



Assemblée générale

Distr. générale
21 janvier 2016
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session

Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016

Deuxième rapport sur les crimes contre l'humanité

Établi par Sean D. Murphy, Rapporteur spécial**

Table des matières

	<i>Page</i>
Instruments multilatéraux	3
Bibliographie	7
Introduction	13
A. Point des travaux sur le sujet	13
B. Débat à la Sixième Commission en 2015	13
C. Objet et économie du présent rapport	15
I. Incrimination en droit interne	17
A. Les crimes contre l'humanité en droit interne	19
B. Traités prescrivant l'incrimination d'infractions en droit interne	21
C. Commission, tentative et autres formes de participation à l'infraction	24
D. Responsabilité du supérieur hiérarchique	34
E. Ordre/commandement du supérieur ou de l'autorité	39

* Nouveau tirage pour raisons techniques (8 juin 2016).

** Nous tenons à remercier Hervé Ascensio, Olympia Bekou, Sarah Bessell, Arturo Carillo, Hans Corell, Anne Dienelt, Sarah Freuden, Beatrice Gatti, Rainier Huhle, Florian Jeßberger, Wolfgang Kaleck, Gregory Kehoe, Lauren Koester, Nora Mbagathi, Annalise Nelson, Robert Petit, Matevž Pezdir, Hugo Relva, Christian Ritscher, Leila Sadat, Herb Somers, Jennifer Summerville, Julie Tenenbaum, Christine Van den Wyngaert, Zeldá Vassar, Laura Withers, l'International Nuremberg Principles Academy et l'International Human Rights Clinic de la faculté de droit de l'Université George Washington pour le précieux concours qu'ils nous ont apporté à l'occasion de l'établissement du présent rapport.



F.	Prescription	42
G.	Sanction appropriée.....	48
H.	Projet d'article 5. Incrimination en droit interne	52
	II. Établissement de compétence interne	54
A.	Titres de compétence nationale à l'égard des infractions.....	55
B.	Non-exclusion d'autres chefs de compétence nationale.....	66
C.	Projet d'article 6. Établissement de la compétence nationale.....	67
	III. Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé	68
	Projet d'article 7. Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé	72
	IV. Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire	73
A.	Procéder à une enquête préliminaire	74
B.	Maintenir l'auteur présumé dans les liens de la prévention	76
C.	Informers les autres États intéressés	78
D.	Projet d'article 8. Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire	79
V.	<i>Aut dedere aut judicare</i>	79
	Projet d'article 9. <i>Aut dedere aut judicare</i>	88
	VI. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction	88
A.	Traitement équitable	93
B.	Procès équitable.....	95
C.	Pleine protection des droits de l'homme	102
D.	Communication avec l'État de nationalité ou tout autre État intéressé.....	103
E.	Projet d'article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction	105
	VII. Programme de travail futur	105
Annexes		
I.	Projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-septième session	106
II.	Projets d'articles proposés dans le présent (deuxième rapport)	109

Instruments multilatéraux

Privilèges et immunités, relations diplomatiques et consulaires, etc.

Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

Droits de l'homme

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (Rome, 4 novembre 1950) Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.

Convention américaine relative aux droits de l'homme : Pacte de San José de Costa Rica (San José, 22 novembre 1969) Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973) Ibid., vol. 1015, n° 14861, p. 243.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981) Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.

Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (Cartagena de Indias, 9 décembre 1985) Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 67.

Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, n° 27531, p. 3.

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 (New York, 25 mai 2000) Ibid., vol. 2171, n° 27531, p. 227.

Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (Belém do Para, 9 juin 1994) Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 60.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Nice, 7 décembre 2000) *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 364, 18 décembre 2000, p. 1.

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006) *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 49 (A/61/49)*, vol. I., résolution 61/177, annexe.

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 11 mai 2011)

Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités européens*, n° 210.

Stupéfiants et substances psychotropes

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988)

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1582, n° 27627, p. 95.

Transports et communications

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, n° 12325, p. 105.

Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971)

Ibid., vol. 974, n° 14118, p. 177.

Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 24 février 1988)

Ibid., vol. 1589, n° 14118, p. 479.

Matière pénale

Convention internationale pour la répression du faux monnayage (Genève, 20 avril 1929)

Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXII, n° 2623, p. 112.

Accord de Londres concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, et Statut du Tribunal militaire international (Statut de Nuremberg) (Londres, 8 août 1945)

D. Schindler et J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nihjoff, 1988, p. 912 à 919.

Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (modifiée le 26 avril 1946) (Tokyo, 19 janvier 1946)

Charles I. Bevans (dir.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1979*, vol. IV (1946-1949), Washington, Publications du Département d'État, p. 20.

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968)

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, n° 10823, p. 73.

Convention pour la prévention et la répression des actes de terrorisme prenant la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (Washington, 2 février 1971)

Ibid., vol. 1438, n° 24381, p. 191.

Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)

Ibid., vol. 1035, n° 15410, p. 167.

Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Strasbourg, 25 janvier 1974)	Conseil de l'Europe, <i>Recueil des Traités</i> européens, n° 82.
Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1137, n° 17828, p. 93.
Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (Libreville, 3 juillet 1977)	Ibid., vol. 1490, n° 25573, p. 89.
Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979)	Ibid., vol. 1316, n° 21931, p. 205.
Convention régionale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale sur la répression du terrorisme (Katmandou, 4 novembre 1987)	Disponible à l'adresse suivante : saarc-sec.org.
Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2163, n° 37789, p. 75.
Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs (Mexico, 18 mars 1994)	Organisation des États américains, <i>Recueil des Traités</i> , n° 57.
Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2051, n° 35457, p. 363.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	Document E/1996/99.
Deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (Luxembourg, 19 juillet 1997)	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , n° C 221, 19 juillet 1997, annexe, p. 12.
Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes (Washington, 14 novembre 1997)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2029, n° 35005, p. 55.
Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997)	Ibid., vol. 2149, n° 37517, p. 257.
Convention arabe relative à la répression du terrorisme (Le Caire, 22 avril 1998)	Disponible à l'adresse suivante : https://www.unodc.org/tldb/fr/regional_instruments.html .
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Ibid., vol. 2216, n° 39391, p. 225.
Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Paris, 15 février 1999)	Disponible à l'adresse suivante : http://www.oecd.org .
Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international (Ouagadougou, 1 ^{er} juillet 1999)	<i>Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international</i> ,

	publication des Nations Unies (numéro de vente F.08.V.2), p. 204.
Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (Alger, 14 juillet 1999)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2219, n° 39464, p. 179.
Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999)	Ibid., vol. 2178, n° 38349, p. 197
Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000)	Ibid., vol. 2225, n° 39574, p. 209.
Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001)	Ibid., vol. 2296, n° 40916, p. 167.
Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003)	ILM, vol. 43, n° 1 (janvier 2004), p. 5.
Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avril 2005)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2445, n° 44004, p. 89.
Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)	Conseil de l'Europe, <i>Recueil des Traités européens</i> , n° 196.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 14 décembre 2005)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2349, n° 42146, p. 41.
Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (Varsovie, 16 mai 2005)	Conseil de l'Europe, <i>Recueil des Traités européens</i> , n° 197.
Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (Cebu, 13 janvier 2007)	Disponible à l'adresse suivante: www.asean.org .

Droit applicable en temps de conflit armé

Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 12 août 1949)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n°s 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949)	Ibid., n° 970, p. 31 et suiv.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949)	Ibid., n° 971, p. 85 et suiv.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949)	Ibid., n° 972, p. 135 et suiv.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949)	Ibid., n° 973, p. 287 et suiv.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (Genève, 8 juin 1977)	Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.

Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999) Ibid., vol. 2253, n° 3511, p. 172.

Droit de la mer

Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1678, n° 29004, p. 221.

Droit des traités

Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

Environnement

Convention sur la protection physique des matières nucléaires (Vienne, 26 octobre 1979) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1456, n° 24631, p. 101.

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989) Ibid., vol. 1673, n° 28911, p. 57.

Bibliographie

AKHAVAN, Payam « The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute », dans Leila Nadya Sadat (dir.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 28 à 42.

AMANN, Diane Marie « Capital punishment: corporate criminal liability for gross violations human rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, n° 3 (printemps 2001), p. 327 à 337.

AMBOS, Kai *Treatise on International Criminal Law*, vol. I: *Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, 520 pages. « Article 25: individual criminal responsibility », dans Otto Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Munich, C. H. Beck, 2^e éd., 2008, 1 954 pages.

AMNESTY INTERNATIONAL *Fair Trial Manual*, 2^e éd., 2014, Londres, Amnesty International Publications, disponible à l'adresse www.amnesty.org/en/documents/POL30/002/2014/en/, 254 pages.

BAIR, Johann *The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol: a Short Commentary Based on Views, General Comments, and Concluding Observations by the Human Rights Committee*, Francfort, Peter Lang, 2005, 212 pages.

BANTEKAS, Ilias *International Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 666 pages. « The contemporary law of superior responsibility », *American Journal of International Law*, vol. 93, n° 3 (1999), p. 573 à 595.

BASSIOUNI, M. Cherif (dir.) *International Criminal Law: International Enforcement*, vol. III, 3^e éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, 722 pages.

BASSIOUNI, M. Cherif et WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare: the Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

- BERGSMO, Morten, HARLEM, Mads, et HAYASHI, Nobuo (dirs.) *Importing Core International Crimes into National Law*, 2^e éd., Oslo, Tokel Opsahl Academic EPublisher, 2010.
- BOSSUYT, Marc J. *Guide to the « Travaux préparatoires » of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, 851 pages.
- BRICKEY, Kathleen F. « Corporate criminal accountability: a brief history and an observation », *Washington University Law Review*, vol. 60, n^o 2 (1982), p. 393 à 423.
- BROWN, Bartram S. « International criminal law: nature, origins and a few key issues », dans Bartram S. Brown (dir.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 3 à 16.
- BROWNLIE, Ian *Principles of Public International Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2008.
- BURGERS, J. Herman et DANELIUS, Hans *The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 272 pages.
- BUSH, Jonathan A. « The prehistory of corporations and conspiracy in international criminal corporations law: what Nuremberg really said », *Columbia Law Review*, vol. 109, n^o 5 (juin 2009), p. 1094 à 1262.
- CASSESE, Antonio *International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2005, 612 pages.
- CASSESE, Antonio *et al. International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011, 600 pages.
- CLAPHAM, Andrew *Brierly's Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7^e éd., Oxford University Press, 2012, 576 pages. « Extending international criminal law beyond the individual to corporations and armed opposition groups », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n^o 5 (novembre 2008), p. 899 à 926.
- COSTELLO, Declan « International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare* », *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, n^{os} 2 et 3 (août-décembre 1975), p. 483 à 501.
- COUTURIER, Gérard « Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques », *Revue des sociétés*, vol. 111 (avril 1993), p. 307 à 314.
- CRAWFORD, James *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2012, 888 pages.
- CRYER, Robert « International criminal law », dans Malcolm David Evans (dir.), *International Law*, 4^e éd., Oxford University Press, 2014, p. 752 à 782.
- CRYER, Robert *et al. An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3^e éd., Cambridge University Press, 2014, 616 pages.
- DAMASKA, Mirjan « The shadow side of command responsibility », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n^o 3 (été 2001), p. 455 à 496.
- D'AMATO, Anthony « National prosecution for international crimes », dans M. Cherif Bassiouni (dir.), *International Criminal Law: International Enforcement*, vol. III, 3^e éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 288 à 296.
- DE DOELDER, Hans et TIEDEMANN, Klaus (dirs.) *Criminal Liability of Corporations/La criminalisation du comportement collectif*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 420 pages.

- DOSWALD-BECK, Louise « Fair trial, right to, international protection », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Oxford University Press, 2013, p. 1104 à 1112.
- DUPUY, Pierre-Marie et KERBRAT, Yann *Droit International Public*, 12^e éd., Dalloz, 2012, 960 pages.
- ESER, Albin *et al.* (dirs.) *National Prosecution of International Crimes (2003–2007)*, disponible à l'adresse www.mpicc.de/en/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/nationale_strafverfolgung.html.
- FERSTMAN, Carla J. « Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (1997), p. 857 à 877.
- FINNIN, Sarah *Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, 234 pages.
- FISSE, Brent et BRAITHWAITE, John *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993, 279 pages.
- GAETA, Paola « The defence of superior orders: the Statute of the International Criminal Court versus customary international law », *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), p. 172 à 191.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro « The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States », *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), p. 453 à 459.
- GOBERT, James et PASCAL, Ana-Maria (dirs) *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Londres, Routledge, 2011, 384 pages.
- GUILLAUME, Gilbert « Terrorisme et droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 215 (1989-III), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, p. 290 à 371.
- THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION « Developments in the law—international criminal law: V. Corporate liability for violations of international human rights law », *Harvard Law Review*, vol. 114, n^o 7 (mai 2001), p. 2025 à 2048.
- HASNAS, John « The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability », *American Criminal Law Review*, vol. 46 (2009), p. 1329 à 1358.
- HELLER, Kevin Jon *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, 509 pages.
- HOOD, Roger et HOYLE, Caroline *The Death Penalty: a Worldwide Perspective*, 5^e éd., Oxford University Press, 2015.
- INGELSE, Chris *The UN Committee against Torture: an Assessment*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 464 pages.
- COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES *Military Jurisdiction and International Law: Military Courts and Gross Human Rights Violations*, vol. 1 (2004), disponible à l'adresse icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ GEORGE WASHINGTON *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction*, 2013, p. 128, mis à jour et

- partiellement réimprimé dans A. J. Carrillo et A. K. Nelson, « Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction », *The George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), p. 481 à 530.
- TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL « Judicial decisions: International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, Judgment », *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), p. 172 à 333.
- IRELAND-PIPER, Danielle « Prosecutions of extraterritorial criminal conduct and the abuse of rights doctrine », *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 4 (septembre 2013), p. 68 à 89.
- JAIN, Neha *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 250 pages.
- JENNINGS, Robert et WATTS, Arthur (dirs) *Oppenheim's International Law*, vol. I: Peace, 9^e éd., Oxford University Press, 1992.
- KELLY, Michael J. « Grafting the command responsibility doctrine onto corporate criminal liability for atrocities », *Emory International Law Review*, vol. 24, n° 2 (2010), p. 671 à 696.
- KOK, Ruth A. *Statutory Limitations in International Criminal Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2007, p. 440.
- KYRIAKAKIS, Joanna « Prosecuting corporations for international crimes: the role for domestic criminal law », dans Larry May et Zachary Hoskins (dirs.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, 2010, p. 108 à 137. « Corporate criminal liability and the ICC Statute: the comparative law challenge », *Netherlands International Law Review*, vol. 56, n° 3 (décembre 2009), p. 333 à 366.
- LAEL, Richard L. *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, Lanham (Maryland), Rowman and Littlefield, 1982, 177 pages.
- LAMBERT, Joseph J. *Terrorism and Hostages in International Law: a Commentary on the Hostages Convention 1979*, Cambridge, Grotius, 1990, 418 pages.
- THE LAW LIBRARY OF CONGRESS *Crimes against Humanity Statutes and Criminal Code Provisions in Selected Countries*, 2010, disponible à l'adresse www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php.
- LEHTIMAJA, Lauri et PELLONPÄÄ, Matti « Article 10 », dans Asbjorn Eide *et al.* (dirs), *The Universal Declaration of Human Rights: a Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, 474 pages.
- MACEDO, Stephen (dir.) *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2006, 383 pages.
- MCCLEAN, David *Transnational Organized Crime: a Commentary on the UN Convention and Its Protocols*, Oxford University Press, 2007, 512 pages.
- MITCHELL, Claire Aut Dedere, aut Judicare: *the Extradite or Prosecute Clause in International Law*, Graduate Institute Publications, 2009, disponible à l'adresse books.openedition.org/iheid/301#tocto2n4.
- NAQVI, Yasmin Q. *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, 418 pages.

- NOWAK, Manfred « Dignity and physical integrity: legal controversies relating to torture », dans Klaus Slavensky (dir.), *Implementing Human Rights: Essays in Honour of Morten Kjaerum*, Institut danois pour les droits de l'homme, 2007, p. 233 à 256.
- NOWAK, Manfred et MCARTHUR, Elizabeth *The United Nations Convention against Torture: a Commentary*, Oxford University Press, 2008, 1 680 pages.
- ODENDAHL, Kerstin « Article 28. Non-retroactivity of treaties », dans Oliver Dörr et Kirsten Schmalenbach (dirs.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Springer, 2012, p. 477 à 487.
- OHLIN, Jens David « Three conceptual problems with the doctrine of joint criminal enterprise », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n° 1 (mars 2007), p. 69 à 90.
- O'KEEFE, Roger *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015, 688 pages.
- PICTET, Jean (dir.) *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Volume I : Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, CICR, 1952, 466 pages.
- PIETH, Mark et IVORY, Radha (dirs.) *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht, Springer, 2011, p. 396.
- RAMASASTRY, Anita et THOMPSON, Robert C. *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law: a Survey of Sixteen Countries*, Oslo, Fafo, 2006, résumé analytique disponible à l'adresse www.faoarkiv.no/pub/rapp/536/536.pdf.
- REYDAMS, Luc *Universal Jurisdiction: International and Municipal Perspectives*, Oxford University Press, 2003, 258 pages.
- RONEN, Yaël « Superior responsibility of civilians for international crimes committed in civilian settings », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), p. 313 à 356.
- SAUL, Ben « The implementation of the Genocide Convention at the national level », dans Paola Gaeta (dir.), *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 58 à 83.
- SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, 1 330 pages. *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2009, 760 pages. « Article 29 », dans Otto Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 523 à 526. « Article 67 » dans *ibid.*
- SCHWARZENBERGER, Georg *International Law*, vol. I: *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3^e éd., Londres, Stevens and Sons Ltd., 1957, 808 pages.
- SCOVAZZI, Tullio et CITRONI, Gabriella *The Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007.
- SEN, B. *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3^e éd. révisée, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 606 pages.
- SEPINWALL, Amy J. « Failures to punish: command responsibility in domestic and international law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, n° 2 (hiver 2009), p. 251 à 303.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*, 7^e éd., Cambridge University Press, 2014, 981 pages.

- STAKER, Christopher « Jurisdiction », dans Malcolm D. Evans (dir.), *International Law*, 4^e éd., Oxford University Press, 2014, p. 309 à 335.
- STEWART, James G. « The turn to corporate criminal liability for international crimes: transcending the Alien Tort Statute », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 47, n° 1 (automne 2014), p. 121 à 206. « A pragmatic critique of corporate criminal theory: lessons from the extremity », *New Criminal Law Review*, vol. 16, n° 2 (printemps 2013), p. 261 à 299. « The end of ‘modes of liability’ for international crimes », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), p. 165 à 219.
- STOITCHKOVA, Desislava *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Anvers, Intersentia, 2010, 318 pages.
- THALMANN, Vanessa « National criminal jurisdiction over genocide », dans Paola Gaeta (dir.), *The UN Genocide Convention: a Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 231 à 258.
- VAN DEN HERIK, Larissa « The Dutch engagement with the project of international criminal justice », *Netherlands International Law Review*, vol. 57, n° 2 (août 2010), p. 303 à 322.
- VAN DER WILT, Harmen « Corporate criminal responsibility for international crimes: exploring the possibilities », *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, n° 1 (2013), p. 43 à 77. « Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: reflections on the van Anraat case », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n° 2 (mai 2006), p. 239 à 257.
- VAN DER WOLF, Willem-Jan *Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts*, La Haye, International Courts Association, 2011.
- VAN SCHAACK, Beth « Command responsibility: the anatomy of proof in *Romagoza v. Garcia* », *University of California Davis Law Review*, vol. 26, n° 5 (juin 2003), p. 1213 à 1259.
- VAN SLIEDREGT, Elies *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012, 376 pages.
- VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy et RYCKMAN, Charlotte *Liability in the EU of Legal Persons for Offences*, Anvers, Maklu, 2012, 201 pages.
- WEISSBRODT, David et WOLFRUM, Rüdiger *The Right to a Fair Trial*, Berlin, Springer, 1998.
- WELLS, Celia *Corporations and Criminal Responsibility*, 2^e éd., Oxford University Press, 2001, 216 pages.
- WOOD, Michael C. « The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, n° 4 (1974), p. 791 à 817.
- ZAPPALÁ, Salvatore « The rights of the accused », dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones (dirs.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2002, p. 1181 à 1206.

I. Introduction

A. Point des travaux sur le sujet

1. À sa soixante-sixième session, en juillet 2014, la Commission du droit international (CDI) a décidé d'inscrire le sujet « crimes contre l'humanité » à son programme de travail en cours et de nommer un rapporteur spécial¹. À sa soixante-septième session, ayant consacré un débat général au premier rapport du Rapporteur spécial en mai 2015, elle adoptera à titre en juillet de la même année quatre projets d'article assortis de commentaires².

B. Débat à la Sixième Commission en 2015

2. Au cours du débat tenu à la Sixième Commission en 2015, 38 États³ qui ont évoqué le sujet ont généralement souscrit aux travaux de la CDI, soulignant l'intérêt du sujet⁴ et accueillant favorablement les quatre projets d'article⁵, qui, selon eux, consacraient essentiellement la pratique et la jurisprudence des États⁶. Ils se sont notamment félicités de voir la CDI envisager le sujet comme venant compléter le régime institué par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁷ et ont déconseillé d'édicter de nouvelles obligations qui entreraient en conflit avec celles découlant dudit Statut ou d'autres traités⁸. Un grand nombre d'États ont souscrit au choix fait par la CDI de reprendre, dans le projet d'article 3, la définition des crimes

¹ Voir le rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-sixième session, *Annuaire ... 2014*, vol. II (deuxième partie), par. 266.

² Voir le rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-septième session, *Annuaire ... 2015*, vol. II (deuxième partie), par. 113.

³ Les pays suivants ont présenté un exposé à la Sixième Commission : Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Chili, Chine, Croatie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède (au nom des pays nordiques), Suisse et Turquie.

⁴ Voir, par exemple, Chine, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session*, Sixième Commission, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 63; Israël, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 73; Japon, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 129; et Malaisie, *ibid.*, (A/C.6/70/SR.23), par. 46.

⁵ Voir, par exemple, Afrique du Sud, *ibid.*, par. 13; et Slovaquie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 12.

⁶ Voir, par exemple, Espagne, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 94; République tchèque, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 59; Slovénie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 4; et Suisse, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 18 et 19.

⁷ Voir, par exemple, Italie, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/70/SR.17), par. 59; et Mexique, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 51.

⁸ Voir, par exemple, Hongrie, *ibid.*, par. 83; Inde, *ibid.*, par. 65; Italie, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/70/SR.17), par. 58; Japon, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 130; Malaisie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 47; Portugal, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 61; Royaume-Uni, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 36; et Suède (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 6.

contre l'humanité résultant de l'article 7 du Statut de Rome⁹. Deux autres États ont souhaité voir améliorer ladite définition¹⁰.

3. Plusieurs États ont souhaité voir privilégier l'étude de questions comme la prévention des crimes contre l'humanité¹¹, l'adoption et l'harmonisation de textes de lois internes¹², le principe *aut dedere aut judicare*¹³, les infractions commises par l'État mais aussi par des acteurs non étatiques¹⁴, et la promotion de la coopération entre États, notamment à la faveur de l'extradition et de l'entraide judiciaire¹⁵. En outre, certains ont préconisé de préciser le sens de l'expression « obligation de prévenir »¹⁶, de changer de terminologie (par exemple, de désigner les crimes contre l'humanité « crimes de droit international les plus graves » ou « crimes internationaux » et non « crimes au regard du droit international »)¹⁷, et de s'intéresser à certaines matières (par exemple, l'imprescriptibilité¹⁸, l'immunité¹⁹, l'octroi de réparations aux victimes²⁰, ou l'application de la jurisprudence internationale par les juridictions internes²¹), à l'exclusion d'autres (comme, la juridiction civile²², l'immunité²³ ou la création d'un mécanisme institutionnel de surveillance de l'application d'une nouvelle convention²⁴).

4. De nombreux États ont souscrit à l'idée de donner au projet d'articles la forme d'une nouvelle convention²⁵. Certains ont évoqué l'existence d'une autre initiative

- ⁹ Afrique du Sud, *ibid.*, par. 14; Allemagne, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 15; Argentine, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 72; Autriche, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 32; Fédération de Russie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 18; France, *ibid.*, par. 20; Japon, *ibid.*, par. 130; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 31; Pologne, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 68; Portugal, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 61; République de Corée, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 56; République tchèque, *ibid.*, par. 59; Roumanie, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 79; Royaume-Uni, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 36; Slovaquie, *ibid.*, par. 12; Slovénie, *ibid.*, par. 4; Suède (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 6; et Suisse, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 18.
- ¹⁰ Croatie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 78; et Mexique, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 52 à 54.
- ¹¹ Afrique du Sud, *ibid.*, par. 13; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 31; et Slovénie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 5.
- ¹² Fédération de Russie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 18; et Pérou, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 93.
- ¹³ Royaume-Uni, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 36; et Suède (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 6.
- ¹⁴ Israël, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 74.
- ¹⁵ Voir, par exemple, Allemagne, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 14; et Portugal, *ibid.*, par. 61; Suisse, *ibid.*, par. 20.
- ¹⁶ Indonésie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 29.
- ¹⁷ Autriche, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 31; et France, *ibid.*, par. 20.
- ¹⁸ Suisse, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 20.
- ¹⁹ Malaisie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 48; et Suisse, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 20.
- ²⁰ El Salvador, *ibid.*, par. 105; et Pologne, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 68.
- ²¹ Allemagne, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 15.
- ²² Royaume-Uni, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 37.
- ²³ *Ibid.*
- ²⁴ France, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 21.
- ²⁵ Voir Allemagne, *ibid.*, par. 14 (estime qu'une nouvelle convention viendrait non seulement compléter le droit conventionnel relatif aux crimes les plus graves, mais aussi promouvoir la coopération interétatique); Autriche, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 30 (se félicite des conclusions du Rapporteur spécial concernant une future convention sur le sujet); Chili, *ibid.*,

tendant à l'élaboration d'une nouvelle convention réservée à l'entraide judiciaire et à l'extradition qui, au-delà des crimes contre l'humanité viserait tous les crimes internationaux les plus graves²⁶. Trois États ont douté de l'opportunité et de la nécessité d'une nouvelle convention sur les crimes contre l'humanité, le Statut de Rome et les autres instruments existants suffisant à leurs yeux²⁷, cependant que, pour deux autres, un nouveau traité n'était pas forcément la solution la mieux indiquée²⁸.

5. Le présent rapport s'inspire du débat tenu à la Sixième Commission et des observations écrites présentées par les États la CDI leur ayant demandé en 2014²⁹ (et de nouveau en 2015³⁰) de lui communiquer des informations sur la jurisprudence et les textes de lois internes applicables aux crimes contre l'humanité.

C. Objet et économie du présent rapport

6. Notre propos dans le présent rapport est d'étudier les diverses mesures que les États doivent prendre, en droit interne, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, qui sont au nombre des crimes les plus graves aux yeux de l'ensemble de la communauté internationale. Nous envisagerons ici les questions suivantes : élaboration de lois internes venant qualifier les infractions qui entrent dans la définition des crimes contre l'humanité; établissement de la compétence des juridictions internes pour connaître de ces crimes; conduite d'enquêtes et coopération, le but étant d'identifier les auteurs présumés de ces crimes; exercice de

22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 86 (juge essentielle la contribution de la CDI à l'élaboration d'un nouveau traité dans ce domaine); Croatie, *ibid.*, par. 75 (souscrit pleinement à toutes initiatives tendant à élaborer un instrument international de portée mondiale); El Salvador, *ibid.*, par. 103 (juge important d'élaborer un nouveau projet de convention consacrée exclusivement à ces crimes, qui viendrait combler les lacunes existantes); États-Unis d'Amérique, *ibid.*, par. 41 (voient l'intérêt d'un projet d'articles qui déboucherait sur une convention); Hongrie, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 83 (considérant qu'à la différence des crimes de guerre et du génocide, les crimes contre l'humanité ne sont justiciables d'aucun régime conventionnel unifié, voudrait voir combler ce vide juridique); Indonésie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 29 (considère qu'une nouvelle convention essentielle à l'action menée par la communauté internationale pour lutter contre l'impunité cruellement défaut à l'arsenal juridique international actuel); Israël, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 74 (serait honoré de contribuer à la rédaction d'un nouveau traité); Italie, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/70/SR.17), par. 58 (convaincue de l'intérêt qu'il y aurait à voir consacrer une convention à la matière); Pérou, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 93 (se félicite de l'entreprise d'élaboration éventuelle d'une convention); Portugal, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 61 (considère qu'une nouvelle convention pourrait aider à lutter contre l'impunité et permettre de donner effet au principe de responsabilité); Slovaquie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 12 (trouve judicieuse la décision de consacrer une nouvelle convention à la matière, comme étant la seule option viable); et Suisse, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/70/SR.22), par. 18 et 20 (souhaite voir élaborer une convention concise).

²⁶ Argentine, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 71; Grèce, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 48; Pays-Bas, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 41 à 43; et Slovénie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 6.

²⁷ Bélarus, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 30; Grèce, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/70/SR.20), par. 47 et 48; et Iran (République islamique d'), *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/70/SR.23), par. 67.

²⁸ Malaisie, *ibid.*, par. 48 (est partisane de voir élaborer un projet de directives); et Singapour, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/70/SR.21), par. 59 (penche pour d'autres solutions, sans les préciser).

²⁹ *Annuaire ... 2014*, vol. II (deuxième partie), par. 34.

³⁰ *Annuaire ... 2015*, vol. II (deuxième partie), par. 24.

la compétence interne lorsque l'auteur présumé se trouve sur le territoire de l'État; exercice de poursuites contre l'auteur présumé, extradition ou remise (*aut dedere aut judicare*); traitement équitable de l'auteur présumé à tous les stades de la procédure.

7. Le chapitre I sera l'occasion de traiter de l'obligation faite à l'État de se donner des lois internes venant qualifier les infractions entrant dans la définition de crimes contre l'humanité. De part, cette obligation édictée généralement par le traité réprimant tel ou tel crime : l'État doit, dans son droit pénal interne, punir comme pénalement responsable quiconque « commet » (on dit également parfois en droit interne « perpètre, consomme, exécute, réalise » l'infraction, l'agent en étant « l'auteur matériel ou principal, c'est-à-dire celui ou celle qui la commet ou la perpètre personnellement), tente de la commettre ou participe d'une manière ou d'une autre à sa commission ou à sa tentative (on parle parfois en droit interne de « provoquer », de « fournir aide et assistance » ou d'« inciter » autrui à commettre l'infraction, l'auteur étant qualifié « complice » ou « complice par fourniture d'aide et assistance » etc.). En outre, d'après les instruments internationaux consacrés à la matière et nombre de législations internes, dans certains cas, le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des actes délictuels de son subordonné : ce dernier ne pouvant quant à lui être exonéré de sa responsabilité pénale du seul fait qu'il aurait commis quelque infraction en exécution de l'ordre ou du commandement de son supérieur. Selon ces instruments et textes, certaines des infractions en question sont imprescriptibles. Enfin, toujours selon ceux-ci, les peines doivent rendre pleinement compte de la gravité de l'infraction. Pour conclure le chapitre I, nous proposerons un projet d'articles au vu de ce qui précède.

8. Nous envisagerons au chapitre II les questions intéressant la compétence des juridictions internes pour connaître des crimes contre l'humanité. Le but étant d'empêcher les auteurs de crimes contre l'humanité de se soustraire à la justice, nous nous arrêterons ici sur les différents types de compétence que les traités en question prescrivent généralement aux États parties d'établir. D'ordinaire, doit se donner compétence non seulement l'État sur le territoire duquel l'infraction est commise, mais aussi tout autre État, selon le lien de rattachement qui l'unirait à l'auteur présumé de l'infraction, par exemple le fait que celui-ci soit son ressortissant ou qu'il se trouve sur son territoire. D'une manière générale, tout en prescrivant à l'État d'établir tels ou tels types de compétence précis, ces traités ne lui interdisent pas d'en organiser d'autres. En conclusion du chapitre II, nous proposerons un projet d'article compte tenu de ce qui précède.

9. Nous traiterons au chapitre III de l'obligation faite à l'État, dès lors qu'il existe des raisons de penser qu'il a été commis ou qu'il se commet quelque crime contre l'humanité sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son autorité, de diligenter une enquête en toute célérité et impartialité. Même s'ils ne représentent pas la majorité, certains traités répressifs font obligation à l'État d'enquêter toutes les fois qu'il aurait des raisons de penser que le crime a été commis sur son territoire. L'idéal serait que tout État qui constate qu'il a été commis ou qu'il se commet un tel crime informe les États dont des nationaux seraient impliqués dans la commission de l'infraction, le but étant de leur permettre de mener leur propre enquête. En tout état de cause, dès qu'il est établi qu'il a été commis ou qu'il se commet tel crime contre l'humanité, tous les États doivent, selon qu'il conviendra, concourir à identifier et localiser les auteurs d'infractions incriminées. Vu l'intérêt qu'il y a à mener toutes enquêtes nécessaires et à coopérer en vue d'identifier les

auteurs présumés du crime, nous proposerons en conclusion du chapitre III un projet d'article venant consacrer cette obligation.

10. Nous nous intéresserons dans le chapitre IV à l'exercice par l'État de sa compétence interne lorsque l'auteur présumé du crime se trouve sur son territoire. En règle générale, les traités répressifs prescrivent à l'État d'exercer sa compétence mettant ainsi à sa charge une triple obligation, à savoir : celle de diligenter une enquête préliminaire; si nécessaire, celle de prendre des dispositions pour organiser la poursuite, l'extradition ou la remise de l'auteur présumé du crime, ce qui exigerait sans doute de placer l'intéressé en détention; et celle d'informer les autres États concernés des mesures qu'il aura prises et de leur dire s'il a l'intention de saisir les autorités internes compétentes aux fins de poursuites. Nous concluons le chapitre IV en proposant un projet d'article au vu des considérations qui précèdent.

11. Nous envisagerons au chapitre V l'obligation faite à l'État de poursuivre l'auteur présumé du crime ou de l'extrader ou de le remettre à tel autre État ou telle juridiction internationale compétente. Les traités répressifs en question consacrent généralement ce principe, dit *aut dedere aut judicare*. En outre, de récents traités donnent également à l'État la faculté de s'acquitter de cette obligation en remettant l'intéressé à une juridiction pénale internationale aux fins de poursuites. Pour conclure le chapitre V, nous proposerons un projet d'article au vu de ce qui précède.

12. Nous consacrerons le chapitre VI à l'étude de l'obligation d'accorder un « traitement équitable » à l'auteur présumé du crime à tous les stades de la procédure ouverte contre lui, obligation généralement consacrée par les traités répressifs qui comporte notamment la garantie d'un procès équitable. Comme toujours, l'État est en thèse générale tenu, de protéger les droits fondamentaux de l'auteur présumé du crime, y compris durant sa détention. Si ce dernier n'a pas sa nationalité, l'État doit également lui permettre de s'entretenir avec un représentant de l'État dont il est ressortissant et de recevoir des visites de ce représentant. En conclusion du chapitre VI, nous proposerons un projet d'article compte tenu de ce qui précède.

13. Nous tracerons au chapitre VII les contours d'un programme de travail futur et reproduirons à l'annexe I du rapport les quatre projets d'articles adoptés à titre provisoire par la CDI à sa soixante-septième session, en 2015, l'annexe II étant consacrée aux projets d'articles proposés ici.

Chapitre I

Incrimination en droit interne

14. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a dit combien il importait de punir les individus reconnus coupables, entre autres infractions, de crimes contre l'humanité en déclarant que : « Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international³¹ ». Aux termes des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement dudit tribunal, « [t]out auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et

³¹ « Judicial decisions: International Military Tribunal (Nuremberg) [...] », p. 221.

passible de châtement³² ». De même, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, de 1968, porte en son préambule que « la répression effective [...] des crimes contre l'humanité est un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propre à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales³³ ».

15. Envisageable devant les juridictions pénales internationales la poursuite et la sanction des crimes contre l'humanité doivent également s'exercer dans l'ordre interne pour être pleinement efficaces. Aux termes du préambule du Statut de Rome, « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et [...] leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale ». En effet, étant donné les moyens et, dans certains cas, la compétence limités des juridictions internationales, certains auteurs font valoir que, dans la plupart des cas, le seul moyen de donner effet au droit pénal international est de recourir aux juridictions internes³⁴. Selon une autre partie de la doctrine, l'exercice de poursuites internes est non seulement le principal moyen de réprimer les crimes internationaux, mais est également souvent regardé comme solution préférable – sous l'angle politique, sociologique, pratique et de la légitimité – à toutes poursuites au plan international³⁵.

16. Nous envisageons dans le présent chapitre la détermination de la responsabilité pénale des auteurs de crimes contre l'humanité en droit interne. Nous commencerons par dresser l'état des lieux des textes de droit interne réprimant ces crimes, d'où il ressort que peu nombreux sont les États qui se sont donnés des textes dans ce sens avant de nous arrêter sur divers traités qui prescrivent aux États d'adopter des lois internes pour réprimer tels ou tels crimes et dont on pourrait s'inspirer pour proposer un projet d'article s'agissant de tel ou tel crime contre l'humanité puis, d'en venir aux différents types (ou formes) de responsabilité généralement envisagés par les lois internes qui punissent les crimes contre l'humanité et les traités réprimant tels ou tels crimes, et notamment la commission, la tentative, et la participation à la commission ou à la tentative de l'infraction. Après quoi, nous traiterons de la responsabilité du supérieur hiérarchique) envisagée sous l'angle de motifs tirés de l'exécution de l'ordre ou du commandement du supérieur hiérarchique, et de la prescription. Enfin, nous envisagerons la question de la sanction qu'il convient d'imposer en présence de crime contre l'humanité avant de proposer un projet d'article en trois paragraphes, intitulé « Incrimination en droit interne ».

³² Principe I, *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 374.

³³ Depuis 2015, la Convention comporte 55 parties.

³⁴ Brown, p. 16.

³⁵ Cryer, p. 70. Voir aussi *ibid.*, p. 587 (L'idée est de voir porter les infractions au droit pénal international devant les juridictions internes, et non devant les juridictions internationales); et Saul, p. 59.

A. Les crimes contre l'humanité en droit interne

17. Nombre de juridictions internes répriment d'une manière ou d'une autre les crimes contre l'humanité³⁶. À la suite de l'adoption du Statut de Rome en particulier, un certain nombre d'États érigeront les crimes contre l'humanité en infraction en en reprenant textuellement ou presque la qualification résultant de l'article 7 dudit statut. Au nombre des États qui, à sa demande, ont fourni à la CDI en 2015 des informations concernant leur droit interne, l'Allemagne³⁷, l'Autriche³⁸, la Belgique³⁹, la Finlande⁴⁰, la France⁴¹, les Pays-Bas⁴², la République de Corée⁴³, la République tchèque⁴⁴, le Royaume-Uni⁴⁵ et la Suisse⁴⁶ ont dit s'être essentiellement inspirés de la définition donnée de l'infraction par ledit statut. Cuba⁴⁷ et l'Espagne⁴⁸ répriment également les crimes contre l'humanité, sans cependant en reprendre textuellement la qualification résultant du Statut.

18. Nombreux sont cependant les juridictions internes qui ne répriment pas les crimes contre l'humanité. Comme nous l'avons dit dans notre premier rapport sur le sujet⁴⁹, il ressort d'une étude menée en 2013 que, selon des études antérieures, au plus 54 % des États Membres de l'ONU (soit 104 des 193) avaient consacré expressément quelque texte à la répression des crimes contre l'humanité⁵⁰, les autres États Membres (soit 89 du total) n'ayant apparemment pris aucun texte dans ce sens. Il ressort également de ladite étude que, au plus 66 % des États parties au Statut de Rome (soit 80 des 121) réprimaient d'une façon ou d'une autre les crimes contre l'humanité, qui ne sont de ce fait pas punis par 34 % de ces États parties (soit 41 du total)⁵¹. Il apparaît ainsi que les États ne se sentent pas tenus par le droit international coutumier de réprimer expressément les crimes contre l'humanité en droit interne.

19. Les États qui ne répriment pas les crimes contre l'humanité punissent d'ordinaire, d'une manière ou d'une autre, nombre d'infractions (meurtre, torture,

³⁶ Voir *Annuaire ... 2014*, vol. II (première partie), document A/CN.4/680, par. 53 à 56. Voir également Eser *et al.*; Bergsmo, Harlem et Hayashi; García Falconí, p. 453; van der Wolf. Pour des études portant sur des pays particuliers, voir, par exemple, Ferstman, p. 857, et van den Herik, p. 303.

³⁷ Observations écrites présentées par l'Allemagne à la CDI (2015).

³⁸ Ibid. (« avant-projet de loi portant incrimination de certains crimes internationaux visés par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale dans le code pénal autrichien »).

³⁹ Observations écrites présentées par la Belgique à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 136 *ter* de son code pénal (« Conformément au Statut de la Cour pénale internationale, le crime contre l'humanité [...] »).

⁴⁰ Observations écrites présentées par la Finlande à la CDI (2015).

⁴¹ Observations écrites présentées par la France à la CDI (2015).

⁴² Observations écrites présentées par les Pays-Bas à la CDI (2015).

⁴³ Observations écrites présentées par la République de Corée à la CDI (2015).

⁴⁴ Observations écrites présentées par la République tchèque à la CDI (2015).

⁴⁵ Observations écrites présentées par le Royaume-Uni à la CDI (2015) (« La définition [des crimes contre l'humanité] s'inspire de celle du Statut de la CPI »).

⁴⁶ Observations écrites présentées par la Suisse à la CDI (2015).

⁴⁷ Observations écrites présentées par Cuba à la CDI (2015).

⁴⁸ Observations écrites présentées par l'Espagne à la CDI (2015).

⁴⁹ Voir *Annuaire ... 2014*, vol. II (première partie), document A/CN.4/680, par. 58 à 61.

⁵⁰ International Human Rights Clinic, p. 8; voir également la Bibliothèque de droit du Congrès des États-Unis.

⁵¹ International Human Rights Clinic, p. 8.

viol, etc.) qui, dans certaines circonstances, peuvent être constitutifs de crimes contre l'humanité⁵². Comme ces États ne répriment toutefois pas les crimes contre l'humanité comme infraction distincte, leurs auteurs peuvent échapper à toutes poursuites et condamnation à la mesure de la gravité de leur conduite. S'agissant du crime de torture en droit international, le Comité contre la torture s'inquiétant de l'absence dans certaines juridictions de textes venant réprimer la torture telle que définie par la Convention contre la torture⁵³, a déclaré dans son observation générale n° 2 :

Si la définition de la torture en droit interne est trop éloignée de celle énoncée dans la Convention, le vide juridique réel ou potentiel qui en découle peut ouvrir la voie à l'impunité. Dans certains cas, même si les termes utilisés sont les mêmes, le sens peut en être restreint par le droit interne ou par la jurisprudence; c'est pourquoi le Comité appelle chaque État partie à veiller à ce que toutes les branches de son gouvernement se conforment à la définition de la Convention pour définir les obligations de l'État. En même temps, le Comité reconnaît que les définitions de portée plus vaste inscrites dans les lois nationales servent également l'objet et le but de la Convention pour autant, à tout le moins, qu'elles contiennent les normes énoncées dans la Convention et qu'elles soient mises en œuvre conformément à ces normes⁵⁴.

Selon une partie de la doctrine, sans être tenus de reprendre textuellement la définition résultant de la Convention contre la torture, les États doivent à tout le

⁵² Observations écrites présentées par les États-Unis d'Amérique à la CDI (2015). Voir également la *Cour pénale internationale, Chambre d'appel, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Simone Gbagbo, affaire n° ICC-02/11-01/12 OA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la Côte d'Ivoire contre la décision de la Chambre préliminaire I du 11 décembre 2014 intitulée « Décision relative à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Côte d'Ivoire s'agissant de l'affaire concernant Simone Gbagbo », le 27 mai 2015*, par. 99 (la Chambre a jugé que les poursuites internes du chef des infractions de droit commun de trouble à l'ordre public, d'organisation de bandes armées et l'atteinte à la sûreté de l'État ne tiraient pas sensiblement fondement de la même conduite que celle visée par les allégations de meurtre, de viol, de persécution et autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité).

⁵³ Voir, par exemple, les Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Slovénie (CAT/C/CR/30/4), par. 5 a) et 6 a) (le Comité est préoccupé par « [l]e fait que le droit pénal positif ne prévoient pas le crime spécifique de torture qui, bien que mentionné dans le Code pénal, n'est toujours pas défini » et recommande à l'État partie « d[e] poursuivre sans délai l'élaboration de plans visant à adopter une définition de la torture qui reprenne tous les éléments de celle qui figure à l'article premier de la Convention et de modifier son droit pénal interne en conséquence »); *ibid.*, Belgique (CAT/C/CR/30/6), par. 6 (le Comité « recommande aux autorités belges de s'assurer que l'ensemble des éléments de définition de l'article premier de la Convention se trouve effectivement englobé dans la définition générale offerte par le droit pénal belge »). Voir aussi : *ibid.*, Guatemala (CAT/C/GTM/CO/4 et Add.1), par. 10; *ibid.*, Arabie saoudite (CAT/C/CR/28/5), par. 4 a) et 8 a); *ibid.*, France (CAT/C/FRA/CO/3 et Add.1), par. 5; *ibid.*, Bosnie-Herzégovine (CAT/C/BIH/CO/1 et Add.1 et 2), par. 9. Pour les observations des gouvernements sur cette question, voir, par exemple, le rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 44 (A/57/44)*, par. 30 à 35 (Bénin), et *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 44 (A/55/44)*, par. 49 a) (Autriche), par. 54 a) (Finlande), par. 68 a) (Azerbaïdjan), par. 74 a) (Kirghizistan), par. 80 a) (Ouzbékistan), par. 87 (Pologne), par. 150 b) (Paraguay), par. 160 (El Salvador) et par. 179 a) (États-Unis d'Amérique).

⁵⁴ Comité contre la torture, observation générale n° 2 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4), par. 9. Pour une étude de la pratique du Comité en ce qui concerne l'article 2, voir Nowak et McArthur, p. 94 à 107.

moins s'en inspirer dûment pour dégager leur propre qualification qu'ils doivent consacrer dans un texte de loi interne et en particulier dans leur code pénal⁵⁵.

B. Traités prescrivant l'incrimination d'infractions en droit interne

20. Nombre d'États ont ratifié des traités dans les domaines du droit international humanitaire, des droits de l'homme ou du droit pénal international prescrivant l'incrimination de telle ou telle conduite bien déterminée ou adhéré à de tels instruments⁵⁶. Ainsi, aux termes de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide « [l]es Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III » de la Convention (art. V). Les États parties à la Convention sur le génocide se sont acquittés de cette obligation en légiférant; ainsi, les Pays-Bas ont adopté la loi du 2 juillet 1964 portant application de la Convention⁵⁷, Tonga ayant pris une loi donnant effet à celle-ci⁵⁸. Ont également pris des textes dans ce sens notamment l'Albanie⁵⁹, l'Allemagne⁶⁰, l'Arménie⁶¹, l'Autriche⁶², le Brésil⁶³, la Bulgarie⁶⁴, la Croatie⁶⁵, Cuba⁶⁶, l'Espagne⁶⁷, les États-Unis⁶⁸, la Fédération de Russie⁶⁹,

⁵⁵ Nowak et McArthur, p. 239 [qui citent CAT/C/CR/30/6 (voir *supra*, note 53), par. 6, et les Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Estonie [CAT/C/CR/29/5), par. 6 a)]. Voir également Ingelse, p. 222.

⁵⁶ Voir, pour une étude d'ensemble, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, p. 93 à 95, et Dupuy et Kerbrat, p. 587 et 588.

⁵⁷ Loi du 2 juillet 1964 portant application de la Convention sur le génocide, disponible sur wetten.overheid.nl/BWBR0002453/geldigheidsdatum_wijkt_af_van_zoekvraag/geldigheidsdatum_01-05-2002.

⁵⁸ Lois des Tonga, chap. 19, loi n° 8 de 1969 donnant effet à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, disponible sur www.pacii.org/to/legis/consol_act/ga75.rtf.

⁵⁹ République d'Albanie, Code pénal, loi n° 7895 du 27 janvier 1995 (code révisé en 2013), art. 73, disponible sur www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁶⁰ Allemagne, loi du 26 juin 2002 portant Code des crimes contre le droit international, deuxième partie, ch. 1, sect. 6, disponible sur www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf.

⁶¹ République d'Arménie, Code pénal du 18 avril 2003 (révisé en 2013), art. 393, *ibid*.

⁶² Observations écrites présentées par l'Autriche à la CDI (2015).

⁶³ Brésil, loi n° 2889 du 1^{er} octobre 1956, disponible sur surwww.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/brasil.htm.

⁶⁴ Bulgarie, Code pénal, *Journal officiel* n° 26/02.04.1968 (code modifié en 2010), art. 416, disponible sur www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁶⁵ Croatie, Code pénal, *Journal officiel* n° 110 du 21 octobre 1997 (code révisé en 2003), art. 156, *ibid*.

⁶⁶ Cuba, Code pénal, loi n° 62/87 du 29 décembre 1987, art. 116, par. 1, disponible sur www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=242550.

⁶⁷ Espagne, Code pénal, loi organique n° 10/1995, art. 607 (23 novembre 1995), *ibid*.

⁶⁸ Code des États-Unis, titre 18, sect. 1091 (2012), disponible sur www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-part1-chap50A-sec1091.

⁶⁹ Fédération de Russie, Code pénal n°63-Fz du 13 juin 1996 (tel que modifié en 2012), art. 357, *ibid*.

les Fidji⁷⁰, le Ghana⁷¹, la Hongrie⁷², Israël⁷³, Italie⁷⁴, le Liechtenstein⁷⁵, le Mexique⁷⁶, le Portugal⁷⁷, la République tchèque⁷⁸, la Roumanie⁷⁹, la Slovénie⁸⁰ et la Suède⁸¹. Au lieu de consacrer spécialement un texte à la matière, certains États transposeront purement et simplement la Convention dans leur droit interne par renvoi⁸².

21. De même, il résulte de chacune des Conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux que « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis [...] l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention » définies dans la Convention en question⁸³. Selon une étude exhaustive des droits nationaux menée par le Comité international de la Croix-Rouge, 98 États ont donné application à cette disposition en prenant un texte, au moins 30 États l'ayant consacré dans leurs manuels militaires⁸⁴.

⁷⁰ Fidji, Code pénal, art. 69 (inséré par l'ordonnance n° 25 de 1969 et modifié par l'ordonnance du 13 novembre 1970 et l'ordonnance n° 15 de 1973), disponible sur

www.preventgenocide.org/law/domestic/fiji.htm.

⁷¹ Ghana, Code pénal de 1960, loi n° 29 (modifiée jusqu'en 2003), sect. 49A, disponible sur

www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1787.

⁷² Hongrie, Code pénal, loi C de 2012 (promulguée le 13 juillet 2012), sect. 142, disponible sur

www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁷³ Israël, loi n° 5710-1950 du 29 mars 1950 relative au crime de génocide (prévention et répression), disponible sur

preventgenocide.org/II/law1950.htm.

⁷⁴ Italie, loi n° 962 du 9 octobre 1967, disponible sur

preventgenocide.org/il/Legge.htm.

⁷⁵ Liechtenstein, Code pénal du 24 juin 1987, sect. 321, disponible sur

www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=10181.

⁷⁶ Mexique, Code pénal fédéral du 14 août 1931, art. 149 *bis* (actualisé le 14 juillet 2014), disponible sur

www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14542.

⁷⁷ Portugal, Code pénal, décret-loi n° 48/95 du 15 mars 1995, art. 239, disponible sur

www.preventgenocide.org/pt/direito/codigos/portugal.htm.

⁷⁸ République tchèque, Code pénal, loi n° 140/1961, art. 259, disponible sur

www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/country_profiles/legislation/CT%20Legislation%20-%20Czech%20Republic%20Criminal%20Code.pdf.

⁷⁹ Roumanie, Code pénal, loi n° 286 du 17 juillet 2009 (modifiée en 2010), art. 438, disponible sur

www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁸⁰ Slovénie, Code pénal (KZ-1), art. 100 (2008), *ibid*.

⁸¹ Suède, Code pénal, loi n° 1964:169, disponible sur

preventgenocide.org/se/lag169.htm.

⁸² Voir, par exemple, Lois d'Antigua-et-Barbuda, chap. 191, loi relative au génocide, sect. 3, disponible sur

www.laws.gov.ag/acts/chapters/cap-191.pdf; Lois de la Barbade, loi relative au

génocide, chap. 133A (1980-18), sect. 4, disponible sur

208.109.177.6/fr/ShowPdf/133A.pdf;

Irlande, loi n°28/1973 relative au génocide, sect. 2.1), disponible sur

www.preventgenocide.org/law/domestic/ireland.htm; Seychelles, loi de 1969 relative au

génocide (territoires d'outre-mer), 1970, sect. 1.1), disponible sur

www.seylii.org/sc/legislation/consolidated-act/88.

⁸³ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève), art. 49; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève), art. 50; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève), art. 129; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève), art. 146.

⁸⁴ Voir Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Base de données sur le droit international humanitaire coutumier, « Chapitre 43 : pratique relative à la règle 151 (Responsabilité

22. De fait, divers autres instruments internationaux prescrivent l'incrimination de certains actes en droit interne; on retiendra notamment la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁸⁵, la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁸⁶, la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages⁸⁷, la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁸⁸, la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture⁸⁹, la Convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁹⁰, la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes⁹¹, la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁹², la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme⁹³, la Convention de 1999 de l'OUA (Organisation de l'unité africaine) sur la prévention et la lutte contre le terrorisme⁹⁴, 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 enfants⁹⁵, la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁹⁶ et la

individuelle) » (voir les sections consacrées aux législations nationales et aux manuels militaires), disponible sur https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule151.

⁸⁵ Art. 2 (« Tout État contractant s'engage à réprimer l'infraction de peine sévères »).

⁸⁶ Art. 2, par. 2 (« Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité »).

⁸⁷ Art 2 (« Tout État partie réprime les infractions prévues [dans la présente Convention] de peines appropriées qui prennent en considération la nature grave de ces infractions »).

⁸⁸ Art. 4 (« Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. [...] Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité »).

⁸⁹ Art. 6 (« Les États parties s'assurent que tout acte ou tentative de torture constituent des crimes selon leur droit pénal; ils établissent pour les punir des sanctions sévères tenant compte de leur gravité »).

⁹⁰ Art. 9, par. 2 (« Chaque État partie rend les infractions visées [dans la présente Convention] passibles de peines appropriées tenant compte de la gravité desdites infractions »).

⁹¹ Art. III (« Les États parties à la présente Convention s'engagent à adopter [...] les mesures législatives nécessaires pour qualifier le délit de disparition forcée des personnes et pour le sanctionner d'une peine appropriée, proportionnelle à son extrême gravité »).

⁹² Art. 4 (« Chaque État partie prend les mesures qui peuvent être nécessaires pour : a) Qualifier d'infraction pénale au regard de son droit interne les infractions visées [dans] la présente Convention; b) Réprimer lesdites infractions par des peines prenant dûment en compte leur gravité »).

⁹³ Art. 4 (« Chaque État partie prend les mesures qui peuvent être nécessaires pour : a) Ériger en infraction pénale au regard de son droit interne les infractions visées [dans la présente Convention]; b) Punir ces infractions de peines appropriées compte tenu de leur gravité »).

⁹⁴ Art. 2 a) (« Les États Parties s'engagent à [...] réviser leur législation nationale et à établir comme crimes les actes terroristes tels que définis dans la présente Convention et pénaliser ces actes en tenant compte de leur gravité »).

⁹⁵ Art. 5, par. 1 (« Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes énoncés [dans] le présent Protocole »).

⁹⁶ Art. 7, par. 1 (« Tout État partie rend le crime de disparition forcée passible de peines appropriées qui prennent en compte son extrême gravité »).

Convention de 2007 de l'ASEAN (Association des nations de l'Asie du Sud-Est) sur la lutte contre le terrorisme⁹⁷.

23. Évoquant la consécration d'une telle obligation dans les traités, en particulier dans la Convention contre la torture, la Cour internationale de Justice (CIJ) fera observer ce qui suit à l'occasion de l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* :

L'obligation de l'État d'incriminer la torture et d'établir sa compétence pour en connaître trouve son équivalent dans les dispositions de nombreuses conventions internationales de lutte contre les crimes internationaux. Cette obligation, qui doit être mise en œuvre par l'État concerné dès qu'il est lié par la convention, a notamment un caractère préventif et dissuasif puisque, en se dotant de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, les États parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité. Ce caractère préventif est d'autant plus marqué que le nombre des États parties est élevé⁹⁸.

C. Commission, tentative et autres formes de participation à l'infraction

24. Il ressort de l'analyse que les instruments internationaux et les textes de lois internes envisagent divers types (ou formes) de responsabilité pénale individuelle en présence de crimes contre l'humanité. En premier lieu, toutes les juridictions qui répriment ces crimes retiennent la responsabilité pénale de quiconque « commet » l'infraction (on dit parfois en droit interne, perpètre, exécute, réalise, consomme « personnellement » en étant l'auteur « principal » ou « matériel »). Ainsi, selon le Statut du Tribunal militaire international résultant de l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (le « Statut de Nuremberg ») le Tribunal est compétent à l'égard de « toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants » (art. 6). Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁹⁹ et du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda¹⁰⁰, quiconque « a commis » un crime contre l'humanité « est individuellement responsable dudit crime ». D'après le Statut de Rome de la Cour pénale internationale « [q]uiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni » et « une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si [...] [e]lle commet un tel crime, que ce soit individuellement [ou] conjointement avec une autre personne » [art. 25, par. 2 et 3 a)]. De même, les

⁹⁷ Art. IX, par. 1 (« Les Parties adoptent les mesures nécessaires, y compris, s'il y a lieu, des mesures législatives, pour garantir que les infractions visées à l'article II de la présente Convention, notamment lorsqu'elles sont commises dans l'intention d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ne puissent en aucune circonstance être justifiées par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique ou religieuse ou d'autres considérations analogues »).

⁹⁸ Arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 442 à 451, par. 75.

⁹⁹ Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, art. 7, par. 1.

¹⁰⁰ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994, annexe, art. 6, par. 1.

textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone¹⁰¹, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental¹⁰², les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens¹⁰³, la Cour pénale suprême d'Iraq¹⁰⁴ et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises¹⁰⁵ envisagent tous la responsabilité pénale quiconque « commet » un crime contre l'humanité.

25. Les textes internes consacrés aux crimes contre l'humanité incriminent systématiquement la « commission » de ladite infraction. Les États qui ont répondu à la demande d'information de la CDI sur leur droit interne (Australie¹⁰⁶, Autriche¹⁰⁷, Belgique¹⁰⁸, Cuba¹⁰⁹, République tchèque¹¹⁰, Finlande¹¹¹, France¹¹², Allemagne¹¹³, Pays-Bas¹¹⁴, Espagne¹¹⁵, Suisse¹¹⁶, République de

¹⁰¹ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, art. 6, par. 1 (que l'on peut consulter à l'adresse www.rscsl.org/documents.html).

¹⁰² Règlement 2000/15 de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental portant création des chambres ayant compétence exclusive à l'égard des infractions pénales graves (UNTAET/REG/2000/15), par. 5.

¹⁰³ Loi portant création des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens chargées de juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 5. Voir aussi l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge concernant la poursuite, sous l'empire du droit cambodgien, des auteurs des crimes commis sous le Kampuchea démocratique (résolution 57/228B de l'Assemblée générale en date du 22 mai 2003).

¹⁰⁴ Statut du Tribunal spécial iraquien, *International Legal Materials*, vol. 43, p. 236, art. 10 b). L'administration intérimaire iraquienne a promulgué un nouveau statut en 2005, inspiré du précédent, qui rebaptise le Tribunal « Cour pénale suprême d'Iraq ». Voir la Loi relative à la Cour pénale suprême d'Iraq, résolution n° 10, *Journal officiel de la République d'Iraq*, vol. 47, n° 4006 (18 octobre 2005).

¹⁰⁵ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990, *International Legal Materials*, vol. 52, n° 4 (2013), p. 1028 et 1029, art. 4 b) et 6.

¹⁰⁶ Observations écrites présentées par l'Australie à la CDI (2016), avec renvoi à la division 268 de son code pénal.

¹⁰⁷ Observations écrites présentées par l'Autriche à la CDI (2015), avec renvoi à la section 321 de son code pénal.

¹⁰⁸ Observations écrites présentées par Belgique à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 136sexies de son code pénal.

¹⁰⁹ Observations écrites présentées par Cuba à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 18 de son code pénal.

¹¹⁰ Observations écrites présentées par la République tchèque à la CDI (2015), avec renvoi à la section 401 de son code pénal.

¹¹¹ Observations écrites présentées par la Finlande à la CDI (2015), avec renvoi au chapitre 11, section 3, de son code pénal.

¹¹² Observations écrites présentées par la France à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 21203 de son code pénal.

¹¹³ Observations écrites présentées par l'Allemagne à la CDI (2015), avec renvoi à la section 7 de son code pénal.

¹¹⁴ Observations écrites présentées par les Pays-Bas à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 4 de son code pénal.

¹¹⁵ Observations écrites présentées par l'Espagne à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 451 de son code pénal.

¹¹⁶ Observations écrites présentées par la Suisse à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 264a de son code pénal.

Corée¹¹⁷ et Royaume-Uni¹¹⁸) ont quasiment tous dit réprimer la « commission » de crimes contre l'humanité¹¹⁹.

26. Si les crimes contre l'humanité sont des infractions commises en exécution/application de la politique d'un État ou d'une organisation, impliquant ainsi une résolution d'agir concertée parfois au plus haut niveau; cependant, les exécutants subalternes desdites infractions n'en sont pas moins pénalement responsables. Selon une partie de la doctrine, il est indispensable de retenir la responsabilité pénale des subalternes, car les crimes internationaux d'envergure exigent la participation « non seulement de planificateurs et d'exécutants dits auteurs principaux ou matériels, mais également une multitude d'agents qui, soit font leur "travail", soit ne veulent pas être en reste ou s'opposer à l'autorité, et qui, par leur action conjuguée, donnent à l'infraction son caractère massif¹²⁰ ». En outre, la « commission » de l'infraction peut également consister dans le fait de s'abstenir ou « omettre d'accomplir tel acte commandé par la loi (autrement dit : à ne pas faire ce qui est prescrit)¹²¹ » (dit omission ou abstention).

27. En second lieu, toutes les juridictions considèrent à divers degrés pénalement responsable quiconque participe à l'infraction autrement qu'en qualité d'auteur principal ou matériel, soit « tente » de la commettre, soit est « complice » de sa réalisation ou de sa tentative. Les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹²², du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ne répriment pas la tentative de crime contre l'humanité; en revanche, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale tient pour pénalement responsable quiconque tente de commettre un crime, sauf si elle abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement [art. 25, par. 3 f)]. À l'occasion de l'affaire *Banda et Jerbo*, la Chambre préliminaire a déclaré que engage sa responsabilité pénale du chef de tentative toute personne dont il serait établi que le comportement aurait, « dans le cours normal des événements, [...] entraîné la commission du crime si des circonstances échappant au contrôle de l'auteur n'étaient pas intervenues¹²³ ». Les instruments répressifs internationaux appréhendent diversement la responsabilité du « complice », visant par exemple le fait « d'ordonner », « de provoquer », « d'encourager » ou « d'inciter autrui à commettre » l'infraction, d'apporter « aide et assistance », à autrui d'être partie à une « entente en vue de commettre »

¹¹⁷ Observations écrites présentées par la République de Corée à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 9 de son code pénal.

¹¹⁸ Observations écrites présentées par le Royaume-Uni la CDI (2015), avec renvoi à la loi de 2001 relative à la Cour pénale internationale.

¹¹⁹ Dans les traités réprimant d'autres types d'infractions, les États parties sont également systématiquement invités à proscrire dans leur droit la commission directe de l'infraction considérée. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide retient ainsi la responsabilité pénale individuelle de quiconque commet un crime de génocide [art. III a)].

¹²⁰ Cassese et al., p. 381. Voir également Bantekas, *International Criminal Law*, p. 51 à 75.

¹²¹ O'Keefe, p. 169.

¹²² Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra*, note 99).

¹²³ Cour pénale internationale, Première Chambre préliminaire, *Le Procureur c. Banda et Jerbo*, affaire n° ICC-02/05-03/09, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2011, par. 96.

l'infraction, d'en être « complice », d'y « participer » ou d'être partie à une « entreprise criminelle commune »¹²⁴.

28. Le Statut de Nuremberg porte ainsi que « [l]es dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan » (art. 6). Il résulte du principe VII des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement dudit tribunal, que la « complicité » d'un crime contre l'humanité est un « crime de droit international »¹²⁵.

29. De même, aux termes de l'article II de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité :

Si l'un quelconque des crimes mentionnés à l'article premier est commis, les dispositions de la présente Convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'État et aux particuliers qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices, ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'État qui toléreraient sa perpétration.

30. Selon le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « [q]uiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime »¹²⁶ – cette disposition étant reprise presque textuellement dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda¹²⁷. Ces deux tribunaux ont condamné des accusés du chef de participation à des crimes relevant de leur compétence¹²⁸. De même, les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone¹²⁹, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental¹³⁰, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens¹³¹, la Cour pénale suprême

¹²⁴ Pour une étude d'ensemble, voir van Sliedregt et Jain. Certains aspects de cette incrimination de la participation à l'infraction ont suscité des critiques. Voir, par exemple, Ohlin. Pour la thèse que les diverses formes de responsabilité peuvent être appréhendées sous l'angle d'une théorie unifiée de la perpétration, voir Stewart, « The end of "modes of liability" for international crimes ».

¹²⁵ Annuaire [...] 1950, vol. II, p. 377.

¹²⁶ Art. 7, par. 1. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a traité dans plusieurs décisions de la responsabilité pénale du complice. Voir, par exemple, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt de la Chambre d'appel, le 15 juillet 1999, par. 220 (« la Chambre d'appel estime que la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier »).

¹²⁷ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra*, note 100), art. 6, par. 1.

¹²⁸ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, le 10 décembre 1998, par. 246 (« S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, [le complice] a eu l'intention de le faciliter et il est coupable de complicité ») [*International Legal Materials*, vol. 38, n° 2 (mars 1999)].

¹²⁹ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 6, par. 1.

¹³⁰ UNTAET/REG/2000/15 (voir *supra*, note 102), sect. 14.

¹³¹ Loi portant création des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens chargées de juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique (voir *supra*, note 103), art. 29.

d'Iraq¹³² et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises¹³³ retiennent tous la responsabilité pénale de toute personne qui participe sous une forme quelconque à la commission d'un crime contre l'humanité.

31. L'article 2 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996), de la CDI envisage plusieurs types de responsabilité pénale individuelle en présence notamment de crimes contre l'humanité, selon que l'auteur :

- a) Commet intentionnellement un tel crime;
- b) Ordonne la commission d'un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement commis ou tenté;
- c) Omet d'empêcher ou de réprimer la commission d'un tel crime [s'il est le supérieur hiérarchique de la personne qui commet le crime];
- d) En connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilite de toute autre manière, directement et de façon substantielle, y compris en procurant les moyens de le commettre;
- e) Participe directement à la planification ou à une entente en vue de commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré;
- f) Incite directement et publiquement un autre individu à commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré;
- g) Tente de commettre un tel crime si ce crime a fait l'objet d'un commencement d'exécution qui n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.¹³⁴

32. Le Statut de Rome tient pénalement responsable toute personne qui « commet un tel crime [...] par l'intermédiaire d'une autre personne », qui « ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime » ou qui, « [e]n vue de faciliter la commission d'un tel crime, [...] apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission », et, sous certaines conditions [toute] personne qui « contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert »¹³⁵.

33. Les divers instruments distinguent deux formes (complémentaires) de responsabilité : celle de toute personne qui « ordonne » à autrui de commettre l'infraction et celle du supérieur hiérarchique (notion envisagée dans la section ci-après). La première est celle du supérieur hiérarchique qui donne à autrui l'ordre positif de commettre l'acte constituant l'infraction. La seconde est celle du supérieur hiérarchique qui, sachant ou ayant des raisons de savoir que ses subordonnés s'approprient à commettre ou ont déjà commis un crime, ne prend pas les mesures raisonnables nécessaires pour empêcher ce crime ou en punir les auteurs.

¹³² Statut du Tribunal spécial iraquien (voir *supra*, note 104), art. 15.

¹³³ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 (voir *supra*, note 105), art. 10.

¹³⁴ *Annuaire [...] 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 18 et 19.

¹³⁵ Art. 25, par. 3 a)-d). Pour un commentaire de l'article, voir Finnin.

De plus, dans les divers instruments en question, les notions voisines de « provocation » ou d'« incitation » au crime, ou de « fourniture d'aide et assistance », s'entendent du fait notamment d'encourager, de pousser ou d'inciter autrui à commettre l'infraction, sans qu'il soit besoin qu'il existe quelque relation de subordination hiérarchique entre l'une et l'autre personnes¹³⁶.

34. Évoquant l'étendue de la responsabilité pénale du « complice », le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie précisera dans l'affaire *Tadić* que :

[...] toutes les personnes impliquées dans des violations graves du droit international humanitaire doivent être traduites en justice, quelle que soit la manière dont elles ont commis ces violations ou y ont participé. S'il en est ainsi, on peut en conclure que le Statut ne se contente pas de conférer compétence à l'encontre des personnes qui planifient, incitent à commettre, ordonnent, commettent physiquement ou de toute autre manière aident et encouragent à planifier, préparer ou exécuter un crime. [...] Il n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes. Quiconque contribue à la perpétration d'un crime par le groupe de personnes visé ou par certains de ses membres, en poursuivant un but criminel commun, peut être tenu pénalement responsable sous certaines conditions¹³⁷.

35. De nombreuses juridictions incriminent également la participation à la commission de crimes contre l'humanité, en empruntant des termes et des qualifications quelque peu différents. Le Code pénal cubain envisage ainsi diverses formes de responsabilité en présence de crimes contre l'humanité par-delà la « commission » de l'infraction. Il punit en effet :

- a) Quiconque commet l'infraction;
- b) Quiconque planifie l'infraction et son exécution;
- c) Quiconque conduit autrui à commettre l'infraction, ce dernier étant pénalement responsable de son fait;
- d) Quiconque participe à la commission de l'infraction en exécutant des actions sans lesquelles l'infraction n'aurait été consommée;
- e) Quiconque commet l'infraction par l'intervention d'autrui ce dernier n'en étant pas l'auteur ou n'étant pas punissable, ou n'étant pas pénalement responsable de l'infraction dès lors qu'il a agi sous l'empire de la violence, de la contrainte ou de la ruse¹³⁸.

36. De fait selon le droit pénal cubain, « [s]'agissant de crimes contre l'humanité, d'atteintes à la dignité humaine [...] et des infractions visées dans les traités internationaux, est considéré comme auteur de l'infraction quiconque en est

¹³⁶ Voir, pour une étude d'ensemble, Ambos, « Article 25 [...] », p. 743 à 770; O'Keefe, p. 188 à 192.

¹³⁷ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić* (voir *supra*, note 126), par. 190. Voir aussi *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Arrêt de la Chambre d'appel, le 3 avril 2007, et *Le Procureur c. Milan Martić*, affaire n° IT-95-11-A, Arrêt de la Chambre d'appel, le 8 octobre 2008.

¹³⁸ Observations écrites présentées par Cuba à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 18, paragraphe 2, de son code pénal. Voir aussi Observations écrites présentées par l'Allemagne à la CDI (2015), avec renvoi à la section 2, paragraphe 5, de son code pénal.

pénalement responsable, quelle que soit la forme de sa participation¹³⁹ ». D'autres juridictions répriment également la tentative de crimes contre l'humanité ou la participation à ces crimes. Il résulte du titre du code pénal finlandais consacré aux crimes contre l'humanité, que « la tentative est punissable »¹⁴⁰. La loi pénale de la République de Corée réprime « [la] tentative de tout acte » constitutif de crime contre l'humanité¹⁴¹. Le Royaume-Uni « punit et l'auteur et le complice de crime contre l'humanité. En particulier, [...] la loi de 2001 [relative à la Cour pénale internationale] précise que sont “connexes” à l'infraction de crime contre l'humanité : a) le fait de fournir aide, assistance, conseils ou moyens à la commission de l'infraction; b) le fait d'inciter autrui à commettre l'infraction; c) la tentative ou l'entente en vue de commettre l'infraction; d) le fait de prêter assistance à l'auteur matériel de l'infraction ou de receler la commission de l'infraction¹⁴² ».

37. Une cour d'appel canadienne a précisé le sens de la notion de complicité aux fins de poursuites pour crimes contre l'humanité à l'occasion de l'affaire *Zazai c. Canada* en ces termes :

En common law et en droit pénal canadien, la complicité était et est toujours considérée comme une modalité de la perpétration d'un crime. Elle s'entend de l'acte ou de l'omission de celui qui aide ou facilite la réalisation d'un crime. Le complice est donc accusé du crime qui a été effectivement commis et il est jugé pour ce crime, dont il a aidé ou facilité la perpétration. En d'autres termes, qu'on l'aborde du point de vue de notre droit interne ou de celui du droit international, la complicité suppose la contribution à la réalisation d'un crime¹⁴³.

38. Dans ladite espèce, l'accusé sera reconnu coupable au motif suivant :

[Il] était de son propre gré et à des fins intéressées membre d'une organisation qui visait des fins brutales et dont la seule raison d'être était l'élimination de toute activité antigouvernementale et la perpétration de crimes qui peuvent être considérés comme des crimes contre l'humanité ou être assimilés à de tels crimes. Il savait que l'organisation à laquelle il participait et à laquelle il prêtait son concours pratiquait la torture et le meurtre¹⁴⁴.

39. D'ordinaire, les traités qui répriment des infractions autres que les crimes contre l'humanité envisagent la responsabilité pénale de quiconque participe à la commission de l'infraction incriminée, cette responsabilité étant définie en termes généraux si bien que les États n'ont pas à modifier la terminologie ou tous régimes bien établis en droit interne. Préférant des formulations générales à des dispositions précises, les traités en question laissent ainsi aux États le soin de délimiter les

¹³⁹ Observations écrites présentées par Cuba à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 18, paragraphe 4, de son code pénal.

¹⁴⁰ Observations écrites présentées par la Finlande à la CDI (2015), avec renvoi au chapitre 11, section 3, de son code pénal. Voir aussi les observations écrites présentées par l'Autriche à la CDI (2015), avec renvoi à la section 321b, paragraphes 4 et 5, de son code pénal; les observations écrites présentées par le Canada à la CDI (2015), avec renvoi à la section 4, paragraphe 1.1, de la Loi du 29 juin 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (L.C. 2000, ch. 24) (texte que l'on peut consulter à l'adresse <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-45.9/TexteCompleet.html>); le Code des États-Unis, titre 18, section 1091.

¹⁴¹ Observations écrites présentées par la République de Corée à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 9, paragraphe 5, de son code pénal. Voir aussi les observations écrites présentées par la Belgique à la CDI (2015), avec renvoi à l'article 136sexies-septies de son code pénal.

¹⁴² Observations écrites présentées par le Royaume-Uni à la CDI (2015).

¹⁴³ Cour d'appel fédérale, *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, affaire n° 2005 CAF 303, jugement, le 20 septembre 2005, par. 13 et 14.

¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 26.

contours de la responsabilité pénale selon les textes ou la jurisprudence internes. À titre d'exemple, le paragraphe 2 de l'article 15 du deuxième Protocole (1999) relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé dispose ce qui suit :

Chaque Partie adopte les mesures qui pourraient être nécessaires pour incriminer dans son droit interne les infractions visées au présent article et réprimer de telles infractions par des peines appropriées. Ce faisant, les Parties se conforment aux principes généraux du droit et au droit international, *notamment aux règles qui étendent la responsabilité pénale individuelle à des personnes autres que les auteurs directs de l'acte.*

40. Si la formulation générale retenue par les traités modernes s'agissant de la commission, de la tentative et des autres formes de participation à l'infraction peut varier d'un texte à l'autre, on en trouve une succincte récente à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées d'où il résulte que : « Tout État partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins [...] [t]oute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commande, tente de la commettre, en est complice ou y participe. »

41. D'une manière générale, en droit interne comme en droit international, seules les personnes physiques peuvent encourir une responsabilité pénale, à l'exclusion des personnes morales (les sociétés par exemple). Toutefois, nombre de juridictions internes ont, ces dernières années, consacré la responsabilité pénale des personnes morales¹⁴⁵ certaines d'entre elles l'étendant aux crimes internationaux¹⁴⁶, ce qui a donné lieu à des appels en faveur du développement du droit en la matière¹⁴⁷. Pour autant, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas reconnu universellement¹⁴⁸ et la conception en varie sensiblement d'une juridiction à l'autre, parmi celles qui l'ont consacré¹⁴⁹.

42. À ce jour, aucune juridiction pénale internationale n'a eu véritablement à connaître de la responsabilité pénale des personnes morales. Selon le Statut de Nuremberg, le Tribunal militaire international pouvait qualifier de criminel tout groupe ou organisation¹⁵⁰ et, dans les affaires qu'il a jugées, ainsi qu'à l'occasion

¹⁴⁵ Voir de Doelder et Tiedemann (pour une étude d'ensemble des pays); Brickey (sur l'histoire de la responsabilité pénale des personnes morales aux États-Unis); Hasnas (même sujet); Gobert et Pascal (pour une comparaison des régimes de responsabilité pénale des personnes morales dans 16 pays européens); Vermeulen, De Bondt et Ryckman (qui relèvent que la responsabilité pénale des personnes morales a été reconnue pour la première fois en Europe aux Pays-Bas en 1976). Voir également Couturier; Fisse et Braithwaite; Wells; Kyriakakis, « Prosecuting corporations for international crimes [...] »; Pieth and Ivory; Stewart, « The turn to corporate criminal liability [...] ».

¹⁴⁶ Voir Ramasastry et Thompson (examinant 16 systèmes juridiques, ils observent que nombre d'entre eux étendent la responsabilité pénale des personnes morales aux crimes internationaux). Voir également Amann; Stewart, « A pragmatic critique of corporate criminal theory ».

¹⁴⁷ Voir, par exemple, Clapham, « Extending international criminal law [...] »; Kelly; Stoitchkova; van der Wilt, « Corporate criminal responsibility for international crimes ».

¹⁴⁸ Voir, par exemple, la Harvard Law Review Association, p. 2031 (qui observe que de nombreux États ne reconnaissent pas dans leur droit la responsabilité des personnes morales).

¹⁴⁹ En Suisse par exemple, un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice de ses activités commerciales est imputé à l'entreprise s'il ne peut l'être à aucune personne physique déterminée. Voir le Code pénal suisse, art. 102(1), RS 311.0.

¹⁵⁰ Article 9 : « Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait

des poursuites par la suite sous l'empire de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié¹⁵¹, un certain nombre d'organisations nazies seront ainsi qualifiées. Pourtant, les tribunaux d'après-guerre n'auront en définitive jugé et condamné que des personnes physiques¹⁵². N'ont compétence pénale à l'égard de sociétés et autres personnes morales ni le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ni davantage le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, la Cour pénale suprême d'Iraq ni encore les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises. Les auteurs du Statut de Rome constateront que « [l]es avis divergent profondément quant à l'opportunité d'[y] inclure la responsabilité pénale des personnes morales¹⁵³ » et, bien que des propositions aient été faites en ce sens, le texte final ne prévoit rien en la matière¹⁵⁴.

43. Viendra toutefois récemment faire exception le protocole modifiant le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté par l'Union africaine en juin 2014 à l'entrée en vigueur duquel, la Cour sera compétente pour juger des personnes morales accusées de crimes internationaux, y compris de crimes contre l'humanité¹⁵⁵. En outre, encore que le Tribunal spécial pour le Liban ne soit pas expressément investi de compétence à l'égard de personnes morales (ni en présence de crimes contre l'humanité), un collège d'appel du Tribunal a jugé en 2014 qu'une personne morale pouvait être poursuivie du chef d'outrage (celle-ci aurait révélé l'identité de témoins protégés)¹⁵⁶. Le collège a notamment estimé que « les normes

être reconnu coupable) que le groupe ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle. »

¹⁵¹ Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. I, Washington, United States Government Printing Office, p. XVI-XIX.

¹⁵² Voir, par exemple, *United States v. Krauch et al.*, (affaire dite I.G. Farben), in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VII-VIII, Washington, United States Government Printing Office, 1952. Le Tribunal a déclaré en l'espèce que « lorsqu'un particulier ou une personne morale participe à la confiscation illicite d'un bien public ou privé en préparant et exécutant un plan bien conçu visant à acquérir ledit bien à titre permanent, l'acquisition effectuée dans ces circonstances après la confiscation constitue une violation du Règlement de La Haye », *ibid.*, vol. VIII, p. 1132 et 1133. Le Tribunal a déclaré également que « les preuves permettent d'établir au-delà de tout doute raisonnable qu'[I.G.] Farben a commis des atteintes aux biens visés dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, lesquelles atteintes sont liées à la politique allemande d'occupation susmentionnée dont elles forment une part inextricable. [...] On ne saurait distinguer en l'espèce les actions d'[I.G.] Farben et de ses représentants des actes de pillage perpétrés par les officiers, les soldats et les fonctionnaires du Reich allemand », *ibid.*, p. 1140. Pour autant, le Tribunal déclarera en définitive que « la personne morale accusée, [I.G.] Farben, n'est pas présente à la barre du Tribunal et ne saurait être pénalement sanctionnée dans le cadre de cette procédure », *ibid.*, p. 1153. Pour une analyse des répercussions du procès de Nuremberg sur cette question, voir Bush.

¹⁵³ Projet de statut de la cour criminelle internationale, rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (A/CONF.183/2/Add.1), art. 23, par. 6, note 3.

¹⁵⁴ Voir Kyriakakis, « Corporate criminal liability and the ICC Statute ».

¹⁵⁵ Voir le projet de Protocole modifiant le Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme en date du 15 mai 2014 (STC/Legal/Min/7(I) Rev. 1), art/ 46C, par.1 (« Aux fins du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des États »).

¹⁵⁶ Tribunal spécial pour le Liban, collège d'appel, *New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat*, affaire n° STL-14-05/PT/AP/AR126.1, Arrêt relatif à l'appel interlocutoire concernant la compétence personnelle du Tribunal en matière d'outrage, le 2 octobre 2014.

internationales actuelles en matière de droits de l'homme permett[ai]ent d'interpréter le terme "personne" de manière à inclure les personnes morales aux fins d'exercice » de la compétence du Tribunal en matière d'outrage¹⁵⁷.

44. Nombre de traités répressifs, dont la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 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 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, n'envisagent pas expressément la responsabilité pénale des personnes morales. Certains traités récents visant généralement les transactions financières¹⁵⁸, invitent les États à consacrer la responsabilité des personnes morales en droit interne¹⁵⁹, sans toutefois aller jusqu'à prescrire l'imposition de sanctions *pénales*, se bornant à stipuler que, « sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative »¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Ibid., par. 60. Ayant brièvement passé en revue les traités qui envisagent la responsabilité pénale des personnes morales, le collège d'appel a estimé que « la responsabilité des personnes morales pour des faits graves est prévue par la majorité des systèmes juridiques du monde et peut donc être admise comme un principe général du droit. Des divergences entre États persistent quant à la nature civile, pénale ou mixte de cette responsabilité. Le Collège estime néanmoins qu'à la lumière des développements évoqués plus haut, la responsabilité pénale des entreprises est sur le point d'être atteinte, pour le moins, le statut d'un principe général de droit applicable en droit international ». Ibid., par. 67.

¹⁵⁸ Voir cependant la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. 1, par. 2 (« Les États parties à la présente Convention déclarent criminels les organisations, les institutions et les individus qui commettent le crime d'apartheid »).

¹⁵⁹ Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, art. 2, par. 14 (« Aux fins de la présente Convention : [...] On entend par "personne" toute personne physique ou morale ») et art. 4, par. 3 (« Les Parties considèrent que le trafic illicite de déchets dangereux ou d'autres déchets constitue une infraction pénale »).

¹⁶⁰ Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 5, par. 1 (« Chaque État Partie, conformément aux principes de son droit interne, prend les mesures nécessaires pour que la responsabilité d'une personne morale située sur son territoire ou constituée sous l'empire de sa législation soit engagée lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction [...] Cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative »); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 10, par. 2 (« Sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative »); Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 26, par. 2 (libellé identique au précédent). Voir également la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, art. 10, par. 2 (« Sous réserve des principes juridiques de la Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative »); la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, art. 2 (« Chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ») et art. 3, par. 3 (« Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues »); le deuxième Protocole, établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, art. 3,

D. Responsabilité du supérieur hiérarchique

45. Outre le fait par quiconque d'ordonner à autrui de commettre un crime (hypothèse évoquée ci-dessus), la plupart des juridictions tiennent également le chef militaire ou autre supérieur hiérarchique pénalement responsable de toutes infractions commises par ses subordonnés dans certaines circonstances, et ce, par le jeu de la « responsabilité du supérieur hiérarchique »¹⁶¹. Tous les actes commis par des subordonnés ne sont pas pour autant imputables à leur supérieur hiérarchique : encore faut-il que ce dernier ait d'une façon ou d'une autre failli à ses obligations. Ainsi, à l'occasion du procès dit « du haut commandement » (un des 12 procès de Nuremberg conduits par les autorités américaines), le Tribunal fera observer que :

L'officier supérieur ne peut pas se tenir pleinement informé dans le détail des opérations militaires de ses subordonnés et, certainement pas, de chaque mesure administrative. Il a le droit de présumer que les tâches confiées à des subordonnés responsables seront exécutées dans le respect de la loi. Le Président des États-Unis est Commandant en chef des forces militaires américaines. Les actes criminels commis par ces forces ne peuvent en soi lui être imputés par le jeu de la théorie du lien de subordination, ni davantage l'être aux autres officiers supérieurs de la chaîne de commandement, aucun desquels ne n'encourt de responsabilité pénale de ce seul chef. Pour être pénalement responsable tout membre de cette hiérarchie doit avoir personnellement failli à son devoir; Or, il ne peut en être ainsi que si l'acte peut être imputé à sa personne ou s'il a agi par négligence coupable faute d'avoir exercé la supervision prescrite sur ses subordonnés. Dans ce dernier cas, il doit s'agir d'une négligence de sa part caractérisant une indifférence délibérée et immorale vis-à-vis de l'action de ses subordonnés, valant consentement tacite. Toute autre interprétation du droit international irait bien au-delà des principes de base du droit pénal connus des nations civilisées¹⁶².

46. On retiendra que le Tribunal de Nuremberg et le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ont fait application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à des supérieurs civils comme militaires¹⁶³, solution que d'autres juridictions reprendront par la suite. Une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda déclarera ainsi dans l'affaire *Le Procureur c. Musema*, que « [c]oncernant la question de savoir si la forme de responsabilité pénale individuelle prévue au paragraphe 3 de l'article 6 du Statut [du Tribunal] s'applique non seulement aux militaires, mais également aux personnes exerçant une fonction civile, il est important de noter que lors des procès

par. 1 (responsabilité des personnes morales : « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait de fraude, de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein ») et art. 4, par. 1 (sanctions à l'encontre des personnes morales : « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer qu'une personne morale déclarée responsable au sens de l'article 3 paragraphe 1 soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales »).

¹⁶¹ Pour commentaire, voir Lael; Bantekas, « The contemporary law of superior responsibility »; Damaška; et Sepinwall.

¹⁶² *Tribunal militaire international, United States v. von Leeb, et al.* (« The High Command Case »), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, United States Government Printing Office, 1950, p. 543 et 544.

¹⁶³ Voir, par exemple, Bassiouni, p. 461; et Heller, p. 262 et 263.

de Tokyo, certaines autorités civiles ont été condamnées pour des crimes de guerre en application de ce principe »¹⁶⁴.

47. De fait, de nos jours les juridictions pénales internationales envisagent la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « [l]e fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs »¹⁶⁵. Ce tribunal condamnera plusieurs accusés de ce chef¹⁶⁶. La même disposition est consacrée dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda¹⁶⁷ qui déclarera également des accusés coupables du même chef¹⁶⁸. On retrouve la même formulation dans les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone¹⁶⁹, le Tribunal spécial pour le Liban¹⁷⁰, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental¹⁷¹, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens¹⁷², la Cour pénale suprême d'Iraq¹⁷³ et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises¹⁷⁴.

48. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI de 1996 porte ce qui suit en son article 6 :

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre un

¹⁶⁴ Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13A, jugement et sentence, 27 janvier 2000, par. 132.

¹⁶⁵ Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra*, note 99), art. 7, par. 3.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-T, jugement, 25 juin 1999, par. 66 à 77; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, par. 330 à 400 et 605 à 810.

¹⁶⁷ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra*, note 100), art. 6, par. 3.

¹⁶⁸ Voir Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre I, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4, jugement, 2 septembre 1998; Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre I, *Le Procureur c. Jean Kambanda*, affaire n° ICTR-97-23S, jugement portant condamnation, 4 septembre 1998.

¹⁶⁹ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 6, par. 3.

¹⁷⁰ Statut du Tribunal spécial pour le Liban (S/RES/1757 (2007), pièce jointe), art. 3, par. 2.

¹⁷¹ UNTAET/REG/2000/15 (voir *supra*, note 102), sect. 16.

¹⁷² Loi sur la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (voir *supra*, note 103), art. 29.

¹⁷³ Statut du Tribunal spécial iraquien (voir *supra*, note 104), art. 15.

¹⁷⁴ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 (voir *supra*, note 105), art. 10, par. 4.

tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime¹⁷⁵.

49. L'article 28 du Statut de Rome¹⁷⁶ précise le critère d'imputabilité du fait d'autrui à tout chef militaire ou toute personne faisant effectivement fonction de chef militaire¹⁷⁷. En règle générale, le supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale : dès lors qu'il *a*) est rattaché aux auteurs des crimes par un lien de subordination; *b*) savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes; et *c*) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher l'exécution ou en réprimer les auteurs ou pour saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Ce critère commence à influencer sur la consécration de la théorie de la « responsabilité du supérieur hiérarchique », en droit civil et pénal interne¹⁷⁸.

50. L'article 28 du Statut de Rome envisage également les « relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés » dans le contexte non militaire ou civil, le supérieur hiérarchique pouvant être notamment le civil qui « dirige » des opérations militaires sans y « intervenir de fait »¹⁷⁹. En ce cas, le civil encourt une responsabilité pénale dès lors qu'il *a*) est rattaché aux auteurs des crimes par un lien de subordination; *b*) avait connaissance des crimes ou a délibérément méconnu toutes informations à ce sujet; *c*) exerçait une autorité et un contrôle effectifs sur les activités qui ont donné lieu aux crimes; *d*) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher l'exécution ou en punir les auteurs ou pour saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), p. 25.

¹⁷⁶ L'article 28, intitulé « Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques », porte en son paragraphe a) que :

« Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour 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 ».

¹⁷⁷ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, jugement, 26 février 2001, par. 369 (« Il convient de souligner que la doctrine de la responsabilité du commandement ne rend pas un supérieur responsable uniquement parce qu'il est en position d'autorité, car pour que sa responsabilité soit engagée, il faut prouver qu'il "savait ou avait des raisons de savoir" que des crimes se préparaient ou étaient déjà commis, et qu'il n'a pas pris les mesures pour les empêcher ou en punir les auteurs. Aussi la responsabilité du supérieur hiérarchique, qui est une forme de responsabilité implicite, ne constitue-t-elle pas une forme de responsabilité sans faute »).

¹⁷⁸ Voir, par exemple, *Ford c. Garcia*, 289 F.3d 1283 (11th Cir. 2002); voir également Van Schaack, p. 1217.

¹⁷⁹ Ronen, p. 347.

¹⁸⁰ L'article 28 prévoit, au paragraphe b) :

51. Les lois internes envisagent également cette forme de responsabilité pénale s'agissant de crimes de guerre, de génocide et de crimes contre l'humanité, le critère retenu variant cependant légèrement d'une juridiction à l'autre sans toujours correspondre à celui du Statut de Rome. Ainsi, selon la loi nationale du Canada :

Tout supérieur est coupable d'un acte criminel [s'il] n'exerce pas le contrôle qui convient sur une personne placée sous son autorité et son contrôle effectifs [...]; il sait que la personne est sur le point ou en train de commettre l'infraction ou il néglige délibérément de tenir compte de renseignements qui indiquent clairement qu'elle est sur le point ou en train de commettre l'infraction; l'infraction est liée à des activités relevant de son autorité et de son contrôle effectif; en conséquence, il ne prend pas, dès que possible, toutes les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir pour [...] empêcher ou réprimer la perpétration de l'infraction ou empêcher la perpétration d'autres infractions¹⁸¹.

Un certain nombre d'autres États dont l'Allemagne¹⁸², l'Australie¹⁸³, l'Espagne¹⁸⁴, les États-Unis d'Amérique¹⁸⁵, la France¹⁸⁶, Malte¹⁸⁷, la Nouvelle-Zélande¹⁸⁸, les Pays-Bas¹⁸⁹, le Royaume-Uni¹⁹⁰ et l'Uruguay¹⁹¹ ont adopté des dispositions

« En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour 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. »

¹⁸¹ Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (L.C. 2000, ch. 24) du 29 juin 2000, sect. 5(2) a) à d), disponible sur : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-45.9/TexteCompleet.html>.

¹⁸² Act to introduce the Code of Crimes Against International Law of 26 June 2002, sect. 4, 13 et 14, disponible sur : www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf.

¹⁸³ International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, n° 42, 2002, art. 268.115, disponible sur : www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00993.

¹⁸⁴ Observations écrites présentées par l'Espagne à la CDI (2015), citant l'article 451 de son code pénal.

¹⁸⁵ Principals, United States Code, Titre 10, sect. 950q (2012), disponible sur : www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2014-title10/pdf/USCODE-2014-title10-subtitleA-partII-chap47A-subchapVIII-sec950q.pdf.

¹⁸⁶ Observations écrites présentées par la France à la CDI (2015), citant l'article 214-4-1 de son code pénal.

¹⁸⁷ International Criminal Court Act, Act XXIV, 2002, partie 54E, disponible sur : www.iccnw.org/documents/MaltaDraftICCImpLeg.pdf.

¹⁸⁸ International Crimes and International Criminal Court Act, 6 septembre 2000, sect. 12, disponible sur : www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0026/latest/DLM63091.htm.

¹⁸⁹ Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act), sect. 9, disponible sur : [www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/2a6d559625223f62c12577d0003be499/\\$FILE/60466371.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/2a6d559625223f62c12577d0003be499/$FILE/60466371.pdf); www.netherlands-international-crimes-act-2003-en.pdf.

similaires. Certains États, comme l'Argentine¹⁹² et l'Équateur¹⁹³, ont récemment pris des textes d'application du Statut de Rome, qui ne consacrent toutefois pas la responsabilité du supérieur hiérarchique.

52. Les manuels militaires nationaux envisagent également cette forme de responsabilité pénale. Par exemple, selon le manuel militaire argentin le fait que l'infraction ait été commise par le subordonné n'exonère pas de toute responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, son supérieur hiérarchique qui sachant que son subordonné commettait ou s'apprêtait à commettre l'infraction, n'a pas pris toutes mesures en son pouvoir pour la prévenir ou la sanctionner¹⁹⁴. On retrouve d'autres exemples de dispositions analogues dans les manuels militaires du Cameroun¹⁹⁵, des États-Unis d'Amérique¹⁹⁶, de la Fédération de Russie¹⁹⁷, de la France¹⁹⁸, du Royaume-Uni¹⁹⁹ et de l'Ukraine²⁰⁰.

53. Les traités visant des infractions autres que les crimes contre l'humanité consacrent souvent aussi la responsabilité du supérieur hiérarchique. À la différence de la Convention sur le génocide ou des Conventions de Genève, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), consacre au paragraphe 2 de son article 86 une disposition générale, acceptée par ses 174 États parties, qui se lit comme suit :

Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction,

¹⁹⁰ International Criminal Court Act 2001, sect. 65, disponible sur : www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/content.

¹⁹¹ Ley No. 18.026, Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, 4 octobre 2006, art. 10, disponible sur : www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=.

¹⁹² Ley 26.200, Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal, 5 janvier 2007, disponible sur : www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/120000-124900/123921/norma.htm.

¹⁹³ Código Orgánico Integral Penal, 2014, disponible sur : www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed_sdn-mjdhc.pdf.

¹⁹⁴ Argentine, Leyes de Guerra, PC-08-01, Público, Edición 1989, Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, aprobado por Resolución No. 489/89 del Ministerio de Defensa, 23 avril 1990, sect. 8.07 (voir : www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule153).

¹⁹⁵ *Droit des conflits armés et droit international humanitaire, Manuel de l'instructeur en vigueur dans les forces de défense*, Ministère de la défense, Présidence de la République, État-major des armées (2006), p. 296, sect. 662 (voir : www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_cm_rule153).

¹⁹⁶ Department of Defense Law of War Manual, Office of General Counsel, Department of Defense, sect. 18.23.3.2, juin 2015, disponible sur : www.defense.gov/pubs/Law-of-War-Manual-June-2015.pdf.

¹⁹⁷ Instructions on the Application of the Rules of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the USSR, Appendix to Order of the USSR Defence Minister n° 75 (1990), sect. 14 b) (voir www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ru_rule153).

¹⁹⁸ Manuel de droit des conflits armés, Ministère de la défense (2001), p. 113 (voir www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule153).

¹⁹⁹ The Law of War on Land being Part III of the Manual of Military Law, The War Office, HMSO (1958), sect. 631 (voir www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_gb_rule153).

²⁰⁰ Manual on the Application of IHL Rules, Ministry of Defence (2004), sect. 1.8.8 (voir www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ua_rule153).

et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction²⁰¹.

54. Les lois internes et les instruments internationaux réprimant les crimes contre l'humanité, ainsi que les autres traités répressifs, envisagent généralement – entre autres formes de participation à l'infraction – l'imputabilité au supérieur hiérarchique militaire ou autre d'actes commis par ses subordonnés dès lors qu'il a failli à ses obligations.

E. Ordre/commandement du supérieur ou de l'autorité

55. Toutes les juridictions qui répriment les crimes contre l'humanité édictent diversement des causes de non-responsabilité pénale. Par exemple, la plupart d'entre elles considèrent comme causes exclusives de responsabilité (dites causes de non-imputabilité) la démence (ou trouble psychique, maladie mentale) qui empêche l'auteur présumé de l'infraction de mesurer l'illégalité de ses actes²⁰², l'état d'ivresse, du moins dans certaines circonstances²⁰³, l'état de légitime défense²⁰⁴ ou encore la contrainte résultant d'un danger imminent d'atteinte à l'intégrité physique ou de mort²⁰⁵ et, voire parfois, l'état de minorité²⁰⁶. Ces causes de non-responsabilité varient en fait d'une juridiction à l'autre, suivant généralement la conception du phénomène criminel au-delà des crimes contre l'humanité²⁰⁷.

²⁰¹ La Convention sur les disparitions forcées traite également de la responsabilité du commandement, au paragraphe 1 de l'article 6 :
« Tout État partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins :
[...]
b) Le supérieur qui :
i) Savait que des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs commettaient ou allaient commettre un crime de disparition forcée, ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement;
ii) Exerçait sa responsabilité et son contrôle effectifs sur les activités auxquelles le crime de disparition forcée était lié; et
iii) N'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'une disparition forcée ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites;
c) L'alinéa b ci-dessus est sans préjudice des normes pertinentes plus élevées de responsabilité applicables en droit international à un chef militaire ou à une personne faisant effectivement fonction de chef militaire. »

²⁰² Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 31, par. 1 a); République de Croatie, Code pénal (*supra*, note 64), art. 40; République de Finlande, Code pénal (1889) (modifié en 2012), chap. 3, sect. 4, art. 2) à 3), disponible sur: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/32>.

²⁰³ Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 31, par. 1 b); République de Croatie, Code pénal (*supra*, note 64), art. 41; République de Finlande, Code pénal (*supra*, note 202), chap. 3, sect. 4, art. 4).

²⁰⁴ Voir Statut de Rome, art. 31, par. 1, al. c); République de Croatie, Code pénal (*supra*, note 64), art. 29 et 30; République de Finlande, Code pénal, chap. 4, sect. 4 (*supra*, note 202).

²⁰⁵ Voir Statut de Rome, art. 31, al. d); République de Croatie, Code pénal (*supra*, note 64), art. 31; République de Finlande, Code pénal (*supra*, note 202), chap. 4, sect. 5.

²⁰⁶ Voir Statut de Rome, art. 26; République de Croatie, Code pénal (*supra*, note 64), art. 10; République de Finlande, Code pénal (*supra*, note 202), chap. 3, sect. 4, art. 1).

²⁰⁷ Voir le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (*supra*, note 134), p. 24, et p. 44, art. 15 (« En prononçant la sentence, le tribunal tient compte, le cas échéant, de circonstances atténuantes, conformément aux principes généraux de droit ») et son commentaire.

56. En outre, selon la plupart des juridictions qui répriment les crimes contre l'humanité l'auteur de crimes de cette nature ne peut invoquer l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme moyen de défense ou fait justificatif²⁰⁸. Selon l'article 8 du Statut du Tribunal militaire international, « [l]e fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige ». En conséquence, conformément à cet article et au « droit commun des États », le Tribunal militaire international décidera que « [l]e fait que l'accusé [ait] agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le [dégagerait] pas de sa responsabilité, mais [pourrait] être considéré comme un motif de diminution de la peine »²⁰⁹.

57. De même, le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient dispose en son article 6 que ni la position officielle de l'accusé, à aucun moment, ni le fait qu'il a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira en soi à dégager sa responsabilité du chef de tout crime dont il est inculpé, ces circonstances pouvant toutefois être considérées comme atténuantes dans le verdict si le Tribunal décide que la justice l'exige.

58. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) de la CDI porte en son article 5 que « Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale, mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si cela est conforme à la justice »²¹⁰. La CDI a fait observer ce qui suit au sujet de cet article :

On ne saurait oublier la culpabilité ni le rôle indispensable du subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. Sinon, l'absence de toute responsabilité ou de toute sanction à l'égard des auteurs effectifs de ces crimes odieux et, par conséquent, l'absence de toute dissuasion à l'égard des auteurs potentiels affaibliraient sensiblement la force de l'interdiction de tels crimes par le droit international²¹¹.

59. L'article 33 du Statut de Rome autorise dans une certaine mesure à invoquer l'obéissance à l'ordre du supérieur hiérarchique comme moyen de défense en présence de seuls crimes de guerre, à l'exclusion d'infractions de génocide ou de crimes contre l'humanité (art. 33)²¹². Les instruments régissant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²¹³, le Tribunal pénal international pour le Rwanda²¹⁴, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone²¹⁵, le Tribunal spécial pour le

²⁰⁸ Voir, en général, D'Amato, p. 288 et 289; et Nowak et McArthur, p. 102.

²⁰⁹ « Judicial decisions : International Military Tribunal (Nuremberg)... », p. 221.

²¹⁰ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), p. 24 (art. 5); voir également Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 375 (Principe IV).

²¹¹ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), p. 24.

²¹² Pour analyse, voir Gaeta; et Cryer, p. 768 et 769.

²¹³ Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra*, note 99), art. 7, par. 4.

²¹⁴ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra*, note 100), art. 6, par. 4.

²¹⁵ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 6, par. 4.

Liban²¹⁶, les Chambres spéciales chargées de connaître des infractions graves commises au Timor oriental²¹⁷, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens²¹⁸, la Cour pénale suprême d'Iraq²¹⁹ et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises²²⁰ excluent également tout moyen de défense tiré de l'ordre de la hiérarchie. Selon la règle 155 de l'étude du CICR de 2005 consacrée au droit international humanitaire coutumier : « Le fait d'obéir à un ordre d'un supérieur hiérarchique n'exonère pas le subordonné de sa responsabilité pénale s'il savait que l'acte ordonné était illégal ou s'il aurait dû le savoir en raison du caractère manifestement illégal de l'acte ordonné »²²¹.

60. Excluent ce moyen de défense divers traités répressifs, notamment : la Convention contre la torture²²², la Convention interaméricaine sur la torture²²³, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes²²⁴ et la Convention sur les disparitions forcées²²⁵. S'agissant de la Convention contre la torture, le Comité contre la torture a critiqué les législations nationales qui autorisent ce moyen de défense ou entretiennent l'ambiguïté sur ce point. Ainsi, évaluant en 2006 la performance du Guatemala, le Comité dira que : « L'État partie doit modifier sa législation de façon à énoncer explicitement que l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut pas être invoqué pour justifier la torture »²²⁶... relevant notamment, « avec préoccupation que l'obligation découlant [...] de la Convention [sur ce point était] reprise de façon ambiguë dans la législation de l'État partie »²²⁷. Dans certains cas, ce qui fait problème c'est ceci que le droit interne consacre le « devoir d'obéissance » comme moyen de défense²²⁸. Par

²¹⁶ Statut du Tribunal spécial pour le Liban (voir *supra*, note 170), art. 3, par. 3.

²¹⁷ UNTAET/REG/2000/15 (voir *supra*, note 102), sect. 21.

²¹⁸ Loi sur la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (voir *supra*, note 103), art. 29.

²¹⁹ Statut du Tribunal spécial iraquien (voir *supra*, note 104), art. 15.

²²⁰ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 (voir *supra*, note 105), art. 10, par. 5.

²²¹ Voir CICR, étude de 1995 sur le droit international coutumier, Règle 155, disponible sur : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf.

²²² Art. 2, par. 3 (« L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture »).

²²³ Art. 4 (« Le fait d'avoir agi sur les ordres d'autorités supérieures n'exonère pas de la responsabilité pénale attachée à la perpétration du crime de torture »).

²²⁴ Art. VIII (« N'est pas admise comme circonstance atténuante l'excuse de l'obéissance à des ordres ou instructions supérieurs qui obligent, autorisent ou encouragent la disparition forcée. Toute personne qui reçoit de tels ordres a le droit et le devoir de ne pas y obéir »).

²²⁵ Art. 6, par. 2 (« Aucun ordre ou instruction émanant d'une autorité publique, civile, militaire ou autre, ne peut être invoqué pour justifier un crime de disparition forcée »). Cette disposition a bénéficié d'un accueil généralement favorable au moment de la rédaction. Voir, 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. 72; voir également la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'Assemblée générale, 18 décembre 1992, art. 6.

²²⁶ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Guatemala (CAT/C/GTM/CO/4 et Add.1), par. 13.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Nowak et McArthur, p. 102.

exemple, à l'occasion de l'examen de l'application de la Convention par le Chili, le Comité s'est dit en 2004 préoccupé par « [l]e maintien [dans le] Code de justice militaire de la règle du devoir d'obéissance, malgré les dispositions qui consacrent le droit du subordonné de soulever une objection quand un ordre implique la perpétration d'un acte prohibé »²²⁹.

61. Sans l'autoriser comme moyen de défense ou fait justificatif, en cas de poursuites, certaines des juridictions internationales et internes susmentionnées retiennent l'obéissance à l'ordre du supérieur hiérarchique comme circonstance atténuante de la peine. Ainsi, selon l'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le fait d'agir sur l'ordre d'un supérieur « peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si cela est conforme à la justice »²³⁰. Il ressort du commentaire de cette disposition que :

Le subordonné qui commet un crime contre son gré sur ordre d'un supérieur hiérarchique, parce qu'il craint que l'inexécution de cet ordre n'ait de graves conséquences pour lui-même ou sa famille, n'encourt pas le même degré de responsabilité que celui qui participe de son plein gré à la commission du crime. Le fait qu'il ait commis le crime contre son gré afin d'éviter que l'inexécution de l'ordre reçu n'entraîne, dans les circonstances du moment, de graves conséquences pour lui-même ou pour ses proches pourra justifier, pour tenir compte du moindre degré de culpabilité, une réduction de la sanction qui autrement serait imposée. L'expression « si cela est conforme à la justice » est employée pour montrer que, même en pareil cas, l'imposition d'une sanction moins lourde doit être aussi compatible avec les intérêts de la justice²³¹.

62. Comme il ressort de la disposition sus-évoquée, les statuts de diverses juridictions pénales internationales consacrent l'obéissance à l'ordre du supérieur hiérarchique comme circonstance à retenir aux fins de la fixation de la peine²³². Le Statut de Rome, par contre, est muet sur la question. L'étude du CICR conclura qu'« [i]l existe en outre une pratique étatique abondante à cet effet, sous forme de manuels militaires, de législations nationales et de déclarations officielles », mais que certains États « excluent toute atténuation de la peine pour des violations commises en exécution d'ordres manifestement illégaux »²³³.

F. Prescription

²²⁹ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Chili (CAT/C/CR/32/5), par. 6 i). Voir également les Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Argentine (CAT/C/CR/33/1), par. 3 a) (prenant note avec satisfaction « de la déclaration de nullité absolue » de la loi sur le devoir d'obéissance adoptée par l'Argentine).

²³⁰ Voir le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (*supra*, note 134), p. 25.

²³¹ *Ibid.*, p. 25, par. 5). Voir également D'Amato, p. 288.

²³² Au sujet des dispositions envisageant la prise en compte de circonstances atténuantes au stade de la fixation de la peine, voir Statut du Tribunal militaire international, art. 8; Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, art. 6; Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra*, note 99), art. 7, par. 4; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*supra*, note 100), art. 6, par. 4; Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 6, par. 4; et l'instrument régissant les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, UNTAET/REG/2000/15 (*supra*, note 102), sect. 21.

²³³ Voir *supra*, note 221.

63. Peut faire obstacle à toutes poursuites du chef de crimes contre l'humanité la « prescription », règle qui interdit de poursuivre l'auteur présumé d'une infraction au-delà d'un certain nombre d'années²³⁴, l'objet en étant principalement de voir exercer toutes poursuites alors que les preuves matérielles et le souvenir des témoins oculaires sont encore frais et intacts.

64. Ni le Statut du Tribunal militaire international, ni celui du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, ni les textes fondateurs du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda ou du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, ne parlent de la prescription des crimes internationaux, y compris les crimes contre l'humanité²³⁵. En revanche, d'après la loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée en 1945 par les Puissances alliées d'occupation de l'Allemagne pour voir traduire en justice les auteurs présumés de crimes, tous accusés jugés ou poursuivis pour crimes contre l'humanité (et pour crimes de guerre et crimes contre la paix) ne pourraient bénéficier d'aucune prescription pour les crimes commis entre le 30 janvier 1933 et le 1^{er} juillet 1945²³⁶. De même, le Statut de Rome envisage expressément la question, portant en son article 29 que « [l]es crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas ». Les rédacteurs du Statut ont entendu voir appliquer cette disposition aux crimes contre l'humanité²³⁷. La loi relative à la création des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens et les instruments régissant la Cour pénale suprême d'Iraq et les Chambres spéciales pour les crimes graves au Timor oriental, qualifient aussi expressément les crimes contre l'humanité infractions imprescriptibles²³⁸.

65. S'agissant de la prescription de toutes poursuites devant les tribunaux internes, l'Assemblée générale des Nations Unies a déclaré en 1967 que « l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires [inquiétait] profondément l'opinion publique mondiale car elle [empêchait] que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées »²³⁹. L'année suivante, les États adopteront la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, venue prescrire aux États parties de prendre « toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité [de ces deux types de crime],

²³⁴ Voir, en général, Kok.

²³⁵ Voir Schabas, *The International Criminal Court...*, p. 429, et « Article 29 ».

²³⁶ Loi n° 10 du Conseil de contrôle (voir *supra*, note 150), p. 52, art. II, par. 5.

²³⁷ *Documents officiels de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies pour la création d'une cour pénale internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998; vol. II, Comptes rendus analytiques des séances de la plénière et des réunions du Comité plénier* [A/CONF.183/13 (Vol. II)], 2^e séance, par. 45 à 74. Voir également Schabas, *The International Criminal Court...*, p. 469 (citant A/CONF.183/C.1/SR.8, par. 76 et 82).

²³⁸ Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (voir *supra*, note 103), art. 5; Statut du Tribunal spécial iraquien [voir *supra*, note 104), art. 17 d]; et instrument régissant les Chambres spéciales pour les crimes graves au Timor oriental (UNTAET/REG/2000/15) (voir *supra*, note 102), sect. 17.1. Il convient en outre de noter que les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens ont compétence pour juger les crimes contre l'humanité commis plusieurs décennies avant leur création, entre 1975 et 1979, pendant que les Khmers rouges étaient au pouvoir.

²³⁹ Résolution 2338 (XXII) de l'Assemblée générale, adoptée le 18 décembre 1967. Voir également les résolutions 2712 (XXV), du 15 décembre 1970, et 2840 (XXVI), du 18 décembre 1971, de l'Assemblée générale.

tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine » (art. IV). Le Conseil de l'Europe, adoptera de son côté en 1974 la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, qui reprend sensiblement les mêmes termes. Ces conventions n'ont cependant pas suscité une large adhésion, 55 États étant parties à la Convention de 1968 et 8 à celle de 1974 à l'année 2015.

66. Toutefois, aucun État n'interdit l'exercice de poursuites du chef de crime contre l'humanité au-delà d'un certain laps de temps²⁴⁰. Au contraire, nombreux sont ceux qui ont expressément légiféré contre ce type de restriction; on citera notamment l'Albanie, l'Allemagne, l'Argentine, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, le Burundi, Cuba, l'Espagne, l'Estonie, l'Éthiopie, la Fédération de Russie, la France, la Hongrie, Israël, la Lettonie, le Mali, le Niger, l'Ouzbékistan, les Pays-Bas, le Pérou, la Pologne, la République centrafricaine, la République de Corée, le Rwanda, l'Ukraine et l'Uruguay²⁴¹. Ainsi, en 1964, la France a adopté une loi aux termes de laquelle les crimes contre l'humanité, tels que définis dans la résolution 3 (I) adoptée par l'Assemblée générale le 13 février 1946 (relative à l'extradition et au châtement des criminels de guerre) et dans le Statut du Tribunal militaire international, « sont imprescriptibles par leur nature »²⁴². Au cours des décennies qui ont suivi, la France a poursuivi plusieurs personnes dont Klaus Barbie, Maurice Papon et Paul Touvier pour crimes contre l'humanité remontant, à la Seconde Guerre mondiale. La Cour de cassation française déclarera à l'occasion de l'affaire *Barbie* que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité fait désormais partie des règles du droit coutumier »²⁴³.

67. D'autres juridictions nationales se sont également prononcées sur la prescriptibilité ou non des crimes contre l'humanité. Le tribunal de district de Jérusalem, dans l'affaire *Eichmann*, a rejeté le moyen tiré par l'accusé de la prescription des crimes dont il répondait, au motif que, vu l'extrême gravité du

²⁴⁰ Schabas, *The International Criminal Court...*, p. 469.

²⁴¹ Voir : Albanie, Code pénal (*supra*, note 89), art. 67; Allemagne, loi relative à l'introduction du code des crimes de droit international (*supra*, note 68), art. 1, sect. 5; Argentine, loi relative à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1995); Belgique, Code pénal (1867, tel que modifié le 5 août 2003), art. 91; Bosnie-Herzégovine, Code pénal (2003), art. 19; Burundi, Code pénal (2009), art. 150 et 155; Cuba, Code pénal (*supra*, note 65), art. 64, par. 5; Espagne, Code pénal (1995, tel que modifié le 23 juin 2010), art. 131, par. 4; Estonie, Code pénal (2002), sect. 81, par. 2; Éthiopie, Constitution (1994), art. 28, par. 1; Fédération de Russie, décret sur les peines infligées aux criminels de guerre (1965); France, Code pénal (1994), art. 213, par. 5; Hongrie, loi IV de 1978 sur le Code pénal (telle que modifiée en 1998), art. 33, par. 2; Israël, loi relative aux nazis et aux collaborateurs (sanctions) (1950), art. 12; Lettonie, Code pénal (2000), sect. 57; Mali, Code pénal (2001), art. 32; Niger, Code pénal (1961, tel que modifié en 2003), art. 208.8; Ouzbékistan, Code pénal (1994), art. 64; Pays-Bas, loi relative aux crimes internationaux (2003), sect. 13; Pérou, résolution législative n° 27998 (2003), art. 1, et décret présidentiel n° 082-2003-RE (2003), art. 1; Pologne, Code pénal (1997), art. 109; République centrafricaine, Code de procédure pénale [2010], art. 7 c); République de Corée, loi sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale (2007), art. 6; Rwanda, Constitution (2003), art. 13; Ukraine, Code pénal (2010), art. 49, par. 5; Uruguay, loi sur la coopération avec la Cour pénale internationale (2006), art. 7. Voir, en général, CICR, Règle 160, Pratique, disponible sur : www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule160.

²⁴² France, loi n° 64-1326 (26 décembre 1964).

²⁴³ Cour de cassation, Chambre criminelle, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes* et al. c. *Barbie, jugement, 20 décembre 1985*, ILR, vol. 78, 1988, p. 125 à 131.

crime commis contre le peuple juif, constitutif de crime contre l'humanité et de crime de guerre, le législateur israélien a consacré l'imprescriptibilité de ces infractions²⁴⁴. En Éthiopie, le Parquet spécial fera valoir, durant le procès *Mengistu*, que la Constitution éthiopienne consacre l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, comme dérivant de principes internationalement reconnus²⁴⁵. Aux États-Unis, dans l'affaire dite *In re Agent Orange Product Liability Litigation* (relative à la dangerosité de l'agent orange), un tribunal de district fédéral a déclaré qu'au vu de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et du Statut de Rome de la CPI, force est de reconnaître que le droit international coutumier consacre l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité²⁴⁶. La Cour suprême argentine a déclaré les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité imprescriptibles, au regard du droit international coutumier et des principes de *jus cogens*²⁴⁷.

68. Nombre de traités répressifs consacrés à d'autres infractions de droit interne n'excluent pas la prescription. Ainsi, les États renonceront à retenir dans la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques le texte de l'article 9 du projet d'articles de la CDI sur la protection et l'inviolabilité des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international, d'où il résulte que « La prescription légale en matière de délai pour intenter l'action pénale en raison des infractions prévues à l'article 2 est, dans chaque État partie, celle qui est prévue par le droit interne de cet État pour les infractions les plus graves »²⁴⁸. La Convention contre la torture n'exclue pas non plus la prescription des infractions de torture, même si le Comité contre la torture estimera que, vu leur gravité, ces infractions ne devraient jamais se prescrire²⁴⁹. De même, si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne traite pas directement de la question, le Comité des droits de l'homme a préconisé de déclarer imprescriptibles toutes violations graves du Pacte²⁵⁰.

69. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées envisage la question, disposant que « [t]out État qui applique un régime de prescription à la disparition forcée prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale [...] [s]oit de longue

²⁴⁴ Tribunal de district de Jérusalem, *The Attorney-General of the Government of Israel c. Eichmann, affaire n° 40/61, jugement, 11 décembre 1961*, par. 53. Voir également Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, p. 428.

²⁴⁵ Éthiopie, Bureau du Procureur spécial, *Ethiopia c. Mengistu and Others, Reply submitted by the Special Prosecutor in response to the objection filed by counsels by defendants, 23 mai 1995*, sect. 6.1.1.

²⁴⁶ *In re Agent Orange Product Liability Litigation*, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005), p. 63.

²⁴⁷ Cour suprême argentine, *Office of the Prosecutor c. Priebke (Erich), affaire n° P/457/XXXI, jugement ordinaire, demande d'extradition, 2 novembre 1995*.

²⁴⁸ *Annuaire [...] 1972*, vol. II, p. 349.

²⁴⁹ Voir, par exemple, Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention : observations finales du Comité contre la torture, Monténégro (CAT/C/MNE/CO/1 et Add.1); Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Italie (CAT/C/ITA/CO/4), par. 19.

²⁵⁰ Voir, par exemple, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, observations finales du Comité des droits de l'homme, Panama (CCPR/C/PAN/CO/3), par. 7.

durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime »²⁵¹. Selon les travaux préparatoires de la Convention, cette disposition venait faire la distinction entre les infractions qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité – et doivent donc être imprescriptibles – et toutes les autres visées par la Convention²⁵². Plus précisément, les rédacteurs de la Convention étaient convenus de dire que :

En droit international, les crimes de disparition forcée constituant des crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. Pour les disparitions forcées constituant des infractions de droit commun, le délai de prescription devrait être le plus long prévu en droit national ou, en tout cas, proportionné à la gravité du crime²⁵³.

70. Les États qui n'ont pas adhéré à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont notamment tiré argument de l'application rétroactive de l'imprescriptibilité. L'article premier de la Convention posant que les crimes visés sont imprescriptibles « quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis », les États parties sont tenus d'abolir la prescription avec effet rétroactif. Autre solution, on pourrait dans toute nouvelle convention consacrer l'imprescriptibilité avec effet non rétroactif, soit expressément, soit dans le silence. Aux termes de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités « [à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date »²⁵⁴. La Cour internationale de Justice a fait application de cet article en présence d'un traité réprimant un crime (la torture) dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, ayant déclaré à cette occasion que « l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la Convention, ne s'applique qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'État concerné »²⁵⁵. Ainsi, à moins qu'il n'en ressorte une intention différente, le traité ne saisit généralement pas de faits antérieurs à l'adhésion de l'État au traité²⁵⁶.

²⁵¹ Art. 8, par. 1. a). En revanche, selon la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, en cas de disparition forcée, il est impossible d'invoquer la prescription pour s'opposer aux poursuites et à la répression pénales (art. VII).

²⁵² 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. 43 à 46 et 56.

²⁵³ Ibid., par. 56.

²⁵⁴ Voir également le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (*supra*, note 134), art. 13, par. 1, p. 40 (« Nul ne peut être condamné en vertu du présent Code pour des actes commis avant son entrée en vigueur »).

²⁵⁵ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra*, note 98), p. 457, par. 100. Voir également *O. R., M. M. et M. S. c. Argentine*, Décisions prises par le Comité en application de l'article 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants concernant les communications n° 1/1988, 2/1988 et 3/1988, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 44 (A/45/44)*, annexe V, p. 114, par. 7.5 (« les cas de "torture" aux fins de la Convention ne peuvent s'entendre que des cas de torture survenus après l'entrée en vigueur de la Convention »).

²⁵⁶ Crawford, p. 378; Shaw, p. 671; *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 230 à 232.

71. L'article 28 ne saisit pas davantage les infractions continues qui n'ont pas pris fin avant l'entrée en vigueur du traité²⁵⁷. Ainsi que la CDI l'a fait observer en 1966 :

[...] si un acte, un fait, ou une situation qui est survenu ou s'est présenté avant l'entrée en vigueur d'un traité se reproduit ou continue à exister après l'entrée en vigueur du traité, cet acte, ce fait ou cette situation tombera sous le coup des dispositions du traité. On ne saurait porter atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur, même si elles se sont présentées pour la première fois à une date antérieure²⁵⁸.

72. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme ont l'une et l'autre retenu cette solution, regardant toute « violation continue » des droits de l'homme, et non tout acte ou fait instantané ayant des effets continus, comme relevant de leur compétence²⁵⁹. Selon la Cour, « le concept de “situation continue” désigne un état de choses résultant d'actions continues accomplies par l'État ou en son nom, dont les requérants sont victimes »²⁶⁰. Le Comité a, quant à lui, « déclaré ne pas pouvoir examiner une communication alléguant une violation de droits de l'homme, qui se serait produite avant que le Protocole facultatif n'entre en vigueur à l'égard de l'État partie concerné, à moins que cette violation ne se poursuive après cette date ou ne produise des effets qui constituent eux-mêmes une violation du Pacte après cette date »²⁶¹.

73. De plus, si les obligations mises à la charge de l'État par toute nouvelle convention jouent vis-à-vis des seuls actes ou faits postérieurs à son entrée en vigueur pour l'État concerné, ladite convention (du moins comme il résulte du projet d'articles à ce stade) ne régirait nullement le sort réservé par la législation interne aux crimes contre l'humanité survenus avant cette date. Tout État capable de le faire avant l'entrée en vigueur de la convention, pourrait encore poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité, après que celle-ci aura pris effet. Autrement dit, même si la poursuite de ces infractions débordait le champ de ses dispositions, la nouvelle convention n'y ferait pas obstacle. Serait seule susceptible de limiter la faculté qui lui appartient de poursuivre ces crimes la date à laquelle l'État aurait légiféré contre, car, selon le droit international et la plupart des systèmes juridiques nationaux, est seul punissable le fait qualifié crime au moment où il a été commis²⁶². D'aucuns sont cependant d'avis que les crimes contre l'humanité antérieurs à l'adoption d'une loi interne venant les réprimer doivent être néanmoins passibles de

²⁵⁷ Odendahl, p. 483.

²⁵⁸ *Annuaire [...] 1966*, vol. II, p. 231, par. 3) du commentaire du projet d'article 24.

²⁵⁹ Voir Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, *Loizidou c. Turquie (art. 50) (40/1993/435/514)*, arrêt, 28 juillet 1998; Cour européenne des droits de l'homme, Troisième section, *Kalachnikov c. Russie*, requête n° 47095/99, arrêt, 15 juillet 2002, par. 111; Cour européenne des droits de l'homme, Quatrième section, *Posti et Rahko c. Finlande*, requête n° 27824/95, arrêt, 24 septembre 2002, par. 39; Cour européenne des droits de l'homme, Première section, *Blečić c. Croatie*, requête n° 59532/00, arrêt, 29 juillet 2004, par. 73 et suivants; *Gueye et al. c. France*, communication n° 196/1985, constatations du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 40 (A/44/40)*, p. 198 et 201.

²⁶⁰ *Posti et Rahko c. Finlande*, op. cit., par. 39.

²⁶¹ *Gueye et al. c. France*, (voir *supra*, note 259), par. 5.3, p. 201.

²⁶² À ce sujet, on invoque souvent l'interdiction d'adopter des lois *ex post facto* (rétroactives) ou le principe *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (nulle infraction, nulle peine sans loi pénale).

poursuites internes, ayant été érigés en infractions au regard du droit international au moins depuis la Seconde Guerre mondiale²⁶³.

G. Sanction appropriée

74. Selon le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) de la CDI, « [t]out individu qui est responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est passible de châtement. Le châtement est proportionnel au caractère et à la gravité de ce crime »²⁶⁴, le commentaire venant préciser que le « caractère d'un crime est ce qui le distingue d'un autre crime... La gravité d'un crime se déduit des circonstances de sa commission et des sentiments qui ont animé son auteur ». Ainsi, « si l'acte criminel est juridiquement le même, les moyens et les procédés se situent à des degrés variables de dépravation et de cruauté. Ce sont tous ces éléments qui doivent guider le juge dans l'application de la peine »²⁶⁵.

75. Si elles peuvent varier d'un cas à l'autre, les peines encourues du chef de crimes contre l'humanité justiciables de toute juridiction internationale doivent cependant être à la mesure de la gravité de l'infraction considérée. Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « [l]a Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement. Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie » (art. 24, par. 1), devant en outre « [tenir] compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné » (art. 24, par. 2). Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda comporte une disposition identique, à ceci près qu'il prescrit au juge d'avoir recours à « la grille générale des

²⁶³ Voir par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, Quatrième section, *Kolk et Kislyiy c. Estonie, requêtes n° 23052/04 et 24018/04, décision du 17 janvier 2006* (la Cour a débouté les requérants du grief tiré de ce que leur condamnation pour crimes contre l'humanité constituait une violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit toute application rétroactive du droit pénal, car « [q]uand bien même les actes commis par les requérants auraient pu être considérés comme licites en droit soviétique à l'époque des faits, les tribunaux estoniens ont estimé qu'ils constituaient des crimes contre l'humanité au regard du droit international au moment de leur commission »). Voir également Cour européenne des droits de l'homme, Quatrième section, *Penart c. Estonie, requête n° 14685/04, décision du 24 janvier 2006* (même grief); Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, *Kononov c. Lettonie, requête n° 36376/04, arrêt du 17 mai 2010* (même grief, mais en présence de crimes de guerre); voir cependant : Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, *Vasiliauskas c. Lituanie, requête n° 35343/05, arrêt du 20 octobre 2015* (la Cour a jugé illégal d'appliquer rétroactivement une loi nationale sur le génocide au meurtre des membres d'un groupe politique car, au moment de l'acte, aucun traité n'avait inclus « groupe politique » dans la définition du génocide et le droit international coutumier n'était pas clair à ce sujet). Selon le Tribunal spécial pour le Liban, « toute personne est censée et tenue de savoir qu'un certain comportement est incriminé par le droit international : tout au moins à partir du moment où le même comportement est également incriminé dans l'ordre juridique interne, une personne peut être sanctionnée devant les juridictions nationales même pour les actes commis avant l'adoption de la loi nationale », Tribunal spécial pour le Liban, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, affaire n° STL-11-01/I, 16 février 2011*, par. 13, p. 94.

²⁶⁴ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), art. 3, p. 23.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 23.

peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda »²⁶⁶. Même les condamnations pour les crimes les plus graves aux yeux de la communauté internationale peuvent donner lieu à des peines très variables. Ainsi, le TPIR a prononcé « des peines d'emprisonnement de quarante-cinq, trente-cinq, trente-deux, trente, vingt-cinq, quinze, douze, dix, sept et six ans à la suite de condamnation du chef de génocide »²⁶⁷. L'article 77 du Statut de Rome ménage au juge la même latitude, en ce qu'il l'autorise à prononcer une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 30 ans ou la réclusion criminelle à perpétuité « si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient ». Les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone²⁶⁸, le Tribunal spécial pour le Liban²⁶⁹, les Chambres spéciales pour les crimes graves au Timor oriental²⁷⁰, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens²⁷¹, la Cour pénale suprême d'Iraq²⁷², et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises comportent des dispositions analogues²⁷³.

76. De même, en cas d'incrimination interne, les peines emportées peuvent varier même si elles doivent être proportionnelles à la gravité de l'infraction. En France, par exemple, les crimes contre l'humanité peuvent être punis de la réclusion criminelle à perpétuité « [l]orsqu'ils sont commis en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique »²⁷⁴, ainsi qu'en présence de « participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des crimes définis »²⁷⁵. Cependant, la loi pénale française punit d'autres actes constitutifs de crimes contre l'humanité de 10 ou 15 années de réclusion uniquement²⁷⁶. En outre, d'après la loi pénale autrichienne, la durée de l'emprisonnement « varie selon la gravité de l'infraction, le meurtre commis en relation avec le crime contre l'humanité étant ainsi passible de la réclusion criminelle à perpétuité ... le viol, de la réclusion à temps de cinq à quinze ans »²⁷⁷. De même, le Code pénal coréen punit le meurtre d'un minimum de sept ans d'emprisonnement et de cinq ans toute autre infraction constitutive de crime contre l'humanité²⁷⁸.

77. La loi pénale espagnole aussi punit de peines d'emprisonnement de durée très variable tous actes constitutifs de crimes contre l'humanité : 15 à 20 ans si la mort en est résultée; 12 à 15 ans en cas de viol et 4 à 6 ans en présence de tout autre type

²⁶⁶ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra*, note 100), art. 23, par. 1.

²⁶⁷ Schabas, *Genocide in International Law*, p. 464 et 465 (citations omises).

²⁶⁸ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 19.

²⁶⁹ Statut du Tribunal spécial pour le Liban (voir *supra*, note 170), art. 24.

²⁷⁰ UNTAET/REG/2000/15 (voir *supra*, note 102), sect. 10.

²⁷¹ Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchea démocratique (voir note de bas de page 103 ci-dessus), art. 39.

²⁷² Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra*, note 104), art. 24.

²⁷³ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 (voir *supra*, note 105), art. 24.

²⁷⁴ Observations écrites présentées à la Commission du droit international, France, citant l'article 212-2 du Code pénal français.

²⁷⁵ *Ibid.*, art. 212-3.

²⁷⁶ *Ibid.*, art. 213-1.

²⁷⁷ *Ibid.*, Autriche.

²⁷⁸ *Ibid.*, la République de Corée, citant l'article 9 du Code pénal coréen.

d'agression sexuelle; 12 à 15 ans en cas d'atteintes à l'intégrité physique; 8 à 12 ans en cas de mise en danger de la vie ou d'atteinte grave à la santé d'autrui; 8 à 12 ans en cas de déportation; 6 à 8 ans pour le cas de grossesse forcée; 12 à 15 ans pour celui de disparition forcée; la séquestration emportant la peine de 8 à 12 ans; la torture celle de 4 à 8 ans; les infractions connexes à la prostitution, notamment la traite à des fins d'exploitation sexuelle et l'esclavage, étant passibles d'une de 4 à 8 ans²⁷⁹. La loi pénale finlandaise punit les crimes contre l'humanité d'une peine pouvant aller d'un an d'emprisonnement à l'emprisonnement à vie, et d'un minimum de huit ans en présence de circonstances aggravantes²⁸⁰. La loi helvétique punit d'une peine pouvant aller de cinq ans, au minimum à l'emprisonnement à vie « [s]i l'acte est particulièrement grave »²⁸¹.

78. Un grand nombre d'États prohibent l'imposition de la peine de mort pour toute infraction, y compris les crimes contre l'humanité (comme les tribunaux pénaux internationaux depuis les procès de Nuremberg), et, sans l'avoir abolie, nombre d'États ne l'appliquent pas dans la pratique, la considérant contraire au droit des droits de l'homme. Une minorité non négligeable d'États (Bangladesh, Bélarus, Botswana, Chine, Égypte, Émirats arabes unis, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Inde, Indonésie, Iraq, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Libye, Malaisie, Nigéria, Oman, Ouganda, Singapour, Thaïlande, Viet Nam) s'autorisent du droit international pour l'appliquer²⁸². À ce jour, les conventions prescrivant l'incrimination interne de certaines infractions n'excluent pas l'imposition de la peine de mort, reconnaissant par là la diversité de la pratique des États en la matière à ce stade.

79. De fait, loin de leur prescrire ou de leur prohiber telles ou telles sanctions, les traités répressifs internationaux laissent aux États parties le soin de décider de la sanction appropriée, compte tenu de la situation personnelle de l'auteur et de la nature de l'infraction²⁸³. La Convention sur le génocide se borne à prescrire « des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés » (art. V). La souplesse de cette prescription donnera lieu en droit interne à une diversité de peines encourues pour génocide allant de l'emprisonnement à temps à la réclusion à perpétuité ou à la peine de mort. Les sanctions prévues pour chacun des cinq actes constitutifs de génocide visés aux alinéas a) à e) de l'article II de la Convention sont variables (le meurtre emportant généralement la plus lourde peine), de même que celles encourues pour les différentes formes de participation à l'infraction (la tentative, l'entente et

²⁷⁹ Ibid., Espagne, citant l'article 607 *bis*, par. 2 du Code pénal espagnol. Voir également, *ibid.*, Allemagne, ainsi que Observations écrites présentées à la Commission du droit international (2016), Australie, pour des exemples de grilles de peines applicables à différents types d'infractions dans d'autres pays.

²⁸⁰ Ibid., Finlande, citant le chapitre 11, sect. 3 et 4 du Code pénal finlandais.

²⁸¹ Ibid., Suisse, citant l'article 264, al. a) du Code pénal suisse.

²⁸² Pour un aperçu général de la question, voir Hood et Hoyle.

²⁸³ Voir, par exemple, 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. 58 (d'où il ressort que « [p]lusieurs délégations ont salué la marge de manœuvre ménagée aux États » dans cette disposition); Cassese, p. 219 et 220; voir également le rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une Convention internationale contre la prise d'otages, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Supplément n° 39 (A/32/39)*, 13^e séance, p. 68 et 69, par. 4 (observations des États-Unis d'Amérique).

l'incitation directe et publique étant, parfois, punies moins sévèrement, cette dernière surtout en raison du risque d'atteinte à la liberté d'expression)²⁸⁴. Selon un auteur :

La plupart des juridictions internes punissent le complice [de génocide] aussi sévèrement que l'auteur principal dans certaines circonstances. Ainsi, encourt la plus sévère sanction quiconque apporte aide ou assistance à la commission de l'infraction. Nombre de juridictions réprimant nettement moins sévèrement la tentative, il faudrait réserver le même sort à la tentative de génocide. L'incitation directe et publique à commettre le génocide est punie bien moins sévèrement que les autres formes de participation au génocide en droit interne²⁸⁵.

80. Les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux édictent également une règle générale laissant aux États toute latitude pour fixer la sanction appropriée, se bornant à prescrire aux Hautes Parties contractantes de « s'engage[r] à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer à ... l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention »²⁸⁶.

81. La plupart des récents traités portant incrimination d'infractions en droit interne prescrivent d'ordinaire que les sanctions en soient « appropriées ». La CDI a proposé au départ d'employer l'expression « peines sévères » dans son projet d'articles sur les agents diplomatiques et les autres personnes jouissant d'une protection internationale, mais les États retiendront celle de « peines appropriées » dans la Convention sur les personnes internationalement protégées de 1973²⁸⁷, laquelle sera reprise dans des instruments postérieurs²⁸⁸. Outre l'imposition de

²⁸⁴ Voir, par exemple, *Public Prosecutor and Fifteen anonymous victims v. Van Anraat, Case No. 22-000509-06-2*, arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 9 mai 2007. Voir aussi van der Wilt, « Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: reflections on the van Anraat case »; et Saul, p. 72.

²⁸⁵ Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, p. 470.

²⁸⁶ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Première Convention de Genève), art. 49. Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Deuxième Convention de Genève), art. 50. Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Troisième Convention de Genève), art. 129. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Quatrième Convention de Genève), art. 146.

²⁸⁷ Voir art. 2, par. 2 (« Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées »). Pour une analyse des raisons pour lesquelles le terme « sévère » a été abandonné, voir Wood, p. 805 (constatant que le qualificatif « sévère » proposé par la Commission « avait été critiqué au motif qu'il suggérait que la sanction devait être plus lourde du seul fait que la victime était une personne jouissant d'une protection internationale »).

²⁸⁸ Voir Nowak et McArthur, p. 232. L'expression « peines appropriées » a été jugée préférable à celle de « peines sévères » lors de la rédaction de la Convention internationale contre la prise d'otages, du fait, essentiellement, de l'absence d'accord entre les États sur ce qu'est une « peine sévère » au niveau national. Voir le rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une Convention internationale contre la prise d'otages (*supra*, note 283), 14^e séance, p. 77 et 78, par. 25 (Mexique); *ibid.*, p. 80, par. 39 (Pays-Bas); et 15^e séance, p. 85, par. 12 (Danemark). Au cours des négociations, plusieurs pays ont dit préférer l'expression « peines appropriées » qui leur paraissait conférer une « garantie d'équité, au plan juridique »; ils se sont inquiétés du fait qu'une formulation plus affirmative pouvait ouvrir la voie à des atteintes aux droits de l'homme dans les juridictions nationales. *Ibid.* 13^e séance, p. 72, par. 17 (Iran); *ibid.*, 14^e séance, p. 75, par. 7 (Chili); *ibid.* p. 77 et 78, par. 25 (Mexique); et *ibid.*, 15^e séance, p. 83, par. 3 (Nicaragua). Enfin, la Convention édicte des « peines appropriées qui prennent en considération la nature grave de ces infractions ». Voir la Convention internationale contre la prise d'otages, art. 2.

« peines appropriées », ladite Convention prescrira aux États parties de prendre en considération la « gravité » de l'infraction²⁸⁹. De l'avis de la CDI, cette prescription venait ainsi souligner que les peines devaient tenir compte de l'importance que les « intérêts mondiaux » attachaient à la sanction de l'infraction visée²⁹⁰. À partir de 1973, nombre d'instruments, dont la Convention contre la torture, consacreront cette solution prescrivant à « tout État partie [de] rend[re] ces infractions passibles des peines appropriées qui prennent en considération leur gravité »²⁹¹, parlant tantôt de la « gravité » ou tantôt de l'« extrême gravité » des infractions²⁹².

82. Ce choix de mots a inspiré à un auteur l'avis suivant :

En un certain sens, c'est à dessein que l'on a retenu ce soit de choix de mots peu précis..., qui vient rendre compte du fait que les régimes de sanctions varient d'un État à l'autre et, partant, que nombre d'États verraient d'un mauvais œil que la Convention vienne édicter telles ou telles peines déterminées ou grille de peines pour les crimes visés. Sans doute pourrait-on faire valoir que toute convention réprimant tel crime aux yeux de la communauté internationale, qui autorise tout État à poursuivre l'auteur de ce crime du seul fait qu'il le tient en détention, devrait édicter une série uniforme de sanctions dans l'intérêt et de la cohérence et de la certitude de la répression en définitive. Toutefois, il semble peu probable que les États soient prêts à accepter une telle obligation²⁹³.

83. Il reste qu'en prescrivant que la peine infligée rende compte de la gravité de l'infraction, on a entendu « que les peines fixées soient du même ordre que celles que les Parties appliquent normalement aux crimes graves et non aux délits mineurs, » tout en déférant au choix de l'ordre interne²⁹⁴.

H. Projet d'article 5. Incrimination en droit interne

84. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet d'article suivant :

Projet d'article 5. Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour ériger en infractions à sa loi pénale interne les actes suivants : le fait de commettre un crime contre l'humanité;

²⁸⁹ Voir la Convention sur les personnes internationalement protégées, art. 2, par. 2 (« rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité »). Voir aussi le rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention internationale contre la prise d'otages (*supra*, note 283), p. 74 et 75, par. 6.

²⁹⁰ *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 344, par. 12 du commentaire relatif à l'article 2.

²⁹¹ Art. 4. Voir également la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 9, par. 2 (« peines appropriées tenant compte de la gravité desdites infractions »); la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif, art. 4, par. b) (« peines prenant dûment en compte leur gravité »); la Convention sur le financement du terrorisme, art. 4, par. b (« punir ces infractions de peines appropriées compte tenu de leur gravité »); et la Convention de l'OUA sur le terrorisme, de 1999, art. 2, al. a) (« pénaliser ses actes en tenant compte de leur gravité »).

²⁹² Voir, par exemple, la Convention sur les disparitions forcées, art. 7, par. 1 (« peines appropriées qui prennent en compte son extrême gravité »); la Convention interaméricaine sur la torture, art. 6 (« sanctions sévères tenant compte de leur gravité »); et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. III (« peine appropriée proportionnelle à son extrême gravité »).

²⁹³ Lambert, p. 102.

²⁹⁴ Voir Ingelse, p. 320; Lambert, p. 103; et Nowak et McArthur, p. 249.

le fait de tenter de le commettre; le fait d'ordonner à autrui de le commettre, le fait de provoquer ou d'inciter autrui à le commettre, le fait de fournir aide ou assistance à autrui pour le commettre ou le fait d'apporter de toute autre manière aide ou concours à la commission ou à la tentative de crime contre l'humanité.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour punir comme coupable d'infractions à sa loi pénale interne :

a) Tout chef militaire ou toute personne agissant effectivement en cette qualité comme pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par toutes forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, qui n'aura pas exercé le contrôle prescrit sur ces forces dès lors que :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait ou aurait dû, vu les circonstances, savoir que ces forces commettaient ou s'apprêtaient à 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 saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites;

b) Le supérieur hiérarchique qui, en présence de relations de subordination non visées au paragraphe a), est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, faute par lui d'avoir exercé le contrôle prescrit sur ces subordonnés dès lors que :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre ces crimes ou a délibérément méconnu toutes informations l'indiquant clairement;

ii) Les crimes ont été commis en relation avec 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 saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour veiller à :

a) Exclure le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article ait été commise sur les ordres d'un supérieur, militaire ou civil, comme cause exclusive de la responsabilité pénale du subordonné;

b) Ériger toute infraction visée dans le présent projet d'article en crime imprescriptible; et

c) Punir toute infraction visée dans le présent projet d'article de peines appropriées rendant compte de sa gravité.

Chapitre II

Établissement de compétence interne

85. Tout État qui érige tel acte en infraction à sa loi pénale doit aussi fixer l'étendue de sa compétence à l'égard de ladite infraction²⁹⁵. Il peut ainsi se déclarer compétent uniquement lorsque l'infraction a été commise sur son territoire, ou lorsque l'un de ses ressortissants en est l'auteur, ou retenir tels ou tels autres chefs de compétence pris individuellement ou collectivement. Par exemple, s'agissant des crimes contre l'humanité, il ressort de notre premier rapport que seuls 21 des 83 États dont on avait examiné la législation interne avaient établi leur compétence à l'égard de l'étranger qui aurait commis un tel crime à l'étranger sur la personne de non-nationaux²⁹⁶.

86. D'une manière générale, les instruments internationaux viennent encourager les États à établir en droit interne un éventail de chefs de compétence assez large pour saisir les crimes les plus graves aux yeux de la communauté internationale, et priver leurs auteurs de tout sanctuaire. Ainsi, aux termes du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, « chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes » visés dans le projet de code, à l'exception de celui d'agression, « quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes »²⁹⁷. Une compétence aussi étendue s'imposait d'autant que la « Commission a estimé que l'application effective du [présent] code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales avec la compétence possible d'une cour criminelle internationale »²⁹⁸. Il résulte du préambule du Statut de Rome 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 de plus « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

87. Ainsi, les traités répressifs d'application interne consacrent d'ordinaire une disposition à l'établissement d'une compétence nationale. C'est ainsi, par exemple, qu'un groupe de travail du Conseil des droits de l'homme chargé de rédiger un instrument international sur les disparitions forcées a conclu, à l'issue de ses discussions, que « [l']établissement d'une compétence la plus large possible au profit des juridictions pénales nationales en matière de disparition forcée paraît être

²⁹⁵ D'une manière générale, la « compétence », en droit interne, décrit les critères en fonction desquels un État établit (ou « prescrit »), applique et fait respecter des règles de conduite visant des personnes, et les formes qu'elle peut prendre sont nombreuses; voir Staker. Même si le droit international autorise l'exercice d'une certaine forme de compétence nationale, un État peut ne pas avoir pris les lois lui permettant de l'exercer au maximum de ses possibilités; voir, d'une manière générale, Naqvi.

²⁹⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/680, par. 61. Voir aussi Mitchell, par. 34 et 35 (constatant que « seuls 52 % des 94 États dont on connaît les règles en matière de compétence se sont dotés d'une législation qui les autorise à poursuivre un non-national qui aurait commis des crimes contre l'humanité en dehors du territoire national »).

²⁹⁷ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), art. 8, p. 28.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 29, par. 5.

une condition d'efficacité du futur instrument »²⁹⁹. Toutefois, encore que la plupart des instruments répressifs internationaux « [f]assent obligation aux États d'«établir» leur compétence aux fins de connaître des crimes concernés [...] aucune obligation d'exercer cette compétence quel que soit le cas d'espèce n'y est attachée »³⁰⁰. Au contraire, ils ne prescrivent généralement aux États parties d'*exercer* leur compétence que lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur leur territoire (voir chap. IV), ce qui ouvre la voie soit à des poursuites internes, soit à l'extradition de l'auteur présumé, ou encore à la remise de celui-ci à un autre État partie ou à une juridiction internationale compétente (voir chap. V).

88. Nous envisagerons ci-après les titres de compétence nationale généralement prescrits par les traités répressifs.

A. Titres de compétence nationale à l'égard des infractions

89. Ainsi qu'il est dit plus haut, entre autres dispositions majeures, les traités répressifs viennent prescrire aux États d'établir leur compétence nationale de manière à priver l'auteur présumé de l'infraction incriminée de tout sanctuaire sur terre. L'article 5 de la Convention contre la torture qui prescrit à chaque État partie d'établir plusieurs types de compétence nationale en présence de crime de torture porte ainsi ce qui suit :

1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées [dans cette Convention] dans les cas suivants :

- a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État;
- b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État;
- c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié.

2. Tout État Partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8³⁰¹ vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article.

3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales.

90. Ainsi, ledit article prescrit en son paragraphe 1 a) à l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise d'établir sa compétence à l'égard de celle-ci, compétence souvent dite « compétence territoriale », l'État dont l'auteur présumé de l'infraction est ressortissant devant se déclarer compétent selon son paragraphe 1 b); cette compétence fondée sur la nationalité de l'auteur de l'infraction étant aussi appelée « compétence personnelle active », cependant que d'après son paragraphe 1 c) c'est à l'État dont la victime de l'infraction qui est ressortissante d'établir sa compétence, laquelle est également désignée « compétence personnelle passive ». On retiendra que selon ladite Convention ce dernier titre de compétence est facultatif; l'État pouvant l'invoquer s'il « le juge approprié ».

²⁹⁹ 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. 65.

³⁰⁰ McClean, p. 167.

³⁰¹ L'article 8 traite de la matière de l'extradition.

91. L'article 5 envisage en son paragraphe 2 l'hypothèse où d'autres titres de compétence ne trouvant pas application l'auteur présumé de l'infraction « se trouve » cependant sur un territoire relevant de la juridiction de l'État. En pareil cas, même si le crime n'a pas été commis sur son territoire, et ni l'auteur présumé ni la ou des victimes ne sont ses ressortissants l'État est néanmoins tenu d'établir sa compétence, l'auteur présumé se trouvant sur son territoire. L'intérêt de cette obligation c'est d'empêcher l'auteur présumé de l'infraction de se soustraire à la justice dans un État sans lien quelconque avec l'infraction. Cependant, lorsque l'auteur présumé ne se trouve pas sur son territoire ledit article ne prescrit nullement à l'État d'établir sa compétence à l'égard de l'infraction.

92. On retrouve des dispositions du type de l'article 5 dans nombre de récents traités répressifs la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 9). S'il n'est à ce jour aucune convention consacrée aux crimes contre l'humanité, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont estimé dans leur opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt* que :

La série de traités multilatéraux avec leurs dispositions juridictionnelles spéciales montre que la communauté internationale est résolue à agir pour que ceux qui commettent des crimes de guerre, des détournements d'aéronefs, des prises d'otages ou des actes de torture ne demeurent pas impunis. Bien que les crimes contre l'humanité ne fassent pas encore l'objet d'une convention distincte, on ne peut douter que de tels actes suscitent une indignation internationale comparable³⁰².

93. Il est également important de voir établir ces divers titres de compétence quand on sait que la Convention contre la torture consacre par ailleurs l'obligation *aut dedere aut judicare*³⁰³. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le juge Guillaume fera observer ce qui suit au sujet du « régime » institué par les traités en question :

Lorsque l'auteur de l'une des infractions couvertes par ces conventions est trouvé sur le territoire d'un État, ce dernier est dans l'obligation de l'arrêter, puis de l'extrader ou de le poursuivre. Il doit avoir au préalable conféré compétence à ses tribunaux pour juger l'intéressé en l'absence d'extradition. De la sorte est assurée une répression universelle des infractions en cause, leurs auteurs ne pouvant trouver refuge sur le territoire d'aucun État³⁰⁴.

94. Nous nous arrêterons brièvement ci-après sur chacun de ces titres de compétence.

1. L'infraction commise sur le territoire de l'état

95. La compétence pénale nationale saisit les infractions commises sur le territoire de l'État. En effet, d'après le droit interne de nombreux États, la loi pénale appréhende d'ordinaire en principe les seuls faits survenus sur le territoire de l'État, n'étant pas d'application extraterritoriale, sauf stipulation contraire de la législation

³⁰² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3*, Opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 79, par. 51.

³⁰³ Crawford, p. 469 à 471; et McClean, p. 170.

³⁰⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (voir supra, note 302)*, Opinion individuelle de M. Guillaume, Président, p. 40, par. 9.

interne³⁰⁵. Le droit international classique reconnaît à l'État le droit d'établir et d'exercer cette « compétence territoriale », y voyant un attribut de la souveraineté³⁰⁶.

96. Les lois pénales internes portant répression des crimes contre l'humanité organisent systématiquement la compétence de l'État à l'égard desdits crimes dès lors qu'ils sont commis sur son territoire, comme il ressort des observations écrites présentées à la CDI sur le présent sujet³⁰⁷. Ainsi, la loi belge punit « [l']infraction commise sur le territoire du Royaume, par des Belges ou par des étrangers³⁰⁸ ». L'État néerlandais « peut exercer sa compétence à l'égard de l'auteur présumé de crime contre l'humanité commis aux Pays-Bas (principe de territorialité – Article 2 du Code pénal); commis à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé aux Pays-Bas (principe du pavillon – Article 3 du Code pénal)³⁰⁹ ». Le Code pénal français, quant à lui, « est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire », et dans d'autres cas particuliers concernant les infractions commises à bord des navires battant un pavillon français³¹⁰ ». D'après la loi espagnole, « les tribunaux sont compétents pour connaître d'affaires ayant pour origine une infraction ou un délit commis sur le territoire espagnol ou à bord d'un navire ou d'un aéronef espagnol³¹¹ ». De même, la loi coréenne portant répression de crimes contre l'humanité s'applique « à tout ressortissant coréen ou étranger qui commet tout crime visé par la [présente] loi sur le territoire de la République de Corée » et « à tout étranger qui commet tel crime visé par la présente loi à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé en République de Corée, alors qu'il se trouve hors du territoire coréen³¹² ».

97. Comme il ressort de certains des exemples susévoqués, la compétence territoriale s'étend souvent aux infractions commises à bord de navires ou aéronefs immatriculés dans l'État³¹³; de fait, les États qui répriment les crimes contre l'humanité se déclarent d'ordinaire compétents à l'égard de tous actes commis à bord de tels navires ou aéronefs³¹⁴.

98. Nombre de lois internes portant répression de crimes contre l'humanité n'envisagent pas expressément la question de la compétence, la compétence territoriale s'appliquant automatiquement à toute infraction pénale définie par le

³⁰⁵ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 332; voir aussi Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Lambert, p. 144; Nowak et McArthur, p. 264 et 308; Staker, p. 316; et Thalmann, p. 237 (citant l'affaire du « Lotus »).

³⁰⁶ Voir, en général, Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Crawford, p. 458 et 459; Lambert, p. 147; Shaw, p. 474 et 475; et Dupuy et Kerbrat, p. 602.

³⁰⁷ Outre celles mentionnées ici, voir les Observations écrites présentées à la CDI (2015) par la Finlande; l'Allemagne; le Code pénal suisse du 21 décembre 1937, art. 3, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes; et les Observations écrites présentées à la CDI (2015) par le Royaume-Uni.

³⁰⁸ Ibid., Belgique, citant l'article 3 du Code pénal belge.

³⁰⁹ Ibid., Pays-Bas.

³¹⁰ Ibid., France.

³¹¹ Ibid., Espagne, annexe II, art. 23.

³¹² Ibid., République de Corée, citant l'article 3 du Code pénal coréen.

³¹³ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 337; et Cassese *et al.* p. 275.

³¹⁴ Voir, par exemple, les Observations écrites présentées à la CDI (2015) par la France; les Pays-Bas; la République de Corée, citant l'article 3, par. 1 et 3 du Code pénal coréen; et l'Espagne, annexe II, art. 23.

législateur d'après l'ordre pénal interne. Ainsi, le Code pénal bulgare s'applique « à toutes les infractions pénales commises sur le territoire de la République de Bulgarie³¹⁵ ». Il en est de même notamment des lois pénales cubaine³¹⁶, allemande³¹⁷, hongroise³¹⁸, mexicaine³¹⁹, russe³²⁰ et turque³²¹.

99. En règle générale, les traités répressifs font obligation aux États parties d'établir leur compétence territoriale à l'égard de l'infraction incriminée, à l'exemple de l'article 5 sus-évoqué de la Convention contre la torture³²². Consacrent des dispositions analogues la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 4); la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 5, par. 1, al. *a* et *b*); la Convention sur les personnes internationalement protégées (art. 3); la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 5, par. 1, al. *a*); la Convention interaméricaine sur la torture de 1985 (art. 12, al. *a*); la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 10, par. 1, al. *a*); la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (art. IV); la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 6, par. 1, al. *a* et *b*); la Convention sur le financement du terrorisme (art. 7, par. 1, al. *a* et *b*); la Convention de l'OUA sur le terrorisme de 1999 (art. 6, par. 1, al. *a* et *b*); la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 15, par. 1, al. *a* et *b*); la Convention sur les disparitions forcées (art. 9, par. 1, al. *a*); et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VII, par. 1, al. *a* et *b*).

100. À l'occasion de l'élaboration de la future Convention sur les personnes internationalement protégées, la CDI a spécialement retenu « la primauté, généralement reconnue, du principe de la territorialité dans les questions de juridiction³²³ ». Comme la doctrine l'a fait remarquer, le fondement territorial de la compétence ne prête pas à controverse et ne fait généralement pas problème à l'occasion de l'élaboration de ces traités³²⁴.

³¹⁵ Code pénal de la République de Bulgarie (voir *supra*, note 63), art. 3.

³¹⁶ Code pénal de Cuba (voir *supra*, note 65), art. 4, par. 1.

³¹⁷ Code pénal de l'Allemagne du 13 novembre 1998, sect. 3, disponible à l'adresse suivante : germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752.

³¹⁸ Code pénal de la République de Hongrie (voir *supra*, note 70), art. 3, par. 1, al. *a*.

³¹⁹ Code pénal fédéral du Mexique (voir *supra*, note 74), art. 1 et 5.

³²⁰ Code pénal de la Fédération de Russie (voir *supra*, note 77), art. 11.

³²¹ Code pénal de la Turquie, loi n° 5237 du 26 septembre 2004, art. 8, par. 2, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

³²² Aux termes de l'article VI de la Convention sur le génocide les États parties doivent se déclarer compétents lorsque le crime est commis sur leur territoire (« Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés [dans la Convention] seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis »). À cette fin, les États parties appliquent l'obligation inscrite dans le traité, soit par suite de son introduction directe dans leur droit interne soit au moyen d'une loi d'application. Les États-Unis, par exemple, ont établi leur compétence à l'égard des infractions constitutives de génocide ainsi que de l'incitation, de la tentative et de l'entente en vue de commettre le génocide, si « l'infraction est commise, en tout ou en partie, sur le territoire des États-Unis » (Code des États-Unis, titre 18, sect. 1091, al. *e*).

³²³ *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 348, par. 6 du commentaire de l'article 8 du projet d'articles sur la protection et l'inviolabilité des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international.

³²⁴ Voir Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Lambert, p. 144; Nowak et McArthur, p. 264 et 308; Shaw, p. 477; et Thalmann, p. 237.

2. L'infraction commise par un ressortissant de l'état

101. La loi interne peut également saisir les infractions commises hors du territoire de l'État par un de ses ressortissants, ce chef de compétence fondé sur la nationalité de l'auteur étant souvent dénommé « compétence personnelle active³²⁵ ». Comme il est dit plus haut, « l'État tire compétence pour poursuivre ses ressortissants du seul chef de leur nationalité – et peu importe la revendication concurrente de compétence de l'État du lieu de l'infraction – de l'allégeance que tout ressortissant doit à son pays de nationalité en vertu du droit interne³²⁶ ».

102. La plupart des États qui ont répondu à la demande d'informations de la CDI concernant les textes internes portant répression de crimes contre l'humanité, ont dit avoir organisé leur compétence en la matière³²⁷. C'est ainsi, par exemple, que la Belgique est compétente à l'égard de « tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale sur le territoire du Royaume qui, hors du territoire du royaume, se sera rendu coupable » d'une telle infraction³²⁸. Les Pays-Bas « peuvent exercer leur compétence à l'égard de l'auteur présumé de tout crime contre l'humanité commis hors des Pays-Bas *par* un ressortissant néerlandais (y compris si l'auteur présumé a acquis la nationalité néerlandaise après la commission du crime) (principe de la personnalité active – Article 2 de la loi sur les crimes internationaux); commis hors des Pays-Bas *par* un résident néerlandais, sous réserve du principe dit de double incrimination (principe de la personnalité active – Article 7, alinéa 1 [et] 3 du Code pénal)³²⁹ ». De même, la loi française institue « la compétence pénale active des juridictions françaises, lorsque *l'auteur est français* (Article L. 113-6 du Code pénal : « la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République »)³³⁰ ». De son côté, la loi pénale coréenne portant répression de crimes contre l'humanité s'applique « à tout Coréen qui commet un crime visé par la présente loi hors du territoire de la République de Corée³³¹ ».

103. Ni la Convention sur le génocide ni les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux ne prescrivent aux États parties d'instituer leur compétence sur le fondement de la nationalité de l'auteur présumé, même si les travaux préparatoires de la Convention sur le génocide laissent présumer que les États exerceraient cette compétence³³². C'est là au demeurant, une prescription que l'on retrouve dans presque tous les traités répressifs modernes dont la Convention sur les personnes internationalement protégées (art. 3); la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 5,

³²⁵ Voir Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 242; Crawford, p. 459; Dupuy et Kerbrat, p. 602; et Shaw, p. 479.

³²⁶ Bantekas, *International Criminal Law*, p. 338. Voir aussi Lambert, p. 147; Crawford, p. 459 et 461; Shaw, p. 279 et 482; et Staker, p. 318 et 319.

³²⁷ Outre celles mentionnées ici, on se reportera aux Observations écrites présentées à la CDI (2015) par l'Autriche; Cuba (citant l'art. 5, par. 2 du Code pénal cubain); la Finlande; l'Allemagne (citant la sect. 153f, par. 2, al. 1 du Code pénal allemand); l'Espagne (annexe II, art. 23); et le Royaume-Uni.

³²⁸ Ibid., Belgique, citant l'art. 6, par. 1 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle belge.

³²⁹ Ibid., Pays-Bas.

³³⁰ Ibid., France (souligné dans l'original).

³³¹ Ibid., République de Corée, citant l'art. 3, par. 2 du Code pénal coréen.

³³² Voir la conclusion de l'examen du projet de convention sur le génocide [E/794] : Rapport du Conseil économique et Social [A/633], 2 décembre 1948 (A/C.6/SR.134), p. 715 à 718.

par. 1, al. *b*); la Convention contre la torture (art. 5, par. 1, al. *b*); la Convention interaméricaine sur la torture (art. 12, al. *b*); la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 10, par. 1, al. *b*); la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (art. IV, par. *b*); la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 6, par. 1, al. *c*); la Convention sur le financement du terrorisme (art. 7, par. 1, al. *c*); la Convention de l'OUA sur le terrorisme de 1999 (art. 6, par. 1, al. *c*); la Convention sur les disparitions forcées (art. 9, par. 1, al. *b*); et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VII, par. 1, al. *c*). Elle est cependant absente de la Convention pour la capture illicite d'aéronefs.

104. Lesdites conventions ne prescrivent nullement aux États parties d'établir leur compétence à l'égard de personnes qui, sans être ressortissantes de tel ou tel État partie, résident légalement sur son territoire. Ainsi, chaque État partie apprécie seul l'opportunité d'étendre sa compétence à toutes personnes résidant sur son territoire³³³. Toutefois, comme on le verra ci-après, lesdites conventions prescrivent généralement à tout État partie d'établir sa compétence à l'égard de tout auteur présumé se trouvant sur son territoire, y compris les résidents et les apatrides.

3. L'infraction commise contre un ressortissant de l'État

105. La loi interne peut également saisir toutes infractions commises hors du territoire de l'État dès lors que la victime est un de ses ressortissants, principe dit parfois de la « personnalité passive » ou de la « nationalité passive », ou encore de la « compétence personnelle passive³³⁴ ». Ce titre de compétence est moins fréquemment invoqué que celui de la compétence territoriale et de la compétence personnelle active; certains États s'en prévalent cependant au moins en présence de certains types d'infractions, d'autres ne l'invoquant nullement, et d'autres encore s'y opposant énergiquement. Pour les tenants de ce chef de compétence il viendrait aider à combler un vide juridictionnel, les États ayant tout intérêt à protéger leurs ressortissants, au moins contre certaines infractions graves, comme la prise d'otages³³⁵. Les États qui y sont opposés craignent qu'elle ne donne lieu à des abus ou, à tout le moins, à d'inutiles conflits de compétence³³⁶.

106. Nombre des États qui ont répondu à la demande d'informations de la CDI ont dit s'être donné cette compétence³³⁷. La Belgique s'est ainsi déclarée compétente à l'égard de toute violation grave du droit international humanitaire « commise contre une personne qui, au moment des faits, était un ressortissant belge ou un réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence habituelle [...] ou une personne qui,

³³³ Voir, par exemple, Irland-Piper, p. 74.

³³⁴ Crawford, p. 461; et Shaw, p. 482.

³³⁵ Rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention internationale contre la prise d'otages, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 39 (A/33/39), 23^e séance, p. 41, par. 15 (France); p. 45, par. 32 (Algérie); et p. 45, par. 33 (Nigéria).

³³⁶ Ibid., p. 39, par. 6 (Pays-Bas); p. 40, par. 11 (Royaume-Uni); p. 42, par. 20 (Allemagne); p. 43, par. 24 (Etats-Unis d'Amérique); et p. 44, par. 29 (Union des Républiques socialistes soviétiques).

³³⁷ Outre celles qui sont mentionnées ici, on se reportera aux Observations écrites présentées à la CDI (2015) par l'Autriche; la Finlande; l'Allemagne (citant la sect. 153f, par. 2, al. 2 du Code pénal allemand); l'Espagne (citant l'art. 23, par. 4, al. *a* du Code pénal espagnol); et la Suisse, citant l'article 264*m* du Code pénal suisse.

depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique³³⁸ ». De même, les Pays-Bas « peuvent exercer leur compétence à l'égard de l'auteur présumé de tout crime contre l'humanité ... commis hors des Pays-Bas *contre* un ressortissant néerlandais (principe de la nationalité passive – Article 2 de la loi relative aux crimes internationaux); commis hors des Pays-Bas *contre* un résident néerlandais, sous réserve du principe de double incrimination³³⁹ ». La loi française autorise l'exercice « de la compétence pénale passive lorsque *la victime est française au moment de l'infraction* (Article L 113-7 du Code pénal : «La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction³⁴⁰») ». Enfin, la loi coréenne organise la compétence des juridictions internes à l'égard de « tout étranger qui commet hors du territoire national l'une des infractions visées par la présente loi contre la République de Corée ou son peuple³⁴¹ ».

107. Étant donné la diversité de la pratique des États en la matière, les traités répressifs ne prescrivent pas d'ordinaire aux États parties d'établir leur compétence personnelle passive laissant à chacun de ces derniers le soin d'en apprécier l'opportunité³⁴². Cette solution est dictée par la volonté de voir établir la compétence la plus large possible, le but étant de favoriser le châtement des auteurs d'infractions sans remettre en cause la souveraineté de l'État et la faculté qui lui appartient de décider de la sanction à imposer à quiconque causerait du tort à ses nationaux³⁴³.

108. Ni la Convention sur le génocide ni les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux ne font obligation aux États parties d'établir leur compétence personnelle passive, mais nombre de traités répressifs leur en donnent la faculté. Ainsi de la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 4, par. 1, al. *a*), modifiée par le Protocole additionnel à la Convention sur la capture illicite d'aéronefs³⁴⁴; de la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 5, par. 1, al. *d*); de la Convention contre la torture (art. 5, par. 1, al. *c*); de la Convention interaméricaine sur la torture (art. 12, al. *c*); de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 10, par. 2, al. *b*); de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (art. IV, par. *c*); de la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 6, par. 2, al. *a*); de la Convention sur le financement du terrorisme (art. 7, par. 2, al. *a*); de la Convention de l'OUA sur le terrorisme de 1999 (art. 6, par. 2, al. *a*); de la Convention des Nations Unies contre la criminalité

³³⁸ Ibid., Belgique, citant l'art. 10, par. 1 et 1 *bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle belge.

³³⁹ Ibid., Pays-Bas.

³⁴⁰ Ibid., France (souligné dans l'original).

³⁴¹ Ibid., République de Corée, citant l'art. 3, par. 4 du Code pénal coréen.

³⁴² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra*, note 302), Opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 77, par. 47 (« La compétence reposant sur la personnalité passive, considérée pendant si longtemps comme controversée, est maintenant non seulement consacrée dans la législation de divers pays ..., mais ne rencontre aujourd'hui guère d'opposition, à tout le moins en ce qui concerne une catégorie particulière d'infractions »).

³⁴³ Voir Lambert, p. 152 à 154; et Nowak et McArthur, p. 310 à 312.

³⁴⁴ En 2015, 14 États étaient parties au protocole, qui entrera en vigueur une fois que 22 États y auront adhéré.

transnationale organisée (art. 15, par. 2, al. *a*); de la Convention sur les disparitions forcées (art. 9, par. 1, al. *c*); et de la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VII, par. 2, al. *a*).

4. L'auteur présumé se trouve sur le territoire de l'État

109. La loi interne peut également saisir l'infraction commise en dehors du territoire de l'État du seul fait que l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur ce territoire. Ainsi qu'il est dit plus haut, étant sans rapport avec la nationalité de l'intéressé, cette compétence peut s'exercer à l'égard de toutes personnes (résidentes ou non) n'ayant pas la nationalité de l'État ainsi qu'à des apatrides. La neuvième édition de *Oppenheim's International Law* (parue en 1992) fait observer ce qui suit au sujet des crimes contre l'humanité :

Si l'on ne peut pour l'heure invoquer aucune règle générale du droit international positif qui donnerait à l'État le droit de punir des étrangers pour crimes contre l'humanité de la même manière qu'il le peut, par exemple, les actes de piraterie, tout porte à croire qu'il se dégage progressivement en droit international un principe majeur en ce sens³⁴⁵.

110. Nombre des États qui ont répondu à la demande d'informations de la CDI sur les textes internes portant répression de crimes contre l'humanité, se reconnaissent ce chef de compétence³⁴⁶. L'Autriche est ainsi compétente à l'égard « de l'étranger qui a sa résidence habituelle en Autriche ou qui se trouvant sur le territoire autrichien, ne peut être extradé »³⁴⁷. De même, la loi finlandaise « s'applique aux infractions commises à l'étranger, peu importe le lieu de commission, punissables en vertu d'un accord international ou de tout autre instrument international ayant force obligatoire pour la Finlande (infractions internationales), les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le génocide étant au nombre de ces infractions »³⁴⁸. La loi française « est également applicable à tout crime ou à tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, commis hors du territoire de la République par un étranger dont l'extradition ou la remise a été refusée à l'État requérant par les autorités françaises »³⁴⁹. Enfin, la République de Corée exerce aussi sa compétence à l'égard de « tout étranger résidant en République de Corée qui commet le crime de génocide, etc. en dehors du territoire coréen »³⁵⁰. D'autres États, comme le Kenya, l'Afrique du Sud, Maurice et l'Ouganda³⁵¹, se reconnaissent

³⁴⁵ Jennings et Watts, p. 998.

³⁴⁶ Outre les États mentionnés ici, voir les Observations écrites présentées à la CDI (2015) par Cuba (renvoyant à l'art. 5, par. 3, du Code pénal cubain), la République tchèque, l'Allemagne (renvoyant à l'art. 153f, par. 2, du Code de procédure pénale allemand), l'Espagne, la Suisse et le Royaume-Uni.

³⁴⁷ Ibid., Autriche.

³⁴⁸ Ibid., Finlande.

³⁴⁹ Ibid., France.

³⁵⁰ Ibid., République de Corée, renvoyant à l'art. 3, par. 5, du Code pénal coréen.

³⁵¹ Voir la loi kényane de 2008 relative aux crimes internationaux, art. 18 c) (d'où il résulte que « [toute] personne soupçonnée d'avoir commis l'un des crimes visés aux articles 9 à 17 de la présente loi peut être jugée et condamnée au Kenya pour ce crime si [...] elle se trouve au Kenya après la commission de l'infraction »); la loi mauricienne n° 27 de 2011, relative à la Cour pénale internationale, art. 4, par. 3 c) (qui porte que « [toute] personne qui commet un crime international en dehors de Maurice, est réputée avoir commis ce crime à Maurice si – [...] c) elle se trouve à Maurice après la commission dudit crime »); la loi sud-africaine portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, n° 27 de 2002, art. 4, par. 3 c) (qui dispose qu'« [a]fin de garantir la compétence de toute juridiction sud-africaine aux fins du présent chapitre, toute personne qui commet un crime visé au paragraphe 1 en dehors du

également cette compétence en présence de crimes contre l'humanité, souvent par suite de leur adhésion au Statut de Rome. En 2012, l'Union africaine a adopté à l'intention des États africains une loi type, conférant à tout État compétence pour poursuivre tout auteur présumé de crimes contre l'humanité sur le seul fondement de la présence de l'auteur « sur le territoire de l'État »³⁵².

111. À l'appui de la consécration d'une telle compétence, même en l'absence de traité, on peut faire valoir ceci qu'elle va dans le sens de l'intérêt qu'il y a pour la communauté internationale de voir prévenir et réprimer les crimes internationaux³⁵³, encore que cette compétence résulte souvent d'une obligation conventionnelle. Si la Convention sur le génocide ne l'envisage pas, les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre portent quant à, elles, que :

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenue contre lesdites personnes des charges suffisantes³⁵⁴.

Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) reprend cette disposition par renvoi (art. 85, par. 1). Selon le *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949* de Pictet, l'obligation énoncée dans la première phrase

territoire de la République, est réputée avoir commis ce crime sur le territoire de la République si [...] c) elle se trouve sur le territoire de la République après la commission dudit crime »); et la loi ougandaise de 2010 relative à la Cour pénale internationale, art. 18 d) (qui permet, de même, de poursuivre pour crimes commis hors du territoire ougandais « toute personne qui se trouve en Ouganda après la commission de l'infraction »).

³⁵² Voir la loi type nationale de l'Union africaine sur la compétence universelle en matière de crimes internationaux, document EX.CL/731(XXI)c, art. 4 a) et 8, adopté par le Conseil exécutif de l'Union africaine à sa vingt-et-unième session ordinaire, tenue à Addis Ababa (9-13 juillet 2012). Le texte complet de l'article 4 a) se lit comme suit : « La Cour est compétente pour juger toute personne suspectée d'avoir commis un crime prévu dans la présente loi, sans tenir compte du fait que ce crime aurait été commis sur le territoire de l'État ou à l'étranger, ni de la nationalité de la victime, à condition que cette personne se trouve sur le territoire de l'État. »

³⁵³ Voir *Le Procureur c. Anto Furundžija* (voir supra, note 128), par. 156 : « il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture présents sur son territoire. [...] On a estimé que les crimes internationaux étant universellement condamnés quel que soit l'endroit où ils ont été commis, chaque État a le droit de poursuivre et de punir les auteurs de ces crimes. » Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, 10 août 1995, par. 42 (notant que les crimes qui relèvent de la compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « ne sont pas des crimes d'un caractère purement national » mais « sont réellement des crimes de caractère universel, bien reconnus en droit international comme des violations graves du droit international humanitaire et qui transcendent l'intérêt d'un seul État »); et Ingelse, p. 320 et 321.

³⁵⁴ Voir Convention de Genève (I), art. 49; Convention de Genève (II), art. 50; Convention de Genève (III), art. 129; et Convention de Genève (IV), art. 146. Voir également CICR, Base de données sur le DIH coutumier, « Practice relating to Rule 157. Jurisdiction over war crimes », disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule157.

impose aux États parties de rechercher les auteurs d'infractions qui sont susceptibles de se trouver sur leur territoire³⁵⁵, sans que cette obligation s'étende au monde entier. En outre, comme il ressort de la seconde phrase, cette prescription est généralement assortie de la faculté pour l'État d'extrader la personne en cause vers un autre État partie.

112. Prescrivent aux États parties d'établir ce chef de compétence, nombre de récentes conventions répressives dont la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 4), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 5, par. 2), la Convention sur les personnes internationalement protégées (art. 3, par. 2), la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 5, par. 2), la Convention contre la torture (art. 5, par. 2), la Convention interaméricaine sur la torture (art. 12), la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 10, par. 4), la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (art. IV), la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 6, par. 4), la Convention sur le financement du terrorisme (art. 7, par. 4), la Convention de l'OUA sur le terrorisme (art. 6, par. 4), la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 15, par. 4), la Convention sur les disparitions forcées (art. 9, par. 2) et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VII, par. 3).

113. Célèbre exemple de l'exercice de cette compétence d'origine conventionnelle, l'affaire *Pinochet* a été l'occasion pour la Chambre des Lords du Royaume-Uni de dire que pour avoir ratifié la Convention contre la torture « tout État est tenu d'extrader ou de poursuivre toute personne accusée de torture trouvée sur son territoire »³⁵⁶. On trouve pourtant aussi d'autres exemples de consécration de cette compétence d'origine conventionnelle dans divers États et régions³⁵⁷. On la désigne parfois par l'expression « compétence universelle », encore que d'aucuns en récuse l'emploi dans ce contexte précis, au motif qu'aux termes du traité consacré à la matière l'auteur présumé doit se trouver sur le territoire de l'État partie³⁵⁸.

³⁵⁵ Voir Pictet, p. 365 et 366.

³⁵⁶ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) and Regina v. Evans and Another and the Commissioner of the Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, *Opinion of the Lords of Appeal for Judgment in the Case*, Opinion de Lord Lloyd of Berwick, p. 28. Sur les constatations du Comité contre la torture, voir ses conclusions et recommandations, Yougoslavie (CAT/C/SR.354), par. 39 (d'où il résulte que « les dispositions du paragraphe 2 de l'article 5, [...] imposent à tout État partie de prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il a décidé de ne pas l'extrader vers un autre État »); et ses conclusions et recommandations, France (CAT/C/FRA/CO/3 et Add.1), par. 13 (d'où il ressort que l'État partie devrait maintenir « sa détermination à poursuivre et à juger les auteurs présumés d'actes de torture trouvés sur tout territoire sous sa juridiction, quelle que soit leur nationalité »).

³⁵⁷ Voir, par exemple, Conseil de l'Union européenne, Rapport du groupe d'experts de l'UA-UE sur le principe de compétence universelle, document 8672/1/09 REV 1 du 16 avril 2009, disponible à l'adresse suivante : www.africa-eu-partnership.org/en/documents/au-eu-expert-report-principle-universal-jurisdiction. Voir également Macedo; et Reydams.

³⁵⁸ Ainsi, dans leur opinion individuelle commune dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont évoqué « le principe qui figure dans ces traités qui est inexactement qualifié de "principe de la compétence universelle" », *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000 (voir supra, note 302), *Opinion individuelle des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal*,

114. En revanche, des traités comme la Convention contre la torture ne prescrivent pas aux États parties d'établir leur compétence à l'égard de l'auteur présumé de l'infraction qui ne se trouverait pas sur leur territoire. Par conséquent, en faisant application de ces traités, les juridictions internes prennent souvent soin de circonscrire leur compétence aux seuls cas où l'auteur présumé se trouve sur le territoire national. Ainsi, la Cour suprême des Pays-Bas précisera à l'occasion de l'affaire *Bouterse* que l'exercice de toute compétence (en vertu de la loi néerlandaise portant application de la Convention contre la torture) à l'égard de tout auteur présumé de crime de torture devait se fonder soit sur l'existence d'un lien de nationalité soit sur la présence de l'intéressé aux Pays-Bas à la date de la mise en mouvement de l'action publique³⁵⁹. Elle refusera donc d'exercer sa compétence par contumace à l'égard d'un accusé (Bouterse) sans lien de rattachement direct avec l'ordre juridique néerlandais, ce dernier se trouvant au Suriname et aucune des victimes présumées n'ayant la nationalité néerlandaise³⁶⁰. Évoquant cette solution, le juge Guillaume, Président de la CIJ, dira dans son opinion individuelle en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, qu'aucun des traités en question « n'a envisagé l'établissement d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger, par des étrangers à l'encontre d'étrangers lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'État intéressé »³⁶¹.

115. En outre, ces traités sont d'ordinaire muets quant à savoir si tel ou tel État partie doit avoir la primauté en cas de pluralité de compétences nationales à l'égard de l'infraction visée³⁶². Certains accords bilatéraux et régionaux envisagent la question que vient toutefois compliquer en partie ceci qu'il est des motifs de refus de l'extradition, tenant en particulier à l'obligation de *non-refoulement*³⁶³. La question se règle plutôt souvent à la faveur de la courtoisie et de la coopération entre États parties, compte étant tenu du lieu où se trouvent les preuves, témoins, victimes, et d'autres éléments d'appréciation utiles³⁶⁴. Dans la pratique, l'État partie

p. 76, par. 44, qui estiment au contraire qu'il s'agirait plutôt d'une « compétence territoriale obligatoire sur des personnes, bien qu'en relation avec des actes commis ailleurs » (ibid., p. 74 et 75, par. 41).

³⁵⁹ Cour suprême des Pays-Bas, *Prosecutor-General of the Supreme Court c. Desiré Bouterse*, affaire n° LJN: AB1471, arrêt, 18 septembre 2001, par. 8.2 à 8.3.5.

³⁶⁰ Ibid., par. 8.5.

³⁶¹ Affaire relative au *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000 (voir supra, note 302), opinion individuelle du juge Guillaume, Président, p. 39 et 40, par. 9. Voir également ibid., Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, p. 75, par. 44 (d'où il résulte qu'« une analyse impartiale de la pratique des États et de la jurisprudence de la Cour donne à penser qu'aucune compétence [universelle sans lien territorial] n'est actuellement exercée »); et ibid., p. 76, par. 45 (d'où il résulte que « pratiquement toutes les législations nationales envisagent tel ou tel lien avec l'État du for » et qu'« il n'y a aucune décision fondant la compétence sur la compétence universelle pure »).

³⁶² Voir, par exemple, Rapport du groupe d'experts de l'UA-UE sur le principe de compétence universelle (voir supra, note 357), par. 14 (« le droit international positif n'établit aucune hiérarchie entre les différentes bases de compétence qu'il reconnaît »).

³⁶³ Sur l'extradition voir infra, chapitre VII, sur le futur programme de travail.

³⁶⁴ Voir, par exemple, *Kumar Lama c. Regina*, [2014] EWCA Crim.1729 (Cour d'appel), 7 août 2014, par. 71(3) [La Haute Cour a conclu que : « Convention against Torture does not establish a hierarchy of possible jurisdictions or embody any principle of *forum conveniens*. While it is correct that, in any given case, it may be more convenient or effective to prosecute in one jurisdiction rather than another, for example because of the availability of evidence, this is no more than a reflection of the circumstances of the particular case » (la Convention contre la torture n'établit pas de hiérarchie entre les compétences possibles ni ne consacre de principe du

sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé est bien placé pour exercer des poursuites, dès lors qu'il en a la volonté et les moyens³⁶⁵.

116. Enfin, les traités qui prescrivent à tout État partie d'établir sa compétence à l'égard de l'auteur présumé de l'infraction qui se trouve sur son territoire lui ménagent toujours la faculté d'emprunter quelque autre solution en lieu et place de l'exercice de cette compétence en présence de tel ou tel auteur présumé. D'après la plupart des traités répressifs, il est loisible à l'État d'extrader l'auteur présumé de l'infraction vers un autre État partie. Étant pour la plupart antérieurs à l'avènement des juridictions pénales internationales modernes, lesdits traités n'envisagent d'ordinaire pas expressément la solution de la remise de l'auteur présumé à une juridiction internationale, à la différence des instruments récents. Par exemple, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées porte ce qui suit en son article 9, paragraphe 2 :

Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, *sauf si ledit État l'extrade, ou le remet à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence.**

B. Non-exclusion d'autres chefs de compétence nationale

117. Ainsi qu'il est dit plus haut, il résulte du paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention contre la torture que si elle fait obligation à tout État partie d'établir certains types de compétence, ladite Convention n'exclut nul autre chef de compétence prévu par le droit interne de l'État partie concerné³⁶⁶. En effet, pour sauvegarder le droit de tout État partie d'aller au-delà des prescriptions conventionnelles en établissant sa compétence nationale, les traités internationaux lui ménagent généralement la faculté de se prévaloir d'autres chefs de compétence juridictionnelle pour amener l'auteur présumé de telle ou telle infraction à en répondre³⁶⁷. Dans leur opinion individuelle commune en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, invoquant notamment le paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention susmentionnée, ont fait valoir ce qui suit :

Nous repoussons l'idée que la lutte contre l'impunité est « transférée » aux traités et tribunaux internationaux, les tribunaux nationaux n'ayant pas la compétence en la matière. On a pris grand soin lorsqu'on a formulé les dispositions conventionnelles pertinentes, de ne pas exclure d'autres chefs de compétence, laquelle peut être exercée sur une base volontaire³⁶⁸.

forum conveniens. S'il est vrai que dans certains cas donnés, il peut être pratique ou efficace de poursuivre dans tel État plutôt que dans tel autre, par exemple en raison de la disponibilité d'éléments de preuve, ce choix n'obéit à rien de plus qu'aux circonstances propres à l'espèce)].

³⁶⁵ Selon au moins un auteur, l'État doit tenir compte du souhait d'autres États qui ont un droit mieux établi d'exercer leur compétence (Ingelse, p. 326).

³⁶⁶ Pour une analyse de la question, voir Burgers et Danelius, p. 133.

³⁶⁷ Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, Projet de convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : texte révisé (A/AC.254/4/Rev.4), p. 20, note 102. Voir également Lambert.

³⁶⁸ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (voir supra, note 302), Opinion individuelle de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 78 et 79, par. 51.

118. Comportent une disposition analogue nombre d'instruments internationaux et régionaux dont la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 4), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 5, par. 3), la Convention sur les personnes internationalement protégées (art. 3), la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 5, par. 3), la Convention contre la torture (art. 5, par. 3), la Convention interaméricaine sur la torture (art. 12), la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 10, par. 5), la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (art. X), la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 6, par. 5), la Convention sur le financement du terrorisme (art. 7, par. 6), la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 15, par. 6), la Convention sur les disparitions forcées (art. 9, par. 3) et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VII, par.4).

119. La difficulté qu'il y a à formuler une clause de sauvegarde de la faculté pour tout État partie d'établir ou d'invoquer d'autres chefs de compétence nationale tient en ceci qu'il faut prendre soin de ne nullement donner à penser même implicitement que le traité autorise ces autres chefs de compétence nationale, ou que ceux-ci n'ont pas à obéir aux règles applicables du droit international. C'est ainsi que l'article de la Convention sur le financement du terrorisme traitant de la compétence porte que : « Sans préjudice des normes du droit international général, la présente convention n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État partie conformément à son droit interne »³⁶⁹.

C. Projet d'article 6. Établissement de la compétence nationale

120. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet d'article suivant :

Projet d'article 6. Établissement de la compétence nationale

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5, dès lors que :

- a) L'infraction a été commise sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État;
- b) L'auteur présumé de l'infraction est l'un de ses ressortissants; et
- c) La victime est l'un de ses ressortissants et l'État le juge opportun.

2. Chaque État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5, dès lors que l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle, à moins qu'il ne l'extrade ou ne le remette ainsi qu'il est dit au paragraphe 1 du projet d'article 9.

³⁶⁹ Art. 7, par. 6. Voir également Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 42, par. 6 (« Sans préjudice des normes du droit international général, la présente Convention n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État partie conformément à son droit interne »).

3. Sans préjudice des règles applicables du droit international, le présent projet d'article n'exclut pas l'établissement par l'État d'autres chefs de compétence pénale envisagés par son droit interne.

Chapitre III

Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé

121. En présence de présomption de crimes contre l'humanité perpétrés sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle, l'utilité commande que tout État procède à une enquête générale pour établir s'il a été commis ou s'il se commet de tels crimes. On distinguera cette enquête générale (objet du présent chapitre) de celle plus ciblée qui tend à déterminer si telle ou telle personne bien identifiée est l'auteur de tels crimes (question envisagée ci-après, au chapitre IV). De par sa généralité, l'enquête en question ici se veut l'occasion pour l'État de constater généralement s'il a été commis ou se commet des crimes contre l'humanité, ce qui lui permettrait d'intervenir immédiatement pour empêcher que ces crimes ne se répètent ou se poursuivent, et de jeter les bases d'enquêtes plus poussées concernant l'auteur présumé à mener par l'État ou tous autres États vers lesquels ledit auteur aura pu fuir.

122. Le principe de la conduite d'enquête au lieu de commission de crimes contre l'humanité préalablement à l'exercice de poursuites contre tous auteurs présumés est consacré par divers instruments internationaux. Il résulte ainsi, des Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies en 1973, que « les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés »³⁷⁰. L'Assemblée générale a également reconnu dans plusieurs de ses résolutions antérieures l'intérêt de l'instruction des crimes contre l'humanité et appelé les États à prendre les mesures nécessaires à cet effet³⁷¹.

³⁷⁰ Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale du 3 décembre 1973, par. 1.

³⁷¹ Voir, par exemple, le préambule et le paragraphe 1 de la résolution 2583 (XXIV) de l'Assemblée générale du 15 décembre 1969 (« *Convaincue* que l'instruction rigoureuse des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (...) sont un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propres à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales (...) 1. *Demande* à tous les États que cela concerne d'adopter les mesures nécessaires en vue d'une instruction rigoureuse des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité »); le préambule et le par. 5 de la résolution 2712 (XXV) de l'Assemblée générale du 15 décembre 1970 (« *Convaincue* que l'instruction rigoureuse des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, et l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de tels crimes, où qu'ils aient été commis (...) constituent un élément important de la prévention de tels crimes, aussi bien pour le présent que pour l'avenir (...) 5. *Prie de nouveau* les États intéressés d'adopter, s'ils ne l'ont pas encore fait, les mesures nécessaires en vue d'une instruction rigoureuse des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité »); et le préambule de la résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale du 18 décembre 1971 (« *Ferme*ment

123. Posent le principe de l'enquête mise à la charge de l'État dont le territoire est le lieu présumé de l'infraction nombre de traités qui prescrivent à tout État partie d'enquêter dès lors qu'il existerait quelque motif raisonnable de croire que telles infractions incriminées ont été commises³⁷². Ainsi, la Convention contre la torture porte en son article 12 que « [t]out État partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction ». Cette obligation générale diffère de celle faite à l'État par le paragraphe 2 de l'article 6 de ladite convention de procéder à une enquête ou des investigations, le but étant précisément d'établir les faits concernant tel ou tel auteur présumé bien identifié (hypothèse envisagée au chapitre IV). En outre, donne prise à cette obligation non pas tant le fait que tel [auteur] présumé se trouve sur le territoire de l'État partie que ceci que les autorités compétentes dudit État partie soupçonneraient que telle infraction visée par la Convention a pu avoir été commise sur quelque territoire relevant de sa juridiction³⁷³. Par conséquent, l'enquête dont il s'agit ici est différente en ce qu'il doit y être procédé *peu importe* que le suspect soit connu ou présent sur le territoire de l'État³⁷⁴.

124. On retrouve une obligation analogue diversement consacrée dans la Convention interaméricaine sur la torture [« Lorsqu'une plainte a été déposée ou qu'il existe des motifs bien-fondés de croire qu'un acte de torture a été commis dans leur juridiction, les États parties garantissent que leurs autorités respectives ouvriront d'office et immédiatement une enquête sur la plainte et mettront en mouvement, s'il y a lieu, la procédure pénale appropriée » (art. 8)], la Convention sur les disparitions forcées [« Lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne a été victime d'une disparition forcée, les autorités [compétentes] ouvrent une enquête, même si aucune plainte n'a été officiellement déposée » (art. 12, par. 2)] et la Convention du Conseil de l'Europe de 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les enquêtes et les procédures judiciaires relatives à toutes les formes de violence couvertes par le champ d'application de la présente Convention soient traitées sans retard injustifié tout en prenant en considération les droits de la victime à toutes les étapes des procédures pénales »)³⁷⁵.

convaincue que la coopération internationale est indispensable en vue d'une instruction rigoureuse des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité »).

³⁷² Les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre comportent une variante de ce principe d'enquête générale, certes spécialement consacré à l'identification d'auteurs bien déterminés. De manière générale, elles font obligation aux États de « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis » des violations graves de leurs dispositions. Voir Convention de Genève (I), art. 49 (« Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves »); Convention de Genève (II), art. 50 (même libellé); Convention de Genève (III), art. 129 (même libellé); et Convention de Genève (IV), art. 146 (même libellé).

³⁷³ Nowak et McArthur, p. 414.

³⁷⁴ Ingelse, p. 335.

³⁷⁵ Art. 49, par. 1. Voir également l'article 55, par. 1 (« Les Parties veillent à ce que les enquêtes ou les poursuites d'infractions établies conformément aux articles 35, 36, 37, 38 et 39 de la présente Convention ne dépendent pas entièrement d'une dénonciation ou d'une plainte de la victime lorsque l'infraction a été commise, en partie ou en totalité, sur leur territoire, et à ce que la procédure puisse se poursuivre même si la victime se rétracte ou retire sa plainte »).

125. L'obligation de procéder à une enquête générale est faite au seul l'État sur le territoire duquel l'infraction a pu avoir été commise, à l'exclusion d'autres États. En présence de crimes contre l'humanité, l'État qui exerce sa juridiction ou son contrôle relève sur le territoire où le crime aurait été commis est le mieux placé pour procéder à cette enquête initiale, le but en étant de déterminer s'il y a eu effectivement crime et, dans l'affirmative, s'il est le fait de forces gouvernementales sous son contrôle ou de forces sous le contrôle de tel autre État ou encore d'une organisation non gouvernementale. Cette enquête peut permettre à l'État non seulement d'établir les bases de l'exercice de poursuites contre l'auteur présumé, mais aussi de prévenir la répétition des crimes en en identifiant l'origine.

126. En général, l'obligation faite est de procéder à une enquête lorsqu'il y a des raisons ou un motif raisonnable de croire que l'infraction visée par la Convention a été commise³⁷⁶. En effet, comme il est probable que plus la pratique de la torture devient systématique dans un État donné, moins elle suscitera de plaintes officielles, il peut y avoir violation de l'article 12 de la Convention contre la torture même en l'absence de toutes plaintes de particuliers³⁷⁷. De même, selon le Comité contre la torture les autorités de l'État doivent « procéder immédiatement » à l'enquête chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture ou de mauvais traitement a été commis « sans que le motif du soupçon ait une importance particulière »³⁷⁸.

127. Le Comité contre la torture a également conclu à la violation de l'article 12 lorsque l'enquête de l'État n'a pas été « immédiate et impartiale »³⁷⁹. L'exigence de diligence signifie que l'état doit ouvrir une enquête sur-le-champ ou sans retard dès qu'il suspecte qu'il y a eu crime³⁸⁰. Dans la plupart des cas où le Comité a conclu à un défaut de diligence, il n'avait pas été procédé à enquête ou l'enquête était intervenue bien tardivement. Ledit comité a ainsi considéré « qu'un [retard] de 15 mois [dans] l'ouverture d'une enquête sur les allégations de torture est abusivement long et n'est pas conforme aux dispositions de l'article 12 de la Convention »³⁸¹. L'intérêt de cette exigence tient à ceci que les traces sur la personne de la victime permettant de prouver la torture peuvent disparaître rapidement et qu'en portant plainte la victime s'expose au risque d'être à nouveau torturée, ce que la célérité de l'enquête est susceptible de prévenir³⁸².

³⁷⁶ Voir *Blanco Abad c. Espagne*, communication n° 59/1996, Constatations du Comité contre la torture (CAT/C/20/D/59/1996), par. 8.2. Voir également *Dimitrijevic c. Serbie et Monténégro*, communication n° 172/2000, *Selected Decisions of the Committee against Torture, vol. I, Eleventh to Thirty-Eighth Sessions (November 1993-May 2007)*, publication des Nations Unies (numéro de vente E.08.XIV.8), p. 89 à 92, p. 92, par. 7.3.

³⁷⁷ Nowak, p. 246.

³⁷⁸ *Dhaou Belgacem Thabti c. Tunisie*, communication n° 187/2001, Constatations du Comité contre la torture (CAT/C/31/D/187/2001), par. 10.4. Voir également *Blanco Abad c. Espagne* (voir *supra*, note 376), par. 8.2 à 8.6.

³⁷⁹ Voir, par exemple, *Bairamov c. Kazakhstan*, communication n° 497/2012, décision du Comité contre la torture (CAT/C/52/D/497/2012), par. 8.7 et 8.8.

³⁸⁰ Nowak et McArthur, p. 434.

³⁸¹ *Halimi-Nedzibi c. Autriche*, communication n° 8/1991, *Selected Decisions of the Committee against Torture, vol. I, Eleventh to Thirty-Eighth Sessions (November 1993-May 2007)*, publication des Nations Unies (numéro de vente E.08.XIV.8), p. 15, par. 13.5.

³⁸² *Blanco Abad c. Espagne* (voir *supra*, note 376), par. 8.2 (« Le Comité souligne que la rapidité est essentielle autant pour éviter que la victime continue de subir les actes prohibés que parce que, à moins que les tortures n'entraînent des effets permanents et graves, d'une façon générale,

128. L'exigence d'impartialité signifie en principe que l'État doit procéder en toute conviction, efficacité et objectivité³⁸³, et ce d'autant que toute enquête partant du principe qu'il n'y a pas eu crime, ou inspirée par la volonté d'en protéger les auteurs présumés, ne saurait être considérée comme efficace³⁸⁴. Dans certains cas, le Comité contre la torture a recommandé de faire procéder à toutes enquêtes en cas d'allégations de torture « sous la surveillance de juges indépendants appartenant au pouvoir judiciaire »³⁸⁵. Dans d'autres cas, il a recommandé « [d]'interdire [formellement] à tout organisme d'État qui n'est pas habilité judiciairement pour ce faire de mener des enquêtes [en matière] pénale »³⁸⁶. Selon le Comité, toute enquête impartiale doit accorder le même poids à la thèse de l'infraction et à son contraire, avant de mettre en œuvre tous moyens d'investigation utiles, par exemple interroger tous dossiers officiels disponibles, entendre tous agents en cause ou faire procéder à toutes exhumations de corps³⁸⁷.

129. On a néanmoins cru déceler une obligation implicite d'enquêter dans certains traités qui ne le consacrent pas expressément. Par exemple, encore que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'édicte pas expressément cette obligation, le Comité des droits de l'homme déclarera plus d'une fois que les États doivent enquêter de bonne foi sur toutes violations du Pacte³⁸⁸, précisant notamment que :

Des mécanismes administratifs s'avèrent particulièrement nécessaires pour donner effet à l'obligation générale de faire procéder de manière rapide, approfondie et efficace, par des organes indépendants et impartiaux, à des enquêtes sur les allégations de violations. [...] Le fait pour un État partie de ne pas mener d'enquête sur des violations présumées pourrait en soi donner lieu à une violation distincte du Pacte³⁸⁹.

130. Plusieurs organismes régionaux ont également interprété leurs textes comme consacrant une obligation tacite de procéder à une enquête générale. On dégagera une telle interprétation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) pour appréhender efficacement la situation exceptionnelle que vivent

selon les méthodes employées, les marques physiques de la torture et, à plus forte raison, des traitements cruels, inhumains ou dégradants, disparaissent à brève échéance »). Voir Burgers et Danelius, p. 144 et 145.

³⁸³ Nowak et McArthur, p. 435.

³⁸⁴ Burgers et Danelius, p. 145.

³⁸⁵ Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention – Équateur, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 44 (A/49/44)*, p. 17, par. 105.

³⁸⁶ Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention – Guatemala, Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 44 (A/56/44)*, p. 34, par. 76 d).

³⁸⁷ *M'Barek c. Tunisie*, communication n° 60/1996, Constatations du Comité contre la torture (CAT/C/23/D/60/1996), par. 11.9 et 11.10. Voir également Nowak et McArthur, p. 435.

³⁸⁸ Voir, par exemple, *Shukurova c. Tadjikistan*, communication n° 1044/2002, Constatations du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/86/D/1044/2002), par. 8.2; *Kouidis c. Grèce*, communication n° 1070/2002, Constatations du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/86/D/1070/2002), par. 9; *Agabekova c. Ouzbékistan*, communication n° 1071/2002, Constatations du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/89/D/1071/2002), par. 7.2; et *Karimov et Nursatov c. Tadjikistan*, communications n° 1108/2002 et 1121/2002, Constatations du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/89/D/1108 et 1121/2002), par. 7.2.

³⁸⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), par. 15.

certaines régions de Turquie, théâtre de cas de mauvais traitements, de disparitions et de destruction de village³⁹⁰. À l'occasion de ces espèces la Cour européenne des droits de l'homme conclura de la preuve de l'absence d'enquête efficace, ou de toute enquête, de la part des autorités à la violation des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 5 (droit à la liberté et à la sûreté), [...] 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) [...] [et] 13 (droit à un recours effectif) »³⁹¹. Ainsi, dans l'affaire *Ergi c. Turquie*, elle a estimé que la Convention faisait implicitement obligation à la Turquie de veiller à faire procéder à « une enquête efficace et indépendante » sur les décès qui seraient résultats de l'usage de la force par des agents de l'État³⁹². Elle a considéré que cette exigence découlait implicitement des dispositions de l'article 2 de la Convention sur le « droit à la vie » combinées avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention « de reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention »³⁹³. Elle conclura à la violation de l'article 2 de la Convention notamment de « l'absence d'enquête adéquate et efficace »³⁹⁴. Elle est venue confirmer tout récemment dans l'affaire *Bati et autres c. Turquie*, qu'il y a lieu à enquête dès lors que des indices suffisamment clairs tendent à démontrer que l'on se trouve en présence du crime visé, même en l'absence de toute plainte³⁹⁵. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a retenu une solution similaire³⁹⁶.

Projet d'article 7. Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé

131. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet d'article suivant :

Projet d'article 7. Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé

1. Chaque État veille à faire procéder en toute diligence et impartialité par ses autorités compétentes à une enquête chaque fois qu'il y a des raisons de penser qu'il a été commis ou qu'il se commet un crime contre l'humanité sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle.

³⁹⁰ Crawford, p. 667 (citant les affaires *Aksoy c. Turquie*, CEDH, requête n° 21987/93, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 18 décembre 1996; *Timurtaş c. Turquie*, Commission européenne des droits de l'homme, requête n° 23531/94, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme adopté le 19 octobre 1998; *Kurt c. Turquie*, CEDH, requête n° 24276/94, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 25 mai 1998; *Çakici c. Turquie*, CEDH, Grande chambre, requête n° 23657/94, arrêt, 8 juillet 1999; *Menteş et autres c. Turquie*, CEDH, Grande chambre, requête n° 23186/94, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 28 novembre 1997; *Ergi c. Turquie*, CEDH, requête n° 23818/94, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 28 juillet 1998; et *Kaya c. Turquie*, CEDH, requête n° 22729/93, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 19 février 1998.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Voir *Ergi c. Turquie* (voir *supra*, note 390), par. 85.

³⁹³ Ibid., par. 82.

³⁹⁴ Ibid., par. 86.

³⁹⁵ CEDH, Première section, *Bati et autres c. Turquie*, requêtes n° 33097/96 et 57834/00, arrêt, 3 juin 2004, par. 133.

³⁹⁶ Voir Brownlie, p. 579 (citant les affaires *Paniagua Morales et al. et Extrajudicial Executions and Forced Disappearances v. Peru*).

2. Tout État qui constate qu'il a été commis ou qu'il se commet un crime contre l'humanité communique à tout autre État, s'il y a lieu, les conclusions générales de ladite enquête toutes les fois qu'il y a des raisons de penser que des nationaux de cet État ont été ou sont impliqués dans la commission dudit crime. Après quoi, cet autre État procédera en toute diligence et impartialité à une enquête sur les faits.

3. Tous les États coopèrent, selon qu'il conviendra, en vue d'établir l'identité de toute(s) personne(s) auteur(s) présumé(s) de toute infraction visée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 et de localiser ladite ou lesdites personne(s).

Chapitre IV

Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire

132. Lorsqu'à l'occasion de toute enquête générale conduite par un ou plusieurs États en présence d'un crime international l'un de ces États conclut ou vient à être informé que l'auteur présumé du crime se trouve sur son territoire, l'État en question procédera en principe à une enquête préliminaire pour apprécier l'opportunité de poursuivre l'auteur présumé, de l'extrader ou de le remettre à toutes autres autorités compétentes. En outre, cet État pourra placer l'auteur présumé en détention (ou prendre toute autre mesure) pour le maintenir sur son territoire, tous autres États intéressés, ou le cas échéant, toute juridiction internationale, qui souhaiteraient exercer des poursuites contre l'auteur présumé pouvant demander son extradition ou sa remise.

133. L'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité de l'ONU ont l'un et l'autre reconnu l'intérêt de telles mesures en présence de crimes contre l'humanité. Ainsi, l'Assemblée générale a demandé à « tous les États que cela concerne d'adopter les mesures nécessaires en vue d'une instruction rigoureuse des [...] crimes contre l'humanité [...] et en vue du dépistage, de l'arrestation, de l'extradition et du châtement de tous les [...] individus coupables de crimes contre l'humanité qui n'ont pas encore répondu de leurs méfaits devant la justice et n'ont pas subi leur châtement »³⁹⁷. De même, elle a affirmé que « le refus de la part d'un État de coopérer en vue de l'arrestation, de l'extradition, du jugement et du châtement d'individus coupables de [...] crimes contre l'humanité est contraire aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes généralement reconnues du droit international »³⁹⁸. Le Conseil de sécurité soulignera de son côté que « les États sont tenus de se conformer aux obligations qui leur incombent en matière de lutte contre l'impunité et de prendre des mesures concrètes pour asseoir le principe de responsabilité en menant des enquêtes approfondies et en poursuivant les auteurs de [...] crimes contre l'humanité et d'autres violations graves du droit international humanitaire afin de prévenir les violations, d'éviter qu'elles ne se reproduisent et de promouvoir une paix durable, la justice, la vérité et la réconciliation »³⁹⁹.

³⁹⁷ Résolution 2583 (XXIV) de l'Assemblée générale du 15 décembre 1969, par. 1.

³⁹⁸ Résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale du 18 décembre 1971, par. 4.

³⁹⁹ Résolution 1984 (2009) du Conseil de sécurité du 11 novembre 2009, par. 10.

134. Les traités répressifs édictent d'ordinaire les droits et obligations censés gouverner l'enquête sur la personne de l'auteur présumé et son éventuel placement en détention dans le cas où il se trouve sur le territoire de tout État partie. Il résulte ainsi des paragraphes 1 et 2 de l'article 10 de la Convention sur les disparitions forcées, inspiré de la Convention contre la torture « le texte en ayant été simplifié çà et là »⁴⁰⁰, qu'après avoir examiné les renseignements dont il dispose au sujet d'un auteur présumé, l'État partie procède à une enquête préliminaire, place (si nécessaire) l'auteur présumé en détention et informe les autres États intéressés des mesures qu'il a prises et leur indique s'il entend exercer sa compétence en l'espèce. Évoquant une disposition de cette nature à propos de la Convention contre la torture⁴⁰¹, la Cour internationale de Justice précisera que celle-ci vient « permettre l'engagement de poursuites contre le suspect, à défaut d'extradition, et la réalisation de l'objet et du but de la Convention, qui est d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture en évitant l'impunité des auteurs de tels actes »⁴⁰².

135. On considère que cette solution est essentielle pour donner plein effet à ce type de traité lorsque l'auteur se trouve sur le territoire d'un État et n'est pas sujette à controverse en matière conventionnelle⁴⁰³. Les développements qui suivent sont consacrés aux trois principaux éléments que l'on retrouve dans toute disposition conventionnelle consacrée à la matière : à savoir l'obligation de procéder à une enquête préliminaire, de s'assurer de la présence continue de l'auteur présumé et d'informer les autres États s'intéressant à celui-ci. Nous envisagerons un quatrième élément que l'on retrouve parfois dans ce genre de disposition – le droit reconnu à l'étranger auteur présumé de l'infraction de s'entretenir avec un agent consulaire de son État – au chapitre VI consacré au « traitement équitable de l'auteur présumé ».

A. Procéder à une enquête préliminaire

136. Tout État qui vient à constater ou à apprendre que l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle doit normalement procéder à une enquête préliminaire sur les faits. S'il tient l'information d'un autre État ou d'une autre source, cette enquête préliminaire pourra également être pour l'État l'occasion de repérer l'auteur présumé et d'établir son identité. Quoi qu'il en soit, l'enquête lui permettra d'établir les faits à retenir s'agissant d'apprécier l'opportunité d'engager des poursuites sur son territoire, ou d'extrader ou de remettre l'auteur présumé à d'autres autorités compétentes.

137. On distinguera l'enquête préliminaire de celle plus générale envisagée au chapitre IV, laquelle tendant généralement à établir s'il a été commis ou se commet

⁴⁰⁰ 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. 89.

⁴⁰¹ Affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra*, note 98), p. 450, par. 72 (« l'introduction en droit interne de la législation appropriée [...] permettrait à l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect de procéder immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits (...), étape nécessaire pour que cet État puisse, en connaissance de cause, soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale »).

⁴⁰² *Ibid.*, p. 451, par. 74. Voir également Nowak et McArthur, p. 337 (s'arrêtant sur les obligations mises à la charge de l'État en la matière par la Convention contre la torture).

⁴⁰³ Lambert, p. 168.

un crime contre l'humanité et, dans l'affirmative, à en identifier et localiser les auteurs présumés. En l'occurrence, ayant déterminé le lieu où se trouverait l'auteur présumé, l'État en question procède à une enquête préliminaire sur sa personne le but en étant de confirmer son identité, de déterminer s'il y a eu infraction passible de poursuites, avant d'apprécier s'il y a lieu à suivre, ou d'extrader ou de remettre l'auteur présumé⁴⁰⁴. L'enquête préliminaire est également le lieu d'appliquer au suspect le « principe fondamental d'équité et d'égalité », en confirmant qu'il existe des motifs raisonnables de le retenir dans les liens de la prévention aux fins de poursuites, d'extradition ou de remise⁴⁰⁵. Il faut cependant la distinguer de l'enquête plénière occasionnée par l'exercice de poursuites proprement dites soit par l'État où l'auteur présumé a été trouvé, soit par tel autre État vers lequel il est extradé, ou encore devant toute juridiction à laquelle il aura été remis.

138. En règle générale, les législations pénales internes prescrivent l'ouverture d'une enquête préliminaire, le but étant de constater s'il y a eu infraction passible de poursuites. Ainsi, aux termes de la loi norvégienne, « [i]l est procédé à une enquête pénale dès lors qu'il ressort de toute information ou de toutes autres circonstances qu'il y a des motifs raisonnables de rechercher si les faits revêtent une qualification pénale donnant prise à la mise en mouvement de l'action publique »⁴⁰⁶. Cette enquête a notamment pour objet « de rassembler toutes informations utiles [...] pour apprécier s'il y a lieu à suivre »⁴⁰⁷. D'autres États, comme la Fédération de Russie⁴⁰⁸ et l'Ukraine⁴⁰⁹, prescrivent également l'ouverture d'une enquête préliminaire en matière pénale.

139. Si la Convention sur le génocide et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre ne prescrivent pas l'ouverture d'une enquête préliminaire, l'obligation en est généralement consacrée par les traités répressifs modernes, dont la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 6), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 6, par. 2), la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 6, par. 1), la Convention contre la torture (art. 6, par. 2), la Convention interaméricaine sur la torture (art. 8), la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 7, par. 1), la Convention sur le financement du terrorisme (art. 9, par. 1), la Convention de l'OUA sur le terrorisme (art. 7, par. 1), la Convention sur les disparitions forcées (art. 10, para. 2) et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VIII, par. 2).

140. La Cour internationale de Justice soulignera l'intérêt de l'enquête préliminaire en évoquant le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention contre la torture, estimant qu'elle est destinée, comme toute enquête menée par les autorités

⁴⁰⁴ Nowak et McArthur, p. 340.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 342.

⁴⁰⁶ Code de procédure pénale norvégien, loi n° 25 du 22 mai 1981 modifiée, dernièrement par la loi n° 53 du 30 juin 2006, art. 224, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴⁰⁷ Ibid., art. 226.

⁴⁰⁸ Code de procédure pénale russe, n° 184-FZ du 18 décembre 2001 (tel que modifié le 1^{er} mars 2012), chap. 21, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴⁰⁹ Loi du 28 décembre 1960 portant Code de procédure pénale ukrainien (modifiée en 2010), art. 111, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

compétentes, à corroborer ou non les soupçons qui pèsent sur la personne concernée. Cette enquête est conduite par les autorités qui sont chargées d'établir un dossier en rassemblant les faits et les éléments de preuve, « qu'il s'agisse de documents ou de témoignages se rapportant aux événements en cause et à l'implication éventuelle du suspect dans le contexte en question »⁴¹⁰. La Cour fera observer en outre que « le choix des moyens, pour mener l'enquête, reste entre les mains des États parties », mais que « des mesures [doivent être] prises aussitôt que le suspect est identifié sur le territoire de l'État, afin de conduire une enquête au sujet de ladite affaire »⁴¹¹.

B. Maintenir l'auteur présumé dans les liens de la prévention

141. La procédure pénale interne conduit d'ordinaire de retenir dans les liens de la prévention l'auteur présumé de toute infraction grave en attendant l'enquête qui viendra permettre de décider s'il y a lieu à poursuites, et spécialement pour empêcher le suspect de commettre d'autres infractions ou de s'enfuir. Par exemple, d'après la législation allemande, « [l]a détention provisoire du suspect pourra être ordonnée en présence de tout motif d'arrestation [...] Il y a motif d'arrestation s'il résulte de certains faits [...] et des circonstances propres à l'espèce, quelque risque de voir le suspect se soustraire à la justice (risque de fuite) »⁴¹². Nombre d'autres juridictions, dont les États-Unis d'Amérique⁴¹³, la Fédération de Russie⁴¹⁴, la Norvège⁴¹⁵, la Suisse⁴¹⁶ et l'Ukraine, connaissent ce genre de règles⁴¹⁷. En outre, certains États, comme l'Allemagne, autorisent la détention provisoire de l'« auteur présumé [...] de toute infraction pénale punie par le Code des crimes de droit international »⁴¹⁸.

142. Les traités répressifs prescrivent d'ordinaire aux États de maintenir l'auteur présumé sur leur territoire en le plaçant en détention, si besoin est. À la différence de la Convention sur le génocide muette sur ce sujet, les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre en consacrent indirectement l'obligation en ce qu'elles prescrivent à chaque État partie de déférer les personnes prévenues d'avoir commis des violations graves devant « ses propres tribunaux »⁴¹⁹.

⁴¹⁰ Affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra*, note 98), p. 453, par. 83.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 454, par. 86. Pour un exposé plus général des points de vue sur cette affaire et sa portée, voir Cryer *et al.*, p. 75 et 76.

⁴¹² Code de procédure pénale allemand du 7 avril 1987 (tel que modifié le 31 octobre 2008), disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴¹³ Code des États-Unis, titre 18, art. 3142 *e*) et *f*) 1).

⁴¹⁴ Code de procédure pénale russe, n° 184-FZ du 18 décembre 2001 (voir *supra*, note 408), art. 91 et 108.

⁴¹⁵ Code de procédure pénale norvégien, loi n° 25 du 22 mai 1981 (voir *supra*, note 406), art. 171.

⁴¹⁶ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (dans sa version du 1^{er} janvier 2015), art. 225 et 226, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴¹⁷ Code de procédure pénale ukrainien promulgué par la loi du 28 décembre 1960 (voir *supra*, note 409), art. 98-1, disponible à l'adresse suivante : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

⁴¹⁸ Code de procédure pénale allemand du 7 avril 1987 (voir *supra*, note 412), art. 112.

⁴¹⁹ Voir Convention de Genève (I), art. 49; Convention de Genève (II), art. 50; Convention de Genève (III), art. 129; et Convention de Genève (IV), art. 146.

Prescrivent expressément aux États parties de placer en détention l'auteur présumé de l'infraction ou de prendre toute autre mesure légale nécessaire pour garantir sa comparution à l'audience des traités récents dont : la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 6), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 6, par. 1), la Convention sur les personnes internationalement protégées (art. 6, par. 1), la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 6, par. 1), la Convention contre la torture (art. 6, par. 1), la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 13, par. 1), la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 7, par. 2), la Convention sur le financement du terrorisme (art. 9, par. 2), la Convention de l'OUA sur le terrorisme (art. 7, par. 2), la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 16, par. 9), la Convention sur les disparitions forcées (art. 10, par. 1) et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VIII, par. 3).

143. Ce genre de disposition conventionnelle a pour objet premier de contraindre l'auteur présumé à demeurer sur le territoire de tout État partie le temps nécessaire pour mettre en branle toute procédure d'extradition ou toutes poursuites⁴²⁰. On privilégie d'ordinaire la solution de l'arrestation et la détention du suspect, c'est-à-dire le placement en garde-à-vue pour une période pouvant aller jusqu'à quelques jours, suivi de la détention provisoire dans l'attente du procès ou de l'expulsion⁴²¹. L'opportunité de la détention provisoire ou administrative s'apprécie au regard des circonstances de l'espèce, y compris la probabilité que le suspect cherche à fuir ou à détruire des éléments de preuve⁴²². Selon une partie de la doctrine, l'État partie qui estime qu'il n'y a pas lieu de maintenir le suspect en détention au-delà de la période légale doit prendre d'autres « mesures légales » pour s'assurer de sa comparution à l'audience. Pour s'acquitter de cette obligation conventionnelle, l'État partie est censé procéder selon ce qui est prescrit par son droit interne s'agissant d'infractions graves de droit commun, en ordonnant notamment l'assignation à résidence, la libération sous caution, la confiscation des documents de voyage, le contrôle judiciaire ou autres mesures restrictives de liberté similaires⁴²³.

144. Bien entendu, toute mesure prise par l'État à cet égard « doit s'apprécier au regard [...] de la disposition prescrivant que l'on soit en présence de motifs de croire que l'auteur présumé de l'infraction a commis une ou plusieurs des infractions définies [...] »⁴²⁴. S'il a toute latitude pour apprécier l'opportunité de placer en détention tel ou tel suspect, l'État partie doit néanmoins exercer ce pouvoir d'appréciation de bonne foi⁴²⁵. Ce faisant, il doit se guider sur les prescriptions de son droit interne concernant notamment le degré de soupçon et l'existence de risque de fuite⁴²⁶. Pour autant qu'elles ne remettent pas en cause « l'obligation générale d'extrader ou de poursuivre », l'État partie doit également s'attacher aux règles de son droit interne fixant la durée légale de la détention pour

⁴²⁰ Lambert, p. 173. Voir *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 346.

⁴²¹ Nowak et McArthur, p. 338.

⁴²² *Ibid.*, p. 339.

⁴²³ *Ibid.*, p. 338 et 339. Voir aussi Burgers et Danelius, p. 135.

⁴²⁴ Lambert, p. 170 (citant l'*Annuaire... 1972*, vol. II, p. 346 (commentaire de l'article 5 du 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).

⁴²⁵ Burgers et Danelius, p. 134; et Lambert, p. 168 et 171.

⁴²⁶ Burgers et Danelius, p. 134.

décider de son éventuelle prolongation⁴²⁷. En définitive, c'est « à l'État partie sur le territoire duquel [l'auteur présumé] a été trouvé » qu'il est fait « obligation de prendre les mesures appropriées pour empêcher sa fuite en attendant qu'il décide de l'extrader ou de saisir ses autorités compétentes aux fins de poursuite »⁴²⁸.

145. S'étant intéressé à cette obligation à l'occasion de l'affaire d'Ely Ould Dah, suspect arrêté, mis en examen en France en 1999, remis en liberté en attendant son procès, avant d'être jugé, déclaré coupable et condamné par contumace ayant fui la France, le Comité contre la torture a déploré que « l'État partie n'ait pas pris les mesures nécessaires pour maintenir M. Oud Dah sur le territoire et assurer sa présence lors du procès », ainsi que la Convention contre la torture lui en faisait obligation. Il recommandera « que l'État partie, lorsqu'il établit sa compétence aux fins de connaître de [tous] actes de torture, dans le cas où l'auteur présumé de ceux-ci se trouve sur tout territoire [relevant de] sa juridiction, prenne les mesures nécessaires pour assurer la détention ou la présence de cette personne »⁴²⁹.

C. Informer les autres États intéressés

146. En l'absence de relation conventionnelle, on peut difficilement soutenir que l'État qui exerce sa compétence pénale a pour obligation d'informer les autres États qui pourraient avoir quelque intérêt dans la cause (autre que celle d'informer les autorités consulaires comme on le verra ci-après à la section D du chapitre VI). Toutefois, les traités répressifs font d'ordinaire obligation à l'État partie qui a placé en détention l'auteur présumé de l'infraction incriminée (ou pris toute autre mesure légale nécessaire pour garantir sa comparution devant le juge) d'informer tous autres États parties intéressés, à savoir ceux qui pourraient également exercer leur compétence nationale en vue de poursuivre l'auteur présumé (par exemple, par le jeu de la compétence « territoriale », « nationale » ou « personnelle passive »). En règle générale, l'État partie doit communiquer les conclusions générales de son enquête préliminaire, indiquer les mesures qu'il a prises (comme le placement en détention de l'auteur présumé) et s'il entend exercer sa compétence de poursuite.

147. Absente de la Convention sur le génocide et des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, ce type d'obligation résulte de traités récents, dont la Convention sur la capture illicite d'aéronefs (art. 6), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 6, par. 4), la Convention sur les personnes internationalement protégées (art. 6, par. 1), la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 6, par. 2 et 6), la Convention contre la torture (art. 6, par. 4), la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 13, par. 2), la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif (art. 7, par. 6), la Convention sur le financement du terrorisme (art. 9, par. 6), la Convention sur les disparitions forcées (art. 10, par. 2) et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VIII, par. 6).

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 346, par. (1) du commentaire de l'article 5 du 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.

⁴²⁹ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, France (CAT/C/FRA/CO/3 et Add.1), par. 14.

148. Il convient d'édicter une telle obligation « de caractère général » même dans l'hypothèse où l'État de détention aurait la ferme intention de poursuivre l'auteur présumé de l'infraction⁴³⁰, la finalité majeure en étant de permettre à d'autres États de décider s'ils souhaitent ou non demander son extradition à l'État de détention et en outre, de permettre à l'État dont l'auteur présumé est ressortissant de prendre toutes mesures de protection diplomatique ou consulaire convenables⁴³¹.

D. Projet d'article 8. Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire

149. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet d'article suivant :

Projet d'article 8. Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire

1. Tout État qui vient à constater ou à être informé que telle personne se trouvant sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle pourrait avoir commis une infraction visée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5, procède immédiatement à une enquête préliminaire pour établir les faits en cause concernant cette personne.

2. Si les circonstances le justifient, l'État place la personne en détention ou prend toutes autres mesures légales nécessaires pour s'assurer de la présence de celle-ci lors de l'enquête et de toutes procédures pénales, d'extradition ou de remise. Le placement en détention ou toutes autres mesures légales doivent résulter du droit interne dudit État tout en étant conformes au droit international, ne devant être ordonnés que pour une durée raisonnable.

3. L'État informe les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6 des conclusions générales de son enquête préliminaire, des motifs du placement en détention de la personne en cause et s'il entend saisir ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

Chapitre V *Aut dedere aut judicare*

150. Communément appelé principe *aut dedere aut judicare*, l'obligation d'extrader ou de juger qui s'analyse en exigence faite à l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction de poursuivre ce dernier en justice selon son droit

⁴³⁰ Burgers et Danelius, p. 135. Voir aussi Lambert, p. 174 et 175 (citant l'*Annuaire... 1972*, vol. II, p. 346 (d'où il résulte que cette exigence a un double objet, à savoir qu'« il est souhaitable de faire savoir aux États qui procèdent à sa recherche que l'auteur présumé de l'infraction a été découvert », « tout État pour lequel l'infraction commise présente un intérêt particulier [pouvant ainsi] décider s'il entend demander l'extradition et commencer à préparer les documents indispensables et à réunir les preuves nécessaires »).

⁴³¹ Nowak et McArthur, p. 341. Voir aussi Burgers et Danelius, p. 135; et Lambert, p. 183.

internes ou de l'extrader vers tel autre État prêt à l'attraire devant ses propres juridictions, est consacrée par nombre de traités répressifs multilatéraux⁴³².

151. L'Assemblée générale des Nations Unies invoque parfois ledit principe pour engager les États à ne pas donner refuge à des auteurs d'infractions diverses, souvent en relation avec le terrorisme⁴³³. De même, le Conseil de sécurité de l'ONU a visé ce principe plus d'une fois⁴³⁴. Sans être consacrées aux crimes contre l'humanité, certaines de ses résolutions qui invoquent ce principe intéressent des infractions constitutives de crimes contre l'humanité dans certaines circonstances (la disparition forcée par exemple), ou la protection des civils ou du personnel des Nations Unies en temps de conflit armé. La Cour internationale de Justice n'a pas envisagé le principe *aut dedere aut judicare* en tant que règle du droit international coutumier, encore que certains de ses juges s'y soient intéressés à l'occasion d'opinions individuelles⁴³⁵.

152. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) de la CDI, qui définit les crimes contre l'humanité en son article 18, porte, en son article 9, que «[s]ans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20 est découvert extradé ou poursuit ce dernier »⁴³⁶. Il résulte en partie du commentaire de cette disposition ce qui suit :

⁴³² Voir, en général, l'Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » : Étude du Secrétariat (A/CN.4/630). Voir également Bassiouni et Wise.

⁴³³ Voir, par exemple, les résolutions de l'Assemblée générale suivantes : 34/145 du 17 décembre 1979; 38/130 du 19 décembre 1983; 40/61 du 9 décembre 1985; 42/159 du 7 décembre 1987; 44/29 du 4 décembre 1989; 46/51 du 9 décembre 1991; 47/133 du 18 décembre 1992; 49/60 du 9 décembre 1994; 51/210 du 17 décembre 1996; 51/60 du 12 décembre 1996; 54/164 du 17 décembre 1999; et 61/133 du 14 décembre 2006. Voir également les rapports du Secrétaire général A/56/160 du 3 juillet 2001 et A/60/228 du 12 août 2005 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international.

⁴³⁴ Voir, par exemple, les résolutions du Conseil de sécurité suivantes : 1267 (1999) du 15 octobre 1999; 1269 (1999) du 19 octobre 1999; 1333 (2000) du 19 décembre 2000; 1456 (2003) du 20 janvier 2003; 1502 (2003) du 26 août 2003; 1566 (2004) du 8 octobre 2004; 1624 (2005) du 14 septembre 2005; 1674 (2006) du 28 avril 2006; et 1738 (2006) du 23 décembre 2006.

⁴³⁵ Voir *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, p. 24, par. 2 (Déclaration commune des juges Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley : « il n'existe pas en droit international général d'obligation de poursuite à défaut d'extradition »); p. 38, par. 12 (Opinion dissidente de M. Bedjaoui : même arrêt); p. 69 (Opinion dissidente de M. Weeramantry : « Le principe *aut dedere aut judicare* est un aspect important de la souveraineté de l'État sur ses ressortissants et le caractère bien établi de ce principe en droit international coutumier ressort clairement »); p. 82 (Opinion dissidente de M. Ajibola : même arrêt). Voir l'analyse de Bassiouni et Wise, p. 58 à 69. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont reconnu l'importance du principe *aut dedere aut judicare*, s'agissant spécialement de crimes contre l'humanité, sans cependant s'arrêter sur sa valeur de règle du droit international coutumier (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra*, note 302), Opinion individuelle des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, p. 78 et 79, par. 51 et 52).

⁴³⁶ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), p. 32.

2) L'article 9 pose le principe général de l'obligation, pour tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime visé aux articles 17 à 20 de la deuxième partie, d'extrader ou de poursuivre cet individu. [...] Le souci fondamental dont il s'inspire est de faire en sorte que des individus qui sont responsables de crimes particulièrement graves soient traduits en justice et de veiller, pour cela, à ce qu'il y ait une juridiction compétente pour les poursuivre et les punir.

3) L'obligation de poursuivre ou d'extrader est mise à la charge de l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime. L'État de détention est tenu de prendre des mesures pour faire en sorte que ledit individu soit poursuivi soit par ses propres autorités, soit par celles d'un autre État qui, en demandant l'extradition, manifeste qu'il est disposé à engager des poursuites. En raison de la présence de l'auteur présumé du crime sur son territoire, l'État de détention se trouve dans une position exceptionnelle pour garantir la mise en œuvre du code, d'où l'obligation qui lui incombe de prendre les dispositions raisonnables nécessaires pour appréhender l'individu en question et veiller à ce qu'il soit poursuivi et jugé par une juridiction compétente. L'obligation d'extrader ou de poursuivre s'applique à l'État qui détient « l'auteur présumé d'un crime », expression qui doit s'entendre d'une personne contre laquelle existent non pas des allégations sans preuves, mais des indices précis et pertinents.

4) Le niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales ou faire droit à une demande d'extradition diffère selon les législations nationales. L'État de détention serait dans l'obligation de poursuivre l'auteur présumé d'un crime sur son territoire lorsqu'il y aurait suffisamment de preuves pour ce faire au regard de son droit interne, à moins qu'il ne décide de faire droit à une demande d'extradition qu'il aurait reçue d'un autre État. [...]

5) Contrairement au niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales devant les tribunaux nationaux, qui relève du droit interne, celui qui est requis pour faire droit à une demande d'extradition est régi par les divers traités bilatéraux et multilatéraux. [...]

6) L'État de détention a le choix entre deux lignes de conduite, qui doivent l'une et l'autre aboutir à l'ouverture de poursuites contre l'auteur présumé. L'État de détention peut s'acquitter de son obligation soit en donnant une suite favorable à une demande d'extradition présentée par un autre État, soit en soumettant l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale. L'article 9 ne privilégie aucune de ces deux lignes de conduite.

[...]

8) L'article 9 débute par une disposition qui reconnaît la possibilité d'une troisième ligne de conduite par laquelle l'État de détention s'acquitterait de son obligation de garantir que l'auteur présumé qui est découvert sur son territoire sera poursuivi. Il s'agit du transfert de l'intéressé à une cour criminelle internationale pour l'exercice de l'action pénale. L'article 9 ne concerne pas les cas où un État de détention serait en droit ou tenu d'adopter cette ligne d'action puisque ceux-ci seraient déterminés par le statut de la future cour⁴³⁷.

153. Du rapport final de son Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), qui évoque sans l'épuiser la question de savoir si cette obligation existe en droit international coutumier, notamment en présence de crimes contre l'humanité adopté par la CDI en 2004, il ressort ce qui suit :

54) Lorsque la Commission a adopté le projet de code en 1996, la disposition relative à l'obligation d'extrader ou de poursuivre qui y figurait relevait du développement progressif du droit international [...]. Depuis l'achèvement du projet de code, le droit international a pu connaître une évolution qui reflète la pratique des États et l'*opinio juris* dans ce domaine.

55) La Commission relève qu'en 2012, la Cour internationale de Justice a jugé, en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, qu'elle n'était pas compétente pour statuer sur les demandes de la Belgique se rapportant aux manquements présumés du Sénégal à des obligations relevant du droit international coutumier, étant donné qu'au moment du dépôt de la requête belge, le différend qui opposait les Parties ne

⁴³⁷ Ibid., p. 32 et 33.

portait pas sur ces manquements. La Cour n'a donc pas encore eu l'occasion de statuer sur le caractère coutumier ou non de l'obligation d'extrader ou de poursuivre⁴³⁸.

154. La CDI relèvera toutefois que le régime conventionnel existant présentait d'importantes lacunes quant à l'obligation d'extrader ou de poursuivre qu'il pourrait être nécessaire de combler et a notamment relevé l'absence de conventions internationales comportant cette obligation à l'égard de la plupart des crimes contre l'humanité⁴³⁹.

155. On l'a dit au début du présent chapitre, l'obligation *aut dedere aut judicare* est consacrée par nombre d'instruments répressifs multilatéraux. Certains de ceux-ci prescrivent à tout État partie de n'exercer de poursuites que s'il refuse d'extrader l'auteur présumé de l'infraction à la requête d'un autre État partie⁴⁴⁰, d'autres lui faisant obligation de poursuivre toutes les fois que l'auteur présumé se trouve sur son territoire, peu importe qu'un autre État partie ait demandé son extradition⁴⁴¹. Dans l'une et l'autre hypothèses, l'État partie peut satisfaire à l'obligation en acceptant d'extrader l'auteur présumé⁴⁴².

156. Communément appelée « formule de La Haye », la formulation prédominante de la seconde hypothèse qui est la plus usitée en matière conventionnelle résulte de la Convention de La Haye sur la capture illicite d'aéronefs, dont l'article 7 porte ce qui suit :

⁴³⁸ *Annuaire [...] 2014*, vol. II (deuxième partie), par. 65 (visant l'arrêt relatif aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra*, note 98), p. 461, par. 120).

⁴³⁹ *Ibid.* Voir également Akhavan.

⁴⁴⁰ Voir, par exemple, l'article 9 de la Convention internationale pour la répression du faux monnayage (« L'obligation de la poursuite est subordonnée à la condition que l'extradition ait été demandée et que le pays requis ne puisse livrer l'inculpé pour une raison sans rapport avec le fait »). Voir également la Convention pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles, art. 7 et 8; la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, art. 9; la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, art. 9; la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, art. 36, par. 2 a) iv); et la Convention sur les substances psychotropes de 1971, art. 22, par. 2 a) iv).

⁴⁴¹ Voir, par exemple, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, art. 49; la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, art. 50; la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, art. 129; et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 146 : « Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.»

Même si la clause *aut dedere aut judicare* résultant de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre n'a suscité aucune réserve, cette formulation précise n'a guère été retenue par d'autres traités. Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole I) est le seul traité multilatéral à consacrer cette formulation par renvoi (art. 85, par. 1 et 3, et art. 88, par. 2). Voir l'Étude du Secrétariat (*supra*, note 432), p. 22.

⁴⁴² *Ibid.*, par. 126. Voir également l'arrêt relatif aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (*supra*, note 98), p. 422 (Opinion individuelle du juge Yusuf).

L'État contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave conformément aux lois de cet État.

157. Si elle est couramment dite d'extrader ou « de poursuivre », l'obligation édictée par la Convention sur la capture illicite d'aéronefs consiste à « soumettre l'affaire » pour l'exercice de l'action pénale, autrement dit, à saisir le ministère public, qui apprécie l'opportunité des poursuites. Si les autorités compétentes concluent à l'insuffisance de preuve de culpabilité, il n'y a lieu ni à mise en examen, ni à jugement, ni encore à sanction du suspect⁴⁴³. D'après les travaux préparatoires de la Convention, la formule en question consacre « l'obligation d'arrêter l'auteur présumé, la possibilité de l'extrader, l'obligation de saisir les autorités compétentes et la possibilité d'engager des poursuites »⁴⁴⁴.

158. Aucune réserve à la Convention sur la capture illicite d'aéronefs de 1970 ne vise le principe *aut dedere aut judicare*. De plus, la formule de La Haye est reprise dans environ trois quarts des traités multilatéraux intervenus depuis 1970 qui consacrent l'obligation d'extrader ou de poursuivre⁴⁴⁵ nombre desdits traités textuellement ou presque, à de rares ou légères modifications de fond près, les termes de la Convention de 1970, d'autres s'inspirant moins clairement de la formule de La Haye. À titre d'exemple, on citera : la Convention pour la répression

⁴⁴³ Voir l'Étude du Secrétariat (*supra*, note 432), p. 74 et 75, par. 147.

⁴⁴⁴ Déclaration du Président, Gilbert Guillaume (France), Comité juridique de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), *Procès-verbaux et documents relatifs à la capture illicite d'aéronefs* (Doc. 8877/LC/161), par. 15, 13^e séance (3 mars 1970), dix-septième session (Montréal, du 9 février au 11 mars 1970).

⁴⁴⁵ Voir l'Étude du Secrétariat (*supra*, note 432), p. 41 à 43, par. 108. Au nombre de ces traités, on citera (par ordre chronologique) : la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (1971), art. 7; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (1973), art. 7; la Convention internationale contre la prise d'otages (1979), art. 8; la Convention sur la protection physique des matières nucléaires (1979), art. 10; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), art. 7; le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (1988), art. III; la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, art. 10, par. 1; la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988), art. 6, par. 9; la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (1989), art. 13; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (1994), art. 14; la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (1997), art. 10, par. 3; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997), art. 8; le deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1999), art. 1, par. 1; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999), art. 10, par. 1; 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 (2000), art. 5, par. 5; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000), art. 16, par. 10; la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 11; la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, art. 11; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006), art. 11.

d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile⁴⁴⁶; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁴⁴⁷; la Convention internationale contre la prise d'otages⁴⁴⁸; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴⁴⁹; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁴⁵⁰; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁴⁵¹; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme⁴⁵²; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁴⁵³; la

⁴⁴⁶ Art. 7 (« L'État contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'une des infractions est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave conformément aux lois de cet État. »).

⁴⁴⁷ Art. 7 (« L'État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et sans retard injustifié, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, selon une procédure conforme à la législation de cet État. »).

⁴⁴⁸ Art. 8, par. 1 (« L'État Partie sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception, et que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à la législation de cet État. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de nature grave conformément aux lois de cet État. »).

⁴⁴⁹ Art. 7 (« 1. L'État Partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. 2. 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. »).

⁴⁵⁰ Art. 14 (« L'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et sans retard indu, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à sa législation. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de nature grave conformément à la législation de cet État. »).

⁴⁵¹ Art. 8, par. 1 (« Dans les cas où les dispositions de l'article 6 sont applicables, l'État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction est tenu, s'il ne l'extrade pas, de soumettre l'affaire, sans retard excessif et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à la législation de cet État. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction de caractère grave conformément aux lois de cet État. »).

⁴⁵² Art. 10, par. 1 (« Dans les cas où les dispositions de l'article 7 sont applicables, l'État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction est tenu, s'il ne l'extrade pas, de soumettre l'affaire, sans retard excessif et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour qu'elles engagent des poursuites pénales selon la procédure prévue par sa législation. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction de caractère grave conformément aux lois de cet État. »).

⁴⁵³ Art. 16, par. 10 (« Un État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'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

Convention des Nations Unies contre la corruption⁴⁵⁴, la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire⁴⁵⁵, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁴⁵⁶; et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme⁴⁵⁷.

159. La formule de La Haye trouve également place dans nombre de conventions régionales⁴⁵⁸. En fait, la Convention sur la capture illicite d'aéronefs est calquée sur

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. »).

⁴⁵⁴ Art. 44, par. 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. »).

⁴⁵⁵ Art. 11, par. 1 (« Dans les cas où les dispositions de l'article 9 sont applicables, l'État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction est tenu, s'il ne l'extrade pas, de soumettre l'affaire, sans retard excessif et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à la législation de cet État. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave au regard des lois de cet État. »).

⁴⁵⁶ Art. 11 (1. L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'un crime de disparition forcée est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, ou ne le remet pas à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence, soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. 2. 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. »).

⁴⁵⁷ Art. XIII, par. 1 (« Dans les cas où les dispositions de l'article VII sont applicables, l'État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction est tenu, s'il n'extrade pas ce dernier, de soumettre l'affaire, sans retard excessif et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à son droit interne. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave au regard des lois de cet État. »).

⁴⁵⁸ Voir l'Étude du Secrétariat (*supra*, note 432), p. 41 à 43, par. 108. Au nombre de ces conventions, on retiendra notamment (par ordre chronologique) : la Convention pour la prévention et la répression des actes de terrorisme prenant la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (1971), art. 5; la Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977), art. 8 et 9, par. 2 et 3; la Convention européenne pour la répression du terrorisme (1988), art. 7; la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (1985), art. 14; la Convention régionale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) sur la répression du terrorisme (1987), art. 4; la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (1994), art. 6; la Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs (1994), art. 9; la Convention interaméricaine contre la corruption (1996), art. XIII, par. 6; la Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes (1997), art. XIX, par. 6; la Convention arabe sur la répression du

la Convention européenne d'extradition de 1957 [art. 6, par. 1 d)]⁴⁵⁹, laquelle a été ratifiée par 50 États, dont tous les États membres du Conseil de l'Europe, ainsi que trois États non européens (Afrique du Sud, Israël et République de Corée).

160. S'étant intéressée à la formule de La Haye au regard de l'article 7 de la Convention contre la torture à l'occasion de l'affaire dite des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la CIJ fera observer ce qui suit :

90. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention, le paragraphe 1 de l'article 7 s'inspire d'une disposition similaire contenue dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970. L'obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (ci-après l'« obligation de poursuivre ») a été conçue de manière à laisser à celles-ci le soin de décider s'il y a lieu ou non d'engager des poursuites, dans le respect de l'indépendance du système judiciaire respectif des États parties. Les deux conventions précitées soulignent d'ailleurs que 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 (par. 2 de l'article 7 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et article 7 de la Convention sur la capture illicite d'aéronefs). Il en découle que les autorités compétentes saisies gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, en fonction des preuves à leur disposition et des règles pertinentes de la procédure pénale.

91. L'obligation de poursuivre prévue au paragraphe 1 de l'article 7 est normalement mise en œuvre, dans le contexte de la Convention contre la torture, après que l'État s'est acquitté des autres obligations prévues dans les articles précédents, qui lui imposent d'adopter une législation adéquate pour incriminer la torture, de conférer à ses tribunaux une compétence universelle en la matière et d'effectuer une enquête pour établir les faits. Ces obligations, dans leur ensemble, peuvent être considérées comme des éléments d'un même dispositif conventionnel visant à éviter que les suspects ne puissent échapper à la mise en jeu, s'il y a lieu, de leur responsabilité pénale. [...]

[...]

94. La Cour considère que le paragraphe 1 de l'article 7 impose à l'État concerné l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, indépendamment de l'existence, au préalable, d'une demande d'extradition à l'encontre du suspect. C'est pour cela que le paragraphe 2 de l'article 6 oblige l'État à procéder immédiatement à une enquête préliminaire, aussitôt que le suspect se trouve sur son territoire. L'obligation de saisine des autorités compétentes, en vertu du paragraphe 1 de l'article 7, peut déboucher ou non sur l'engagement de poursuites en fonction de l'appréciation par celles-ci des éléments de preuve à leur disposition, relatifs aux charges qui pèsent sur le suspect.

95. En revanche, si l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la Convention, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d'extradition. Il en résulte

terrorisme (1998), art. 6; la Convention pénale sur la corruption (1999), art. 27, par. 5; la Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international (1999), art. 6; la Convention sur la cybercriminalité (2001), art. 24, par. 6; la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (2003), art. 15, par. 6; la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (2005), art. 18; la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005), art. 31, par. 3; et la Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la lutte contre le terrorisme (2007), art. 13(1).

⁴⁵⁹ Comité juridique de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Procès-verbaux et documents relatifs à la capture illicite d'aéronefs (Document 8877/LC/161), 13^e séance (3 mars 1970), dix-septième session (Montréal, du 9 février au 11 mars 1970), p. 69, par. 33; Guillaume, p. 354 et 368.

que le choix entre l'extradition et l'engagement des poursuites, en vertu de la Convention, ne revient pas à mettre les deux éléments de l'alternative sur le même plan. En effet, l'extradition est une option offerte par la Convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la Convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite.

[...]

114. Le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention ne contient aucune indication quant aux délais d'exécution de l'obligation qu'il prévoit, mais le texte implique nécessairement que celle-ci doit s'appliquer dans un délai raisonnable, de façon compatible avec l'objet et le but de la Convention.

115. La Cour considère que l'obligation de l'État de poursuivre, prévue au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention, est destinée à permettre la réalisation de l'objet et du but de celle-ci, qui est « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture » (préambule de la Convention). C'est pour cela que les poursuites doivent être engagées sans retard.

[...]

120. Ces dispositions conventionnelles visent à éviter l'impunité des auteurs présumés d'actes de torture, en faisant en sorte qu'ils ne puissent pas trouver refuge auprès de l'un quelconque des États parties. L'État sur le territoire duquel se trouve le suspect a certes la possibilité d'extrader ce dernier vers un pays qui en a fait la demande, mais à condition que ce soit vers l'un des États prévus à l'article 5 de la Convention, qui est compétent, à un titre ou à un autre, pour le poursuivre et le juger⁴⁶⁰.

161. La Cour dira en outre que ne pouvaient justifier le non-respect de ces obligations : divers facteurs invoqués dont les difficultés financières rencontrées par l'État⁴⁶¹; la saisine d'une organisation régionale⁴⁶²; des problèmes d'applicabilité au regard du droit interne de l'État⁴⁶³.

162. La faculté reconnue à l'État partie de s'acquitter de ses obligations en remettant l'auteur présumé de l'infraction à toute juridiction internationale (parfois dite « troisième voie » ou élément de la « triple alternative ») s'est offerte ces dernières années, spécialement à la faveur de la création de la Cour pénale internationale et d'autres juridictions internationales et spéciales⁴⁶⁴. Il résulte ainsi du paragraphe 1 de l'article 11 de la Convention internationale sur les disparitions forcées que :

L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'un crime de disparition forcée est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, ou ne le remet pas à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence, soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

163. L'expression « juridiction pénale internationale » s'entend ici non seulement de la Cour pénale internationale, mais aussi des tribunaux pénaux internationaux ad hoc et tribunaux spéciaux, à compétence mixte (droit interne et du droit international)⁴⁶⁵. La précision « dont il a reconnu la compétence » peut sembler inutile, même si elle vient signifier implicitement que tous les États n'ont pas

⁴⁶⁰ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra*, note 98), p. 454 à 461, par. 90, 91, 94, 95, 114, 115 et 120.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 460, par. 112.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 460, par. 113.

⁴⁶⁴ *Annuaire [...] 2014*, vol. II (première partie), A/CN.4/680, par. 27.

⁴⁶⁵ Voir *Annuaire [...] 2014*, vol. II (deuxième partie), par. 35; Scovazzi et Citroni, p. 303.

accepté la compétence des mêmes tribunaux pénaux internationaux et, par suite, que la faculté de remettre l'auteur de l'infraction auxdits n'est pas ouverte à tout État.

164. La plupart des instruments qui consacrent la formule de La Haye comportent également une clause à l'effet que « les autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu de la législation de l'État partie »⁴⁶⁶, l'objet en étant d'empêcher tout État d'exploiter telle situation à des fins politiques pour ainsi exercer des poursuites fondées sur de fausses accusations ou des preuves forgées de toutes pièces, ce qui risquerait de susciter des tensions entre États⁴⁶⁷. Ainsi, « trouvent application les procédures ordinaires applicables en présence d'infractions graves, en cas de procédures d'extradition et de poursuites pénales), et les règles de preuve usuelles »⁴⁶⁸.

165. La Convention contre la torture et la Convention internationale sur les disparitions forcées consacrent en outre cette disposition, qui veut que, dans les cas où l'État partie tire compétence de la seule présence de l'auteur présumé de l'infraction sur son sol, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles applicables dans d'autres États ayant compétence (territoriale ou nationale par exemple). Il s'agit par cette disposition de prévenir que l'auteur présumé de l'infraction soit poursuivi par tout État tiers se prévalant de preuves insuffisantes ou mal fondées. Selon une partie de la doctrine, s'il ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants et si l'État de nationalité ou l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise ne peut ou ne veut produire les éléments de preuve nécessaires, l'État tiers doit extraditer l'auteur présumé de l'infraction, si possible vers toute juridiction disposant d'éléments de preuve, ou surseoir à toute action afin de négocier une solution avec les États concernés⁴⁶⁹. Toutefois, la difficulté d'ordre pratique inhérente à cette obligation tient en ceci qu'elle part du principe que les procureurs et juges de tout État partie peuvent aisément déterminer et appliquer les règles de preuve gouvernant les poursuites et la condamnation en vigueur dans d'autres États parties compétents.

Projet d'article 9. Principe *aut dedere aut judicare*

166. Comme il est dit plus haut, la CDI a fait observer en 2014 « que le régime conventionnel existant présent[ait] d'importantes lacunes quant à l'obligation d'extrader ou de poursuivre qu'il pourrait être nécessaire de combler, [relevant] notamment l'absence de conventions internationales comportant cette obligation à l'égard de la plupart des crimes contre l'humanité⁴⁷⁰ ». Aussi rappellera-t-elle également avoir inscrit ce sujet à son programme de travail, « dans le cadre duquel il est envisagé d'élaborer un nouvel instrument dont l'un des éléments serait une obligation d'extrader ou de poursuivre les auteurs de crimes de cette nature⁴⁷¹ ». Elle recommandera « que les États tiennent compte de [la] formule [de La Haye] s'ils envisagent de combler les lacunes du régime conventionnel existant⁴⁷² ». Enfin,

⁴⁶⁶ Voir *supra*, notes 446 à 457.

⁴⁶⁷ Nowak et McArthur, p. 365.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 366, citation de Burgers et Danelius, p. 138.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁷⁰ *Annuaire ... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 14; voir également *ibid.*, par. 31.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*

elle retiendra comme élément essentiel de toute formule contemporaine relative à l'obligation *aut dedere aut judicare*, une disposition consacrant la « troisième option » (c'est-à-dire, la possibilité pour tout État de s'acquitter de ladite obligation en remettant le suspect à une juridiction pénale internationale compétente), faisant référence à cet égard au paragraphe 1 de l'article 11 de la Convention sur les disparitions forcées⁴⁷³.

167. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet d'article suivant :

Projet d'article 9. Principe aut dedere aut judicare

1. L'État qui exerce sa juridiction ou son contrôle sur tout territoire sur lequel se trouve l'auteur présumé de toute infraction visée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 saisit ses autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale, à moins qu'il ne l'extrade ou ne le remette à tout autre État ou toute juridiction pénale internationale compétente.

2. Si l'État saisit ses autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale, celles-ci apprécient l'opportunité et la nature de toutes poursuites, dans les mêmes conditions qu'en présence de toute grave infraction de droit commun au regard de la loi dudit État.

Chapitre VI

Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

168. Dans tous États la loi organise, à des degrés divers, des garanties ou protections en faveur de quiconque est l'objet d'enquête, de détention, de jugement et de sanction du chef de toute infraction pénale. Ces garanties et protections qui peuvent être consacrées par la constitution, un texte de loi, un règlement administratif ou la jurisprudence, peuvent en outre résulter d'une codification détaillée, ou d'une énonciation générale prescrivant la « traitement équitable », le « respect des droits de la défense ou de la légalité », des « garanties judiciaires » ou « l'égalité de la loi ». Ces garanties et protections sont éminemment importantes, le but étant d'empêcher l'État d'exercer irrégulièrement l'extraordinaire pouvoir de sa justice pénale contre tout suspect, en sauvegardant notamment la faculté qui appartient à ce dernier de contester toutes allégations portées contre lui par le Ministère public devant un tribunal indépendant (pourvoyant ainsi à l'« égalité des armes »).

169. Ces protections sont désormais bien reconnues en droit international pénal et droit international des droits de l'homme⁴⁷⁴. Dans leur énonciation la plus générale, elles sont consacrées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme qui porte en son article 10 que « [t]oute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et

⁴⁷³ Ibid., par. 34 à 36.

⁴⁷⁴ Doswald-Beck (« Le droit à un procès équitable s'est imposé, depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme [...] comme l'un des piliers fondamentaux du droit international venant garantir toute protection contre tout traitement arbitraire. »)

impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle⁴⁷⁵ » et en son article 11 que, « [t]oute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées » et que « [n]ul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis⁴⁷⁶ ».

170. La principale disposition de caractère universel consacrée à ces garanties résulte de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui énumère une série de droits, à savoir que : 1) tous sont égaux devant les tribunaux et cours de justice; 2) toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi; 3) le huis clos ne peut être prononcé pendant le procès que pour des raisons précises; 4) tout jugement rendu en matière pénale sera public, sauf dans un nombre très réduit de cas; 5) toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie; 6) elle doit être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle; 7) elle doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et a droit à communiquer avec le conseil de son choix; 8) elle doit être jugée sans retard excessif; 9) elle a droit à être présente à son procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (et à être informée de ce droit et à se voir attribuer d'office un défenseur si l'intérêt de la justice l'exige); 10) elle peut interroger ou faire interroger les témoins à charge; 11) elle peut se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience; 12) elle ne peut pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable; 13) la procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation; 14) toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi; et 15) nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif (règle *ne bis in idem*, « pas deux fois la même chose », qui interdit de juger deux fois pour les mêmes faits). À l'évidence, l'article 14 du Pacte a pour objet de garantir la bonne administration de la justice vis-à-vis de tout accusé⁴⁷⁷.

171. D'une manière générale, les instruments venant édicter des règles et normes à l'intention de toute juridiction internationale reprennent assez fidèlement celles qui résultent de l'article 14 du Pacte, cependant que les textes internes posent d'ordinaire un principe général censé reconnaître et englober les règles mêmes de l'article 14.

⁴⁷⁵ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale du 10 décembre 1948. Voir également Lehtimaja et Pellonpää.

⁴⁷⁶ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale du 10 décembre 1948.

⁴⁷⁷ Observation générale n° 32 du Comité des droits de l'homme (CCPR/C/GC/32).

172. Le Statut du Tribunal de Nuremberg consacre un article intitulé « Procès équitable des accusés » notamment à la clarté de l'acte d'accusation, à la langue gouvernant l'instance, au droit à un avocat et au droit de la défense d'avoir accès aux éléments de preuve (art. 16). Le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1954) de la CDI⁴⁷⁸ est muet sur les garanties à accorder à l'accusé. Toutefois, son projet de code de 1996 énumère en son article 11 plusieurs protections à accorder à toute personne accusée de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité⁴⁷⁹. Le commentaire de l'article 11 s'arrête spécialement sur le Projet de code de 1954 qui « ne prévoyait pas les procédures à suivre aux fins des enquêtes concernant les crimes qu'il réprimait et des poursuites engagées contre leurs auteurs présumés » se voulant « un texte de droit pénal de fond destiné à être appliqué par les tribunaux nationaux ou, le cas échéant, par un tribunal pénal international, conformément à leurs propres règles de procédure pénale⁴⁸⁰ ». S'agissant toutefois du Projet de code de 1996, la CDI a :

estimé qu'un instrument à vocation universelle, comme le présent code, devait respecter les normes internationales relatives aux droits de la défense et aux garanties d'un procès équitable consacrés à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les dispositions essentielles de l'article 14 du Pacte sont donc reproduites à l'article 11 afin que les personnes jugées par une juridiction nationale ou internationale pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité visé dans le code bénéficient des garanties judiciaires fondamentales énoncées dans le Pacte⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 151 et 152.

⁴⁷⁹ L'article 11 porte ce qui suit :

« *Garanties judiciaires*

1. Tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie et a droit sans discrimination aux garanties minimales reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits et il a droit à :

- a) Ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, régulièrement établi par la loi et qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre lui;
- b) Être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui;
- c) Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer avec le conseil de son choix;
- d) Être jugé sans retard excessif;
- e) Être présent au procès et se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; s'il n'a pas de défenseur, être informé de son droit d'en avoir un, et se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, s'il n'a pas les moyens de le rémunérer;
- f) Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
- g) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;
- h) Ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable.

2. Tout individu déclaré coupable d'un crime a le droit de faire réexaminer la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi. » Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *supra*, note 134), p. 34 à 37.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 35, par. 1 du commentaire du projet d'article 11.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 35, par. 6 du commentaire du projet d'article 11.

173. Les instruments régissant le TPYI⁴⁸², le TPIR⁴⁸³, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone⁴⁸⁴, le Tribunal spécial pour le Liban⁴⁸⁵, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental⁴⁸⁶, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens⁴⁸⁷, la Cour pénale suprême d'Iraq⁴⁸⁸ et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises⁴⁸⁹ consacrent diverses dispositions aux garanties et protections à accorder à tout accusé. S'agissant de la Cour pénale internationale, le Statut de Rome consacre les principes *nullum crimen sine lege* (art. 22) et *nulla poena sine lege* (art. 23), l'incompétence à l'égard des personnes de moins de 18 ans (art. 26), les droits de la personne dans le cadre de toute enquête (art. 55), la tenue du procès en présence de l'accusé (art. 63), la présomption d'innocence (art. 66) et les droits de l'accusé (art. 67), la liste très détaillée des garanties et protections accordées à l'accusé résultant de ce dernier article rappelant celle de l'article 14 du Pacte⁴⁹⁰.

174. En revanche, la plupart des traités portant répression de crimes ou de spécifiques violations des droits de l'homme en droit interne, comme la torture, loin de reprendre cette longue énumération de garanties et protections à accorder à l'accusé, édictent une obligation générale de protection de l'accusé, essentiellement par renvoi, aux garanties spécifiées par d'autres instruments ou par le droit international coutumier. On en trouve un bon exemple dans la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, dont l'article 17 (Traitement équitable) se lit comme suit :

1. Toute personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites à raison de l'une des infractions visées à l'article 9 doit bénéficier d'un traitement et d'un procès équitables et de la pleine protection de ses droits à tous les stades de l'enquête ou des poursuites.

2. L'auteur présumé de l'infraction est en droit :

a) De communiquer sans retard avec le représentant approprié le plus proche de l'État ou des États dont il est ressortissant ou qui sont autrement habilités à protéger ses droits ou, s'il est apatride, de l'État qui, sur demande de l'intéressé, est disposé à protéger ses droits; et

b) De recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États.

175. Nous envisagerons ci-après les exigences de traitement équitable, d'équité du procès, de protection des droits de l'homme en général et le droit de tout accusé de communiquer avec son État de nationalité ou tout autre État intéressé.

⁴⁸² Statut actualisé du TPYI (voir *supra*, note 99), art. 21.

⁴⁸³ Statut du TPIR (voir *supra*, note 100), art. 20.

⁴⁸⁴ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 17.

⁴⁸⁵ Statut du Tribunal spécial pour le Liban (voir *supra*, note 170), art. 16.

⁴⁸⁶ UNTAET/REG/2000/15 (voir *supra*, note 102), sect. 12 et 13.

⁴⁸⁷ Loi relative à la création des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique (voir *supra*, note 103), art. 33 nouveau à 35 nouveau.

⁴⁸⁸ Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra*, note 104), art. 20.

⁴⁸⁹ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 (voir *supra*, note 105), art. 21.

⁴⁹⁰ Voir, par exemple, Zappalà, p. 1325; et Schabas, « Article 67 », p. 845 à 868.

A. Traitement équitable

176. Comme nous venons de le voir, loin de reprendre la longue liste des garanties à accorder à l'accusé, la plupart des traités portant répression de crimes ou de violations spécifiques des droits de l'homme en droit interne consacrent une obligation générale de protection, qui s'analyse souvent en exigence faite à l'État d'accorder un « traitement équitable » à l'auteur présumé de l'infraction à tous les stades de la procédure.

177. On retrouve cette exigence de « traitement équitable » notamment dans la Convention sur les personnes internationalement protégées⁴⁹¹; la Convention internationale contre la prise d'otages⁴⁹²; la Convention contre la torture⁴⁹³; la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime⁴⁹⁴; la Convention relative aux droits de l'enfant⁴⁹⁵; la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires⁴⁹⁶; la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif⁴⁹⁷; le Deuxième Protocole à la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de

⁴⁹¹ Art. 9 (« Toute personne contre laquelle une procédure est engagée en raison d'une des infractions prévues à l'article 2 jouit de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. »)

⁴⁹² Art. 8, par. 2 (« Toute personne contre laquelle une procédure est engagée en raison d'une des infractions prévues à l'article premier jouit de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure, y compris la jouissance de tous les droits et garanties prévus par la loi de l'État sur le territoire duquel elle se trouve. »)

⁴⁹³ Art. 7, par. 3 (« Toute personne poursuivie pour l'une quelconque des infractions visées à l'article 4 bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. »)

⁴⁹⁴ Art. 10, par. 2 (« Toute personne contre laquelle une procédure est engagée en raison d'une des infractions prévues à l'article 3 jouit de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure, y compris la jouissance de tous les droits et garanties prévus pour une telle procédure par les lois de l'État sur le territoire duquel elle se trouve. »)

⁴⁹⁵ Art. 40, par. 2, al. b (« [T]out enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale [a] au moins le droit aux garanties suivantes : [...] iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux. »)

⁴⁹⁶ Art. 11 (« Toute personne contre laquelle une action est intentée pour l'une quelconque des infractions définies dans la présente Convention bénéficie, à tous les stades de la procédure, de la garantie d'un traitement équitable et de tous les droits et garanties prévus par le droit de l'État intéressé. Les normes applicables du droit international devraient être prises en compte. »)

⁴⁹⁷ Art. 14 (« Toute personne placée en détention ou contre laquelle toute autre mesure est prise ou une procédure est engagée en vertu de la présente Convention se voit garantir un traitement équitable et tous les droits et garanties conformes à la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et aux dispositions applicables du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme. »)

conflit armé⁴⁹⁸; la Convention sur le financement du terrorisme⁴⁹⁹; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁵⁰⁰; la Convention des Nations Unies contre la corruption⁵⁰¹; la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire⁵⁰²; la Convention sur les disparitions forcées⁵⁰³; et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme⁵⁰⁴.

178. Encore que ces conventions ne précisent pas le sens de la notion de « traitement équitable⁵⁰⁵ », on considère que l'expression englobe les droits qui appartiennent en propre à l'accusé tels ceux qu'il tire de l'article 14 du Pacte. Ainsi, en rédigeant l'article 8 du 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, la CDI dira que l'expression « traitement équitable à tous les stades de la procédure » est « censée englober toutes les garanties généralement accordées à une personne détenue ou accusée », et qu'« un exemple de garanties de ce genre figure à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »⁵⁰⁶. Elle ajoutera avoir préféré « l'expression

⁴⁹⁸ Art. 17, par. 2 (« Sans préjudice, le cas échéant, des règles pertinentes du droit international, toute personne à l'égard de laquelle une procédure est engagée en vertu de la Convention ou du présent Protocole bénéficie de la garantie d'un traitement et d'un procès équitables, à toutes les phases de la procédure, conformément au droit interne et au droit international, et en aucun cas ne bénéficie de garanties moins favorables que celles qui lui sont reconnues par le droit international. »)

⁴⁹⁹ Art. 17 (« Toute personne placée en détention ou contre laquelle toute autre mesure est prise ou procédure engagée en vertu de la présente Convention se voit garantir un traitement équitable et, en particulier, jouit de tous les droits et bénéficie de toutes les garanties prévus par la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et les dispositions applicables du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme. »)

⁵⁰⁰ Art. 16, par. 13 (« 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. »)

⁵⁰¹ Art. 44, par. 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. »)

⁵⁰² Art. 12 (« Toute personne placée en détention ou contre laquelle toute autre mesure est prise ou une procédure est engagée en vertu de la présente Convention se voit garantir un traitement équitable et tous les droits et garanties conformes à la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et aux dispositions applicables du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme. »)

⁵⁰³ Art. 11, par. 3 (« Toute personne poursuivie en relation avec un crime de disparition forcée bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. Toute personne jugée pour un crime de disparition forcée bénéficie d'un procès équitable devant une cour ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi. »)

⁵⁰⁴ Art. VIII, par. 1 (« Toute personne placée en détention ou contre laquelle toute autre mesure est prise ou procédure engagée en vertu de la présente Convention se voit garantir un traitement équitable et tous les droits et garanties conformes à la législation de la Partie sur le territoire de laquelle elle se trouve et aux dispositions applicables du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme. »)

⁵⁰⁵ Lambert, p. 204.

⁵⁰⁶ 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, *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 348 et 349, projet d'article 8 et commentaire y relatif. Voir également Costello, p. 492 (« Si une personne est accusée d'avoir commis une infraction visée dans la [Convention sur les personnes internationalement protégées] et qu'il est porté atteinte à ses droits tels qu'ils

“traitement équitable” à des expressions plus usuelles telles que “droits de la défense”, “procédure équitable” ou “procès équitable” qui pourraient être interprétées dans un sens strictement technique⁵⁰⁷ ». Enfin, elle précisera également que la formulation « tous les stades de la procédure » est « destinée à sauvegarder les droits de l’auteur présumé de l’infraction à partir du moment où il est découvert et où des mesures sont prises pour que sa présence soit assurée jusqu’à ce qu’une décision définitive intervienne sur l’affaire⁵⁰⁸ ».

179. Viser généralement l’exigence de « traitement équitable » et non tels ou tels droits précis c’est faire l’économie de l’énumération exhaustive des droits que toute personne tient du droit international des droits de l’homme et s’interdire d’en méconnaître par inadvertance. Par exemple, il ressort des travaux préparatoires de la Convention contre la torture que c’est pourquoi les rédacteurs ont rejeté la proposition des Pays-Bas tendant à accorder à l’auteur présumé d’actes de torture les « garanties d’un procès juste et équitable », plus restrictive, au profit de la plus extensive formulation « traitement équitable à tous les stades de la procédure », proposée par la Suède⁵⁰⁹. D’après les travaux préparatoires, cette formulation plus générale couvrirait toutes les obligations attachées à un procès équitable énoncées à l’article 14 du Pacte et garantirait la protection de l’accusé tant pendant la phase préliminaire de l’affaire que pendant le procès⁵¹⁰. Les rédacteurs de la Convention sur les disparitions forcées retiendront de même la solution du « traitement équitable » pour les besoins de l’article de la Convention consacré aux droits de l’accusé, ici encore de peur d’en méconnaître certains⁵¹¹.

B. Procès équitable

180. On s’accorde généralement à considérer que la notion de « traitement équitable » englobe le droit à un procès équitable. Comme on le verra ci-après, cependant, ce droit étant jugé cardinal, on prendra le soin de distinguer dans certains traités répressifs entre droit à un « traitement équitable » et droit à un « procès équitable ».

181. En droit interne, toute personne accusée de crime bénéficie, entre autres garanties, du droit à un procès équitable⁵¹², droit également consacré par l’article 10

sont définis à l’article 14 du Pacte international [relatif aux droits civils et politiques], un État contractant pourrait faire valoir qu’un État a violé ses obligations au titre de l’article 9 de cette Convention »).

⁵⁰⁷ *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 348.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ Nowak et McArthur, p. 366 et 367.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 367 (« La personne soupçonnée d’avoir commis des actes de torture doit bénéficier de toutes les garanties d’un procès équitable, telles que les prévoit l’article 14 » du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

⁵¹¹ Voir, par exemple, 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. 91.

⁵¹² Voir, en général, Weissbrodt et Wolfrum. Voir également la base de données du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, « Practice relating to Rule 100. Fair trial guarantees », disponible sur : www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule100 (on y trouve des extraits de la législation nationale des pays suivants : Afghanistan, Afrique du Sud,

de la Déclaration universelle des droits de l'homme, aux termes duquel « [t]oute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »⁵¹³. On trouve des dispositions équivalentes dans des textes régionaux intéressant les droits de l'homme, dont la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme⁵¹⁴, la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam⁵¹⁵ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵¹⁶.

182. Ce droit résulte également du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui porte notamment que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi » et dans des traités régionaux relatifs aux droits de l'homme, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵¹⁷, la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica)

Allemagne, Argentine, Arménie, Australie, Azerbaïdjan, Bangladesh, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Bulgarie, Burundi, Cambodge, Canada, Chine, Chypre, Colombie, Congo, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Finlande, France, Géorgie, Hongrie, îles Cook, Inde, Iraq, Irlande, Israël, Jordanie, Kenya, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Malawi, Mali, Maurice, Nicaragua, Niger, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Pays-Bas, Pérou, Pologne, République de Corée, République démocratique du Congo, République de Moldova, Roumanie, Royaume-Uni, Rwanda, Sénégal, Serbie, Seychelles, Singapour, Slovénie, Somalie, Sri Lanka, Soudan, Tadjikistan, Thaïlande, Uruguay, Vanuatu, Venezuela (République bolivarienne du), Yougoslavie et Zimbabwe).

⁵¹³ Résolution 217 A (III) adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1948.

⁵¹⁴ Adoptée à la neuvième Conférence internationale des États américains, à Bogota en 1948, art. XVIII (« Droit à la justice : toute personne peut recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits. De même, il doit exister une procédure simple et rapide qui permette à la justice de la protéger contre les actes de l'autorité violant, à son préjudice, certains droits fondamentaux reconnus par la constitution. ») et art. XXVI (« Droit au procès régulier : tout accusé est considéré innocent jusqu'au moment où sa culpabilité est prouvée. Toute personne accusée de délit a le droit de se faire entendre en audience impartiale et publique, d'être jugée par des tribunaux antérieurement établis en vertu des lois déjà existantes, et à ne pas se voir condamner à des peines cruelles, dégradantes ou inusitées »), disponible sur : <https://www.cidh.oas.org/basicos/french/b.declaration.htm>.

⁵¹⁵ Adoptée à la Conférence islamique des ministres des affaires étrangères, tenue au Caire du 31 juillet au 5 août 1990. Il en existe une traduction française dans la note du Secrétariat sur l'état d'avancement des publications, des études et de la documentation à établir pour la Conférence mondiale, Additif, Contribution de l'Organisation de la Conférence islamique (A/CONF.157/PC/62/Add.18). L'article 19, al. e), énonce : « Le prévenu est présumé innocent tant que sa culpabilité n'est pas établie par un procès équitable lui assurant toutes les garanties pour sa défense »)

⁵¹⁶ Art. 47 (« Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial : toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi »).

⁵¹⁷ Art. 6 (Droit à un procès équitable). Pour une analyse du droit à un procès équitable prévu par la Convention, voir Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Golder c. Royaume-Uni*, requête n° 4451/70, arrêt, 21 février 1975, par. 28.

(art. 8), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7) et la Charte arabe des droits de l'homme⁵¹⁸.

183. De l'avis du Comité des droits de l'homme, le droit à un procès équitable constitue « un élément clef de la protection des droits de l'homme » et « un moyen de procédure pour préserver la primauté du droit »⁵¹⁹. Il déclarera notamment dans son observation générale n° 32 de 2007 ce qui suit :

18. Le terme « tribunal », au paragraphe 1 de l'article 14, désigne un organe, quelle que soit sa dénomination, qui est établi par la loi, qui est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ou, dans une affaire donnée, qui statue en toute indépendance sur des questions juridiques dans le cadre de procédures à caractère judiciaire. La deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 14 garantit l'accès à un tribunal à toute personne qui fait l'objet d'une accusation en matière pénale. Ce droit ne souffre pas de restrictions et toute condamnation pénale prononcée par un organe autre qu'un tribunal est incompatible avec la disposition en question [...]

19. La garantie de compétence, d'indépendance et d'impartialité du tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 14 est un droit absolu qui ne souffre aucune exception. La garantie d'indépendance porte, en particulier, sur la procédure de nomination des juges, les qualifications qui leur sont demandées et leur inamovibilité jusqu'à l'âge obligatoire de départ à la retraite ou l'expiration de leur mandat pour autant que des dispositions existent à cet égard; les conditions régissant l'avancement, les mutations, les suspensions et la cessation de fonctions; et l'indépendance effective des juridictions de toute intervention politique de l'exécutif et du législatif. Les États doivent prendre des mesures garantissant expressément l'indépendance du pouvoir judiciaire et protégeant les juges de toute forme d'ingérence politique dans leurs décisions par le biais de la Constitution ou par l'adoption de lois qui fixent des procédures claires et des critères objectifs en ce qui concerne la nomination, la rémunération, la durée du mandat, l'avancement, la suspension et la révocation des magistrats, ainsi que les mesures disciplinaires dont ils peuvent faire l'objet.

[...]

21. L'exigence d'impartialité comprend deux aspects. Premièrement, les juges ne doivent pas laisser des partis pris ou des préjugés personnels influencer leur jugement ni nourrir d'idées préconçues au sujet de l'affaire dont ils sont saisis, ni agir de manière à favoriser indûment les intérêts de l'une des parties au détriment de l'autre. Deuxièmement, le tribunal doit aussi donner une impression d'impartialité à un observateur raisonnable. Ainsi, un procès sérieusement entaché par la participation d'un juge qui, selon le droit interne, aurait dû être écarté, ne peut pas normalement être considéré comme un procès impartial.

[...]

25. La notion de procès équitable inclut la garantie d'un procès équitable et public. L'équité des procédures implique l'absence de toute influence, pression, intimidation ou ingérence, directe ou indirecte, de qui que ce soit et pour quelque motif que ce soit. Un procès n'est pas équitable si, par exemple, le tribunal ne contrôle pas les manifestations d'hostilité du public à l'égard de l'accusé dans la salle d'audience ou de soutien à l'une des parties qui portent atteinte aux droits de la défense ou d'autres manifestations d'hostilité avec des effets similaires.

[...]

⁵¹⁸ Adoptée à Tunis en mai 2004, au 16^e Sommet de la Ligue des États arabes (on en trouve une version française sur le site du Centre arabe pour l'éducation au droit international humanitaire et aux droits humains, à l'adresse suivante : http://www.acihl.org/texts.htm?article_id=16). L'alinéa a) de l'article 13 dispose que « [c]hacun a droit à un procès équitable dans lequel sont assurées des garanties suffisantes et conduit par un tribunal compétent indépendant et impartial établi préalablement par la loi qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ou se prononcera sur ses droits et ses obligations ».

⁵¹⁹ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (CCPR/C/GC/32), par. 2; voir également Bair, p. 56.

28. Tous les procès en matière pénale ou concernant des droits et obligations de caractère civil doivent en principe faire l'objet d'une procédure orale et publique. Le caractère public des audiences assure la transparence de la procédure et constitue une importante sauvegarde dans l'intérêt de l'individu et de toute la société⁵²⁰.

184. Le droit de l'accusé à un procès équitable est également expressément consacré dans le statut de nombreuses juridictions pénales internationales. Ainsi du Statut du Tribunal militaire international, (art. 16), disposition retenue par la CDI dans sa liste de principes de droit international consacrés par le Statut et la jurisprudence du Tribunal⁵²¹. De même, ce droit est consacré par les Statuts du TPIY⁵²², et du TPIR⁵²³ et le Statut de Rome (art. 67, par. 1). On le retrouve en outre dans les instruments régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone⁵²⁴, le Tribunal spécial pour le Liban⁵²⁵, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens⁵²⁶, la Cour pénale suprême d'Iraq⁵²⁷ et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises⁵²⁸.

185. On retiendra que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève prohibe, en son paragraphe 1 d), « les condamnations prononcées [...] sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés », et que, selon la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (art. 130), la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (art. 147) et le Protocole I [art. 85, par. 4 e)], constitue une infraction grave le fait de priver une personne protégée de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement en cas de conflit armé international. Ce déni de droit est par ailleurs érigé en crime de guerre par les Statuts du TPIY⁵²⁹ et du TPIR⁵³⁰ ainsi que par le Statut de Rome [art. 8, par. 2 a) vi) et c) iv)].

⁵²⁰ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (CCPR/C/GC/32), par. 18, 19, 21, 25 et 28. Diverses décisions prises par le Comité au sujet des requêtes éclairent également son interprétation du paragraphe 1 de l'article 14. Voir, par exemple, *Gridin c. Fédération de Russie*, communication n° 770/1997, constatations du Comité des droits de l'homme [CCPR/C/69/D/770/1997 (2000)], par. 8.2. Pour l'opinion d'un universitaire, voir Bossuyt, p. 284.

⁵²¹ *Annuaire... 1950*, vol. II, p. 375 (le principe V dispose que toute personne accusée de crime de droit international a droit à un procès équitable en fait et en droit).

⁵²² Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra*, note 99), art. 21, par. 2.

⁵²³ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra*, note 100), art. 20, par. 2.

⁵²⁴ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone (voir *supra*, note 101), art. 17, par. 2.

⁵²⁵ Statut du Tribunal spécial pour le Liban (voir *supra*, note 170), art. 16, par. 2.

⁵²⁶ Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (voir *supra*, note 103), art. 33 (nouveau).

⁵²⁷ Statut du Tribunal spécial iraquien (voir *supra*, note 104), art. 20.

⁵²⁸ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 (voir *supra*, note 105), art. 21, par. 2.

⁵²⁹ Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra*, note 99), art. 2, al. f).

⁵³⁰ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra*, note 100), art. 4, al. g).

186. On l'a dit plus haut, la plupart des traités portant répression de crimes ou de spécifiques violations des droits de l'homme en droit interne comme la torture, loin d'énumérer l'ensemble des garanties accordées à l'accusé, édictent l'obligation générale d'accorder un « traitement équitable » à l'accusé à toutes les étapes de la procédure, cette obligation étant interprétée comme englobant la garantie d'un procès équitable. Cependant, dans certains traités, la disposition correspondante vise également le droit à un procès équitable devant une cour ou un tribunal compétent, indépendant et impartial.

187. Ainsi, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé parle à la fois de « traitement équitable » et de « procès équitable » (art. 17). De même, aux termes du deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, « toute personne à l'égard de laquelle une procédure est engagée en vertu de la Convention ou du présent Protocole bénéficie de la garantie d'un traitement *et d'un procès équitables**, à toutes les phases de la procédure, conformément au droit interne et au droit international, et en aucun cas ne bénéficie de garanties moins favorables que celles qui lui sont reconnues par le droit international » (art. 17, par. 2). De plus, la Convention sur les disparitions forcées complète l'exigence générale de « traitement équitable » en portant au paragraphe 3 de son article 11 que : « Toute personne poursuivie en relation avec un crime de disparition forcée bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. Toute personne jugée pour un crime de disparition forcée bénéficie d'un procès équitable devant une cour ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi ». Si certaines délégations participant aux négociations de cette convention ont trouvé la seconde phrase inutile, 'plusieurs autres ont jugé important de consacrer expressément ce droit⁵³¹.

188. Evoquant également la question de savoir si le procès équitable peut être garanti devant des tribunaux militaires, le Comité des droits de l'homme déclarera au paragraphe 22 de son observation générale n° 32 que :

Les dispositions de l'article 14 s'appliquent à tous les tribunaux et cours de justice inclus dans son champ d'application, qu'il s'agisse de juridictions de droit commun ou d'exception, de caractère civil ou militaire. Le Comité note l'existence, dans de nombreux pays, de tribunaux militaires ou d'exception qui jugent des civils. Bien que le Pacte n'interdise pas le jugement de civils par des tribunaux militaires ou d'exception, il exige que de tels procès respectent intégralement les prescriptions de l'article 14 et que les garanties prévues dans cet article ne soient ni limitées ni modifiées par le caractère militaire ou exceptionnel du tribunal en question. Le Comité note par ailleurs que le jugement de civils par des tribunaux militaires ou d'exception peut soulever de graves problèmes s'agissant du caractère équitable, impartial et indépendant de l'administration de la justice. C'est pourquoi il importe de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer que de tels procès se déroulent dans des conditions garantissant véritablement les pleines garanties prévues à l'article 14. Le jugement de civils par des tribunaux militaires ou d'exception devrait être exceptionnel, c'est-à-dire limité aux cas où l'État partie peut démontrer que le recours à de tels tribunaux est nécessaire et justifié par des raisons objectives et sérieuses et où, relativement à la catégorie spécifique des personnes et des infractions en question, les tribunaux civils ordinaires ne sont pas en mesure d'entreprendre ces procès⁵³².

⁵³¹ 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. 95.

⁵³² Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (CCPR/C/GC/32), par. 22.

189. À l'instar du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, quasiment tous les traités répressifs n'interdisent pas de traduire l'auteur présumé de toute infraction devant un tribunal militaire, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes étant la seule exception⁵³³. Cette interdiction s'explique sans doute par la nature même du crime de disparition forcée, qui, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a déclaré en 2009, ne saurait jamais être regardé comme moyen légitime et acceptable d'exécuter quelque mission militaire⁵³⁴. Selon la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dont s'inspire la Convention interaméricaine de 1994, les auteurs présumés des actes incriminés « ne peuvent être jugés que par les juridictions de droit commun compétentes, dans chaque État, à l'exclusion de toute autre juridiction spéciale, notamment militaire »⁵³⁵. Malgré tout, ni la Convention sur les disparitions forcées, ni aucun autre traité de portée mondiale, ni même la Convention contre la torture, n'édicte une telle prohibition⁵³⁶. Il ressort ainsi d'un rapport de 2004 de la Commission internationale de juristes qu'à l'exception de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, le droit international des droits de l'homme ne consacre, ni dans les traités, ni dans les déclarations, de normes précises en matière d'infractions militaires, de compétence des tribunaux militaires ou de « justice » militaire⁵³⁷.

190. Il ressort également dudit rapport de la Commission internationale de juristes – l'occasion étant une enquête mondiale sur les lois internes⁵³⁸, qu'il est institué des juridictions militaire et une « justice militaire » dans nombre de pays et que, dans de nombreuses régions du monde, le militaire auteur de violations des droits de l'homme est d'ordinaire traduit devant un tribunal militaire⁵³⁹. Ledit rapport relève cependant que divers ordres internes ont « tendance » à abolir, ou du moins à réformer, les tribunaux militaires, notamment en renforçant le rôle des juges civils dans ces tribunaux, en rapprochant les procédures de celles des tribunaux de droit commun, ou en interdisant le renvoi de civils devant des tribunaux militaires⁵⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, la Commission des droits de l'homme

⁵³³ Art. IX. En septembre 2015, 15 États étaient parties à cette convention.

⁵³⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Radilla-Pacheco v. Mexico*, affaire n° 777/01, *jugement*, 23 novembre 2009, Series C, n° 209, par. 277.

⁵³⁵ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 1992, art. 16, par. 2.

⁵³⁶ D'autre part, le rapport présenté en 2005 par l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, incluant l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (E/CN.4/2005/102/Add.1), comprenait au principe 29 une restriction à la compétence des tribunaux militaires, « limitée aux seules infractions spécifiquement militaires commises par des militaires, à l'exclusion des violations des droits de l'homme », mais cet ensemble de principes n'a pas été adopté par la Commission des droits de l'homme.

⁵³⁷ Commission internationale de juristes, p. 17.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 169 à 378 (enquête sur les lois de 30 États).

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 158

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 158 à 164. Pour des exemples de constitutions de pays d'Amérique latine limitant la compétence des tribunaux militaires aux seules infractions militaires (à l'exception des crimes internationaux), voir : État plurinational de Bolivie, Nouvelle Constitution politique (2009), art. 180, par.III (« Les juridictions de droit commun ne reconnaissent ni exceptions, ni privilèges, ni tribunaux d'exception. La justice militaire connaît des infractions militaires

examinera et adoptera en 2006 le projet de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires (les principes Decaux)⁵⁴¹, proposant diverses solutions de réforme de la justice militaire. Il résulte desdits principes notamment que « [l]es juridictions militaires doivent, par principe, être incompétentes pour juger des civils »⁵⁴² et que, « [e]n toutes circonstances, la compétence des juridictions militaires doit être écartée au profit de celle des juridictions ordinaires pour mener à bien les enquêtes sur les violations graves des droits de l'homme, telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, la torture, et poursuivre et juger les auteurs de ces crimes »⁵⁴³. De même, si la Convention sur les disparitions forcées n'interdit pas le recours aux tribunaux militaires, le Comité des disparitions forcées estimera, en 2015, que « [c]ompte tenu des dispositions de la Convention et de l'évolution progressive du droit international et en vue d'assurer une mise en œuvre cohérente des normes internationales, la juridiction militaire doit être exclue dans les cas de violations massives des droits de l'homme, notamment les disparitions forcées »⁵⁴⁴.

191. Certaines lois internes portant expressément répression de crimes contre l'humanité excluent le jugement de tout auteur présumé de ces crimes devant des tribunaux militaires⁵⁴⁵ et ce généralement parce que l'on doute que la légalité

définies par la loi ») Nueva Constitución Política del Estado (2009) (« La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción. La jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la ley »); Constitution de l'Équateur 2008, art. 160 (« Les membres des Forces armées et de la Police nationale sont justiciables des organes du pouvoir judiciaire; toute infraction par eux commise à l'occasion de leur mission devant être jugée par les chambres spécialisées en matière militaire et policière du pouvoir judiciaire, les infractions disciplinaires devant l'être par les organes compétents institués par la loi ») Constitución de la República del Ecuador 2008 (« Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley »); Constitution d'El Salvador (1983) (telle que modifiée), art. 216, par. 3 (« Jouissent de l'immunité militaire, les membres d'active des Forces armées à raison des infractions et fautes purement militaires ») Constitución de la República de El Salvador (1983) (« Gozan del fuero militar los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo por delitos y faltas puramente militares »); Constitution nationale du Paraguay (1992), art. 174 (« Les tribunaux militaires jugent des seules infractions et fautes qualifiées militaires par la loi et commises par des militaires d'active, les décisions desdits tribunaux pouvant être attaquées devant les juridictions de droit commun ») Constitución Nacional [Paraguay], 1992, (« Los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria »). Voir également Commission internationale de juristes, p. 164 à 168.

⁵⁴¹ Rapport présenté par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Emmanuel Decaux, à la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2006/58).

⁵⁴² *Ibid.*, principe n° 5.

⁵⁴³ *Ibid.*, principe n° 9.

⁵⁴⁴ Rapport du Comité des disparitions forcées sur sa huitième session, annexe III, par. 10.

⁵⁴⁵ Voir, par exemple, Uruguay, loi n° 18.026 du 25 septembre 2006, art. 11 (« Ne pourront être considérés comme ayant été commis dans l'exercice de toute mission militaire, ni qualifiés infractions militaires, les crimes et délits définis par la présente loi qui ne sont pas justiciables de la justice militaire ») (« Los crímenes y delitos tipificados en la presente ley no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares, no serán considerados delitos militares y quedará excluida la jurisdicción militar para su juzgamiento »).

autorise à poursuivre les violations graves des droits de l'homme (notamment les disparitions forcées visées par la Convention sur les disparitions forcées) devant ces tribunaux⁵⁴⁶, que ceux-ci respectent les droits et garanties reconnus à tout accusé, qu'il soit régulier de renvoyer des accusés autres que des membres du personnel militaire de l'État devant ces juridictions⁵⁴⁷, ou encore parce qu'on ignore pas les problèmes inhérents à la justice militaire dans certains États. Ces réformes n'empêchent cependant généralement pas de traduire devant un tribunal militaire tout militaire qui commis quelque « infraction militaire », en particulier en période de conflit armé.

192. De cette évolution en cours aux plans interne et international, il semblerait se dégager de plus en plus l'idée que l'exigence du « procès équitable » consiste à ne pas traduire devant une juridiction ou une commission militaire, quiconque est accusé de crime contre l'humanité à moins que l'auteur présumé soit membre de forces armées et ait commis l'infraction en relation avec un conflit armé.

C. Pleine protection des droits de l'homme

193. L'accusé objet de procédures ou mesures quelconques doit non seulement bénéficier d'un traitement et d'un procès équitables, mais jouir également de toutes les garanties inhérentes à l'exercice de ses droits fondamentaux. Ces droits sont consacrés très diversement dans des traités relatifs aux droits de l'homme à vocation universelle, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou à vocation régionale⁵⁴⁸, ainsi que dans d'autres instruments⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Voir, par exemple, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention : observations finales du Comité contre la torture, Colombie (CAT/C/COL/CO/4), par. 16 (« L'État partie devrait s'acquitter pleinement de son obligation de veiller à ce que les graves violations des droits de l'homme fassent l'objet d'enquêtes impartiales conduites par des juridictions ordinaires et que les responsables soient punis. De par leur gravité et leur nature, il est évident que ces crimes échappent à la compétence de la justice militaire »); et Amnesty International, p. 238 (appelant à limiter la compétence des tribunaux militaires aux seules infractions touchant à la discipline militaire, commises par des militaires, à l'exclusion des crimes de droit international, notamment les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité).

⁵⁴⁷ Voir, par exemple, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte : observations du Comité des droits de l'homme, Chili (CCPR/C/79/Add.104), par. 9 (où le Comité recommande que le droit chilien soit modifié de façon à limiter la compétence des tribunaux militaires aux seuls procès de membres du personnel militaire accusés d'infractions de nature exclusivement militaire); Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Durand and Ugarte v. Peru, jugement, 16 août 2000*, Series C, n° 68, par. 117; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Mapiripán Massacre v. Colombia, jugement, 15 septembre 2005*, Series C, n° 122, par. 202; et le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, sur la promotion et la protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Additif, Mission en Guinée équatoriale (A/HRC/7/4/Add.3), par. 100, al. f).

⁵⁴⁸ Voir *supra*, notes 517 et 518, la Convention américaine relative aux droits de l'Homme/Pacte de San José de Costa Rica (art. 8) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7).

⁵⁴⁹ Voir, par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 1948; la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (voir *supra*, note 514); la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam (voir *supra*, note 515); et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

194. Tout auteur présumé pouvant être placé en détention et interrogé, considérons à titre d'exemple les obligations mise à la charge de l'État par la Convention contre la torture qui dispose notamment que « [t]out État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction » (art. 2, par. 1) et que « [t]out État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture [...] lorsque de tels actes sont commis 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 » (art. 16, par. 1).

195. C'est à n'en pas douter pourquoi outre l'exigence de « traitement équitable », les traités répressifs garantissent à la personne poursuivie « la pleine protection [de ses] droits »⁵⁵⁰, « la jouissance de tous les droits et garanties prévus par la loi de l'État sur le territoire duquel elle se trouve »⁵⁵¹, ou la jouissance de « tous les droits et garanties conformes à la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et aux dispositions applicables du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme »⁵⁵², ou consacrent des formulations semblables.

D. Communication avec l'État de nationalité ou tout autre État intéressé

196. L'auteur présumé de telle infraction placé en détention par tout État dont il n'est pas ressortissant peut souhaiter se mettre en rapport avec un représentant de son État de nationalité, notamment avec tous agents consulaires pouvant lui prêter assistance touchant diverses questions, notamment la constitution d'avocat ou la traduction de toutes pièces. Aux termes du paragraphe 1 b) de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 :

Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa.

197. Il résulte en outre du paragraphe 1 c) de l'article 36, que « [l]es fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice »⁵⁵³.

198. Pour établir le projet d'article qui viendra consacrer ces dispositions de la Convention, la CDI s'est inspirée de la pratique consulaire dérivant d'accords bilatéraux et du droit international coutumier. En 2015, 177 États étaient parties à ladite Convention et nombre d'États avaient consacré des dispositions semblables

⁵⁵⁰ Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 17.

⁵⁵¹ Convention internationale contre la prise d'otages, art. 8, par. 2.

⁵⁵² Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 14.

⁵⁵³ Voir également Lambert, p. 180 et 181.

dans leurs accords bilatéraux⁵⁵⁴. Même en l'absence de traité, « il ressort de la pratique des États que l'on reconnaît généralement aux agents diplomatiques et consulaires le droit de s'entretenir avec leurs compatriotes placés en détention »⁵⁵⁵. La raison en est qu'« il n'est point douteux » que méconnaître ce droit de consultation « ce serait violer les principes du droit international et, partant, la légalité »⁵⁵⁶.

199. En dépit du grand nombre de parties à la Convention de Vienne sur les relations consulaires et de la consécration de dispositions analogues par d'autres instruments et par le droit international coutumier, les traités répressifs précisent d'ordinaire que l'auteur présumé de l'infraction a le droit de s'entretenir avec un représentant de son État de nationalité (ou, s'il est apatride, de l'État où il réside habituellement ou qui est autrement disposé à protéger ses droits) et d'en recevoir la visite. Si ni la Convention sur le génocide, ni les Conventions de Genève de 1949, ne comportent une telle disposition on en trouve en revanche de nombreux exemples dans les traités modernes, dont la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 6.), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 6, par. 3), la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale (art. 6, par. 2), la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 6, par. 3), la Convention contre la torture (art. 6, par. 3), la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies (art. 17, par. 2) la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (art. 7, par. 3), la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (art. 9, par. 3), la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (art. 7, par. 3), la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 10, par. 3) et la Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (art. VIII, par. 4).

200. Comme la CDI l'a fait observer, l'obligation de permettre à toute personne placée en détention de se mettre en rapport avec le représentant de l'État dont elle est ressortissante « vise à préserver les droits de l'auteur présumé de l'infraction »⁵⁵⁷. La doctrine considère en outre que le droit de communiquer avec tout représentant consulaire vient protéger la personne contre toutes atteintes à ses droits de la part de tout État, étant l'occasion d'apprécier « si le détenu est traité

⁵⁵⁴ Voir, par exemple, la Convention consulaire entre la République socialiste du Viet Nam et la République populaire de Chine signée à Beijing le 19 octobre 1998, S.S. NO. 5 TO Gazette NO. 37/2001, art. 39, disponible sur www.doj.gov.hk/lawdoc/bilateral/cavietnam_e.pdf. Concernant les 39 accords bilatéraux signés par le Royaume-Uni, voir la loi de 1984 relative à l'administration de la preuve en matière pénale, Code C, « Code de bonne pratique pour la détention, le traitement et l'interrogatoire de personnes par des fonctionnaires de police », annexe F, « Pays partie à des traités ou accords consulaires bilatéraux prescrivant notification de l'arrestation et la détention de leurs ressortissants en vigueur au 1^{er} avril 2003 », disponible sur www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117588/pace-code-c.pdf. Concernant les 59 accords bilatéraux signés par les États-Unis, voir Department of Homeland Security, Bureau of Immigration and Customs Enforcement (Département de la sécurité du territoire, Bureau de l'immigration et des douanes), 8 CFR Part 236.1 e), *Federal Register*, vol. 72, n° 10 (17 janvier 2007).

⁵⁵⁵ Sen, p. 372.

⁵⁵⁶ Ibid.; voir également Schwarzenberger, p. 194.

⁵⁵⁷ Voir Lambert, p. 177 (citant l'*Annuaire [...] 1972*, vol. II, p. 318).

humainement et jouit des autres droits procéduraux garantis par le droit international »⁵⁵⁸.

E. Projet d'article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

201. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet d'article suivant :

Projet d'article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures d'ordre juridique à raison de l'une des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 bénéficie 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 placée en détention par un État autre que son État de nationalité a le droit :

a) De communiquer sans retard avec le plus proche représentant compétent de l'État ou des États dont elle est ressortissante ou de tout ou tous État(s) autrement habilité(s) à protéger ses droits ou, si elle est apatride, de tout État disposé, à protéger ses droits, à sa demande;

b) De recevoir la visite d'un représentant dudit ou desdits État(s);

c) D'être informée sans retard des droits qu'elle tient du présent paragraphe.

Chapitre VII Programme de travail futur

202. Il appartiendra aux membres de la CDI élus pour la période quinquennale 2017-2021 de tracer la voie à suivre pour l'avenir concernant le sujet. Nous pourrions présenter à la CDI en 2017 un troisième rapport consacré aux questions suivantes : droits et obligations applicables en matière d'extradition de l'auteur présumé de l'infraction; droits et obligations applicables à l'entraide judiciaire en matière pénale; obligation de non-refoulement dans certaines circonstances; mécanismes de règlement des différends et de suivi; comment prévenir tout conflit avec des textes conventionnels comme le Statut de Rome.

203. Nous pourrions traiter dans un quatrième rapport, à soumettre à la CDI en 2018, de toutes autres questions, ainsi que d'un projet de préambule et de projets de dispositions finales d'une convention sur la matière.

204. Si l'on s'en tient à ce calendrier, la CDI pourrait achever la première lecture de l'ensemble du projet d'articles d'ici à 2018 et en terminer la deuxième d'ici à 2020.

⁵⁵⁸ Ibid.

Annexe I

Projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-septième session¹

Article 1

Champ d'application

Les présents projets d'articles 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.

¹ Voir *Annuaire ... 2015*, vol. II (deuxième partie), par. 116.

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'acception 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 sexes, 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'humanité².

² Il reste à décider de la place de ce paragraphe.

Annexe II

Projets d'articles proposés dans le présent (deuxième) rapport

Projet d'article 5. Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour ériger en infractions à sa loi pénale interne les actes suivants : le fait de commettre un crime contre l'humanité; le fait de tenter de le commettre; le fait d'ordonner à autrui de le commettre, le fait de provoquer, le fait d'inciter autrui à le commettre, le fait de fournir aide ou assistance à autrui pour le commettre ou le fait d'apporter de toute autre manière aide ou concours à la commission ou à la tentative de crime contre l'humanité.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour punir comme coupable d'infractions à sa loi pénale interne :

a) Tout chef militaire ou toute personne agissant effectivement en cette qualité comme pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par toutes forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou, sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, qui n'aura pas exercé le contrôle prescrit sur ces forces dès lors que :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait ou aurait dû, vu les circonstances, savoir que ces forces commettaient ou s'apprêtaient à 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 saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites;

b) Le supérieur hiérarchique qui, en présence de relations de subordination non visées au paragraphe a), est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, faute par lui d'avoir exercé le contrôle prescrit sur lesdits subordonnés dès lors que :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre ces crimes ou a délibérément méconnu toutes informations l'indiquant clairement;

ii) Les crimes ont été commis en relation avec 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 saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour veiller à :

a) Exclure le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article ait été commise sur les ordres d'un supérieur, militaire ou civil, comme cause exclusive de la responsabilité pénale du subordonné;

b) Ériger en crime imprescriptible toute infraction visée dans le présent projet d'article; et

c) Punir toute infraction visée dans le présent projet d'article de peines appropriées rendant compte de sa gravité.

Projet d'article 6. Établissement de la compétence nationale

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5, dès lors que :

a) L'infraction a été commise sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État;

b) L'auteur présumé de l'infraction est l'un de ses ressortissants; et

c) La victime est l'un de ses ressortissants et l'État le juge opportun.

2. Chaque État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5, dès lors que l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle, à moins qu'il ne l'extrade ou ne le remette ainsi qu'il est dit au paragraphe 1 du projet d'article 9.

3. Sans préjudice des règles applicables du droit international, le présent projet d'article n'exclut pas l'établissement par l'État d'autres chefs de compétence pénale envisagés par son droit interne.

Projet d'article 7. Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé

1. Chaque État veille à faire procéder en toute diligence et impartialité par ses autorités compétentes à une enquête chaque fois qu'il y a des raisons de penser qu'il a été commis ou qu'il se commet un crime contre l'humanité sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle.

2. Tout État qui constate qu'il a été commis ou qu'il se commet un crime contre l'humanité communique à tout autre État, s'il y a lieu, les conclusions générales de ladite enquête toutes les fois qu'il y a des raisons de penser que des nationaux de cet État ont été ou sont impliqués dans la commission dudit crime. Après quoi, cet autre État procédera en toute diligence et impartialité à une enquête sur les faits.

3. Tous les États coopèrent, selon qu'il conviendra, en vue d'établir l'identité de toute(s) personne(s) auteur(s) présumé(s) de toute infraction visée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 et de localiser ladite ou lesdites personne(s).

Projet d'article 8. Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire

1. Tout État qui vient à constater ou à être informé que telle personne se trouvant sur tout territoire relevant de sa juridiction ou de son contrôle pourrait avoir commis une infraction visée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 procède immédiatement à une enquête préliminaire pour établir les faits en cause concernant cette personne.

2. Si les circonstances le justifient, l'État place la personne en détention ou prend toutes autres mesures légales nécessaires pour s'assurer de la présence de celle-ci lors de l'enquête et de toutes procédures pénale, d'extradition ou de remise. Le placement en détention ou toutes autres mesures légales doivent résulter du droit interne dudit État tout en étant conformes au droit international, ne devant être ordonnés que pour une durée raisonnable.

3. L'État informe les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6 des conclusions générales de son enquête préliminaire, des motifs du placement en détention de la personne en cause et s'il entend saisir ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

Projet d'article 9. Principe *aut dedere aut judicare*

1. L'État qui exerce sa juridiction ou son contrôle sur tout territoire sur lequel se trouve l'auteur présumé de toute infraction visée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 saisit ses autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale, à moins qu'il ne l'extrade ou ne le remette à tout autre État ou toute juridiction pénale internationale compétente.

2. Si l'État saisit ses autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale, celles-ci apprécient l'opportunité et la nature de toutes poursuites, dans les mêmes conditions qu'en présence de toute grave infraction de droit commun au regard de la loi dudit État.

Projet d'article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures d'ordre juridique à raison de l'une des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 bénéficie 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 placée en détention par un État autre que son État de nationalité a le droit :

a) De communiquer sans retard avec le plus proche représentant compétent de l'État ou des États dont elle est ressortissante ou de tout ou tous État(s) autrement habilité(s) à protéger ses droits ou, si elle est apatride, de tout État disposé à protéger ses droits, à sa demande;

b) De recevoir la visite d'un représentant dudit ou desdits État(s);

c) D'être informée sans retard des droits qu'elle tient du présent paragraphe.