



Assemblée générale

Distr. générale
23 janvier 2017
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-neuvième session

Genève, 1^{er} mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017

Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité

Par Sean D. Murphy, Rapporteur spécial**

Table des matières

Chapitre

Page

Introduction	4
A. Point des travaux sur le sujet	4
B. Débat à la Sixième Commission en 2016	4
C. Objet et économie du présent rapport	6
I. Extradition	9
A. Extradition et crimes contre l'humanité	9
B. Dispositions relatives à l'extradition dans les traités visant des infractions particulières.	14
1. Double incrimination	14
2. Inclusion comme infraction pouvant donner lieu à extradition dans les traités existants et futurs	17
3. Exclusion de l'exception à l'extradition pour « infraction politique ».	19

* Deuxième nouveau tirage pour raisons techniques (12 avril 2017).

** Le Rapporteur spécial tient à remercier Anees Ahmed, Tae-Ung Baik, Robert Beckman, Robert Behlen, Joanna Buckley, Marta Bylica, Arturo Carrillo, Silvia Cartwright, Wen-Chen Chang, Sabin Chung, Julia Currie, Steven Freeland, Sarah Freuden, Sarah Fulton, Richard Goldstone, Hurst Hannum, Garrett Henderson, Yasushi Higashizawa, Nina Jørgensen, Nazhat Shameem Khan, Huna Kamir, Claus Krefß, Rena Lee, Amy Lindsay, Liu Daqun, Nora Mbagathi, Juan Mendez, Rahmat Mohamad, Nikhil Narayan, Lucy Reed, Hugo Relva, Eleanor Ross, Jason Ross, Leila Sadat, William Schabas, Kristin Shaulis, Kristin Smith, Jessica Sparano, Herb Somers, Kelisiana Thynne, Erin Torres, Edmund Wong et la George Washington University Law School International Human Rights Clinic pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans l'élaboration du présent rapport.



4.	Les États qui ont besoin d'un traité pour extraditer peuvent utiliser le présent projet d'articles	22
5.	Les États qui n'ont pas besoin d'un traité pour extraditer doivent utiliser le présent projet d'articles.	25
6.	Observation des autres prescriptions du droit interne de l'État requis.	25
7.	Cas où l'infraction est considérée comme ayant été commise dans l'État requérant.	28
8.	Extradition par un État requis de ses propres ressortissants	30
9.	Refus d'extraditer motivé par un risque de persécution.	30
10.	Consultation et coopération	33
C.	Projet d'article 11. Extradition.	34
II.	Non-refoulement	38
A.	Principe de non-refoulement	38
B.	Projet d'article 12. Non-refoulement.	43
III.	Entraide judiciaire	45
A.	Article concis relatif à l'entraide judiciaire	47
B.	Article détaillé relatif à l'entraide judiciaire.	48
1.	Obligation générale d'accorder l'entraide judiciaire	56
2.	Coopération lorsqu'un traité d'entraide judiciaire lie les États concernés.	60
3.	Coopération lorsqu'aucun traité d'entraide judiciaire ne lie les États concernés	63
C.	Projet d'article 13. Entraide judiciaire	70
IV.	Victimes, témoins et autres personnes touchées	78
A.	Aperçu	78
B.	Dépôt de plaintes par les victimes et d'autres personnes et protection des intéressés.	80
C.	Participation des victimes à la procédure pénale	86
D.	Réparation accordée aux victimes	89
E.	Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes	94
V.	Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes.	95
A.	Conflits possibles	95
B.	Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes	99
VI.	Obligations des États fédéraux	100
A.	Aperçu	100
B.	Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux	102
VII.	Mécanismes de suivi et règlement des différends.	103
A.	Mécanismes de suivi existants	103

B.	Mécanismes de suivi possibles au titre de la Convention	108
1.	Types d'institutions	109
2.	Types de procédure	112
C.	Règlement des différends interétatiques	117
1.	Négociation	120
2.	Arbitrage	122
3.	Règlement judiciaire	123
4.	Faculté de retrait exprès de la procédure de règlement des différends interétatiques	124
D.	Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques	126
VIII.	Autres questions	128
A.	Dissimulation de crimes contre l'humanité	128
B.	Immunité	132
C.	Amnistie	136
IX.	Préambule	143
X.	Clauses finales d'une convention	145
A.	Clauses finales dans les travaux de la Commission	145
B.	Conciliation des intérêts dans le contexte des réserves à un traité	146
C.	Approches adoptées au regard des réserves dans les traités existants	148
D.	Réserves dans le contexte d'une convention sur les crimes contre l'humanité	155
XI.	Programme de travail futur	157
157 Annexes		
I.	Texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission	158
II.	Texte des projets d'article et du projet de préambule proposés dans le troisième rapport	164

Introduction

A. Point des travaux sur le sujet

1. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Crimes contre l'humanité » à son programme de travail en cours et a nommé un Rapporteur spécial¹. À sa soixante-septième session, en 2015, elle a consacré un débat général au premier rapport du Rapporteur spécial et adopté à titre provisoire quatre projets d'article et les commentaires y relatifs².

2. À sa soixante-huitième session, en 2016, la Commission a tenu un débat général sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial et adopté à titre provisoire six nouveaux projets d'article et les commentaires y relatifs³.

B. Débat à la Sixième Commission en 2016

3. Au cours du débat tenu à la Sixième Commission en 2016, 39 États (dont un au nom des pays nordiques) ont abordé le sujet « Crimes contre l'humanité »⁴ et généralement souscrit aux travaux déjà menés par la Commission, soulignant l'intérêt général du sujet⁵ et accueillant favorablement les projets d'article adoptés à la soixante-huitième session⁶. De nombreux États ont de nouveau salué les mesures prises pour s'assurer que les travaux de la Commission n'entrent pas en conflit avec les instruments existants, en particulier avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998⁷. Dans le même esprit, plusieurs États se sont félicités que la Commission utilise dans certains cas des formulations similaires à celles employées

¹ Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 266.

² Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 113.

³ Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 79 à 83.

⁴ Les pays suivants ont présenté un exposé sur ce sujet devant la Sixième Commission : Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Brésil, Chili, Chine, Croatie, Cuba, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Islande (au nom des pays nordiques), Israël, Japon, Malaisie, Mexique, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Suisse, Tchéquie et Viet Nam.

⁵ Voir, par exemple, Croatie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Sixième Commission, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25)*, par. 47; et El Salvador, *ibid.*, par. 50.

⁶ Voir, par exemple, Tchéquie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 69; et Slovaquie, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 141.

⁷ Voir, par exemple, Argentine, *ibid.*, 29^e séance (A/C.6/71/SR.29), par. 85; Australie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 90; Allemagne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 35; Islande, au nom des pays nordiques, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 58; Mexique, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 14; Pérou, *ibid.*, 30^e séance (A/C.6/71/SR.30), par. 5; Portugal, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 92; Suisse, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 67; et Royaume-Uni, *ibid.*, par. 73.

dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁸, comme aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 5.

4. Plusieurs États ont salué l'insertion d'une obligation d'adopter des lois internes relatives aux crimes contre l'humanité⁹ et souligné combien il importait d'harmoniser les législations nationales¹⁰ pour parvenir à une solide coopération entre les États¹¹. Des États ont également accueilli favorablement l'approche adoptée par la Commission sur les questions de la responsabilité du supérieur hiérarchique¹², de l'impossibilité d'invoquer l'ordre d'un supérieur comme moyen de défense¹³ et de l'imprescriptibilité¹⁴. Parallèlement, certains États ont exprimé le sentiment que le projet d'article 7 sur l'obligation d'enquêter manquait de clarté¹⁵ et que la notion de « compétence universelle »¹⁶ et la responsabilité des personnes morales¹⁷ pourraient être analysées plus avant. En outre, certains États ont préconisé de s'intéresser à d'autres questions, comme l'extradition¹⁸, l'entraide judiciaire¹⁹, l'octroi de réparations aux victimes²⁰ et l'amnistie²¹, tandis que d'autres étaient d'avis que certaines questions, comme la juridiction civile²² ou les mécanismes de surveillance²³, ne devraient pas être abordées.

5. Plusieurs États ont indiqué qu'ils appuyaient l'idée de donner au présent projet d'articles la forme d'une nouvelle convention²⁴, tandis qu'un État a suggéré d'axer le projet sur l'élaboration de directives plutôt que d'un instrument contraignant²⁵. Un État a également dit craindre que les travaux sur le sujet ne risquent de faire

⁸ Voir, par exemple, Argentine, *ibid.*, 29^e séance (A/C.6/71/SR.29), par. 85; Irlande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/71/SR.27), par. 14; Roumanie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 74; et Slovénie, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 106.

⁹ Voir, par exemple, Australie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 90; Brésil, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 89; Hongrie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 78; et Islande, au nom des pays nordiques, *ibid.*, par. 58.

¹⁰ Voir, par exemple, Brésil, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 89.

¹¹ Voir, par exemple, Australie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 90; et Islande, au nom des pays nordiques, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 58.

¹² Voir, par exemple, Chili, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 98; Croatie, *ibid.*, par. 48; et Suisse, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 66.

¹³ Voir, par exemple, Chili, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 98; et Suisse, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 66.

¹⁴ Voir, par exemple, Chili, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 99; Roumanie, *ibid.*, par. 74; et Espagne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 4.

¹⁵ Voir, par exemple, Espagne, *ibid.*, par. 7.

¹⁶ Voir, par exemple, Hongrie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 82.

¹⁷ Voir, par exemple, Tchéquie, *ibid.*, par. 69; Hongrie, *ibid.*, par. 81; et Mexique, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 18.

¹⁸ Voir, par exemple, Espagne, *ibid.*, par. 3; et Suisse, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 67.

¹⁹ Voir, par exemple, Mexique, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 19; Pays-Bas, *ibid.*, par. 40; et Portugal, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 93.

²⁰ Voir, par exemple, Pologne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 54.

²¹ Voir, par exemple, Espagne, *ibid.*, par. 3.

²² Voir, par exemple, Royaume-Uni, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 73.

²³ Voir, par exemple, Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 43; et Mexique, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 15.

²⁴ Voir, par exemple, Croatie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 47; Égypte, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/71/SR.23), par. 42; Hongrie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 78; et Allemagne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 34.

²⁵ Voir Malaisie, *ibid.*, par. 66.

double emploi avec les régimes existants²⁶. Certains États ont relevé que plusieurs États avaient entrepris, de leur côté, d'élaborer une convention portant sur l'entraide judiciaire et l'extradition dans le contexte des crimes graves de portée internationale en général, et ont encouragé la Commission à engager un dialogue avec les parties prenantes à cette initiative²⁷. Un État a encouragé la Commission à achever ses travaux sur ce sujet « le plus rapidement possible »²⁸.

C. Objet et économie du présent rapport

6. Notre propos dans le présent rapport est d'aborder de nouvelles questions en rapport avec le sujet, de proposer un texte susceptible de servir de préambule dans l'hypothèse où le présent projet d'articles prendrait la forme d'une convention, et d'examiner la possibilité d'élaborer des clauses finales pour une telle convention. Nous envisagerons ici les questions suivantes : les droits, obligations et procédures applicables dans le contexte de l'extradition de l'auteur présumé d'une infraction; l'obligation de non-refoulement lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'une personne risque d'être victime d'un crime contre l'humanité; les droits, obligations et procédures applicables en matière d'entraide judiciaire; la participation et la protection des victimes, des témoins et d'autres personnes dans le cadre des procédures entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles; les réparations à offrir aux victimes; les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes; les obligations des États fédéraux; les mécanismes de suivi et le règlement des différends; un projet de préambule; et d'autres questions pour lesquelles il n'est pas formulé de propositions.

7. Le chapitre I sera l'occasion d'analyser les droits, obligations et procédures applicables dans le contexte de l'extradition de l'auteur présumé d'une infraction, en se fondant sur les différents types de dispositions relatives à l'extradition figurant dans les traités visant des infractions spécifiques. Dans certains traités, les dispositions sur le sujet, peu détaillées, prévoient l'obligation générale de considérer les infractions visées dans le traité comme des infractions dont l'auteur peut être extradé dans les traités d'extradition déjà conclus par un État et dans tout futur traité d'extradition que celui-ci pourrait conclure. D'autres traités contiennent des dispositions plus détaillées sur le sujet, qui prévoient la possibilité d'utiliser le traité lui-même comme base de l'extradition et abordent un large éventail de questions qui peuvent se poser dans le contexte de l'extradition, telles que : l'inapplicabilité de l'exception pour infraction politique; le respect des conditions prévues par le droit interne dans la procédure d'extradition; l'extradition par un État de ses propres ressortissants; l'interdiction de l'extradition lorsque la personne réclamée risque, une fois extradée, de subir des persécutions; et les obligations en matière de consultation et de coopération. Pour conclure le chapitre I, nous proposerons un projet d'article traitant de ces éléments dans le contexte des crimes contre l'humanité.

²⁶ Voir Inde, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/71/SR.27), par. 40.

²⁷ Voir, par exemple, Argentine, *ibid.*, 29^e séance (A/C.6/71/SR.29), par. 85; Chili, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/71/SR.25), par. 100; Irlande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/71/SR.27), par. 16; et Pays-Bas, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26), par. 41.

²⁸ Voir Royaume-Uni, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/71/SR.24), par. 73.

8. Dans le chapitre II, nous étudierons le principe de non-refoulement. Ce principe, qui désigne l'interdiction de refouler une personne vers un territoire lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être exposée à une atteinte codifiée, figure dans un large éventail d'instruments, notamment des conventions traitant des réfugiés et de l'asile, des droits de l'homme et du droit pénal. Ces instruments prévoient que le principe de non-refoulement s'applique lorsqu'il y a des motifs sérieux de penser que l'intéressé, en cas de renvoi, risquerait d'être persécuté ou de subir une autre atteinte codifiée, dont la nature varie selon l'objet du traité. S'il existe quelques exceptions au principe de non-refoulement dans les conventions relatives aux réfugiés, notamment pour des raisons tenant à la sécurité nationale, il n'en existe pas dans les traités relatifs aux droits de l'homme les plus récents. Pour conclure le chapitre II, nous proposerons un projet d'article prévoyant une obligation de non-refoulement dans le contexte des crimes contre l'humanité.

9. Dans le chapitre III, nous étudierons quels sont les droits et obligations des États en matière d'entraide judiciaire dans les procédures pénales, en nous appuyant sur les différents types de dispositions relatives à l'entraide judiciaire figurant dans les traités. Certains traités contiennent des dispositions concises sur le sujet, prévoyant l'obligation générale de se prêter l'assistance la plus large possible. Les traités qui contiennent des dispositions plus détaillées imposent certaines obligations générales à tous les États parties, mais comprennent aussi un ensemble de dispositions qui constituent un « minitraité d'entraide judiciaire », qui établit les dispositions fondamentales relatives à l'entraide judiciaire sur lesquelles les deux États concernés doivent se fonder lorsqu'il n'existe entre eux aucun autre traité en vigueur en la matière (ou lorsqu'ils choisissent d'utiliser ce minitraité pour faciliter la coopération entre eux). Le minitraité d'entraide judiciaire règle des questions telles que : le transfèrement de personnes détenues vers un autre État aux fins de témoignage; la désignation d'une autorité centrale chargée de traiter les demandes d'entraide; l'utilisation de la vidéoconférence pour l'audition des témoins; et les motifs recevables et irrecevables de refus d'une demande d'entraide judiciaire. Pour conclure le chapitre III, nous proposerons un projet d'article sur l'entraide judiciaire adapté au contexte des crimes contre l'humanité.

10. Au chapitre IV sera abordée la question de la participation et de la protection des victimes, des témoins et d'autres personnes aux procédures dans le contexte du présent projet d'articles, ainsi que la question des réparations à offrir aux victimes. Bien que dans le passé, les traités relatifs aux infractions de droit interne ne contenaient généralement pas de dispositions concernant les victimes et les témoins, de telles dispositions figurent dans les traités les plus récents. Ces traités abordent généralement la question de la protection des victimes et des témoins, ainsi que des réparations à offrir aux victimes; ils traitent aussi parfois de la participation des victimes aux procédures judiciaires engagées contre l'auteur présumé d'une infraction. Pour conclure le chapitre IV, nous proposerons un projet d'article sur ces questions.

11. Le chapitre V envisagera les relations entre le présent projet d'articles et les droits et obligations des États envers les juridictions pénales internationales compétentes, comme la Cour pénale internationale. D'une façon générale, le présent projet d'articles a été élaboré dans le souci d'éviter tout conflit entre eux. Pour éviter tout conflit qui n'aurait pas été anticipé, cependant, il serait utile qu'une disposition indique clairement que les droits ou obligations conférés à un État par

l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente priment les droits et obligations de l'État énoncés dans le présent projet d'articles. On conclura le chapitre V en proposant le texte d'un projet d'article correspondant.

12. Le chapitre VI traitera des obligations des États fédéraux. On y examinera la pratique de certains États qui, lors de la signature ou de la ratification d'un traité, font une déclaration unilatérale visant à exclure son application sur une partie de leur territoire. Ces dernières années, de telles déclarations ont été perçues de façon suffisamment négative pour que soient prévus dans certains traités des articles excluant la possibilité pour les États de faire de telles déclarations. On conclura le chapitre VI en proposant un projet d'article sur ce point.

13. Au chapitre VII seront abordés les mécanismes de suivi et le règlement des différends. Il existe déjà différents mécanismes de suivi qui permettent de surveiller les situations de crimes contre l'humanité, en tant que telles ou du point de vue des types de violations (par exemple la torture) qui peuvent avoir lieu lors de la commission de tels crimes. Si des États souhaitent établir un nouveau mécanisme de suivi, de nombreux traités, notamment les traités relatifs aux droits de l'homme, prévoient la création d'un organe chargé du suivi. Celui-ci peut prendre la forme d'un comité, d'une commission, d'une cour ou d'une réunion des États parties. De nombreux traités prévoient également des clauses relatives au règlement des différends. Ces clauses visent généralement à faire obligation aux États parties de négocier entre eux lorsqu'un différend les oppose. En cas d'échec des négociations, elles prévoient d'autres procédures, contraignantes, de règlement des différends, telles que l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice. On conclura le chapitre VII en proposant un projet d'article relatif au règlement des différends.

14. Au chapitre VIII seront abordées d'autres questions qui se sont faites jour au cours des débats tenus par la Commission sur le sujet du présent rapport, en particulier les questions de la dissimulation des crimes contre l'humanité, de l'immunité et de l'amnistie.

15. Le chapitre IX contient un projet de préambule exposant les considérations fondamentales qui ont motivé l'élaboration du présent projet d'articles.

16. Le chapitre X traitera de la question des dispositions finales, dans l'hypothèse où le présent projet d'articles prendrait la forme d'une convention. La Commission n'a pas pour pratique de faire figurer des dispositions finales dans ses projets d'articles et il n'est donc pas fait de proposition à cet égard. Néanmoins, nous aborderons dans ce chapitre les différentes options s'offrant aux États s'agissant d'une disposition finale relative aux réserves.

17. Dans le chapitre XI sera exposé le programme de travail futur sur ce sujet, qui propose qu'une première lecture soit achevée en 2017 et une seconde lecture en 2019.

18. On a jugé bon de reproduire, à l'annexe I du présent rapport, le texte des dix projets d'article provisoirement adoptés par la Commission à ce jour. L'annexe II contient le texte des sept projets d'article et du projet de préambule proposés dans le présent rapport.

Chapitre I

Extradition

A. Extradition et crimes contre l'humanité

19. Dans sa résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973, l'Assemblée générale des Nations Unies a souligné l'importance de la coopération internationale dans l'extradition des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes contre l'humanité, lorsque celle-ci est nécessaire pour garantir leur poursuite et leur châtement. L'Assemblée générale a indiqué à ce sujet que : « [l]es États se prêtent mutuellement leur concours en vue du dépistage, de l'arrestation et de la mise en jugement des individus soupçonnés d'avoir commis de tels crimes, ainsi que de leur châtement s'ils sont reconnus coupables » (par. 4). De plus, « [l]es individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis [...] des crimes contre l'humanité doivent être traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés, en règle générale, dans les pays où ils ont commis ces crimes. À cet égard, les États coopèrent pour tout ce qui touche à l'extradition de ces individus » (par. 5). En outre, « [l]es États ne prennent aucune mesure législative ou autre qui pourrait porter atteinte aux obligations internationales qu'ils ont assumées en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de [...] crimes contre l'humanité » (par. 8). En 2001, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a réaffirmé les principes énoncés dans la résolution 3074²⁹ de l'Assemblée générale et demandé instamment à « tous les États de coopérer en vue de rechercher, arrêter, de juger ou extradier, et de condamner les personnes coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité »³⁰.

20. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 du présent projet d'articles dispose que chaque État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas. Lorsque l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur un territoire placé sous la juridiction d'un État et qu'il a été mis en détention provisoire, l'État en question est tenu, conformément au paragraphe 3 du projet d'article 8, d'aviser les autres États ayant compétence pour le poursuivre, ce qui peut amener ces États à réclamer son extradition. De plus, le projet d'article 9 fait obligation à l'État concerné de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas l'intéressé à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente.

²⁹ Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Coopération internationale en ce qui concerne la recherche, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, résolution 2001/22 du 16 août 2001, cinquante-troisième session (E/CN.4/SUB.2/RES/2001/22), par. 3. Dans sa résolution, la Sous-Commission a repris en grande partie les principes énoncés par l'Assemblée générale, en y apportant toutefois des modifications.

³⁰ Ibid., par. 2.

21. Ainsi, lorsque l'auteur présumé d'une infraction se trouve sous la juridiction d'un État, il peut être extradé vers un autre État aux fins de poursuites³¹. Le cas échéant, il est utile que les droits, obligations et procédures en matière d'extradition soient clairement établis. À ce jour, il n'existe pas de convention internationale ou régionale qui traite exclusivement de l'extradition des auteurs présumés de crimes contre l'humanité. Les auteurs de tels crimes sont extradés en application des dispositions (droits, obligations et procédures) définies par les accords d'extradition multilatéraux³² ou bilatéraux³³ visant les infractions en général, lorsque de tels accords existent entre l'État requérant et l'État requis, ou conformément aux lois ou politiques nationales lorsque l'État requis les juge suffisantes.

22. Les accords d'extradition multilatéraux et bilatéraux visant les infractions en général n'ont pas permis d'assurer une couverture universelle. Le Traité type d'extradition des Nations Unies a été conçu en 1990 pour aider les États à élaborer des accords d'extradition bilatéraux qui puissent porter sur un large éventail d'infractions³⁴, mais chaque État ne conclut pas de tels accords avec tous les autres. La plupart des États ont des accords d'extradition avec quelques pays seulement, et n'ont pas de relations conventionnelles en matière d'extradition avec de nombreux autres États. Cependant, de nombreux États refusent d'extrader en l'absence d'accord d'extradition.

23. En conséquence, l'approche qui a été adoptée pour de nombreux traités visant une infraction particulière comme la torture, la corruption ou la disparition forcée consiste à incorporer au traité un article énonçant de manière assez détaillée les droits, obligations et procédures qui régiront l'extradition entre les États en ce qui concerne l'infraction en question en l'absence de tout autre traité d'extradition applicable. On constate qu'il existe, dans les traités visant une infraction particulière, deux grands types de dispositions relatives à l'extradition. Les premières sont des dispositions assez concises, dont on trouve des exemples à l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 (qui contient quatre paragraphes seulement) et à l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 (qui contient sept paragraphes).

24. Les secondes sont des dispositions plus détaillées, dont on trouve des exemples à l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000 et à l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2005, deux articles très semblables l'un à l'autre et composés respectivement de 17 et 18 paragraphes. L'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se lit comme suit :

³¹ Le présent chapitre ne traite pas des procédures concernant la remise à une juridiction pénale internationale compétente, lesquelles seraient régies par les instruments pertinents concernant la juridiction en question.

³² Voir, par exemple, la Convention européenne d'extradition de 1957; voir également la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *Journal officiel des Communautés européennes*, L 190, 18 juin 2002, p. 1.

³³ Voir, de manière générale, M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law, Volume II : Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, vol. II, 3^e ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; et D. A. Sadoff, *Bringing International Fugitives to Justice: Extradition and its Alternatives*, Cambridge University Press, 2016.

³⁴ Résolution 45/116 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 52/88 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1997).

Article 44
Extradition

1. Le présent article s'applique aux infractions établies conformément à la présente Convention lorsque la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État Partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État Partie requérant et de l'État Partie requis.
2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un État Partie dont la législation le permet peut accorder l'extradition d'une personne pour l'une quelconque des infractions visées par la présente Convention qui ne sont pas punissables en vertu de son droit interne.
3. Si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions distinctes, dont au moins une donne lieu à extradition en vertu du présent article et dont certaines ne donnent pas lieu à extradition en raison de la durée de l'emprisonnement mais ont un lien avec des infractions établies conformément à la présente Convention, l'État Partie requis peut appliquer le présent article également à ces infractions.
4. Chacune des infractions auxquelles s'applique le présent article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États Parties en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États Parties s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux. Un État Partie dont la législation le permet, lorsqu'il se fonde sur la présente Convention pour l'extradition, ne considère aucune des infractions établies conformément à la présente Convention comme une infraction politique.
5. Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique.
6. Un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité :
 - a) Au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention, indique au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États Parties; et
 - b) S'il ne considère pas la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États Parties afin d'appliquer le présent article.
7. Les États Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.
8. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État Partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris,

notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État Partie requis peut refuser l'extradition.

9. Les États Parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article.

10. Sous réserve des dispositions de son droit interne et des traités d'extradition qu'il a conclus, l'État Partie requis peut, à la demande de l'État Partie requérant et s'il estime que les circonstances le justifient et qu'il y a urgence, placer en détention une personne présente sur son territoire dont l'extradition est demandée ou prendre à son égard d'autres mesures appropriées pour assurer sa présence lors de la procédure d'extradition.

11. Un État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction, s'il n'extrade pas cette personne au titre d'une infraction à laquelle s'applique le présent article au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants, est tenu, à la demande de l'État Partie requérant l'extradition, de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Lesdites autorités prennent leur décision et mènent les poursuites de la même manière que pour toute autre infraction grave en vertu du droit interne de cet État Partie. Les États Parties intéressés coopèrent entre eux, notamment en matière de procédure et de preuve, afin d'assurer l'efficacité des poursuites.

12. Lorsqu'un État Partie, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extraditer ou remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État Partie et l'État Partie requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au paragraphe 11 du présent article.

13. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État Partie requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État Partie requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée conformément au droit interne de l'État Partie requérant, ou le reliquat de cette peine.

14. Toute personne faisant l'objet de poursuites en raison de l'une quelconque des infractions auxquelles le présent article s'applique se voit garantir un traitement équitable à tous les stades de la procédure, y compris la jouissance de tous les droits et de toutes les garanties prévus par le droit interne de l'État Partie sur le territoire duquel elle se trouve.

15. Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que

donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

16. Les États Parties ne peuvent refuser une demande d'extradition au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales.

17. Avant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, s'il y a lieu, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

18. Les États Parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

25. Nous analyserons dans la section ci-après les éléments fondamentaux qui sont traités dans les deux types de dispositions – concises et détaillées – relatives à l'extradition. On trouvera à la fin du présent chapitre un projet d'article, intitulé « Extradition », composé de 13 paragraphes. Le texte proposé est largement inspiré de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Cette Convention, à laquelle 181 États sont actuellement parties, donne de très nombreuses indications sur les droits, obligations et procédures pertinents en matière d'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité, et ses dispositions sont déjà bien comprises grâce aux guides et autres ressources détaillées que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD) a élaborés³⁵. En outre, le projet d'article relatif à l'entraide judiciaire qui est proposé dans le présent rapport (voir le chapitre III ci-dessous) est également inspiré de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et certaines des structures institutionnelles dont la mise en place est préconisée à cet égard, comme les points de contact nationaux, pourraient être mises à profit pour faciliter l'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité. Des modifications de forme et de fond doivent toutefois être apportées au texte de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption pour l'adapter au contexte du présent projet d'articles.

³⁵ Voir, par exemple, ONUDD, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, deuxième édition révisée, 2012, à consulter à l'adresse : www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/legislative-guide.html; ONUDD, *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, 2009, à consulter à l'adresse : www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/technical-guide.html; et ONUDD, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, publication des Nations Unies (numéro de vente : F.10.V.13), à consulter à l'adresse : www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/travaux-preparatoires.html. On trouvera d'autres ouvrages de référence à l'adresse : www.unodc.org/unodc/en/corruption/publications.html. L'ONUDD a élaboré des publications similaires au sujet de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui contient de nombreuses dispositions analogues à celles de la Convention des Nations Unies contre la corruption dans son article consacré à l'extradition. Voir, par exemple, ONUDD, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*, publication des Nations Unies (numéro de vente : F.05.V.2), à consulter à l'adresse : www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html; et le Rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée sur les travaux de ses première à onzième sessions, Additif – Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1).

26. Il est à noter que les traités d'extradition ne prévoient généralement pas, en cas de demandes d'extradition concurrentes, lequel des États requérants doit avoir la priorité, le cas échéant. Par exemple, le Traité type d'extradition dispose seulement, dans son article 16, que : « [s]i une Partie reçoit des demandes d'extradition concernant le même individu, adressées par l'autre Partie et par un État tiers, elle sera libre de décider vers lequel de ces deux États l'intéressé sera extradé »³⁶. Certains instruments indiquent quels éléments sont à prendre en considération mais laissent l'État requis décider en dernier ressort³⁷. Dans une situation donnée, un certain nombre de facteurs peuvent laisser penser qu'un État requérant ou un autre est le mieux placé pour exercer les poursuites, mais l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction peut en tout état de cause choisir de soumettre l'affaire à ses propres autorités compétentes aux fins de poursuites plutôt que d'extrader. Le présent rapport ne propose pas d'incorporer dans le projet d'articles une disposition relative au concours de demandes d'extradition.

B. Dispositions relatives à l'extradition dans les traités visant des infractions particulières

27. Comme il est indiqué dans la section précédente, les traités qui portent sur une infraction particulière comme la torture, la corruption ou la disparition forcée contiennent habituellement des dispositions décrivant les droits, obligations et procédures qui régiront l'extradition entre les États parties en ce qui concerne l'infraction en question. Bien qu'il existe une certaine diversité parmi ces traités, ceux dont les dispositions relatives à l'extradition sont détaillées présentent en général des éléments communs, qui sont analysés ci-après.

1. Double incrimination

28. L'un des éléments figurant parfois dans ce type de traités est la règle de la « double incrimination », qui veut que les obligations en matière d'extradition naissent uniquement lorsque le comportement à l'origine de la demande d'extradition est considéré comme criminel tant dans l'État requérant que dans l'État requis³⁸. Une disposition de ce type est généralement incorporée au traité dans deux situations particulières.

29. Premièrement, une telle disposition est habituellement incorporée dans les traités d'extradition de portée générale, c'est-à-dire les traités qui pourraient viser un large éventail de comportements. Dans ce type de situations, un État requis peut ne pas souhaiter se voir imposer d'obligations en matière d'extradition face à un

³⁶ Traité type d'extradition (voir *supra*, note 34), art. 16.

³⁷ Voir, par exemple, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 ... (*supra*, note 32), art. 16, p. 7.

³⁸ Voir, par exemple, M. C. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, sixième édition, Oxford University Press, 2014, p. 500 (« La double incrimination désigne le fait que le comportement de la personne réclamée soit qualifié de criminelle à la fois dans la législation de l'État requérant et dans celle de l'État requis. La réciprocité de l'incrimination est considérée comme une condition de fond pour accorder l'extradition. »); et UNODC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Part One: Revised Manual on the Model Treaty on Extradition*, p. 10, par. 20 (« La règle de la double incrimination, c'est-à-dire l'incrimination de la conduite pour laquelle l'extradition est demandée à la fois par la législation de l'État requérant et celle de l'État requis, est un principe profondément ancré dans le droit de l'extradition » [traduction du Secrétariat]).

comportement qu'il ne considère pas comme criminel. La règle de la double incrimination est alors incorporée au traité afin qu'il n'y ait d'obligations en matière d'extradition que si le comportement en question est incriminé dans les deux États.

30. Deuxièmement, la règle de la double incrimination est habituellement incorporée dans les traités visant un type d'infractions particulier lorsque l'instrument prévoit à la fois des infractions dont l'établissement est impératif et d'autres dont l'établissement est facultatif, avec pour conséquence qu'un comportement peut être qualifié d'infraction dans un État et pas dans un autre. Par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit à la fois des infractions dont l'établissement est impératif (art. 15 et 16 (par. 1) et art. 17, 23 et 25) et des infractions dont l'établissement est facultatif (art. 16 (par. 2) et art. 18 à 22 et 24). Dans cette Convention, les dispositions relatives à la double incrimination, qui correspondent aux trois premiers paragraphes de l'article 44³⁹, ont essentiellement pour objet de permettre à un État partie de refuser une extradition demandée à raison d'une infraction dont l'établissement est facultatif⁴⁰. Cela étant, la condition de la double incrimination est normalement remplie entre les États parties pour tous les comportements dont la Convention impose l'incrimination⁴¹.

31. À l'inverse, les traités visant un type particulier d'infractions dont l'établissement est impératif n'énoncent généralement pas la règle de la double incrimination. Ainsi, des instruments comme la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui définissent des infractions spécifiques et font obligation aux États parties de prendre les mesures nécessaires pour qu'elles soient inscrites dans leur droit pénal, n'intègrent pas la règle de la double incrimination dans leurs dispositions relatives à l'extradition. La raison en est que lorsqu'une demande d'extradition est formulée au titre de l'une ou l'autre de ces conventions, l'infraction qui la motive devrait déjà être inscrite dans le droit pénal des deux États parties, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de vérifier que la condition de double incrimination est remplie. Une autre raison tient au fait que de tels traités ne prévoient d'ordinaire pas d'obligation absolue d'extrader, mais une obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), ce qui signifie que l'État

³⁹ Voir aussi la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 1 et 2 (« 1. Le présent article s'applique aux infractions visées par la présente Convention ou dans les cas où un groupe criminel organisé est impliqué dans une infraction visée à l'alinéa *a* ou *b* du paragraphe 1 de l'article 3 et que la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État Partie requérant et de l'État partie requis.

2. Si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions graves distinctes, dont certaines ne sont pas visées par le présent article, l'État Partie requis peut appliquer également cet article à ces dernières infractions. »).

⁴⁰ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (voir *supra*, note 35), p. 152, par. 556 (« Pour les infractions dont l'établissement est facultatif et que certains États parties auront peut-être créés et d'autres non, [la double incrimination] peut constituer un obstacle à l'extradition. Aussi peut-on considérer que le paragraphe 2 de l'article 44 encourage les parties à accorder l'extradition en l'absence de double incrimination, si leur droit le permet. »).

⁴¹ *Ibid.*

requis peut toujours choisir de ne pas extraditer à condition de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

32. Le présent projet d'articles relatifs aux crimes contre l'humanité définit le crime contre l'humanité dans le projet d'article 3 et, sur la base de cette définition, demande, aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 5, que chaque État veille à ce que les « crimes contre l'humanité » constituent des « infractions » au regard de son droit pénal⁴². Dès lors, lorsqu'un État adresse une demande d'extradition à un autre État pour une infraction visée dans le projet d'article 5, l'infraction est criminelle dans les deux États; la condition de la double incrimination est donc automatiquement remplie.

33. Le paragraphe 4 du projet d'article 3 prévoit que la définition de l'infraction « est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale » mais, aux fins des présents projets d'articles, l'« infraction » de « crimes contre l'humanité » est telle que définie aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 5. Toute définition plus large des « crimes contre l'humanité » prévue par tout instrument international ou loi nationale n'est pas une « infraction » visée dans le projet d'article 5.

34. Le paragraphe 7 du projet d'article 5 traite de la responsabilité des personnes morales à l'égard des « infractions » visées dans le projet d'article 5 (aux paragraphes 1 à 3), et indique que cette responsabilité « peut être pénale, civile ou administrative ». Il peut donc exister des différences dans le droit interne des États pour ce qui touche à la responsabilité des personnes morales. Toutefois, ces différences ne concernent pas les « infractions » de « crimes contre l'humanité » mais plutôt la responsabilité des personnes morales à l'égard de ces infractions. Quoi qu'il en soit, les procédures d'extradition portent sur le transfert de personnes physiques.

35. Le paragraphe 1 du projet d'article 6 prévoit différents cas pour ce qui est de l'établissement de la compétence à l'égard des auteurs d'infraction. Cela étant, dans le contexte d'une demande d'extradition, l'État requis est l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé, qui relève du paragraphe 2 du projet d'article 6, qui lui ne prévoit pas plusieurs cas. Même si l'État requérant cherche à exercer un type de compétence nationale que l'État requis n'a pas établi (par exemple la compétence basée sur la nationalité de la victime), le point à retenir est que *l'infraction* en question est considérée comme criminelle à la fois dans l'État requérant et dans l'État requis. L'État requis peut choisir de ne pas extraditer s'il n'approuve pas le type de compétence nationale que l'État requérant cherche à exercer, mais il doit alors impérativement soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites, conformément au projet d'article 9.

36. Compte tenu de ce qui précède, il ne semble pas utile de faire figurer dans un projet d'article relatif à l'extradition une règle de double incrimination pareille à celle énoncée dans les trois premiers paragraphes de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

⁴² Le paragraphe 4 du projet d'article 3 dispose que le projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou toute loi nationale. Une demande d'extradition motivée par une infraction présumée qui n'entre pas dans le champ des paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3, cependant, ne saurait être considérée comme étant motivée par une infraction relevant du projet d'article 5.

2. Inclusion comme infraction pouvant donner lieu à extradition dans les traités existants et futurs

37. Un deuxième élément qui figure souvent dans les traités portant sur une infraction spécifique est l'obligation pour les États parties de considérer l'infraction visée par le traité comme une infraction pouvant donner lieu à extradition à la fois dans les traités d'extradition existants et dans tout futur traité d'extradition conclu entre les États parties⁴³.

38. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose que : « [L]es infractions visées à l'article 4 sont de plein droit comprises dans tout traité d'extradition conclu entre les États Parties. Les États Parties s'engagent à comprendre lesdites infractions dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. ».

39. Dans le même ordre d'idées, les paragraphes 2 et 3 de l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévoient ce qui suit :

2. Le crime de disparition forcée est de plein droit compris au nombre des infractions donnant lieu à extradition dans tout traité d'extradition conclu entre des États Parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention.

3. Les États Parties s'engagent à inclure le crime de disparition forcée au nombre des infractions qui justifient l'extradition dans tout traité d'extradition à conclure par la suite entre eux⁴⁴.

40. On trouve des dispositions analogues dans les instruments suivants : la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁴⁵; la

⁴³ Voir l'article 7 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection spéciale, *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 347 et 348; et l'article 10 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 33 et 34. Voir également J. J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law: Commentary on the Hostages Convention 1979*, Cambridge University Press 1990, p. 229; et J. H. Burgers et H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrech, Martinus Nijhoff, 1988, p. 138, 139 et 238.

⁴⁴ Au moment de la rédaction de ces articles, certains se sont inquiétés de ce qu'il pourrait ne pas être « possible d'engager des États parties à inclure la disparition forcée au nombre des infractions qui justifient l'extradition dans tout traité d'extradition auquel ils souscriv[ai]ent (art. 13, par. 3), étant donné que le ou les autres parties contractantes, si elles n'étaient pas parties à l'instrument, pouvaient ne pas être d'accord » (Commission des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 110). Il a été suggéré de modifier la formulation, ou de reprendre la formulation utilisée aux paragraphes 1 et 3 de l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ibid., par. 110 à 114). Le texte définitif du paragraphe 3 de l'article 13 reprend la formulation du paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« Les États Parties s'engagent à comprendre [...] »).

⁴⁵ Article 8, par. 1 (« L'infraction est de plein droit comprise comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractants s'engagent à comprendre l'infraction comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. »).

Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile⁴⁶; la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁴⁷; la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages⁴⁸; la Convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁴⁹; la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁵⁰; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁵¹; et divers traités régionaux⁵². Il est également à noter que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) de la Commission dispose, au paragraphe 1 de son article 10, que « [s]i les crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20 ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les États parties, ils sont réputés y figurer à ce titre. Les États parties s'engagent à faire figurer ces crimes comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »⁵³.

⁴⁶ Article 8, par. 1 (« Les infractions sont de plein droit comprises comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractants s'engagent à comprendre les infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. »).

⁴⁷ Article 8, par. 1 (« Pour autant que les infractions prévues à l'article 2 ne figurent pas sur la liste de cas d'extradition dans un traité d'extradition en vigueur entre les États parties, elles sont considérées comme y étant comprises. Les États parties s'engagent à comprendre ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. »). Pour l'analyse de cette disposition par la Commission, voir *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 347, par. 1 à 3.

⁴⁸ Article 10, par. 1 (« Les infractions prévues à l'article premier sont de plein droit comprises comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États parties. Les États parties s'engagent à comprendre ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. »).

⁴⁹ Article 15, par. 1 (« Si les infractions visées à l'article 9 ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les États parties, elles sont réputées y figurer à ce titre. Les États parties s'engagent à faire figurer ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. »).

⁵⁰ Article 9, par. 1 (« Les infractions prévues à l'article 2 sont de plein droit considérées comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États Parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention. Les États Parties s'engagent à considérer ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure par la suite entre eux. »).

⁵¹ Article 16, par. 3 (« Chacune des infractions auxquelles s'applique le présent article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États Parties en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États Parties s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux. »).

⁵² Voir l'article 13 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture de 1985, dont la partie pertinente se lit comme suit : « Le crime visé à l'article 2 est réputé inclus dans les crimes qui donnent lieu à extradition dans tout traité que les États parties ont déjà conclus entre eux. Ces États s'obligent à inclure ce crime au nombre des infractions donnant lieu à extradition dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux à l'avenir »; l'article V de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes de 1994, dont la partie pertinente se lit comme suit : « La disparition forcée est considérée comme incluse au nombre des délits qui donnent lieu à l'extradition dans tout traité sur l'extradition conclu entre les États parties »; et le paragraphe 2 de l'article XIII de la Convention de 2007 de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) contre le terrorisme, dont la partie pertinente se lit comme suit : « Les infractions visées à l'article II de la présente Convention sont réputées incluses en tant qu'infractions pouvant donner lieu à extradition dans tout traité d'extradition existant entre toutes Parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention » [traduction du Secrétariat].

⁵³ *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 33.

41. Le paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient un libellé similaire et pourrait servir de point de départ pour un des paragraphes d'un projet d'article sur l'extradition (voir le paragraphe 1 du projet d'article 11 ci-dessous). Cette même disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit également l'interdiction d'invoquer l'exception de l'« infraction politique », dont il sera question dans la section ci-après.

3. Exclusion de l'exception à l'extradition pour « infraction politique »

42. Un troisième élément qui figure habituellement dans les traités visant une infraction spécifique est l'exclusion de l'exception pour « infraction politique » dans le cas de certains crimes, qui signifie que l'extradition doit avoir lieu même si l'infraction motivant la demande d'extradition peut être considérée par l'État requis comme une infraction de nature politique.

43. Certains traités relatifs à l'extradition des auteurs d'infractions en général prévoient que l'État requis peut refuser d'extrader s'il considère que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition est de nature politique, par exemple si un comportement tenant du militantisme politique est qualifié d'infraction de « trahison »⁵⁴. Cela étant, « sous l'effet de la montée du terrorisme et d'autres formes de criminalité internationale et transnationale, certains gouvernements font machine arrière et cherchent à exclure cette exception dans le cas des crimes internationaux et des crimes violents graves » [traduction du Secrétariat]⁵⁵.

44. En particulier, certains soutiennent l'idée que les crimes comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne devraient pas être considérés comme des « infractions politiques ». Par exemple, l'article VII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 dispose que les infractions visées dans la Convention ne sont soumises à aucune exception pour infraction politique : « Le génocide et les autres actes énumérés à l'article III ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition » (art. VII)⁵⁶. Des commentateurs ont souligné que, l'objectif de la Convention étant de « prévenir l'impunité en cas de génocide », l'article VII « n'avait pas fait l'objet de controverse dans les travaux préparatoires »⁵⁷ et avait été « accepté sans trop susciter de polémique par une majorité de pays comme une disposition centrale de

⁵⁴ Pour une analyse générale des infractions de nature politique et de l'exception pour infraction politique, voir G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 113 et suiv.

⁵⁵ Bassiouni, *International Extradition* (voir *supra*, note 38), p. 669 à 739, à la page 671. Il existe également une tendance à ne plus inclure l'exception pour infraction politique dans son intégralité. Voir la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 ... (*supra*, note 32); et la loi de 2003 du Royaume-Uni sur l'extradition (2003 c. 41), à consulter à l'adresse : www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents.

⁵⁶ Voir, de manière générale, R. Roth, "The extradition of *génocidaires*", dans P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 279, à la page 283.

⁵⁷ Roth (voir *supra*, note 56), p. 279. Voir aussi B. Schiffbauer, dans C. J. Tams, L. Berster et B. Schiffbauer (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: a Commentary*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 262 et 263. Pour l'historique des négociations de la Convention, voir H. Abtahi et P. Webb, *The Genocide Convention: the Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008 (deux volumes).

la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide » [traduction du Secrétariat]⁵⁸.

45. Il existe des raisons similaires de ne pas accepter que les crimes contre l'humanité puissent être considérés comme une « infraction politique » pour empêcher l'extradition⁵⁹. Ainsi, il est indiqué dans le *Revised Manual on the Model Treaty on Extradition* que « certains crimes, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, sont perçus par la communauté internationale comme tellement haineux que leurs auteurs ne peuvent pas compter sur cette restriction à l'extradition [traduction du Secrétariat] »⁶⁰. La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a également déclaré que les personnes « accusées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ne peuvent pas faire valoir, à titre d'exception à l'extradition, que les faits relèvent d'une "infraction politique" »⁶¹.

46. Plusieurs autres traités multilatéraux visant des crimes spécifiques contiennent des dispositions interdisant l'exception pour « infraction politique », dont : la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁶²; la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme⁶³; et la Convention internationale pour la protection de toutes les

⁵⁸ Roth (voir *supra*, note 56), p. 284. Voir aussi Conseil économique et social, Comité spécial du génocide, Rapport du Comité et projet de convention élaboré par le Comité (E/794), p. 37; et *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission, 55^e séance (A/C.6/31/SR.55)*, p. 8 et 9, en particulier le paragraphe 30 (exposé de l'Australie faisant référence aux crimes de guerre, au génocide et aux violations des droits de l'homme comme des crimes dont « le caractère politique éventuel ne devrait pas empêcher l'extradition »).

⁵⁹ Voir, par exemple, *In the Matter of the Extradition of Mousa Mohammed Abu Marzook*, United States District Court, S. D. New York, 924 F. Supp. 565 (1996), p. 577 (« si l'acte faisant l'objet de la plainte revêt un tel caractère haineux qu'il constitue un crime contre l'humanité, il est nécessairement en dehors du champ d'application de l'exception pour infraction politique » [traduction du Secrétariat]); *Ordinola v. Hackman*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 478 F.3d 588 (2007) (où il est fait un tour d'horizon de la doctrine relative à l'infraction politique aux États-Unis); et *Nezirovic v. Holt*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 779 F.3d 233 (2015) (où la Cour a estimé que l'exception pour infraction politique ne s'appliquait pas aux actes de torture commis pendant le conflit en Bosnie).

⁶⁰ *Revised Manual on the Model Treaty on Extradition* (voir *supra*, note 38), par. 45.

⁶¹ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, résolution 2001/22 (voir *supra*, note 29).

⁶² Article 11 (« Pour les besoins de l'extradition ou de l'entraide judiciaire entre États Parties, aucune des infractions visées à l'article 2 n'est considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour la seule raison qu'elle concerne une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique, ou une infraction inspirée par des mobiles politiques. »).

⁶³ Article 14 (« Pour les besoins de l'extradition ou de l'entraide judiciaire entre États Parties, aucune des infractions visées à l'article 2 n'est considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire fondée sur une telle infraction ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle concerne une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques. »).

personnes contre les disparitions forcées⁶⁴. Les traités bilatéraux d'extradition contemporains précisent eux aussi souvent quelles infractions ne devraient pas pouvoir être considérées comme une « infraction politique » pour empêcher l'extradition⁶⁵. Il n'existe cependant ni dans la Convention internationale contre la prise d'otages⁶⁶ ni dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁶⁷ de disposition interdisant l'exception à l'extradition pour infraction politique.

47. Le paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient une phrase finale qui dit ce qui suit : « Un État Partie dont la législation le permet, lorsqu'il se fonde sur la présente Convention pour l'extradition, ne considère aucune des infractions établies conformément à la présente Convention comme une infraction politique. ». Cette formulation limite l'exclusion de l'exception pour infraction politique aux seules extraditions demandées au titre de la Convention elle-même. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées élargit quant à elle l'exclusion de l'exception pour infraction politique à toutes les extraditions entre deux États parties, au paragraphe 1 de son article 13, qui se lit comme suit : « Pour les besoins de l'extradition entre États Parties, le crime de disparition forcée

⁶⁴ Article 13, par. 1 (« Pour les besoins de l'extradition entre États Parties, le crime de disparition forcée n'est pas considéré comme une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif. »).

⁶⁵ Voir, par exemple, le traité d'extradition entre les États-Unis d'Amérique et l'Afrique du Sud, fait à Washington le 16 septembre 1999, à consulter à l'adresse : www.state.gov/documents/organization/124464.pdf, art. 4, par. 2 (« Aux fins du présent Traité, les infractions suivantes ne sont pas considérées comme des infractions politiques : [...] b) une infraction pour laquelle l'État requérant et l'État requis ont l'obligation, en vertu d'un accord multilatéral international, d'extrader la personne réclamée ou de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour décider des poursuites; c) le meurtre; d) toute infraction concernant un enlèvement, une prise d'otages ou toute autre forme de détention illégale » [traduction du Secrétariat]); le traité d'extradition entre la République de Corée et l'Australie, fait à Séoul le 5 septembre 1990, à consulter à l'adresse : www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39362515.pdf, art. 4, par. 1 a) (« [...] Ne sont pas considérées comme une infraction politique [...] ii) une infraction sur laquelle les Parties contractantes ont l'obligation d'établir leur compétence ou d'extrader en vertu d'un accord multilatéral international auquel l'une et l'autre sont parties; et iii) une infraction à la loi relative au génocide » [traduction du Secrétariat]); et le traité d'extradition conclu entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, fait à Mexico le 16 mars 1990, à consulter à l'adresse : www.oas.org/juridico/mla/en/traites/en_traites-ext-can-mex.html, art. IV, al. a) (« [...] Pour les fins du présent paragraphe, n'est pas considérée comme une infraction politique, l'infraction pour laquelle les Parties ont l'une et l'autre l'obligation, aux termes d'un accord multilatéral international, d'extrader la personne réclamée ou de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuite. »). Voir aussi Bassiouni, *International Extradition* (voir *supra*, note 38), p. 670.

⁶⁶ Voir aussi B. Saul, « International Convention against the Taking of Hostages », note liminaire, Médiathèque de droit international des Nations Unies, à consulter à l'adresse : <http://legal.un.org/avl/ha/icath/icath.html>.

⁶⁷ Voir aussi M. Nowak et E. McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008, p. 373 (où l'on indique que la Suisse craignait que les mobiles des actes de torture puissent être tels qu'ils permettent à leurs auteurs d'invoquer la nature politique de leurs actions comme argument contre leur extradition et l'on suggère d'ajouter un libellé indiquant que les actes définis dans la Convention ne sont pas considérés comme des infractions de nature politique).

n'est pas considéré comme une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par de mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif. ».

48. Dans un projet d'article sur l'extradition, il serait préférable d'utiliser une telle formulation élargissant la portée de l'exclusion (voir *infra*, par. 2 du projet d'article 11).

49. Un tel libellé présente l'intérêt d'indiquer clairement que le *comportement* qui consiste à commettre un crime contre l'humanité ne saurait en aucun cas être considéré comme une « infraction politique » (en d'autres termes, qu'un tel comportement ne peut, en soi, être considéré comme une forme de militantisme politique). Cette question diffère toutefois de la question de savoir si un État requérant *cherche à obtenir l'extradition* en raison des opinions politiques de l'individu réclamé; autrement dit, elle diffère de la question de savoir si l'État allègue d'un crime contre l'humanité et demande l'extradition aux fins de persécuter un individu pour ses opinions politiques. La question de la persécution est traitée séparément plus bas.

4. Les États qui ont besoin d'un traité pour extradier peuvent utiliser le présent projet d'articles

50. Un quatrième élément établit le traité lui-même comme base légale possible de l'extradition, à l'intention des États qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité⁶⁸. Le paragraphe 5 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient un exemple d'une telle disposition. Il est ainsi libellé : « Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique. ».

51. Une disposition identique ou similaire figure dans les instruments ci-après : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁶⁹, la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile⁷⁰, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁷¹, la

⁶⁸ Voir Lambert (*supra*, note 43), p. 238 et 239; et L. M. Olson, « Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity: inter-State cooperation, mutual legal assistance, and the *aut dedere aut judicare* obligation, » dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 323 à 344, à la page 330.

⁶⁹ Article 8, par. 2 (« Si un État contractant qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État contractant avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la latitude de considérer la présente convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne l'infraction. »).

⁷⁰ Article 8, par. 2 (même libellé que dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁷¹ Article 8, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut, s'il décide d'extrader, considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition à l'égard de ces infractions. L'extradition est soumise aux règles

Convention internationale contre la prise d'otages⁷², la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁷³, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁷⁴, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme⁷⁵, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁷⁶ et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁷⁷. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission en 1996 contient également une disposition de ce type⁷⁸.

52. Outre cette disposition, et à la différence d'autres instruments, tant la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁷⁹, au paragraphe 5 de l'article 16, que la Convention des Nations Unies contre la corruption⁸⁰, au paragraphe 6 de l'article 44, exigent à l'alinéa *a* que tout État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité indique au dépositaire s'il

de procédure et aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »). Pour l'analyse qu'en a fait la Commission, voir *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 347 et 348.

⁷² Article 10, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, l'État requis a la latitude de considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne les infractions prévues à l'article premier. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »).

⁷³ Article 8, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne lesdites infractions. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »).

⁷⁴ Article 9, par. 2 (« Lorsqu'un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, l'État partie requis a la latitude de considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne les infractions prévues à l'article 2. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par la législation de l'État requis. »).

⁷⁵ Article 11, par. 2 (même libellé que dans la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif).

⁷⁶ Article 16, par. 4 (« Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique. »).

⁷⁷ Article 13, par. 4 (« Tout État partie qui assujettit l'extradition à l'existence d'un traité peut, s'il reçoit une demande d'extradition d'un autre État partie auquel il n'est pas lié par un traité, considérer la présente Convention comme la base juridique de l'extradition en ce qui concerne l'infraction de disparition forcée. »).

⁷⁸ *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 33, art. 10, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie auquel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la faculté de considérer le présent Code comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne ces crimes. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'État requis. »).

⁷⁹ Article 16, par. 5 a) (« Les États Parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité... [, a]u moment du dépôt de leur instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention, indiquent au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'ils considèrent la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États Parties. »).

⁸⁰ Article 44, par. 6 (même libellé que dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

considère la convention comme la base légale en matière d'extradition vers ou depuis des États avec lesquels il n'a pas conclu de traité d'extradition. En outre, l'alinéa *b* dispose que si l'État partie ne considère pas la convention comme la base légale en matière d'extradition, il « s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États parties ».

53. Un commentateur affirme que l'alinéa *a* vise à rendre transparent le processus envisagé [utiliser la convention comme base légale en matière d'extradition] en demandant aux États parties de préciser s'ils exercent la faculté de choisir la convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition⁸¹. Cependant, le point de savoir si la disposition en question est efficace pour ce qui est d'assurer la transparence n'est pas clair. Par exemple, en 2016, seulement 50 des 181 États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption avaient indiqué au Secrétaire général s'ils avaient l'intention de considérer la Convention comme la base légale en matière d'extradition vers ou depuis des États avec lesquels ils n'avaient pas conclu de traité d'extradition⁸². Ainsi, pour plus des deux tiers des États parties, le point de savoir s'ils considèrent la Convention comme la base légale en matière d'extradition vers ou depuis des États avec lesquels ils n'ont pas conclu de traité d'extradition n'est pas clair.

54. L'alinéa *b* oblige un État partie qui n'utilise pas la Convention comme base légale de l'extradition à conclure, « s'il y a lieu », des traités d'extradition avec d'autres États parties. Malgré la clause « s'il y a lieu », il est indiqué dans un rapport de la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée que « les États exigeant une base conventionnelle pour accorder l'extradition, qui ne considèrent pas la Convention comme la base légale en la matière, sont tenus en vertu du paragraphe 5 de s'efforcer de conclure des traités d'extradition avec d'autres États parties afin de renforcer la coopération internationale en matière pénale en tant qu'objectif déclaré de la Convention »⁸³.

55. Eu égard à ce qui précède, le paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption offre une base appropriée pour l'élaboration d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'extradition. Le texte de l'alinéa *a* pourrait toutefois être modifié pour prévoir par défaut l'utilisation du projet d'articles comme base légale de l'extradition, sauf indication contraire au dépositaire de la part de l'État (voir *infra*, projet d'article 11, par. 4). Cela inciterait fortement les États à la transparence quant à leur intention d'utiliser ou non le projet d'articles comme base légale de l'extradition.

⁸¹ David McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford University Press, 2007, p. 180.

⁸² Une liste des « Notifications faites en vertu des articles 6.3, 44.6 a) et 46.13 et 14 » de la Convention des Nations Unies contre la corruption figure dans la base de données de la Collection des Traités des Nations Unies, à l'adresse suivante : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en#top.

⁸³ Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, rapport analytique du Secrétariat sur l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : informations actualisées sur la base des réponses supplémentaires reçues des États pour le premier cycle de collecte d'informations (CTOC/COP/2005/2/Rev.1), par. 69.

5. Les États qui n'ont pas besoin d'un traité pour extraditer doivent utiliser le présent projet d'articles

56. Un cinquième élément prévoit qu'un État partie qui *ne* subordonne *pas* l'extradition à l'existence d'un traité reconnaît les infractions visées par la convention comme cas d'extradition entre lui-même et les autres États parties. Une disposition de ce type figure au paragraphe 7 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Elle est libellée comme suit : « Les États Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé. ».

57. Des dispositions similaires figurent dans de nombreux autres instruments traitant d'infractions, comme la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁸⁴, la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile⁸⁵, la Convention internationale contre la prise d'otages⁸⁶, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁸⁷ et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁸⁸. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission en 1996 contient également une disposition de ce type⁸⁹.

58. Eu égard à ce qui précède, le paragraphe 7 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra*, projet d'article 11, par. 5).

6. Observation des autres prescriptions du droit interne de l'État requis

59. Un sixième élément prévoit que l'extradition est par ailleurs subordonnée aux conditions ou exigences énoncées dans le droit interne de l'État requis. Une disposition de ce type figure au paragraphe 8 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Elle est ainsi libellée : « L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État Partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions

⁸⁴ Article 8, par. 3 (« Les États contractants qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent l'infraction comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis. »).

⁸⁵ Article 8, par. 3 (même libellé que dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁸⁶ Article 10, par. 3 (« Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions prévues à l'article premier comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis. »).

⁸⁷ Article 8, par. 3 (« Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent lesdites infractions comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis. »).

⁸⁸ Art. 13, par. 5 (« Les États Parties qui n'assujettissent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent le crime de disparition forcée comme susceptible d'extradition entre eux. »).

⁸⁹ *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 33, art. 10, par. 3 (« Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent ces crimes comme cas d'extradition entre eux conformément aux conditions prévues par la législation de l'État requis. »).

concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État Partie requis peut refuser l'extradition. ».

60. Des dispositions similaires figurent dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁹⁰, la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile⁹¹, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁹², la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹³, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁹⁴, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁹⁵, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme⁹⁶, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁹⁷ et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁹⁸. Des conventions régionales contiennent également des formulations similaires⁹⁹.

61. Ce type de dispositions n'a pas suscité de controverse. Par exemple, l'historique des négociations de la Convention des Nations Unies contre la corruption montre que le paragraphe 8 de l'article 44 a été conservé sous la même

⁹⁰ L'article 8, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « ...L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. ».

⁹¹ L'article 8, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « ...L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. ».

⁹² L'article 8, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « ...L'extradition est soumise aux règles de procédure et aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. ».

⁹³ L'article 8, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « ...L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. ».

⁹⁴ L'article 15, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « ...L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'État requis. ».

⁹⁵ L'article 9, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « ...L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par la législation de l'État requis. ».

⁹⁶ L'article 11, par. 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est assujettie aux autres conditions prévues par la législation de l'État requis. »).

⁹⁷ L'article 16, par. 7, est ainsi libellé : « L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition. ».

⁹⁸ Article 13, par. 6 (« L'extradition est, dans tous les cas, subordonnée aux conditions prévues par le droit de l'État partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition ou l'assujettir à certaines conditions. »).

⁹⁹ Voir, par exemple, l'article 13 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est aussi régie par les autres conditions définies dans le droit de l'État requis. »; l'article V de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition sera assujettie aux mêmes conditions prévues dans la Constitution et les autres lois de l'État requis. » [traduction du Secrétariat]; et la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, 1999, art. 27, par. 4 (« L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition. »).

forme tout au long des négociations et qu'il n'y a pas eu d'objections notables au texte ni de suggestions de modification¹⁰⁰.

62. Le libellé de la disposition permet aux règles relatives à l'extradition couramment incorporées dans la législation de l'État requis de continuer à fonctionner. Cette législation peut : prévoir que l'extradition ne peut avoir lieu que si l'infraction en cause est passible d'une peine minimale donnée, par exemple un an d'emprisonnement¹⁰¹, interdire l'extradition des ressortissants de l'État requis, interdire l'extradition lorsque la demande est liée à un procès qui a été conduit *in absentia* ou exiger qu'une personne extradée ne puisse l'être que pour répondre de l'accusation qui a motivé la demande d'extradition (principe de spécialité)¹⁰². Quelle que soit la raison, dans le contexte du présent projet d'articles, il convient de garder à l'esprit que l'État requis sur le territoire duquel l'auteur de l'infraction se trouve est tenu de soumettre l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale conformément au projet d'article 9 s'il n'extrade ou ne remet pas la personne en question. Ainsi, bien que la législation de l'État requis puisse interdire l'extradition dans certaines circonstances, l'État requis demeure tenu de soumettre l'affaire à ses autorités de poursuite¹⁰³.

63. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹⁰⁴ et la Convention des Nations Unies contre la corruption contiennent une disposition supplémentaire relative à la législation de l'État requis qui, pour l'essentiel, encourage celui-ci à rationaliser ses procédures d'extradition dans la mesure autorisée par le droit interne. Ainsi, le paragraphe 9 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est libellé comme suit : « Les États Parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article. ».

64. Eu égard à ce qui précède, les paragraphes 8 et 9 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra*, projet d'article 11, par. 6 et 7).

¹⁰⁰ Voir les *Travaux Préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, (*supra*, note 35), p. 361 à 378.

¹⁰¹ Voir, par exemple, Bassiouni, *International Extradition* (*supra*, note 38) p. 511.

¹⁰² Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni sur l'extradition (*supra*, note 55), art. 17.

¹⁰³ Voir Saul (*supra*, note 66) (« Le droit interne continue de régir les conditions préalables à l'extradition dans la mesure où elles n'ont pas été modifiées par la Convention. Ainsi, par exemple, les États qui refusent d'extrader leurs ressortissants peuvent continuer à ne pas le faire; les États pourraient aussi insister sur l'application de la règle de "spécialité" (celle voulant qu'une personne extradée ne puisse l'être que pour répondre de l'accusation qui a motivé la demande d'extradition). L'État doit alors soumettre l'affaire aux fins de poursuites. » [traduction du Secrétariat]).

¹⁰⁴ Article 16, par. 8 (« Les États parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article. »).

7. Cas où l'infraction est considérée comme ayant été commise dans l'État requérant

65. Un septième élément concerne les cas où l'infraction n'a pas été commise dans l'État requérant. Certains traités et lois nationales disposent que l'État requis n'est tenu d'accueillir une demande d'extradition que si elle émane de l'État dans lequel l'infraction a eu lieu¹⁰⁵. Pour contourner cette règle, de nombreux traités comprennent une disposition indiquant que l'infraction visée doit être considérée comme ayant eu lieu non seulement dans l'État où elle a été physiquement commise mais aussi dans tout État tenu d'établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction en vertu du traité, si une telle démarche est nécessaire pour que l'extradition puisse se dérouler. Ainsi, le paragraphe 4 de l'article 8 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques dispose que : « [e]ntre États parties, ces infractions sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 ».

66. Il est à noter que la disposition ci-dessus n'a pas été incluse dans le projet d'articles de la Commission qui a servi de base à la Convention¹⁰⁶ mais insérée par la Sixième Commission dans le texte final¹⁰⁷. Des dispositions au libellé pour l'essentiel similaire figurent dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs¹⁰⁸, la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile¹⁰⁹, la Convention internationale contre la prise d'otages¹¹⁰, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels,

¹⁰⁵ *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 34, par. 3) du commentaire du projet d'article 10 (« Certains traités et législations nationales n'autorisent l'État de détention à faire droit à une demande d'extradition que si elle émane de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. »).

¹⁰⁶ Voir *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 347 et 348, art. 7; *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Sixième Commission, 1437^e séance (A/C.6/SR.1437)*, par. 27 et 28 (à propos du fait que le paragraphe 4 du projet d'article 7, traitant des cas de conflit entre plusieurs demandes d'extradition, « établissait un système de priorités trop rigide » et a été remplacé par le texte suggéré par le Japon dans le document *A/C.6/L.934*); voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Sixième Commission 1419^e séance (A/C.6/SR.1419)*, par. 15 et 16 (le Japon a fait sa proposition de modification dans le but « d'harmoniser le paragraphe 4 de l'article 7 avec la disposition correspondante des Conventions de La Haye et de Montréal » car la « délégation avait le sentiment que le texte des Conventions de La Haye et de Montréal pour ce paragraphe précis était essentiel pour permettre à certains États de mettre leur mécanisme d'extradition en mouvement lorsqu'ils recevaient des demandes d'extradition émanant d'États autres que l'État où les infractions avaient été commises » [traduction du Secrétariat]).

¹⁰⁷ Voir la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8, par. 4.

¹⁰⁸ Article 8, par. 4 (« Entre États contractants, l'infraction est considérée aux fins d'extradition comme ayant été commise tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire des États tenus d'établir leur compétence en vertu de l'article 4, par. 1. »).

¹⁰⁹ Article 8, par. 4 (même libellé que dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

¹¹⁰ Article 10, par. 4 (« Entre États parties, les infractions prévues à l'article premier sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 5. »).

inhumains ou dégradants¹¹¹, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé¹¹² et la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif¹¹³. Une formulation récente figure au paragraphe 4 de l'article 11 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme : « Si nécessaire, les infractions prévues à l'article 2 sont réputées, aux fins d'extradition entre États parties, avoir été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 7. ».

67. Les dispositions de ce type se réfèrent aux « États qui ont établi leur compétence » sur la base d'un lien touchant au territoire, à la nationalité ou à la compétence personnelle passive (art. 7, par. 1 et 2 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme); elles ne visent pas l'État qui a établi sa compétence sur la base de la présence de l'auteur de l'infraction (art. 7, par. 4 de la Convention). La raison en est que l'État requérant n'est jamais l'État où se trouve l'auteur de l'infraction et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire pour l'État requis de considérer que l'infraction visée a été commise dans un État qui a établi sa compétence sur la base de la présence de l'auteur de l'infraction.

68. Dans son commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, qui contient une disposition similaire, au paragraphe 4 de l'article 10¹¹⁴, la Commission a indiqué que « [l]e paragraphe 4 permet à l'État de détention de faire droit à une demande d'extradition présentée par n'importe quel État partie [...] à raison d'un des crimes » visés dans le projet de code, et que « [c]ette approche plus ouverte cadre avec l'obligation générale de tout État partie d'établir sa compétence à l'égard [de ces] crimes »¹¹⁵. Une telle approche « se justifie d'autant plus que le [...] code ne désigne pas d'États particuliers comme compétents au premier chef et n'établit pas d'ordre de priorité entre les demandes d'extradition »¹¹⁶.

69. Ce type de disposition ne figure toutefois pas dans certaines conventions récentes, en particulier la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Cela étant, il semble qu'il puisse être utile dans les situations où l'extradition pose problème pour un État requis parce que le crime contre l'humanité n'a pas eu lieu physiquement dans l'État requérant, mais que l'État requérant a établi sa compétence conformément au paragraphe 1 ou 2 du projet

¹¹¹ Article 8, par. 4 (« Entre États parties, lesdites infractions sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire sous la juridiction des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 5. »).

¹¹² Article 15, par. 4 (« Entre États parties, chacune de ces infractions est considérée aux fins d'extradition comme ayant été commise tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire des États parties qui ont établi leur compétence conformément au paragraphe 1 ou 2 de l'article 10. »).

¹¹³ Article 9, par. 4 (« Les infractions prévues à l'article 2 sont, le cas échéant, considérées aux fins d'extradition entre États parties comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 6. »).

¹¹⁴ *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 33 (« Entre États parties, chacun de ces crimes est considéré aux fins d'extradition comme ayant été commis tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire de tout autre État partie. »).

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 34 (par. 3) du commentaire de l'article 10).

¹¹⁶ *Ibid.*

d'article 6¹¹⁷. L'insertion d'une telle disposition dans le projet d'article sur l'extradition, sur la base de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et avec un renvoi au projet d'article 6 du présent projet d'articles, semble donc justifiée (voir *infra*, projet d'article 11, par. 8).

8. Extradition par un État requis de ses propres ressortissants

70. Un huitième élément, qui figure aux paragraphes 10 à 12 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹¹⁸ et aux paragraphes 11 à 13 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, concerne les situations où un État requis est limité dans sa capacité à extraditer ses propres ressortissants.

71. Ces paragraphes traitent de trois questions. Premièrement, si un État ne peut extraditer l'un de ses ressortissants parce que la législation nationale le lui interdit, il est tenu de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités aux fins de poursuites. Une telle disposition apparaît au paragraphe 11 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Compte tenu du projet d'article 9 du présent projet d'articles, il ne semble pas nécessaire de prévoir un paragraphe de ce type dans un projet d'article sur l'extradition.

72. Deuxièmement, ces paragraphes traitent de la situation où l'État requis peut extraditer l'un de ses ressortissants, mais uniquement si l'auteur présumé de l'infraction sera ensuite renvoyé dans l'État requis pour purger la peine prononcée par l'État requérant. Dans une telle situation, la disposition indique clairement que cette extradition conditionnelle est pour l'État requis une manière acceptable d'exécuter l'obligation *aut dedere aut judicare*. Une disposition de ce type figure au paragraphe 12 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et serait appropriée dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra*, projet d'article 11, par. 9).

73. Troisièmement, ces paragraphes traitent de la situation où le ressortissant de l'État requis est réclamé aux fins de l'exécution d'une peine, par exemple lorsque l'auteur de l'infraction a été jugé mais n'a pas encore exécuté ou entièrement purgé sa peine, et se trouve dans l'État dont il a la nationalité. Les deux conventions susmentionnées disposent que, si son droit interne le lui permet, l'État requis envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée ou le reliquat de cette peine. Une telle disposition apparaît au paragraphe 13 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et serait appropriée dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra*, projet d'article 11, par. 10).

9. Refus d'extrader motivé par un risque de persécution

74. Un neuvième élément, présent dans de nombreuses conventions, repose sur le principe voulant qu'un individu ne devrait pas être extradé vers un État où il risque de subir une persécution ou un préjudice pour des motifs étrangers à sa culpabilité en tant qu'auteur de l'infraction visée¹¹⁹. Une disposition de ce type figure au

¹¹⁷ Ainsi, cette disposition s'appliquerait aux cas où l'État requérant a établi sa compétence nationale conformément au projet d'article 6 en s'appuyant sur un élément autre que le fait que le crime contre l'humanité a été commis sur son territoire.

¹¹⁸ Article 16, par. 10 à 12.

¹¹⁹ Lambert (voir *supra*, note 43), p. 211.

paragraphe 14 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹²⁰ et au paragraphe 15 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi libellé :

Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons¹²¹.

75. À strictement parler, cette disposition ne semble pas nécessaire dans un instrument qui contient des dispositions obligeant un État à établir sa compétence lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent et à soumettre l'affaire aux fins de poursuites sauf si l'individu est extradé. Un tel instrument ne crée pas d'obligation d'extrader, et encore moins d'obligation qui pourrait exposer l'intéressé à un risque de préjudice. Au contraire, l'État peut refuser d'extrader pour quelque raison que ce soit, pour autant qu'il soumette l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

76. Néanmoins, plusieurs instruments multilatéraux de nature semblable au présent projet d'articles contiennent une disposition de ce type, et notamment la Convention internationale contre la prise d'otages¹²², la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes¹²³, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif¹²⁴,

¹²⁰ L'article 16, par. 14, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons. ».

¹²¹ Pour un examen de ce que l'on entend par « sérieuses raisons » dans les dispositions relatives au non-refoulement, qui couvrent un champ plus vaste que la seule extradition, voir *supra*, chap. II.

¹²² L'article 9 est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « Il ne sera pas fait droit à une demande d'extradition soumise en vertu de la présente Convention au sujet d'un auteur présumé de l'infraction si l'État partie requis a des raisons substantielles de croire : a) Que la demande d'extradition relative à une infraction prévue à l'article premier a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en considération de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques. ».

¹²³ Article 6, par. 6 (« Lorsqu'elle examine les demandes reçues en application du présent article, la Partie requise peut refuser d'y faire droit si ses autorités judiciaires ou autres autorités compétentes ont de sérieuses raisons de penser que l'extradition faciliterait l'exercice de poursuites ou l'imposition d'une sanction pénale à l'encontre d'une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ou causerait un préjudice pour l'une quelconque de ces raisons à une personne mise en cause par la demande. »).

¹²⁴ Article 12 (« Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme impliquant une obligation d'extradition [...] si l'État partie requis a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition pour les infractions visées à l'article 2 [...] a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique ou d'opinions politiques. »).

la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme¹²⁵ et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹²⁶. Cette disposition se trouve aussi couramment dans les accords bilatéraux d'extradition¹²⁷ et les lois nationales¹²⁸ et elle figure dans le Traité type d'extradition¹²⁹.

¹²⁵ Article 15 (« Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme énonçant une obligation d'extradition [...] si l'État partie requis a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition pour les infractions visées à l'article 2 [...] ou la demande d'entraide concernant de telles infractions a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son origine ethnique ou ses opinions politiques, ou que faire droit à la demande porterait préjudice à la situation de cette personne pour l'une quelconque de ces raisons. »).

¹²⁶ Article 13, par. 7 (« Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État partie requis d'extrader s'il y a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons. »).

¹²⁷ Voir, par exemple, la Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition, fait à Paris le 24 janvier 2003, à consulter à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT00000446953, art. 3, par. 3 (« L'extradition n'est pas non plus accordée lorsque l'État requis a des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée en vue de poursuivre ou de condamner la personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons. »); le Traité d'extradition entre les États-Unis d'Amérique et l'Afrique du Sud (*supra*, note 65), art. 4, par. 3 (« [...] l'extradition n'est pas accordée lorsque les autorités exécutives de l'État requis considèrent qu'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en considération de son genre, de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques » [traduction du Secrétariat]); le Traité d'extradition entre la République de Corée et l'Australie (*supra*, note 65), art. 4, par. 1 b) (L'extradition n'est pas accordée en vertu du présent traité [...] lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour toute raison qui constituerait un motif de refus de l'extradition au regard du droit de l'État requis [ou] que la situation de cette personne se détériorerait pour l'une quelconque de ces raisons » [traduction du Secrétariat]); et le Traité d'extradition entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis mexicains (*supra*, note 65), art. IV (« L'extradition n'est pas accordée [...] s'il existe des motifs sérieux de croire que la demande d'extradition a été formée afin de poursuivre ou de punir la personne réclamée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques ou que, dans les circonstances de l'espèce, accorder l'extradition serait aller à l'encontre des principes de justice fondamentale. »).

¹²⁸ Voir, par exemple, la loi sur l'extradition de la République populaire de Chine : Décret n° 42 du Président de la République populaire de Chine, adopté à la dix-neuvième session du Comité permanent de la neuvième Assemblée nationale populaire, le 28 décembre 2000, à consulter en anglais à l'adresse suivante : www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39776447.pdf, art. 8, par. 4 (« La demande d'extradition adressée par un État étranger à la République populaire de Chine est rejetée lorsque [...] la personne réclamée fait l'objet de poursuites pénales ou risque d'être punie pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son sexe, ses opinions politiques ou sa situation personnelle, ou que cette personne risque, pour l'une quelconque de ces raisons, de subir un traitement inéquitable lors de la procédure judiciaire » [traduction du Secrétariat]); et la loi sur l'extradition du Royaume-Uni (*supra*, note 55), art. 13 (« L'extradition d'une personne [...] est refusée au motif que la demande est fondée sur des considérations non pertinentes si (et seulement si) il apparaît que a) la demande présentée au titre de la Partie 1 (bien que censée être motivée par l'infraction nécessitant l'extradition) vise en fait à poursuivre ou punir l'intéressé en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son genre, de son orientation sexuelle ou

77. La présence d'une telle disposition souligne, en particulier, la capacité qu'ont les États de refuser l'extradition lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire que la personne réclamée est ou va être persécutée pour les raisons exposées. Ce faisant, la disposition semble servir trois objectifs. En tout premier lieu, elle contribue à garantir que les personnes ne seront pas extradées en cas de risque de violation de leurs droits. Deuxièmement, les États qui comptent déjà une disposition de ce type dans leurs traités d'extradition ou leurs lois nationales sur l'extradition sont assurés que l'existence de motifs sérieux de croire que la personne sera exposée à la persécution restera une raison de refuser l'extradition. Les États qui n'ont pas expressément prévu une disposition de ce type dans leurs accords bilatéraux auront un texte sur lequel s'appuyer pour refuser l'extradition si pareil cas se présente.

78. De ce point de vue, la présence d'une telle disposition dans un projet d'article sur l'extradition semble justifiée (voir *infra*, projet d'article 11, par. 11). Il pourrait être envisagé d'ajouter les mots « ou de son appartenance à un certain groupe social », après la liste de motifs, comme dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. En tout état de cause, il est souligné que, dans le contexte du présent projet d'articles, le projet d'article 9 exige toutefois que l'État requis, s'il n'extrade pas, soumette l'affaire à ses propres autorités de poursuite.

10. Consultation et coopération

79. Un dixième élément vise à promouvoir la consultation entre États lorsqu'une demande d'extradition est présentée et à encourager la coopération générale entre États pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

80. En ce qui concerne la consultation, l'article 44, paragraphe 17, de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose qu'« [a]vant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, s'il y a lieu, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations ». Une disposition identique figure dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹³⁰.

81. En ce qui concerne la coopération, l'article 44, paragraphe 18, de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que « [l]es États Parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité ». Des dispositions

de ses opinions politiques, ou b) qu'une fois extradé, l'intéressé pourrait subir un traitement inéquitable lors de la procédure judiciaire ou être puni, mis en détention ou subir une restriction de sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son genre, de son orientation sexuelle ou de ses opinions politiques. » [traduction du Secrétariat].

¹²⁹ Traité type d'extradition (*supra*, note 34), art. 3, par. b) (« Si l'État requis a de sérieux motifs de croire que la demande d'extradition a été présentée en vue de poursuivre ou de punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques, de son sexe ou de son statut, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons. »). Voir aussi le *Revised Manual on the Model Treaty on Extradition* (*supra*, note 38), par. 47 (« L'alinéa b [...], qui ne suscite guère de controverse, est utilisé (parfois sous une forme différente) dans des traités d'extradition partout dans le monde. » [traduction du Secrétariat]).

¹³⁰ Article 16, par. 16 (« Avant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, le cas échéant, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de donner des informations à l'appui de ses allégations. »).

similaires figurent dans la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes¹³¹ et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹³².

82. La présence de dispositions s'inspirant de l'article 44, paragraphes 17 et 18, de la Convention des Nations Unies contre la corruption dans un projet d'article sur l'extradition semble justifiée (voir *infra*, projet d'article 11, par. 12 et 13).

C. Projet d'article 11. Extradition

83. À la lumière des sources indiquées ci-dessus, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il faudrait s'inspirer largement, pour la rédaction d'un projet d'article sur l'extradition pour crimes contre l'humanité, du libellé de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. À ce jour, 181 États ont adhéré au texte de cet instrument. Les dispositions de la Convention donneraient des orientations utiles au sujet de tous les droits, obligations et procédures pertinents pour l'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité, et elles sont bien comprises par les États, notamment grâce aux guides législatifs et autres ressources mises au point par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC)¹³³. De plus, bien que par sa nature, un crime contre l'humanité soit très différent d'un crime de corruption, les questions qui se posent dans le contexte de l'extradition sont pour l'essentiel les mêmes, indépendamment de la nature du crime visé. Enfin, la disposition proposée dans le rapport sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, chap. III) s'inspire de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et certaines structures institutionnelles préconisées dans ce domaine – telles que les points de contact nationaux – pourraient être utilisées pour mettre en œuvre l'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité.

84. Cela étant, certaines modifications du texte de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se justifient dans le contexte des crimes contre l'humanité. Des changements d'ordre rédactionnel sont nécessaires pour assurer une certaine cohérence avec les projets d'article déjà adoptés à titre provisoire, comme le remplacement du mot « article » par « projet d'article » et des mots « la présente Convention » par « le présent projet d'articles » et « État partie » par « État ». De la même manière, il est souhaitable d'apporter à divers endroits des modifications supplémentaires pour préciser que les infractions dont il est question sont celles qui sont visées au projet d'article 5.

85. Quelques modifications ayant trait au fond sont également nécessaires. Premièrement, comme il a été expliqué plus haut, les trois premiers paragraphes de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, relatifs à la double incrimination, sont inutiles et ne doivent donc pas figurer dans le projet d'article 11 proposé.

¹³¹ Article 6, par. 11 (« Les Parties s'efforcent de conclure des accords bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité. »).

¹³² Article 16, par. 17 (« Les États Parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité. »).

¹³³ Voir *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption* (*supra*, note 35).

86. Deuxièmement, l'exception relative aux infractions politiques prévue à l'article 44, paragraphe 4, de la Convention devrait être élargie grâce à un libellé s'inspirant de l'article 13, paragraphe 1, de la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et faire l'objet d'un alinéa distinct dans le projet d'article 11 (voir *infra*, projet d'article 11 proposé, par. 2).

87. Troisièmement, l'article 44, paragraphe 6 a), de la Convention des Nations Unies contre la corruption devrait être remanié de sorte que la règle par défaut, lorsqu'un État s'abstient, soit que l'État considère le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États. L'État peut éviter une telle issue en informant du contraire le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles [voir *infra*, projet d'article 11, par. 4 a)].

88. Quatrièmement, l'article 44 de la Convention ne contient pas de paragraphe indiquant que, si nécessaire, les infractions sont considérées, aux fins de l'extradition, comme ayant eu lieu non seulement à l'endroit où elles ont été commises mais aussi sur le territoire des États qui ont établi leur compétence conformément au projet d'article 6 proposé. Pour les raisons expliquées précédemment, il conviendrait d'ajouter un tel paragraphe au projet d'article 11 (voir *infra*, projet d'article 11, par. 8).

89. Cinquièmement, l'article 44, paragraphe 10, de la Convention des Nations Unies contre la corruption se recoupe avec l'actuel projet d'article 8, paragraphe 1, et ne devrait donc pas figurer dans le projet d'article 11.

90. Sixièmement, l'article 44, paragraphe 11, de la Convention est repris dans l'actuel projet d'article 9, et ne devrait donc pas figurer dans le projet d'article 11.

91. Septièmement, l'article 44, paragraphe 14, de la Convention se recoupe avec l'actuel projet d'article 10, et ne devrait donc pas figurer dans le projet d'article 11.

92. Enfin, l'article 44, paragraphe 16, de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient une disposition empêchant un État partie de refuser une demande d'extradition au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales, ce qui est approprié dans le contexte de la corruption (et dans celui de la criminalité transnationale organisée), où l'infraction peut toucher à des questions telles que la fraude fiscale et la fraude aux droits et aux taxes. De tels éléments ne font pas partie de l'infraction de crimes contre l'humanité et, en conséquence, une telle disposition ne semble pas justifiée dans un projet d'article sur l'extradition.

93. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

Projet d'article 11. Extradition

1. Chacune des infractions visées au projet d'article 5 est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux.

2. Aux fins de l'extradition entre États, les infractions visées au projet d'article 5 ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.
3. Si un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition émanant d'un État avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer le présent projet d'articles comme la base légale de l'extradition pour les infractions visées au projet d'article 5.
4. Un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité :
 - a) Utilise le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États, à moins qu'il n'informe du contraire le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles; et
 - b) S'il n'utilise pas le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États afin d'appliquer le présent projet d'article.
5. Les États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent projet d'article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.
6. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extradier et aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition.
7. Les États s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions visées au projet d'article 5.
8. Si nécessaire, les infractions visées au projet d'article 5 sont considérées, aux fins de l'extradition entre États, comme ayant eu lieu non seulement à l'endroit où elles ont été commises mais aussi sur le territoire des États qui ont établi leur compétence conformément au projet d'article 6, paragraphe 1.
9. Lorsqu'un État, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extradier ou remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État et l'État requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au projet d'article 9.
10. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire

exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant.

11. Aucune disposition du présent projet d'articles ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

12. Avant de refuser l'extradition, l'État requis consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

13. Les États s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

Chapitre II

Non-refoulement

A. Principe de non-refoulement

94. Le principe de non-refoulement fait obligation aux États de s'abstenir de refouler une personne vers un autre État lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risquera d'y être persécutée ou exposée à une autre atteinte codifiée, telle que la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants¹³⁴. Au XX^e siècle, ce principe a été incorporé dans des traités, notamment dans la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)¹³⁵, mais il est le plus souvent associé au droit international des réfugiés et, en particulier, à l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, qui se lit comme suit :

Article 33. Défense d'expulsion ou de refoulement

1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays¹³⁶.

95. Ce principe a été incorporé dans d'autres conventions traitant des réfugiés, notamment dans la Convention de l'UA [Union africaine] de 1969 régissant les

¹³⁴ Voir, de manière générale, F. de Weck, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2016.

¹³⁵ L'article 45 de cet instrument dispose notamment ce qui suit : « Une personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses. ». Il est dit dans le récent commentaire du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre que « l'article 3 commun ne contient pas d'interdiction expresse du refoulement. Toutefois, de l'avis du CICR, les interdictions visant certaines catégories d'actes énoncées dans l'article 3 commun s'appliqueraient aussi au transfert de personnes vers des lieux ou à des autorités, dans lesquels ou aux mains desquelles, il existe des motifs sérieux de croire qu'elles risqueraient de subir des atteintes à leur vie ou à leur intégrité, telles que meurtre, torture et autres formes de mauvais traitements » (CICR, *Commentary of 2016, Article 3: Conflicts not of an international character*, par. 710, disponible à l'adresse suivante : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>).

¹³⁶ La même obligation découle du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, en vertu du paragraphe 1 de son article premier. À la différence d'autres dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés, l'application de l'article 33 n'est pas subordonnée au fait qu'un réfugié réside régulièrement sur le territoire d'un État contractant. Sur le point de savoir si l'article 33 régit le comportement des États parties même hors de leur territoire, voir Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son protocole de 1967*, 26 janvier 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://www.refworld.org/pdfid/470ccbb42.pdf>.

aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique¹³⁷, ainsi que dans certains instruments non contraignants, en des termes similaires à ceux de la Convention relative au statut des réfugiés¹³⁸. Tel qu'il est décrit dans cette Convention, il a aussi été appliqué aux étrangers de façon plus large (qu'ils soient ou non réfugiés)¹³⁹, par exemple dans la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme, « Pacte de San José de Costa Rica »¹⁴⁰, ainsi que dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981¹⁴¹, et il a fait l'objet d'une disposition du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers que la Commission a adopté en 2014¹⁴².

96. Le principe de non-refoulement se traduit souvent dans les conventions générales sur l'extradition par une disposition précisant qu'aucune disposition de ladite convention ne doit être interprétée comme impliquant une obligation d'extrader l'auteur présumé d'une infraction si l'État partie requis a des motifs sérieux de croire que la demande a été présentée aux fins de persécuter la personne concernée pour une raison quelconque. Le paragraphe 11 du projet d'article 11 qui est proposé et dont traite le chapitre précédent est une disposition de ce type.

¹³⁷ L'article 2, par. 3, se lit comme suit : « Nul ne peut être soumis par un État membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons énumérées à l'article 1, par. 1 et 2. ».

¹³⁸ Voir, par exemple, la Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés, adoptée lors du Colloque sur « La protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama : Problèmes juridiques et humanitaires », tenu à Carthagène (Colombie) du 19 au 22 novembre 1984, disponible à l'adresse suivante :

www.oas.org/dil/1984_Cartagena_Declaration_on_Refugees.pdf, conclusion 5 (« Réaffirmer l'importance et la signification du principe de non-refoulement (y compris l'interdiction du refoulement à la frontière) comme pierre angulaire de la protection des réfugiés... »).

¹³⁹ Voir, par exemple, la résolution 2312 (XXII) adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1967; le paragraphe 1 de l'article III du Texte définitif des Principes de Bangkok de 1966 sur le statut et le traitement des réfugiés de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), adopté lors de la quarantième session de l'Organisation tenue à New-Delhi le 24 juin 2001, disponible à l'adresse suivante :

www.aalco.int/Final%20text%20of%20Bangkok%20Principles.pdf : « Aucune personne cherchant asile conformément à ces principes ne peut être soumise à des mesures telles que le refoulement à la frontière, le renvoi ou l'expulsion dont il résulterait une menace pour sa vie ou sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »; et la recommandation n° R (84) 1 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés, adoptée le 25 janvier 1984 : « le principe de non-refoulement est reconnu comme un principe général applicable à toute personne ».

¹⁴⁰ L'article 22, par. 8, se lit comme suit : « En aucun cas l'étranger ne peut être renvoyé ou refoulé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risquent de faire l'objet de violations en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques. ».

¹⁴¹ L'article 12, par. 3, se lit comme suit : « Toute personne a le droit en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger, conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales. ».

¹⁴² *Annuaire ... 2014*, vol. II (deuxième partie), art. 23, par. 1 : « Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions politiques ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international. ».

97. Le principe de non-refoulement est également incorporé dans des traités portant sur des infractions particulières, comme la torture ou les disparitions forcées, et on peut y voir un aspect de la prévention de ces infractions. De tels traités interdisent le refoulement de *toute* personne – qu'elle soit, ou non, auteur présumé d'une infraction et que le renvoi ait lieu, ou non, dans le contexte d'une extradition – vers un autre État où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risquera d'y être victime de l'infraction visée par le traité. L'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose ainsi :

1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.
2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

98. Le paragraphe 1 inscrit le principe de non-refoulement dans le contexte de l'objet de la Convention (la torture). Les termes de cet instrument sont calqués sur ceux de la Convention relative au statut des réfugiés, auxquels a été ajouté l'élément supplémentaire de l'extradition, afin d'« englober toutes les mesures possibles pour le transfert physique d'une personne vers un autre État »¹⁴³. Un article similaire figure dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴⁴.

99. Le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont interprété l'interdiction de la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants figurant dans le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques¹⁴⁵ et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

¹⁴³ D. Weissbrodt et I. Hörtreiter, « The principle of non-refoulement : article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in comparison with the non-refoulement provisions of other international human rights treaties », *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5 (1999), p. 7 et 8.

¹⁴⁴ L'article 19, par. 2, se lit comme suit : « Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. ». Voir aussi la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 337, 20 décembre 2011, p. 9, art. 2 f) et 15, dans lesquels il est dit qu'une personne a le droit de bénéficier d'une protection contre le renvoi lorsqu'« il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée ... courrait un risque réel de subir des atteintes graves », et que « [l]es atteintes graves sont : a) la peine de mort ou l'exécution; ou b) la torture ou les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine; ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international ».

¹⁴⁵ Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 20 (1992) sur l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 40 (A/47/40)*, par. 9 (« les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement »).

et des libertés fondamentales de 1950 (Convention européenne des droits de l'homme)¹⁴⁶, comme imposant implicitement une obligation de non-refoulement même si ces instruments ne l'énoncent pas expressément.

100. La question du critère à appliquer pour donner effet à cette obligation a été traitée par les comités et tribunaux compétents. Le Comité contre la torture a indiqué, à l'occasion de l'examen de communications faisant grief à un État d'avoir violé l'article 3, que, pour établir s'il existait des « motifs sérieux » donnant à croire qu'une personne risquait d'être soumise à la torture, il devait déterminer si le refoulement « aurait comme conséquence prévisible d'exposer [la personne concernée] à un risque réel et personnel d'être arrêtée et torturée »¹⁴⁷. De même, le Comité des droits de l'homme a estimé que les États devaient s'abstenir d'exposer des personnes à un « risque réel » de violations des droits que leur reconnaît le Pacte¹⁴⁸. Plus récemment, le même Comité a déclaré que les États parties avaient l'obligation de « ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il exist[ait] des motifs sérieux de croire qu'il y a[vait] un risque réel de préjudice irréparable, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte »¹⁴⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a également estimé que la responsabilité de l'État était engagée lorsqu'il y avait des motifs sérieux de penser qu'une personne serait exposée à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3¹⁵⁰.

101. Il n'y a pas de définition précise de ce qui constitue un « risque réel ». Le Comité contre la torture a indiqué que si l'existence d'un tel risque doit être appréciée selon des éléments « qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons », il n'est toutefois « pas nécessaire de montrer que le risque couru est hautement probable »¹⁵¹. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé

¹⁴⁶ *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93, arrêt du 15 novembre 1996, Cour européenne des droits de l'homme, par. 80 (« chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 [interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants] si elle est expulsée vers un autre État, la responsabilité de l'État contractant – la protéger de tels traitements – est engagée en cas d'expulsion »).

¹⁴⁷ *Aemei c. Suisse*, communication n° 34/1995, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 44 (A/52/44)*, annexe V. B.2, par. 9.5. Voir aussi *A. R. J. c. Australie*, communication n° 692/1996, Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/52/40)*, annexe VI. T, par. 6.14 (dans laquelle le Comité estime que le risque de torture doit être « la conséquence nécessaire et prévisible de l'expulsion »).

¹⁴⁸ *Chitat Ng c. Canada*, communication n° 469/1991, Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 40 (A/49/40)*, annexe IX. CC, par. 14.1.

¹⁴⁹ Voir l'observation générale n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, vol. I, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 40 (A/59/40)*, annexe III, par. 12.

¹⁵⁰ Voir *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions, Série A, vol. 161, par. 88; et *Chahal c. Royaume-Uni* (voir *supra*, note 146), par. 74.

¹⁵¹ Observation générale n° 1 (1997) sur l'application de l'article 3, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 44 (A/53/44)*, annexe IX, par. 6.

également qu'un risque réel est un risque dont la réalisation est plus qu'une simple possibilité sans être « plus probable qu'improbable »¹⁵².

102. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'examen des preuves de l'existence d'un tel risque doit être « rigoureux »¹⁵³. Pour déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'il existe un risque réel de traitement contraire à l'article 3, les éléments de preuve du risque doivent être évalués « en se référant en priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion »¹⁵⁴, mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs¹⁵⁵. Adoptant la même approche, le Comité des droits de l'homme a en outre indiqué que l'on n'exigeait pas « qu'il soit prouvé que des actes de torture ont été commis par la suite, même si les informations ayant trait à des événements ultérieurs sont pertinents pour évaluer le risque initial »¹⁵⁶. Pour établir ce risque, le Comité doit examiner tous les éléments pertinents et « [l]'existence d'assurances, leur teneur et l'existence et la mise en œuvre de mécanismes d'exécution sont autant d'éléments utiles pour déterminer si, dans la pratique, il existait un risque réel de mauvais traitements interdits »¹⁵⁷. Le Comité contre la torture a établi une liste non exhaustive de sept éléments que les États doivent prendre en considération lorsqu'ils déterminent si le renvoi est possible¹⁵⁸.

103. L'article 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées est rédigé dans les mêmes termes que ceux de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à cela près que l'expression « soumise à la torture » y est remplacée par « victime d'une disparition forcée » et le verbe « remet » a été ajouté, ainsi que, *in fine*, le membre de phrase « ou de violations graves du droit international humanitaire ». Il se lit donc comme suit :

1. Aucun État partie n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée.

¹⁵² *Saadi c. Italie*, requête n° 37201/06, arrêt du 28 février 2008, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions 2008*, par. 131 et 140.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 128.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 133.

¹⁵⁵ *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, requête n° 39630/09, arrêt du 13 décembre 2012, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions 2012*, par. 214.

¹⁵⁶ *Maksudov et consorts c. Kirghizistan*, communications n°s 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 et 1477/2006, Rapport du Comité des droits de l'homme, vol. II, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 40 (A/63/40)*, annexe V. W, par. 12.4.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Observation générale n° 1 (voir *supra*, note 151), par. 8. Cette liste vise les éléments suivants, à savoir : a) s'il y a dans l'État intéressé des preuves de l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives; b) si la personne concernée a été torturée ou maltraitée dans le passé par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite; c) s'il existe des éléments de preuve de nature médicale ou d'autres éléments de preuve de source indépendante à l'appui des allégations de la personne concernée qui affirme avoir été torturée ou maltraitée dans le passé; d) si la situation interne en ce qui concerne les droits de l'homme dans l'État concerné a changé; e) si la personne concernée s'est livrée, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État intéressé, à des activités politiques qui font qu'elle court un risque particulier d'être soumise à la torture; f) s'il existe des preuves de la crédibilité de la personne concernée; et g) s'il existe des incohérences factuelles dans ce que la personne concernée affirme.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire¹⁵⁹.

104. Lors de l'élaboration du projet de convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, certaines délégations ont estimé que le paragraphe 1 pourrait être formulé en termes plus larges pour qu'il couvre la question du refoulement en cas de risque de violation grave des droits de l'homme. Cependant, la plupart des délégations « ont considéré que l'obligation de non-refoulement ... devait uniquement s'appliquer en cas de risque de disparition forcée, et non de risque de violation grave des droits de l'homme, qui est une formule trop large »¹⁶⁰. En conséquence, la Convention vise uniquement le non-refoulement des personnes courant un risque de disparition forcée, celui d'être exposé à d'autres violations des droits de l'homme étant laissé aux régimes établis par d'autres traités et par le droit international coutumier.

105. La Convention relative au statut des réfugiés prévoit des exceptions à l'obligation de non-refoulement en vue de permettre le refoulement de personnes ayant commis une infraction ou posant un risque grave de sécurité. Toutefois, depuis lors, ces exceptions n'ont pas été incluses dans les autres traités, qui considèrent dès lors que l'obligation de non-refoulement a un caractère absolu¹⁶¹. De fait, l'obligation de non-refoulement est considérée comme non susceptible de dérogation¹⁶².

B. Projet d'article 12. Non-refoulement

106. À la lumière des considérations qui précèdent, il semble justifié de faire figurer dans le présent projet d'articles un projet d'article sur le non-refoulement, qui pourrait être basé sur le texte de la disposition de la Convention internationale

¹⁵⁹ Pour une analyse de cette question, voir S. McCrory, « The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance », *Human Rights Law Review*, vol. 7, n° 3 (2007), p. 554 et 555.

¹⁶⁰ Commission des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2003/71), par. 49.

¹⁶¹ Voir, par exemple, *Maksudov et consorts c. Kirghizistan* (voir *supra*, note 156), par. 12.4 (dans laquelle le Comité a estimé que l'interdiction du refoulement figurant dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques « ne saurait être mise en balance avec des considérations relatives à la sécurité nationale ou à la nature du comportement criminel dont une personne est accusée ou soupçonnée »). Voir aussi *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, requête n° 8139/09, arrêt du 17 janvier 2012, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2012, par. 185; et *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suède*, communication n° 39/1996, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 44 (A/52/44)*, annexe V, par. 14.5.

¹⁶² Rapport du Comité exécutif du programme du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés sur les travaux de sa quarante-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 12 (A/51/12/Add.1)*, par. 21 i) (« rappelle qu'il ne peut être dérogé au principe du non-refoulement »); et la résolution 51/75 adoptée par l'Assemblée générale le 12 février 1997, par. 3 (« demande à tous les États ... de respecter scrupuleusement le principe fondamental et intangible du non-refoulement »).

pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées citée au paragraphe 103, *supra*. Le paragraphe 1 de ce projet d'article serait spécifiquement consacré à l'énonciation du principe de non-refoulement dans le contexte du risque d'être victime d'un crime contre l'humanité. L'emploi de l'expression « vers le territoire relevant de la juridiction d'un autre État » permettrait en particulier de ne pas limiter la portée de la disposition aux situations dans lesquelles l'auteur du crime contre l'humanité est un agent d'un gouvernement étranger, mais de prendre en considération le fait que le risque visé peut aussi venir d'acteurs non étatiques présents sur le territoire de l'autre État. Le paragraphe 2 inviterait les États parties à tenir compte de toutes les considérations pertinentes, tout en signalant, à titre non exclusif, celles qui méritent une attention particulière.

107. Nous proposons le projet d'article ci-après :

Projet d'article 12. Non-refoulement

1. Aucun État n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité.
2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire.

Chapitre III

Entraide judiciaire

108. Après la commission d'un crime contre l'humanité, l'État qui enquête sur les infractions visées au projet d'article 5 ou en poursuit les auteurs pourra juger utile de solliciter l'aide d'un autre État en vue de rassembler des informations et des preuves, notamment sous forme de documents, de déclarations sous serment et de dépositions orales de victimes ou de témoins. La coopération dans ces domaines, généralement apportée sous réserve de réciprocité, est appelée « entraide judiciaire »¹⁶³.

109. À ce jour, aucun instrument mondial ou régional ne traite expressément de l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité. Lorsqu'une coopération de cette nature se met en place dans le contexte de tels crimes, il s'agit en réalité d'une coopération volontaire que les États accordent par courtoisie ou en application d'éventuels traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs, plus généralement, à l'entraide judiciaire en matière pénale (dénommés « traités d'entraide judiciaire »). Il est jugé souhaitable de faire de cette entraide une obligation juridique afin d'établir un cadre de coopération plus prévisible et une structure définissant clairement le mode de coopération¹⁶⁴.

110. S'il y a quelques exemples de traités multilatéraux d'entraide judiciaire au plan régional¹⁶⁵, il n'existe pas de traité mondial d'entraide judiciaire et la plupart des efforts de coopération reposent sur des accords bilatéraux conclus entre les États¹⁶⁶. Souvent, les traités multilatéraux d'entraide judiciaire cèdent le pas devant d'éventuels accords bilatéraux entre les deux États concernés; un accord bilatéral est en effet susceptible d'être plus détaillé et mieux adapté, en ce qu'il prend en considération les particularités du système juridique des États concernés¹⁶⁷.

111. Les dispositions des traités bilatéraux d'entraide judiciaire se ressemblent souvent, d'une part, parce que les États emploient les formules utilisées dans de précédents accords bilatéraux et, d'autre part, en raison de l'influence des traités « type » ou de la législation nationale¹⁶⁸. Il convient de noter qu'en 1990, l'Assemblée générale a adopté un Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale et un Protocole facultatif au Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale

¹⁶³ Voir, de manière générale, M. C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2^e éd. revue et corrigée, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, p. 504 à 506; T. R. Salomon, « Mutual legal assistance in criminal matters », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (janvier 2013); J. van der Sanden et W. J. van der Wolf (dir. publ.), *Mutual Legal Assistance in International Criminal Matters*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.

¹⁶⁴ Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (note *supra*), p. 504 à 506.

¹⁶⁵ Voir, par exemple : Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959; Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale de 1992; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne de 2000, (complément à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 et au Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1978); Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale [de l'ASEAN].

¹⁶⁶ Pour une carte des relations conventionnelles bilatérales entre les États en matière d'entraide judiciaire, voir Access Now, « Mutual legal assistance treaties », à consulter à l'adresse : <https://mlat.info>.

¹⁶⁷ Voir Olson (voir *supra*, note 68), p. 338.

¹⁶⁸ Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (voir *supra*, note 163), p. 506.

concernant les fruits d'activités criminelles¹⁶⁹ pour « fournir aux États intéressés un cadre qui leur facilite la négociation et la conclusion d'arrangements bilatéraux propres à renforcer la coopération en matière de prévention du crime et de justice pénale »¹⁷⁰. En 2007, l'ONUDC a en outre établi une Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale, que les États étaient libres d'adopter à l'échelle nationale¹⁷¹.

112. S'il arrive que l'entraide judiciaire dans le contexte de crimes contre l'humanité s'appuie sur des traités multilatéraux et bilatéraux d'entraide judiciaire existants, dans bien des cas, l'État requérant et l'État requis n'ont conclu aucun traité en la matière¹⁷². Dans le domaine de l'entraide judiciaire comme en matière d'extradition (dont il est question *supra* au chapitre I), les États n'ont le plus souvent aucune relation conventionnelle avec les autres États, si bien qu'en cas de nécessité, dans le contexte d'un crime contre l'humanité, il n'existe pas d'instrument juridique international régissant la coopération.

113. Eu égard à l'absence d'obligations juridiques multilatérales d'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité, on a considéré qu'une nouvelle convention internationale sur les crimes contre l'humanité devait contenir une disposition relative à l'entraide judiciaire¹⁷³. Pendant les débats de la Sixième Commission en 2015 et 2016, les États ont relevé qu'il n'existait pas, en droit international, de règles relatives à l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité et estimé que cette question devait être traitée dans le cadre du sujet à l'examen¹⁷⁴.

114. Aux fins de la rédaction d'un projet d'article en la matière, on pourra s'aider des traités existants relatifs à une infraction spécifique, telle que la torture ou la corruption. De manière générale, pareils traités comportent un article sur l'entraide judiciaire qui peut être « concis », c'est-à-dire peu détaillé, ou « détaillé », c'est-à-dire plus précis. Dans un cas comme dans l'autre, l'article établit l'obligation fondamentale de coopérer, mais lorsqu'il est détaillé, il énonce de façon bien plus précise les modalités de la coopération. En réalité, un article détaillé contient ce que

¹⁶⁹ Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, résolution 45/117 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1990, annexe.

¹⁷⁰ Ibid., par. 1. Voir aussi ONUDC, Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Part One: Revised Manual on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, p. 65, à consulter à l'adresse : www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf.

¹⁷¹ Voir ONUDC, Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale, à consulter à l'adresse : https://www.unodc.org/tldb/en/model_laws_treaties.html?

¹⁷² Voir le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 1998, faite à Vienne le 20 décembre 1988 (E/CN.7/590), p. 160, par. 7.22 (dans lequel il est estimé qu'il « subsiste [...] bien des États qui ne sont pas Parties aux traités d'entraide judiciaire de caractère général et bien des cas dans lesquels aucun traité bilatéral ne régit les relations entre les deux États intéressés par une affaire déterminée »). Voir aussi Olson (voir *supra*, note 68), p. 336.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Voir par exemple : Suisse, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Sixième Commission, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22)*, par. 20 (« Le futur projet d'articles devrait comprendre des dispositions sur l'entraide judiciaire exigeant des États qu'ils coopèrent tout en respectant les contraintes imposées par les systèmes nationaux. »); Pays-Bas, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Sixième Commission, 26^e séance (A/C.6/71/SR.26)*, par. 40 (« Une convention sur l'interdiction des crimes contre l'humanité devrait comporter des dispositions sur la coopération et l'entraide judiciaires entre les États, ce qui constitue un autre sujet de préoccupation pour sa délégation. »).

l'on pourrait appeler un « minitraité d'entraide judiciaire », qui établit les dispositions fondamentales relatives à l'entraide judiciaire sur lesquelles les deux États concernés doivent se fonder lorsqu'il n'existe entre eux aucun autre traité multilatéral ou bilatéral en vigueur en la matière.

A. Article concis relatif à l'entraide judiciaire

115. L'article concis concernant l'entraide judiciaire que l'on trouve dans certains traités relatifs à des infractions relevant de la compétence des tribunaux internes n'entre pas dans les détails. Il se borne à exiger la coopération la plus large possible entre les États, sans en préciser les modalités, et prévoit l'application de tout traité d'entraide judiciaire qui peut exister entre les États intéressés. Par exemple, l'article 9 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose ce qui suit :

1. Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions visées à l'article 4, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure.
2. Les États parties s'acquittent de leurs obligations en vertu du paragraphe 1 du présent article en conformité avec tout traité d'entraide judiciaire qui peut exister entre eux.

116. De même, aux termes de l'article 10 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif :

1. Les États Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées à l'article 2, y compris pour l'obtention des éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure.
2. Les États Parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu du paragraphe 1 en conformité avec tout traité ou accord d'entraide judiciaire qui peut exister entre eux. En l'absence d'un tel traité ou accord, les États Parties s'accordent cette entraide en conformité avec leur législation interne.

117. On trouve l'exemple le plus récent de ce type de disposition à l'article 14 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui dispose ce qui suit :

1. Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative à un crime de disparition forcée, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure.
2. Cette entraide judiciaire est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis ou par les traités d'entraide judiciaire applicables, y compris, notamment, concernant les motifs pour lesquels l'État

partie requis peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire ou la soumettre à des conditions¹⁷⁵.

118. On trouve également des articles concis de ce type dans d'autres instruments : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 10); la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (art. 10)¹⁷⁶; la Convention interaméricaine de 1996 contre la corruption (art. XIV); la Convention interaméricaine de 2002 contre le terrorisme (art. 9); la Convention de 2003 de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (art. 18).

B. Article détaillé relatif à l'entraide judiciaire

119. Si l'on trouve un article concis relatif à l'entraide judiciaire dans plusieurs instruments, les États s'intéressent également aux articles détaillés, qui comportent bien plus de précisions sur les modalités d'une assistance de cette nature.

120. On trouve ce type d'articles détaillés dans plusieurs instruments internationaux, parmi lesquels : la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 7); la Convention

¹⁷⁵ Dans sa première version, cet article, initialement l'article 8 du projet de convention de 1998, était libellé comme suit : « 1. Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute enquête ou procédure pénale relative au crime de disparition forcée, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure. 2. Les États parties coopèrent entre eux et s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans la recherche, la localisation, la libération des personnes disparues et le secours à leur apporter ou, en cas de décès, la restitution de leurs restes. 3. Les États parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu des paragraphes 1 et 2 du présent article, sans préjudice de celles qui découlent des traités d'entraide judiciaire qui les lient » (Commission des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail de session sur l'administration de la justice, (E/CN.4/Sub.2/1998/19, annexe), p. 26). Plusieurs délégations étaient favorables à la suppression du paragraphe 3 du projet d'article 8 : elles le jugeaient vague et estimaient qu'il faisait double emploi avec le paragraphe 2 (voir le Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (voir *supra*, note 44), p. 20 [le paragraphe 3 traitait du « refus d'entraide judiciaire pour des motifs liés à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou autres intérêts essentiels de l'État requis »]). Dans l'anglais, « judicial assistance » a été remplacé par « legal assistance » pour suivre l'évolution de l'usage (Commission des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2005/66), par. 70; voir aussi Revised Manual on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters (voir *supra*, note 170), par. 6 et 7 [dans lesquels il est question d'employer l'expression « mutual assistance » à la place de « judicial assistance » pour éviter certains problèmes dus aux différences qui existent entre les divers systèmes juridiques]).

¹⁷⁶ L'article 10 de cette convention est essentiellement libellé, à quelques modifications près, sur le modèle de l'article 10 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs. Voir *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 349, par. 2) du commentaire de l'article 10 (« L'article 10 reproduit, en substance, les dispositions [de l'article] 10 de la Convention de La Haye. [...] on a ajouté le membre de phrase "y compris en ce qui concerne la communication de toutes les preuves dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure" afin d'assurer que l'article ne recevra pas une interprétation restrictive fondée sur le sens technique étroit qui est parfois attribué à l'expression "entraide judiciaire". »).

internationale pour la répression du financement du terrorisme¹⁷⁷; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 18); la Convention des Nations Unies contre la corruption (art. 46).

121. Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée que l'usage de l'article détaillé tend à s'imposer. L'article de la Convention qui portait sur l'entraide judiciaire se composait au départ de deux paragraphes, comme c'est le cas des articles concis¹⁷⁸. Cependant, les États avaient rapidement décidé qu'il fallait remplacer cet article concis par un autre, bien plus détaillé, rédigé sur le modèle de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes¹⁷⁹. De la même manière, les rédacteurs de la Convention des Nations Unies contre la corruption ont opté pour une disposition détaillée, qui reprend presque intégralement l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. L'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui traite de l'entraide judiciaire, comporte 30 paragraphes et dispose ce qui suit :

1. Les États Parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention.
2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État Partie requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État Partie requérant, conformément à l'article 26 de la présente Convention.
3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent article peut être demandée aux fins suivantes :
 - a) Recueillir des témoignages ou des dépositions;
 - b) Signifier des actes judiciaires;
 - c) Effectuer des perquisitions et des saisies, ainsi que des gels;
 - d) Examiner des objets et visiter des lieux;
 - e) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts;

¹⁷⁷ L'article 7, par. 5 et les articles 12 à 16 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, dont les dispositions relatives à l'entraide judiciaire sont éparpillées entre plusieurs articles; ainsi, il est question de l'entraide judiciaire dans différentes dispositions relatives tant à l'entraide qu'à l'extradition. Dans d'autres instruments plus récents, comme la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption, la tendance est au regroupement des dispositions relatives à l'entraide judiciaire en un seul et même article (voir art. 18 et 46, respectivement).

¹⁷⁸ Voir Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, Question de l'élaboration d'une convention internationale contre la criminalité transnationale organisée (E/CN.15/1997/7/Add.1), p. 14 et 15; et McClean (voir *supra*, note 81), p. 201.

¹⁷⁹ Voir Question de l'élaboration d'une convention internationale contre la criminalité transnationale organisée (note *supra*), p. 15 (propositions de l'Australie et de l'Autriche).

f) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société;

g) Identifier ou localiser des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve;

h) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État Partie requérant;

i) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État Partie requis;

j) Identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention;

k) Recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention.

4. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État Partie peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des affaires pénales à une autorité compétente d'un autre État Partie, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes et des poursuites pénales, ou amener ce dernier État Partie à formuler une demande en vertu de la présente Convention.

5. La communication d'informations conformément au paragraphe 4 du présent article se fait sans préjudice des enquêtes et poursuites pénales dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État Partie qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État Partie qui reçoit les informations avise l'État Partie qui les communique avant la révélation, et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État Partie qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État Partie qui les communique.

6. Les dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

7. Les paragraphes 9 à 29 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les États Parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États Parties sont liés par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les États Parties ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 9 à 29 du présent article. Les États Parties sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

8. Les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article.

9. a) Lorsqu'en application du présent article il répond à une demande d'aide en l'absence de double incrimination, un État Partie requis tient compte de l'objet de la présente Convention tel qu'énoncé à l'article premier;

b) Les États Parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présent article. Toutefois, un État Partie requis, lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas de mesures coercitives. Cette aide peut être refusée lorsque la demande porte sur des questions mineures ou des questions pour lesquelles la coopération ou l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la présente Convention;

c) Chaque État Partie peut envisager de prendre les mesures nécessaires pour lui permettre de fournir une aide plus large en application du présent article, en l'absence de double incrimination.

10. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire d'un État Partie, dont la présence est requise dans un autre État Partie à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées par la présente Convention, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause;

b) Les autorités compétentes des deux États Parties concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États Parties peuvent juger appropriées.

11. Aux fins du paragraphe 10 du présent article :

a) L'État Partie vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée;

b) L'État Partie vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États Parties;

c) L'État Partie vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise;

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État Partie vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État Partie à partir duquel elle a été transférée.

12. À moins que l'État Partie à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 10 et 11 du présent article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur

le territoire de l'État Partie vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée.

13. Chaque État Partie désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État Partie a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Les autorités centrales assurent l'exécution ou la transmission rapide et en bonne et due forme des demandes reçues. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État Partie dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États Parties. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État Partie d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États Parties en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

14. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État Partie requis, dans des conditions permettant audit État Partie d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État Partie sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État Partie dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention. En cas d'urgence et si les États Parties en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

15. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

- a) La désignation de l'autorité dont émane la demande;
- b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée;
- c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires;
- d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État Partie requérant souhaite voir appliquée;
- e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée; et
- f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

16. L'État Partie requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.
17. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État Partie requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État Partie requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.
18. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire d'un État Partie doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État Partie, le premier État Partie peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle comparaisse en personne sur le territoire de l'État Partie requérant. Les États Parties peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État Partie requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État Partie requis y assistera.
19. L'État Partie requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État Partie requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État Partie requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État Partie requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État Partie requérant avise l'État Partie requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État Partie requérant informe sans retard l'État Partie requis de la révélation.
20. L'État Partie requérant peut exiger que l'État Partie requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État Partie requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État Partie requérant.
21. L'entraide judiciaire peut être refusée :
- a) Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent article;
 - b) Si l'État Partie requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels;
 - c) Au cas où le droit interne de l'État Partie requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence;
 - d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État Partie requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.
22. Les États Parties ne peuvent refuser une demande d'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales.

23. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

24. L'État Partie requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État Partie requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État Partie requérant peut présenter des demandes raisonnables d'informations sur l'état d'avancement des mesures prises par l'État Partie requis pour faire droit à sa demande. L'État Partie requis répond aux demandes raisonnables de l'État Partie requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État Partie requérant en informe promptement l'État Partie requis.

25. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État Partie requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

26. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 21 du présent article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 25, l'État Partie requis étudie avec l'État Partie requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État Partie requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

27. Sans préjudice de l'application du paragraphe 12 du présent article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État Partie requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire de l'État Partie requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État Partie requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États Parties à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire de l'État Partie requérant y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.

28. Les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État Partie requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États Parties concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États Parties se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

29. L'État Partie requis :

a) Fournit à l'État Partie requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès;

b) Peut, à son gré, fournir à l'État Partie requérant intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers,

documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

30. Les États Parties envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

122. Aux fins de l'élaboration d'un projet d'articles relatif aux crimes contre l'humanité, il est vraisemblablement préférable d'opter pour un article détaillé de ce type, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, un article détaillé donne aux États des orientations bien plus précises en matière d'entraide judiciaire; ceux-ci pourront donc se fonder sur ses dispositions en l'absence d'autre traité d'entraide judiciaire entre les États concernés. Deuxièmement, les États jugent nécessaire d'adopter des articles détaillés, aux fins de la prévention et de la répression de la criminalité, dans différentes branches importantes du droit pénal transnational¹⁸⁰. Troisièmement, les articles détaillés ont été acceptés par les États dans la pratique. Cent quatre-vingt-sept États sont parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et 181, à la Convention des Nations Unies contre la corruption. Aucun d'eux n'a émis de réserve quant aux termes ou à la teneur des articles relatifs à l'entraide judiciaire qui figurent dans ces deux conventions¹⁸¹. En outre, les dispositions des articles détaillés que l'on trouve dans certains traités sont bien comprises par les États, qui peuvent s'aider d'un grand nombre de guides et autres ressources, notamment de ceux que l'ONU a élaborés pour faciliter l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁸².

¹⁸⁰ La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes a été négociée au sein de la Commission des stupéfiants à la demande de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social. La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme a été établie par un comité spécial créé par les résolutions 53/108 et 51/210 de l'Assemblée générale, en date des 8 décembre 1998 et 17 décembre 1996. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption ont été négociées au sein de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, créée par la résolution 1992/1 du Conseil économique et social du 6 février 1992 en tant que commission technique du Conseil, comme l'avait demandé l'Assemblée générale dans sa résolution 46/152 du 18 décembre 1991. Cette commission est le principal organe de décision de l'ONU dans les domaines de la prévention du crime et de la justice pénale.

¹⁸¹ Les États parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ont fait des déclarations relatives aux paragraphes 13 et 14 de l'article 18 pour informer le Secrétaire général de l'autorité centrale qu'ils avaient désignée et de la langue dans laquelle ils souhaitaient que les demandes leur soient adressées. Les États ont fait des déclarations semblables relatives à la Convention des Nations Unies contre la corruption, comme ils étaient tenus de le faire en application des paragraphes 13 et 14 de l'article 46.

¹⁸² Voir, par exemple : *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant* (voir *supra*, note 35); *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (Ibid.); *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (Ibid.); *Travaux Préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (Ibid.); Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Ibid.).

123. Pour toutes ces raisons, le projet d'article proposé à la fin de ce chapitre a été en grande partie rédigé sur le modèle de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, à quelques modifications près, indiquées ci-après. Les paragraphes ci-dessous traitent des dispositions de l'article 46, regroupées en trois catégories : 1) l'obligation générale d'accorder l'entraide judiciaire; 2) la coopération lorsqu'il existe un traité d'entraide judiciaire entre les deux États concernés; 3) la coopération lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire entre les deux États concernés.

1. Obligation générale d'accorder l'entraide judiciaire

124. Le paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption énonce l'obligation générale pour les États parties de « s'accorde[r] mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible¹⁸³ » dans le contexte des infractions visées par la Convention. Les États parties ont l'obligation de s'accorder cette entraide dans le cadre non seulement des « enquêtes », mais aussi des « poursuites » et des « procédures judiciaires ». Cette obligation vise à favoriser la réalisation de l'objectif plus général qu'est l'application de la Convention, en assurant une coopération sur tous les plans entre tous les États parties susceptibles de disposer d'informations et de preuves utiles dans le contexte de l'infraction en cause¹⁸⁴. Le paragraphe 1 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 1).

125. Le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption énonce l'obligation générale, pour les États parties, d'accorder également l'entraide judiciaire la plus large possible concernant les infractions dont une « personne morale » peut être tenue responsable, mais uniquement « autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État Partie requis le permettent »¹⁸⁵. Cette précision repose sur le constat que, d'un système juridique à

¹⁸³ Voir aussi l'article 9, par. 1, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : « Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions visées à l'article 4, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure. »; l'article 12, par. 1, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme : « Les États Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées à l'article 2, y compris pour l'obtention des éléments de preuve en leur possession qui sont nécessaires aux fins de la procédure. »; l'article 18, par. 1, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : « Les États Parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention. ».

¹⁸⁴ *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 349, par. 2) du commentaire de l'article 10 (« Il est clair que si l'auteur présumé de l'infraction doit être jugé dans un État autre que celui où l'infraction a été commise, il sera nécessaire de mettre les preuves à la disposition du tribunal saisi de l'affaire, sous la forme exigée par la loi dudit État. En outre, une partie des preuves requises peuvent se trouver dans les États tiers. Aussi l'obligation en question est-elle imposée à tous les États parties. »).

¹⁸⁵ Voir aussi l'article 18, par. 2, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (libellé identique). Au cours de l'élaboration de la Convention, l'ensemble des délégations s'étaient montrées favorables à l'ajout d'une disposition relative à l'entraide judiciaire concernant les personnes morales, même si certaines d'entre elles estimaient que la question était déjà traitée au paragraphe 1. McClean (voir *supra*, note 81), p. 207 et 208.

un autre, il existe des différences considérables dans le traitement pénal des personnes morales et que, dans ce contexte, l'entraide judiciaire n'est donc possible que dans les limites prévues par le droit interne de l'État partie requis en matière pénale¹⁸⁶. Le paragraphe 2 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 2).

126. Le paragraphe 3 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit plusieurs grandes formes d'aide pouvant être sollicitées par un État partie¹⁸⁷. Ces formes d'aide, exposées dans les grandes lignes, sont pratiquement calquées sur celles que l'on trouve dans d'autres traités multilatéraux¹⁸⁸ et dans un grand nombre de traités bilatéraux¹⁸⁹ d'extradition. Le

À l'inverse, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ne fait pas obligation aux États d'accorder une aide dans les affaires mettant en cause des personnes morales, mais elle dispose en son article 12, par. 4, que « [c]haque État Partie peut envisager d'établir des mécanismes afin de partager avec d'autres États Parties les informations ou les éléments de preuve nécessaires pour établir les responsabilités pénales, civiles ou administratives, comme prévu à l'article 5 [sur la responsabilité des personnes morales] ».

¹⁸⁶ On pourrait citer, à ce propos, les différences qui existent entre les systèmes juridiques nationaux, différences dont il est question au paragraphe 7 du projet d'article 5.

¹⁸⁷ Voir aussi l'article 7, par. 2 et 3, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (dans lequel on trouve un libellé essentiellement semblable à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption); l'article 18, par. 3, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (libellé identique); l'article 1^{er}, par. 2, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169), (libellé essentiellement semblable à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption). Pour un examen de cette question, voir McClean (voir *supra*, note 81), p. 208 à 212; *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant* (voir *supra*, note 35), par. 475 : « D'une manière générale, les traités d'entraide judiciaire prévoient [les] types de coopération [visés au paragraphe 3 de l'article 18] [traduction du Secrétariat] ».

¹⁸⁸ Voir, par exemple l'article 7 de la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale : « L'entraide visée dans la présente convention implique, notamment, les actes de procédure suivants : a. Notification des décisions judiciaires et des jugements; b. Réception de témoignages et de déclaration de personnes; c. Citation de témoins et d'experts aux fins de déposition; d. Exécution de saisies et de séquestres de biens, immobilisation d'actifs et assistance aux procédures relatives à la confiscation; e. Réalisation d'inspections et de saisies; f. Examen d'objets et descentes de lieux; g. Présentation de pièces judiciaires; h. Remise de documents, de rapports, d'informations et de preuves; i. Transfèrement de personnes détenues, aux effets de la présente Convention; j. Tout autre acte de procédure pourvu qu'un accord soit intervenu entre l'État requérant et l'État requis. »; l'article 1, par. 2, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale [de l'ASEAN] : « L'entraide à accorder conformément au présent Traité peut inclure : a) Le recueil de témoignages ou l'obtention de déclarations spontanées; b) La prise de dispositions de nature à permettre à des personnes de témoigner ou d'apporter leur concours dans le cadre d'une affaire pénale; c) La remise de documents judiciaires; d) Les perquisitions et les saisies; e) L'examen d'objets et de lieux; f) La fourniture des originaux ou de copies certifiées conformes de dossiers et documents pertinents et d'éléments de preuve; g) L'identification ou la localisation de biens provenant de la commission d'une infraction et d'instruments liés à une infraction; h) Le gel des transactions de biens ou l'immobilisation de biens issus de la commission d'une infraction qui peuvent être recouverts, saisis ou confisqués; i) Le recouvrement, la saisie ou la confiscation de biens provenant de la commission d'une infraction; j) La localisation et l'identification de témoins et de suspects; k) Toute autre aide que l'on pourra convenir d'accorder en conformité avec les objectifs du présent Traité et la législation de la Partie requise. ».

¹⁸⁹ Voir, par exemple, l'article 1, par. 2, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « L'entraide judiciaire à accorder conformément au présent Traité peut

libellé de cet article est suffisamment général pour englober les diverses formes d'aide susceptibles d'être utiles dans le cadre d'enquêtes et de poursuites concernant un crime contre l'humanité, notamment la recherche de casiers judiciaires et de dossiers des services de renseignement, de dossiers judiciaires, de pièces d'identité, de dossiers d'immigration, d'actes de naissance, de mariage et de décès, de dossiers médicaux, de pièces à l'usage de la police scientifique et de données biométriques. En outre, la liste n'est pas exhaustive, puisqu'elle comporte, à l'alinéa i), une disposition très générale prévoyant la possibilité de demander « tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État Partie requis ». De manière générale, dans les cas où un traité bilatéral d'entraide judiciaire existant entre les États parties ne prévoirait pas les types de coopération énoncés au paragraphe 3 de l'article 46, il doit être considéré que « ces types de coopération viennent compléter de plein droit » le traité en question¹⁹⁰. Compte tenu de ce qui précède, le paragraphe 3 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 3).

127. Le paragraphe 4 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption encourage chaque État partie à communiquer des informations à un autre État partie, même en l'absence de demande, si ces informations sont susceptibles d'aider ce dernier État partie à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes et des poursuites pénales, ou de l'amener à formuler une demande d'entraide judiciaire¹⁹¹. Cette disposition, considérée comme innovante lorsqu'elle a été employée dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ne fait pourtant qu'affirmer « ce qui a sans doute toujours été, à savoir que les autorités d'un État peuvent, de leur propre initiative, fournir des renseignements à celles d'un autre »¹⁹². Cela étant, elle est formulée de telle sorte qu'elle laisse à l'État une

inclure : a) Le recueil de témoignages ou de dépositions; b) La fourniture d'une aide pour mise à la disposition des autorités judiciaires de l'État requérant de personnes détenues ou d'autres personnes, aux fins de témoignage ou d'aide dans la conduite de l'enquête; c) La remise de documents judiciaires; d) Les perquisitions et les saisies; e) L'examen d'objets et de lieux; f) La fourniture de renseignements et de pièces à conviction; g) La fourniture des originaux ou de copies certifiées conformes de dossiers et documents pertinents y compris de relevés bancaires, de pièces comptables, de registres montrant le fonctionnement de l'entreprise ou ses activités commerciales. »; Traité d'entraide judiciaire entre les États-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie, conclu à Moscou le 17 juin 1999, à consulter à l'adresse :

www.state.gov/documents/organization/123676.pdf, art. 2 : « L'entraide judiciaire à accorder en application du présent Traité inclut : 1) L'obtention de témoignages ou de dépositions; 2) La fourniture de documents, de dossiers et d'autres pièces; 3) La remise de documents; 4) La localisation et l'identification de personnes et de pièces; 5) L'exécution de demandes de perquisition et de saisie; 6) Le transfèrement de personnes détenues aux fins de témoignage ou à d'autres fins prévues par le présent Traité; 7) La localisation et l'immobilisation d'actifs aux fins de confiscation, de restitution ou de la perception d'amendes; 8) La fourniture de toute autre aide judiciaire que n'interdit pas la législation de la Partie requise. ».

¹⁹⁰ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (voir *supra*, note 35), p. 184, par. 605 (dans lequel il est indiqué, en outre, que pour certains systèmes juridiques, il peut être nécessaire de modifier la législation de façon à prévoir des modes de coopération supplémentaires).

¹⁹¹ Voir aussi l'article 18, par. 4, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (libellé identique); *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (voir *supra*, note 35), p. 187 : « Ces dispositions ont pour but d'encourager les États parties à échanger de façon volontaire et proactive des informations concernant les questions pénales. ».

¹⁹² McClean (voir *supra*, note 81), p. 212.

liberté d'appréciation, puisqu'elle dispose que l'État partie « peu[t] » communiquer des informations, et elle comporte en outre une clause « [s]ans préjudice du droit interne », si bien qu'il appert clairement que les États parties n'ont pas l'obligation de communiquer des informations. Le paragraphe 4 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 6).

128. Le paragraphe 5 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se rapporte au paragraphe 4 en ce qu'il traite des cas dans lesquels l'État partie qui communique les informations exige que celles-ci restent confidentielles ou que leur utilisation soit assortie de restrictions. Ces restrictions doivent être observées, à moins que les informations en cause ne constituent des éléments de preuve à décharge et qu'à ce titre, elles doivent être divulguées à l'auteur présumé de l'infraction¹⁹³. Les rédacteurs de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ont décidé d'ajouter une « note interprétative » dans les travaux préparatoires de la Convention pour apporter des précisions à ce sujet :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que : a) lorsqu'un État partie envisage de communiquer spontanément des informations de nature particulièrement sensible ou envisage d'assortir de restrictions rigoureuses leur utilisation, il est jugé souhaitable qu'il consulte auparavant l'État qui doit recevoir éventuellement ces informations; b) lorsqu'un État partie qui reçoit des informations conformément à cette disposition est déjà en possession d'informations similaires, il n'est pas tenu d'observer les restrictions que lui impose l'État qui les lui a communiquées¹⁹⁴.

Le paragraphe 5 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 6).

129. Aux termes du paragraphe 8 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, « les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article ». Selon le Guide législatif pour l'application de la Convention :

Il importe de noter que ce paragraphe ne figure pas parmi ceux qui ne sont applicables qu'en l'absence d'un traité d'entraide judiciaire. Au contraire, les États parties doivent faire en sorte que ce motif de refus ne puisse pas être invoqué en vertu de leur législation ou de leurs traités d'entraide judiciaire. [...] Par conséquent, lorsque la législation d'un État partie autorise actuellement un tel motif de refus, il faudra la modifier. Lorsqu'un tel motif de refus est prévu dans un traité d'entraide judiciaire d'un État partie, le fait pour cet État de devenir partie à la Convention contre la corruption devrait, selon le droit conventionnel, entraîner automatiquement la nullité des dispositions contraires d'un traité antérieur. Si dans le système juridique d'un État partie,

¹⁹³ Voir aussi l'article 18, par. 5, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (libellé identique) et McClean (voir *supra*, note 81), p. 213.

¹⁹⁴ Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (voir *supra*, note 35), par. 37.

les traités ne sont pas directement applicables, l'adoption de dispositions législatives internes peut être nécessaire¹⁹⁵.

On trouve un libellé analogue dans d'autres traités multilatéraux et bilatéraux d'entraide judiciaire¹⁹⁶. On pourrait toutefois avancer qu'il n'est pas nécessaire d'inclure une telle disposition dans le présent projet d'articles, les infractions en cause n'étant pas de nature financière. Néanmoins, des capitaux peuvent être volés dans le cadre de la commission d'un crime contre l'humanité et il peut alors être utile de bénéficier d'une entraide judiciaire concernant ces capitaux pour pouvoir établir l'existence de l'infraction; pareille disposition pourrait donc avoir sa place. Par conséquent, le paragraphe 8 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article consacré à l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 4).

130. Enfin, le paragraphe 30 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption invite les États parties à envisager « la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent »¹⁹⁷. Le paragraphe 30 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 5).

2. Coopération lorsqu'un traité d'entraide judiciaire lie les États concernés

131. Le paragraphe 6 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption indique clairement que « [l]es dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire ». Autrement dit, tout autre traité d'entraide judiciaire liant les deux États parties, qu'il ait été conclu avant ou après l'entrée en vigueur de la Convention pour ces parties, continue de s'appliquer¹⁹⁸. On trouve un libellé identique au paragraphe 6 de

¹⁹⁵ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (voir *supra*, note 35), p. 185, par. 611 et 612.

¹⁹⁶ Voir l'article 18, par. 8, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : « Les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article »; l'article 12, par. 2, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme : « Les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser de faire droit à une demande d'entraide judiciaire »; l'article 4, par. 2, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « Le secret bancaire ou imposé à des institutions financières analogues ne sera pas à lui seul un motif de refus »; l'article 3, par. 5, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale [de l'ASEAN] : « Ni le secret bancaire ou imposé à des institutions financières analogues, ni le fait que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales ne sera à lui seul un motif de refus ». Pour une réflexion sur cette question, voir McClean (voir *supra*, note 81), p. 215 et 216.

¹⁹⁷ Voir aussi l'article 7, par. 20, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); l'article 18, par. 30, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (libellé identique). Pour une analyse de cette question, voir le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra*, note 172), p. 172, par. 7.59.

¹⁹⁸ *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 349, par. 1) du commentaire de l'article 10 (visant une disposition comparable figurant dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale : « L'entraide en matière judiciaire est une question qui a toujours préoccupé les États et qui fait l'objet de

l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et un libellé pratiquement identique au paragraphe 6 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes¹⁹⁹.

132. Cette disposition préserve les obligations découlant de traités d'entraide judiciaire en vigueur, mais elle ne fait pas automatiquement prévaloir ces traités sur les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption²⁰⁰. Il faut plutôt l'interpréter comme exigeant des États parties la fourniture de l'assistance la plus large convenue entre eux, que ce soit dans la Convention ou dans un autre traité d'entraide judiciaire bilatéral ou multilatéral²⁰¹. Cela ressort clairement du texte du Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes :

Le paragraphe 6 renferme une disposition importante tendant à régler tout conflit potentiel avec des traités d'entraide judiciaire existants ou futurs. Il ne donne pas à ces traités priorité générale sur les dispositions de la Convention de 1988. Il tend plutôt à empêcher que les obligations assumées dans le cadre de traités d'entraide judiciaire de caractère général se trouvent amoindries du fait des dispositions spécifiques de la Convention. Cela signifie que lorsque la Convention exige la fourniture d'une assistance plus large, dans le contexte du trafic illicite, que celle qui est prévue par les dispositions du traité bilatéral ou multilatéral applicable, ce sont les dispositions de la Convention qui prévaudront. Inversement, lorsque c'est le traité qui prévoit une assistance plus large, ce paragraphe entre en jeu et les dispositions du traité prévaudront quant à l'étendue des obligations qui incombent à la partie requise²⁰².

133. Dans le même temps, le paragraphe 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que les paragraphes 9 à 29 de l'article 46 ne s'appliquent *pas* si les États Parties en question sont liés par un traité d'entraide judiciaire²⁰³. Dans ce cas, les dispositions correspondantes de ce traité sont

nombreux traités bilatéraux et multilatéraux. Le présent article préserve pleinement les obligations découlant de tels traités en vigueur entre les États parties au présent projet. »).

¹⁹⁹ Article 7, par. 6 (« Les dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire en matière pénale. »).

²⁰⁰ Voir McClean (*supra*, note 81), p. 214.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra*, note 172), p. 159 et 160, par. 7.20.

²⁰³ La question de savoir si l'autre instrument doit nécessairement être un traité ou s'il peut s'agir d'une autre forme d'arrangement est controversée. Comparer le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (*ibid.*), p. 160 et 161, par. 7.24 : « Il existe un certain nombre de Parties dont la pratique en matière d'entraide judiciaire en général est régie par un instrument ou un autre, comme le Mécanisme du Commonwealth, qui n'a pas le même caractère formel qu'un traité en bonne et due forme. Le texte du paragraphe 7 emploie l'expression "traité d'entraide judiciaire", ce qui est devenu l'expression communément utilisée mais qui, apparemment, n'englobe pas des arrangements ou accords de caractère moins formel, dans le cas desquels les dispositions des paragraphes 8 à 19 s'appliqueront à toutes les affaires relevant de la Convention, à moins que les Parties n'en conviennent autrement. », avec McClean (voir *supra*, note 81), p. 215 (qui maintient que le renvoi à « un traité d'entraide judiciaire » au paragraphe 7 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale englobe les conventions multilatérales, ajoutant « qu'il serait malvenu qu'elles ne visent pas, à côté des traités bilatéraux d'entraide judiciaire, des

applicables, et seuls les paragraphes 1 à 8 et 30 de la Convention s'appliquent entre les États Parties en question.

134. Il est en outre indiqué au paragraphe 7 que, dans une telle situation, les États Parties « sont vivement encouragés à appliquer les paragraphes 9 à 29 s'ils facilitent la coopération ». La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale emploie le même libellé au paragraphe 7 de l'article 18 et des termes semblables sont utilisés au paragraphe 7 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes²⁰⁴. Le Commentaire de cette dernière convention précise ce qui suit :

Lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire applicable, la Convention fournit les dispositions nécessaires, qui sont reflétées aux paragraphes 8 à 19 de l'article. Lorsqu'il existe un traité applicable, ses dispositions seront suivies plutôt que celles des paragraphes 8 à 19, ce qui permet aux deux États intéressés de suivre les procédures qu'ils ont appris à connaître dans le contexte général de l'entraide judiciaire [...]. Les Parties à un traité d'entraide judiciaire de caractère général intéressées par une affaire spécifique peuvent néanmoins décider que les dispositions de la Convention s'appliqueront dans ce contexte²⁰⁵.

135. Il résulte des paragraphes 6 et 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption que si certaines dispositions s'appliquent à tous les États Parties (par. 1 à 8 et 30), d'autres dispositions (les dispositions des paragraphes 9 à 29 relatives à un « minitraité d'entraide judiciaire ») ne s'appliquent qu'aux États Parties qui ne sont pas liés par un traité bilatéral ou multilatéral d'entraide judiciaire²⁰⁶ (ces États sont néanmoins encouragés à utiliser certaines ou l'ensemble des dispositions du « minitraité d'entraide judiciaire » pour faciliter la coopération). Les paragraphes 6 et 7 sont un bon point de départ pour la rédaction de deux

arrangements tels que le Mécanisme du Commonwealth, qui ne sont pas des "traités" à proprement parler » [traduction du Secrétariat].

²⁰⁴ L'article 7, par. 7, se lit comme suit : « Les paragraphes 8 à 19 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les Parties en question ne sont pas liées par un traité d'entraide judiciaire. Si ces Parties sont liées par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les Parties ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 8 à 19 du présent article. ».

²⁰⁵ Le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra*, note 172), p. 160, par. 7.23; voir aussi le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (voir *supra*, note 35), p. 184, par. 608 (« Si un traité lie les États parties concernés, ils appliqueront les dispositions de celui-ci, à moins qu'ils ne conviennent d'appliquer les paragraphes 9 à 29 de l'article 46 de la Convention. »); et McClean (voir *supra*, note 81), p. 215 (au sujet du paragraphe 7 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale, qui fait observer que « lorsqu'il existe une convention multilatérale en vigueur ou [un traité bilatéral d'entraide judiciaire], ses dispositions seront suivies à la place de celles énoncées aux paragraphes 9 à 29 » et que les dispositions applicables « négociées en ayant surtout à l'esprit les principes des systèmes juridiques nationaux des deux États concernés [...] poseraient de sérieuses difficultés s'il fallait déterminer, au cas par cas, quel ensemble il faut suivre » [traduction du Secrétariat].

²⁰⁶ McClean (voir *supra*, note 81), p. 215 (au sujet du paragraphe 7 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale) : « Particulièrement dans le cas de traités bilatéraux, les dispositions ont été négociées en ayant surtout à l'esprit les principes des systèmes juridiques nationaux des deux États concernés. Personne ne souhaitait remplacer ces dispositions, car, si on l'avait fait, il aurait fallu déterminer au cas par cas quel ensemble de règles s'appliquait, ce qui n'aurait pas manqué de poser de sérieuses difficultés. » [traduction du Secrétariat].

paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 8 et 9).

3. Coopération lorsqu'aucun traité d'entraide judiciaire ne lie les États concernés

136. Comme indiqué plus haut, le paragraphe 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que, si les États Parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire, les dispositions des paragraphes 9 à 29 du « minitraité d'entraide judiciaire » s'appliquent.

137. Le paragraphe 9 de l'article 46 de la Convention porte sur la question d'une demande d'aide en l'absence de la double incrimination²⁰⁷. Comme indiqué plus haut dans la section consacrée à la double incrimination, le présent projet d'articles sur les crimes contre l'humanité est rédigé de manière à garantir l'existence de la double incrimination dans l'État requérant et l'État requis, si bien que le paragraphe 9 ne semble ici ni nécessaire, ni même approprié.

138. Les paragraphes 10 à 12 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption renvoient à la situation où une personne détenue ou purgeant une peine dans un État Partie dont la présence est requise dans un autre État Partie à des fins d'identification ou de témoignage ou à toute autre fin. De manière générale, ces dispositions établissent les conditions fondamentales auxquelles une telle personne pourrait être transférée dans un autre État Partie aux fins indiquées, puis remise au premier État²⁰⁸. Les paragraphes 10 à 12 sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 25 à 27).

139. Les paragraphes 13 à 17 de l'article 46 de la Convention décrivent de manière assez détaillée les procédures à suivre pour un État envoyant une demande à un autre État. Entre autres choses, les paragraphes 13 et 14 demandent aux États Parties de désigner une autorité centrale qui a la responsabilité de traiter les demandes d'aide, entrantes ou sortantes²⁰⁹, en précisant que les demandes doivent généralement être adressées par écrit; d'indiquer dans quelle langue ils considéreraient acceptable de recevoir les demandes; et de donner notification au dépositaire de la Convention des Nations Unies contre la corruption (le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies) concernant l'autorité centrale désignée et la langue ou les langues jugée(s) acceptable(s)²¹⁰. Le paragraphe 15 précise ce qui

²⁰⁷ Pour un examen de cette question, voir McClean (voir *supra*, note 81), p. 216 à 217.

²⁰⁸ Ibid.; voir aussi l'article 16 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (libellé pratiquement identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption) et l'article 18, par. 10 à 12, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique à la Convention des Nations Unies contre la corruption). McClean relève à ce propos : « une des particularités du texte est qu'il traite très vite de la question du transfert de personnes détenues, bien avant les dispositions consacrées aux demandes d'entraide ou à la procédure à suivre » [traduction du Secrétariat]. (McClean (voir *supra*, note 81), p. 218).

²⁰⁹ La désignation d'une autorité centrale est « un élément commun à un grand nombre de traités et d'arrangements »; il s'agit donc d'une obligation à laquelle les États ont l'habitude de se conformer (Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra*, note 72), p. 161, par. 7.25).

²¹⁰ Voir aussi l'article 7, par. 8 et 9, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes : « 8. Les Parties désignent une autorité ou, si besoin est, des autorités qui ont la responsabilité et le pouvoir de répondre aux demandes d'entraide judiciaire ou de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. L'autorité ou les

doit figurer dans toute demande d'entraide judiciaire, comme une indication concernant l'objet et la nature de l'enquête, et un résumé des faits pertinents²¹¹. Le paragraphe 16 autorise essentiellement l'État Partie requis à demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution²¹². Le paragraphe 17 dispose que toute demande doit être exécutée conformément au droit de l'État Partie requis, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État Partie requis et, lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande²¹³. La partie liminaire du paragraphe 17 vise à préserver l'intégrité du système juridique de l'État requis, parce que les actes demandés seront exécutés sur son territoire, tandis que, dans le reste du paragraphe, il est souligné qu'il y a lieu de suivre les procédures spécifiées par l'État requérant pour que, par exemple, les éléments de preuve recueillis soient admissibles selon les règles de procédure appliquées par ses tribunaux²¹⁴.

140. Les paragraphes 13 à 17 sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 10 à 14).

autorités désignées à cette fin font l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général. La transmission des demandes d'entraide judiciaire et de toute communication y relative se fait entre les autorités désignées par les Parties; la présente disposition s'entend sans préjudice du droit de toute Partie d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, dans des cas urgents, si les Parties en conviennent, par l'intermédiaire de l'OIPC/Interpol si cela est possible. 9. Les demandes sont adressées par écrit, dans une langue acceptable pour la Partie requise. La ou les langues acceptables pour chaque Partie sont notifiées au Secrétaire général. En cas d'urgence et si les Parties en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement, mais doivent être confirmées sans délai par écrit. »; et l'article 18, par. 13 et 14, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

²¹¹ Voir aussi l'article 7, par. 10, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); l'article 18, par. 15, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique); l'article 5, par. 1, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) (libellé presque identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption, mais avec l'exigence supplémentaire que les demandes incluent : « f) La spécification du délai dans lequel l'État requérant souhaiterait qu'il soit donné suite à sa demande. »); et le paragraphe 106 du Manuel révisé sur le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 170) : « La plupart des instruments et des mécanismes, notamment la [Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes], la [Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale], la [Convention des Nations Unies contre la corruption] et le Mécanisme du Commonwealth [pour l'assistance mutuelle en matière criminelle] énumèrent les renseignements que les demandes doivent contenir. Malgré quelques différences dans les termes utilisés et sur des points de détail, les listes données par tous ces instruments sont, de manière générale, très semblables. ».

²¹² Voir aussi l'article 7, par. 11, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); l'article 18, par. 16, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique); et l'article 5, par. 3, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169).

²¹³ Voir aussi l'article 7, par. 12, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); et l'article 18, par. 17, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique).

²¹⁴ Voir le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra*, note 172), p. 165, par. 7.35 et 7.36.

141. Le paragraphe 18 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption porte sur la pratique des dépositions par vidéoconférence, technologie intéressante sur le plan des coûts, qui tend à se généraliser. S'il n'est pas obligatoire de prévoir des auditions par vidéoconférence, on s'attend, « lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, que les États parties prévoient la possibilité d'entendre un témoin par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable que ce dernier se déplace »²¹⁵. L'inclusion d'une telle disposition inédite à l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale²¹⁶ a conduit la conférence diplomatique à adopter une note interprétative, qui se lit comme suit :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que la délégation italienne a présenté une proposition sur la question traitée dans ce paragraphe (voir document [A/AC.254/5/Add.23](#)). Durant le débat sur la proposition, il a été souligné que les dispositions ci-après figurant dans cette dernière, qui n'ont pas été reprises dans le texte de la Convention, pouvaient servir de principes directeurs aux États parties pour l'application du paragraphe 18 de l'article 18 :

« a) L'autorité judiciaire de l'État partie requis est chargée d'identifier la personne qui doit être entendue et, à l'issue de l'audition, de dresser un procès-verbal indiquant la date et le lieu de l'audition et les serments éventuellement prêtés. L'audition est conduite sans qu'aucune pression physique ou psychologique ne soit exercée sur la personne questionnée;

b) Si l'autorité judiciaire de l'État requis considère que, durant l'audition, les principes fondamentaux du droit dudit État sont enfreints, elle a le pouvoir d'interrompre l'audition ou, si possible, de prendre les mesures nécessaires pour la poursuite de l'audition conformément à ces principes;

c) Au besoin, la personne qui doit être entendue et l'autorité judiciaire de l'État requis sont assistées d'un interprète;

d) La personne qui doit être entendue peut se prévaloir du droit de ne pas témoigner prévu par le droit interne de l'État requis ou de l'État requérant; le droit interne de l'État requis s'applique aux faux témoignages;

²¹⁵ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (voir *supra*, note 35), p. 174, par. 628 et 629.

²¹⁶ Le paragraphe 18 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale se lit comme suit : « Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire d'un État Partie doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État Partie, le premier État Partie peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire de l'État Partie requérant. Les États Parties peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État Partie requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État Partie requis y assistera. ».

e) Tous les frais de la liaison vidéo sont à la charge de l'État partie requérant, qui peut également fournir du matériel technique selon les besoins. »²¹⁷.

Le paragraphe 18 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 24).

142. Le paragraphe 19 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que l'État Partie requérant est généralement soumis à des restrictions quant à l'emploi ou à la communication d'informations fournies par l'État Partie requis à des fins autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État partie requis²¹⁸. Il existe toutefois une exception à cette obligation générale, lorsque l'information est à décharge (auquel cas, il peut la divulguer à l'auteur présumé, mais doit si possible en informer au préalable l'État requis). Le paragraphe 19 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 21).

143. Le paragraphe 20 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption autorise l'État requérant à exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter²¹⁹. Le paragraphe 20 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 22).

144. Les paragraphes 21 à 23 de l'article 46 de la Convention ont trait aux circonstances dans lesquelles une demande d'entraide judiciaire peut ou ne peut pas être refusée. Le paragraphe 21 recense les motifs pour lesquels le refus est autorisé : a) lorsque la demande n'est pas conforme aux dispositions du présent article; b) si l'État requis estime que la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels; c) lorsque le droit interne de l'État Partie requis interdirait à ses autorités de prendre

²¹⁷ Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale et des Protocoles s'y rapportant (voir *supra*, note 35), par. 41. Voir aussi McClean (voir *supra*, note 81), p. 226 à 227.

²¹⁸ Voir aussi l'article 7, par. 13, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes : « La Partie requérante ne communique ni n'utilise les informations ou les témoignages fournis par la Partie requise pour des enquêtes, des poursuites pénales ou des procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de la Partie requise. »; l'article 12, par. 3, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes); et l'article 18, par. 19, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

²¹⁹ Voir aussi l'article 18, par. 20, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique); et l'article 9 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « S'il en est prié par l'autre État : a) L'État requis s'efforcera de maintenir le secret sur la demande d'entraide judiciaire, sur sa teneur et les pièces à l'appui et sur le fait même de l'entraide. S'il n'est pas possible d'exécuter la demande sans rompre le secret, l'État requis en informera l'État requérant, qui décidera alors s'il maintient sa demande; b) L'État requérant maintiendra le secret sur les témoignages et les renseignements fournis par l'État requis, pour autant que le permettent les besoins de l'enquête et de la procédure spécifiées dans la demande. ».

les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue; et d) au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire de faire droit à la demande²²⁰. S'agissant de ce dernier motif, une note interprétative a été adoptée lors de la rédaction du paragraphe correspondant de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale, qui se lit comme suit :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que l'alinéa d) du paragraphe 21 de cet article n'a pas pour objet d'encourager le refus de l'entraide pour une raison quelconque, mais doit être interprété comme ne retenant comme critère minimum que les principes fondamentaux du droit interne de l'État requis. Les travaux préparatoires devraient indiquer par ailleurs que les clauses proposées concernant les motifs de refus d'une demande présentée afin de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ainsi que l'exception prévue pour une infraction politique, ont été supprimées parce qu'il a été jugé qu'elles étaient suffisamment prises en compte par les mots « intérêts essentiels » figurant à l'alinéa b) du paragraphe 21²²¹.

Le paragraphe 23 demande à l'État requis d'exposer les motifs pour lesquels il refuse la demande d'entraide judiciaire²²². Les paragraphes 21 et 23 sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 16 et 17).

²²⁰ Voir aussi l'article 7, par. 15, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); l'article 18, par. 21, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique); l'article 4, par. 1, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « L'entraide peut être refusée : a) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande d'entraide porterait atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts publics essentiels; b) Si l'infraction est considérée par l'État requis comme étant de caractère politique; c) S'il y a de sérieux motifs de croire que la demande d'entraide judiciaire a été présentée en vue de poursuivre une personne en raison de sa race, de son sexe, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons; d) Si la demande se rapporte à une infraction pour laquelle la personne est poursuivie ou fait l'objet d'une enquête dans l'État requis ou pour laquelle des poursuites dans l'État requérant seraient incompatibles avec la législation de l'État requis sur la double poursuite au criminel (ne bis in idem); e) Si l'aide demandée contraindrait l'État requis à appliquer des mesures qui seraient incompatibles avec sa législation et sa pratique, si l'infraction avait fait l'objet d'enquêtes ou de poursuites en application de sa propre juridiction; f) L'acte en question est une infraction au regard de la loi militaire mais non au regard de la loi pénale ordinaire. »; et l'article 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale : « L'entraide judiciaire pourra être refusée : a) si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales; b) si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays. ».

²²¹ Notes interprétatives pour les travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale et les protocoles s'y rattachant (voir *supra*, note 35), par. 42.

²²² Voir aussi l'article 7, par. 16, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes : « Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé »; l'article 18, par. 23 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption); et l'article 4, par. 5, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé. ».

145. Quant au paragraphe 22 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, il énonce, en ces termes, un motif pour lequel une demande ne peut *pas* être refusée : « Les États Parties ne peuvent refuser une demande d'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales »²²³. Une telle disposition a toute sa place dans le contexte de la corruption (et dans celui de la criminalité transnationale organisée), où une infraction peut toucher à des questions d'évasion fiscale, de douanes ou d'accises. De telles questions n'ayant rien à voir avec les crimes contre l'humanité, il ne paraît pas souhaitable d'inclure une telle disposition dans un projet d'article consacré à l'entraide judiciaire.

146. Le paragraphe 24 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que la demande d'entraide judiciaire doit être exécutée dans les meilleurs délais, indiquant notamment que l'État Partie requis exécute « la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État Partie requérant »²²⁴. Le paragraphe 24 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 15).

147. Dans le même temps, le paragraphe 25 dispose que la demande d'entraide judiciaire « peut être différée par l'État Partie requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours »²²⁵. Le paragraphe 25 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 18).

148. Le paragraphe 26 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption vise à éviter les situations où une demande d'entraide judiciaire est refusée ou que son exécution est différée en appelant l'État partie requis à commencer par « étudier[r] avec l'État Partie requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État Partie requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières »²²⁶. Le paragraphe 26 est un bon point de départ pour la rédaction d'un

²²³ Voir aussi l'article 13 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme : « Aucune des infractions visées à l'article 2 ne peut être considérée, aux fins d'extradition ou d'entraide judiciaire, comme une infraction fiscale. En conséquence, les États Parties ne peuvent invoquer uniquement le caractère fiscal de l'infraction pour refuser une demande d'entraide judiciaire ou d'extradition. »; et l'article 18, par. 22, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

²²⁴ Voir aussi l'article 18, par. 24, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique). Pour un examen de la question, McClean (voir *supra*, note 81), p. 231 à 232.

²²⁵ Voir aussi l'article 18, par. 25, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale, (libellé identique); l'article 4, par. 3, du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « L'État requis peut surseoir à l'exécution de la demande si son exécution immédiate risque d'entraver une enquête en cours ou des poursuites dans l'État requis. »; et l'article 7, par. 17, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes : « L'entraide judiciaire peut être différée par la Partie requise au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites pénales ou une procédure judiciaire en cours. En pareil cas, la Partie requise consulte la Partie requérante afin de déterminer si cette entraide peut encore être fournie aux conditions jugées nécessaires par la Partie requise. ».

²²⁶ Voir aussi l'article 18, par. 26, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique). Pour un examen de la question, McClean (voir *supra*, note 81), p. 232 à 233.

paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 19).

149. Le paragraphe 27 de l'article 46 de la Convention est, en tout état de cause, une disposition d'« immunité », qui donne à ceux se rendant dans l'État partie requérant pour témoigner une certaine protection contre les poursuites, la détention ou les sanctions pendant qu'ils se trouvent sur le territoire de l'État en question²²⁷. Le paragraphe 27 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 23).

150. Le paragraphe 28 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption traite de la question des coûts, indiquant notamment que « [l]es frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État Partie requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États Parties

²²⁷ Voir aussi l'article 7, par. 18, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); l'article 18, par. 27, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique); l'article 25 du Mécanisme pour l'assistance mutuelle en matière criminelle (le Mécanisme de Harare) : « 1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 24, les témoins qui comparaissent dans l'État requérant à la suite d'une demande présentée en vertu du paragraphe 23 ou les personnes transférées vers ce pays en réponse à une demande présentée au titre du paragraphe 24 bénéficieront dans ce pays d'une immunité de poursuites, de détention et d'autres restrictions à la liberté personnelle à raison de crimes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à leur départ du pays requis. 2) L'immunité conférée dans ce paragraphe cesse lorsque a) les témoins ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs à compter de la date à laquelle ils ont été notifiés par l'autorité compétente de l'État requis que leur présence n'était plus nécessaire pour que le tribunal puisse exercer sa juridiction au pénal, l'occasion de quitter le pays, mais qui ne l'ont pas fait ou qui, ayant quitté le pays, y sont retournés; b) dans le cas de personnes transférées en réponse à une demande formulée au titre du paragraphe 24 et qui étaient détenues lorsqu'elles ont été remises à l'État requis. » [traduction du Secrétariat]; l'article 12, par. 1, de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale : « Aucun témoin ou expert, de quelque nationalité qu'il soit, qui, à la suite d'une citation, comparaitra devant les autorités judiciaires de la partie requérante, ne pourra être ni poursuivi, ni détenu, ni soumis à aucune autre restriction de sa liberté individuelle sur le territoire de cette partie pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ du territoire de la partie requise. »; et l'article 15 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (voir *supra*, note 169) : « 1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, quand une personne se trouve sur le territoire de l'État requérant par suite d'une demande faite en application des articles 13 ou 14 du présent Traité : a) Cette personne ne sera ni détenue, ni poursuivie, ni punie, ni soumise à quelque autre restriction de liberté personnelle que ce soit dans l'État requérant, pour quelque acte, omission ou condamnation que ce soit antérieurs à son départ du territoire de l'État requis; b) Cette personne ne pourra être tenue, sans son consentement, de témoigner dans quelque procédure ou de prêter son concours à quelque enquête que ce soit, hormis la procédure ou l'enquête à laquelle se rapporte la demande d'entraide judiciaire. 2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article cesseront d'être applicables si la personne en cause, étant libre de partir, n'a pas quitté le territoire de l'État requérant dans un délai de [15] jours ou dans tout autre délai plus long convenu par les Parties après qu'il lui aura été officiellement notifié que sa présence a cessé d'être nécessaire ou si, de sa propre volonté, elle est retournée dans ce territoire après l'avoir quitté. 3. Une personne qui ne défère pas à une demande faite en application de l'article 13 ou à une invitation faite en application de l'article 14 ne pourra de ce fait encourir quelque sanction ou mesure coercitive que ce soit, nonobstant toute affirmation contraire dans la demande ou l'invitation. ». Pour un examen de la question, voir Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra*, note 172), p. 171, par. 7.55; et McClean (voir *supra*, note 81), p. 233 à 234.

concernés »²²⁸. Une note interprétative relative à la disposition identique de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale donne des orientations utiles :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que nombre des frais afférents à l'exécution des demandes visées aux paragraphes 10, 11 et 18 de l'article 18 seraient généralement considérés comme extraordinaires. En outre, il faudrait préciser qu'il est entendu que les pays en développement peuvent avoir des difficultés à assumer même certains frais ordinaires et qu'il devrait leur être fourni une assistance appropriée pour leur permettre de se conformer aux exigences du présent article²²⁹.

Le paragraphe 28 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 28).

151. Le paragraphe 29 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption a trait à la fourniture de dossiers, documents ou renseignements administratifs par l'État requis à l'État requérant et indique que l'État requis « fournit » une telle information, tandis qu'il « peut, à son gré, fournir » des informations auxquelles le public n'a pas accès²³⁰. Le paragraphe 29 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra*, projet d'article 13, par. 20).

C. Projet d'article 13. Entraide judiciaire

152. À la lumière des sources indiquées ci-dessus, le Rapporteur spécial considère qu'il faudrait s'inspirer largement, pour la rédaction d'un projet d'article sur l'entraide judiciaire en cas de crimes contre l'humanité, du libellé de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. À ce jour, 181 États ont adhéré au texte de la Convention et ses dispositions offrent de nombreuses orientations quant aux droits, obligations et procédures relatifs à l'entraide judiciaire susceptibles d'être invoqués dans le contexte des crimes contre l'humanité (y compris dans des situations où il n'existe aucun traité d'entraide judiciaire entre les États concernés), qui sont bien comprises par les États, notamment grâce aux guides détaillés et aux autres ressources mises au point par l'ONUDC²³¹. De plus, même si les crimes contre l'humanité sont d'une nature complètement différente de celle des crimes de corruption, les questions qui se posent dans le contexte de l'entraide judiciaire sont essentiellement les mêmes, indépendamment de la nature du crime en question.

153. Il reste que certaines modifications sont nécessaires. Il convient d'apporter des changements rédactionnels par souci de cohérence avec les projets d'article qui ont

²²⁸ Voir aussi l'article 7, par. 19, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (libellé identique); et l'article 18, par. 28, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique).

²²⁹ Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale et les protocoles s'y rattachant (voir *supra*, note 35), par. 43. Voir aussi McClean (*supra*, note 81), p. 234 à 236.

²³⁰ Voir aussi l'article 18, par. 29, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (libellé identique).

²³¹ Voir *supra*, note 35.

déjà été adoptés à titre provisoire. Par exemple, il faudrait remplacer : « article » par « projet d'article »; « la présente Convention » par « le présent projet d'articles »; « sur le territoire » de l'État par « sur le territoire relevant de la juridiction » de l'État; et « État Partie » par « Partie ». Il faut aussi, en divers endroits, modifier le texte pour qu'il apparaisse clairement que les infractions visées sont des « crimes contre l'humanité » et non des « infractions » en général. On pourrait rendre plus clair le paragraphe 7 de l'article 46 en remplaçant « les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables » par « les dispositions de ce traité s'appliquent à leur place », aux fins du paragraphe 9 de l'article 13. De plus, les paragraphes 4 et 5 de l'article 46 mentionnent « des enquêtes et des poursuites pénales » tandis que la plupart des autres paragraphes (par exemple, les paragraphes 1, 2, 10 et 19) indiquent « des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires ». Par souci d'harmonisation, cette dernière formule est utilisée aux paragraphes 6 et 7 du projet d'article 13.

154. Il est également souhaitable de procéder à certains changements de structure et de fond. Premièrement, en ce qui concerne la structure, il faudrait regrouper plusieurs paragraphes qui portent sur des questions comparables, en ajoutant des intertitres pour aider le lecteur à se repérer.

155. Deuxièmement, en ce qui concerne le fond, on pourrait, au paragraphe 3 de l'article 46, modifier la liste des types d'entraide possibles, puisqu'il sera question de crimes contre l'humanité et non de corruption. À cette fin, la liste illustrative donnée à l'alinéa *f* : « y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société » est supprimée car elle insiste sur les documents financiers, ce qui n'est pas opportun. Les deux derniers types d'assistance indiqués aux alinéas *j* et *k*²³² sont liés de manière univoque à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car ils visent expressément les dispositions détaillées du chapitre V de la Convention consacré au recouvrement d'avoirs. En tant que telles, elles ne conviennent pas aux fins du présent projet d'articles et sont supprimées. Pourtant, comme il arrive que la commission d'un crime contre l'humanité entraîne des situations où des biens ont été volés et où l'entraide judiciaire concernant ces biens pourrait être utile pour prouver le crime, l'alinéa *g* est maintenu. Pour en améliorer le libellé, les mots « des gels » sont déplacés de l'alinéa *c* à l'alinéa *g*, de sorte que le nouvel alinéa *g* se lirait comme suit : « identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ».

156. Le paragraphe 9 de l'article 46 porte sur une demande d'aide en l'absence de double incrimination. Le présent projet d'articles ayant été conçu pour garantir la double incrimination à raison des crimes contre l'humanité, le paragraphe 9 est supprimé parce que superflu.

157. Enfin, le paragraphe 22 de l'article 46 contient une disposition qui empêche tout État partie de refuser l'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales. Comme indiqué plus haut, de telles questions n'ont rien à voir avec l'infraction de crime contre l'humanité; il ne paraît donc pas souhaitable d'inclure une telle disposition dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire.

158. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

Projet d'article 13. Entraide judiciaire

Coopération générale

1. Les États s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées au projet d'article 5 conformément au présent projet d'article.

2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État requérant, conformément au paragraphe 7 du projet d'article 5.

3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent projet d'article peut être demandée aux fins suivantes :

- a) Recueillir des témoignages ou des dépositions;
- b) Signifier des actes judiciaires;
- c) Effectuer des perquisitions et des saisies;
- d) Examiner des objets et visiter des lieux;
- e) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts;
- f) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents;
- g) Identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve;
- h) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État requérant;
- i) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis.

4. Les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article.

5. Les États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

Communication d'information sans demande préalable

6. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant

²³² L'article 46, par. 3 j) et k) se lit comme suit : « j) Identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention; k) Recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention ».

des crimes contre l'humanité à une autorité compétente d'un autre État, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires, ou amener ce dernier État à formuler une demande en vertu du présent projet d'articles.

7. La communication d'informations conformément au paragraphe 6 du présent projet d'article se fait sans préjudice des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État qui reçoit les informations avise l'État qui les communique avant la révélation, et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État qui les communique.

Relation avec les traités d'entraide judiciaire entre les États concernés

8. Les dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

9. Les paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article sont applicables aux demandes faites conformément au présent projet d'article si les États en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États sont liés par un tel traité, les dispositions de ce traité s'appliquent à leur place, à moins que les États ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article. Les États sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

Désignation d'une autorité centrale

10. Chaque État désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

Procédures de présentation des demandes

11. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État requis, dans des conditions permettant audit État d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles. En cas d'urgence et si les États en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

12. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

- a)* La désignation de l'autorité dont émane la demande;
- b)* L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée;
- c)* Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires;
- d)* Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État requérant souhaite voir appliquée;
- e)* Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée; et
- f)* Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

13. L'État requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément au droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

Réponse de l'État requis

14. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas à la législation interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

15. L'État requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État requis répond aux demandes raisonnables de l'État requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État requérant en informe promptement l'État requis.

16. L'entraide judiciaire peut être refusée :

- a)* Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent projet d'article;

b) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels;

c) Au cas où le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence;

d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

17. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

18. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

19. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 16 du présent projet d'article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 18, l'État requis étudie avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

20. L'État requis :

a) Fournit à l'État requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès; et

b) Peut, à son gré, fournir à l'État requérant, intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

Utilisation de l'information par l'État requérant

21. L'État requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État requérant avise l'État requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État requérant informe sans retard l'État requis de la révélation.

22. L'État requérant peut exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État requérant.

Déposition de personnes provenant de l'État requis

23. Sans préjudice de l'application du paragraphe 27 du présent projet d'article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à

une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant, y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.

24. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire relevant de la juridiction d'un État doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État, le premier État peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant. Les États peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État requis y assistera.

Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

25. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire relevant de la juridiction d'un État, dont la présence est requise dans un autre État à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées au projet d'article 5, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

- a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause; et
- b) Les autorités compétentes des deux États concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États peuvent juger appropriées.

26. Aux fins du paragraphe 25 du présent projet d'article :

- a) L'État vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État à partir duquel elle a été transférée;
- b) L'État vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États;
- c) L'État vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise; et

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État à partir duquel elle a été transférée.

27. À moins que l'État à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 25 et 26 du présent projet d'article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire relevant de la juridiction de l'État vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire relevant de la juridiction de l'État à partir duquel elle a été transférée.

Frais

28. Les frais ordinaires encourus pour l'exécution d'une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

Chapitre IV

Victimes, témoins et autres personnes touchées

A. Aperçu

159. La perpétration d'un crime contre l'humanité fait invariablement naître des questions concernant les victimes, les témoins et les autres personnes touchées. Or, à l'heure actuelle, aucun traité de portée universelle n'aborde la question des droits que le droit interne garantit à ces personnes dans le contexte des crimes contre l'humanité.

160. Il se peut qu'une victime, un témoin ou une autre personne souhaite communiquer des informations au sujet d'un crime, informations qui pourraient aider à appréhender les auteurs présumés et à les poursuivre ou les extradier ou à prévenir la consommation d'autres crimes. La personne qui se manifeste ainsi risque toutefois d'être menacée ou intimidée par ceux qui ne souhaitent pas qu'elle parle.

161. Il se peut également qu'une victime souhaite participer à la procédure engagée contre l'auteur présumé du crime, et ce, pour diverses raisons, par exemple pour présenter ses vues et préoccupations, corroborer certains faits ou être reconnue en tant que victime²³³.

162. Il se peut en outre qu'une victime souhaite obtenir réparation de la part des responsables du crime, notamment sous la forme de mesures de restitution, d'indemnisation ou de satisfaction²³⁴.

163. Les normes internationales relatives aux droits des victimes sont assez récentes; elles remontent pour l'essentiel aux années 1980²³⁵. Nombre de traités portant sur des infractions de droit interne adoptés avant cette période sont donc muets au sujet des victimes et des témoins, y compris la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, et la Convention internationale contre la prise d'otages.

²³³ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, *Decision on victims' participation*, 18 janvier 2008, Chambre de première instance I, Cour pénale internationale, par. 39.

²³⁴ Certains commentateurs ont souligné la corrélation existant entre l'objectif de la participation et la réparation. Voir, par exemple, A. Cassese et autres, *Cassese's International Criminal Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2013, p. 387.

²³⁵ Fernández de Casadevante Romani fait observer que « les normes internationales relatives aux victimes sont elles aussi récentes, les plus anciennes remontant aux années 1980 et les dernières en date à 2006 ». Il ajoute qu'« auparavant, ni le droit international ni le droit interne ne tenaient compte de la victime. Le droit interne, parce que le droit pénal subjectif (*ius puniendi*) était traditionnellement axé sur le crime, à l'exclusion de la victime; le droit international, parce qu'il a toujours envisagé la responsabilité du point de vue de l'auteur de l'infraction – l'État (en droit international des droits de l'homme); la personne ou l'État (en droit international humanitaire); ou la personne (en droit pénal international), sans jamais faire cas de la victime ». (C. Fernández de Casadevante Romani, *International Law of Victims*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 5 et 6) [traduction du Secrétariat].

164. Les traités de portée universelle visant à lutter contre le terrorisme postérieurs aux années 1980 n'abordent pas non plus, pour la plupart, les droits des victimes et des témoins²³⁶; c'est le cas notamment de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, de la Convention de l'OUA (Organisation de l'Unité africaine) de 1999 sur la prévention du terrorisme et la lutte contre le terrorisme, de la Convention internationale de 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire et de la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme.

165. Certains traités de lutte contre un type de criminalité donné adoptés depuis les années 1980 s'intéressent toutefois à des questions relatives aux victimes et aux témoins, parmi lesquels des traités portant sur des infractions pouvant survenir dans le contexte de crimes contre l'humanité, comme la torture ou la disparition forcée. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par exemple, consacre le droit des victimes et des témoins à la protection, ainsi que le droit des victimes d'obtenir réparation et d'être indemnisées (art. 13 et 14). Les droits des victimes et des témoins sont également envisagés dans d'autres traités, plus récents, relatifs à la corruption et à la criminalité transnationale organisée²³⁷. De surcroît, les statuts de juridictions internationales chargées de juger des crimes contre l'humanité prévoient que, dans l'exercice de leurs fonctions, ces juridictions doivent tenir compte des victimes et des témoins²³⁸.

166. L'Assemblée générale a également fourni aux États des orientations concernant le respect des droits des victimes de crimes, y compris les crimes contre l'humanité. Ainsi, la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs adoptée en 1985 traite de thèmes tels que l'accès à la justice, le traitement équitable, la restitution,

²³⁶ Voir C. Fernández de Casadevante Romani, *International law of victims*, dans von Bogdandy et Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14 (2010), p. 219 à 272. Il y a toutefois des exceptions. Voir la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 8, par. 4 (« Chaque État Partie envisage de créer des mécanismes en vue de l'affectation des sommes provenant des confiscations visées au présent article à l'indemnisation des victimes d'infractions visées à l'article 2, par. 1, al. a ou b, ou de leur famille. ») et la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, art. 13 (« Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour protéger et soutenir les victimes du terrorisme commis sur son propre territoire. Ces mesures comprendront, selon les systèmes nationaux appropriés et sous réserve de la législation interne, notamment l'aide financière et le dédommagement des victimes du terrorisme et des membres de leur famille proche. »). Voir aussi Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'homme, Lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes, adoptées par le Comité des ministres le 2 mars 2005, dans *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme – Les lignes directrices du Conseil de l'Europe* (2005).

²³⁷ Voir la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24 et 25, et la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32 et 33.

²³⁸ Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Voir aussi le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, règle 86 (« Les Chambres, lorsqu'elles donnent un ordre ou une instruction, et les autres organes de la Cour, lorsqu'ils s'acquittent des fonctions qui leur sont dévolues par le Statut et le Règlement, tiennent compte des besoins des victimes et des témoins conformément à l'article 68, en particulier s'il s'agit d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de victimes de violences sexuelles ou sexistes. »), à consulter à l'adresse : <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceFra.pdf>.

l'indemnisation et l'assistance²³⁹. S'ils « n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne », les Principes fondamentaux et directives de 2005 concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire définissent néanmoins des « mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes »²⁴⁰.

167. La plupart des traités s'intéressant aux victimes, telle la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁴¹, ne définissent pas le terme « victime », laissant aux États parties toute latitude pour déterminer ce qu'il recouvre dans le droit interne. Il existe toutefois certaines exceptions, parmi lesquelles la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (dont le paragraphe 1 de l'article 24 dispose qu'« [a]ux fins de la [...] Convention, on entend par "victime" la personne disparue et toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée »)²⁴² et la Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions, qui contient une définition encore plus précise²⁴³. Dans certains traités, la notion de victime couvre uniquement les personnes physiques; dans d'autres, elles s'étend aux personnes morales²⁴⁴. En son paragraphe a), la règle 85 du Règlement

²³⁹ Résolution 40/34 de l'Assemblée générale du 29 novembre 1985, Annexe.

²⁴⁰ Résolution 60/147 du 16 décembre 2005, Annexe, préambule.

²⁴¹ Si la Convention elle-même ne contient pas de définition, le Comité contre la torture a néanmoins fait observer ce qui suit : « On entend par "victimes" les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations de la Convention. [...] Le terme de "victime" inclut également les membres de la famille proche ou les ayants cause de la victime ainsi que les personnes qui ont subi un préjudice alors qu'elles intervenaient pour venir en aide à la victime ou pour empêcher qu'elle ne devienne victime. » (Comité contre la torture, observation générale n° 3, sur l'application de l'article 14 par les États parties (CAT/C/GC/3), par. 3). Le Comité a en outre déclaré qu'« [u]ne personne devrait être considérée comme étant une victime, que l'auteur de la violation ait été ou non identifié, appréhendé, poursuivi et reconnu coupable et indépendamment de tout lien de parenté ou d'autre nature qui peut exister entre l'auteur et la victime. » (ibid.). Le raisonnement du Comité s'appuie sur les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (voir note *supra*), par. 8. Voir aussi le projet de déclaration de principes du droit international sur la réparation aux victimes d'un conflit armé, Association du droit international, Conférence de La Haye (2010), art. 4, à consulter à l'adresse : www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018 (en anglais seulement).

²⁴² Voir aussi D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2015, p. 241 et 242.

²⁴³ Article 2, par. 1 (« On entend par "victimes d'armes à sous-munitions" toutes les personnes qui ont été tuées ou ont subi un préjudice corporel ou psychologique, une perte matérielle, une marginalisation sociale ou une atteinte substantielle à la jouissance de leurs droits suite à l'emploi d'armes à sous-munitions; les victimes d'armes à sous-munitions englobent les personnes directement touchées par les armes à sous-munitions ainsi que leur famille et leur communauté affectées. »).

²⁴⁴ On peut comparer l'article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) (qui garantit uniquement les droits de l'homme des personnes naturelles) et l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (dans lequel la « victime d'une violation » peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale).

de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale définit la victime comme « toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour²⁴⁵ », tandis qu'en son paragraphe b), elle élargit cette définition aux personnes morales ayant subi un dommage direct en disposant que « [l]e terme "victime" peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct²⁴⁶ ».

168. Si le terme « victime » s'entend généralement au moins de la personne qui a directement subi le préjudice et, si celle-ci a perdu la vie, de ses parents proches, la plupart des traités ne tentent pas de le définir, laissant aux États le soin de le faire dans la législation interne, où la notion de « victime » est déjà envisagée dans divers contextes. De fait, certains participants au groupe de travail intersessions à composition non limitée qui a élaboré la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ont fait observer que les juridictions nationales devaient avoir une certaine latitude pour ce qui était de décider qui devait bénéficier de mesures de réparation²⁴⁷. Aux fins du présent projet d'articles, il convient de laisser aux États le soin de déterminer les types de personnes pouvant être qualifiées de « victimes » d'un crime contre l'humanité.

169. Le reste du présent chapitre porte sur les trois principales questions à examiner en ce qui concerne les victimes, les témoins et les autres personnes touchées, à savoir la protection de ces trois catégories de personnes, la participation des victimes aux procédures judiciaires et les mesures de réparation à accorder aux victimes.

B. Dépôt de plaintes par les victimes et d'autres personnes et protection des intéressés

170. Ainsi qu'il est exposé plus haut, bon nombre de traités portant sur des infractions de droit interne sont muets en ce qui concerne les victimes et les témoins. Les autres abordent généralement : a) le droit d'une personne de saisir les

²⁴⁵ Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (voir *supra*, note 238), règle 85, par. a). La Chambre préliminaire I a dit ce qui suit : « La règle 85 a) énonce quatre critères nécessaires à la reconnaissance de la qualité de victime : la victime doit être une personne physique; elle doit avoir subi un préjudice; le crime dont découle le préjudice doit relever de la compétence de la Cour; et il doit exister un lien de causalité entre le crime et le préjudice. ». (*Situation en République démocratique du Congo*, affaire n° ICC-01/04, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 79).

²⁴⁶ Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (voir *supra*, note 238), règle 85, par. b). Aux termes de cette règle, une personne morale doit avoir subi un « dommage direct ». Le paragraphe a) de la règle 85 ne pose pas la même condition pour les personnes physiques, mais la Chambre d'appel a néanmoins jugé que seules les personnes ayant subi un dommage direct seraient considérées comme des victimes au sens de cette disposition. Voir *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue par la Chambre de première instance le 18 janvier 2008, 11 juillet 2008, Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, par. 32 à 39.

²⁴⁷ Voir le rapport du groupe de travail intersessions à composition non limitée de la Commission des droits de l'homme (*supra*, note 160), par. 83.

autorités compétentes; et b) la protection octroyée par l'État partie au plaignant et aux témoins, qui permet à ceux-ci de se manifester sans crainte d'être maltraités ou intimidés.

171. Ainsi, l'article 13 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants se lit comme suit :

Tout État partie assure à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit État qui procéderont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause. Des mesures seront prises pour assurer la protection du plaignant et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite²⁴⁸.

172. En ce qui concerne les mesures prises par les autorités comme suite au dépôt d'une plainte, on retiendra qu'aux termes du projet d'article 7 du présent projet d'articles, « [t]out État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction ».

173. Certains traités plus récents élargissent le bénéfice de la protection à d'autres personnes que les plaignants et les témoins. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoient que l'État partie doit assurer une protection aux témoins « qui déposent concernant des infractions » établies conformément à leurs dispositions et, « s'il y a lieu, à leurs parents et à d'autres personnes qui leur sont proches »²⁴⁹. Le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées se lit comme suit :

Tout État partie assure à quiconque alléguant qu'une personne a été victime d'une disparition forcée le droit de dénoncer les faits devant les autorités compétentes, lesquelles examinent rapidement et impartialement l'allégation et, le cas échéant, procèdent sans délai à une enquête approfondie et impartiale. Des mesures appropriées sont prises, le cas échéant, pour assurer la protection du plaignant, des témoins, des proches de la personne disparue et de leurs défenseurs ainsi que de ceux qui participent à l'enquête contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite²⁵⁰.

²⁴⁸ Voir aussi Nowak et McArthur (*supra*, note 67), p. 450.

²⁴⁹ Article 24 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et art. 32 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. L'expression « et à d'autres personnes qui leur sont proches » vise à couvrir les personnes qui, sans être membres de la famille du témoin, risquent néanmoins d'être en danger parce qu'elles sont particulièrement proches de celui-ci, par exemple, un concubin ou un partenaire commercial (voir McClean (*supra*, note 81), p. 260 et 261).

²⁵⁰ Voir aussi Principes fondamentaux et directives ... (*supra*, note 240), par. 12 b) (où il est dit que les États devraient « [p]rendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants, protéger comme il convient leur vie privée de toute ingérence illégale et assurer leur sécurité, ainsi que celle de leur famille et de leurs témoins, en les préservant des manœuvres d'intimidation et des représailles, avant, pendant et après les procédures judiciaires, administratives ou autres mettant en jeu les intérêts des victimes »).

174. Les statuts des juridictions pénales internationales, eux, sont plus restrictifs en ce qui concerne les catégories de personnes à protéger. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁵¹, le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²⁵², le Statut du Tribunal international pour le Rwanda²⁵³ et la loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique²⁵⁴ protègent uniquement les victimes et les témoins²⁵⁵.

175. La plupart des traités ne font pas de différence entre les types de témoins et de victimes en faveur desquels des mesures de protection doivent être ordonnées. Au paragraphe 2 de son article 68, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pose qu'il convient d'accorder une attention particulière aux enfants et aux victimes de violences sexuelles ou sexistes (art. 68, par. 2)²⁵⁶, mais selon un commentateur, les dispositions telles celle-ci, généralement précédées de l'expression « en particulier », n'ont guère d'autre valeur qu'indicative²⁵⁷.

²⁵¹ Art. 68, par. 1 (« La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins [...] en particulier au stade de l'enquête et des poursuites. »).

²⁵² Voir l'article 22 du Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 du 25 mai 1993 (« Le Tribunal international prévoit dans ses règles de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins »). Voir aussi les règles 69 et 75 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (IT/2/Rev.50), à consulter à l'adresse : <http://www.icty.org/fr/documents/reglement-de-procedure-et-de-preuve>.

²⁵³ Aux termes de l'article 21, « [l]e Tribunal international pour le Rwanda prévoit dans son Règlement de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins ». Voir aussi les règles 69 et 75 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda (13 mai 2015) (ITR/3/REV.1).

²⁵⁴ Loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 33 (« La Chambre extraordinaire de première instance veille à ce que les procès soient équitables et dans un délai raisonnable, et conduits conformément aux procédures en vigueur, en respectant pleinement les droits des accusés et en assurant la protection des victimes et des témoins. »). Voir aussi Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Règlement interne (Rev.9), règle 12 bis.

²⁵⁵ Par contre, dans l'article 16 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, à consulter à l'adresse : www.rscsl.org/documents.html, les mesures de protection concernent les victimes et les témoins qui comparaissent devant le Tribunal, ainsi que les personnes mises en danger par les dépositions de ces personnes. Le paragraphe 4 de l'article 12 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban (Résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité, annexe), mentionne « toutes mesures nécessaires pour garantir la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins [et] toute autre assistance appropriée aux témoins qui comparaissent devant le Tribunal spécial et à tous ceux que les dépositions des témoins exposent à des risques ».

²⁵⁶ Voir aussi Cour pénale internationale, Bureau du Procureur, *Politique générale relative aux enfants*, à consulter à l'adresse : www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Fra.PDF, et *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste*, à consulter à l'adresse : www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes_20_June_2014_FRE.pdf.

²⁵⁷ W. A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2^e éd., Oxford University Press, 2016), p. 1059.

176. Certains traités énoncent les mesures que l'État peut prendre ou envisager pour protéger les victimes, les témoins et d'autres²⁵⁸. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se lit comme suit :

2. Les mesures envisagées au paragraphe 1 du présent article peuvent consister notamment, sans préjudice des droits du défendeur, y compris du droit à une procédure régulière :

a) À établir, pour la protection physique de ces personnes, des procédures visant notamment, selon les besoins et dans la mesure du possible, à leur fournir un nouveau domicile et à permettre, s'il y a lieu, que les renseignements concernant leur identité et le lieu où elles se trouvent ne soient pas divulgués ou que leur divulgation soit limitée;

b) À prévoir des règles de preuve qui permettent aux témoins et experts de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité, notamment à les autoriser à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats.

177. Entre autres mesures²⁵⁹ énoncées dans certains traités, on peut citer le recueil de dépositions par des moyens électroniques ou d'autres moyens spéciaux²⁶⁰, la protection de la vie privée et de l'identité des témoins et des victimes²⁶¹, la tenue

²⁵⁸ Voir le Protocole facultatif de 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 8, par. 1 f) et 5, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2, et le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 6, par. 3.

²⁵⁹ Pour les mesures énoncées dans les règlements de procédure et de preuve de juridictions pénales internationales, voir le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (*supra*, note 252), règle 75, le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*supra*, note 253), règle 69, le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (*supra*, note 238), règles 87 et 88, et le Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (*supra*, note 254), règle 29.

²⁶⁰ Voir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 68, par. 2 (« les Chambres de la Cour peuvent [...] permettre que les dispositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux »), la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 b) (« À prévoir des règles de preuve qui permettent aux témoins et experts de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité, notamment à les autoriser à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats ») et la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2 b) (dont le libellé est presque identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

²⁶¹ Voir le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 8, par. 1 e) (« En protégeant, s'il y a lieu, la vie privée et l'identité des enfants victimes et en prenant des mesures conformes au droit interne pour prévenir la diffusion de toute information pouvant conduire à leur identification »), et la loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 33 (« Les mesures de protection comprennent entre autres [...] la protection de l'identité des victimes ») (*supra*, note 254).

des débats à huis clos²⁶², la non-divulgence d'éléments de preuve ou d'informations si la divulgation risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille²⁶³ et la fourniture d'un nouveau domicile aux victimes ou aux témoins²⁶⁴.

178. Si le fait d'énoncer les mesures pouvant être prises présente certes des avantages, en fin de compte, la seule obligation faite aux États est de protéger les victimes et les témoins, et les mesures prises pour ce faire varieront inévitablement en fonction des circonstances, des moyens dont l'État dispose et des préférences de victimes, des témoins et des plaignants. Le libellé de la disposition pertinente de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (reproduite au paragraphe 173) semble donc approprié dans le contexte des crimes contre l'humanité²⁶⁵.

179. Cela étant, les mesures de protection prises par l'État, par exemple la non-divulgence de l'identité d'un témoin, peuvent avoir des conséquences sur les droits de l'accusé. C'est pourquoi certains traités, notamment le Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁶⁶, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants²⁶⁷, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée²⁶⁸ et la Convention des Nations Unies

²⁶² Voir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 68, par. 2 (« [L]es Chambres de la Cour peuvent, pour protéger les victimes et les témoins ou un accusé, ordonner le huis clos pour une partie quelconque de la procédure ») et la loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 33 (« Les mesures de protection comprennent entre autres la tenue d'audiences à huis clos. ») (*supra*, note 254).

²⁶³ Voir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 68, par. 5 (« Lorsque la divulgation d'éléments de preuve et de renseignements en vertu du présent Statut risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille, le Procureur peut, dans toute procédure engagée avant l'ouverture du procès, s'abstenir de divulguer ces éléments de preuve ou renseignements et en présenter un résumé. De telles mesures doivent être appliquées d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. »).

²⁶⁴ Voir la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 a) (« À établir, pour la protection physique de ces personnes, des procédures visant notamment, selon les besoins et dans la mesure du possible, à leur fournir un nouveau domicile et à permettre, s'il y a lieu, que les renseignements concernant leur identité et le lieu où elles se trouvent ne soient pas divulgués ou que leur divulgation soit limitée ») et la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2 a) (libellé identique).

²⁶⁵ Le paragraphe 1 de l'article 12 dispose notamment que « [d]es mesures appropriées sont prises, le cas échéant, pour assurer la protection du plaignant, des témoins, des proches de la personne disparue et de leurs défenseurs ainsi que de ceux qui participent à l'enquête contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite ».

²⁶⁶ Article 68, par. 1 (« Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. »).

²⁶⁷ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 8, par. 6 (« Aucune des dispositions du présent article ne porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et impartial ou n'est incompatible avec ce droit. »).

²⁶⁸ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 (« Les mesures envisagées au paragraphe 1 du présent article peuvent consister notamment, sans préjudice des droits du défendeur. »).

contre la corruption²⁶⁹, posent qu'elles ne doivent pas porter atteinte aux droits de l'accusé²⁷⁰.

180. Compte tenu de ce qui précède, il semble judicieux d'inclure, dans un projet d'article sur les victimes, les témoins et les autres personnes touchées, une disposition concernant le droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes et la protection du plaignant et d'autres personnes par l'État, en s'inspirant du texte de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et compte tenu du projet d'article 7 et du fait que les mesures de protection adoptées, le cas échéant, ne doivent pas porter atteinte aux droits de l'accusé (voir le paragraphe 1 du projet d'article 14, plus bas).

C. Participation des victimes à la procédure pénale

181. En général, les traités portant sur des infractions de droit interne ne consacrent pas le droit des victimes de participer à la procédure pénale contre l'auteur présumé, même lorsqu'ils prévoient le dépôt de plaintes par les victimes et les témoins et la protection de ces catégories de personnes (comme c'est le cas des traités mentionnés dans la partie précédente)²⁷¹.

182. Si certains traités visant des infractions de droit interne font obligation à l'État de permettre aux victimes de participer à la procédure judiciaire engagée contre l'auteur présumé, ils lui donnent néanmoins une grande marge de manœuvre en ce qui concerne l'exécution de cette obligation. Ainsi, en son paragraphe 5, l'article 32 de la Convention des Nations Unies contre la corruption subordonne le droit des victimes au droit interne de l'État partie en disposant que « [c]haque État partie, sous réserve de son droit interne, fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense. ». Comme le membre de phrase « sous réserve de son droit interne » l'indique, lorsque l'État est tenu d'autoriser la participation des victimes à la procédure, il dispose d'une latitude considérable pour ce faire. On trouvera des dispositions comparables à celle-ci dans le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la

²⁶⁹ Article 32, par. 2 (libellé de manière presque identique à l'article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

²⁷⁰ Voir aussi Principes fondamentaux et directives ... (*supra*, note 240), par. 27 (« Le présent document ne peut en aucune façon être interprété comme dérogeant aux droits reconnus à des tiers aux niveaux international ou national, en particulier le droit de l'accusé de bénéficier des garanties d'une procédure régulière. »).

²⁷¹ La Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par exemple, est muette à ce sujet. Le Comité contre la torture a toutefois souligné qu'il importait de faire participer les victimes aux procédures visant à leur permettre d'obtenir réparation. Voir l'observation générale n° 3 (*supra*, note 241), par. 4. Si elle ne prévoit pas expressément la participation des victimes aux procédures engagées devant la justice, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contient néanmoins des dispositions concernant le droit des victimes d'avoir accès à certaines informations (art. 18) et de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée (art. 24). Pour un aperçu de la pratique des États en ce qui concerne la participation des victimes, voir Redress and Institute for Security Studies, « Victim participation in criminal law proceedings: survey of domestic practice for application to international crimes prosecutions », septembre 2015, à consulter à l'adresse : www.redress.org/downloads/1508victim-rights-report.pdf.

prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants²⁷², la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée²⁷³ et le Protocole additionnel de 2000 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants²⁷⁴. La marge de manœuvre accordée à l'État permet à celui-ci de s'acquitter de son obligation de la manière la plus opportune compte tenu de son droit interne.

183. Ni le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ni le Statut du Tribunal international pour le Rwanda n'envisagent la participation des victimes aux procédures pénales. La loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique prévoit cependant que les victimes peuvent participer à la procédure de nombreuses manières, et notamment qu'elles peuvent se constituer partie civile²⁷⁵, même si elles doivent pour ce faire remplir des conditions relativement strictes²⁷⁶. Cette approche reflète le droit cambodgien,

²⁷² Article 8 (« Les États Parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques prosrites par le présent Protocole, en particulier : [...] c) En permettant que les vues, les besoins ou les préoccupations des enfants victimes soient présentés et examinés au cours de la procédure lorsque leurs intérêts personnels sont en jeu, d'une manière conforme aux règles de procédure du droit interne »). Voir aussi la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 12, par. 2.

²⁷³ Article 25, par. 3 (« Chaque État Partie, sous réserve de son droit interne, fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions, d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense. »).

²⁷⁴ Article 6, par. 2 (« Chaque État partie s'assure que son système juridique ou administratif prévoit des mesures permettant de fournir aux victimes de la traite des personnes, lorsqu'il y a lieu : [...] b) une assistance pour faire en sorte que leurs avis et préoccupations soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions, d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense. »). Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée impose de vastes obligations à l'État en ce qui concerne la protection des migrants victimes d'un acte visé par la Convention, mais ne prévoit pas distinctement la participation.

²⁷⁵ Voir le Règlement interne des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (*supra*, note 254), règle 23 *quinquies* (« 1. Le but de l'action civile devant les [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] est de : a) Participer, en soutien à l'accusation, aux poursuites de personnes responsables d'un crime relevant de la compétence des [Chambres]; et b) Permettre aux victimes de demander réparation collective et morale, conformément à [cette] règle. 2. Le droit d'intenter une action civile peut être exercé par les victimes d'un crime relevant de la compétence des [Chambres], sans distinction aucune fondée sur des critères tels que la résidence actuelle ou la nationalité. [...] 3. La partie civile participe individuellement à la procédure pénale au stade préliminaire. Au stade du procès et à tout stade ultérieur, les parties civiles forment un collectif dont les intérêts sont représentés par les co-avocats principaux pour les parties civiles conformément à la règle 12 *ter*. Les co-avocats principaux pour les parties civiles sont assistés des avocats des parties civiles conformément à la règle 12 *ter* 3). Les co-avocats principaux pour les parties civiles déposent une seule demande de réparation collective et morale. 4. La partie civile ne peut pas être entendue en qualité de témoin dans la même affaire et, sous réserve de la règle 62 concernant les commissions rogatoires, elle ne peut être entendue que dans les mêmes conditions que la personne mise en examen ou l'accusé. »).

²⁷⁶ *Ibid.*, règle 23 *bis* (« 1. Pour que l'action de la partie civile soit recevable, la personne ayant formé une demande de constitution de partie civile doit : a) justifier clairement de son identité; b) démontrer qu'elle a effectivement subi un préjudice corporel, matériel ou moral résultant directement d'au moins un des crimes allégués à l'encontre de la personne mise en examen, et

influencé par le système français, issu du droit romain²⁷⁷. La question de la participation est également abordée au paragraphe 3 de l'article 68 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui dispose :

Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial²⁷⁸. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve.

184. Un commentateur fait observer qu'au moment de l'élaboration du Statut de Rome, peu de personnes auraient pu imaginer l'importance que cette cour et obscure disposition prendrait dans les procédures engagées devant la Cour pénale internationale²⁷⁹ à cause d'une participation accrue. En août 2015, le Greffe a indiqué qu'en 2014 et 2015, 4 002 victimes avaient participé à ces procédures et qu'au cours de la même période, celle-ci avait reçu 1 669 demandes de participation de victimes²⁸⁰.

185. Compte tenu de ce qui précède, il semble opportun d'inclure, dans le projet d'article sur les victimes, les témoins et d'autres personnes, une disposition relative au droit des victimes de participer à la procédure pénale engagée contre l'auteur présumé d'un crime, en s'inspirant du texte de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir le projet d'article 14, par. 2, plus bas).

susceptible de servir de fondement à une demande de réparation collective et morale. Lorsqu'ils sont saisis d'une demande de constitution de partie civile, les cojuges d'instruction doivent être convaincus que les faits allégués au soutien de la demande sont établis sur la base de l'hypothèse la plus probable. »).

²⁷⁷ Voir *Co-Prosecutors' submission on civil party participation in provisional detention appeals*, 22 février 2008, affaire n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 01), Chambre préliminaire, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, à consulter à l'adresse : www.eccc.gov.kh/en/documents/court/co-prosecutors-submission-civil-party-participation.

²⁷⁸ Voir aussi le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (*supra*, note 238), règles 89 à 93 et 131, par. 2, et *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on victims' participation* (*supra*, note 233), par. 85 (« la Chambre de première instance a tenu compte du caractère *sui generis* des procédures engagées devant elle et du fait que la Cour doit établir des procédures conformes aux exigences des affaires de portée internationale sur lesquelles elle est appelée à se prononcer ») [traduction du Secrétariat].

²⁷⁹ Schabas, *The International Criminal Court* (voir *supra*, note 257), p. 1062. M. Schabas fait observer que le libellé du paragraphe 3 de l'article 68 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale est inspiré de la Déclaration de 1985 des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir (voir *supra*, note 239), qui dispose en son paragraphe 6 b) que la capacité de l'appareil judiciaire et administratif de répondre aux besoins des victimes doit être améliorée en « [p]ermettant que les vues et les préoccupations des victimes soient présentées et examinées aux phases appropriées des instances, lorsque leurs intérêts personnels sont en cause, sans préjudice des droits de la défense, et dans le cadre du système de justice pénale du pays ». Par contre, les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (voir *supra*, note 240) ne mentionnent pas le droit à la participation.

²⁸⁰ Rapport de la Cour pénale internationale sur ses activités en 2014/15 (A/70/350), par. 27.

D. Réparation accordée aux victimes

186. Les traités portant sur des infractions de droit interne qui s'intéressent aux victimes et aux témoins s'intéressent en général aussi à la réparation à accorder aux victimes. Les dispositions qu'ils renferment à ce sujet s'inspirent selon toute apparence des articles consacrés au droit à un « recours effectif » contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948²⁸¹, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁸² et des traités régionaux relatifs aux droits de l'homme²⁸³.

²⁸¹ Voir la Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale du 10 décembre 1948, art. 8 (« Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. »). Pour un aperçu des institutions et régimes concernant les recours ouverts aux victimes, voir C. McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2012, chap. 2, et Shelton (*supra*, note 242), chap. 3.

²⁸² Article 2, par. 3 (« Les États parties au présent Pacte s'engagent à : a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié. »). Voir aussi l'observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme (*supra*, note 149), par. 16 et 17 (« 16. Le paragraphe 3 de l'article 2 exige que les États parties accordent réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés. S'il n'est pas accordé réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés, l'obligation d'offrir un recours utile, qui conditionne l'efficacité du paragraphe 3 de l'article 2, n'est pas remplie. Outre la réparation expressément prévue par le paragraphe 5 de l'article 9 et le paragraphe 6 de l'article 14, le Pacte implique de manière générale l'obligation d'accorder une réparation appropriée. Le Comité note que, selon le cas, la réparation peut prendre la forme de restitution, réhabilitation, mesures pouvant donner satisfaction (excuses publiques, témoignages officiels), garanties de non-répétition et modification des lois et pratiques en cause aussi bien que la traduction en justice des auteurs de violations de droits de l'homme. 17. De manière générale, il serait contraire aux buts visés par le Pacte de ne pas reconnaître qu'il existe une obligation inhérente à l'article 2 de prendre des mesures pour prévenir la répétition d'une violation du Pacte. En conséquence, il est fréquent que le Comité, dans des affaires dont il est saisi en vertu du Protocole facultatif, mentionne dans ses constatations la nécessité d'adopter des mesures visant, au-delà de la réparation due spécifiquement à la victime, à éviter la répétition du type de violation considéré. De telles mesures peuvent nécessiter une modification de la législation ou des pratiques de l'État partie. »).

²⁸³ Voir la Convention européenne des droits de l'homme, art. 13 (« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. ») et la Convention américaine relative aux droits de l'homme (« Pacte de San José de Costa Rica »), art. 25 (« 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2. Les États parties s'engagent : a. à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; b. à accroître les possibilités de recours judiciaire; c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours. »).

187. En général, toutefois, ces traités ne contiennent pas le terme « recours ». Il y est plutôt question du droit à réparation, et donc de « réparation », d'« indemnisation », de « réadaptation », de « réhabilitation » ou de « restitution ». Ainsi, aux termes de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants :

1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.

188. Si le paragraphe 1 de l'article 14 mentionne plus particulièrement l'indemnisation et la compensation, le Comité contre la torture a estimé qu'il exprimait néanmoins une « notion générale de réparation »²⁸⁴. Selon le Comité,

[l']obligation d'assurer réparation au titre de l'article 14 est double : elle porte sur les procédures et sur le fond. Pour satisfaire aux obligations de procédure, les États parties doivent promulguer une législation et mettre en place des mécanismes de plainte, des organes d'enquête et des institutions, notamment des organes judiciaires indépendants, compétentes pour se prononcer sur le droit à réparation d'une victime de torture ou de mauvais traitements et pour accorder à celle-ci une réparation effective, et faire en sorte que ces mécanismes et organes soient efficaces et accessibles à toutes les victimes. Pour ce qui est du fond, les États parties doivent faire en sorte que les victimes de torture ou de mauvais traitements obtiennent une réparation complète et effective, comprenant notamment une indemnisation et les moyens nécessaires à leur réadaptation aussi complète que possible²⁸⁵.

189. On retiendra en particulier que cette disposition contient le membre de phrase « Tout État partie garantit, *dans son système juridique** ». L'accent est donc mis sur le fait que l'État partie est tenu de se doter des lois, règlements, procédures et mécanismes nécessaires pour permettre aux victimes d'obtenir une réparation adéquate et suffisante de la part des responsables du préjudice subi. Aux fins de l'exécution de cette obligation, l'État partie peut s'inspirer des dispositions relatives à l'accès à la justice figurant dans les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire²⁸⁶.

190. Dans bon nombre de traités portant sur des infractions de droit interne, la seule forme de réparation envisagée est l'indemnisation. C'est le cas, par exemple, dans la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme²⁸⁷, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la

²⁸⁴ Voir l'observation générale n° 3 du Comité contre la torture (*supra*, note 241), par. 2.

²⁸⁵ *Ibid.*, par. 5.

* Italiques ajoutés.

²⁸⁶ Principes fondamentaux et directives ... (voir *supra*, note 240), par. 12 à 14.

²⁸⁷ Article 8, par. 4 (« Chaque État partie envisage de créer des mécanismes en vue de l'affectation des sommes provenant des confiscations visées au présent article à l'indemnisation des victimes [...] ou de leur famille. »).

vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants²⁸⁸, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée²⁸⁹, le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants²⁹⁰ et la Convention des Nations Unies contre la corruption²⁹¹. Si la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants mentionne le droit « d'être indemnisé[...] équitablement et de manière adéquate » (voir la citation figurant au paragraphe 187), le Comité contre la torture a néanmoins souligné que l'indemnisation à elle seule n'était pas une mesure de réparation suffisante pour la victime de tortures ou de mauvais traitements²⁹².

191. Le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Statut du Tribunal international pour le Rwanda prévoient uniquement la restitution²⁹³, à l'exclusion de toute autre forme de réparation, y compris l'indemnisation. Il semble néanmoins ressortir des textes fondateurs d'autres juridictions internationales que la restitution n'est pas nécessairement adéquate (de fait, dans ces textes, il est plus généralement question de « réparation ») et que consacrer un droit permettant à chaque victime d'obtenir réparation à titre individuel pourrait être problématique dans le contexte de massacres à grande

²⁸⁸ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 9, par. 4 (« Les États Parties veillent à ce que tous les enfants victimes des infractions décrites dans le présent Protocole aient accès à des procédures leur permettant, sans discrimination, de réclamer réparation du préjudice subi aux personnes juridiquement responsables. »).

²⁸⁹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 25, par. 2 (« Chaque État Partie établit des procédures appropriées pour permettre aux victimes d'infractions visées par la présente Convention d'obtenir réparation. ») et art. 14, par. 2 (« Lorsque les États Parties agissent à la demande d'un autre État Partie en application de l'article 13 de la présente Convention, ils doivent, dans la mesure où leur droit interne le leur permet et si la demande leur en est faite, envisager à titre prioritaire de restituer le produit du crime ou les biens confisqués à l'État Partie requérant, afin que ce dernier puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ce produit du crime ou ces biens à leurs propriétaires légitimes. »).

²⁹⁰ Article 6, par. 6 (« Chaque État partie s'assure que son système juridique prévoit des mesures qui offrent aux victimes de la traite des personnes la possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi. »).

²⁹¹ Article 35 (« Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, conformément aux principes de son droit interne, pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice en vue d'obtenir réparation. »).

²⁹² Voir l'observation générale n° 3 (*supra*, note 241), par. 9; voir aussi *Kepa Urra Guridi c. Espagne*, communication n° 212/2002, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 44 (A/60/44)*, annexe VIII.A, par. 6.8 (« l'article 14 de la Convention reconnaît non seulement le droit d'être indemnisé équitablement et de manière adéquate, il impose aussi aux États parties l'obligation de veiller à ce que la victime d'un acte de torture obtienne réparation. Le Comité considère que la réparation doit couvrir l'ensemble des dommages subis par la victime, et englobe, entre autres mesures, la restitution, l'indemnisation, la réadaptation de la victime ainsi que des mesures propres à garantir la non-répétition des violations, en tenant toujours compte des circonstances de chaque affaire »).

²⁹³ Voir le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (*supra*, note 252), art. 24, par. 3 (« Outre l'emprisonnement du condamné, la Chambre de première instance peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte ») et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*supra*, note 253), art. 23, par. 3 (libellé identique).

échelle. Deux possibilités sont donc prévues, à savoir la réparation individuelle et la réparation collective²⁹⁴. Le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, par exemple, dispose qu'en accordant réparation aux victimes en application de l'article 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁹⁵, « la Cour peut accorder une réparation individuelle ou, lorsqu'elle l'estime approprié, une réparation collective, ou les deux », compte tenu de l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice²⁹⁶. Pour les atrocités commises au Cambodge par les Khmer rouges, seules les « réparations morales et collectives » sont envisagées par le Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens²⁹⁷.

192. Peut-être influencés par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission en 2001²⁹⁸ et les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire adoptés par l'Assemblée générale en 2005²⁹⁹, les auteurs de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ont retenu le terme général « réparation », mais énuméré les différentes formes que la réparation pouvait prendre. Les paragraphes 4 et 5 de l'article 24 se lisent comme suit :

4. Tout État Partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'une disparition forcée le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate.

²⁹⁴ Voir Principes fondamentaux et directives ... (*supra*, note 240), par. 13 (« Par-delà l'accès individuel à la justice, les États devraient s'efforcer de mettre en place des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient »), et Association de droit international, *Reparation for Victims of Armed Conflict*, Conférence de La Haye (2010), à consulter à l'adresse : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018>, al. *o* et *s* du paragraphe 2 de l'article 6 du commentaire (« Le concept de réparation collective a été moins étudié que le droit d'obtenir une réparation individuelle. Certains développements permettent néanmoins de penser que le droit international prévoit la réparation collective. Celle-ci est également envisagée dans le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale. ») [traduction du Secrétariat].

²⁹⁵ Article 75 (« 1. La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision. 2. La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Cette réparation peut prendre notamment la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation. Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du fonds visé à l'article 79. »). La Chambre d'appel s'est penchée sur les principes et procédures applicables aux réparations dans *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06-3129, *Judgement on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012*, Cour pénale internationale, Chambre d'appel (3 mars 2015).

²⁹⁶ Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (voir *supra*, note 238), règle 97, par. 1. Voir, de manière générale, McCarthy (*supra*, note 281).

²⁹⁷ Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (voir *supra*, note 254), règles 23 et 23 *quinquies*.

²⁹⁸ Voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

²⁹⁹ Voir Principes fondamentaux et directives ... (*supra*, note 240), par. 15 et 18 à 23.

5. Le droit d'obtenir réparation visé au paragraphe 4 du présent article couvre les dommages matériels et moraux ainsi que, le cas échéant, d'autres formes de réparation telles que :

- a) La restitution;
- b) La réadaptation;
- c) La satisfaction, y compris le rétablissement de la dignité et de la réputation;
- d) Des garanties de non-répétition.

193. Les formes de réparation habituelles sont toutes potentiellement pertinentes dans le contexte des crimes contre l'humanité³⁰⁰. La restitution, c'est-à-dire le rétablissement du statu quo *ex ante*, permet notamment le retour de la victime chez elle, la restitution de biens meubles et la reconstruction d'infrastructures. L'indemnisation est une forme de réparation des préjudices tant matériels que moraux. La réadaptation, ou réhabilitation, peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances dans lesquelles il s'agit d'offrir réparation à un grand nombre de personnes, notamment sous la forme d'une prise en charge médicale et psychologique, y compris la fourniture de prothèses et de thérapies visant à soigner les traumatismes, et de reconstruire des bâtiments publics ou privés comme des écoles, des hôpitaux et des lieux de culte. Il peut aussi y avoir lieu d'accorder des mesures de satisfaction, notamment l'expression d'excuses ou de regrets publics, et des garanties de non-répétition.

194. De surcroît, si l'octroi d'une mesure de réparation propre à chaque victime peut être opportun, notamment comme suite à une plainte déposée au civil devant une juridiction interne ou dans le cadre d'un mécanisme expressément destiné à l'indemnisation des parties à une action de groupe³⁰¹, dans certaines situations, seule

³⁰⁰ Le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition a insisté sur l'importance de se doter d'« un large dispositif de mesures organisées de manière cohérente » en faveur des victimes de violations massives, établissant une distinction entre les programmes de réparation, dans le cadre desquels sont prises des mesures matérielles et symboliques, et ceux dont l'objectif est d'indemniser des personnes ou des collectivités (rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition (A/69/518), par. 84).

³⁰¹ Voir, par exemple, M. Frigessi di Rattalma et T. Treves (dir. publ.), *The United Nations Compensation Commission: A Handbook*, La Haye, Kluwer Law International, 1999; H. van Houtte, « Mass Property Claim Resolution in a Post-War Society: The Commission for Real Property Claims in Bosnia and Herzegovina », dans Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dir. publ.), *Institutional and Procedural Aspects of Mass Claims Settlement Systems*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 23 à 42; Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dir. publ.), *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press, 2006; H. M. Holtzmann et E. Kristjánssdóttir, *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford University Press, 2007; H. van Houtte, B. Delmartino et I. Yi, *Post-War Restoration of Property Rights Under International Law, Vol. I: Institutional Features and Substantive Law*, Cambridge University Press, 2008; H. Das et H. van Houtte, *Post-War Restoration of Property Rights Under International Law, Volume II: Procedural Aspects*, Cambridge University Press, 2008; C. Payne et P. Sand (dir. publ.), *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*, Oxford University Press, 2011; R. P. Alford, « The Claims Resolution Tribunal », dans C. Giorgetti (dir. publ.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2012, p. 575 à 590; et S. D. Murphy, W. Kidane et T.R.

s'avère souhaitable, voire possible, la réparation collective, par exemple la construction d'un monument commémoratif ou la reconstruction d'écoles, d'hôpitaux, de dispensaires ou de lieux de culte. Dans d'autres cas encore, c'est une combinaison des deux formes de réparation, collective et individuelle, qui s'impose.

195. Partant, il semble utile d'aborder dans le projet d'article la question de la réparation accordée aux victimes, en s'inspirant du texte de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, mais en donnant néanmoins à l'État une certaine latitude quant à la forme de réparation à accorder (voir le paragraphe 3 du projet d'article 14, plus bas).

E. Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes

196. À la lumière des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour :

a) Garantir à quiconque allègue qu'une personne a été victime d'un crime contre l'humanité le droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes; et

b) Veiller à ce que les plaignants et les témoins, leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou autre procédure concernant un acte visé par le présent projet d'articles soient protégés contre tout mauvais traitement ou acte d'intimidation résultant du dépôt d'une plainte, de la communication d'informations ou d'un témoignage, sans préjudice des droits de l'auteur présumé du crime énoncés au projet d'article 10.

2. Chaque État fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité puissent être présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs présumés du crime, dans le respect de son droit interne et sans préjudice des droits énoncés au projet d'article 10.

3. Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne garantisse aux victimes d'un crime contre l'humanité le droit d'obtenir réparation, à titre individuel ou collectif, sous une ou plusieurs des formes suivantes : restitution; indemnisation; réadaptation; satisfaction; garanties de non-répétition.

Snyder, *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford University Press, 2013.

Chapitre V

Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes

A. Conflits possibles

197. Lors de l'examen à la Sixième Commission des travaux de la Commission sur le sujet, plusieurs États ont souligné que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité devrait éviter tout conflit avec les droits ou obligations des États en ce qui concerne les juridictions pénales internationales compétentes³⁰². De nombreux États ont mentionné expressément la nécessité d'éviter tout conflit avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale³⁰³.

³⁰² Voir, par exemple, Autriche, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Sixième Commission, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20)*, par. 30 (« il serait utile de définir expressément la relation juridique [entre les projets d'article et les actes constitutifs des juridictions pénales internationales ou hybrides] dans les projets d'article définitifs; dans le cas contraire, le régime *lex posterior* de la Convention de Vienne sur le droit des traités pourrait produire des résultats différents. »); Allemagne, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 15 (« Pour être couronné de succès, le projet doit être compatible avec les règles et institutions existantes du droit pénal international. »); Hongrie, *ibid.*, 21^e séance, (A/C.6/70/SR.21), par. 83 (« tout en admettant qu'il faut éviter [que les travaux de la Commission] n'entrent en conflit avec les régimes juridiques existant dans ce domaine. »); Inde, *ibid.*, par. 65 (« étant donné les régimes et mécanismes juridiques existants, une étude approfondie et un débat exhaustif seront nécessaires à la CDI. Les obligations proposées ne doivent pas entrer en conflit avec les obligations conventionnelles existantes ni faire double emploi avec les régimes en vigueur. »); Italie, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/70/SR.17), par. 58 (« [L'Italie] pense avec la CDI que les projets d'articles ne seront pas en conflit avec les obligations des États découlant des actes constitutifs des cours ou tribunaux internationaux ou "hybrides". »); Japon, *ibid.*, 22^e séance, (A/C.6/70/SR.22), par. 130 (« Les travaux en cours devraient éviter d'entrer en conflit avec les obligations découlant pour les États des actes constitutifs de juridictions internationales. »); Malaisie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 47 (« le projet de convention sur [les crimes contre l'humanité] devrait être rédigé de manière à compléter les régimes existants et à ne pas faire double emploi avec eux. »); Mexique, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 51 (« Les travaux de la CDI sur le sujet devraient compléter les instruments existants. »); Portugal, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 61 (« le sujet doit être abordé avec prudence, compte tenu du cadre juridique existant concernant les crimes contre l'humanité. Il importe d'éviter tout conflit avec les régimes déjà en place. »); et République de Corée, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 56 (« Dans l'élaboration d'une convention sur les crimes contre l'humanité, les dispositions pertinentes des traités existants et la relation entre ces dispositions devraient être examinées en détail pour éviter les conflits avec d'autres régimes conventionnels. »).

³⁰³ Voir, par exemple, Pays-Bas, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 42 (« Il serait également pertinent de se pencher sur la relation entre le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité et le Statut de Rome [de la Cour pénale internationale]. Les États parties au Statut [...] sont tenus d'en appliquer les dispositions, y compris celles relatives aux crimes contre l'humanité, dans leurs systèmes juridiques nationaux respectifs. Tout instrument ultérieur sur le même sujet doit reposer sur cette pratique existante. »); Slovénie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 4 (« toute nouvelle convention sur les crimes contre l'humanité doit être compatible avec [les] dispositions [du Statut de Rome de la Cour pénale internationale] et les compléter. »); Royaume-Uni, *ibid.*, par. 36 (« Tout nouveau régime devra compléter et non concurrencer le Statut de Rome [de la Cour pénale internationale]. »); Espagne, *ibid.*, *soixante-neuvième session, 21^e séance, (A/C.6/69/SR.21)*, par. 42 (« il faudra examiner soigneusement [...] la relation précise [du projet de convention] avec le Statut de Rome [de la Cour pénale internationale] et la Cour pénale internationale. »); Trinité-et-Tobago, *ibid.*, 26^e séance, (A/C.6/69/SR.26), par. 118 (« Les travaux

198. Compte tenu de ces considérations, les projets d'article ont été rédigés de manière à éviter de tels conflits³⁰⁴. Le projet d'article 9 autorise par exemple un État à remplir son obligation *aut dedere aut judicare* par la remise de la personne concernée à « une juridiction pénale internationale compétente ». Ainsi, lorsqu'un État a une obligation de remise, l'exécution de cette obligation n'entre pas en conflit avec le projet d'article 9. De surcroît, les projets d'article ont en général été rédigés de manière à être en harmonie avec les instruments constitutifs des juridictions pénales internationales compétentes; ainsi, dans le projet d'article 3, la définition des « crimes contre l'humanité » reprend celle figurant dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

199. En conséquence, il ne semble pas y avoir de conflit entre les droits ou obligations des États énoncés dans le projet d'articles et leurs droits et obligations envers les juridictions pénales internationales compétentes. Cela étant, il pourrait sembler utile d'envisager expressément l'hypothèse d'un conflit. Dans le cas contraire, si une convention était adoptée sur la base du projet d'articles, la résolution d'un conflit entre les droits ou obligations d'un État au titre de cette convention et ses droits ou obligations au titre d'un traité établissant un tribunal pénal international pourrait dépendre de la question de savoir quel est l'instrument le plus récent³⁰⁵.

200. Il existe plusieurs exemples de dispositions qui visent à éviter des conflits potentiels en prévoyant que les droits ou les obligations découlant d'un traité l'emporteront sur les droits et obligations découlant d'un autre traité. Aux termes de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. ». L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce contient la disposition suivante : « En cas de conflit entre une disposition du présent accord et une disposition de l'un des Accords commerciaux multilatéraux, la disposition du présent accord prévaudra dans la limite du conflit » (art. XVI, par. 3). Au vu de ces exemples et compte tenu de la référence à une « juridiction pénale internationale compétente » dans le projet d'article 9, une formulation possible pour le présent projet d'articles serait la suivante : « En cas de conflit entre les droits ou les obligations d'un État au titre du présent projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, ce dernier prévaudra. ».

ne devraient rien ôter au Statut de Rome de la Cour pénale internationale mais plutôt compléter celui-ci. »); et Royaume-Uni, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 160 (« Il importe que les activités de la Cour pénale internationale dans ce domaine ne soient pas affectées. »).

³⁰⁴ Il existe bien sûr diverses juridictions qui ont été instituées pour connaître de graves infractions internationales; certaines relèvent exclusivement du droit international, d'autres relèvent du droit international et du droit interne (elles sont parfois appelées « tribunaux mixtes »), et d'autres relèvent exclusivement du droit interne. Il faut se reporter aux modalités de création d'un tribunal pour savoir s'il s'agit d'une « juridiction pénale internationale ». De plus, les États n'auront pas tous les mêmes obligations envers chacune de ces juridictions. Par exemple, l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais créant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone n'impose aux autres États aucune obligation expresse de coopérer avec le tribunal. Voir le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (*supra*, note 255); et la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité de l'ONU en date du 14 août 2000 (prieant le Secrétaire général de négocier un accord avec le Gouvernement sierra-léonais en vue de créer le Tribunal spécial).

³⁰⁵ Voir la Convention de Vienne de 1969, art. 30.

201. Il convient aussi de réfléchir à l'opportunité d'inclure dans le projet d'articles une disposition encore plus vaste, qui porterait sur *tout* conflit éventuel avec un autre régime juridique ou instrument national ou international. D'une manière générale, ni les traités portant sur des infractions de droit interne ni les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient l'ensemble des conflits potentiels avec d'autres sources de droits ou d'obligations. De fait, les rédacteurs de la plupart des traités rédigent chaque disposition de façon à tenir compte de l'éventualité de tels conflits, et s'en remettent pour résoudre tous les autres conflits possibles au droit des traités tel qu'il découle de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après « Convention de Vienne de 1969 ») et du droit international coutumier, ou à d'autres règles de conflit du droit international³⁰⁶.

202. Certains traités comprennent cependant des dispositions qui prévoient, de façon générale, la possibilité de conflits entre le traité et d'autres règles. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants comporte une clause « sans préjudice » relative aux autres traités et lois nationales portant sur la torture, l'extradition ou l'expulsion. Plus précisément, le paragraphe 2 de l'article 16 de la Convention dispose : « Les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice des dispositions de tout autre instrument international ou de la loi nationale qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou qui ont trait à l'extradition ou à l'expulsion. ». Cette disposition vise le droit international et le droit interne, mais elle ne traite pas expressément du cas où ceux-ci seraient moins protecteurs que la Convention³⁰⁷.

203. D'autres traités se bornent à définir leur relation avec le droit international en prévoyant qu'ils n'auront aucun effet sur les autres droits, obligations et responsabilités des États au titre du droit international. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 19 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif dispose qu'« [a]ucune disposition de la présente Convention ne modifie les autres droits, obligations et responsabilités qui découlent pour les États et les individus du droit international, en particulier les buts et principes de la Charte des Nations Unies, et du droit international humanitaire ». De manière similaire, l'article 21 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme dispose qu'« [a]ucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur les autres droits, obligations et responsabilités des

³⁰⁶ Voir *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), chap. XII, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ».

³⁰⁷ Selon Nowak et McArthur, « l'article 16 (2) énonce clairement que les dispositions de la Convention n'ont pas d'influence sur des mécanismes de droit interne ou de droit international offrant une protection plus large contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Par conséquent, toute personne a le droit de bénéficier de la meilleure protection que leur accordent, le cas échéant, d'autres instruments internationaux ou des lois nationales; en revanche, l'application de ces instruments ou lois ne peut aboutir à une protection moindre que celle garantie par la Convention. Un exemple caractéristique de l'application de la clause de sauvegarde du paragraphe 2 de l'article 16 est le principe de non-refoulement, dérivé de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui, selon la jurisprudence des organes conventionnels compétents, s'applique non seulement au risque d'être soumis à la torture (comme dans l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), mais aussi au risque d'être soumis à un traitement cruel, inhumain ou dégradant. » [traduction du Secrétariat] (Nowak et McArthur (voir *supra*, note 67), p. 575, par. 78).

États et des individus en vertu du droit international, en particulier les buts de la Charte des Nations Unies, le droit international humanitaire et les autres conventions pertinentes ». Là encore, une telle disposition ne vise pas expressément le cas où d'autres instruments offrent une protection moindre que la Convention concernée.

204. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, au contraire, prévoit spécifiquement le cas où le droit international ou une loi interne offrirait une moindre protection. L'article 37 de cette convention se lit ainsi : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus favorables à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui peuvent figurer : a) Dans la législation d'un État partie; ou b) Dans le droit international en vigueur pour cet État. ». Les dispositions pertinentes de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévalent donc dans le cas où les dispositions du droit interne ou du droit international sont moins « favorables à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ».

205. Une disposition traitant aussi largement des conflits potentiels pourrait être incluse dans le présent projet, mais les projets d'articles ont été rédigés de manière à généralement prévaloir en cas de conflit avec le droit interne, sauf indication contraire dans le contexte de certains articles particuliers. Par exemple, le projet d'article 3, qui contient une définition des crimes contre l'humanité, dispose en son paragraphe 4 qu'il est sans préjudice de toute définition plus large prévue par « tout instrument international ou loi nationale ». Le paragraphe 7 du projet d'article 5 dispose que « *[s]ous réserve des dispositions de son droit interne**, tout État partie prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales ». Le paragraphe 3 du projet d'article 6 dispose que « [l]e présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État *conformément à son droit interne** ». Le paragraphe 1 du projet d'article 8 dispose que « [la détention et les mesures prises] doivent être *conformes à la législation dudit État**; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise ». Le projet d'article 9 dispose que les autorités d'un État décideront ou non d'engager les poursuites « dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État ». Le paragraphe 1 du projet d'article 10 dispose que l'auteur présumé d'une infraction jouit de la pleine protection des droits qu'il « tire du droit interne et du droit international applicables », tandis que le paragraphe 3 prévoit que les droits d'accès aux services consulaires « s'exercent dans le cadre des lois et règlements » de l'État hôte, pourvu que ces lois et règlements permettent de donner à ces droits leur plein effet. Bien que la Commission ne les ait pas encore examinées, plusieurs dispositions proposées dans le présent rapport tentent aussi de préciser les relations entre le projet d'articles et d'autres sources de droit; il en va ainsi du projet d'article 11 sur l'extradition, du projet d'article 13 sur l'entraide judiciaire et du projet d'article 14 sur les victimes, les témoins et les autres personnes touchées.

206. L'élaboration d'une disposition traitant largement des conflits potentiels pourrait entraîner le risque d'affaiblir involontairement le présent projet d'articles

* Italiques ajoutés.

* Italiques ajoutés.

dès qu'il serait en conflit avec une loi nationale. Par exemple, une disposition permettant l'application de la loi nationale lorsque celle-ci est plus favorable à la protection des personnes contre les crimes contre l'humanité pourrait être interprétée comme autorisant un État à déroger aux protections accordées par le projet d'article 10 à l'auteur présumé de l'infraction. En conséquence, compte tenu de l'attention déjà portée dans le présent projet d'articles au règlement d'éventuels conflits dans le contexte de questions spécifiques, il n'est pas recommandé de prévoir une disposition plus large.

B. Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes

207. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes

En cas de conflit entre les droits ou les obligations d'un État au titre du présent projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, ce dernier prévaudra.

Chapitre VI

Obligations des États fédéraux

A. Aperçu

208. L'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 dispose ce qui suit : « À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire. »³⁰⁸. Ainsi, en principe, un traité lie un État à l'égard de l'ensemble de son territoire, y compris les États qui sont de nature « fédérale » et dans lesquels une autonomie considérable est accordée aux unités constitutives de l'État³⁰⁹. Toutefois, « une intention différente » peut être exprimée dans le traité lui-même ou par les États, au moyen de réserves ou de déclarations, lors de la signature ou de la ratification d'un traité³¹⁰. Lorsque cela se produit, d'autres États peuvent accepter ou rejeter ces réserves ou déclarations³¹¹. Pour tenir compte de ces situations, il arrive que des traités qui portent sur une question particulière, telle que la compétence pénale, tentent de

³⁰⁸ Pour le commentaire, voir O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Springer, 2012, p. 489 à 503; O. Corten et P. Klein, (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary*, Oxford University Press, 2011; et M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 389 à 394.

³⁰⁹ Voir D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 314; et Dörr et Schmalenbach (note *supra*, p. 493. Voir aussi *Annuaire ... 1966*, vol. II, (A/CN.4/SER.A/1966/Add.1), p. 232, par. 4) du commentaire se rapportant à l'article 25 (« Un gouvernement a proposé de compléter cet article par un deuxième paragraphe disposant expressément que tout État composé d'éléments distincts et autonomes doit avoir le droit de déclarer quelles sont celles de ses parties constitutives auxquelles le traité s'appliquera. Selon cette proposition, la déclaration devait être considérée non comme une réserve, mais comme une limitation du consentement de l'État à certaines de ses parties seulement. La Commission a estimé qu'une disposition de ce type, quelle qu'en soit la formulation, risquait de poser autant de problèmes qu'elle en résoudrait. Elle a estimé en outre que les mots "à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie", qui figurent dans le texte maintenant proposé, donnent à la règle la souplesse nécessaire pour satisfaire à toutes les exigences légitimes en matière d'application territoriale des traités. »).

³¹⁰ Dörr et Schmalenbach (voir *supra*, note 308), p. 493. Voir aussi A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3^e édition, Cambridge University Press, 2013, p. 189 (où il est dit que « cela ne fait que quarante ans environ [...] que les fédérations recourent aux réserves pour régler les problèmes que pose leur adhésion aux traités » [traduction du Secrétariat]).

³¹¹ Voir Hollis (*supra*, note 309), p. 719 (« il importe de tenir compte du fait que, s'agissant de traités qui ne contiennent pas de dispositions interdisant ou autorisant les aménagements liés au fédéralisme, plusieurs États fédéraux ont formulé des réserves visant à limiter leurs obligations aux domaines de compétence législative appartenant au Gouvernement fédéral. Il est arrivé que d'autres États formulent des objections concernant ces réserves » [traduction du Secrétariat]). Selon la pratique du Secrétaire général en ce qui concerne les clauses fédérales, « [l]es déclarations d'application territoriale ne doivent pas être confondues avec les déclarations faites en vertu des "clauses fédérales" présentes dans les traités portant sur des questions qui relèvent de la compétence législative de subdivisions territoriales – États, provinces, etc. », (Nations Unies, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (Publication des Nations Unies, numéro de vente E/F.94.V.15, document ST/LEG/7/Rev.1), par. 272). Lorsque des déclarations sont faites en vertu de clauses fédérales, le Secrétaire général « distribue et enregistre dûment ces déclarations » (Ibid.).

définir la portée et l'application du traité pour les différents niveaux de compétence nationale³¹².

209. Les traités ont tenté de différentes manières de prendre en compte la question des obligations des États fédéraux³¹³. Certains traités « prévoient une “clause territoriale” qui dispose que le traité s'applique à certaines unités territoriales infrafédérales mais pas à d'autres » [traduction du Secrétariat], ou « peuvent comporter une “clause relative aux États fédéraux”, qui limite la portée des obligations découlant du traité à celles que le gouvernement de l'État fédéral est autorisé à assumer en vertu de la constitution [traduction du Secrétariat] »³¹⁴. Par exemple, Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises contient une « clause territoriale » qui dispose ce qui suit : « Tout État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration » [art. 93, par. 1)]. Si les clauses territoriales sont surtout présentes dans les traités portant sur le droit commercial, le droit privé ou le droit privé international³¹⁵, les clauses relatives aux États fédéraux ont été utilisées dans divers traités. Toutefois, ces dernières années, l'enthousiasme pour les clauses relatives aux États fédéraux a faibli, en particulier dans le contexte des obligations en matière de droits de l'homme, où l'existence d'obligations différenciées au sein d'un État est considérée comme inappropriée³¹⁶. En effet, « les graves complications qu'a engendrées la “clause fédérale” sont probablement responsables de la méfiance croissante dont elle fait l'objet » [traduction du Secrétariat]³¹⁷.

210. Ainsi, certains instruments contiennent des clauses qui excluent expressément toute possibilité d'aménagement pour les États fédéraux³¹⁸. Par exemple, l'article 50

³¹² Dörr et Schmalenbach (voir *supra*, note 308), p. 492 et 493.

³¹³ Hollis (voir *supra*, note 309), p. 719 (où il est indiqué que les États peuvent choisir de prévoir des « clauses qui : a) autorisent des exceptions limitées aux obligations prévues par le traité pour les États fédéraux; b) établissent une distinction en matière d'application entre les États fédéraux et les États non fédéraux; c) limitent les obligations découlant du traité au “niveau national”; ou d) excluent tout aménagement pour les États fédéraux » [traduction du Secrétariat]). Pour des exemples concernant chaque type de clause, voir *ibid.*, p. 720 à 723.

³¹⁴ Hollis (voir *supra*, note 309), p. 719. Voir aussi R. B. Loooper, « “Federal State” clauses in multilateral instruments », *The British Yearbook of International Law 1995-6*, vol. 32 (1957), p. 162 à 203, à la page 164 (« Ainsi, la “clause relative aux États fédéraux” est une méthode consistant à qualifier dès le départ les obligations découlant des traités internationaux. Une telle clause constitue une concession faite aux États fédéraux compte tenu des particularités de leur structure constitutionnelle. Il s'agit assurément d'une concession, puisque son effet est de créer une disparité d'obligations entre les États signataires des instruments multilatéraux selon que ces États sont fédéraux ou unitaires. » [traduction du Secrétariat]).

³¹⁵ Aust (voir *supra*, note 310), p. 188.

³¹⁶ Voir, par exemple, Hollis (*supra*, note 309), p. 316 (« Ces dernières années, il semble que l'enthousiasme pour les clauses fédérales ait faibli [...] en particulier dans le cas d'instruments relatifs aux droits de l'homme élaborés en vue de l'établissement de normes minimales universelles. » [traduction du Secrétariat]).

³¹⁷ Corten et Klein (voir *supra*, note 308), p. 745, par. 41.

³¹⁸ Hollis (voir *supra*, note 309), p. 316.

du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que ses « dispositions [...] s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs »³¹⁹. Le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, de 1989, contient les mêmes dispositions en son article 9³²⁰. De la même manière, l'article 41 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévoit que ses « dispositions [...] s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux ».

B. Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux

211. À la lumière des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux

Les dispositions du présent projet d'articles s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux.

³¹⁹ Il y a 168 États parties au Pacte, notamment plusieurs États ayant un système fédéral (Allemagne, Australie, Canada, États-Unis d'Amérique et Suisse). Pour une analyse, voir M. Novak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2^e éd. revue et corrigée, Kehl, Allemagne, N.P. Engel, 2005, p. 809 (où il est dit que « la règle expresse selon laquelle les dispositions du Pacte s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs, ne sert qu'à préciser ce qui, en l'absence d'une clause fédérale, s'applique dans tous les cas en vertu du droit international » [traduction du Secrétariat]).

³²⁰ Article 9 (« Les dispositions du présent Protocole s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs. »). Il y a 84 États parties au deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, notamment plusieurs États ayant un système fédéral (Allemagne, Australie, Canada, et Suisse).

Chapitre VII

Mécanismes de suivi et règlement des différends

212. Dans le cas où le présent projet d'articles servirait de point de départ pour l'élaboration d'une convention, il pourrait être utile de réfléchir à l'intérêt d'un ou de plusieurs mécanismes qui permettraient de suivre l'application et le respect de la convention par les États.

213. L'objectif du présent chapitre est d'analyser les mécanismes de suivi existants concernant les crimes contre l'humanité, les mécanismes de suivi supplémentaires qui pourraient être envisagés par les États pour une convention et la question du règlement des différends interétatiques.

A. Mécanismes de suivi existants

214. Il existe actuellement de nombreux mécanismes qui permettent de surveiller les situations potentielles de crimes contre l'humanité et l'on ne peut que brièvement les passer en revue. Dans le système des Nations Unies, le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et le Secrétariat identifient régulièrement des crimes contre l'humanité potentiels et prennent les mesures qui s'imposent. Les organes subsidiaires ou les bureaux de l'Organisation des Nations Unies, notamment le Conseil des droits de l'homme et le Bureau du Conseiller spécial chargé de la prévention des génocides surveillent aussi les situations qui concernent des crimes contre l'humanité. Des organes conventionnels créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont eu à traiter de crimes contre l'humanité dans la mesure où les faits se rapportaient à leur mandat. Enfin, des tribunaux internationaux et des tribunaux régionaux ont apporté une aide en matière d'identification et de répression de crimes contre l'humanité.

215. Conformément à l'Article 39 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité est chargé de constater l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et de faire des recommandations ou de décider des mesures à prendre pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. En soi, les situations de crimes contre l'humanité peuvent relever du mandat du Conseil. Le Conseil de sécurité peut recevoir de nombreuses sources des informations concernant des crimes contre l'humanité potentiels, y compris des lettres émanant d'États³²¹, de groupes d'États³²² et du Secrétaire général³²³, et des

³²¹ Voir, par exemple, la lettre datée du 14 janvier 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Bosnie-Herzégovine auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1994/45, annexe) (présentant une lettre du maire de la ville de Tuzla qui signale des crimes contre l'humanité commis dans sa ville); la lettre datée du 15 avril 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Turquie auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1994/453) (faisant part au Conseil de sécurité d'informations selon lesquelles la zone de sécurité de Gorazde (Bosnie) était sur le point de tomber du fait de la commission de crimes contre l'humanité); la lettre datée du 30 janvier 1997, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Afghanistan auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1997/96, annexe) (faisant état de la déportation massive de membres de l'ethnie tadjike en Afghanistan par les Talibans et indiquant que l'État était fermement convaincu que ces actes constituaient des crimes contre l'humanité); la lettre datée du 16 janvier 1999 adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Albanie auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1999/50*) (demandant l'intervention immédiate du Conseil

rapports du Procureur de la Cour pénale internationale³²⁴. En réponse à ces informations, le Conseil de sécurité peut adopter des résolutions³²⁵, demander qu'une commission d'enquête soit mise en place par le Secrétariat³²⁶ ou publier une Déclaration du Président, au nom des 15 membres du Conseil³²⁷.

de sécurité pour faire face aux crimes contre l'humanité commis au Kosovo); la lettre datée du 16 janvier 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République démocratique du Congo auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/2003/52) (signalant la commission de viols en masse et d'autres atrocités en République démocratique du Congo et demandant au Conseil de sécurité de prendre des mesures en vue de punir les responsables de crimes contre l'humanité).

³²² Voir, par exemple, la lettre datée du 26 janvier 1999, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente du Qatar auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1999/76*) (déclaration du Groupe islamique à l'Organisation des Nations Unies condamnant les crimes contre l'humanité commis au Kosovo).

³²³ Voir, par exemple, la lettre datée du 24 mai 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/1994/674), par. 72 à 86 (transmettant les résultats des travaux d'une commission d'enquête sur les crimes commis en ex-Yougoslavie, qui identifient précisément les actes commis constituant des crimes contre l'humanité); et la lettre datée du 19 décembre 2014, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2014/928) (transmettant les résultats des travaux de la commission d'enquête concernant la République centrafricaine, qui a conclu que des crimes contre l'humanité avaient été commis).

³²⁴ Voir, par exemple, Cour pénale internationale, Seizième rapport du Procureur de la Cour pénale internationale au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 1593 (2005), à consulter à l'adresse : <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/statements/Report-UNSC-December2012-tFRA.pdf> (dans lequel il est indiqué que le Bureau du Procureur continue de suivre la question des attaques présumées contre les civils au Darfour qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

³²⁵ Voir, par exemple, la résolution 556 du Conseil de sécurité en date du 23 octobre 1984 (condamnant le régime d'apartheid en Afrique du Sud et reconnaissant que le régime a été qualifié de crime contre l'humanité); la résolution 1970 du Conseil de sécurité en date du 26 février 2011 (considérant que les attaques généralisées commises en Libye contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité); la résolution 1975 du Conseil de sécurité en date du 30 mars 2011 (considérant que les actes commis en Côte d'Ivoire pourraient constituer des crimes contre l'humanité); la résolution 2165 du Conseil de sécurité en date du 14 juillet 2014 (dans laquelle le Conseil se déclare vivement alarmé par les attaques lancées sans discernement dans les zones habitées en Syrie et affirme que ces actes pourraient constituer des crimes contre l'humanité); la résolution 2187 du Conseil de sécurité en date du 25 novembre 2014 (dans laquelle le Conseil se déclare profondément préoccupé par le fait qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ont été commis au Soudan du Sud); et la résolution 2217 du Conseil de sécurité en date du 28 avril 2015 (indiquant que les actes de violence commis en République centrafricaine pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

³²⁶ Voir, par exemple, la résolution 2127 du Conseil de sécurité en date du 5 décembre 2013 (demandant la création d'une Commission d'enquête pour la République centrafricaine).

³²⁷ Voir, par exemple, la Déclaration du Président du Conseil de sécurité en date du 5 novembre 2014 (S/PRST/2014/22) (demandant aux acteurs de la région des Grands Lacs de s'abstenir d'accueillir ou de protéger de quelque manière que ce soit des personnes accusées d'atteintes aux droits de l'homme, en particulier de crimes contre l'humanité); la Déclaration du Président du Conseil de sécurité en date du 11 juin 2015 (S/PRST/2015/12) (dans laquelle le Conseil de sécurité condamne de nouveau les attaques commises par l'Armée de résistance du Seigneur en République centrafricaine, notamment les actes susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité); et la Déclaration du Président du Conseil de sécurité en date du 9 novembre 2015 (S/PRST/2015/20) (exhortant le Gouvernement de la République démocratique du Congo à poursuivre son action pour traduire en justice les auteurs d'atteintes aux droits de l'homme, en particulier celles qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

216. L'Assemblée générale a aussi identifié des situations potentielles de crimes contre l'humanité et a demandé aux États de prendre des mesures. Conformément à l'Article 10 de la Charte des Nations Unies, l'Assemblée générale peut discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte des Nations Unies, notamment aux fins de maintenir la paix et la sécurité internationales (Art. 1). À l'instar du Conseil de sécurité, lorsque des informations concernant des crimes contre l'humanité sont portées à son attention, l'Assemblée générale peut répondre en adoptant des résolutions³²⁸ ainsi qu'en demandant au Secrétariat d'administrer des commissions d'enquête.

217. Le Secrétariat suit la question des crimes contre l'humanité conjointement avec les autres organes de l'Organisation des Nations Unies. Il administre des commissions d'enquêtes concernant les crimes contre l'humanité à la demande du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et d'organes subsidiaires tels que le Conseil des droits de l'homme. Une fois l'enquête achevée, le Secrétariat rend compte des conclusions auxquelles elle a abouti à l'organe qui a demandé la conduite de l'enquête³²⁹. Le Secrétariat peut aussi suivre la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité³³⁰ et de l'Assemblée générale³³¹. De plus, le Secrétaire général peut porter à l'attention du Conseil de sécurité toute affaire qui pourrait mettre en danger la paix et la sécurité internationales, y compris les situations potentielles de crimes contre l'humanité³³².

218. En particulier, Le Bureau du Conseiller spécial chargé de la prévention des génocides, situé au sein du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, est chargé de recueillir des informations sur les violations graves et massives des droits de l'homme et du droit humanitaire. Le Bureau fait office de mécanisme d'alerte rapide pour le Secrétaire général et, par son intermédiaire, pour le Conseil de sécurité, afin qu'ils puissent traiter les situations qui présentent un risque de

³²⁸ Voir, par exemple, la résolution 48/143 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 1993 (condamnant les violences sexuelles commises dans l'ex-Yougoslavie et affirmant que ceux qui commettent des crimes contre l'humanité sont personnellement responsables de ces crimes); la résolution 53/156 de l'Assemblée générale en date du 9 février 1999 (condamnant fermement le crime de génocide et les crimes contre l'humanité commis au Rwanda en 1994); la résolution 66/253/B de l'Assemblée générale en date du 3 août 2012 (rappelant que le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme avait indiqué que les actes de violence commis en République arabe syrienne étaient susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité); et la résolution 67/262 de l'Assemblée générale en date du 15 mai 2013 (dans laquelle l'Assemblée générale rappelle les déclarations selon lesquelles des crimes contre l'humanité ont probablement été commis en Syrie et se déclare préoccupée par les faits de violence sexiste, qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

³²⁹ Voir, par exemple, la lettre datée du 1^{er} octobre 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/1994/1125) (informant le Conseil de sécurité des conclusions auxquelles était parvenue une commission d'experts dans le cadre de son enquête concernant le Rwanda, à savoir que des personnes appartenant à l'une et l'autre parties au conflit armé avaient commis des crimes contre l'humanité).

³³⁰ Voir, par exemple, le Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 2139 (2014) (S/2014/208) du Conseil de sécurité (concluant que des crimes contre l'humanité avaient été commis en Syrie). Voir aussi la résolution 2139 du Conseil de sécurité en date du 22 février 2014.

³³¹ Voir, par exemple, le Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 51/115 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1996 (A/52/497).

³³² Voir l'Article 99 de la Charte des Nations Unies.

génocide³³³. Le Bureau du Conseiller spécial chargé de la prévention des génocides recueille des informations, souvent au sein du système des Nations Unies, sur les risques de commission d'atrocités et identifie les situations préoccupantes en utilisant le Cadre d'analyse des atrocités criminelles³³⁴, qui vise spécifiquement à identifier les génocides, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Le Conseiller spécial utilise ensuite ces informations pour publier des déclarations³³⁵ et informer le Conseil de sécurité³³⁶.

219. Les organes subsidiaires de l'Organisation des Nations Unies surveillent aussi les cas de crimes contre l'humanité. Par exemple, il arrive souvent que le Conseil des droits de l'homme reçoive des informations d'organisations non gouvernementales³³⁷ ou de rapporteurs spéciaux³³⁸ qui identifient des crimes contre l'humanité potentiels. Le Conseil des droits de l'homme peut donner suite à ces

³³³ Voir la lettre datée du 12 juillet 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2004/567).

³³⁴ Nations Unies, Cadre d'analyse des atrocités criminelles : Outil de prévention (2014), à consulter à l'adresse : www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/pdf/Genocide%20Framework%20of%20Analysis.pdf.

³³⁵ Voir, par exemple, Communiqué de presse des Nations Unies, Déclaration d'Adama Dieng, Conseiller spécial du Secrétaire général chargé de la prévention des génocides, et de Jennifer Welsh, Conseillère spéciale du Secrétaire général pour la responsabilité de protéger, sur la situation à Yarmouk (Syrie), 9 avril 2015, à consulter à l'adresse : www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/9%20April%202015_%20Special%20Advisers'%20statement%20on%20the%20situation%20in%20Yarmouk%20-%20Syria (où il est indiqué que toutes les parties au conflit en Syrie auraient commis de graves violations des droits de l'homme et atteintes à ces droits qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité). Voir aussi Communiqué de presse des Nations Unies, Déclaration d'Adama Dieng, Conseiller spécial chargé de la prévention des génocides, et de Jennifer Welsh, Conseillère spéciale pour la responsabilité de protéger, sur la situation au Yémen, 16 février 2016, à consulter à l'adresse : www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/2016-02-16%20OSAPG%20Statement%20on%20Yemen%20final.pdf (« Les informations recueillies donnent à penser que certains de ces actes pourraient constituer des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. »). [traduction du Secrétariat].

³³⁶ Voir, par exemple, la déclaration du Secrétaire général adjoint/Conseiller spécial chargé de la prévention des génocides, M. Adama Dieng, à la Réunion du Conseil de sécurité tenue selon la formule Arria sur le dialogue entre les communautés et la prévention des crimes en République centrafricaine le 14 mars 2014 (« Le fait que des civils soient pris pour cible de manière systématique et généralisée en raison de leur religion ou de leur appartenance ethnique indique que des crimes contre l'humanité sont commis » [traduction du Secrétariat]).

³³⁷ Voir, par exemple, l'exposé écrit soumis conjointement par CIVICUS : Alliance mondiale pour la participation des citoyens, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif général, et Réseau arabe d'organisations non gouvernementales pour le développement, organisation non gouvernementale inscrite sur la liste (A/HRC/S-15/NGO/1) (exhortant le Conseil des droits de l'homme à demander au Conseil de sécurité la création d'une commission d'enquête concernant les crimes contre l'humanité qui pourraient être commis en Lybie); et l'exposé écrit soumis par Amnesty International, organisation internationale dotée du statut consultatif spécial (A/HRC/S-19/NGO/2) (demandant au Conseil des droits de l'homme de prendre fermement position sur la question des crimes contre l'humanité et des atteintes aux droits de l'homme qui sont commis en Syrie et recommandant notamment que le Conseil de sécurité saisisse de la situation le Procureur de la Cour pénale internationale).

³³⁸ Voir, par exemple, le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée (A/HRC/31/70) (concluant que des crimes contre l'humanité continuent d'être commis en République populaire démocratique de Corée et soulignant la nécessité d'un cadre de mesures permettant d'établir les responsabilités pour les crimes contre l'humanité).

informations en mettant en place une commission d'enquête³³⁹, en chargeant le Haut-Commissariat aux droits de l'homme de mener une enquête sur une situation³⁴⁰ ou en adoptant des résolutions³⁴¹. En outre, au moyen de son mécanisme d'examen périodique universel, le Conseil évalue la situation de tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies au regard des droits de l'homme³⁴².

220. Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme identifient souvent des situations de crimes contre l'humanité et formulent des recommandations pour y remédier lorsque les crimes contre l'humanité sont en relation avec l'objet de l'instrument. Par exemple, lorsqu'il reçoit des rapports d'États parties, le Comité des droits de l'homme traite les violations du Pacte international relatif aux droits civils et politiques telles que les violations du droit à la vie ou du droit de ne pas être soumis à la torture, ce qui inclut les circonstances dans lesquelles ces violations peuvent constituer des crimes contre l'humanité³⁴³.

³³⁹ Voir, par exemple, la résolution 22/13 du Conseil des droits de l'homme en date du 21 mars 2013 sur la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée ([A/HRC/RES/22/13](#)) (établissant une commission d'enquête concernant les violations des droits de l'homme et les crimes contre l'humanité qui pourraient être commis en République populaire démocratique de Corée); la résolution S-17/1 du Conseil des droits de l'homme en date du 22 août 2011 sur la situation des droits de l'homme en République arabe syrienne ([A/HRC/S-17/1](#)) (créant une commission d'enquête concernant les violations des droits de l'homme et les crimes contre l'humanité qui pourraient être commis en Syrie); et la résolution 22/24 du Conseil des droits de l'homme en date du 20 mars 2013 sur la situation des droits de l'homme en République arabe syrienne ([A/HRC/RES/22/24](#)) (même objet).

³⁴⁰ Voir, par exemple, la résolution 25/1 du Conseil des droits de l'homme en date du 26 mars 2014, intitulée « Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme à Sri Lanka » ([A/HRC/RES/25/1](#)) (dans laquelle il est demandé au Haut-Commissariat de surveiller la situation des droits de l'homme à Sri Lanka et d'entreprendre une enquête approfondie sur les atteintes aux droits de l'homme). Voir aussi le rapport complet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur Sri Lanka ([A/HRC/30/61](#)) (qui recense les nombreuses atteintes aux droits de l'homme commises à Sri Lanka, notamment les violences sexistes, les enrôlements forcés, la torture, les disparitions forcées et les homicides illégaux, qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

³⁴¹ Voir, par exemple, la résolution 19/22 du Conseil des droits de l'homme en date du 22 mars 2012 sur la situation des droits de l'homme en République arabe syrienne ([A/HRC/RES/19/22](#)) (dans laquelle le Conseil prend note du fait que les violations des droits de l'homme commises en Syrie pourraient constituer des crimes contre l'humanité et recommande aux principaux organes de l'Organisation des Nations Unies de prendre d'urgence des mesures pour remédier aux crimes contre l'humanité qui peuvent avoir été commis); et la résolution 25/25 du Conseil des droits de l'homme en date du 26 mars 2014 sur la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée ([A/HRC/RES/25/25*](#)) (dans laquelle le Conseil prend note du fait que les informations reçues par la commission d'enquête donnent des motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ont été commis et recommande à l'Assemblée générale de soumettre le rapport de la commission d'enquête au Conseil de sécurité afin que celui-ci envisage de saisir le mécanisme de justice pénale internationale pertinent pour faire en sorte que les responsables répondent de leurs actes).

³⁴² Résolution 60/251 de l'Assemblée générale en date du 15 mars 2006, par. 5 e).

³⁴³ Voir, par exemple, les observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le cinquième rapport périodique de la Colombie ([CCPR/CO/80/COL](#)) (dans lesquelles le Comité estime que le projet de loi relatif aux peines de substitution à la privation de liberté constitue un sujet de préoccupation et recommande que ce texte ne s'applique pas aux personnes qui ont commis des crimes contre l'humanité). Voir aussi la Décision 2 (66) du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale sur la situation au Darfour ([CERD/C/DEC/SDN/1](#)) (qui recommande au Secrétaire général et, par son intermédiaire, au Conseil de sécurité, le déploiement au Darfour

Ainsi, alors que le mandat du Comité des droits de l'homme et d'autres organes subsidiaires ne prévoient pas expressément la surveillance des crimes contre l'humanité, ces organes peuvent identifier ces crimes et recommander aux États de prendre les mesures qui s'imposent pour y remédier.

221. Les crimes contre l'humanité sont aussi surveillés et réprimés par les juridictions internationales. Ces crimes relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale³⁴⁴, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie³⁴⁵, du Tribunal pénal international pour le Rwanda³⁴⁶ et d'autres juridictions spéciales³⁴⁷. De plus, les juridictions régionales des droits de l'homme identifient et jugent les crimes contre l'humanité lorsque ces crimes sont en relation avec les violations des droits de l'homme visées par leurs instruments constitutifs³⁴⁸, tout comme les organes créés en application des instruments relatifs aux droits de l'homme.

B. Mécanismes de suivi possibles au titre de la Convention

222. Il existe divers mécanismes de suivi supplémentaires qui peuvent être envisagés par les États dans le cadre d'une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. L'étude réalisée en 2016 par le Secrétariat concernant les informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission du droit international sur les crimes contre l'humanité³⁴⁹ constitue une ressource particulièrement utile à ce sujet. L'étude passe notamment en revue les structures et procédures institutionnelles mises en place au titre des traités existants³⁵⁰, ce qui indique aux États diverses solutions possibles. On trouvera ci-après un récapitulatif de ces institutions et procédures.

d'une force de l'Union africaine suffisamment nombreuse qui soit mandatée pour protéger la population civile contre les crimes contre l'humanité).

³⁴⁴ Voir l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

³⁴⁵ Voir le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (*supra*, note 252), art. 5.

³⁴⁶ Voir le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*supra*, note 253), art. 3.

³⁴⁷ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/680 et Corr.1), chap. III, sect. C.

³⁴⁸ Voir A. Huneeus, « International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights courts » *American Journal of International Law*, vol. 107, n° 1 (janvier 2013), p. 1 à 44, aux pages 14, 15 et 18.

³⁴⁹ Mémoire établi par le Secrétariat concernant les informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission du droit international sur le sujet « Crimes contre l'humanité » (A/CN.4/698).

³⁵⁰ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; la Convention relative aux droits de l'enfant; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées; et le Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination.

1. Types d'institutions

223. Les traités existants ont prévu la création de différentes structures institutionnelles devant aider au suivi, à la mise en œuvre et au respect du traité concerné. De manière générale, ces structures peuvent être regroupées en quatre catégories : a) les comités; b) les commissions; c) les cours; et d) les réunions des États parties³⁵¹.

224. Premièrement, les *comités* sont, en règle générale, composés d'experts indépendants qui sont proposés et élus par les États parties à l'instrument parmi leurs ressortissants³⁵². Il est souvent spécifié que les membres des comités doivent être d'une haute autorité morale et éminemment compétents dans le domaine auquel s'applique l'instrument et agir en toute impartialité, ce que permet le fait que les experts siègent à titre personnel³⁵³. Des prescriptions peuvent également être énoncées concernant une répartition géographique équitable, la représentation des principaux systèmes juridiques ou l'équilibre de la représentation des hommes et des femmes³⁵⁴.

225. Les mandats des comités diffèrent selon l'instrument concerné. Certains instruments prévoient la création d'un comité doté d'un mandat général et chargé d'examiner les progrès réalisés dans l'application³⁵⁵ de l'instrument ou dans l'exécution des obligations contractées³⁵⁶ en vertu de l'instrument. D'autres instruments assignent au comité des tâches précises, telles que l'examen des rapports soumis par les États parties³⁵⁷; l'adoption d'observations ou de recommandations générales³⁵⁸; l'examen de communications émanant de

³⁵¹ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 5.

³⁵² Ibid. Des comités sont créés en vertu des instruments suivants : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 8 (par. 1); le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 28 (par. 2); la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 17 (par. 1); la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 17 (par. 1); la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 43 (par. 2); le Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination, art. 27; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 26 (par. 2); et le Protocole facultatif de 2002 se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 6.

³⁵³ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 7.

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Voir la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 17 (par. 1).

³⁵⁶ Voir la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 43 (par. 1).

³⁵⁷ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 18; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19; la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 44; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 29.

³⁵⁸ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9 (par. 2); le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40 (par. 4); la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19 (par. 4); et la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 45 d).

particuliers³⁵⁹; l'examen de communications émanant d'un État au sujet d'un autre État³⁶⁰; la conduite d'enquêtes et/ou de visites³⁶¹; l'examen de demandes d'action en urgence³⁶²; et la communication d'informations à une conférence des États parties³⁶³. Un comité peut aussi être doté d'un mandat limité qui lui assigne une mission unique ou porte sur une région en particulier, comme le Sous-Comité pour la prévention de la torture, qui surveille les lieux de détention des États parties³⁶⁴, ou le Comité pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination de la Conférence internationale sur la Région des Grands Lacs, dont la mission est limitée à la Région des Grands Lacs de l'Afrique³⁶⁵.

226. Deuxièmement, *les commissions* sont, en règle générale, des groupes d'experts indépendants, généralement élus par les États parties pour un nombre prédéfini d'années³⁶⁶. Elles ont parfois des fonctions similaires à celles des comités, mais se concentrent souvent sur des différends ou des types de violation des traités particuliers³⁶⁷. Les commissions peuvent être des organes permanents³⁶⁸ ou peuvent

³⁵⁹ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14; le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 1; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22; le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 1^{er}; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31; et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 5.

³⁶⁰ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 11; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 21; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 32; et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 12.

³⁶¹ Voir, par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20 (par. 3); le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8 (par. 2); la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 33; et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13.

³⁶² Voir, par exemple, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 30.

³⁶³ Ibid., art. 27.

³⁶⁴ Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5.

³⁶⁵ Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination, art. 26 (par. 1) et art. 38.

³⁶⁶ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 11 à 17.

³⁶⁷ Voir, par exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, créée en vertu de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 33; la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, créée en vertu de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 30; et la Commission internationale d'établissement des faits, créée en vertu du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 90. Au regard de la Commission d'établissement des faits associée au Protocole I, les États parties doivent déclarer qu'ils acceptent l'article 90; à ce jour, seuls 76 des 174 États parties l'ont fait. Bien que cette Commission soit en mesure de fonctionner, elle n'a jamais été utilisée.

³⁶⁸ Voir, par exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'homme; la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples; et la Commission internationale d'établissement des faits.

être constituées de manière ponctuelle³⁶⁹. Les mandats des diverses commissions sont tous différents. Par exemple, les commissions de conciliation ad hoc sont, en règle générale, dotées d'un mandat limité portant sur le règlement de différends entre États qui n'ont pas pu être réglés de manière satisfaisante par des négociations³⁷⁰, tandis que d'autres commissions peuvent être chargées uniquement de connaître des violations de l'instrument constitutif³⁷¹. D'autres commissions ont un mandat beaucoup plus général, notamment la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui a une « [compétence étendue] pour connaître des questions relatives à l'exécution des engagements contractés par les États parties »³⁷².

227. Les commissions peuvent aussi avoir l'obligation de faire rapport périodiquement à un organe international. Actuellement, cette pratique est spécifique aux commissions régionales, la Commission interaméricaine des droits de l'homme faisant rapport à l'Organisation des États américains et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples rendant compte à l'Union africaine³⁷³.

228. Troisièmement, le traité peut établir une *cour*. Il s'agit là d'une caractéristique particulière des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme³⁷⁴. Ces cours sont des institutions judiciaires permanentes chargées de surveiller le comportement des États parties dans le cadre de l'application du traité³⁷⁵. La cour, en règle générale, a compétence pour connaître des affaires relatives à l'interprétation et à l'application du traité l'ayant établie, même si la compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'étend également à « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés »³⁷⁶. Chaque cour a sa propre procédure en matière de saisine, certaines cours autorisant des

³⁶⁹ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 12 [par. 1 a)]; et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42 [par. 1 a)].

³⁷⁰ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 19. Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 12 [par. 1 a)]; et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42 [par. 1 a)].

³⁷¹ Voir le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 90 [par. 2 c)].

³⁷² Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 20 à 23. Voir la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 41; et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 45.

³⁷³ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 24. Voir aussi la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 41 (al. g); et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 54 et 59 (par. 3).

³⁷⁴ Voir la Convention européenne des droits de l'homme, art. 19; la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 33; et le Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

³⁷⁵ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 25.

³⁷⁶ Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7. Voir aussi la Convention européenne des droits de l'homme, art. 32; et la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 62 (par. 3).

particuliers ou même des ONG à soumettre des affaires³⁷⁷, alors que d'autres limitent cette possibilité aux États parties et à la commission établie par le traité³⁷⁸.

229. Quatrièmement, le traité peut établir une *réunion des États parties*, au cours de laquelle les États parties exercent diverses fonctions de suivi³⁷⁹. Ces réunions peuvent se tenir régulièrement³⁸⁰, par exemple chaque année ou tous les deux ans, ou uniquement lorsqu'elles sont convoquées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies³⁸¹, par le dépositaire du traité³⁸² ou à la demande d'un État partie ou de plusieurs États parties (et avec l'approbation de la majorité des États parties)³⁸³. Les réunions des États parties ont généralement un mandat de large portée, tel que celui défini par la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, qui charge la réunion « d'examiner la mise en œuvre de la Convention ainsi que les problèmes rencontrés dans son application » (art. 23)³⁸⁴.

2. Types de procédure

230. Les mécanismes de suivi peuvent comporter tout un éventail de procédures, parmi lesquelles les suivantes : a) rapports des États parties; b) plaintes, requêtes ou communications émanant de particuliers; c) plaintes interétatiques; d) enquêtes ou visites; e) action en urgence; f) communication d'informations aux réunions des États parties³⁸⁵.

231. En premier lieu, des *rapports des États parties* peuvent être demandés périodiquement par l'organe – comité, commission ou autre – créé par le traité³⁸⁶.

³⁷⁷ Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5; et Convention européenne des droits de l'homme, art. 34.

³⁷⁸ Voir la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 61.

³⁷⁹ Mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 32 et 33. Voir, par exemple, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23; le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 112; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 32; et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 7.

³⁸⁰ Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 112 (par. 6); et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 32.

³⁸¹ Voir, par exemple, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23.

³⁸² Voir, par exemple, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 7.

³⁸³ Voir, par exemple, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23.

³⁸⁴ Voir la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23; et le mémoire établi par le Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 35 à 37.

³⁸⁵ *Ibid.*, par. 38.

³⁸⁶ *Ibid.*, par. 39 à 46. Voir, par exemple : Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40; Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica), art. 42; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 18; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 62; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 17; Convention relative aux droits de l'enfant,

Ces rapports présentent généralement les mesures qui ont été prises par l'État partie pour appliquer le traité, notamment l'adoption, à l'échelle nationale, des textes législatifs et réglementaires nécessaires, ainsi que les éventuelles difficultés auxquelles l'État se heurte dans le cadre de l'application ou du respect des dispositions du traité³⁸⁷. En réponse au rapport d'un État partie, l'institution chargée du suivi peut adresser des « recommandations » ou des « observations » à l'État partie³⁸⁸ et, dans certains cas, à l'ONU ou à d'autres instances internationales³⁸⁹.

232. En deuxième lieu, les traités peuvent également prévoir la présentation de *plaintes, de requêtes ou de communications émanant de particuliers*³⁹⁰. En règle générale, il ne peut être recouru aux mécanismes de dépôt de plaintes individuelles que si l'État concerné déclare qu'il reconnaît la compétence de l'institution correspondante pour examiner des plaintes individuelles³⁹¹ ou s'il signe un protocole facultatif³⁹², mais il peut aussi bien être prévu que ces mécanismes fonctionnent d'emblée, sans intervention de l'État³⁹³.

233. En fonction du traité, ces plaintes peuvent être déposées par des personnes, des groupes de personnes ou des entités non gouvernementales³⁹⁴. Pour qu'une plainte

art. 44; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 29.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 47. Voir, par exemple : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40, par. 4; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9, par. 2; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19, par. 3; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21, par. 1; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 29, par. 3.

³⁸⁹ Voir, par exemple : Convention relative aux droits de l'enfant, art. 45 b) (S'il le juge nécessaire, le Comité des droits de l'enfant transmet les rapports des États parties aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents).

³⁹⁰ Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 34; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 1^{er} et 2; Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica), art. 44; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 55; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22; Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, art. 5; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. XIII; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 2; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 5.

³⁹¹ Voir Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14, par. 2; Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica), art. 44; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22, par. 1; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31, par. 1.

³⁹² Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications.

³⁹³ Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 49 à 56.

³⁹⁴ Ibid. Voir, par exemple : Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14, par. 2 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers ou

individuelle puisse être déposée, il faut, en règle générale, que les voies de recours internes aient été préalablement épuisées, qu'on ne dispose pas de voie de recours interne permettant d'obtenir une réparation effective ou qu'il y ait des retards excessifs dans la procédure de recours³⁹⁵. Pour certains mécanismes de suivi, il peut également y avoir des critères de recevabilité supplémentaires³⁹⁶. Lorsque l'organe compétent reçoit une plainte individuelle, une procédure est engagée à l'issue de laquelle des suggestions, des recommandations ou des constatations sont transmises par l'organe à l'État partie intéressé, après quoi l'État peut être tenu de soumettre une réponse écrite, dans laquelle il indiquera les mesures de réparation qu'il aura prises pour résoudre la situation³⁹⁷.

des groupes de particuliers); Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica), art. 44 (qui autorise toute personne, tout groupe de personnes ou toute entité non gouvernementale et légalement reconnue à soumettre des plaintes); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22, par. 1 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers); Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 1^{er} (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers); Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 2 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers et des groupes de particuliers); Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31, par. 1 (qui autorise la soumission de plaintes par des victimes ou pour leur compte); Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 5 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers ou des groupes de particuliers, ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers).

³⁹⁵ Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 57. Voir, par exemple : Convention européenne des droits de l'homme, art. 35, par. 1; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14, par. 7 a); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22, par. 5 b); Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2 et art. 5, par. 2 b); Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 4, par. 1; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31, par. 2 d); Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 7, par. 5.

³⁹⁶ Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 58 à 65. Voir, par exemple : Convention européenne des droits de l'homme, art. 35 (qui dispose qu'une requête ne peut être anonyme, qu'elle ne peut être essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour, et qu'elle ne peut être ni manifestement mal fondée, ni abusive); Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 7 (qui dispose qu'une communication est déclarée irrecevable lorsque : « 1. La communication est anonyme; 2. La communication n'est pas présentée par écrit; 3. La communication constitue un abus du droit de présenter de telles communications ou est incompatible avec les dispositions de la Convention ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant; 4. La même question a déjà été examinée par le Comité ou a été ou est examinée au titre d'une autre procédure internationale d'enquête ou de règlement; 5. Tous les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés. Cette règle ne s'applique pas si la procédure de recours excède des délais raisonnables ou s'il est peu probable qu'elle permette d'obtenir une réparation effective; 6. La communication est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée; 7. Les faits qui font l'objet de la communication sont antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard de l'État partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date; 8. La communication n'est pas présentée dans les douze mois suivant l'épuisement des recours internes, sauf dans les cas où l'auteur peut démontrer qu'il n'a pas été possible de présenter la communication dans ce délai. »).

³⁹⁷ Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 66 à 69, et 71 à 78.

234. En troisième lieu, le traité peut prévoir la présentation de *plaintes interétatiques*³⁹⁸. Certains traités autorisent la présentation de telles plaintes quel que soit l'État partie intéressé, tandis que d'autres n'autorisent les plaintes interétatiques que si l'État visé a déclaré qu'il acceptait de se soumettre à la procédure de plaintes³⁹⁹. Conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, si les États parties intéressés ne sont pas satisfaits de l'issue de la plainte, les comités institués, respectivement, par l'un et l'autre de ces traités désignent une commission de conciliation ad hoc chargée de poursuivre la procédure⁴⁰⁰.

235. En quatrième lieu, le traité peut établir des procédures *d'enquête ou de visite*⁴⁰¹. Dans le cas des traités prévoyant une procédure d'enquête, l'organe compétent peut ouvrir une enquête s'il reçoit des renseignements crédibles faisant état d'une violation grave commise par un État partie⁴⁰². L'enquête peut comprendre une visite dans l'État partie si nécessaire et si l'État partie y consent⁴⁰³. Les conclusions de l'enquête, assorties d'observations, de suggestions ou de recommandations, sont ensuite transmises à l'État partie⁴⁰⁴. Il se peut également que

³⁹⁸ Voir, par exemple : Convention européenne des droits de l'homme, art. 33; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 11; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41; Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica), art. 45; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 47; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 21; Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, art. 4; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 32; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 12.

³⁹⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41, par. 1; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 21, par. 1; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 12, par. 1.

⁴⁰⁰ Voir Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 12, par. 1 a); Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 1 a).

⁴⁰¹ Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 52; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 90, par. 2; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8; Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 4; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 33; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13.

⁴⁰² Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 88 et 89. Voir, par exemple : Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20, par. 3; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8, par. 2; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13, par. 2.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Voir, par exemple : Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20, par. 4; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8, par. 3; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13, par. 4.

le traité prévoit la conduite de visites régulières dans l'État partie. Par exemple, le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants établit « un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (art. 1^{er}).

236. En cinquième lieu, le traité peut prévoir des procédures d'*action en urgence*. Ce type de procédure n'est cependant prévu que par la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, le but étant de retrouver les personnes disparues. Une action en urgence peut être mise en œuvre lorsque la famille du disparu présente une demande en ce sens au Comité des disparitions forcées. L'action en urgence ne sera envisagée par le Comité que si la demande : a) n'est pas manifestement dépourvue de fondement; b) ne constitue pas un abus du droit de présenter de telles demandes; c) a été préalablement et dûment présentée aux organes compétents de l'État partie concerné; d) n'est pas incompatible avec les dispositions de la Convention; e) n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête (art. 30). Le Comité peut ensuite transmettre des recommandations à l'État partie intéressé, notamment prier celui-ci de prendre toutes les mesures nécessaires pour localiser et protéger les personnes concernées (art. 30, par. 3). L'action en urgence se poursuit « tant que le sort de la personne recherchée n'est pas élucidé » (art. 30, par. 4).

237. En sixième et dernier lieu, le traité peut prévoir une procédure de *communication d'informations aux réunions des États parties*⁴⁰⁵. Par exemple, le traité peut autoriser le comité ou la commission qu'il institue à porter une question, en urgence, à l'attention des États parties (ou d'une autre instance internationale) dans des « situations particulières » où celui-ci ou celle-ci a reçu une ou plusieurs communications faisant état de violations généralisées ou systématiques des dispositions du traité⁴⁰⁶. Cela pourra par la suite donner lieu à une étude plus approfondie de la situation, qui sera assortie de conclusions⁴⁰⁷.

238. Dans l'éventualité où le présent projet d'articles serait transformé en une convention relative à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité, on pourrait retenir un ou plusieurs mécanismes parmi ceux présentés ci-dessus pour compléter les mécanismes existants. Ces mécanismes pourraient être un moyen de garantir que les États parties honorent les engagements pris au titre de la convention, notamment pour ce qui est de l'adoption de lois au plan national, de la mise en œuvre des mesures de prévention voulues, de l'ouverture d'enquêtes diligentes et impartiales sur les auteurs présumés, et du respect de leur obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*). Le choix d'un ou plusieurs mécanismes en particulier tient toutefois moins au raisonnement juridique qu'à des facteurs relevant de la politique générale, à la disponibilité des ressources et au rapport qu'aurait le nouveau mécanisme, quel qu'il soit, avec les mécanismes

⁴⁰⁵ Mémoire du Secrétariat (voir *supra*, note 349), par. 105 à 107.

⁴⁰⁶ Ibid. Voir, par exemple : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 58, par. 1; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 34; Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination, art. 38, par. 2 c).

⁴⁰⁷ Ibid.

existants⁴⁰⁸. Il faudra en outre faire un choix en termes de structure : le nouveau mécanisme de suivi pourra en effet être immédiatement intégré dans une nouvelle convention ou bien institué à un stade ultérieur⁴⁰⁹, comme ce fut le cas du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, chargé du suivi de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁴¹⁰. Enfin, il pourrait être créé, en parallèle, un mécanisme de suivi de la mise en œuvre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, des demandes étant régulièrement formulées en ce sens⁴¹¹.

C. Règlement des différends interétatiques

239. Dans cette section, on étudiera la question du règlement des différends interétatiques⁴¹². Les méthodes fondamentales de règlement pacifique des différends sont, bien entendu, énoncées au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, aux termes duquel les États membres parties à un différend susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales « doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix »⁴¹³.

240. À l'heure actuelle, les États n'ont pas l'obligation de régler les différends interétatiques ayant spécifiquement trait à des crimes contre l'humanité. Si de tels différends peuvent être réglés, ils le sont dans le cadre de l'obligation plus générale de régler les différends interétatiques⁴¹⁴, obligation qui peut ou non viser également les différends ayant trait à des crimes contre l'humanité.

⁴⁰⁸ Un vaste débat a récemment été engagé entre les États concernant la possibilité d'instituer un nouveau mécanisme de suivi du respect du droit international humanitaire; au cours de ce débat, les États ont exprimé divers points de vue sur les meilleurs moyens de procéder pour ce faire. Voir J. Pejic, « Strengthening compliance with IHL: the ICRC–Swiss Initiative », *Revue internationale de la Croix-Rouge* (2016), à consulter à l'adresse : www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/div-classtitlestrengthening-compliance-with-ihl-the-icrc-swiss-initiative/div/415157E58381E77C13BBEEC63A85EDC3.

⁴⁰⁹ Voir J. Galbraith, « Treaty options: towards a behavioral understanding of treaty design », *Virginia Journal of International Law*, vol. 53 (2013), p. 309 à 364, à la page 341 (où l'on trouvera une étude concrète d'économie comportementale dont il ressort qu'en règle générale, les États sont bien plus enclins à adhérer aux mécanismes de suivi lorsque ces mécanismes sont présentés dans des protocoles facultatifs, qui sont des documents distincts du traité principal, plutôt que lorsque l'engagement à l'égard de tels mécanismes fait l'objet d'une clause d'option positive).

⁴¹⁰ Voir résolution 1985/17 du Conseil économique et social en date du 28 mai 1985.

⁴¹¹ Voir W. A. Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2009, p. 649 à 651.

⁴¹² Voir, de manière générale, C. Gray et B. Kingsbury, « Developments in dispute settlement: Inter-State arbitration since 1945 », *British Yearbook of International Law*, vol. 63, n^o 1 (1993), p. 97 à 134.

⁴¹³ Voir aussi F. Cede, « The settlement of international disputes by legal means – arbitration and judicial settlement », dans J. Bercovitch, V. Kremenyuk et I. W. Zartman (dir. publ.), *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*, Londres, SAGE, 2009, p. 358 à 360.

⁴¹⁴ Par exemple, la question des crimes contre l'humanité a été soulevée devant la Cour internationale de Justice dans le contexte d'une demande reconventionnelle présentée par l'Italie comme suite à l'instance introduite par l'Allemagne sur le fondement de la Convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends (*Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*,

241. Les différends concernant, entre autres infractions, des crimes contre l'humanité peuvent également être soumis à un mécanisme compétent pour connaître des différends relatifs à un autre type de crime, tel que le génocide ou la torture, pour lesquels il existe un mode de règlement des différends interétatiques. Par exemple, les requêtes déposées par la Bosnie-Herzégovine et par la Croatie contre la Serbie devant la Cour internationale de Justice, ainsi que les demandes reconventionnelles présentées par la Serbie, concernaient le manquement à l'obligation d'empêcher ou de réprimer le génocide⁴¹⁵, étant donné qu'aucun traité ne prévoyait la compétence de la Cour à l'égard des crimes contre l'humanité. La requête introduite par la Belgique devant la Cour portait sur la question de savoir si le Sénégal avait manqué à son obligation d'extrader ou de poursuivre Hissène Habré pour torture, puisque là encore, aucun traité ne prévoyait la compétence de la Cour à l'égard des crimes contre l'humanité⁴¹⁶. Dans l'une et l'autre affaires, des allégations de crimes contre l'humanité ont également été formulées.

242. Il a également été question de crimes contre l'humanité dans le cadre de l'examen, par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de questions telles que le droit à un procès équitable⁴¹⁷, le principe *ne bis in idem*⁴¹⁸, le principe *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*⁴¹⁹ et la légalité des dispositions relatives à l'amnistie⁴²⁰.

243. Les traités visant des infractions de droit interne contiennent souvent des dispositions relatives au règlement des différends et ont établi, ces dernières décennies, une procédure de plus en plus détaillée en la matière⁴²¹. Par exemple, l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide autorise les parties à soumettre un différend à la Cour internationale de Justice, sans prévoir aucune autre procédure de règlement des différends : « Les

demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C. I. J. Recueil 2010, p. 310, aux pages 311 et 312, par. 3). En l'espèce, la Cour a toutefois conclu que, puisque la demande reconventionnelle présentée par l'Italie concernait des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention européenne, cette demande ne relevait pas de sa compétence (ibid., p. 320 et 321, par. 30).

⁴¹⁵ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C. I. J. Recueil 2007, p. 43; Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), arrêt du 3 février 2015, C. I. J., 2015 Rôle général n° 118, p. 118.*

⁴¹⁶ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C. I. J. Recueil 2012, p. 422.*

⁴¹⁷ *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, requêtes nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, arrêt du 22 mars 2001, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2001-II (opinion concordante de M. le juge Loucaides); K.-H. W. c. Allemagne, requête n° 37201/97, arrêt du 22 mars 2001, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2001-II (opinion concordante de M. le juge Loucaides).*

⁴¹⁸ *Almonacid-Arellano et autres c. Chili, arrêt du 26 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 154, p. 62, par. 154.*

⁴¹⁹ *Kolk et Kislyiy c. Estonie, requêtes nos 23052/04 et 24018/04, décision du 17 janvier 2006 concernant la recevabilité, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2006-I.*

⁴²⁰ *Barrios Altos c. Pérou, arrêt du 14 mars 2001, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 75, opinion séparée concordante du Juge Sergio García-Ramírez, par. 13; Gelman c. Uruguay, arrêt du 24 février 2011, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 221, par. 198 et 210; Marguš c. Croatie, requête n° 4455/10, arrêt du 27 mai 2014, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2014, par. 130 à 136.*

⁴²¹ Cede (voir *supra*, note 413), p. 360.

différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend. »⁴²².

244. De la même manière, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale prévoit uniquement la soumission des différends à la Cour internationale de Justice; néanmoins, elle envisage aussi la possibilité de régler un différend par voie de négociation, ou en ayant recours à un autre mode de règlement. Aux termes de son article 22 : « Tout différend entre deux ou plusieurs États parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement. ».

245. Certains traités, plus récents, établissent une procédure de règlement des différends qui débute par des pourparlers, se poursuit par un recours à l'arbitrage, pour aboutir, dans un dernier temps, à la saisine de la Cour internationale de Justice. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose ce qui suit :

Tout différend entre des États contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

246. On retrouve ce libellé, reproduit à l'identique ou légèrement modifié, dans plusieurs instruments : la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (art. 13); la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 16); la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 30); la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 22); la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (art. 20); la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (art. 24); la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 35); le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des

⁴²² À l'inverse, les Conventions de Genève destinées à protéger les victimes de la guerre ne prévoient pas la soumission des différends à la Cour internationale de Justice; elles prévoient en revanche une forme de procédure de conciliation – par l'intermédiaire des Puissances protectrices – dans l'intérêt des personnes protégées, « notamment en cas de désaccord entre les Parties au conflit sur l'application ou l'interprétation des dispositions de la présente Convention ». Voir, par exemple, l'article 11 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève). Cette procédure n'a pas été appliquée à ce jour.

personnes, en particulier des femmes et des enfants (art. 15); la Convention des Nations Unies contre la corruption (art. 66); la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 42).

247. S'il existe quelques autres possibilités⁴²³, c'est souvent cette procédure de règlement des différends en plusieurs étapes (négociation, arbitrage, règlement judiciaire) qui est prévue par les traités portant sur des infractions de droit interne. Ce type de dispositions traduit vraisemblablement la conviction des États qu'une procédure de règlement des différends est un mécanisme utile pour garantir le respect des engagements conventionnels. Bien que relativement peu d'affaires soient finalement soumises à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice, cette procédure offre la possibilité de mener une négociation interétatiques « sous le spectre » d'un éventuel recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire. Chacune de ces étapes – négociation, arbitrage et règlement judiciaire – est abordée brièvement ci-après.

1. Négociation

248. Les dispositions relatives au règlement des différends interétatiques font souvent obligation aux États de négocier entre eux avant d'avoir recours à la procédure obligatoire de règlement des différends. Cela étant, elles ne contiennent généralement aucune précision sur ce que l'on entend exactement lorsqu'on parle d'un différend qui « ne peut être réglé par voie de négociation ». On peut lire dans les travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants que ce type de formule « est à interpréter au sens large afin de montrer que les États sont encouragés à épuiser toutes les possibilités de règlement pacifique des différends, y compris la conciliation, la médiation et le recours à des organismes régionaux »⁴²⁴.

249. Dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente de Justice internationale a estimé que l'obligation de négocier avant d'avoir recours à la procédure obligatoire de règlement des différends visait simplement à garantir que la partie défenderesse soit préalablement avisée de l'introduction imminente d'une instance à son

⁴²³ Par exemple, la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme n'exige pas des États qu'ils soumettent leurs différends à l'arbitrage avant de saisir la Cour internationale de Justice. La Convention dispose qu'à l'issue des pourparlers, l'un des États parties au différend peut choisir de soumettre celui-ci soit à l'arbitrage, soit au règlement de la Cour internationale de Justice (art. 22). La Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme prévoit le règlement des différends par voie de consultation, de négociation, ou par tout autre moyen pacifique (art. XIX). En outre, les traités portant création de tribunaux pénaux internationaux peuvent prévoir d'autres méthodes de règlement des différends, compte tenu de l'existence de mécanismes institutionnels. Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 119 (« 1. Tout différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour. 2. Tout autre différend entre deux ou plusieurs États Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des États Parties. L'Assemblée peut chercher à résoudre elle-même le différend ou faire des recommandations sur d'autres moyens de le régler, y compris le renvoi à la Cour internationale de Justice en conformité avec le Statut de celle-ci. »).

⁴²⁴ Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, *Documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dixième session (A/AC.254/33)*, par. 34.

encontre⁴²⁵. La Cour internationale de Justice est parvenue à la même conclusion dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, estimant que l'obligation de négocier pouvait être remplie même lorsqu'aucune négociation n'avait été directement ou officiellement engagée⁴²⁶. Dans des affaires plus récentes, la Cour a toutefois estimé que l'État requérant devait s'efforcer de bonne foi de régler le différend par voie de négociation. Par exemple, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, elle a établi une distinction entre le simple fait de notifier l'introduction imminente d'une instance et le fait de mener effectivement des négociations de bonne foi dans l'intention de régler le différend en cause⁴²⁷. Dans l'affaire relative à *l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la Cour a déclaré ce qui suit :

En déterminant ce qui constitue des négociations, la Cour observe que celles-ci se distinguent de simples protestations ou contestations. Les négociations ne se ramènent pas à une simple opposition entre les opinions ou intérêts juridiques des deux parties, ou à l'existence d'une série d'accusations et de réfutations, ni même à un échange de griefs et de contre-griefs diamétralement opposés. En cela, la notion de « négociations » se distingue de celle de « différend » et implique, à tout le moins, que l'une des parties tente vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend⁴²⁸.

250. La Cour a estimé que, pour franchir cette étape, les États n'étaient pas tenus de régler leur différend par voie de négociation; ils devaient en revanche négocier jusqu'à arriver à une impasse ou à un point où toutes nouvelles négociations seraient inutiles⁴²⁹.

251. En outre, la plupart des traités ne précisent pas combien de temps les États sont tenus de négocier avant d'avoir recours à la procédure obligatoire de règlement

⁴²⁵ *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C. P. J. I., série A, n° 2, p. 13 à 15* (« [Cette règle] reconnaît, en effet, qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques. [...] Lorsque les pourparlers entre le particulier et les autorités ont déjà – comme en l'espèce – précisé tous les points en discussion entre les deux gouvernements, il serait peu compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales d'obliger ces gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait et dont ils font état. » [ibid., p. 15]).

⁴²⁶ *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, C. I. J. Recueil 1962, p. 319, à la page 346* (« [A]ucune négociation directe n'a jamais été engagée entre [les parties]. Mais ce qui importe en la matière ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Tant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre – et c'est ce qui ressort clairement des plaidoiries présentées à la Cour – il n'y a aucune raison qui permette de penser que le différend soit susceptible d'être réglé par de nouvelles négociations entre les Parties. »).

⁴²⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C. I. J. Recueil 2006, p. 6, aux pages 40 et 41, par. 91* (malgré les nombreuses protestations formulées par la République démocratique du Congo contre les agissements du Rwanda, tant par des contacts directs avec le Rwanda qu'au sein d'organisations internationales, la Cour a estimé que les éléments de preuve présentés n'avaient pas permis d'établir que la République démocratique du Congo avait cherché à entamer des négociations).

⁴²⁸ *Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C. I. J. Recueil 2011, p. 70, à la page 132, par. 157.*

⁴²⁹ Ibid., p. 132 et 133, par. 158.

des différends interétatiques⁴³⁰. Dans certains cas, il est précisé dans la disposition pertinente que les différends qui « ne peu[vent] être réglé[s] par voie de négociation dans un délai raisonnable » peuvent être soumis à la procédure obligatoire de règlement des différends⁴³¹, ou qu'une période de temps déterminée doit avoir été consacrée aux négociations, quoique l'on trouve rarement ce type de dispositions dans les traités portant sur des infractions de droit interne⁴³².

2. Arbitrage

252. Comme indiqué précédemment, au paragraphe 246, la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose en son article 12 (par. 1) qu'un différend « qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un [des États contractants] », et que « [s]i, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend » au règlement judiciaire. Pareille disposition offre aux États une souplesse considérable pour ce qui est de la constitution du tribunal arbitral et de ses procédures. S'il est possible d'introduire dans ce type de disposition des précisions supplémentaires sur ces questions, notamment sur la désignation d'une autorité de nomination et d'un greffe, l'approche adoptée en la matière pour les traités visant des infractions de droit interne consiste à se garder d'entrer dans les détails et à préciser simplement que si la procédure d'arbitrage n'est pas organisée dans un délai déterminé, l'un quelconque des États parties peut recourir au règlement judiciaire.

⁴³⁰ Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose notamment ce qui suit : « Tout différend entre des États contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. ». Voir aussi : Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 13 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs); Convention internationale contre la prise d'otages, art. 16 (libellé quasi identique); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 30 (libellé quasi identique); Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42 (libellé quasi identique).

⁴³¹ Le paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif dispose notamment ce qui suit : « Tout différend entre des États Parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un de ces États. ». Voir aussi : Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 24 (libellé identique à celui de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35 (libellé quasi identique à celui de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif); Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 15 (libellé quasi identique); Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 66 (libellé quasi identique).

⁴³² Voir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 119, par. 2 (qui dispose notamment que « [t]out autre différend entre deux ou plusieurs États Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des États Parties »).

253. La Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, comme la plupart des autres traités portant sur des infractions de droit interne, dispose que l'arbitrage doit initialement s'étendre sur une période de six mois⁴³³.

254. Dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice a conclu qu'un État partie pouvait satisfaire à l'obligation qui lui était faite de recourir à l'arbitrage s'il cherchait à y recourir, et ce même lorsque l'autre partie refusait de répondre à sa demande⁴³⁴. La Cour a en effet estimé que la Belgique avait satisfait à cette obligation en formulant « directement [...] une demande d'arbitrage dans une note verbale en date du 20 juin 2006 », note verbale dans laquelle elle avait constaté que « la tentative de négociation entamée avec le Sénégal en novembre 2005 n'a[vait] pas abouti » et avait renvoyé aux obligations découlant de l'article 30 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴³⁵. Sans réponse du Sénégal, la Belgique avait envoyé une nouvelle note verbale datée du 8 mai 2007, dans laquelle elle avait rappelé « son souhait de constituer un tribunal arbitral », et avait fait observer qu'« aucune réponse ne lui a[vait] été apportée par la République du Sénégal au sujet de cette proposition d'arbitrage »⁴³⁶. La Cour a conclu que « [l]a présente espèce [était] de celles où l'incapacité des Parties à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage résult[ait] de l'absence de toute réponse de la part de l'État auquel la demande d'arbitrage a[vait] été adressée »; étant donné que la demande d'arbitrage avait été formulée plus de deux ans avant que l'affaire soit soumise à la Cour, il avait été satisfait à l'obligation de soumettre l'affaire en cause à l'arbitrage⁴³⁷.

3. Règlement judiciaire

255. La disposition relative au règlement judiciaire qui figure au paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs autorise les États à soumettre un différend à la Cour internationale de Justice, « en

⁴³³ Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 12 dispose notamment ce qui suit : « Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour ». Voir aussi : Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 13 (libellé identique); Convention internationale contre la prise d'otages, art. 16 (libellé identique); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 30, par. 1 (libellé identique); Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 22, par. 1 (libellé quasi identique); Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 20 (libellé quasi identique); Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 24 (libellé quasi identique); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35 (libellé quasi identique); Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 15 (libellé quasi identique); Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 66 (libellé quasi identique); Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42 (libellé identique).

⁴³⁴ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra*, note 416), p. 448, par. 62.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 447, par. 60 (extrait de la note verbale du 20 juin 2006).

⁴³⁶ *Ibid.* (extrait de la note verbale du 8 mai 2007).

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 448, par. 61.

déposant une requête conformément au Statut de la Cour », lorsqu'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage.

256. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, la compétence de la Cour « s'étend à [...] tous les cas spécialement prévus dans [...] les traités et conventions en vigueur ». La compétence de la Cour est souvent invoquée sur le fondement d'une clause compromissoire contenue dans un traité ou une convention⁴³⁸.

4. Faculté de retrait exprès de la procédure de règlement des différends interétatiques

257. En règle générale, si la plupart des traités portant sur des infractions de droit interne prévoient une procédure de règlement des différends interétatiques, ils laissent également aux États parties la faculté de ne pas se soumettre à cette procédure⁴³⁹. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose que « [c]haque État pourra, au moment où il signera ou ratifiera la présente convention ou y adhérera, déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe précédent. Les autres États contractants ne seront pas liés par lesdites dispositions envers tout État contractant qui aura formulé une telle réserve ».

258. On trouve des clauses équivalentes, prévoyant la faculté, pour l'État partie, de ne pas se soumettre au mécanisme de règlement des différends, dans plusieurs autres traités visant des infractions de droit interne, parmi lesquels : la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁴⁴⁰ ; la Convention internationale contre la prise d'otages⁴⁴¹ ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴⁴² ; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁴⁴³ ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁴⁴⁴ ; la

⁴³⁸ Pour la liste des traités ou conventions en vigueur qui prévoient la compétence de la Cour, soit directement, soit en renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale, voir www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4.

⁴³⁹ Il est possible, à l'inverse, de permettre aux États d'accepter expressément de se soumettre à la procédure obligatoire de règlement des différends interétatiques, mais cette approche tend à diminuer le recours à cette procédure. Voir Galbraith (*supra*, note 409), p. 330 (où il est démontré, par une étude concrète d'économie comportementale, que lorsque les États ont le droit de choisir de ne pas reconnaître la compétence de la Cour internationale de Justice, 80 % d'entre eux ne le font pas, tandis que lorsqu'ils ont le droit de choisir de reconnaître la compétence de la Cour, seuls 5 % d'entre eux le font).

⁴⁴⁰ Article 13, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁴⁴¹ Article 16, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁴⁴² Article 30, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁴⁴³ Article 22, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁴⁴⁴ Article 20, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme⁴⁴⁵; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁴⁴⁶.

259. À l'inverse, certains traités récents disposent que l'État partie peut choisir de ne pas se soumettre à la partie du mécanisme de règlement des différends qui correspond à l'arbitrage et au règlement judiciaire, mais qu'il ne peut pas se soustraire à l'étape des négociations. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la corruption, en son article 66, autorise uniquement l'État partie à déclarer qu'il ne se considère pas comme lié par les dispositions du paragraphe 2 de cet article, relatif à l'arbitrage et au règlement judiciaire. La disposition relative à la négociation figure quant à elle au paragraphe 1 du même article :

1. Les États Parties s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention par voie de négociation.

2. Tout différend entre deux États Parties ou plus concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États Parties, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, les États Parties ne peuvent s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en adressant une requête conformément au Statut de la Cour.

3. Chaque État Partie peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il ne se considère pas lié par le paragraphe 2 du présent article. Les autres États Parties ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent article envers tout État Partie ayant émis une telle réserve.

4. Tout État Partie qui a émis une réserve en vertu du paragraphe 3 du présent article peut la retirer à tout moment en adressant une notification au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

260. Cette approche est apparue pour la première fois à l'article 35 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁴⁴⁷ et à l'article 15 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, lequel contient un libellé identique. Bien que le terme « réserve » soit employé aux paragraphes 3 et 4, le mot « déclaration » pourrait également être utilisé dans ce contexte⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Article 24, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁴⁴⁶ Article 42, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁴⁴⁷ Article 35 (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

⁴⁴⁸ Voir, par exemple, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42, par. 2 et 3 (« 2. Tout État partie pourra, au moment où il signera la présente Convention, la ratifiera ou y adhérera, déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe 1 du présent article. Les autres États parties ne seront pas liés par lesdites dispositions envers un État partie qui aura formulé une telle déclaration. 3. Tout État

261. Au mois de janvier 2017, 181 États étaient parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, parmi lesquels 42 avaient déclaré qu'ils ne s'estimaient pas liés par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 66 de cette convention⁴⁴⁹. De même, 187 États sont parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et 43 d'entre eux ont déclaré qu'ils ne s'estimaient pas liés par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 de cette convention⁴⁵⁰.

D. Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques

262. Ainsi qu'on l'a vu dans la première section de ce chapitre, il est actuellement recouru à divers mécanismes de suivi pour faire face à des situations de crimes contre l'humanité. Dans l'éventualité où le projet d'articles relatifs aux crimes contre l'humanité serait transformé en une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, on pourrait également retenir un ou plusieurs mécanismes pour compléter les mécanismes existants; ce choix tiendrait toutefois moins à des considérations juridiques qu'à des facteurs relevant de la politique générale et à la disponibilité des ressources. En outre, tous ces mécanismes ou certains d'entre eux pourraient être facultatifs et faire l'objet d'un protocole complémentaire, distinct de la convention elle-même. Aucune proposition n'est donc formulée dans le présent rapport quant au choix d'un ou plusieurs mécanismes supplémentaires.

263. Toutefois, comme indiqué dans la section précédente, les traités visant des infractions de droit interne comportent généralement une disposition relative au règlement, par voie de négociation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, des différends interétatiques concernant leur interprétation ou leur application⁴⁵¹. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques

1. Les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles par voie de négociation.
2. Tout différend entre deux ou plusieurs États concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États,

partie qui aura formulé une déclaration conformément aux dispositions du paragraphe 2 du présent article pourra à tout moment retirer cette déclaration par une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. »).

⁴⁴⁹ La Communauté européenne a déposé la déclaration ci-après, relative au paragraphe 2 de l'article 66 : « En ce qui concerne l'article 66, par. 2, la Communauté souligne que, conformément à l'article 34, par. 1, du statut de la Cour internationale de Justice, seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. Par conséquent, en vertu de l'article 66, par. 2, de la Convention, les différends auxquels la Communauté sera partie ne pourront être réglés que par voie d'arbitrage. ».

⁴⁵⁰ La Communauté européenne a également déposé une déclaration relative à l'article 35 : « En ce qui concerne l'article 35, par. 2, la Communauté souligne que, conformément à l'article 34, par. 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. Par conséquent, en vertu de l'article 35, par. 2, de la Convention, les différends auxquels la Communauté sera partie ne pourront être réglés que par voie d'arbitrage. ».

⁴⁵¹ Voir, de manière générale, Gray et Kingsbury, (*supra*, note 412).

soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, ces États ne parviennent pas à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

3. Chaque État peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent projet d'articles ou de l'adhésion à celui-ci, déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 du présent projet d'article. Les autres États ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent projet d'article envers tout État ayant fait une telle déclaration.

4. Tout État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment.

Chapitre VIII

Autres questions

264. Le présent chapitre traite d'autres questions qui se sont posées au cours des débats de la Commission se rapportant au sujet, à savoir : dissimulation de crimes contre l'humanité, immunité et amnistie.

A. Dissimulation de crimes contre l'humanité

265. Au cours de la soixante-huitième session, la proposition a été faite au sein de la Commission d'inclure dans le projet d'articles, d'une manière ou d'une autre, une obligation expresse faite aux États de prendre les mesures nécessaires pour incriminer la « dissimulation » d'un crime contre l'humanité⁴⁵². En d'autres termes, les États pourraient être tenus d'incriminer le fait de dissimuler, « après coup », l'une des infractions actuellement énumérées dans le projet d'article 5, même si l'intéressé n'a pas lui-même participé à la commission de ces infractions. Certains membres ont cependant été d'avis qu'il n'était pas opportun d'inclure la dissimulation, tandis que d'autres ont affirmé que la notion de dissimulation était déjà implicitement couverte dans le projet d'article 5, plus précisément au paragraphe 2 c) du projet d'article 5.

266. La plupart des traités portant sur des infractions ne visent pas, du moins expressément, l'incrimination de la « dissimulation » de celles-ci. Ainsi, aucune disposition relative à la dissimulation ne figure dans les instruments suivants : la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; la Convention internationale contre la prise d'otages; la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme.

267. Seuls quelques traités de caractère universel visent l'incrimination de la « dissimulation » en tant que telle, et cela sous la forme d'une disposition relative à la dissimulation de *biens* et non à la dissimulation de l'infraction elle-même. L'article 24 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est ainsi libellé :

Sans préjudice des dispositions de l'article 23 de la présente Convention, chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement après la commission de l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention sans qu'il y ait eu participation auxdites infractions, au fait de dissimuler ou de retenir de façon continue des biens en sachant que lesdits biens proviennent de l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention.

⁴⁵² Voir le compte rendu analytique provisoire de la 3297^e séance de la Commission du droit international tenue le 12 mai 2016 (A/CN.4/SR.3297).

268. En vertu de l'article 24, chaque État est encouragé (« envisage d'adopter ») à adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au fait de « dissimuler » des « biens » qui « proviennent de » l'une quelconque des infractions établies conformément à la Convention, mais il n'est pas tenu de le faire. De plus, selon l'article 24, la dissimulation doit avoir été commise a) intentionnellement, b) après la commission de l'une quelconque des infractions établies par la Convention, et c) sans qu'il y ait eu participation de l'intéressé auxdits infractions⁴⁵³.

269. L'article 23 de la Convention des Nations Unies contre la corruption oblige aussi les États Parties à adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au blanchiment du produit d'un crime de corruption, ce qui est également une forme de dissimulation⁴⁵⁴. Quelques autres traités de caractère universel ou régional portant sur des infractions envisagent aussi la dissimulation dans le contexte du blanchiment du produit du crime. Par exemple, dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, le paragraphe 1 de l'article 6 intitulé « Incrimination du blanchiment du produit du crime » dispose, dans la partie pertinente :

Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement :

a) i) À la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;

a) ii) À la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime.

270. Des dispositions comparables figurent dans les instruments suivants : la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 3); la Convention interaméricaine contre la corruption⁴⁵⁵; le Protocole de 2001 de la Communauté de développement de l'Afrique australe contre la corruption⁴⁵⁶; et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte

⁴⁵³ Voir le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (*supra*, note 35), p. 94, par. 313.

⁴⁵⁴ Article 23 (« Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement : ... a) ii) À la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime. »).

⁴⁵⁵ Article VI, par. 1 (« La présente Convention est applicable aux actes de corruption suivants : ... d. la jouissance dolosive ou le recel de biens provenant de l'un quelconque des actes visés dans le présent article. »).

⁴⁵⁶ Article 3 (« Le présent Protocole s'applique aux actes de corruption suivants : ... g) l'utilisation ou l'occultation frauduleuse de biens tirés de l'un des actes visés au présent article. »).

contre la corruption⁴⁵⁷. Aucune de ces conventions ne vise la dissimulation de l'infraction elle-même, leur portée étant au contraire limitée à la dissimulation du produit de l'infraction.

271. La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe comporte un article visant la dissimulation dans le contexte des « infractions comptables » (art. 14), à savoir l'incrimination de faits consistant à établir une facture qui contient des informations fausses ou incomplètes ou à omettre de manière illicite de comptabiliser un versement. Cet article oblige les États à adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger certaines infractions comptables en « infractions passibles de sanctions pénales ou autres types de sanctions » lorsqu'elles sont destinées à « commettre, dissimuler ou déguiser des infractions visées par [la Convention] » (art. 14).

272. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées vise la notion de dissimulation à un double titre. Tout d'abord, la définition de la « disparition forcée » suppose un acte de privation de liberté « suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté *ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve** » (art. 2). Ensuite, la Convention vise la dissimulation dans le contexte de la falsification, la dissimulation ou la destruction de documents attestant la véritable identité d'enfants soumis à une disparition forcée ou dont le père, la mère ou le représentant légal sont soumis à une disparition forcée, ou d'enfants nés pendant la captivité de leur mère soumise à une disparition forcée (art. 25, par. 1). La Convention ne comporte donc aucune disposition visant de manière générale la dissimulation de preuves de la perpétration d'un crime.

273. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption comportent l'une et l'autre un article concernant l'entrave au bon fonctionnement de la justice. L'article 25 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est ainsi libellé :

Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement :

a) Au fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation ou de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu pour obtenir un faux témoignage ou empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve dans une procédure en rapport avec la commission d'infractions établies conformément à la présente Convention;

b) Au fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation pour empêcher un agent de la justice ou un agent des services de

⁴⁵⁷ Article 4, dans la partie pertinente (« La présente Convention est applicable aux actes de corruption et infractions assimilées ci-après : ... h) l'usage ou la dissimulation du produit de l'un quelconque des actes visés dans le présent article ») et art. 6, dans la partie pertinente (« Les États parties adoptent les mesures législatives et autres mesures qu'ils jugent nécessaires pour établir comme infractions pénales : ... b) La dissimulation ou le déguisement des vrais nature, source, situation, disposition, mouvement ou propriété ou droits concernant la propriété qui est le produit d'actes de corruption ou d'infractions assimilées. »).

* Italiques ajoutés.

détection et de répression d'exercer les devoirs de leur charge en rapport avec la commission d'infractions établies conformément à la présente Convention. Rien dans le présent alinéa ne porte atteinte au droit des États Parties de disposer d'une législation destinée à protéger d'autres catégories d'agents publics⁴⁵⁸.

274. Cet article oblige les États à créer deux infractions pénales en droit interne, la première ayant trait aux actes visant à influencer des témoins ou des personnes à même de produire des éléments de preuve et l'autre concernant l'entrave à l'exercice des fonctions d'un agent de la justice ou d'un agent des services de détection et de répression⁴⁵⁹. La question de la protection des témoins et d'autres personnes participant à une enquête ou à une procédure pénale a été traitée dans le chapitre IV, section A, ainsi que dans le paragraphe 1 du projet d'article 14. S'agissant de l'entrave à l'exercice des fonctions d'un agent de la justice ou d'un agent des services de détection et de répression, cette question n'est apparemment envisagée, à l'exception de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de la Convention des Nations Unies contre la corruption, dans aucun autre instrument de caractère universel portant sur des infractions.

275. S'il est vrai que des instruments de caractère universel portant sur des infractions ne visent pas la « dissimulation » d'un crime en tant que telle, la question a été envisagée au cours de négociations. Par exemple, la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants oblige tout État Partie, en vertu du paragraphe 1 de l'article 4, à veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal, y compris tout acte « qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture ». Lorsque le Groupe de travail chargé de rédiger la Convention a proposé ce texte, certains représentants ont demandé si les termes « complicité ou participation à l'acte de torture » « couvriraient le cas de la complicité d'assistance ou celui des personnes qui ont dissimulé de quelque manière des actes de torture »⁴⁶⁰. Certains intervenants ont affirmé que, dans leurs systèmes juridiques, le terme « complicité » couvrait le cas de la complicité d'assistance après les faits ou les personnes ayant dissimulé la perpétration d'un crime, tandis que d'autres ont estimé que le texte ajouté était nécessaire. Le texte anglais de l'article 4 n'a pas été modifié⁴⁶¹ mais le Groupe de travail a proposé d'ajouter dans la version espagnole du projet de paragraphe 1 de l'article 4, l'expression *o encubrimiento de la tortura* (« dissimulation de la torture »)⁴⁶². En définitive cependant, le texte espagnol faisant également foi de la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne comporte plus cette expression, mais vise au contraire, dans le paragraphe 1 de l'article 4, tout acte commis par n'importe quelle

⁴⁵⁸ Voir aussi l'article 23 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (libellé quasi identique).

⁴⁵⁹ Voir le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (*supra*, note 35), p. 80 et 81, par. 255 à 260.

⁴⁶⁰ Nowak et McArthur (voir *supra*, note 67), p. 232; et Nations Unies, Conseil économique et social, Rapport du Groupe de travail chargé du projet de convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (E/CN.4/1367), par. 34.

⁴⁶¹ Nowak et McArthur (voir *supra*, note 67), p. 232; et Rapport du Groupe de travail chargé du projet de convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (voir note précédente), par. 35.

⁴⁶² *Ibid.*, par. 36.

personne que *constituya complicidad o participación en la tortura* (« qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture »).

276. Un débat comparable a eu lieu au sein de la Commission sur la question de savoir si les articles relatifs à la responsabilité individuelle proposés dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devaient intégrer la notion de « tentative de dissimulation d'un crime »⁴⁶³. Selon plusieurs membres, la dissimulation d'un crime ne revêtait pas la même gravité que la commission d'un crime et n'était pas censée mériter un traitement comparable. En outre, il y avait une incertitude sur la signification exacte du terme « dissimulation », s'agissant par exemple de savoir si la rétention d'informations par un gouvernement serait constitutive de « dissimulation ». En définitive, la Commission a décidé de ne pas mentionner expressément la dissimulation à l'article 2 du projet de code.

277. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial est d'avis que la Commission devrait suivre la pratique existante et ne pas inclure de disposition relative à la « dissimulation » d'un crime contre l'humanité dans le projet d'articles. La plupart des traités portant sur des infractions ne définissent pas en tant qu'infraction distincte la « dissimulation » des infractions visées, et s'en remettent au contraire à l'application des lois nationales en vigueur⁴⁶⁴. Lorsque la dissimulation est envisagée, il s'agit généralement de la dissimulation de biens ou du produit du crime, et non de celle du crime lui-même.

B. Immunité

278. Lorsque des poursuites sont engagées en vertu du droit national contre des personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité, il est possible que l'auteur présumé invoque l'immunité de la juridiction nationale dont il dit bénéficier en droit international. Dans ce cas, une immunité existant en droit international coutumier ou conventionnel peut empêcher un État d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un représentant d'un État étranger. De fait, certaines conventions internationales contiennent des règles précises applicables à certaines catégories de représentants

⁴⁶³ Voir *Annuaire ... 1996*, vol. I, 2437^e séance, p. 40 et 41, par. 59 et 60; voir aussi *ibid.*, p. 42 et 43, par. 76 et 77, et 2438^e séance, p. 44 à 46, par. 1 à 17.

⁴⁶⁴ Par exemple, au Royaume-Uni, la loi *United Kingdom International Criminal Court Act, 2001* c. 17, portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, prévoit, au paragraphe 1) d) de l'article 55, une infraction accessoire, définie comme une « aide à l'auteur d'une infraction ou dissimulation de la commission d'une infraction » (*assisting an offender or concealing the commission of an offence*). L'article 55 5) b) dispose que « la dissimulation d'une infraction s'entend d'un comportement qui relativement à une infraction pouvant justifier l'arrestation sans mandat constituerait une infraction en vertu de l'article 5 1) de [la loi pénale de 1967] » (*the reference to concealing an offence is to conduct that in relation to an arrestable offence would amount to an offence under section 5(1) of [the Criminal Law Act 1967]*). Il est précisé dans une note explicative jointe : « Cet article définit les infractions accessoires aux fins de la présente partie. Celles-ci couvrent les formes de responsabilité pénale secondaire visées à l'article 25.3 du [Statut de Rome de la Cour pénale internationale] mais sont définies conformément aux principes de la responsabilité pénale secondaire dans la législation de l'Angleterre et du pays de Galles. » (*This section defines ancillary offences for the purposes of this Part. They include the forms of secondary liability in Article 25.3 of the [Rome Statute of the International Criminal Court] but are defined in terms of the principles of secondary liability under the law of England and Wales.*). La loi du Royaume-Uni et la note explicative sont à consulter à l'adresse : www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents.

de l'État, dont les diplomates⁴⁶⁵, les fonctionnaires consulaires⁴⁶⁶, les personnes participant à des missions spéciales⁴⁶⁷ et les fonctionnaires d'organisations internationales⁴⁶⁸.

279. À sa cinquante-neuvième session en 2007, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État »⁴⁶⁹. La Commission a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial⁴⁷⁰ et a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet⁴⁷¹ qui a été communiquée à la Commission en 2008⁴⁷². M. Kolodkin a présenté trois rapports, que la Commission a reçus et examinés à sa soixantième session en 2008⁴⁷³ et à sa soixante-troisième session en 2011⁴⁷⁴. Ces rapports ne contenaient pas de projets d'article⁴⁷⁵.

280. En 2012, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session en 2012⁴⁷⁶, le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale à la soixante-cinquième session en 2013⁴⁷⁷, son troisième rapport à la soixante-sixième session en 2014⁴⁷⁸, son quatrième rapport à la soixante-septième session en 2015⁴⁷⁹ et son cinquième rapport à la soixante-huitième session en 2016⁴⁸⁰. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement cinq projets d'article et les commentaires y afférents⁴⁸¹. On note que ces projets d'article ne concernent pas les immunités découlant de « règles spéciales du droit international », comme celles relatives à l'immunité des diplomates, fonctionnaires consulaires, personnes participant à des

⁴⁶⁵ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

⁴⁶⁶ Convention de Vienne sur les relations consulaires.

⁴⁶⁷ Convention sur les missions spéciales.

⁴⁶⁸ Voir, par exemple, la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

⁴⁶⁹ *Annuaire ... 2007*, vol. II (deuxième partie), p. 98, par. 376.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 101, par. 386.

⁴⁷² Mémoire du Secrétariat : « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » (A/CN.4/596 et Corr. 1).

⁴⁷³ *Annuaire ... 2008*, vol. II (première partie), document A/CN.4/601, p. 157 (rapport préliminaire).

⁴⁷⁴ Le deuxième rapport, publié sous la cote A/CN.4/631, et le troisième rapport, publié sous la cote A/CN.4/646, sont à consulter sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-troisième session)

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ A/CN.4/654, à consulter sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-quatrième session).

⁴⁷⁷ A/CN.4/661, à consulter sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-cinquième session).

⁴⁷⁸ A/CN.4/673, à consulter sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

⁴⁷⁹ A/CN.4/686, à consulter sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-septième session).

⁴⁸⁰ A/CN.4/701, à consulter sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-huitième session).

⁴⁸¹ Le projet d'article 2 relatif aux définitions est encore en cours d'élaboration.

missions spéciales ou fonctionnaires d'organisations internationales⁴⁸². La Commission poursuit ses travaux sur ce sujet.

281. Les traités portant sur des infractions n'abordent généralement pas la question de l'immunité, en s'en remettant à cet égard aux traités relatifs aux immunités de certaines catégories de représentants ou au droit international coutumier. C'est ainsi qu'il n'existe aucune disposition relative à l'immunité des représentants de l'État ou des fonctionnaires d'organisations internationales dans les instruments suivants : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide; les Conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes de la guerre; la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid; la Convention internationale contre la prise d'otages; la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme; et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁴⁸³. Certains traités prévoient que les représentants de l'État sont pénalement responsables sur le plan international ou peuvent être punis, mais n'excluent pas des immunités procédurales devant les juridictions nationales⁴⁸⁴.

282. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes contient une disposition relative à l'immunité⁴⁸⁵, laquelle n'a cependant pas été reprise dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les

⁴⁸² Le paragraphe 2 du projet d'article premier se lit ainsi : « Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État. ».

⁴⁸³ Le paragraphe 3 de l'article 26 de cette Convention prévoit cependant la possibilité d'accorder une immunité de poursuites à une personne qui coopère avec les autorités de détection et de répression dans le cadre de l'enquête ou des poursuites relatives à une infraction visée par la Convention (« Chaque État Partie envisage de prévoir la possibilité, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'accorder l'immunité de poursuites à une personne qui coopère de manière substantielle à l'enquête ou aux poursuites relatives à une infraction visée par la présente Convention. »).

⁴⁸⁴ Voir, par exemple, l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (les personnes « seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers »); et l'article III de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (« [s]ont tenus pour pénalement responsables sur le plan international [...] les représentants de l'État, qu'ils résident sur le territoire de l'État dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre État »). Quels que soient les effets susceptibles de résulter de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pour l'immunité, l'article VI limite la compétence pour juger les personnes accusées de ce crime aux tribunaux de « l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis » et à « la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

⁴⁸⁵ L'article IX se lit ainsi, dans la partie pertinente : « Aucun privilège, aucune immunité ni aucune dispense spéciale ne seront accordés dans ces procès, sans préjudice des dispositions de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. ».

disparitions forcées. En fait, alors qu'un avant-projet de la future Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contenait un article excluant expressément l'immunité des représentants de l'État autres que les diplomates⁴⁸⁶, les États ont décidé de supprimer cet article dans la version finale de la Convention⁴⁸⁷. Une disposition relative à l'immunité figure aussi dans la Convention des Nations Unies contre la corruption⁴⁸⁸, mais elle concerne l'immunité d'un agent public dans son propre pays, et non l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État.

283. Les traités établissant des cours et tribunaux internationaux écartent généralement toute immunité des représentants de l'État, en se fondant sur l'idée que les motifs d'inquiétude à l'égard de poursuites au niveau national ne sont pas justifiés devant des cours et tribunaux composés de procureurs et juges internationaux. Faisant fond sur le texte de l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire (« Statut de Nuremberg ») et des statuts de tribunaux spéciaux, l'article 27, paragraphe 2, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dispose que « [l]es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Pour autant que la question se pose, les juridictions pénales internationales semblent tenir compte de la différence existant entre des poursuites engagées devant des juridictions internationales et devant des juridictions nationales, en notant par exemple que « des autorités nationales pourraient recourir à des poursuites pour indûment entraver ou limiter la capacité d'un État étranger d'agir sur le plan international », alors que « les juridictions internationales ne présent[ent] pas un tel risque, puisqu'elles sont "totalement indépendantes des États et soumises à des règles strictes en matière d'impartialité" »⁴⁸⁹.

284. Dans un souci de cohérence avec les traités antérieurs portant sur des infractions, le Rapporteur spécial estime que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne devrait pas aborder la question de l'immunité des représentants de l'État ou des fonctionnaires d'organisations internationales, mais qu'il faudrait au contraire s'en remettre à cet égard aux traités relatifs aux immunités de

⁴⁸⁶ L'avant-projet avait été élaboré par la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme. Voir le rapport du Groupe de travail de session sur l'administration de la justice (*supra*, note 175), art. 10, par. 2 (« Aucun privilège, immunité ou dispense spéciale ne sera accordé dans ces procès, sous réserve des dispositions de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. »).

⁴⁸⁷ La Convention traite cependant des immunités en ce qui concerne celles accordées aux experts composant le Comité des disparitions forcées chargé de la mise en œuvre de cette Convention; voir art. 26 (par. 8) de la Convention.

⁴⁸⁸ Article 30, par. 2 (« Chaque État Partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la présente Convention. »).

⁴⁸⁹ *Le Procureur c. Al Bashir, affaire n° ICC-02/05-01/09, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 12 décembre 2011, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 34 (citant A. Cassese, *International Criminal Law*, 2^e édition, Oxford University Press, 2008, p. 312).

catégories particulières de représentants et au droit international coutumier. Il va de soi que cette approche serait sans incidence sur les travaux de la Commission relatifs à l'« Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

C. Amnistie

285. Lorsque des poursuites sont engagées en vertu du droit national contre des personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité, il est également possible que l'auteur présumé invoque la protection d'une amnistie accordée par son État de nationalité. Une amnistie s'entend des mesures légales qui ont pour effet de proscrire sans effet rétroactif la mise en mouvement de l'action publique et, dans certains cas, de l'action civile contre certains individus ou catégories d'individus, pour un comportement criminel précis préalable à l'adoption de l'amnistie. Elle peut aussi s'entendre des mesures légales qui ont pour effet de supprimer rétroactivement la responsabilité en droit établie antérieurement⁴⁹⁰. Les amnisties accordées en droit interne par un État dans lequel des crimes ont été commis peuvent émaner d'une source de droit de nature constitutionnelle, légale ou exécutive, et peuvent être le produit d'un accord de paix négocié mettant fin à un conflit armé. Une telle amnistie peut avoir un caractère général ou être subordonnée à certaines conditions, comme le désarmement d'un groupe d'acteurs non étatiques, la volonté d'un auteur présumé de confirmer publiquement les crimes commis ou l'expression d'excuses envers les victimes ou leurs familles par l'auteur présumé.

286. Les avis divergent quant à la validité des amnisties en droit international, notamment à l'égard des crimes contre l'humanité. S'agissant des traités, « aucun traité international n'interdit expressément les amnisties » (*[n]o international treaty explicitly prohibits amnesties*)⁴⁹¹, ce qui est notamment le cas des suivants : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide; les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes de la guerre; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; ou la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.

287. Au contraire, le paragraphe 5 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), lequel compte 168 États parties, encourage les États à décréter des amnisties à la fin des hostilités. Il se lit ainsi : « À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues. ». L'étude, réalisée en 2005, intitulée *Droit international humanitaire coutumier* et publiée sous les auspices du CICR,

⁴⁹⁰ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties* (HR/PUB/09/1), à consulter à l'adresse : http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_fr.pdf, p. 5. Ce rapport fait la distinction entre amnistie, grâce, immunités officielles et autres éléments d'impunité.

⁴⁹¹ Voir *the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (Principes de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité), University of Ulster and Transitional Justice Initiative, 2013, à consulter à l'adresse : www.ulster.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0005/57839/TheBelfastGuidelinesFINAL_000.pdf, principe 6 b).

interprète le paragraphe 5 de l'article 6 comme excluant les personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crime de guerre, en concluant que selon la pratique des États, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux⁴⁹². Cette interprétation a cependant été critiquée⁴⁹³.

288. Dans les traités récemment négociés, les amnisties n'ont pas non plus été exclues, y compris dans les traités portant sur des crimes graves. Ainsi, lors des négociations concernant tant le Statut de Rome de la Cour pénale internationale que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, les discussions ont porté sur la possibilité d'inclure une disposition relative à l'amnistie. Compte tenu cependant des controverses suscitées par la question, une telle disposition a été écartée dans les textes définitifs de ces instruments⁴⁹⁴.

289. De nombreux traités portant sur des infractions au niveau national font obligation aux États parties d'engager des poursuites contre les auteurs de certaines infractions (à moins que l'intéressé ne soit extradé ou remis à une autre autorité compétente à cet effet) et, parfois, de fournir réparation aux victimes (voir *supra*, chap. IV, sect. D). Un certain nombre de commentateurs⁴⁹⁵, d'organes conventionnels⁴⁹⁶ et de juridictions⁴⁹⁷ ont estimé que de telles dispositions avaient pour effet d'interdire implicitement les amnisties. On note cependant que de tels traités n'imposent pas l'engagement de poursuites; ils exigent que les faits soient

⁴⁹² Voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles*, Bruylant, Bruxelles, 2006, règle 159 (« À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir doivent s'efforcer d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part à un conflit armé non international ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crime de guerre. »).

⁴⁹³ Voir, par exemple, *the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (*supra*, note 491), p. 41 (« Le caractère limité des éléments cités à l'appui ... semble contredire la justification par le CICR de la reformulation du paragraphe 5 de l'article 6 » [traduction du Secrétariat]).

⁴⁹⁴ Voir *the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (*supra*, note 491), p. 36; Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (*supra*, note 44), par. 73 à 80; J. Gavron, « Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 1 (janvier 2002), p. 91 à 117, aux pages 107 et 108; et *Marguš c. Croatie* (*supra*, note 420), par. 109.

⁴⁹⁵ Voir, par exemple, Cassese et autres (*supra*, note 234), p. 310.

⁴⁹⁶ Voir, par exemple, l'observation générale n° 20 (*supra*, note 145), par. 15, dans laquelle le Comité des droits de l'homme a conclu que les lois d'amnistie étaient incompatibles avec l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdisant la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« Le Comité a noté que certains États avaient octroyé l'amnistie pour des actes de torture. L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible. »).

⁴⁹⁷ Voir, par exemple, *Ould Dah c. France, requête n° 13113/03, décision du 17 mars 2009*, cinquième section, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions 2009-I*, p. 438; *Barrios Altos c. Pérou* (*supra*, note 420), par. 41 à 44; et *Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order, case n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75)*, 11 avril 2011, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, par. 201.

susceptibles de poursuites, ce qui laisse intact le pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites. En outre, ces traités prévoient généralement que lorsque l'infraction est susceptible de poursuites, les autorités nationales décident s'il convient de poursuivre les auteurs de la même manière que pour des infractions graves de droit commun⁴⁹⁸.

290. S'agissant de la pratique des États, des amnisties ont été adoptées au cours de l'histoire par plusieurs d'entre eux, même pour des crimes graves. Par exemple, l'accord de paix conclu en 1999 entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone prévoyait une amnistie générale. Le paragraphe 2 de l'article IX se lisait ainsi : « Après la signature du présent Accord, le Gouvernement de Sierra Leone devra également accorder le pardon et la grâce absolutoire à tous les combattants et à leurs collaborateurs pour tous les actes commis par eux dans la poursuite de leurs objectifs jusqu'à la date de signature du présent Accord. »⁴⁹⁹. Dans le même temps, le Représentant spécial du Secrétaire général pour la Sierra Leone a assorti sa signature d'une déclaration selon laquelle il était entendu que « les dispositions concernant l'amnistie, figurant à l'article IX de l'Accord ("pardon absolu"), ne s'appliquaient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire »⁵⁰⁰.

291. Pour envisager l'effet que produit une amnistie, on pourrait faire une distinction entre la manière dont elle peut affecter l'action publique dans l'État où elle a été décrétée, et sa faculté d'affecter des poursuites devant les tribunaux d'autres États ou devant une juridiction internationale ou « mixte ». S'agissant des poursuites devant les tribunaux d'autres États, il est généralement admis que l'amnistie accordée par un État est sans effet direct sur les poursuites engagées dans un autre État⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Voir la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par. 2 de l'article 7, (« Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 5, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 de l'article 5. »); et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, par. 2 de l'article 11 (« Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État Partie. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 9, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 dudit article. »).

⁴⁹⁹ Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone, signé à Lomé le 7 juillet 1999, à consulter à l'adresse : www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/sierra_leone_07071999.pdf.

⁵⁰⁰ Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (S/2000/915), par. 23; voir aussi *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties* (supra, note 490), p. 11.

⁵⁰¹ Voir *the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (supra, note 491), principe 18 a) (« Bien que les amnisties fassent obstacle à une action pénale dans les États qui ont décrété l'amnistie, elles n'empêchent pas les tribunaux internationaux, mixtes ou étrangers d'exercer leur juridiction. Ceux-ci peuvent décider dans le cadre de leur propre compétence s'il y a lieu de reconnaître une amnistie ») [traduction du Secrétariat]. Voir aussi R. O'Keefe, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015, p. 477; et *Ould Dah c. France* (supra, note 497), p. 438.

292. Pour ce qui est des tribunaux internationaux ou « mixtes », le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a rejeté tout effet éventuel d'une amnistie nationale sur sa juridiction⁵⁰²; il a en outre affirmé, de manière générale, la non-validité des amnisties relatives à des crimes internationaux, une position qui a suscité des critiques⁵⁰³. D'autres juridictions internationales ou tribunaux mixtes ont été plus prudents à cet égard, en estimant qu'il s'agit d'un domaine dans lequel le droit est « en développement » ou à l'égard duquel il existe un « consensus en formation ». Par exemple, l'article 10 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone prévoyait que la grâce accordée à une personne ne faisait pas obstacle à l'exercice de poursuites devant ce tribunal⁵⁰⁴. Se fondant sur l'article 10, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a constamment affirmé que l'article IX de l'Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone ne faisait pas obstacle à la compétence du Tribunal spécial. Si le Tribunal spécial « a estimé justifié d'affirmer en tant que norme cristallisée du droit international qu'un gouvernement ne peut accorder l'amnistie pour des crimes graves de droit international » (*found support for the statement that it is a crystallized norm of international law that a government cannot grant amnesty for serious crimes under international law*)⁵⁰⁵, il a admis que cela représentait la « direction dans laquelle le droit international coutumier est en développement » (*direction in which customary international law is developing*)⁵⁰⁶,

⁵⁰² Voir, par exemple, *Le Procureur c. Anto Furundžija, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998*, Chambre de première instance II, par. 155; voir aussi *the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability (supra, note 491)*, principe 18; *Le Procureur c. Karadžić, affaire n° IT-95-5/18-PT, Décision relative à la deuxième demande de consultation et de communication présentée par l'accusé : question de l'immunité, 17 décembre 2008*, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 17 et 25; et *Le Procureur c. Karadžić, affaire n° IT-95-5/18-AR73.4, Décision relative à l'appel interjeté par Radovan Karadžić contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrooke, 12 octobre 2009*, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 52.

⁵⁰³ Par exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que le fait que l'interdiction de la torture a valeur de *jus cogens* a pour effet de priver de légitimité toute amnistie des tortionnaires. Cependant, Roger O'Keefe a fait valoir que « l'hypothétique statut de norme impérative d'une interdiction d'un crime international n'a aucune implication logique sur la légalité au plan international d'un délai de prescription ou d'une amnistie concernant ce crime » [traduction du Secrétariat] (O'Keefe, *supra*, note 501, p. 476).

⁵⁰⁴ Article 10 (« La grâce accordée à une personne relevant de la compétence du Tribunal spécial pour ce qui est des crimes visés aux articles 2 à 4 du présent Statut ne fait pas obstacle à l'exercice de poursuites. »). Pour des dispositions comparables, voir la loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des [auteurs de] crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 40 (« Le Gouvernement royal du Cambodge ne peut demander ni amnistie, ni grâce en faveur de quiconque est passible de poursuites ou condamné pour les crimes énumérés aux articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de la présente loi. Le champ d'application des amnisties ou grâces, qui ont pu être accordées avant l'entrée en vigueur de la présente loi, relève de la compétence des chambres extraordinaires. »); et le Statut du Tribunal spécial pour le Liban (*supra*, note 255), art. 6 (« L'amnistie accordée à une personne pour tout crime relevant de la compétence du Tribunal spécial ne fait pas obstacle à l'exercice de poursuites contre elle. »).

⁵⁰⁵ *Prosecutor v. Moinina Fofana, case n° SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Illegal Delegation of Jurisdiction by Sierra Leone*, 25 mai 2004, Chambre d'appel, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 3.

⁵⁰⁶ *Prosecutor v. Kallon and Kamara, case n° SCSL-2004-15-AR72(E) and n° SCSL-2004-16-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 mars 2004, Chambre d'appel, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 71 et 82 à 84, en particulier par. 84. Voir aussi

faisant sienne l'analyse d'Antonio Cassese selon laquelle il n'existait pas encore d'obligation générale pour les États de s'abstenir d'adopter des lois d'amnistie pour les crimes contre l'humanité.

293. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont conclu qu'il existait un « consensus en formation » (*emerging consensus*) aux fins d'interdire les amnisties à l'égard des crimes internationaux particulièrement graves, fondé sur l'obligation d'enquêter et d'engager des poursuites en présence de tels crimes et d'en punir les auteurs⁵⁰⁷. Néanmoins, la Chambre de première instance a admis que la pratique des États pouvait être considérée comme insuffisamment uniforme pour établir une interdiction absolue des amnisties à l'égard de ces crimes⁵⁰⁸.

294. Les amnisties ont été considérées comme non valides par des tribunaux régionaux des droits de l'homme parce qu'elles font obstacle à l'établissement de la responsabilité en vertu des instruments régionaux des droits de l'homme, bien que certaines différences puissent être constatées entre ces tribunaux. Dans son arrêt *Barrios Altos c. Pérou* qui a fait date, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré comme inadmissibles toutes les dispositions d'amnistie car elles ont pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves de droits indérogeables reconnus par la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica)⁵⁰⁹. Dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, la Cour a également conclu que les « les crimes contre l'humanité sont des crimes qui ne sont pas susceptibles d'amnistie » (*crimes against humanity are crimes which cannot be susceptible of amnesty*)⁵¹⁰. Dans l'affaire *Zimbabwe Human Rights ONG Forum c. Zimbabwe*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a conclu qu'« [i]l existe une jurisprudence internationale constante laissant suggérer que l'interdiction d'amnisties donnant lieu à l'impunité de graves violations de droits de l'homme soit devenue une règle du

Cassese et autres (*supra*, note 234), p. 312. Cassese affirme en outre : « il faut ajouter que dès lors que des règles générales interdisant certains crimes internationaux spécifiques acquièrent le caractère de normes impératives (*jus cogens*), elles peuvent être interprétées comme imposant, entre autres obligations, celle de ne pas annuler par un acte législatif ou exécutif les crimes qu'elles proscrivent. ... Le même argument devrait valoir pour le génocide et les crimes contre l'humanité, car il semble exister des preuves concluantes qu'un comportement constitutif de tels crimes est interdit par des normes impératives du droit international. Il en résulte qu'étant contraire au droit international, une amnistie adoptée à l'égard de tels crimes ne serait pas applicable » (*ibid.*) [traduction du Secrétariat].

⁵⁰⁷ Voir *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne Bis In Idem and Amnesty and Pardon)*, case n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, 3 novembre 2011, Chambre de première instance, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, par. 53. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Marguš c. Croatie* (voir *supra*, note 420), cite les déclarations d'un tiers intervenant en l'espèce qui estime que depuis la Deuxième Guerre mondiale, les États ont de plus en plus recours aux lois d'amnistie (par. 110). Bien que le nombre de nouvelles lois d'amnistie excluant les crimes internationaux ait augmenté, il en va de même du nombre d'amnisties incluant de tels crimes.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ *Barrios Altos c. Pérou* (voir *supra*, note 420), par. 41. Voir aussi *Massacres d'El Mozote et des lieux voisins c. El Salvador*, arrêt du 25 octobre 2012, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 252, par. 283 à 286.

⁵¹⁰ *Almonacid Arellano et autres c. Chili* (voir *supra*, note 418), par. 114. Voir aussi *ibid.*, par. 129.

droit international coutumier »⁵¹¹. Dans l'affaire *Marguš c. Croatie*, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté de façon plus prudente que « le droit international tend de plus en plus » à considérer les amnisties pour des violations graves des droits fondamentaux de l'homme comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de tels crimes. Cependant, la Cour a noté que des amnisties étaient possibles lorsqu'elles s'accompagnaient de circonstances particulières telles qu'un processus de réconciliation et/ou une forme de réparation pour les victimes, tout en affirmant que de telles circonstances n'étaient pas présentes en l'espèce⁵¹².

295. Cette pratique complexe est ainsi résumée dans les « principes directeurs de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité » (*the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*) :

Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis lors de conflits armés non internationaux ont été définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et là où elle a compétence, la Cour peut poursuivre les auteurs de ces crimes. Cette évolution, ainsi que la jurisprudence des tribunaux internationaux et les avis émanant d'organes faisant autorité ont permis de mieux préciser la nature de ces infractions et contribué à un corpus d'opinion étayant l'existence d'une interdiction coutumière des amnisties à l'égard des crimes internationaux. Néanmoins, d'autres sources d'*opinio juris* provenant de juridictions internes et mixtes ainsi que la pratique des États en matière d'amnistie ne reflètent pas une interdiction coutumière bien établie, explicite et catégorique des amnisties à l'égard des crimes internationaux [traduction du Secrétariat]⁵¹³.

296. Par voie de conséquence, de nombreux publicistes estiment difficile de conclure à l'existence d'un consensus sur le point de savoir si une interdiction totale des amnisties, même pour des crimes graves, est devenue une règle coutumière du droit international⁵¹⁴. Ils considèrent au contraire qu'il faut tenir compte de divers facteurs propres à chaque situation, s'agissant par exemple de savoir si les dispositions particulières de l'amnistie reviennent à accorder une amnistie générale ou si elles posent certaines conditions, ou excluent les principaux responsables des crimes commis⁵¹⁵.

297. Dans un souci de cohérence avec les précédents traités portant sur des infractions, le Rapporteur spécial est d'avis que le présent projet d'articles ne

⁵¹¹ *Zimbabwe Human Rights ONG Forum c. Zimbabwe*, communication n° 245/02, décision du 15 mai 2006, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par. 201.

⁵¹² *Marguš c. Croatie* (voir *supra*, note 420), par. 139.

⁵¹³ *The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (voir *supra*, note 491), principe 6 d). Voir aussi L. Mallinder, « The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65 (juillet 2016), p. 645 à 680.

⁵¹⁴ Voir, par exemple, R. Cryer et autres, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3^e édition, Cambridge University Press, 2014, p. 570 à 572; et O'Keefe (*supra*, note 501), p. 468 à 469 et 474.

⁵¹⁵ Voir *the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (*supra*, note 491), principes 7 et 8. Voir aussi *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections* (*supra*, note 507), par. 52, décision dans laquelle les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens constatent que certaines amnisties conditionnelles ont été largement approuvées, par exemple en Afrique du Sud où des amnisties ont été accordées dans le cadre d'un processus de réconciliation.

devrait pas aborder la question des amnisties en droit interne. Toute amnistie accordée par un État devrait être évaluée à la lumière des obligations incombant à cet État en vertu, notamment, des projets d'articles 9 et 14, et du droit international coutumier tel qu'il existe actuellement ou évoluera à l'avenir. Il faut en outre rappeler qu'une amnistie au plan national n'interdirait pas l'engagement de poursuites contre l'auteur d'un crime contre l'humanité par un tribunal pénal international compétent ou un État étranger ayant une compétence prescriptive à l'égard de ce crime.

Chapitre IX

Préambule

298. Un préambule au présent projet d'articles pourrait mettre en évidence plusieurs éléments fondamentaux qui motivent et justifient celui-ci : le fait qu'au cours de l'histoire, des crimes contre l'humanité qui heurtent profondément la conscience humaine ont été commis, causant des préjudices et des souffrances extrêmes à des enfants, des femmes et des hommes; le fait que de tels crimes menacent la paix et la sécurité internationales; la volonté de punir les auteurs de tels crimes, y compris par des mesures prises à l'échelon national et en s'appuyant sur une coopération interétatique; la valeur que revêt toute sanction comme moyen de prévenir la répétition de tels crimes; et, partant, le devoir des États d'exercer leur juridiction pénale sur les responsables de tels crimes. De plus, le préambule est l'endroit approprié pour réaffirmer les buts et principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, notamment les règles relatives à l'emploi de la force et la non-intervention, dont le présent projet d'articles tient dûment compte et qu'il ne vise pas à modifier.

299. Certains instruments existants donnent des orientations à cet égard. Le préambule de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide contient notamment les alinéas suivants :

[Les Parties contractantes]

Reconnaissant qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité,

Convaincues que pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux la coopération internationale est nécessaire [...]

300. Le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale se lit ainsi aux alinéas pertinents :

[Les États Parties au présent Statut]

Ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux,

Réaffirmant les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance

politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Soulignant à cet égard que rien dans le présent Statut ne peut être interprété comme autorisant un État Partie à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État [...]

301. Sur la base des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose le projet de préambule suivant :

Projet de préambule

Ayant à l'esprit que tout au long de l'histoire, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes de crimes qui heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que de tels crimes contre l'humanité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Affirmant que les crimes contre l'humanité, qui sont parmi les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale, ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction pénale les responsables de crimes internationaux,

Réaffirmant les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Soulignant à cet égard que rien dans le présent projet d'articles ne peut être interprété comme autorisant un État à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État.

Chapitre X

Clauses finales d'une convention

A. Clauses finales dans les travaux de la Commission

302. Ainsi qu'il est prévu dans le plan de travail sur le présent sujet, l'objectif de la Commission est « d'élaborer des projets d'article qui auraient vocation à devenir une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité⁵¹⁶ ». Pareille convention devrait à un moment donné être assortie de clauses finales, lesquelles pourraient notamment porter sur l'adoption et l'authentification du traité, le dépositaire, la participation au traité, la signature, les moyens d'exprimer le consentement à être lié, l'application provisoire, les réserves, les déclarations, les notifications, l'entrée en vigueur, l'enregistrement et la publication, les textes authentiques, les amendements, la durée de vie et la dénonciation⁵¹⁷.

303. Si le statut de la CDI n'autorise pas expressément la Commission à soumettre à l'Assemblée générale les clauses finales d'un projet de convention, il ne limite pas non plus les types de projet d'articles qu'elle peut lui présenter. L'article 22 du statut prévoit seulement que la Commission prépare le « texte final » d'un projet, ainsi qu'un rapport explicatif qu'elle soumet avec ses recommandations, et le paragraphe 1 c) de l'article 23 dispose que la Commission peut recommander le projet aux membres en vue de la conclusion d'une convention, sans cependant délimiter le contenu de celui-ci.

304. Toutefois, en pratique, la Commission a soumis à l'approbation de l'Assemblée générale les clauses finales de deux projets de convention seulement, qui portaient respectivement sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir et l'élimination des cas d'apatridie dans l'avenir⁵¹⁸, deux domaines du droit international qui figuraient parmi ceux que la Commission avait décidé de codifier. En 1950, ayant pris note des recommandations de la Commission, le Conseil économique et social a prié celle-ci de rédiger deux conventions⁵¹⁹. À sa sixième session, en 1954, la Commission a adopté le projet de convention sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir et le projet de convention sur l'élimination des cas d'apatridie dans l'avenir, tous deux assortis de clauses finales.

305. Compte tenu de cette pratique, le Rapporteur spécial ne recommande pas que la Commission adopte des projets d'article destinés à servir de clauses finales d'une convention. Néanmoins, étant donné les travaux que la Commission a précédemment menés sur les réserves et la possibilité que les États souhaitent des orientations complémentaires à ce sujet dans le contexte particulier d'une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, le reste de ce chapitre porte sur les différentes manières d'envisager la question des réserves dans une clause finale.

⁵¹⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, p. 145, annexe B, par. 3.

⁵¹⁷ Voir *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux* (Publication des Nations Unies, numéro de vente F.06.V.3), à consulter à l'adresse : <https://treaties.un.org/doc/source/publications/fc/french.pdf>.

⁵¹⁸ *Annuaire ... 1954*, vol. II, document A/CN.4/81, p. 26.

⁵¹⁹ Résolution 304 D (XI) du Conseil économique et social, du 17 juillet 1950; résolution 319 B (XI) du Conseil économique et social, du 11 août 1950.

B. Conciliation des intérêts dans le contexte des réserves à un traité

306. La Commission a déjà examiné la question des réserves dans le contexte du droit des traités de manière générale, notamment dans la Convention de Vienne de 1969 (art. 19 à 23), la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités (art. 20) et la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, ainsi que, plus récemment, dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, établi en 2011⁵²⁰. Combinant les définitions de la Convention de Vienne de 1969⁵²¹ et de la Convention de Vienne de 1986⁵²², dans la directive 1.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a défini les réserves comme suit :

L'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation⁵²³.

307. La Commission a constaté que les réserves étaient consubstantielles au consentement d'un État à être lié par un traité et favorisaient grandement le consensus à l'égard des traités multilatéraux, ainsi que la participation à ceux-ci⁵²⁴. Lorsqu'elles sont bien formulées, les réserves permettent aux États de participer à un traité sans préjudice de leur droit interne et de leur système politique. Cette marge de manœuvre est tout particulièrement importante en ce qui concerne les traités et les conventions qui encouragent l'adoption de lois internes⁵²⁵. De surcroît,

⁵²⁰ Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10/Add.1)*.

⁵²¹ Article 2, par. 1 d) (« L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État. »).

⁵²² Article 2, par. 1 d) (« L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation. »).

⁵²³ Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520).

⁵²⁴ *Ibid.*, directive 4.3 et commentaire y afférent. Voir aussi la résolution 68/111 de l'Assemblée générale, du 16 décembre 2013, préambule (« Sachant que les réserves aux traités peuvent contribuer au juste équilibre entre l'objectif consistant à préserver l'intégrité des traités multilatéraux et celui tendant à favoriser une large participation à ces derniers. »).

⁵²⁵ Dans son guide de la pratique sur les réserves aux traités de 2011, la Commission fait observer que bien souvent, un État formule une réserve parce que le traité lui impose des obligations incompatibles avec son droit interne, qu'il n'est pas en mesure de modifier, au moins dans un premier temps. La Commission a rédigé la directive 3.1.5.5, sur les réserves relatives au droit interne, pour « établir que, contrairement à une idée fautive mais assez répandue, une réserve n'est pas non valide du seul fait qu'elle vise à préserver l'intégrité de normes particulières du droit interne – étant entendu que, comme toute réserve, celles qui poursuivent un tel objectif doivent

la Commission a conclu que rien ne justifiait d'appliquer des règles différentes aux réserves formulées à l'égard de traités relatifs aux droits de l'homme, jugeant que, même à l'égard de droits essentiels, les États pouvaient formuler des réserves pour autant qu'elles n'excluaient pas la protection des droits en question et n'avaient pas pour effet de modifier leur régime juridique d'une manière excessive⁵²⁶.

308. Cela étant, dans le contexte des traités relatifs aux droits de l'homme⁵²⁷, certains États, organes conventionnels⁵²⁸ et commentateurs ont dit craindre que la formulation de réserves générales et de portée illimitée ne porte atteinte à l'intégrité du traité. Ainsi, d'aucuns se sont dits préoccupés⁵²⁹ par la portée et les effets des réserves formulées à l'égard de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Dans un rapport établi à l'issue de ses dix-huitième et dix-neuvième sessions, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a adopté une déclaration sur les réserves dans lesquelles il s'est dit préoccupé par le nombre et la teneur des réserves exprimées à l'égard de la Convention et, notamment, par le fait que certaines étaient formulées en termes tellement généraux qu'elles ne pouvaient être circonscrites à des

être compatibles avec l'objet et le but du traité sur lequel elles portent » (Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 7) du commentaire de la directive 3.1.5.5). La Commission a également fait observer que la préoccupation de l'État ou de l'organisation internationale de préserver leur liberté d'action alors même qu'ils acceptent en principe de la limiter en se liant par un traité est particulièrement manifeste dans deux situations : « soit lorsque le traité dont il s'agit touche des domaines spécialement sensibles ou comporte des obligations exceptionnellement contraignantes, soit lorsqu'il lie des États se trouvant dans des situations très différentes et aux besoins desquels une réglementation uniforme ne répond pas forcément » (ibid., par. 1) du commentaire de la directive 1.7.1).

⁵²⁶ Ibid., par. 5) à 9) du commentaire de la directive 3.1.5.6. Dans le même ordre d'idées, Edward Swaine fait observer que « si les réserves, par définition, visent à remettre en cause les obligations contractuelles des États, ceux-ci sont néanmoins présumés libres d'en formuler. En général, les États formulent une réserve pour adapter le traité à la législation interne ou à la situation politique du pays, et sur un point qui présente un grand intérêt au niveau local (et, heureusement, peu d'intérêt au niveau international » (E. T. Swaine, « Treaty reservations », dans Hollis (voir *supra*, note 309), p. 277 à 303). M. Schabas ajoute que « l'article 27 ne saurait être invoqué dans le contexte de la légalité des réserves. En général, les États formulent des réserves justement parce que le traité n'est pas compatible avec leur droit interne. De fait, le Comité des droits de l'homme a expressément incité les États à indiquer précisément quelles dispositions législatives ou pratiques internes ils jugent incompatibles avec l'obligation énoncée dans le Pacte qui fait l'objet de sa réserve » (W. A. Schabas, « Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform », *Annuaire canadien de droit international*, vol. XXXII (1994), p. 39 à 82, p. 59) [traduction du Secrétariat].

⁵²⁷ Voir le rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, supplément n° 40 (A/50/40, annexe)*, observations du Royaume-Uni, par. 3.

⁵²⁸ Voir l'observation générale n° 24 (1994) du Comité des droits de l'homme, sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6).

⁵²⁹ Voir W. A. Schabas, « Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the rights of the child », *William and Mary Journal of Women and the Law*, vol. 3, n° 1 (printemps 1997), p. 79 à 112, à la page 80. Malgré ces critiques, M. Schabas fait observer que « dans bien des cas, ces réserves sont relativement précises et ont une portée limitée, de sorte qu'elles laissent l'instrument pour l'essentiel intact. De fait, l'intention des auteurs était de permettre la formulation de réserves mineures afin d'encourager la ratification par le plus grand nombre, et cet objectif a été atteint » (ibid., p. 110) [traduction du Secrétariat].

dispositions précises⁵³⁰. Les auteurs de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, adoptés en 1993 à l'issue de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, ont vivement engagé les États à éviter dans toute la mesure possible de recourir aux réserves⁵³¹.

309. Les réserves peuvent donc, dans une large mesure, être considérées comme un mécanisme visant à encourager le plus grand nombre d'États à participer à un traité (en leur permettant d'ajuster les obligations mises à leur charge à leur droit interne, difficile à changer)⁵³² tout en préservant l'intégrité des objectifs de l'instrument (en limitant ou en interdisant certains ajustements). Dans ses conclusions sur le dialogue réservataire, la Commission a fait observer qu'il fallait garder à l'esprit « la nécessité d'atteindre un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité des traités multilatéraux et de participation la plus large possible à ces traités⁵³³ ».

C. Approches adoptées au regard des réserves dans les traités existants

310. En ce qui concerne les réserves, il existe semble-t-il au moins cinq approches différentes. Cela étant, le traité est toujours régi d'abord par ses propres dispositions concernant les réserves, s'il en contient, et ensuite par les dispositions pertinentes des instruments de droit international conventionnel ou coutumier.

311. Premièrement, le traité peut être entièrement muet à l'égard des réserves, comme c'est le cas de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, des Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou bien contenir une disposition les autorisant⁵³⁴.

⁵³⁰ Voir le Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 38 (A/53/38/Rev.1)*, p. 49 à 52.

⁵³¹ Voir la Déclaration et le Programme d'action de Vienne [A/CONF.157/24 (Part I)], sect. I, par. 26. Ainsi qu'il ressort de la section II de la Déclaration, « [l]a Conférence mondiale sur les droits de l'homme encourage les États à envisager de limiter la portée des réserves qu'ils formulent à l'égard des instruments internationaux en la matière, à formuler toutes réserves avec autant de précision et de circonspection que possible, à veiller à ce qu'aucune ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité en cause et à examiner régulièrement les réserves qu'ils auraient formulées en vue de les retirer » (ibid., chap. II, par. 5).

⁵³² Ainsi, dans le Guide de 2011 sur la pratique des réserves aux traités, la Commission a cité la réserve formulée par le Mozambique à l'égard de la Convention internationale contre la prise d'otages comme un exemple de réserves relatives à l'application du droit interne « qui ne se heurtent à aucune objection et n'en ont appelé aucune » (Guide sur la pratique des réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 4) du commentaire de la directive 3.1.5.5). Le Mozambique a déclaré que sa constitution et son droit interne lui interdisaient d'extrader ses citoyens (ibid., dernière note du paragraphe 4) du commentaire de la directive 3.1.5.5).

⁵³³ Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), annexe, p. 631.

⁵³⁴ Voir, par exemple, la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, art. 14, par. 1 (« Au moment de la signature définitive, de la ratification de la présente Convention ou de tout amendement y relatif, ou de l'adhésion à ladite Convention, un État partie peut formuler des réserves »).

312. Deuxièmement, le traité peut être généralement muet à l'égard des réserves, mais néanmoins autoriser celles (parfois présentées sous forme de déclarations) qui concernent le mécanisme de règlement des différends. C'est le cas de la plupart des traités⁵³⁵ portant sur des infractions de droit interne, parmi lesquels la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁵³⁶, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁵³⁷, la Convention internationale contre la prise d'otages⁵³⁸, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵³⁹, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁵⁴⁰, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁵⁴¹, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme⁵⁴², la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁵⁴³ et les protocoles y afférents, et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁵⁴⁴. Ce type de traité n'exclut pas nécessairement la possibilité que d'autres réserves soient formulées⁵⁴⁵. Simplement,

⁵³⁵ Il existe certaines exceptions, notamment la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (dont l'article 9 interdit toutes réserves), la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (dont le paragraphe 1 de l'article 26 interdit toutes réserves), la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (muette au sujet des réserves) et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (muet au sujet des réserves).

⁵³⁶ Article 12, par. 2 (« Chaque État pourra, au moment où il signera ou ratifiera la présente Convention ou y adhérera, déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe précédent. Les autres États contractants ne seront pas liés par lesdites dispositions envers tout État contractant qui aura formulé une telle réserve. »).

⁵³⁷ Article 13 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁵³⁸ Article 16 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁵³⁹ Article 30 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs). L'article 28 prévoit que les États peuvent déclarer qu'ils ne reconnaissent pas la compétence accordée au Comité aux termes de l'article 20. Au contraire, l'article 30 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants interdit toutes réserves.

⁵⁴⁰ Article 22 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁵⁴¹ Article 20 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁵⁴² Article 24 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁵⁴³ Article 35 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

⁵⁴⁴ Article 42 (libellé presque identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs). À la cinquième session du groupe de travail intersessions à composition non limitée, le Président a signalé que les États parties auraient le droit de formuler des réserves au moment de l'adhésion, étant entendu que celles-ci devraient être conformes au droit international (Commission des droits de l'homme, Rapport du groupe de travail intersessions à composition non limitée chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2006/57), par. 160).

⁵⁴⁵ Aux paragraphes a) et b) de son article 19, la Convention de Vienne de 1969 pose que les États peuvent formuler des réserves, à moins que celles-ci ne soient interdites par le traité ou que le

il pose clairement que les réserves formulées à l'égard du mécanisme de règlement des différends relatifs au traité ne privent pas le traité de son objet et de son but.

313. Troisièmement, le traité peut expressément autoriser les réserves à l'égard de certains articles, mais interdire les autres. C'est le cas de l'Acte général révisé de 1949 pour le règlement pacifique des différends internationaux⁵⁴⁶, de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961⁵⁴⁷, de la Convention sur les substances psychotropes de 1971⁵⁴⁸, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites. Ces dispositions n'abordent pas la question des traités qui autorisent des réserves déterminées, mais sont muets quant aux autres. Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a dit ce qui suit : « Une lecture rapide de l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne pourrait donner à penser qu'il est l'une des faces de la médaille dont l'alinéa *a* serait l'autre. La symétrie cependant est loin d'être totale. Pour qu'elle existe, il eût fallu que l'on prévienne qu'une réserve autre que celles expressément prévues par le traité est interdite. Mais tel n'est pas le cas : l'alinéa *b* comporte deux précisions supplémentaires qui interdisent des simplifications abusives; l'interdiction implicite de certaines réserves résultant de cette disposition, bien plus complexe qu'elle le paraît, suppose que trois conditions soient remplies : a) La clause de réserve figurant dans le traité doit envisager la formulation de réserves; b) Les réserves en question doivent être "déterminées"; et c) Il doit être spécifié que "seules" elles "peuvent être faites". » (Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 1) du commentaire de la directive 3.1.2).

⁵⁴⁶ Article 39, par. 1 et 2 (« 1. Indépendamment de la faculté mentionnée à l'article précédent, une Partie pourra, en adhérant au présent Acte général, subordonner son acceptation aux réserves limitativement énumérées dans le paragraphe suivant. Ces réserves devront être indiquées au moment de l'adhésion. 2. Ces réserves pourront être formulées de manière à exclure des procédures décrites par le présent Acte : a) Les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la Partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre Partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend; b) Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États; c) Les différends portant sur des affaires déterminées, ou des matières spéciales nettement définies, telles que le statut territorial, ou rentrant dans des catégories bien précisées. »).

⁵⁴⁷ Article 50 (« 1. Aucune réserve n'est autorisée en dehors des réserves faites conformément à l'article 49 ou aux paragraphes suivants. 2. Tout État peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, faire des réserves sur les dispositions suivantes de la présente Convention : par. 2 et 3 de l'article 12; par. 2 de l'article 13; par. 1 et 2 de l'article 14; al. *b* du paragraphe 1 de l'article 31; et art. 48. 3. Tout État qui désire devenir Partie à la Convention mais qui veut être autorisé à faire des réserves autres que celles qui sont énumérées au paragraphe 2 du présent article ou à l'article 49 peut aviser le Secrétaire général de cette intention. À moins qu'à l'expiration de douze mois après la date de la communication de la réserve en question par le Secrétaire général, un tiers des États qui ont ratifié la Convention ou y ont adhéré avant la fin de ladite période n'aient élevé des objections contre elle, elle sera considérée comme autorisée, étant entendu toutefois que les États qui auront élevé des objections contre cette réserve n'auront pas à assumer à l'égard de l'État qui l'a formulée d'obligation juridique découlant de la présente Convention, sur laquelle porte la réserve. »).

⁵⁴⁸ Article 32 (« 1. Aucune réserve n'est autorisée en dehors des réserves faites conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article. 2. Tout État peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, faire des réserves sur les dispositions suivantes de la présente Convention : a) art. 19, par. 1 et 2; b) art. 27; et c) art. 31. 3. Tout État qui désire devenir Partie à la Convention, mais qui veut être autorisé à faire des réserves autres que celles qui sont énumérées aux paragraphes 2 et 4, peut aviser le Secrétaire général de cette intention. À moins qu'à l'expiration de douze mois après la date de la communication de la réserve en question par le Secrétaire général, un tiers des États qui ont signé sans réserve de ratification ou ratifié la Convention ou y ont adhéré avant la fin de ladite période n'aient élevé des objections contre elle, elle sera considérée comme autorisée, étant entendu toutefois que les États qui auront élevé des

de 1982⁵⁴⁹, du Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort⁵⁵⁰, et de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de 1992⁵⁵¹.

314. Quatrièmement, le traité peut expressément interdire les réserves à l'égard de tel ou tel article ou catégorie d'articles, mais autoriser les autres réserves. C'est le cas, notamment, de la Convention relative au statut des réfugiés⁵⁵², de la Convention de 1958 sur le plateau continental⁵⁵³ et de l'Accord international de 1977 sur le sucre⁵⁵⁴.

315. Dans le même ordre d'idées, certains traités interdisent les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité, mais autorisent les autres. À titre d'exemple, on peut citer la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁵⁵⁵, la Convention pour l'élimination de toutes

objections contre cette réserve n'auront pas à assumer à l'égard de l'État qui les a formulées l'obligation juridique découlant de la présente Convention, sur laquelle porte la réserve. »).

⁵⁴⁹ Article 309 (« La Convention n'admet ni réserves ni exceptions autres que celles qu'elle autorise expressément dans d'autres articles. »). En réalité, aucun article de la Convention n'autorise expressément les réserves, quoique l'article 298 prévoit qu'un État peut déclarer par écrit qu'il n'accepte pas les procédures de règlement des différends en ce qui concerne certaines catégories de différends. L'article 310 dispose que rien n'interdit à un État de faire des déclarations interprétatives « à condition que ces déclarations ne visent pas à exclure ou à modifier l'effet juridique des dispositions de la Convention dans leur application à cet État ».

⁵⁵⁰ Article 2, par. 1 (« Il ne sera admise aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre. »).

⁵⁵¹ Article 21, par. 1 (« Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, formuler une ou plusieurs réserve(s) aux paragraphes 2 à 5 de l'Article 7 de la présente Charte. Aucune autre réserve n'est admise. »).

⁵⁵² Article 42 (« 1. Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1, 3, 4, 16 (1), 33, 36 à 46 inclus. 2. Tout État contractant ayant formulé une réserve conformément au paragraphe 1 de cet article pourra à tout moment la retirer par une communication à cet effet adressée au Secrétaire général des Nations Unies. »). Voir aussi la Convention relative au statut des apatrides, art. 38.

⁵⁵³ Article 12 (« Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1 à 3 inclus. 2. Tout État contractant ayant formulé des réserves conformément au paragraphe précédent pourra à tout moment les retirer par une communication à cet effet adressée au Secrétaire général de l'organisation des Nations Unies. »).

⁵⁵⁴ Le paragraphe 3 de l'article 78 dispose notamment que « [t]out gouvernement qui remplit les conditions requises pour devenir Partie au présent Accord peut, lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, formuler des réserves qui ne touchent pas à l'application des dispositions économiques du présent Accord ».

⁵⁵⁵ Article 20, par. 2 (« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée non plus qu'une réserve qui aurait pour effet de paralyser le fonctionnement de l'un quelconque des organes créés par la Convention. Une réserve sera considérée comme rentrant dans les catégories définies ci-dessus si les deux tiers au moins des États Parties à la Convention élèvent des objections. »). Pour des objections à la formulation retenue aux fins de cette Convention, voir le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel la Commission fait observer ce qui suit : « Force est cependant de reconnaître que de telles clauses, pour séduisantes qu'elles puissent apparaître intellectuellement, sont, de toute manière, loin de résoudre tous les problèmes : en pratique elles n'incitent pas les États parties à faire preuve de la vigilance particulière à laquelle on pourrait s'attendre et elles laissent d'importantes questions

les formes de discrimination à l'égard des femmes⁵⁵⁶, la Convention sur les droits de l'enfant⁵⁵⁷ et la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme⁵⁵⁸. Le critère de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité a été établi par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif de 1951 relatif aux *Réserves à la Convention pour la punition et la répression du crime de génocide*⁵⁵⁹, dans lequel la Cour a estimé que « l'objet et le but » de la Convention limitaient tant la liberté d'apporter des réserves que celle d'y objecter⁵⁶⁰. Ce critère a été repris au paragraphe c) de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, et la Commission l'a examiné dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités de 2011⁵⁶¹.

316. Il existe également des traités qui interdisent les « réserves générales », l'objectif étant d'empêcher la formulation de réserves vagues dont les effets sont peu clairs et donc difficiles à évaluer⁵⁶². Entrent dans cette catégorie la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁶³, la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture⁵⁶⁴ et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes⁵⁶⁵.

sans réponse. ». (Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 4) du commentaire de la directive 3.2).

⁵⁵⁶ Article 28, par. 2 (« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée. »).

⁵⁵⁷ Article 51, par. 2 (« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée. »).

⁵⁵⁸ Article 19, par. 4 (« Aucun État Partie ne peut émettre des réserves incompatibles avec les objectifs de la présente Convention. »).

⁵⁵⁹ Réserves à la Convention sur le génocide, Avis consultatif : C. I. J. Recueil 1951, p. 15. Certains spécialistes sont d'avis que cet avis consultatif doit être le « point de départ » de toute étude consacrée aux réserves aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Voir Schabas, « Reservations to human rights treaties ... » (*supra*, note 526), p. 45.

⁵⁶⁰ Réserves à la Convention sur le génocide (voir note précédente), p. 24. En outre, selon la Cour, « c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire une objection » (*ibid.*).

⁵⁶¹ Voir, par exemple, le Guide de la pratique sur les réserves aux traités (*supra*, note 520), directive 3.1.5, « Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité » (« Une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité si elle porte atteinte à un élément essentiel du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise. »).

⁵⁶² *Ibid.*, directive 3.1.5.2, « Réserves vagues ou générales » (« Une réserve doit être rédigée en des termes permettant d'en apprécier la signification, afin d'en déterminer en particulier la compatibilité avec l'objet et le but du traité. »).

⁵⁶³ Article 57 (« 1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause. »).

⁵⁶⁴ Article 21 (« Tout État partie peut formuler des réserves à la présente Convention au moment de l'adopter, de la signer, de la ratifier ou d'y adhérer, à la condition que ces réserves ne soient pas incompatibles avec l'objet et les fins de la Convention, et portent sur une ou plusieurs dispositions particulières. »).

⁵⁶⁵ Article XIX (« Les États peuvent formuler leurs réserves sur la présente Convention au moment de l'approuver, d'y souscrire, de la ratifier ou d'y adhérer dans la mesure où ces réserves ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but de cet instrument et portent sur une ou plusieurs dispositions particulières. »).

317. Cinqüièmement, le traité peut interdire toutes les réserves⁵⁶⁶. Pour déterminer si un traité donné interdit véritablement toutes les réserves, il faut se pencher sur la question de savoir s'il prévoit le recours à d'autres mécanismes⁵⁶⁷ ou procédés⁵⁶⁸ permettant d'exclure les effets juridiques de certaines dispositions. Parmi les traités qui n'admettent aucune réserve, on peut citer le Protocole de Kyoto de 1997 à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁵⁶⁹ et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁵⁷⁰. De manière générale, hormis quelques instruments adoptés à l'échelle régionale ou sous-régionale⁵⁷¹, les traités qui n'admettent aucune réserve ne sont pas axés sur la manière dont les États parties doivent régir les questions relatives aux personnes ou aux biens se trouvant sur son territoire; ceux qui font exception à cette règle sont rares et ne concernent pas la juridiction pénale⁵⁷².

318. En ce qui concerne le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, l'interdiction de formuler des réserves semble être étroitement liée à la volonté de créer une institution internationale ayant exactement la même relation juridique

⁵⁶⁶ Voir le Guide de la pratique sur les réserves aux traités (*supra*, note 520), directive 3.1.1.

⁵⁶⁷ De nombreux traités portant sur l'environnement ou le droit du travail prévoient un « traitement différencié ». Voir L. R. Helfer, « Not fully committed? Reservations, risk and treaty design », *Yale Journal of International Law*, vol. 31, n° 2 (été 2006), p. 367 à 382, à la page 377. Voir aussi le Guide de la pratique sur les réserves aux traités (*supra*, note 520), directive 1.1.6 et directive 1.7 (« Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives »). Les auteurs du Guide citent le conseiller juridique du Bureau international du Travail, qui, à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités tenue en 1968, a déclaré que les réserves aux conventions internationales du travail étaient incompatibles avec le but et l'objet de ces conventions et inapplicables au cas de l'OIT, en raison de sa qualité d'institution tripartite, mais qu'il fallait néanmoins faire preuve d'une grande souplesse pour appliquer certaines conventions internationales du travail dans des circonstances extrêmement variées. (Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 3) du commentaire de la directive 1.1.6).

⁵⁶⁸ M. Swaine fait observer qu'un certain nombre de traités, notamment des traités portant sur le commerce, l'environnement et la maîtrise des armements, semblent à première vue interdire toutes réserves, mais lorsqu'on les examine de plus près, ils autorisent en réalité les réserves se rapportant à des accords afférents au traité ou aux dispositions techniques et dynamiques (Swaine (voir *supra*, note 526), p. 290).

⁵⁶⁹ Article 26 (« Aucune réserve ne peut être faite au présent Protocole. »).

⁵⁷⁰ Article 120 (« Le présent Statut n'admet aucune réserve. »). L'article 124 du Statut de Rome contient néanmoins une disposition transitoire autorisant les États à ne pas accepter pour une période de sept ans la compétence de la Cour en ce qui concerne les crimes de guerre.

⁵⁷¹ Voir, par exemple, le Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, modifié par le Protocole n° 11, art. 4, et la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, art. 21.

⁵⁷² Voir, par exemple, la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, art. 9; le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, art. 18; la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, art. 19; et la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, art. XXII (les réserves aux annexes de la Convention étant néanmoins autorisées pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de celles-ci). Cela étant, il existe des traités interdisant les réserves qui ont trait à la juridiction pénale de l'État. Voir la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, art. 9, et la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, art. 26.

avec tous les États parties. Dans le projet de statut, la Commission a fait observer ce qui suit : « Le projet de statut a été conçu comme une structure d'un seul tenant, dans laquelle un équilibre a été instauré entre différents éléments et critères nécessaires au fonctionnement de la cour : il doit s'appliquer dans son ensemble. Ces considérations tendent à étayer l'idée qu'il ne faudrait pas autoriser de réserves au statut et au traité auquel il sera joint ou bien qu'il faudrait sinon en limiter la portée⁵⁷³. ». Bien entendu, l'interdiction complète des réserves n'empêche pas les controverses au moment de la ratification du traité, les États pouvant toujours formuler une « déclaration » visant à modifier unilatéralement les obligations qui leur sont faites. Ainsi qu'un spécialiste l'a fait observer dans un commentaire du Statut de Rome, interdire les réserves dans l'espoir d'éviter les problèmes qu'elles font naître est une solution faussement simple⁵⁷⁴. De fait, l'Allemagne, le Danemark, la Finlande, l'Irlande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède ont formulé des objections à la déclaration interprétative faite par l'Uruguay à l'égard du Statut de Rome au motif qu'elle s'apparentait, au fond, à une réserve⁵⁷⁵.

319. Les traités autorisant les réserves peuvent obliger les États parties à motiver les réserves qu'ils formulent. Aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, toute réserve « comporte un bref exposé de la loi en cause⁵⁷⁶ ». Tout en étant consciente de la nature de *lex specialis* de cette convention et du fait que ni la Convention de Vienne de 1969, ni la Convention de Vienne de 1986⁵⁷⁷ n'imposent d'exposer les motifs d'une réserve, la Commission a conclu qu'il y avait des « avantages évidents » à ce faire⁵⁷⁸, et la directive 2.1.2 pose

⁵⁷³ *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 74, appendice I, par. 3 e). La Commission a également fait observer ce qui suit : « [Q]ue le projet de statut soit ou non considéré comme un "acte constitutif d'une organisation internationale" au sens du paragraphe 3 de l'article 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il est certainement très proche d'un acte constitutif et les considérations qui ont induit les auteurs à exiger l'acceptation de "l'organe compétent de cette organisation" au paragraphe 3 de l'article 20 s'appliquent ici de façon assez similaire » (ibid.).

⁵⁷⁴ Voir Schabas, *The International Criminal Court (supra, note 257)*, p. 1489. Dans un commentaire qu'il n'a pas rédigé en sa qualité de rapporteur spécial, M. Pellet a fait observer qu'« autoriser certaines réserves bien délimitées n'aurait pas nécessairement nui aux objectifs fondamentaux visés, et aurait certainement facilité la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale par les États qui, de bonne foi, s'efforcent de surmonter des obstacles constitutionnels liés à des questions techniques n'ayant en fin de compte qu'une importance secondaire » [traduction du Secrétariat] (A. Pellet, "Entry into force and amendment of the Statute", dans A. Cassese, P. Gaeta et J. R. W. D. Jones (dir. publ.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 156).

⁵⁷⁵ Voir Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général (à consulter à l'adresse : <http://treaties.un.org/>), chap. XVIII.10. La déclaration interprétative se lit en partie comme suit : « En sa qualité d'État Partie au Statut de Rome, la République orientale de l'Uruguay veillera à l'application dudit Statut en exerçant pleinement les pouvoirs qui appartiennent à l'État en vertu de ses différentes compétences et en respectant strictement l'ordre constitutionnel de la République. ». Cette déclaration a été retirée par une communication du 26 février 2008.

⁵⁷⁶ Voir la Convention européenne des droits de l'homme, art. 57, par. 2.

⁵⁷⁷ La Commission a fait observer ce qui suit : « Ni les travaux de la Commission sur le droit des traités, ni les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'imposent, d'une façon ou d'une autre, qu'un État ou une organisation internationale qui formule une réserve motive celle-ci et indique les raisons pour lesquelles il lui semble nécessaire d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers. ». (Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 1) du commentaire de la directive 2.1.2).

⁵⁷⁸ Ibid., par. 8) du commentaire de la directive 2.1.2.

qu'« [u]ne réserve devrait, autant que possible, indiquer les motifs pour lesquels elle est formulée⁵⁷⁹ ».

320. D'autres mécanismes que les réserves permettent aux États et aux organisations internationales de moduler les obligations mises à leur charge par un traité auquel ils sont partie, notamment les clauses restrictives⁵⁸⁰, les clauses d'exception⁵⁸¹, les clauses facultatives (clauses d'« *opting-in* » ou de « *contracting-in* »)⁵⁸², les clauses d'exception (clauses d'« *opting-out* » ou de « *contracting-out* »)⁵⁸³, les clauses qui donnent aux parties le choix entre plusieurs dispositions, ou encore celles qui permettent de modifier le traité ou d'en suspendre les effets. Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a fait observer que « ces procédés, loin de constituer des invitations faites aux États d'affecter l'effectivité du traité, contribueraient plutôt à rendre le recours aux réserves moins "nécessaire" ou fréquent, en offrant des techniques conventionnelles plus souples⁵⁸⁴ ».

D. Réserves dans le contexte d'une convention sur les crimes contre l'humanité

321. Si les présents projets d'article donnent lieu à une convention, les approches exposées plus haut pourraient toutes être retenues aux fins de la rédaction d'une des clauses finales.

322. La convention pourrait être entièrement muette au sujet des réserves, ou bien autoriser expressément toutes les réserves, laissant ainsi aux États la possibilité de formuler celles qu'ils estiment nécessaires, dans le respect des règles énoncées dans les Conventions de Vienne.

323. La convention pourrait être muette au sujet des réserves, mais néanmoins donner aux États la possibilité de ne pas être liés par d'éventuelles dispositions

⁵⁷⁹ Ibid., directive 2.1.2.

⁵⁸⁰ Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « qui limitent l'objet de l'obligation en lui apportant des exceptions ou des limites quant au domaine couvert par l'obligation ou à sa validité temporelle ». (Guide de la pratique sur les réserves aux traités (voir *supra*, note 520), par. 6) du commentaire de la directive 1.7.1).

⁵⁸¹ Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « qui ont pour objet d'écarter l'application des obligations générales dans des hypothèses particulières, et parmi lesquelles on peut distinguer les clauses de sauvegarde d'une part et les dérogations d'autre part » (ibid.).

⁵⁸² Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « auxquelles les parties n'adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l'adhésion au traité dans son ensemble » (ibid.).

⁵⁸³ Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « en vertu desquelles un État sera lié par les règles adoptées à la majorité s'il n'exprime pas l'intention de ne pas être lié dans un délai donné » (ibid.).

⁵⁸⁴ Ibid., par. 1) du commentaire général de la sous-section 1.7 (« Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives »). Voir également ibid., directive 1.7.1, intitulée « Alternatives aux réserves » (« Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que : [a)] L'insertion dans le traité d'une clause visant à limiter sa portée ou son application; [b)] La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles. »).

concernant le règlement des différends, comme ce serait le cas si le projet d'article 17 (examiné plus haut, dans le chapitre consacré aux mécanismes de suivi et de règlement des différends) est adopté tel qu'il est proposé. Cette solution s'inscrirait dans le droit fil de ce qui a été fait dans d'autres traités de portée universelle. Dans ce cas, les règles conventionnelles et coutumières du droit des traités continueraient de s'appliquer, et les États ne pourraient pas formuler de réserves contraires à l'objet et au but de la convention.

324. La convention pourrait préciser lesquels de ses articles admettent les réserves et interdire les réserves relatives aux autres articles. Inversement, elle pourrait préciser lesquels de ses articles n'admettent pas les réserves et autoriser les réserves relatives aux autres articles. Dans l'un ou l'autre cas, il faudrait bien évidemment déterminer quels sont les articles à l'égard desquels les États parties jugeraient indispensable d'autoriser ou, au contraire, d'interdire les réserves.

325. On pourrait aussi adopter une disposition générale interdisant certains types de réserves, telles celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité. Si cela n'est pas à strictement parler nécessaire étant donné que pareilles réserves sont déjà interdites par le droit international, de nombreuses conventions relatives aux droits de l'homme contiennent néanmoins des dispositions de ce type, apparemment considérées comme un rappel utile pour les États parties. Préciser que toute réserve doit porter sur une disposition particulière de la convention, et ainsi interdire les réserves de caractère général, serait également une possibilité. Cela pourrait contribuer à éviter le problème des réserves « constitutionnelles », c'est-à-dire celles qui visent à subordonner un traité au droit interne de l'État réservataire dans son ensemble et dont il est difficile d'évaluer les effets sur les obligations dudit État. Enfin, on pourrait exiger que les États motivent toute réserve, ainsi que toute objection à l'égard d'une réserve formulée par un autre État, comme le fait la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce cas, on pourrait adopter une disposition libellée comme suit :

« 1. Les États peuvent, au moment de l'approbation, de la signature, de la ratification ou de l'accession, formuler des réserves à l'égard de la présente convention, [exception faite des articles...], pour autant que ces réserves ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de la convention et concernent une ou plusieurs dispositions particulières de celle-ci.

2. Les États, dans la mesure du possible, motivent toute réserve formulée conformément au paragraphe 1, ainsi que toute objection à l'égard d'une réserve. ».

326. Enfin, la convention pourrait interdire toutes les réserves. Cela permettrait d'éviter certains types de réserves modifiant radicalement les obligations imposées par l'instrument, mais aurait aussi pour résultat de priver les États de la possibilité d'adhérer à la convention sans préjudice des dispositions controversées de leur droit pénal, qui peuvent être inscrites dans la constitution et donc difficiles à modifier.

Chapitre XI

Programme de travail futur

327. S'agissant du calendrier des travaux futurs, il pourrait être envisagé d'achever l'examen du sujet en première lecture en 2017. Ou bien, si la Commission l'estime nécessaire, un quatrième rapport consacré à d'autres questions éventuelles pourrait être présenté en 2018, après quoi l'examen en première lecture pourrait être achevé.

328. Si la Commission achevait la première lecture en 2017, la seconde lecture pourrait être terminée en 2019.

Annexe I

Texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

Article 1

Champ d'application

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

Article 2

Obligation générale

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

Article 3

Définition des crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent projet d'articles, 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;
- b)* Extermination;
- c)* Réduction en esclavage;
- d)* Déportation ou transfert forcé de population;
- e)* Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;
- f)* Torture;
- g)* Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;
- h)* Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou le crime de génocide ou les crimes de guerre;
- i)* Disparition forcée de personnes;
- j)* Crime d'apartheid;
- k)* Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

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 État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime;

i) Par « disparition forcée de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexe, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

Article 4

Obligation de prévention

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

a) Mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle; et

b) La coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

Article 5

Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les actes suivants constituent des infractions au regard de son droit pénal :

a) Le fait de commettre un crime contre l'humanité;

b) Le fait de tenter de commettre un tel crime; et

c) Le fait d'ordonner, solliciter, encourager, apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour ériger ce qui suit en infractions au regard de son droit pénal :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe *a)*, le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

- i)* Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement;
 - ii)* Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs; et
 - iii)* Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.
4. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.
5. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article ne se prescrivent pas.
6. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.
7. Sous réserve des dispositions de son droit interne, tout État prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées dans le présent projet d'article. Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

Article 6

Établissement de la compétence nationale

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas suivants :
- a)* Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État;
 - b)* Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ou, si cet État le juge approprié, un apatride qui réside habituellement sur son territoire;
 - c)* Quand la victime est un ressortissant dudit État si cet État le juge approprié.
2. Tout État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas conformément au présent projet d'articles.
3. Le présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne.

Article 7

Enquête

Tout État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que

des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction.

Article 8

Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire

1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée au projet d'article 5 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise.
2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.
3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.

Article 9

Aut dedere aut judicare

L'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas cette personne à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État.

Article 10

Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions visées au projet d'article 5 jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.
2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :
 - a) De communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits;
 - b) De recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États; et

c) D'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2.

Annexe II

Texte des projets d'article et du projet de préambule proposés dans le troisième rapport

Projet d'article 11. Extradition

1. Chacune des infractions visées au projet d'article 5 est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux.

2. Aux fins de l'extradition entre États, les infractions visées au projet d'article 5 ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.

3. Si un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition émanant d'un État avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer le présent projet d'articles comme la base légale de l'extradition pour les infractions visées au projet d'article 5.

4. Un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité :

a) Utilise le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États, à moins qu'il n'informe du contraire le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles; et

b) S'il n'utilise pas le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États afin d'appliquer le présent projet d'article.

5. Les États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent projet d'article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.

6. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extradier et aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition.

7. Les États s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions visées au projet d'article 5.

8. Si nécessaire, les infractions visées au projet d'article 5 sont considérées, aux fins de l'extradition entre États, comme ayant eu lieu non seulement à l'endroit où elles ont été commises mais aussi sur le territoire des États qui ont établi leur compétence conformément au projet d'article 6, paragraphe 1.

9. Lorsqu'un État, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extradier ou remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est

ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État et l'État requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au projet d'article 9.

10. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant.

11. Aucune disposition du présent projet d'articles ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

12. Avant de refuser l'extradition, l'État requis consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

13. Les États s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

Projet d'article 12. Non-refoulement

1. Aucun État n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire.

Projet d'article 13. Entraide judiciaire

Coopération générale

1. Les États s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées au projet d'article 5 conformément au présent projet d'article.

2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État requérant, conformément au paragraphe 7 du projet d'article 5.

3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent projet d'article peut être demandée aux fins suivantes :

- a) Recueillir des témoignages ou des dépositions;
- b) Signifier des actes judiciaires;
- c) Effectuer des perquisitions et des saisies;
- d) Examiner des objets et visiter des lieux;
- e) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts;
- f) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents;
- g) Identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve;
- h) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État requérant;
- i) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis.

4. Les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article.

5. Les États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

Communication d'information sans demande préalable

6. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des crimes contre l'humanité à une autorité compétente d'un autre État, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires, ou amener ce dernier État à formuler une demande en vertu du présent projet d'articles.

7. La communication d'informations conformément au paragraphe 6 du présent projet d'article se fait sans préjudice des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État qui reçoit les informations avise l'État qui les communique avant la révélation, et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État qui les communique.

Relation avec les traités d'entraide judiciaire entre les États concernés

8. Les dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

9. Les paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article sont applicables aux demandes faites conformément au présent projet d'article si les États en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États sont liés par un tel traité, les dispositions de ce traité s'appliquent à leur place, à moins que les États ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article. Les États sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

Désignation d'une autorité centrale

10. Chaque État désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

Procédures de présentation des demandes

11. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État requis, dans des conditions permettant audit État d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles. En cas d'urgence et si les États en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

12. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

- a) La désignation de l'autorité dont émane la demande;
 - b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée;
 - c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires;
 - d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État requérant souhaite voir appliquée;
 - e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée;
- et

f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

13. L'État requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément au droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

Réponse de l'État requis

14. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas à la législation interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

15. L'État requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État requis répond aux demandes raisonnables de l'État requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État requérant en informe promptement l'État requis.

16. L'entraide judiciaire peut être refusée :

a) Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent projet d'article;

b) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels;

c) Au cas où le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence;

d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

17. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

18. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

19. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 16 du présent projet d'article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 18, l'État requis étudie avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

20. L'État requis :

a) Fournit à l'État requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès; et

b) Peut, à son gré, fournir à l'État requérant, intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

Utilisation de l'information par l'État requérant

21. L'État requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État requérant avise l'État requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État requérant informe sans retard l'État requis de la révélation.

22. L'État requérant peut exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État requérant.

Déposition de personnes provenant de l'État requis

23. Sans préjudice de l'application du paragraphe 27 du présent projet d'article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant, y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.

24. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire relevant de la juridiction d'un État doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État, le premier État peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compareisse en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant. Les États peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État requis y assistera.

Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

25. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire relevant de la juridiction d'un État, dont la présence est requise dans un autre État à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées au projet d'article 5, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

- a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause; et
- b) Les autorités compétentes des deux États concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États peuvent juger appropriées.

26. Aux fins du paragraphe 25 du présent projet d'article :

a) L'État vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État à partir duquel elle a été transférée;

b) L'État vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États;

c) L'État vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise; et

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État à partir duquel elle a été transférée.

27. À moins que l'État à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 25 et 26 du présent projet d'article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire relevant de la juridiction de l'État vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire relevant de la juridiction de l'État à partir duquel elle a été transférée.

Frais

28. Les frais ordinaires encourus pour l'exécution d'une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour :

a) Garantir à quiconque allègue qu'une personne a été victime d'un crime contre l'humanité le droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes; et

b) Veiller à ce que les plaignants et les témoins, leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou autre procédure concernant un acte visé par le présent projet d'articles soient protégés contre tout mauvais traitement ou acte d'intimidation résultant du dépôt d'une plainte, de la communication d'informations ou d'un témoignage, sans préjudice des droits de l'auteur présumé du crime énoncés au projet d'article 10.

2. Chaque État fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité puissent être présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs présumés du crime, dans le respect de son droit interne et sans préjudice des droits énoncés au projet d'article 10.

3. Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne garantisse aux victimes d'un crime contre l'humanité le droit d'obtenir réparation, à titre individuel ou collectif, sous une ou plusieurs des formes suivantes : restitution; indemnisation; réadaptation; satisfaction; garanties de non-répétition.

Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes

En cas de conflit entre les droits ou les obligations d'un État au titre du présent projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, ce dernier prévaudra.

Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux

Les dispositions du présent projet d'articles s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux.

Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques

1. Les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles par voie de négociation.

2. Tout différend entre deux ou plusieurs États concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, ces États ne parviennent pas à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

3. Chaque État peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent projet d'articles ou de l'adhésion à celui-ci, déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 du présent projet d'article. Les autres États ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent projet d'article envers tout État ayant fait une telle déclaration.

4. Tout État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment.

Projet de préambule

Ayant à l'esprit que tout au long de l'histoire, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes de crimes qui heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que de tels crimes contre l'humanité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Affirmant que les crimes contre l'humanité, qui sont parmi les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale, ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction pénale les responsables de crimes internationaux,

Réaffirmant les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Soulignant à cet égard que rien dans le présent projet d'articles ne peut être interprété comme autorisant un État à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État.
