS

(Traduction)

1. Je souscris aux conclusions figurant dans l'arrêt.

Néanmoins, je souhaiterais expliquer ma démarche sur deux points précis. Le premier concerne l'interprétation du droit sous les régimes démocratiques et sous les régimes non démocratiques (socialistes), ainsi que le traitement de ce problème après la transition vers la démocratie ; le second a trait à la notion de « crime contre l'humanité » en droit international.

I.

2. L'arrêt se fonde sur une interprétation du droit international (par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966) et du droit interne de la RDA (par exemple, la Constitution, la loi sur la police du peuple et d'autres lois). La Cour arrive à la conclusion que le comportement des requérants à l'époque pertinente était contraire tant au premier qu'au second (voir notamment les paragraphes 64, 72, 75, 102 et 104 de l'arrêt).

3. Les requérants contestent cette démarche (qui fut également suivie par les tribunaux allemands), excipant du fait qu'en RDA le droit international et le droit interne étaient interprétés et appliqués différemment (paragraphe 47 de l'arrêt), et qu'au regard de l'interprétation et de l'application qui en étaient faites, leur comportement n'avait rien d'illicite.

4. Il me paraît que cette objection soulève l'une des questions les plus importantes de la présente espèce, un point très important dans les situations où un régime antérieur non démocratique (par exemple socialiste) a été aboli pour être remplacé par un régime démocratique. Elle montre clairement que l'interprétation et l'application du droit dépendent de l'ordre politique général, à l'intérieur duquel le droit fonctionne comme un sous-système.

5. En fait, compte tenu de leur approche complètement différente de l'interprétation et de l'application du droit, les tribunaux de la RDA ne seraient jamais parvenus aux résultats auxquels ont abouti les tribunaux allemands après la réunification et la Cour en l'espèce s'ils avaient eu à appliquer les dispositions en cause de la Constitution de la RDA (articles 19 et 30), des autres lois concernées et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 12).

6. Les différences dans l'interprétation et l'application du droit entre les systèmes démocratiques et les systèmes socialistes couvrent tous les éléments importants du droit au sens large, et notamment les sources du droit, l'autonomie du raisonnement juridique, l'interprétation des normes juridiques (spécialement par des juges indépendants), les méthodes d'interprétation des normes juridiques, la hiérarchie des normes juridiques et le caractère contraignant du droit pour les autorités de l'Etat. En conséquence, les mêmes textes juridiques (la Constitution de la RDA ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) conduisent à des résultats différents selon qu'ils sont appliqués suivant telle ou telle méthode d'application du droit propre à l'ordre politique concerné.

7. Cela nous amène à la question de savoir si, après un changement au travers duquel un ordre politique socialiste devient démocratique, il est légitime d'appliquer l'« ancien » droit établi par le régime antérieur non démocratique suivant les méthodes d'interprétation et d'application du droit qui sont inhérentes à l'ordre politique démocratique nouveau.

8. Je tiens à souligner que, d'après moi, il n'y a pas de place pour d'autres solutions. Les Etats démocratiques ne peuvent autoriser leurs institutions à appliquer le droit – même s'il s'agit de règles antérieures édictées sous un régime prédémocratique – que d'une manière inhérente à l'ordre politique démocratique (au sens où cette notion est comprise dans les démocraties traditionnelles). Le recours à toute autre méthode d'application du droit (impliquant que l'on arrive à des résultats différents à partir des mêmes textes juridiques) porterait atteinte à la substance même de l'ordre public d'un Etat démocratique.

9. Les mêmes principes sont également valables en ce qui concerne l'interprétation et l'application des normes du droit international, telles celles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le pacte a été signé et ratifié par la plupart des Etats dans le monde – démocratiques et non démocratiques (y compris la RDA). Un Etat démocratique ne peut interpréter et appliquer cet instrument (et les autres normes juridiques internationales) que suivant les méthodes d'application du droit qui sont inhérentes à l'ordre politique démocratique. En l'espèce, c'est ce qu'ont fait les juridictions allemandes (voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, cité au paragraphe 22 de l'arrêt).

10. En conséquence, l'interprétation et l'application des normes juridiques nationales ou internationales suivant les méthodes propres aux régimes socialistes ou à d'autres régimes non démocratiques (avec des résultats intolérables pour un système démocratique) doivent, du point de vue d'un système démocratique, être considérées comme erronées. Cela vaut tant pour une appréciation *ex post facto* de la pratique juridique qui avait cours sous un régime non démocratique antérieur (comme en l'espèce, mais le problème peut évidemment se poser dans d'autres démocraties nouvelles) que pour l'appréciation de la pratique juridique actuelle (par exemple en ce

qui concerne le pacte) en vigueur dans tel ou tel régime non démocratique aujourd'hui. Cette pratique doit être regardée comme un détournement du droit. Une fois la transition vers un ordre politique démocratique accomplie, les personnes responsables ne sauraient justifier leur comportement en se retranchant derrière la manière « spécifique » dont le droit est interprété par les régimes non démocratiques.

11. D'après moi, c'est là une conclusion obligatoire résultant du caractère universel des droits de l'homme et des valeurs démocratiques, qui s'imposent à toutes les institutions démocratiques. A tout le moins depuis l'époque des procès de Nuremberg, cette conception de l'ordre démocratique est bien comprise dans le monde et donc prévisible pour tout un chacun.

12. C'est ce qu'attestent également, me semble-t-il, les conclusions du présent arrêt.

II.

13. Le paragraphe 107 de l'arrêt confirme que le comportement des requérants pourrait également être considéré, au regard de l'article 7 § 1 de la Convention, sous l'angle d'autres règles du droit international, et notamment de celles relatives aux crimes contre l'humanité, mais que, compte tenu des conclusions tirées par la Cour après une application des normes internationales en matière de droits de l'homme combinées avec les normes du droit interne de la RDA, il ne s'impose pas d'examiner cette question.

14. Je souscris en principe à cette démarche. Toutefois, si la Cour est parvenue à ses conclusions en l'espèce, c'est essentiellement parce que la Constitution et les autres lois de la RDA étaient formulées de manière fort convenable, dans un langage analogue à celui utilisé pour les dispositions constitutionnelles et légales des Etats démocratiques régis par l'état de droit (par exemple, les dispositions constitutionnelles relatives à la protection des droits de l'homme). L'intention du régime non démocratique de la RDA était en réalité tout autre. Les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme qui figuraient dans les Constitutions des anciens Etats socialistes revêtaient plutôt un caractère de propagande. Néanmoins, pour des raisons que j'estime impérieuses (je m'en suis expliqué ci-dessus), les tribunaux allemands et la Cour européenne ont « pris ces droits au sérieux » (Ronald Dworkin), en leur conférant le sens résultant du libellé de diverses normes juridiques interprétées suivant les méthodes d'application du droit propres aux systèmes démocratiques.

15. J'estime que la capacité des tribunaux des démocraties nouvellement établies à traiter de l'« héritage » des anciens régimes non démocratiques ne doit pas dépendre uniquement du libellé des normes juridiques des régimes non démocratiques, qui ont été formulées d'abord à des fins non pas juridiques mais plutôt de propagande.

16. L'arrêt laisse également la porte ouverte à un examen de comportements tels ceux qu'ont eus les requérants au regard de la notion d'infraction d'après le droit international (paragraphe 106 de l'arrêt).

17. A cet égard, je tiens à souligner l'évolution récente du droit international en ce qui concerne le renforcement de la protection des droits de l'homme, y compris les normes relatives aux crimes contre l'humanité. Nonobstant le fait que beaucoup de problèmes juridiques dans ce domaine ne sont pas encore entièrement résolus, le sens de l'évolution est évident.

18. Aussi fais-je mienne l'analyse convaincante de M. Loucaides qui, dans son opinion concordante, déclare estimer qu'à l'époque pertinente le comportement des requérants constituait une infraction d'après le droit interne, mais pouvait aussi être considéré comme une infraction d'après le droit international.